



XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Os novos desafios do Ministério Público

LIVRO DE TESES

Salvador
26 a 29 de setembro
Convenções da Bahia 2007





XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Salvador 2007

26 a 29 de setembro
Centro de Convenções da Bahia

COMISSÃO ORGANIZADORA

Presidente de Honra

Jaques Wagner – Governador do Estado da Bahia

Presidente-Geral

José Carlos Cosenzo – Presidente da CONAMP

Presidência-Executiva

Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti – Presidente da AMPEB

Secretário Geral

José Renato Oliva de Mattos

Comissão Organizadora Executiva

Achiles de Jesus Siquara Filho

Airton Juarez Chastinet Mascarenhas Júnior

Antônio Sérgio dos Anjos Mendes

Gilberto Costa de Amorim Júnior

José Renato Oliva de Mattos

Maria Auxiliadora Campos Lobo Kraychete

Nivaldo dos Santos Aquino

Rômulo Andrade Moreira



XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Salvador 2007

26 a 29 de setembro
Centro de Convenções da Bahia

COMISSÃO ORGANIZADORA

Presidente de Honra

Jaques Wagner – Governador do Estado da Bahia

Presidente-Geral

José Carlos Cosenzo – Presidente da CONAMP

Presidência-Executiva

Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti – Presidente da AMPEB

Secretário Geral

José Renato Oliva de Mattos

Comissão Organizadora Executiva

Achiles de Jesus Siquara Filho

Airton Juarez Chastinet Mascarenhas Júnior

Antônio Sérgio dos Anjos Mendes

Gilberto Costa de Amorim Júnior

José Renato Oliva de Mattos

Maria Auxiliadora Campos Lobo Kraychete

Nivaldo dos Santos Aquino

Rômulo Andrade Moreira

Apresentação

Salvador, 26 de setembro de 2007.

Caríssimos colegas.

Finalmente, após quase dois anos de trabalho diário e incansável da Comissão Organizadora Executiva, objetivando proporcionar a todos os integrantes do Ministério Público brasileiro um evento inesquecível, estamos tornando real o sonho tanto acalentado de realizar em Salvador-BA, o XVII Congresso Nacional do Ministério Público.

A Bahia convida, congrega, tem um ar místico que todos os cantos do mundo gostariam de ter. E tem a alegria única, que todos querem ter.

O sonho foi sendo idealizado a partir de dois propósitos, a nosso ver fundamentais: a união da classe, com a integração de todos os colegas do país, e a busca do aperfeiçoamento institucional para o cumprimento de nosso desiderato maior, que é desempenhar nossa honrosa missão constitucional com qualidade e profissionalismo em prol da sociedade brasileira.

Os integrantes do parquet nacional terão à disposição o espaçoso e confortável Centro de Convenções de Salvador, para que possamos, no período de 26 e 29 de setembro, debater *“Os novos desafios do Ministério Público”*.

O tema eleito, de uma amplitude extraordinária, nos possibilita discutir as questões mais tormentosas da atualidade, buscando sanar as dúvidas que suscitam em nossa complexa atuação em defesa da sociedade, bem como o planejamento do futuro institucional.

Realizaremos três grandes painéis com temas absolutamente pertinentes: *“A atuação do Ministério Público e seus reflexos na governabilidade federal, estadual e municipal”*, *“A unidade do Ministério Público no combate ao crime organizado”* e *“A atuação das instituições e o desenvolvimento sustentável”*. Além destes, teremos um painel paralelo para congressistas e acompanhantes cujo tema *“Os desafios da mulher no Século XXI”* demonstra por si só o respeito à discussão das questões atuais da sociedade brasileira.

Em um evento voltado para a classe nunca poderíamos deixar de atender os anseios desta, motivo maior de realizarmos Grupos Setoriais de Trabalho com temas relacionados a todas as áreas de atuação institucional, objetivando a perfeita integração dos congressistas, além de discussões das atualíssimas e inúmeras teses apresentadas.

Portanto, querido(a) colega, o XVII Congresso Nacional tem o formato atual e dinâmico, ou seja, a “cara” do nosso Ministério Público atual.

Entretanto, para o sucesso absoluto que almejamos, sua participação é imprescindível, para debater, discutir, aplaudir, criticar, e também apreciar as belezas naturais, a culinária e desfrutar da calorosa receptividade do povo baiano.

Ousadamente acreditamos que juntos realizaremos o maior evento do gênero. Seja bem-vindo.

Um grande, forte e fraterno abraço.

JOSÉ CARLOS COSENZO
Presidente da Conamp

COLEGAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO,

A CONAMP - Associação Nacional dos Membros do Ministério Público e a Associação do Ministério Público do Estado da Bahia - AMPEB têm a imensa satisfação de realizar o XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, no período de 26 a 29 de setembro de 2007, em Salvador -Ba, contando com a presença de dois mil membros da nossa Instituição.

O nosso encontro nacional tem como tema central "OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO", ressaltando-se que a Comissão Organizadora procurou distribuir a pauta em painéis jurídicos de grande amplitude, assim divididos: "AATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E SEUS REFLEXOS NA GOVERNABILIDADE FEDERAL, ESTADUAL E MUNICIPAL"; "A UNIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO CRIME ORGANIZADO" e "AATUAÇÃO DAS INSTITUIÇÕES E O DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL", com o escopo de estimular o debate das nossas funções institucionais, sempre em defesa dos direitos, garantias e prerrogativas do cidadão na sociedade.

Os novos desafios do PARQUET, de igual modo, serão amplamente debatidos nas Comissões Temáticas, durante as discussões e deliberações das cento e quarenta teses apresentadas pelos colegas, que servirão de paradigmas para consolidarmos as importantíssimas funções ministeriais, a nós conferidas pela Constituição Federal.

Oportuno destacar, também, os temas que abordaremos nos Grupos de Trabalhos Setoriais, nos quais trocaremos conhecimentos e experiências com o foco na atuação do Ministério Público e a sua legitimidade para defesa do patrimônio público e para a preservação dos direitos constitucionais do cidadão brasileiro, sem perder de vista o atualíssimo tema da tutela do meio ambiente, dos direitos do consumidor e de outros interesses difusos e coletivos, com a perspectiva de buscarmos um modelo de gestão, traçando novos paradigmas, visando à consolidação da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Além disso, ao longo de nosso evento, em painel paralelo, designado para congressistas e acompanhantes, debateremos "Os Desafios da Mulher no Século XXI". Simultaneamente, ocorrerão reuniões dos Conselhos Nacionais de Procuradores-Gerais e de Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, do Colégio de Diretores de Escolas dos Ministérios Públicos do Brasil, bem como do Conselho Deliberativo da CONAMP, com a finalidade de discutir a necessidade de uma atuação institucional firme, voltada à defesa dos preceitos constitucionais que orientam a nossa missão.

Por fim, elaboramos uma atrativa programação social, agregando valores culturais e folclóricos da Bahia, para recepcionarmos os integrantes do Ministério Público brasileiro, com nossa apimentada culinária e peculiar baianidade hospitaleira, cercada de fé e de muito axé!

Bem vindos a Salvador, terra de paz, de amor e alegria!!

Norma Angélica Reis Cardoso Cavalcanti
Presidente da AMPEB
Pres. Executiva do XVII Congresso do Ministério Público

Sumário

ÁREA CÍVEL E ESPECIALIZADA

001	AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO USO DO BACEN JUD - SISTEMA DE BLOQUEIO ON-LINE DE ATIVOS FINANCEIROS	
	Eduardo Sens dos Santos	19
002	CONTROLE DO PODER-DEVER ESTATAL DE TRIBUTAR VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA	
	Moema Ferreira Giuberti Coradini	25
003	TRAGÉDIAS AÉREAS: AÇÃO CIVIL PÚBLICA	
	Renato Guimarães Jr.	31
004	AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DA PROPOSITURA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA, SINGULARIDADES	
	Nadilson Portilho Gomes e Priscilla Tereza de Araújo Costa	38
005	LEGITIMIDADE PASSIVA CONCORRENTE NA DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS	
	Nadilson Portilho Gomes	42
006	A EXECUÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA SISTEMÁTICA IMPLANTADA PARA OS TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS	
	Patrícia Peixoto de Mattos	44
007	DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: MAIS UM PASSO EM FAVOR DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS COLETIVOS	
	Mauro Sérgio Rocha1	51
008	EFETIVIDADE DOS COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA TOMADOS DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E AS CLÁUSULAS PENAIAS	
	Roberto Brayner Sampaio	58
009	O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA FUNÇÃO SOCIAL	
	Max Zuffo	61
010	A EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO CONTIDA NO ART. 23, §1º, DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS E A NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO CIVIL	
	Fabiula de Paula Secchin	71
011	A DIGNIDADE DA TUTELA COLETIVA (TEXTO 2): O CARÁTER (IN)DISPONÍVEL, (IN)DIVISÍVEL E (TRANS)INDIVIDUAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PARA FINS DE TUTELA	
	Hermes Zaneti Júnior	77

012	“AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRIBUTÁRIA E A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL (E JURISPRUDENCIAL) PARA A TUTELA DE DIREITO COLETIVO EM SENTIDO ESTRITO DOS CONTRIBUINTES: POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO ANTE DO EQUÍVOCO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES”.	
	Sasha Alves do Amaral	88
013	A EFETIVA PROTEÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL COMO PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL	
	Luciano Taques Ghignone	96
014	O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E O COMBATE À POLUIÇÃO SONORA PRODUZIDA POR VEÍCULOS	
	André Felipe Barbosa de Menezes	101
015	PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS – DIREITO DIFUSO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SOSSEGO - A RESOLUÇÃO 204/2006 DO CONTRAN E O NOVO PARÂMETRO LEGAL PARA A UTILIZAÇÃO DE EQUIPAMENTO DE SOM EM VEÍCULO AUTOMOTOR – O NOVO ENFOQUE DO ART. 228 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO	
	Konrad Cesar Resende Wimmer	107
016	EFETIVIDADE DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA COMARCA DE ILHÉUS/BAHIA ESTUDO DE CASO NAS ÁREAS DE CONSUMIDOR E MEIO AMBIENTE	
	Ediene dos Santos Lousado e Karina Gomes Cherubini	110
017	A OBRIGATORIEDADE DE O FORNECEDOR CUMPRIR AS NORMAS TÉCNICAS RELACIONADAS À SEGURANÇA E QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS	
	Fábio de Souza Trajano	118
018	A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO-OFERTA DOS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE INDIVIDUAIS E FAMILIARES	
	Joseane Suzart Lopes da Silva	125
019	A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR AO NEGRO O DIREITO AO ENVELHECIMENTO	
	Judith P. S. Borba	134
020	AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DAS MINORIAS	
	Lívia Maria Santana e Sant’Anna Vaz	136
021	DIREITOS HUMANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO: DA RETÓRICA À EFETIVIDADE	
	Westei Conde y Martin Júnior	143
022	A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO INQUÉRITO CIVIL E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROMOÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA	
	Marcelo Pedroso Goulart	146
023	A LEGITIMIDADE DAS OCUPAÇÕES PACÍFICAS DE PROPRIEDADES RURAIS IMPRODUTIVAS COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	
	Edson José Guerra	152
024	O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS	
	Dioneles Leone Santana Filho	162

025

OREGIME GERAL DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM MANDADOS DE SEGURANÇA E A OBRIGATORIEDADE DE INTERVENÇÃO NOS MANDADOS DE SEGURANÇA COLETIVOS

Hermes Zaneti Júnior e Marcelo Zenkner 167

026

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL PRATICADA CONTRA O IDOSO

Ladya Gama Maio e Rebecca Monte Nunes Bezerra 173

027

“A NECESSIDADE DO CONTROLE SOCIAL PARA A POPULAÇÃO IDOSA, PRINCIPALMENTE AS QUE MORAM NAS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA”

Judith Pinheiro Silveira Borba 179

028

UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERVENÇÃO DO PARQUET NO ESTATUTO DO IDOSO FACE AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 75 E 77

Róza Lina do Nascimento Maia 185

029

AMPLIAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Karina Gomes Cherubini 192

030

CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA PRESTAR SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO / GESTÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS – SUBSÍDIOS À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APONTAMENTOS E BREVES CONSIDERAÇÕES

Jean Cléber Cassiano Zamperlini e Ricardo Rangel de Andrade 202

031

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

Rita Tourinho 208

032

DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO POR ÓRGÃOS PÚBLICOS

Antonio Celso Campos de Oliveira Faria e Sérgio Turra Sobrane 218

033

DA NECESSÁRIA PUBLICIDADE OFICIAL DAS CONDENAÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcelo Zenkner 223

034

DA RETENÇÃO LIMINAR DOS VENCIMENTOS DE AGENTE PÚBLICO DEMANDADO PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcelo Zenkner 229

035

DESAFIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE LICITATÓRIA COMO FORMA DE OBSTÁCULO À CORRUPÇÃO

Maurício Gomes de Souza 235

036

ESTUDO SOBRE O DOLO NO DIREITO ADMINISTRATIVO E NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carlos Alberto Hohmann Choinski 242

037

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA EM AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Lara Peplau e Analú Librelato Longo 251

038	A RELAÇÃO ENTRE INÉRCIA JUDICIAL E FALTA DE EFETIVIDADE DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA ÁREA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE ILHÉUS/BAHIA Karina Gomes Cherubini, Ediene dos Santos Lousado	256
039	A POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM MATÉRIA RELACIONADA À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA Fabrício José Cavalcanti	266
040	A SUBSIDIARIEDADE DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E TRANSFERÊNCIA ESCOLAR Frederico Augusto de Oliveira Santos	269
041	O MINISTÉRIO PÚBLICO E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIO EDUCATIVAS Mônica Louise de Azevedo	272
042	A FAMÍLIA DO MENOR INFRATOR – ASSISTÊNCIA E PUNIÇÃO COM A FINALIDADE DE INTERRUPTÃO DE UMA CARREIRA CRIMINOSA EM SEU NASCEDOURO Calixto Oliveira Souza	275
043	A BUSCA E APREENSÃO NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE Epaminondas da Costa	278
044	EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIO EDUCATIVA E IMPUTABILIDADE PENAL SUPERVENIENTE Epaminondas da Costa	282
045	A MATERIALIZAÇÃO DO ESTATUTO ATRAVÉS DA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE Maria Cristina Rocha Pimentel	284
046	CRIANÇA E ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO PELA SUA EDUCAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO Patrícia Albino Galvão Pontes	288
047	EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO O VERDADEIRO DIREITO FUNDAMENTAL Maria Izabel do Amaral Sampaio Castro	294
048	O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DO DIREITO À INCLUSÃO ESCOLAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA Naide Maria Pinheiro e Rebecca Monte Nunes Bezerra	301
049	IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS, OBJETO DE SENTENÇAS E ACORDOS TRABALHISTA Zélia Luiza Pierdoná	304
050	PROTEÇÃO SOCIAL BRASILEIRA: DIFERENÇAS ENTRE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL Zélia Luiza Pierdoná	309
051	RACIONALIZAR OU SUCUMBIR: DA CRISE À OTIMIZAÇÃO DAS ATIVIDADES MINISTERIAIS Millen Castro Medeiros de Moura	317
052	A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO Robson Renault Godinho	324

053	AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DO SUS: O CASO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA	
	Antonio Joaquim Fernandes Neto	332
054	O MINISTÉRIO PÚBLICO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DO CÂNCER DE MAMA E DE COLO DO ÚTERO	
	Maristela de Oliveira Simonin	336
055	O MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO MODELO ASSISTENCIAL EM SAÚDE MENTAL	
	Anna Trotta Yaryd	341
056	O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASCENDÊNCIA GENÉTICA	
	Sandra Maria da Silva	347
057	A RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO CUSTOS LEGIS NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO	
	Leonardo Barreto Moreira Alves	350
058	O REGISTRO DA SITUAÇÃO DA PARTILHA NA SENTENÇA DE DIVÓRCIO COMO INSTRUMENTO DE ECONOMIA PROCESSUAL E EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO	
	Luciano Machado de Souza	357
059	A INEFICÁCIA DA LIMINAR QUE CONCEDE ALIMENTOS PROVISÓRIOS COMO DECORRÊNCIA DO ARQUIVAMENTO DO PEDIDO NA HIPÓTESE DO ART. 7º, DA LEI Nº 5.478/68.	
	Luciano Machado de Souza	359
060	DA LEGALIDADE DA PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DECRETADA POR JUIZ CÍVEL, QUANDO A QUESTÃO VERSAR SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS, E COMO MODALIDADE DE PRISÃO CIVIL	
	Roberto Burlamaque Catunda Sobrinho	363
061	DESNECESSIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE POST MORTEM	
	Robertson Alves de Mesquita	373
062	PROCESSO DE ADOÇÃO DE PESSOA COM MAIS DE 18 (DEZOITO) ANOS IDADE: COMPETÊNCIA JURISDICIONAL	
	Epaminondas da Costa	378

ÁREA CRIMINAL

063	A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NAS INVESTIGAÇÕES REALIZADAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS	
	Gilberto Valente Martins	383
064	A EXIGÊNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL A LONGO PRAZO COMO ALTERNATIVA	
	Calixto Oliveira Souza	386
065	A INEXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NATURAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988	
	Lauro Francisco da Silva Freitas Junior	389

066

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE NA SUA FACETA DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Claudia Ferraz Rodrigues Pegoraro 392

067

A POLÊMICA SOBRE A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E CULPOS PRATICADOS CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, FAMILIAR OU RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO (LEI Nº 11.340/2006)

Danilo Lovisaro do Nascimento 395

068

A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A CASSAÇÃO PARCIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira 405

069

AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE. POSIÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Geraldo Batista de Siqueira, Marina da Silva Siqueira, Benedito Xavier Torres 411

070

ADVOGADOS DE QUADRILHAS OU BANDOS E OUTRAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS
POSSIBILIDADE LEGAL DA QUEBRA DE SIGILOS FINANCEIRO, BANCÁRIO E TELEFÔNICO

Flávio Teixeira de Abreu Júnior 416

071

ALGUMAS IRREGULARIDADES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO CONFIGURADORAS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Herbert Vitorio Serafim de Carvalho 419

072

AMPLIAÇÃO DO FORO PRIVILEGIADO DE PREFEITOS, MINISTÉRIO PÚBLICO E COMBATE À CORRUPÇÃO LATO SENSU: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA 358/2005

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini 427

073

APLICAÇÃO DO GARANTISMO, POR PARTE DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EXTRAPOLA OS LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Ricardo Albuquerque da Silva 432

074

EMENTA: APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL

Geder Luiz Rocha Gomes 438

075

COMBATE À CRIMINALIDADE AMBIENTAL ORGANIZADA POR UM MINISTÉRIO PÚBLICO ESTRUTURADO

Geraldo Margela Correia 443

076

COMBATE A IMPUNIDADE E A VIOLÊNCIA: NECESSIDADE DE MAIOR INTEGRAÇÃO NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Paulo Augusto de Freitas Oliveira 446

077

CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS COMO ANTECEDENTE DE LAVAGEM DE DINHEIRO: IMPOSSIBILIDADE

Marcelo Mendroni 453

078

OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO
(95) CRIMES HEDIONDOS E O DIREITO À LIBERDADE

André Silvani da Silva Carneiro 456

079

CRIMES HEDIONDOS: RETROATIVIDADE DA LEI Nº 11.464/2007

Sammy Barbosa Lopes e Giselle Mubarak Detoni 460

080

CRIMINALIDADE ECONÔMICA E DENÚNCIA GENÉRICA

André Luis Tabosa de Oliveira 466

081

CURANDEIRISMO, CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU DE PERIGO CONCRETO

Geraldo Batista de Siqueira, Achilles de Jesus Siquara Filho e Marina da Silva Siqueira 470

082

DA ATIPICIDADE DO PORTE DE ARMA BRANCA (EXCETO ESPADAS E ESPADINS), À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Suzane Maria Carvalho do Prado Patrício 477

083

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROPOR A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO AO QUERELADO, FACE À OMISSÃO OU A RECUSA DESMOTIVADA DO QUERELANTE

Andréa Simone Frias 483

084

DE LAÇÃO PREMIADA E CRIME ORGANIZADO

Paulo Roberto Barreto de Almeida 487

085

DOSIMETRIA DA PENA – PROPOSTA DE PROJETO DE LEI, ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL – DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940

Isaac Benchimol Ferreira 496

086

EM DEFESA DE NOSSOS DIREITOS - DIGA NÃO À FEDERALIZAÇÃO !

Elaine Castelo Branco 498

087

EXTENSÃO DO PRAZO RECURSALEM DOBRO AO MINISTÉRIO PÚBLICO EM MATÉRIA CRIMINAL – ART. 5º, § 5º, DA LEI 1.060/50

Glaucio Oshiro 502

088

FUNDAMENTOS E LIMITES DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Aline Mendes Franco Lopes 504

089

IMPESSOALIDADE E IMPARCIALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL

Valter Foletto Santin 511

090

IMPUTABILIDADE RELATIVA

Armando Lúcio Ribeiro 514

091

IN DUBIO PRO TORTURADO SISTEMA DE LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Nadilson Portilho Gomes 519

092

LEI Nº 11.340/06 PREVENÇÃO E TRATAMENTO – NOVAS FORMAS DE ABORDAGEM NA QUESTÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Karla Bugarib e Elaine Caravellas 522

093

MEDIDAS PREVENTIVAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Isabel de Lizandra Penha Alves 531

094	MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME	
	Cândido Furtado Maia Neto	535
095	NARCOTRÁFICO X DESCRIMINALIZAÇÃO DOS MALES QUAL O MENOR ?	
	Valério Bronzeado	543
096	O CAOP CRIMINAL E O MAPEAMENTO DA CRIMINALIDADE NO ESTADO COMO FORMA DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL	
	Roberto Burlamaque Catunda Sobrinho	549
097	O ENUNCIADO Nº 70 DO FONAJE E A ATUAÇÃO DOS JUÍZES LEIGOS E CONCILIADORES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS	
	Ubirajara Braga de Albuquerque e Danilo Lovisaro do Nascimento	554
098	O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO DE CONTROLE SOCIAL FORMAL LEGÍTIMO PARA EXIGIR A IMPLANTAÇÃO E EFETIVIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA	
	ANEXO – PUBLICADA NO DOE DE 19/01/07	
	Rosemary Souto Maior de Almeida	560
099	O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA TAREFA DE DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO. UMA VISÃO GARANTISTA	
	Maria Amélia Sampaio Góes	567
100	O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DO NASCITURO	
	Iertes Meyre Gondim Pinheiro	573
101	O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BANCO DOS RÉUS ABORDAGEM CRÍTICA DO ART. 342 DO CÓDIGO ELEITORAL	
	Eduardo Diniz Neto	584
102	O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA SEGURANÇA PÚBLICA	
	Ythalo Frota Loureiro	588
103	O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: CONSOLIDAÇÃO DE SUA ATUAÇÃO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	
	Nadilson Portilho Gomes e Carmen Burle Mota	595
104	O PRINCÍPIO DA VERDADE REALE O JULGAMENTO ANTECIPADO NO PROCESSO PENAL	
	Maria Jacqueline Faustino de Souza	599
105	O RACISMO INSTITUCIONAL COMO ELEMENTO DIFICULTADOR DO COMBATE AO RACISMO NO MINISTÉRIO PÚBLICO	
	Maria Bernadete Martins de Azevedo Figueiroa	610
106	O REAL SENTIDO DA EXPRESSÃO “DETERMINAÇÃO JUDICIAL” REFERIDA NO ART. 5.º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL	
	Antonio Milton de Barros	616
107	O RESSURGIR DA TORTURA NA ATUALIDADE E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO	
	Daniel Henrique Queiroz de Azevedo	622

108	PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO - SOLUÇÕES PARA MINIMIZAR O ABISMO QUE HÁ ENTRE O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA E A REPRESSÃO AOS INFRATORES PENAIIS PELO ATUAL SISTEMA E O SUSTENTÁCULO PARA O SURGIMENTO DE UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL	
	Américo Bigaton	627
109	PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO: O PODER INVESTIGATÓRIO DO PARQUET	
	Paula Fernanda Almeida	635
110	REVISÃO CRIMINAL E SOBERANIA DOS VEREDICTOS	
	Antonio Milton de Barros	638
111	SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES EM FACE DO DIREITO DE DEFESA	
	Leonir Batisti	641
112	TROCA DE TIROS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL: INEXISTÊNCIA DE TENTATIVA BRANCA DE HOMICÍDIO	
	Victor Mauricio Fiorito Pereira	649
113	VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL	
	Celso Jerônimo de Souza e Ricardo Coelho de Carvalho	652
114	VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL	
	Getúlio Barbosa de Andrade	658
115	VISITAS AOS LOCAIS DE DETENÇÃO COMO FORMA DE PREVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTO DESUMANOS E CRUÉIS	
	Elaine Castelo Branco	662

POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

116	"A DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO PELO M.P."	
	Darcy Paulillo dos Passos	667
117	A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE UM NOVO MODELO DE GESTÃO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO	
	Márcia Bastos Balazeiro	674
118	AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU NECESSÁRIO BALIZAMENTO	
	Emerson Garcia	677
119	GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE INCLUSÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO: A PREPONDERÂNCIA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS	
	Fernanda Leão de Almeida	683
120	O PLANO GERAL DE ATUAÇÃO - PGA: VIABILIDADE DAS METAS, RESULTADOS PARCIAIS E FINAIS, SUBSÍDIOS E SEQUÊNCIA	
	Calixto Oliveira Souza	690

121

PARA ONDE CAMINHA O MINISTÉRIO PÚBLICO? UM NOVO PARADIGMA: RACIONALIZAR, REGIONALIZAR E REESTRUTURAR PARA ASSUMIR A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Márcio Soares Berclaz e Millen Castro Medeiros de Moura 693

122

PLANEJAMENTO DE ATIVIDADES DAS PROCURADORIAS E PROMOTORIAS DE JUSTIÇA – COMPLEMENTO NECESSÁRIO AO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E AOS PLANOS GERAIS DE ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS

Max Zuffo 703

123

PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A NECESSÁRIA REVISÃO CONCEITUAL DA UNIDADE INSTITUCIONAL E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Marcelo Pedroso Goulart 713

124

PROPOSTA PARA A MELHORIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA REALIZAÇÃO DE REUNIÕES REGIONAIS PERIÓDICAS ENTRE PROMOTORES DE JUSTIÇA

Rejane Strieder e Alice de Oliveira Morais 717

XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL
OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ÁREA CÍVEL
E
ESPECIALIZADA

AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO USO DO BACEN JUD - SISTEMA DE BLOQUEIO ON-LINE DE ATIVOS FINANCEIROS

Eduardo Sens dos Santos

Promotor de Justiça/SC

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

O sistema de bloqueio de ativos financeiros do Banco Central do Brasil, o Bacen Jud, é instrumento importante à ampliação da eficácia da ação civil pública. Além das vantagens da celeridade, agilidade e facilidade, demonstradas em caso prático ao longo da exposição, o sistema vem tendo sua legalidade e constitucionalidade reconhecidas pela doutrina e jurisprudência.

O próprio Código de Processo Civil reconhece a legalidade do procedimento e a pesquisa jurisprudencial realizada demonstra a tendência de o Supremo Tribunal Federal reconhecer a constitucionalidade da alteração legislativa.

Em síntese, o Bacen Jud não fere princípios como o da menor onerosidade da execução ao devedor, porque o dinheiro – que será alvo do bloqueio – é justamente o primeiro dos bens a ser penhorado, conforme disposição do art. 655 do Código de Processo Civil.

Em segundo lugar, a medida não importa lesão ao princípio da intimidade, porque o bloqueio não configura quebra de sigilo bancário, já que o juiz se limita a penhorar os valores necessários, sem ter acesso à movimentação financeira do devedor. Ao contrário, com o Bacen Jud somente o magistrado e o gerente da conta bancária terão conhecimento da ordem de bloqueio, ao contrário do que vinha ocorrendo com o método tradicional (via oficial de justiça, por mandados, cartas-precatórias).

Em casos excepcionais, quando necessária a quebra do sigilo bancário para investigações, o sistema também se mostra útil, porque permite a obtenção de extratos bancários por ordem judicial direta à instituição financeira, sem a tramitação física das informações por cartórios e correios, por exemplo.

Outros princípios constitucionais como o do devido processo legal e o da proporcionalidade igualmente permanecem preservados pelo Bacen Jud. O bloqueio dos ativos financeiros evidentemente será comunicado posteriormente ao devedor, que poderá exercer sua defesa com todos os recursos a ela inerentes. A medida, por sua vez, só deverá ser adotada pelo magistrado quando necessária, de acordo com ponderação entre os valores em risco, em juízo de proporcionalidade.

Na prática, o sistema permite que ordens para bloqueio de ativos financeiros, para obtenção de extratos bancários e demais informações financeiras sejam em poucas horas rapidamente cumpridas, onde quer que estejam situados os ativos, o que torna segura a obtenção do resultado.

No específico caso das ações civis públicas, liminares para bloqueio de bens (improbidade administrativa, por exemplo), cumprimento de ordens mandamentais (medicamentos, por exemplo) e até mesmo a execução de sentenças têm sua efetividade sensivelmente ampliada pela possibilidade de imediata obtenção de resultado prático que ou constranja o devedor a fazer ou não fazer, ou obtenha de imediato acesso a bens para penhora.

AMPLIAÇÃO DA EFETIVIDADE DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA PELO USO DO *BACEN JUD* - SISTEMA DE BLOQUEIO *ON-LINE* DE ATIVOS FINANCEIROS

Eduardo Sens dos Santos

Promotor de Justiça

EXPOSIÇÃO E CONCLUSÃO OBJETIVA

1. Introdução

Propõe-se ao XVII Congresso Nacional do Ministério Público a tese de que a utilização do sistema *Bacen Jud*, do Banco Central do Brasil, aumenta a efetividade das investigações civis e da própria ação civil pública, na medida em que permite de forma ágil, segura e eficaz a busca de informações bancárias (extratos bancários, movimentações financeiras) e o bloqueio de ativos financeiros de pessoas físicas ou jurídicas, prática que se experimentou com sucesso em Santa Catarina para resguardar futura execução de sentença por ato de improbidade administrativa e para produzir prova no respectivo processo.

2. Apresentação geral – o *Bacen Jud*

O *Bacen Jud* é um sistema informatizado criado pelo Banco Central do Brasil para agilizar o cumprimento de determinações e requisições judiciais relativas a ativos financeiros. Antes de sua criação, os juízes oficialavam diretamente ao Banco Central requisitando as informações, prática que exigia o reenvio das requisições a todas as instituições financeiras componentes do Sistema Financeiro Nacional e tornava lento o processamento das ordens.

Além disso, antes do *Bacen Jud* corria-se o risco do vazamento de informações: um simples telefonema de algum intermediário inviabilizaria toda a execução judicial ou a medida cautelar. Com o atual sistema, o bloqueio é realizado automática e eletronicamente, sem transitar em meio físico pelas instituições financeiras. Quando o gerente da conta recebe a ordem, já não há mais tempo hábil para fraudá-la, por exemplo, com a transferência do saldo, porque o sistema registrará também os horários de recebimento da ordem, como se verá adiante.

2.1. Utilidade

O *Bacen Jud* nada mais faz que encurtar o caminho entre o Banco Central do Brasil e as instituições financeiras, repassando aos agentes do Sistema Financeiro a ordem judicial, que em pouco tempo é executada.

Assim, por exemplo, se o juiz de direito de Florianópolis determinar o bloqueio de ativos financeiros de alguém em todas as instituições financeiras do país, basta acessar o *Bacen Jud* e, munido de uma senha, obtida previamente na secretaria da Presidência do Tribunal de Justiça, determinar a constrição. Em determinadas ocasiões, em questão de horas o bloqueio é efetuado.

Além do bloqueio de ativos, o *Bacen Jud* possibilita requisitar informações sobre a existência de contas correntes e demais aplicações financeiras, como poupanças, fundos de renda fixa e variável e fundos de previdência privada.

A nova versão do sistema, já em vigor, permite ainda a transferência de valores diretamente da conta do sujeito passivo para a conta única do Judiciário para posterior liberação por alvará ao credor.

2.2. Procedimento

De forma bastante simples, em execução de títulos extrajudiciais (por exemplo, o ajustamento de conduta), na fase de cumprimento da sentença, em cautelares ou mesmo em sede liminar é possível ao juiz, de ofício, mediante provocação de qualquer interessado ou do Ministério Público, realizar o bloqueio de ativos financeiros ou a pesquisa de informações bancárias.

Para tanto, de forma a resguardar o sigilo, o próprio juiz deve solicitar ao Tribunal de Justiça o fornecimento de sua senha pessoal. De posse do código, deve-se então acessar a página www.bcb.gov.br/judiciario, informar o código da instituição, que também será fornecido pelo servidor responsável, o nome do usuário e a senha e selecionar as opções disponíveis.

Neste momento, é imprescindível o conhecimento do CPF ou do CNPJ do titular dos ativos financeiros a serem bloqueados, pois não é possível pesquisa por nome ou outro dado. Daí a relevância de no pedido indicar-se tal dado com absoluta precisão.

Os centros de apoio operacional do Ministério Público de Santa Catarina dispõem de meios para facilmente encontrar tais dados diante do nome da pessoa a ser pesquisada. O sistema Infoseg, já disponível diretamente aos membros do Ministério Público de Santa Catarina, permite a procura pelo CPF de qualquer pessoa que tenha veículo registrado em seu nome.

2.3. Bloqueio parcial ou total

O sistema do Bacen Jud permite ao juiz realizar o bloqueio integral de todos os ativos financeiros ou simplesmente bloquear determinada quantia. Em situações que envolvam grandes somas, dependendo da capacidade econômica do sujeito passivo, o interessante é em primeiro lugar determinar o bloqueio integral e requisitar informações para, posteriormente, de posse dos dados, limitar o bloqueio a patamar que não impeça a sobrevivência daquele que sofrer a constrição. Lembre-se que as ordens, tanto de bloqueio quanto de desbloqueio, são processadas em questão de horas. Assim foi feito em Pomerode, na ação cautelar que conseguiu o bloqueio integral das contas de três ex-prefeitos, de um deputado federal e de uma empresa fantasma.

Com a atualização do sistema realizada no final de 2005, tornou-se possível ao magistrado, além do bloqueio parcial e total, obter diretamente informações sobre saldos bancários, extratos das contas correntes ou de investimentos e diretamente *transferir* valores bloqueados para contas judiciais.

Em caso de ordem para bloqueio integral, o sistema captará o saldo do dia seguinte àquele em que a ordem eletrônica for recebida pela instituição financeira, e ficarão vedadas quaisquer operações de débitos na mesma data. Assim, se o magistrado registra a ordem de bloqueio total no dia 28 de abril de 2006, uma sexta-feira, até às 19h, embora a ordem esteja disponível eletronicamente à instituição financeira até as 23h do mesmo dia, somente na segunda-feira os valores serão bloqueados e não poderá mais o sujeito passivo realizar débitos¹. A ordem deverá ser cumprida até as 23h59 do dia em que recebida. Acaso haja algum atraso no trâmite da informação ou no cumprimento da ordem, o sistema comunica automaticamente ao juiz.

Os valores creditados posteriormente também serão atingidos no bloqueio integral, o que significa dizer que se inicialmente a conta estiver sem saldo e vier a receber algum valor posteriormente ao bloqueio, todo o montante será atingido pela providência. Também a ordem atingirá depósitos a prazo, como cheques depositados antes do bloqueio mas ainda pendentes de compensação.

Como a ordem deve ser processada também pelo gerente do banco em que recairá a constrição, é importante nesse momento, dependendo da gravidade da situação, que o Ministério Público ou o interessado acompanhe o cumprimento da ordem de bloqueio integral e futuro, pois falhas interpretativas do mandado eletrônico podem ocorrer.

De qualquer forma, no bloqueio integral será informado o montante obtido ao juiz quando do cumprimento da ordem. Informações sobre o bloqueio de créditos posteriores deverão ser solicitadas expressamente em ordem específica.

No bloqueio parcial o juiz se limitará a indicar o valor da constrição. Poderá indicar uma ou mais contas do sujeito passivo, ou ainda optar que a ordem de bloqueio seja cumprida em todas as contas da titularidade do sujeito passivo. Esta opção tem a particular vantagem de “encontrar” ativos financeiros registrados em nome do devedor em qualquer Estado da Federação. Com a atual versão do sistema não há mais o inconveniente de o mesmo valor ser bloqueado nas várias contas do sujeito, o que poderia multiplicar o valor do bloqueio por tantas

¹ As ordens judiciais protocolizadas no sistema até às 19h dos dias úteis bancários serão consolidadas pelo sistema Bacen Jud 2.0, transformadas em arquivos de remessa e disponibilizadas simultaneamente para todas as instituições financeiras até às 23h do mesmo dia.

vezes quantas fossem as contas existentes. A própria instituição, em caso de saldo superior, definirá qual das contas sofrerá a constrição.

No bloqueio parcial, em caso de não haver saldo suficiente na conta, será necessária complementação posterior, porque o sistema não bloqueia créditos futuros.

2.4. Desbloqueio

A operação obedece ao mesmo sistema que o bloqueio, com a vantagem de poder ser determinada por qualquer magistrado, e não somente pelo que ordenou em primeiro lugar. Esta função tem a conveniência de não vincular eternamente um magistrado ao processo, mesmo porque pode ocorrer de sua ordem ter sido emitida quando em substituição a outro magistrado, ou que o juiz venha a ser promovido após a determinação do bloqueio.

Igualmente se aplicam ao desbloqueio os prazos previstos para o bloqueio, de modo que a ordem, tão logo registrada, será disponibilizada às instituições financeiras e cumprida com a mesma celeridade.

3. Fundamentação – constitucionalidade e legalidade do *Bacen Jud*

O sistema do Bacen Jud, há muito utilizado na execução pelos juízes do trabalho, pode ser conceituado como um sistema informatizado para trânsito de ordens judiciais recebidas pelo Banco Central do Brasil entre as instituições componentes do Sistema Financeiro Nacional. Institui, em verdade, ofícios eletrônicos, emitidos pelo magistrado para tornar bens indisponíveis, requisitar informações bancárias ou simplesmente penhorar dinheiro, sendo por isso conhecido como “penhora on-line”.

Embora formalmente criado por simples convênio celebrado entre o Banco Central e o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, à semelhança do já realizado desde 2002 com o Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Superior do Trabalho, não há ilegalidade ou inconstitucionalidade alguma em tal proceder, que se limita a fornecer mais um *meio* para tornar efetivas as decisões judiciais.

Em outras palavras, não é norma processual ou de procedimento, motivo pelo qual não se exigia lei em sentido formal para que tenha lugar na prática judiciária, adotada, diga-se, na maioria dos tribunais de justiça brasileiros. De qualquer forma, com o sucesso da iniciativa, acresceu-se ao Código de Processo Civil dispositivo permitindo expressamente a penhora de ativos financeiros pela via eletrônica (XXX), de modo que a discussão sobre a legalidade está superada.

A prática também não fere normas constitucionais sobre o sigilo bancário. Quem determina a ordem é o próprio juiz, que aliás não toma conhecimento do conteúdo e da movimentação da conta em que recairá a constrição. O sistema apenas lança o débito na conta indicada (ou em todas as contas do sujeito passivo, conforme o caso), limitando-se a informar ao juiz posteriormente sobre o sucesso ou não do bloqueio dos bens.

A caso a ordem seja de emissão de extratos bancários, por outro lado, haverá sim quebra de sigilo bancário. No entanto, novamente aqui a ordem será determinada por juiz, que tal qual no sistema anterior, do ofício em papel, é a autoridade competente para tanto, estando ademais obrigado a ater-se às situações previstas em lei.

É de se observar que, ao invés de prejuízo ao sigilo bancário, a adoção do sistema Bacen Jud na verdade amplia a garantia constitucional, à medida que torna mais seguro o processamento da ordem judicial e impede que terceiros tomem conhecimento da medida. Em determinadas hipóteses nem mesmo o escrivão judicial sabe da medida antes de o processo retornar ao cartório, situação que inevitavelmente ocorria antes.

O devido processo legal igualmente não sofre restrição com o sistema. As normas processuais e procedimentais continuam exatamente as mesmas. Na ação civil pública em que se requer o bloqueio de bens, por exemplo, a citação do réu ocorrerá depois de examinado o pedido liminar, momento em que terá oportunidade de requerer a revogação da ordem e exercer o contraditório.

O princípio da proporcionalidade, por sua vez, tido como corolário do devido processo legal, não sofre também qualquer interferência, pois a necessidade, utilidade e proporcionalidade em sentido estrito da medida continuarão de observação obrigatória pelo juiz conforme o caso concreto, sempre fundamentadamente.

Alega-se por vezes que o sistema permite a prática de atos pelo juiz fora de sua competência, como no caso de bloqueio de bens em conta situada em instituição financeira de fora da comarca. Do mesmo modo, aqui não se pode identificar qualquer ilegalidade, pois em se tratando de órgãos públicos ou instituições privadas em exercício de função pública, como é o caso dos bancos, o juiz pode determinar diretamente a realização de atos, como atualmente ocorre com os registros públicos e com as operadoras de telefonia. Aliás, vale anotar que em mandados de prisão de réus foragidos, por exemplo, é extremamente comum o cumprimento da ordem em comarca diversa da do juiz que expediu o mandado.

Exigir a expedição de carta precatória para cada agência bancária, por outro lado, implicaria providência desprovida de sentido, já que o ato pode ser praticado diretamente pelo juiz, e a carta precatória, como é sabido, limita-se à prática de atos por delegação em caso de incompetência territorial do juiz.

Veja-se, por exemplo, que o Código de Processo Civil já admite expressamente a citação por carta, “para

qualquer comarca do País” (art. 222, *caput*), ao passo que a redação do §1º do art. 659 do Código permite que a penhora se realize “onde quer que se encontrem os bens”².

Por outro lado, o sistema não expõe a intimidade do indivíduo a público. Pelo contrário: como os “ofícios eletrônicos” tramitam criptografados eletronicamente, o risco de a informação chegar a pessoas não autorizadas é mínimo, muito menor, diga-se de passagem, do que o risco de uma senha bancária comum ser apropriada por *hackers*.

Por fim, o sistema não desobedece às disposições processuais sobre penhora e sobre medidas cautelares. No que tange às penhoras, o próprio Código de Processo Civil determina que sejam feitas preferencialmente em dinheiro (art. 655) e princípios como celeridade, economia processual e máxima eficiência da prestação jurisdicional só recomendam a medida (citar novamente CPC novo XXX).

Na verdade, o Bacen Jud apenas transformou o *meio* pelo qual transitavam as informações sobre quebra do sigilo bancário e sobre bloqueios: o ofício impresso em papel e remetido pelo correio transformou-se em “ofício eletrônico”, ou seja, em informação criptografada eletronicamente remetida pela *Internet*.

E assim o fez seguindo moderna tendência, verificada já com sucesso quando da implantação do sistema de processo eletrônico (digital) nos Juizados Especiais Federais. No *e-proc*, como foi alcunhado o sistema, as ações somente são propostas e contestadas, inclusive com documentos, por e-mail. A citação e as intimações são todas realizadas virtualmente e a sentença também só existe no plano digital³.

Mais recentemente, por força da alteração promovida no Código de Processo Civil pela Lei nº 10.280/2006, não se pode ter mais dúvidas da tendência nacional. Admite agora o parágrafo único do art. 154 que “Os tribunais, no âmbito da respectiva jurisdição, poderão disciplinar a prática e a comunicação oficial dos atos processuais por meios eletrônicos, atendidos os requisitos de autenticidade, integridade, validade jurídica e interoperabilidade da Infra-Estrutura de Chaves Públicas Brasileira – ICP-Brasil”⁴. E desde 2001, quando da edição do Decreto nº 3.996/2001, o Banco Central do Brasil já utiliza a ICP-Brasil.

Vale ressaltar, no entanto, que há duas ações diretas de inconstitucionalidade no Supremo Tribunal Federal contra o convênio firmado entre o Bacen e o TST, propostas pelo PFL⁵ e pela Confederação Nacional dos Transportes⁶.

Embora sem apreciação pelo STF até o momento, o parecer do Procurador-Geral da República é pela improcedência dos pedidos, concluindo que “O sistema Bacen Jud vai ao encontro das novas tecnologias a serviço de um novo processo judicial, que tem como princípios norteadores a celeridade, a economicidade e a máxima eficácia, e que vem ganhando corpo com a implementação de sistemas de peticionamento *on-line*, dos interrogatórios por meio de vídeo-conferência, dos *sites* dos tribunais, da pesquisa via *internet* da jurisprudência, da autenticação eletrônica de documentos etc. Lembre-se que este Supremo Tribunal Federal, por meio da Resolução n. 287, de 14 de abril de 2004, instituiu o chamado *e-STF*, sistema que permite o uso de correio eletrônico para a prática de atos processuais no âmbito desta colenda Corte Suprema”⁷.

4. Caso prático

Em Santa Catarina três ex-prefeitos, um deputado federal, um servidor e uma empresa fantasma foram condenados em ação de improbidade administrativa ao pagamento de aproximadamente meio milhão de reais cada um.

Diante do evidente *fumus boni juris*, e à vista do recente *periculum in mora* que significava a notícia da condenação, propôs-se ação cautelar para bloquear todos os ativos financeiros das pessoas envolvidas.

Requeru-se ainda fosse oficiado à Comissão de Valores Mobiliários, tendo em vista a notícia de serem titulares de ações no mercado financeiro, ao Incra, para apurar a propriedade de imóveis rurais, além de ao Detran e aos registros de imóveis da região.

² A respeito do dispositivo tem-se entendido que “Dispensa-se a expedição de carta precatória na constrição judicial de bens localizados fora dos limites territoriais do juízo da execução, se os mesmos foram indicados pelo devedor, mediante lavratura de termo nos autos” (RJTAMG 60/119), *apud* NEGRÃO, Theotônio. *Código de Processo Civil*. 36ª ed. São Paulo : Saraiva, 2004. P. 768.

³ Também por *resolução*, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região criou o sistema *e-proc*. Assim estabelece o art. 2º da Resolução n. 13/2004: “A partir da implantação do processo eletrônico somente será permitido o ajuizamento de causas pelo sistema eletrônico”.

⁴ A ICP-Brasil é um conjunto de técnicas, práticas e procedimentos que vêm sendo implantados gradativamente pela Administração Federal e por diversas organizações privadas brasileiras com o objetivo de harmonizar os fundamentos técnicos e metodológicos de um sistema de certificação digital. Em outras palavras, é o sistema de segurança digital utilizado pela Administração Federal.

⁵ ADI n. 3091, rel. Min. Joaquim Barbosa. Já há parecer do Procurador-Geral da República pela improcedência do pedido formulado na ADI. O Sindicato dos Metalúrgicos do ABC e a Anamatra requereu a intervenção no processo na qualidade de *amicus curiae*. Os principais argumentos da ADI são os de que o Bacen legislou sobre processo, que a medida permite ao juiz extrapolar sua competência territorial e que a constrição impõe tratamento “degradante e coativo” aos devedores.

⁶ ADI n. 3203, rel. Min. Joaquim Barbosa. Também foi admitida a Anamatra como *amicus curiae*. O ministro relator determinou a conexão das ações, por continência da segunda na primeira.

⁷ Parecer n. 2.444/CF, datado de 23 de abril de 2004, Procurador-Geral da República: Cláudio Fonteles.

O pedido foi deferido liminarmente pelo juiz Roberto Lepper, que pessoalmente registrou o bloqueio *on-line* no Bacen Jud. Dias depois todos os ativos financeiros dos réus estavam bloqueados integralmente.

No decorrer da ação cautelar, também a pedido do Ministério Público, sobrevieram informações sobre as contas correntes e demais aplicações financeiras dos réus, bem como sobre os valores indisponibilizados. Posteriormente, mediante novo pedido do Ministério Público, a juíza Iraci Satomi Kuraoka Schiocchet determinou via Bacen Jud que todas as agências do país em que os requeridos tivessem contas apresentassem extratos bancários desde o ano de 1997, o que foi prontamente realizado. De posse dos dados, pôde-se tornar ainda mais evidente a prova de transações ilícitas ocorridas no período em que os agentes públicos exerceram os cargos.

Da decisão os agentes ímprobos interpuseram agravo de instrumento, que até a finalização deste texto não havia sido julgado (XXX). Na decisão que indeferiu o pedido de suspensão dos efeitos da decisão de primeiro grau, todavia, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, por decisão do desembargador Jânio Machado, manteve a liminar, ainda que sem entrar na discussão sobre a legalidade da “*penhora on-line*”, consignando não haver impossibilidade de constrição sobre todos os bens dos agentes ímprobos⁸.

Apesar de os valores encontrados não terem sido suficientes para saldar o débito, a utilização do Bacen Jud se demonstrou ágil e eficaz, notadamente em se considerando a pluralidade de envolvidos e a multiplicidade de contas, inclusive algumas delas situadas em outros Estados da Federação e em Brasília.

5. Conclusão

Pode-se concluir, por fim, ainda que a experiência de uso do sistema no Ministério Público não forneça maiores dados, que a prática só amplia os instrumentos à disposição do promotor para o desempenho de suas funções, quer na investigação de atos ilícitos praticados mediante uso do Sistema Financeiro Nacional, quer na adoção de providências cautelares ou mesmo na satisfação de créditos oriundos de sentenças condenatórias, ajustamentos de conduta ou mesmo em ações cíveis em que o Ministério Público atua como *custos legis*, como no caso das ações de alimentos.

A legalidade e a constitucionalidade do procedimento são aceitas pela doutrina e jurisprudência, por se tratar de mera evolução do sistema de comunicação processual entre o juízo e as instituições financeiras. E, diante do sucesso do instrumento, a tendência é que o Supremo Tribunal Federal e os demais tribunais do país reconheçam a constitucionalidade do Bacen Jud.

Como todo instrumento eficaz, é importante que o bloqueio *on-line* seja divulgado aos promotores de justiça. Ao contrário da velha e tradicional execução de sentença ou de títulos extra-judiciais, o bloqueio via Bacen Jud vem se demonstrando rápido e eficaz, notadamente por permitir a localização de ativos financeiros em qualquer lugar do país. É, portanto, iniciativa que deve ser estimulada em prol da maior efetividade da ação civil pública e da obtenção dos resultados práticos na tutela de direitos afetos ao Ministério Público.

⁸ Tribunal de Justiça de Santa Catarina, Agravo de Instrumento nº 2005.024313-1, de Pomerode, relator Des. Jânio Machado, em 9.9.2005.

CONTROLE DO PODER-DEVER ESTATAL DE TRIBUTAR VIA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Moema Ferreira Giuberti Coradini

Promotora de Justiça Substituta/ES

1) SÍNTESE DOGMÁTICA

Questão relevante e que tem se verificado em todo o cenário nacional diz respeito à tentativa indiscriminada de diminuir a eficácia das Ações Coletivas.

Nesse viés, uma dessas investidas está claramente esboçada na Medida Provisória n. 2.180/2001 ao impedir a utilização da Ação Civil Pública para resguardar direitos que envolvam tributos e contribuições previdenciárias. Como se verificará, trata-se de uma forma de reduzir, e porque não dizermos extinguir, a hipótese de incidência da tutela coletiva em matéria tributária e, por tal motivo, o dispositivo reveste-se de total inconstitucionalidade, a qual se pretende demonstrar em quatro tópicos.

O primeiro deles está ligado ao fato de que os Princípios do sistema constitucional tributário constituem-se em verdadeiros direitos fundamentais e, como tais, possuem a natureza de cláusula pétrea, não podendo ser limitado ou retirado do ordenamento jurídico. No segundo momento, perceber-se-á que tais direitos são resguardados pela garantia "tutelas", ou seja, pretensões deduzidas em juízo e, no caso em comento, também pela via da Ação Civil Pública. Ao proibir a ação coletiva, a Medida Provisória limita o acesso ao Poder Judiciário, em total afronta ao art. 5º, inciso XXXV da CRFB. O terceiro argumento verifica que as funções do Ministério Público, esculpidas no art. 129 da Constituição, também refletem direitos e garantias fundamentais. Nessa via, a utilização da Ação Civil Pública visa à proteção dos direitos fundamentais garantidos pela Constituição, visto que possibilita o estancamento do dano metaindividual com maior amplitude, abarcando todos os envolvidos. Ao restringir essa garantia constitucional coletiva, o Executivo suprimiu o próprio direito de todo cidadão em receber um sistema nacional tributário em baliza com o sistema constitucional e, via de consequência, com o ordenamento jurídico. Como quarto e último argumento, constata-se que, ao editar a malfada Medida Provisória, o Poder Executivo visou, exclusivamente, interesses governamentais, esquecendo-se da sua função primeira. Em decorrência, houve flagrante desvio de poder, tendo em vista que a finalidade precípua do Estado, a saber, servir à população, fora desvirtuada. Em não havendo respeito à finalidade constitucional do Estado, haverá vício de constitucionalidade da norma jurídica editada.

Nesse contexto e por todos os motivos elencados, pensa-se necessária a propositura de Ações coletivas suscitando a inconstitucionalidade do art. 1º, parágrafo único, da Lei n. 7.347/1985 como forma de combate ao habitual caudilhismo governamental no que toca à matéria tributária, para garantir ao povo brasileiro um sistema nacional tributário em linha com o sistema constitucional.

2) FUNDAMENTAÇÃO

2.1) Característica do sistema constitucional tributário. Limitações ao Poder de Tributar e sua natureza jurídica

O Brasil, constitui-se em um Estado democrático de Direito e por isso o Poder Estatal não poderá ser desenvolvido de forma absolutista sobre os seus "súditos" em razão de todo o desenvolvimento social e político alcançado até o presente momento.

Nas palavras de Alberto Silva Xavier¹ *o Estado de Direito foi, ao menos inicialmente, concebido como*

¹ Os princípios da legalidade tributária e da tipicidade da tributação, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1978, p. 8

Desta forma, para que possamos falar em estado de Direito se faz necessário que seu governo esteja engajado na idéia de justiça, que se formaliza através da instituição de princípios e normas jurídicas, com um único objetivo: a garantia do cidadão contra o abuso do poder por parte do Estado.

Nessa esteira, para se evitar eventuais abusos do poder como ocorridos antes do atual ordenamento jurídico, o sistema constitucional tributário brasileiro fora formulado de forma rígida e complexa, contendo múltiplos e variados Princípios positivos e negativos com diretrizes vinculantes para o legislador, além de medidas de garantia e proteção aos contribuintes.

Em conformidade com o pensamento do Professor Paulo de Barros Carvalho, o Princípio da Certeza do Direito é o norte de todo o sistema, como se fosse um princípio sobreposto sobre os demais. A certeza está diretamente ligada a segurança.

Até o ano de 1988 nunca houve no Brasil segurança jurídica tributária, daí o fato da atual Constituição da República haver fechado o sistema constitucional tributário.

Sob esse aspecto, as limitações ao poder Estatal de tributar constituem verdadeiras garantias e Direitos do Contribuinte. Elas estão intimamente ligadas à função precípua do Estado em servir à população. Na verdade, nada mais são do que limites ao Estado em seu poder-dever de Tributar (art. 150 e demais correlatos da Constituição da República). Tais restrições foram descritas na Constituição em forma de Princípios

A doutrina e jurisprudência Brasileira têm decodificado esses princípios como verdadeiros direitos fundamentais do cidadão brasileiro, não sob um prisma unicamente econômico, mas sim como um vetor cuja principal função é conceder dignidade à pessoa humana.

Nesse sentido, deve-se citar importante julgado do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de uma Ação Direita de Inconstitucionalidade:

“O exercício do poder tributário, pelo Estado, submete-se, por inteiro, aos modelos jurídicos positivados no texto constitucional que, de modo explícito ou implícito, institui em favor dos contribuintes decisivas limitações à competência estatal para impor e exigir, coativamente, as diversas espécies tributárias existentes. Os princípios constitucionais tributários, assim, representam importante conquista político-jurídica dos contribuintes, constituem expressão fundamental dos direitos individuais outorgados aos particulares pelo ordenamento estatal. Desde que existem para impor limitações ao poder de tributar do estado, esses postulados tem por destinatário exclusivo o poder estatal, que se submete a imperatividade de suas restrições.” (ADI 712-MC, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 7-10-92, DJ de 19-2-93)

E ainda em decisão mais recente:

“O Poder Público, especialmente em sede de tributação, não pode agir imoderadamente, pois a atividade estatal acha-se essencialmente condicionada pelo princípio da razoabilidade, que traduz limitação material à ação normativa do Poder Legislativo. O Estado não pode legislar abusivamente. A atividade legislativa está necessariamente sujeita à rígida observância de diretriz fundamental, que, encontrando suporte teórico no princípio da proporcionalidade, veda os excessos normativos e as prescrições irrazoáveis do Poder Público. O princípio da proporcionalidade, nesse contexto, acha-se vocacionado a inibir e a neutralizar os abusos do Poder Público no exercício de suas funções, qualificando-se como parâmetro de aferição da própria constitucionalidade material dos atos estatais. **A prerrogativa institucional de tributar, que o ordenamento positivo reconhece ao Estado, não lhe outorga o poder de suprimir (ou de inviabilizar) direitos de caráter fundamental constitucionalmente assegurados ao contribuinte.** É que este dispõe, nos termos da própria Carta Política, de um sistema de proteção destinado a ampará-lo contra eventuais excessos cometidos pelo poder tributante ou, ainda, contra exigências irrazoáveis veiculadas em diplomas normativos editados pelo Estado.” (ADI-MC-QO 2551, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 2-4-03, DJ de 20-4-06)

Para desenvolvermos o julgado esposado faz-se necessária uma pequena menção sobre a própria natureza jurídica dos Princípios.

Etimologicamente princípio, do latim *principium*, *principii*, nos dá a idéia de começo, origem, base.

O eminente Celso Antonio Bandeira de Melo, para quem princípio é mandamento nuclear de um sistema e verdadeiro alicerce, analogicamente compara o sistema jurídico a edificação civil, dizendo *que aquele ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto com sábia arquitetura*. Ao contemplarmos esse edifício há que se ver uma ordem, uma harmonia identificando-se imediatamente alicerces e vigas mestras. Embora não se despreze a importância das portas, das janelas, dos eventuais vitrais postos para embelezar a arquitetura, há que se convir sobre a máxima importância das vigas mestras e dos alicerces, sem os quais todo cimento, toda beleza não se sustentam de *per si*.

Nesse viés Carraza conceitua o princípio jurídico como *um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam. A generalidade dos princípios é maior do que a das demais normas jurídicas.*

Pode-se concluir, portanto, não importar se o princípio é explícito ou implícito, mas sim se existe ou não no ordenamento. No mesmo sentido Souto Maior entende que o princípio explícito não é mais importante do que o implícito. A gradação das importâncias e prevalências dependerá do âmbito de abrangência de um e de outro princípio e não do fato de um estar descortinado.

Em feliz resumo de um dos seus capítulos, Roque Carrazza diz que *princípios constitucionais são, a um tempo, direito positivo e guias seguros das atividades interpretativa e judicial. Em outros termos, são fontes de direito (Esser) e idéias-base de normas jurídicas.*

Sob esse prisma é que devemos nos debruçar. Em possuindo caráter normativo, os princípios constitucionais impõem a todos submissão, inclusive ao legislador derivado, sob pena de todos os seus atos revestirem-se de inconstitucionalidade. Portanto, princípios não são simplesmente diretrizes, como querem alguns, mas sim normas cogentes.

Note-se que os Princípios constitucionais guardam estreita ligação com os direitos fundamentais. Nesse sentido Humberto Ávila² expõe: *o Sistema Tributário Nacional, que regula pormenorizadamente a matéria tributária, mantém relação com a Constituição toda, em especial como os princípios formais e materiais fundamentais – independentemente de estarem expressa ou implicitamente previstos – e com os direitos fundamentais, sobretudo com as garantias da propriedade e de liberdade.* (grifo nosso).

No que toca aos direitos fundamentais, o constituinte originário a encarou com seriedade visto que no art. 60, parágrafo 4º estabeleceu não ser objeto de deliberação a proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais. Considerando não ser dado ao Congresso Nacional sequer deliberar em processo legislativo mais complexo sobre direitos fundamentais, quanto mais ao Executivo quando do uso de Medidas Provisórias.

Importante ainda frisarmos a necessidade de um direito vir resguardo por uma garantia. Assim foi que a Constituição da República concedeu instrumentos de defesa aos direitos eventualmente atingidos. O instrumento de defesa é parte integrante do direito, ambos são indissociáveis. Sem defesa não há direito e vive-versa.

Ao vedar a instrumentalização via tutela coletiva em face de uma determinada norma tributária que, eventualmente, fira o sistema tributário, o Poder Executivo Federal permitiu que abusos venham a ocorrer pelo legislador, e até por ele mesmo. Por tal motivo, a Medida Provisória mencionada retirou uma garantia fundamental do cidadão brasileiro, revestindo-se de completa inconstitucionalidade.

2.2) Poderes-deveres estatais. O Desvio de poder do Executivo

No Estado Democrático de Direito deve haver poderes de Estado e Instituições, independentes e harmônicas entre si. A idéia da tripartição dos poderes em legislativo, executivo e judiciário é tradicional e incorporada em nosso sistema constitucional. Porém, tem-se sustentado que esses “poderes” devem ser separados dentro de um mecanismo de controles recíprocos, denominado “freios e contrapesos” (*checks and balances*).

Enquanto uma corrente doutrinária pretende caracterizar o poder do Estado como o poder político, incondicionado e preocupado em assegurar sua eficácia, sem qualquer limitação, uma diretriz oposta qualifica-o como o poder jurídico, nascido do direito e exercido exclusivamente para a consecução de fins jurídicos, a saber, **fornecer a todo o seu povo o bem-estar** (note-se que não se faz menção ao Estado do Bem Estar social contraposto ao liberalismo).

Importante ressaltar que a atividade tributária desempenhada pelo Estado deve se subordinar aos elementos caracterizadores do Estado de Direito. O respeito à finalidade Constitucional é *conditio sine qua non* da constitucionalidade.

Partindo-se da premissa de que caberá ao Estado cumprir com as suas finalidades, tem-se por certo que o exercício de tais atividades deve-se dar nos limites estritos do ordenamento jurídico. Em outras palavras: a discricionariedade legislativa ou administrativa quando da edição de leis e medidas provisórias possui fronteiras e limites. Ultrapassados estes entra-se no caminho da arbitrariedade, tipificada como uma violação de direito, um desvio de poder.

Celso Antonio Bandeira de Melo³ entende por desvio de poder *a utilização de uma competência em desacordo com a finalidade que lhe preside a instituição.*

Assim, é que o desvio de poder é considerado como um vício de natureza objetiva, caracterizado pelo desencontro entre o conteúdo da lei e aquele que seria o adequado à realização dos fins esculpidos na Constituição.

Pedro Estevam A. P. Serrano⁴ pondera em monografia publicada: *por mais evidente que seja o exercício das competências legiferantes – e ainda que cobertas pelo Judiciário com o manto da intangibilidade dos elementos subjetivos da vontade política do legislador – elas não podem ser tiradas com a capa protetora do arbítrio, da irrazoabilidade e da desproporção, e muito menos do descumprimento dos fins constitucionais.*

Importante ainda citar a lição de Caio Tácito⁵: *No exercício de suas atribuições e nas matérias a eles afetas, os órgãos legislativos gozam de discricionariedade peculiar à função política que desempenham. Temos, contudo,*

² Sistema Constitucional Tributário. São Paulo: Saraiva. 2004

³ Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2ª ed., 6ª tiragem. São Paulo: Malheiros. 2003

⁴ O Desvio de poder na Função Legislativa, São Paulo: FTD, 1997

sustentado a necessidade de temperamento de latitude discricionária de ato do poder legislativo, ainda que fundado em competência constitucional e formalmente válida. O princípio geral de direito de que toda e qualquer competência discricionária tem como limite a observância da finalidade que lhe é própria, embora historicamente vinculado à atividade administrativa, também se compadece, a nosso ver, com a legitimidade da ação do legislador.

Tendo como norte esses ensinamentos, Roque Carraza conclui ser possível haver desvio de poder fora dos casos clássicos de inconstitucionalidade. Segundo o autor *o desvio de poder Legislativo torna inconstitucional a lei, justamente pelo descompasso entre os interesses subalternos que atende e os objetivos superiores da Carta Magna a manda perseguir.*

Tais conclusões devem ser estendidas quando o Poder Executivo exerce sua função legislativa quando da emissão de decretos-leis e medidas provisórias, essas com força de lei.

Diante de tais premissas e conclusões, não poderá o legislador editar leis cujo caráter visa atender seus interesses, nem, tão pouco, aprová-las em razão de acordos pré-estabelecidos com o Executivo, como ocorreu no caso dos “mensalões”.

Bem, ao analisar o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 7.347/1985, acrescentado por meio da Medida Provisória n. 2.180/35/2001, outro motivo não se encontra senão dificultar o combate coletivo aos tributos inconstitucionais, limitando o contribuinte de se ver liberto de uma situação irregular de maneira mais abrangente.

Ressalte-se o fato de que tal medida ainda encontra-se em pleno vigor, posto que anterior a Emenda Constitucional n. 32 e ainda não votada no Congresso Nacional.

Em sendo assim, pode-se acrescentar mais este argumento para se entender inconstitucional a limitação imposta arbitrariamente, diga-se de passagem, à tutela coletiva aos direitos tributários do cidadão.

2.3) Livre e amplo acesso ao judiciário

Como mencionado anteriormente, os limites ao poder de tributar não significam simples vedações expressas ou tácitas do Constituinte. São mandamentos constitucionais imperativos. Para a sua efetivação não basta uma norma, faz-se necessária a disponibilização de instrumentos para a defesa desses direitos quando violado. E não basta a existência de defesa, faz-se necessário que a mesma seja eficaz.

Nessa baliza, a universalidade da jurisdição é um Princípio Constitucional Geral, normatizado no art. 5º, incs. LV e XXXV.

Significa dizer, a todos é dado o acesso à jurisdição, leia-se, de forma individual ou coletiva. Note-se que a própria Constituição não fez restrição e, via de consequência, não caberá ao legislador infraconstitucional fazê-lo, muito menos ao Poder Executivo quando da edição da espúria Medida Provisória.

O controle judicial é extremamente importante para haver a pacificação social sem o qual não haveriam meios de se impor a vontade soberana.

A tripartição do poder, preconizada por Aristóteles, e formulada por Montesquieu, necessita do sistema de freios e contrapesos para o seu bom funcionamento, sob pena de se retornar aos tempos despóticos. Justamente para se evitar tais acontecimentos tem-se o poder de reforma de atos jurídicos inválidos. Trata-se de uma característica intrínseca ao Estado Democrático de Direito. Não há como se conceber um Estado Direito sem tais mecanismos de controle.

A Constituição da República determina a tutela judicial sempre que houver violação ou ameaça de direito, ocasião em que o Poder Judiciário, mediante prévia provocação, será chamado a intervir para aplicar o direito (ordenamento jurídico) ao caso concreto.

Muito embora não caiba ao Judiciário se imiscuir na tarefa administrativa (não cabe ao Judiciário Administrar) ou legislativa (legislar positivamente), os instrumentos de tutela não poderão ser limitados. Leia-se: não há que se dividir a tutela coletiva da tutela individual. Ambas possuem a sua importância e não poderão ser suprimidas.

E isso se dá em razão da natureza jurídica do processo coletivo. Fredie Didier e Hermes Zaneti Jr⁶, com maestria peculiar, explicam que *os processos coletivos servem à “litigação de interesse público”, ou seja, servem à demandas judiciais que envolvam, para além dos interesses meramente individuais, aqueles referentes à preservação da harmonia e à realização dos objetivos constitucionais da sociedade e da comunidade.* (o grifo nosso)

Continuam: *não nos referimos, assim, ao caráter eminentemente público, aliás, insuprimível, do próprio direito processual civil como instrumento de atuação da vontade estatal e pacificação dos conflitos, ou seja, ao seu conteúdo público de retorno à sociedade de respostas estabilizadoras dos conflitos e ao seu caráter público na elaboração formal de normas. Queremos ir além: a defesa do interesse público primário através dos litígios cíveis, inclusive na atuação de controle e realização de políticas públicas através desta “litigação”.*

⁵ Desvio de Poder Legislativo, RTDP 1/66, 1993

⁶ Curso de Direito Processual Coletivo. Bahia: Podiumm. 2007

Grande parte da doutrina especializada tem entendido que o processo coletivo seria uma espécie de *processo de interesse público* (*public law litigation*).

Sob essa perspectiva, ao Poder Judiciário foi entregue uma nobre função: *a de órgão colocado à disposição da sociedade como instância organizada de solução de conflitos metaindividuais*.

Assim, é que os direitos coletivos foram incluídos pela Constituição da República como direitos e garantias fundamentais, constituindo-se cláusula pétrea, intangível de supressão constitucional e infraconstitucional.

Em sendo assim, toda e qualquer tentativa em suprimir direitos fundamentais deve, de plano, ser rechaçada do ordenamento.

2.4) Funções institucionais do Ministério Público. Sua função como garantidor dos direitos fundamentais

A Constituição da República atribuiu às funções de soberania aos três tradicionais poderes e ao Ministério Público, e este tem como uma de suas funções zelar pelo respeito dos direitos fundamentais e pelo equilíbrio entre os Poderes, fiscalizando-os. Nesse sentido Alexandre de Moraes.⁷

José Afonso da Silva⁸ afirma que *a instituição ocupa lugar cada vez mais destacado na organização do Estado, em virtude do alargamento das suas funções de proteção aos direitos indisponíveis e de interesses coletivos, tendo a Constituição Federal dado-lhe relevo de instituição permanente e essencial à função jurisdicional, mas que ontologicamente sua natureza permanece executiva, sendo seus membros agentes políticos, e como tal, atuam com plena e total independência funcional*.

E não para menos. O brilhante promotor de justiça do Estado do Espírito Santo, Marcelo Barbosa de Castro Zenkner⁹ certifica que *na esteira deste processo de transformações, as discussões a favor da democracia e dos direitos pertencentes às populações mais desprotegidas se intensificaram, emergindo daí um Ministério Público comprometido com a manutenção da ordem jurídica e o respeito à democracia e, ao mesmo tempo, com a atuação no interesse daqueles que não encontravam meios adequados para pleitear uma tutela jurisdicional*.

Mas não é apenas diante desse enfoque que o Ministério Público deve ser encarado atualmente. Os tempos são outros. (...)

E é principalmente buscando assumir a responsabilidade pela tutela desses "novos direitos de massa" (o colega aqui se refere aos direitos de natureza transindividual) em um mundo globalizado que caminha o Ministério Público da atualidade (...)

Sob este prisma, o legislador constituinte originário, no art. 127, conferiu à instituição a função defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e **dos interesses sociais e individuais indisponíveis**.

Como mecanismo de instrumentalização dessa função foi concedida, pela Constituição, a ferramenta da Ação Civil Pública para proteger o patrimônio social, o meio ambiente e **outros interesses difusos e coletivos**.

A despeito de opiniões em contrário, note-se que os artigos 127 e 129 devem ser interpretados conjuntamente, ou seja, a ação civil pública ou o processo coletivo como querem outros, será utilizada para a defesa de todos os interesses difusos, coletivos e individuais com repercussão social (nesse sentido tem decidido o Supremo Tribunal Federal).

De regra, quando há ofensa à ordem jurídica, há insulto a um direito difuso violado. Isso porque a própria Constituição demonstra, quando delineia os direitos e garantias fundamentais implícita ou explicitamente, ser direito de todos a manutenção legalidade e da segurança jurídica. Ofender a ordem jurídica, seja por ato do legislador, seja por ato administrativo, é trazer insegurança ao jurisdicionado visto como uma coletividade com direitos.

Por conseguinte, há que se afirmar: quando há uma lei tributária em afronta às limitações ao poder de tributar a amplitude de danos ocasionados ao contribuinte deve ser vista de sob o prisma coletivo (em sentido lato), e não no sentido individual disponível.

O conceito de direito coletivo deve ser buscado no Código de Defesa do Consumidor, art. 81, parágrafo único. Embora o conceito seja estabelecido através de lei cujo assunto está em parte distanciado do direito tributário, há que se utilizado em razão da peculiaridade das ações coletivas: todas as leis regulamentadoras da matéria contituem-se em verdadeiro microsistema processual coletivo, ocasião em que as leis se interagem formando um todo.

O referido código conceitua direito difuso como sendo os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato. Os coletivos são interesses ou direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

De regra, uma lei tributária inconstitucional, dirá respeito ao um direito coletivo; posto que o grupo "contribuintes" estará ligado pela relação jurídica para com o Estado em razão de se estabelecerem como sujeitos passivos

⁷ Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Atlas. 2005

⁸ Curso de Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Malheiros. 1999.

⁹ Ministério Público e Efetividade do Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2006

(contribuintes ou responsáveis) de uma obrigação tributária.

Ainda, ao analisar essa premissa em correlação com o art. 60, parágrafo 4º, da Constituição da República, pode-se afirmar que a defesa da ordem jurídica implica, também, na defesa das cláusulas pétreas, onde os direitos e garantias individuais estão incluídos. Note-se que o inc. IV do referido artigo não delimita os direitos e garantias.

Já se afirmou, e comprovou, que as limitações ao poder de tributar foram postas como direitos fundamentais, e como tais constituem-se cláusulas pétreas. Tais garantias são encaradas por Canotilho como **mecanismos de instrumentalização de proteção dos direitos**.

Desta feita, tanto o Ministério Público quanto suas armas (dentre elas a ação civil pública) constituem-se em verdadeiras garantias constitucionais fundamentais. O uso da Ação coletiva pelo Ministério Público constitui, assim, um instrumento válido e eficaz para a defesa dos direitos fundamentais e coletivos do contribuinte e sua limitação pela malfada Medida Provisória fere a Constituição.

3) CONCLUSÃO

O art. 1º, parágrafo único da Lei n. 7.347/1985, introduzido pela Medida Provisória n. 2.180-35/2001, restringiu a tutela coletiva quando a matéria de direito da Ação Coletiva versar, dentre outros assuntos, sobre tributos. Tal dispositivo merece especial atenção pelos juristas brasileiros tendo em vista os constantes ataques à eficácia das ações civis públicas. São quatro os argumentos que demonstram a inconstitucionalidade do dispositivo.

1. As limitações ao Poder Estatal de tributar constituem garantias e direitos fundamentais do contribuinte. Elas estão intimamente ligadas à função precípua do Estado, a saber, servir ao público. O poder estatal não pode ser desenvolvido de forma absolutista sobre os súditos, tendo em vista que nosso regime é democrático e de direito.

Assim, quando se fala em sistema constitucional tributário deve-se ter em mente um arcabouço de limitações em prol do próprio contribuinte. As referidas limitações foram traçadas em forma de princípios com caráter de norma cogente, e não de simples diretrizes. Nesse sentido, é direito fundamental de todos a existência de um sistema nacional tributário em linha com os Princípios Constitucionais ligados à matéria. Em razão da densidade desses direitos, não pode uma norma, seja ela de qualquer espécie, restringir a persecução desses direitos fundamentais.

2. Importante ressaltar que a atividade tributária desempenhada pelo Estado deve se subordinar aos elementos caracterizadores do Estado de Direito. O respeito à finalidade Constitucional é *conditio sine qua non* da constitucionalidade. Assim, em havendo desvirtuamento da função primeira, haverá abuso de poder. A Medida Provisória não visou resguardar direitos do contribuinte quando limitou a tutela coletiva, pelo contrário, com a vigência do dispositivo o que se tem atualmente é a defesa lenta e morosa dos direitos tributários do contribuinte..

3. Nessa baliza de pensamento, para que haja efetividade do exercício do direito de demanda em face do Poder-dever estatal, faz-se necessário munir o contribuinte de mecanismos para paralisar eventuais desvios.

Tais instrumentos são exercidos através da tutela judicial, seja ela coletiva ou individual. A Constituição da República, no art. 5º, inc. XXXV, assevera ser direitos de todos a tutela judicial. Tal norma possui densidade de direito fundamental e de norma constitucional de eficácia plena. Trata-se de um Princípio Constitucional geral.

O legislador constituinte desejou que a todos fosse dado o acesso ao poder judiciário, de forma ampla, individual ou coletiva. Note-se que a constituição não pré-estabeleceu qualquer tipo de limitação a forma de acesso ao poder judiciário.

Importante frisar a importância da tutela coletiva quando o dano gera risco para um número infindável de pessoas, principalmente no que toca à matéria tributária. Após a introdução do direito a duração razoável do tramite processual, fica bem clara a vontade do legislador de conferir maior eficácia aos mecanismos de defesa judicial. Proibir a tutela coletiva nesses casos é o mesmo que remover do mundo jurídico o direito fundamental.

4. Por fim, há que se convir que a Ação Civil Pública é um instrumento de trabalho do Ministério Público conferido pela própria Constituição da República.

Por esse motivo, percebe-se que nenhuma norma infraconstitucional poderá limitar as atribuições do Ministério Público quando essas estão estampadas na Constituição da República, até mesmo porque as suas funções constitucionais, esculpidas no art. 129, também refletem uma garantia fundamental do cidadão.

Postas essas linhas, tem-se pela inconstitucionalidade do art. 1, parágrafo único da Lei 7.347-1985. Como controle de constitucionalidade possível será a utilização do meio difuso, ou concreto, a ser argüido como causa de pedir das Ações Civis Públicas utilizadas pelos órgãos ministeriais.

TRAGÉDIAS AÉREAS: AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Renato Guimarães Jr.

Promotor de Justiça Aposentado/SP

Às famílias das vítimas mortas em tragédias aéreas.

Ao Juiz e Professor Marco Fábio Morsello, enfim o primeiro jurista brasileiro em Direito Aeronáutico.

Numerosos subtemas deste Congresso socorrem o grande Tema Nacional: tragédias aéreas. Quase 500 famílias nos últimos 11 anos choram a desgraça das mortes de entes queridos em apenas três acidentes: o do Fokker 100, da TAM, no Jabaquara, o do Boeing da GOL, na selva amazônica e, agora, com o Airbus da TAM, na selva urbana do Aeroporto de Congonhas, outra vez no Jabaquara, perto da “rua do avião”. Construa-se a lei!

A Área Cível e Especializada, do tema *Os Novos Desafios do Ministério Público*, oferta nada menos que oito espaços para abrigar nossos irmãos brasileiros sobre a rubrica *O Ministério Público repensando o papel de custos legis*. A *Tutela dos interesses difusos coletivos e individuais homogêneos em busca da Efetividade dos Direitos Fundamentais*. Eis os oito espaços: 2 – A efetividade das Ações Cíveis Públicas; 14 – Meios de reparação dos interesses difusos lesados e recomposição efetiva dos danos causados; 24 – Coisa julgada no processo coletivo; 29 – Recomendação como instrumento de tutela dos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos; 36 – Repercussão geral; 39 – Execução da decisão provisória; 43 – Princípio da proporcionalidade na nova execução cível; e, sim, 71 – O uso de Ação Civil Pública como meio eficaz de impor ao poder executivo a obrigação de legislar para efetivação de direitos garantidos constitucionalmente, e o princípio da independência entre os poderes.

Se lembrarmos as centenas de órfãos que legam essas tragédias – só 65 famílias, entre 99 atingidas pelo acidente, que tivemos a honra de representar nos processos do Fokker 100, somavam cerca de uma centena de órfãos – então entraríamos ao universo assim reservado, por exemplo, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 57, 58, 59, 60, 61, 62 e 63, onde a operacionalização da proteção integral do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Plano Nacional de Convivência Familiar e Comunitária, sua integração entre os operadores do Sistema de Garantias de combate à violência, a garantia de educação de qualidade, seus desafios, vedação a retrocessos, a efetivação das medidas socioeducativas e o papel do Ministério Público no sistema socioeducativo para a cidadania plena à garantia dos direitos atinentes à infância e à juventude e seu desenvolvimento saudável e, então, descortinaríamos o insito dever básico de o Ministério Público liderar a indenização justa nessas tragédias.

É o futuro dessas centenas de órfãos espalhados que está sob risco das resseguradoras internacionais !

É Direitos Humanos à Defesa Social, Política Pública e Institucional à busca da Justiça na globalização !

Proposição e sua Fundamentação

Tragédia aérea não é – ouçam-nos os céus ! – evento rotineiro à vida do advogado, Juiz e Promotor.

Ocorrendo, porém, o profissional do Direito é pego totalmente desprevenido. Não há experiência. Nem literatura. Nem jurisprudência. Nem ensino nas abundantes Faculdades. A cidadania fica à mercê das experientes e, na América Latina, corruptas resseguradoras que deram há décadas à terra da Alberto Santos Dumont o triste título, na literatura internacional, de “o país dos acordos por tostões em acidentes aéreos”.

As asas do Ministério Público devem alçar às alturas desse desafio internacional em prol da Cidadania.

Só no Brasil...

Só no Brasil...

Nos países onde a sociedade se preza a dignidade de socorro judicial decente, não se acredita que no Brasil, uma tragédia aérea ocorrendo, como a do Boeing da GOL ou do Airbus da TAM, com 154 e 199 vítimas mortas, tenha o Poder Judiciário, o Ministério Público e os advogados de percorrem, respectivamente, 154 ou 199 processos com

154 ou 199 defesas para Juízes, com 154 ou 199 instruções da *mesmíssima* prova, proferirem 154 ou 199 sentenças, com 308 ou 398 apelações, 154 ou 199 acórdãos, 308 ou 398 Recursos Especiais, 308 ou 398 Recursos Extraordinários, etc. e todo mal decorrente no Judiciário atolado de processos.

"Mas não é um só acidente, uma só prova, uma só... justiça?" indagam colegas estrangeiros...

Incrédulos com nosso estágio judicial, simploriamente explicam a mais prosaica solução dos países avançados, como se não soubéssemos – a prevenção: "aqui, o Juiz que primeiro toma conhecimento de uma indenizatória..."

E, mais, avançado sobre nossa cultura jurídica, quase ingenuamente: "aqui, quando cai um avião de porte, provavelmente as famílias não procuram um só escritório de advocacia e, então, os advogados que as representam elegem o comitê, geralmente formado por integrantes dos três mais experientes escritórios naquela especialidade, que será responsável pelo processo único, reportando-se a todos colegas com clientes naquela única ação coletiva".

Na única experiência que o autor conhece no Brasil, a do *Fokker 100*, tentou ele organizar um comitê similar mas, quicá devido à mencionada carência da especialidade entre nós, rendeu-se à nossa insuficiência: advogados de vários Estados, representando 65 famílias que tinham entrado na Justiça da Califórnia e que tiveram de ajuizar ação no Brasil, como condição imposta pelo Juiz americano ao deferir, em parte, a preliminar de defesa da ré, o *forum non conveniens*, não conseguiram chegar a qualquer consenso construtivo à ação: nem sempre é fácil dois advogados concordarem com redação de uma petição; difícil 65 co-responsáveis pela ação.

Vara evitar, como na tragédia do *Fokker 100*, da *TAM*, caos de processos múltiplos com multiplicidade de decisões conflitantes, convencionou-se que um jurista de escol, sem qualquer ligação a essa causa, assinasse, ao lado do autor, a inicial. O pranteado Catedrático de Direito Internacional da USP, Professor Irineu Strenger, há dois meses falecido, deu-nos a honra desse trabalho conciliador. Nasceu assim – somente pela força da condição imposta aos brasileiros pelo Juiz da Califórnia com o *forum non conveniens* – causa coletiva de 65 famílias numa só ação – absolutamente *sui generis* no País – e só por causa da imposição judicial estrangeira.

Esse processo tupiniquim e sob pressão externa tem 28 volumes – fora vários anexos – até o v. apelação.

O *forum non conveniens*, Latim americano, talvez pudesse ser traduzido por "incompetência relativa",

e é instituto genuinamente jurisprudencial: os juízes americanos foram construindo ao longo dos tempos, o poder de conhecer ou não determinadas ações conforme a "conveniência" pública, decidida caso a caso. É razoável.

Assim, a ré, a *Northrop Grumman Corporation*, a maior fábrica de aviões de guerra do mundo, 26 Bilhões de lucros anuais, construtora do "avião invisível" que faz furor no Iraque, e que produziu o *thrust reverser* que disparou a queda do *Fokker*, argumentou – e com certa razão, que sendo a *TAM* brasileira, como brasileiras todas famílias, exceto duas, americanas, e a autoridade, Aeronáutica, do Brasil, em cujo território o acidente ocorrera – que "conveniente" era que a causa fosse intentada e julgada no Brasil, até por mais facilidade ao foro onde os consumidores mortos e suas famílias residiam. Estas – argumentamos – têm a justiça brasileira lenta demais, as indenizações são injustas às famílias das vítimas e a *Northrop* nada tem no Brasil para garantir eventuais condenações.

Precedentes do Ministério Público de São Paulo

Na tragédia do *Shopping de Osasco*, o Procurador-Geral de Justiça do Estado – que nesse cargo depois nos daria o encargo de provar no Inquérito Policial, em que assistíamos o digno Promotor Criminal designado, Mário Luiz Sarrubo – mas ainda Coordenador do Centro de Apoio Operacional dos Promotores do Consumidor, Professor José Geraldo Brito Filomeno, autor de várias obras e co-autor do Anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, ajuizou vitoriosa Ação Civil Pública que beneficiou as famílias das vítimas mortas e sobreviventes com pesadas lesões permanentes, livrando-as do ônus de buscar, com advogados próprios, indenização, assim recebida com a simples execução individual.

O ilustre membro do Ministério Público, com formação nos Estados Unidos, onde convidado a lecionar, só se absteve de ajuizar Ação Civil Pública para favorecer as famílias dos 99 mortos do *Fokker 100*, da *TAM*, exatamente para evitar problemas com a já então publicamente anunciada ação indenizatória nos Estados Unidos. Mais: Sua Excelência forneceu ao autor excelente pesquisa que seus assessores tinham elaborado sobre o inevitável conflito entre a disputada aplicação do Código Brasileiro da Aeronáutica ou do Código de Defesa do Consumidor, então muito novo, aos consumidores do serviço fatídico do *Fokker 100* da *TAM*, dissídio banido só com a chamada "jurisprudência da *TAM*" pelo extinto Egrégio Primeiro Tribunal de Alçada de São Paulo.

A busca ainda – na época da então, no Brasil, nova da responsabilidade objetiva – essencial para prova no Judiciário, do Relatório das Causas do Acidente do *Fokker*, ilumina ótica favorável à Ação Civil Pública.

A Aeronáutica – vulnerável à tradicional influência da resseguradora *Lloyd's, of London*, detentora do mercado da América Latina e, pois, da VASP, Transbrasil, VARIG, *TAM* e GOL, como se verá adiante – chegava ao desprate responder ofícios, sete, a sete, não requisições mas, naquelas militares eras, meras solicitações de sete magistrados, do Rio de Janeiro, de São Paulo e de Campinas, para instruir a prova dos processos respectivos, com a explicação de que, vedada era a entrega do Relatório para evitar eventual mal estar diplomático com a Costa do Marfim, 50 mortos,

cujas famílias, ao contrário, estavam, longe de louvar sigilo favorável ao poder econômico britânico, angustiosamente buscando a verdade pelas mortes da metade das 50.

Alemães mortos salvaram 25 famílias de mortos brasileiras: corria livremente nas Cortes da Alemanha, o Relatório negado aos Juízes do Brasil, para julgar empresa do Brasil ante mortos do Brasil. Era a Aeronáutica.

Escritório de advogados dos Estados Unidos, especializados em tragédia aéreas, socorreu os brasileiros, enviando, da Alemanha, cópia do Relatório a Campinas, SP, onde Professora de Linguística da Unicamp, voluntariamente verteu do Francês ao vernáculo, a prova da culpa gravíssima, senão dolo eventual da Varig.

O segredo absoluto, sob falsas vestes diplomáticas, e forte teor militar, amenizou-se na tragédia seguinte.

Nobre Juiz Federal, Paulo Alberto Jorge, em junho de 1998, quebrou o sigilo do Relatório que o CENIPA mantinha sobre as causas das 99 mortes da tragédia da TAM, concedendo, na Terceira Vara Cível Federal de São Paulo, *writ* para as famílias das vítimas obterem cópia do Relatório. Pronto ? Não! Só com o Ministério Público!

Porque o digno Coronel da Aeronáutica recusou fornecê-lo, desta vez alegando, não razões de política internacional mas – desta vez com certa razão – vinculação à Convenção de Chicago para prevenir repetência.

O clima político mais favorável, já sob bons anos de regresso à democracia ante a atual Constituição, permitiu então que, outra vez o Ministério Público, agora por seu próprio Procurador-Geral da Justiça de São Paulo, Dr. Luis Antonio Marrey, hoje Secretário da Justiça do governo estadual, socorresse a necessidade dos Promotores de Justiça para instruir o Inquérito Policial; ombreou-se às famílias das vítimas mortas e no Egrégio Superior Tribunal de Justiça impetrou Mandado de Segurança contra o Ministro da Aeronáutica para que rendido fosse à Justiça Comum o Relatório para apuração de eventual transgressão ao Código Penal ou outra norma.

Na histórica sustentação oral, assistida por numerosos familiares e seus advogados, o autor teve a honra de acompanhar, enfatizando o imperioso interesse de cerca de uma centena de órfãos e mães viúvas ao Relatório.

Houve unanimidade e foi-se rendendo, finalmente, a Aeronáutica, à plenitude do vigente Estado de Direito.

Esse equilíbrio sensato entre a prioridade de prevenir-se - contra dolorosíssimas e múltiplas perdas de vidas e contra renovados acidentes com reincidência dos mesmos equívocos humanos e/ou tecnológicos, de um lado e, de outro, a necessidade de instrução judicial de múltiplos pleitos indenizatórios - foi desastrosamente quebrado, com mínimo recato à dor dos fêretros, com a divulgação sem peias, dos mais íntimos sinais visuais e auditivos do que teria de ser, da caixa-preta e fontes anexas, zelado com o tradicional critério de óbvio recato.

Do extremo de total segredo militar, camuflado de diplomático, ao da mais vulgar divulgação de fatos que teriam de ser prestigiados, civilizadamente, sob normas internacionais assumidas pelos costumes das gentes, caminhou, assim o País, sem pauta coerente de meio-termo que atendessem, se pudessem, sem danos, aos dois fins.

O Ministério Público, no comando dessas disputas por transparência, manteria a sensata disciplina.

Por isso tudo - e muito mais - ao ilustre Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, Dr. Rodrigo César Rebello Pinho, em reunião presentes Procuradores de Justiça de sua Chefia de Gabinete e de ex-titular do Centro de Apoio Operacional das Promotorias do Consumidor, além do ilustre Procurador de Justiça do Egrégio Conselho Nacional de Justiça, Dr. Felipe Lokke Cavalcanti, pediu o autor Ação Civil Pública pelo *parquet*.

Moeda estrangeira às famílias de mortos em tragédias aéreas

A Varig, leia-se *Lloyd's, of London*, chegou ao cúmulo de realizar a portas trancadas por dentro e sob vigilância armada, guardadas por guardas armados, em salão dentro do Ministério, um tal *I Encontro Brasileiro de Direito Aeronáutico*, mais conhecido no processo de Campinas como "*I Conto Brasileiro de Direito Aeronáutico*" para fabricar o Decreto 97.505/89, que modificou o critério de converter o *Franco Ouro Poincaré* a nosso velho Cruzado pelo valor do metal na praça de Londres, no dia do pagamento da indenização pela responsabilidade internacional assegurada pela *Convenção de Varsóvia*. Os Conferencistas e Coordenadores de Debates foram gente que serviu - ou serve - aos *lords* londrinos, contra massacradas famílias brasileiras: Dr. Aguinaldo Junqueira, Diretor Jurídico da VARIG; Dr. José da Silva Pacheco, Assistente Jurídico da VARIG; Dr. Hélio de Castro Farias, também da VARIG; e o Dr. Lino Pereira da Silva, advogado da VARIG e, depois, da TAM no caso do Fokker, chegando representar no Tribunal de Ética da Ordem dos Advogados do Brasil, de São Paulo, contra o defensor dos brasileiros, por expor-se à Imprensa e comunicar-se com advogados da Varig e não com ele, em verdade, advogado da *Lloyd's, of London*, em causa pública de tragédia internacional a brasileiros. O Colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil confirmou as unânimes absolvições paulistas em quatro simultâneas, e imediatas após denúncia de traição na VEJA, representações conexas: 27 votos a zero.

Nenhuma Faculdade de Direito, nem a Ordem dos Advogados do Brasil, nem o Ministério Público ou Magistratura foi convidado ao *I Conto*: ninguém fora do fechado grupo de advogados das empresas e *Lloyd's*.

"O Escandaloso Truque do Lobby da ré contra" as famílias do Brasil e a Garantia Constitucional da Irretroatividade e dos Direitos Adquiridos" foi o tópico da peça processual que anunciava que os temas do "Encontro Brasileiro" foram: "*O sistema Varsóvia de Responsabilidade Civil... Responsabilidade do Transportador... Franco-Ouro Poincaré. Direto Especial de Saque*" - o DES, do FMI. Mera coincidência esse repto da petição inicial pouco antes em Campinas ajuizada, ou seja, o "*I Conto*" era para o caso concreto da tragédia do Boeing 707 da Varig que matou 50 pessoas em Abidjan, na Costa do Marfim, na África, ajuizada em Campinas. "*E já no primeiro dia -*

consta dos autos, então premonitivamente - *foi anunciado que o "resultado" desse encontro brasileiro seria redigir uma Minuta de Decreto para o Presidente da República, tendo entre os fundamentos jurídicos a Exposição de Motivos, que acompanharia o distinto diploma, a conclusão do importantíssimo evento, "amplamente debatido" pelos juristas do País de que... como postulado nesta petição, deva ser convertido... não mais... como determinado pelo Excelso Supremo Tribunal Federal.*

Teve o Judiciário de lançar mão da garantia constitucional da irretroatividade para proteger no futuro os direitos... adquiridos pelas famílias das vítimas, como, nos autos, ficou *"prequestionada essa matéria"*.

Nem sílaba dos defensores da ré ao desafio dos autos: *"A ré Varig com a palavra. Agora... em público."*

Corrupção essa jamais contestada e judicialmente impune, para as famílias com a perda dos francos ouro Poincaré, a moeda forte antes do famigerado Decreto 97.505 para alegria da *Lloyd's, of London*, e seus agentes.

Pior: nem acordo houve para o pagamento das "indenizações", recebidas pelas famílias dos aeronautas e aeroviários. O dinheiro saía por simples boleto-recibo bancário, na boca dos caixas do Banco Itaú, como se saldo de salário e "acidente de trabalho", em cuja última linha e a letras pequenas podia-se ler *"... dando plena, geral e irrevogável quitação"*. Todas as dezenas de defesas da Varig, assinadas pelo Dr. Lino - advogado da *Lloyd's, of London*, que destemidamente pugnou por elas como encerramento dos processos - foram todas rejeitadas pela Justiça que mais de 15 anos depois homologou os acordos de US\$ 300,000.00, finalmente aceitos pela Varig, bem acima dos US\$ 20,000.00 inicialmente ofertados na audiência judicial em Campinas, SP.

Só para assinar acordo em que órfão - neto do ex-Embaixador dos Estados Unidos no Brasil, Stanley M. Cleveland, morto na África - recebeu perto de US\$ 80,000.00, o advogado recebeu US\$ mais de 90,000.00 !

Essas excepcionalidades, duramente adversas às famílias brasileiras - jamais figurariam no museu das teratologias, tivesse a liderar Ação Civil Pública o Ministério Público, com seu sábio poder investigatório !

Uma década depois, a tragédia do Fokker 100, da TAM, iluminaria as mentes nos dois lados do Atlântico.

Os acordos do Dr. Lino, aumentaram: US\$ 145,000.00, e esmeraram: *"de acordo com leis da Holanda"*.

Como se presume que viúvas com órfãos ignorem exatamente o que dispõe a legislação da Holanda sobre indenizações em tragédias aéreas no Brasil - sendo que, naqueles países as seguradoras nem o funeral pagam, uma vez que o europeu, mais dia, menos dia, terá despesas necessárias com seu enterro - não foi, de novo, difícil anular todos esses acordos, aperfeiçoados pelo novo advogado da *Lloyd's, of London*, Dr. Luiz Eduardo Arena Alvarez, advogado também, nas mesmas causas do IRB, corrupto fiscal e da fiscalizada TAM, simultaneamente, o que levou o sábio Ministro Sálvio de Figueiredo, do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a enviar prova desse crime ao Procurador-Geral da Justiça, sendo que o Inquérito Policial coroou a defesa de que a tergiversação era, sim, "imoral" apenas - em causa sobre o futuro de quase uma centena de órfãos - mas não... criminal.

A maldita fama do Brasil na literatura internacional de *"paraíso por acordos de tostões"* - adquirida após os acertos das famílias das vítimas da tragédia da Varig perto de Orly, na França onde a voz amorosa de Agostinho dos Santos silenciou, entre outros, de ódio por Justiça, mas fama advinda da indenização de US\$ 170,00, *sic*, à família do americano *Tramontana*, morto no País em acidente aéreo, diminui, pois, com o Fokker.

A milhares de milhas, porém, estamos da justiça da aviação globalizada, onde US\$ 20.000.000 foram pagos aos familiares de Michael Pastore, pela *PanAm Airlines*, ou ainda 125,000,000 de dólares, pela mesma Convenção de Varsóvia, pedidos por Jake La Motta pelo acidente de outro Boeing, da *Swissair*, no Canadá, um MD-11, nada justificando o que ocorre no País, onde se paga igual preço ao seguro incluído nos bilhetes de voo.

Esse longo e penoso Calvário, digno de pauta numa CPI, de modos como as resseguradoras tramam além mar contra as famílias das vítimas de tragédia aéreas, atingiu o ápice de com injusta crucificação com o Fokker.

Sem autorização dos clientes, que nunca viram os cálculos da sobrevida perdida de seus entes queridos com os últimos rendimentos, índices necessários para, nos Estados Unidos, como no Brasil, aferição razoável das indenizações pelos danos materiais, eis que os advogados da *Speiser Krause* - uns dois meses antes de o Juiz do Jabaquara, o preclaro Dr. Rômulo Russo Júnior, sentenciar, como há muito se esperava - aportam, com viúva e intérprete que dias antes tinham sido chamadas a Washington, D.C., para onde foram, sem que os advogados e as próprias famílias das 65 vítimas mortas soubessem, e apresentam as propostas de acordos, muitíssimo menores do que lhes haviam anunciado como expectativa provável dos jurados americanos que veriam os filmes das entrevistas que muitas delas, uma a uma, com imenso sofrimento, recordavam as histórias pessoais para eventual prova dos danos morais a ser exibida aos julgadores, caso frustrada tentativa de composição razoável a todos.

"Perdermos sua causa nos Estados Unidos. Aceitem essa proposta, ou estarão condenadas a esperar pela Justiça do Brasil por anos a fio". Devastadora essa segunda tragédia, a da traição dos advogados americanos que, em seguida, a portas trancadas noutro hotel, o Mofarrej, com a TAM, Fokker e *Northrop Grumman*, participavam de *"audiências secretas"*, em que 12 Diretores, Pilotos e técnicos da TAM, após juramento com a mão sobre a Bíblia, depuseram e entregaram *"relevantes documentos"*, sem que qualquer Juiz, Promotor, advogado ou famílias de vítimas brasileiras soubessem, nem, talvez, a Aeronáutica, em flagrante crime de "Invasão à Soberania Judiciária", que o *III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo*, com a participação de centenas colegas, em agosto de 2005, por unanimidade aprovou como a tese 40, que passara com a mesma aceitação, em outros eventos de jurídicos - de advogados e da Magistratura - redundando em pedido de Lei, na Câmara dos Deputados, pelo Deputado Fleury Filho, para a criação desse novo crime no Brasil. A isso respondeu à Imprensa o advogado da TAM

e da *Lloyd's, of London*, plenamente relevando como a coroa pensa do Brasil: "participei (das audiências secretas), sim, e o que tem a Justiça do Brasil a ver com isso?"

O *US Department of State* logo alertou sobre prisão e deportação de advogado que "tenha a ver com isso": http://travel.state.gov/law/info/judicial/judicial_672.html?css=print. Nos USA, nossa lei é considerada!

O Inquérito Policial por Formação de Quadrilha, determinado pelo Procurador-Geral da Justiça, Dr. Rodrigo Pinho, e em curso na Segunda Vara Criminal do Jabaquara, consigna o longo relato desse golpe.

A magnitude dos prejuízos dos brasileiros pode ser medida apenas com duas cifras: a única família americana Andrews, líder no caso do Fokker, fez acordo por US\$ 6,500,000.00, enquanto para uma família de Curitiba, em condições equivalentes de idade e rendimentos, o advogado, indicado pela viúva Presidente da Associação das Famílias, assinou acordo por US\$ 80,000.00. Nem 3% do que receberam os órfãos americanos...

Claro, era o mesmo advogado cujos honorários superaram a indenização ao órfão Cleveland, *supra*, agora apresentando as emancipações dos órfãos para se "livrarem" da fiscalização do Curador de Incapazes, e com procuração, por escritura pública, em que fez constar que seus honorários "serão por conta da TAM, Fokker..."

Com a ausência do Relatório e o aparecimento do Decreto 97.505, ao lado de outras anomalias, perfeitamente clamam as famílias pela aplicação do Direito Básico do Consumidor, art. 6º, VIII, "a facilitação da defesa de seus direitos", abrigada na mais ampla defesa constitucional: missão para o Ministério Público.

Numa Ação Civil Pública, pelo Ministério Público, gente assim pensaria duas vezes antes dos crimes.

Justificativa

A função institucional do Ministério Público na promoção dos "interesses difusos e coletivos", abrangendo, pois, aqueles das vítimas que tiveram de evacuar suas residências e milhares no trânsito, na dicção do cânone 129, III, Constituição Federal, gera responsabilidades que não lhe cessam rumo a "Novos Desafios".

A expectativa de sobrevida, sabe-se a todo dia de índices oficiais do governo, supera a idade dos 80 anos.

O Judiciário, porém, insiste em escravizar-se nos 65 anos, que era para os nascidos no século XIX.

Vítimas de tragédias aéreas, não gastam 2/3 de seus rendimentos para despesas pessoais: nem tempo, muitas vezes, têm: executivos, profissionais, empresários, constroem patrimônio para a futura longa velhice.

A jurisprudência, de novo, generaliza como os 2/3 para mínimos assalariados, cujo transporte, consome, sim, muitíssimo mais do que os de rendas mais altas, frequentemente sem gastos com viagens por conta.

A indenização, preventiva para dissuadir comportamento indutor de novas tragédias - noutros países, mais objetivos, chamada de punitiva - há de ser, de qualquer maneira, proporcional, seja punitiva ou preventiva, encaminhada do patrimônio do responsável para o Fundo de Reparação dos Interesses Lesados dos Consumidores, Lei Federal 9.008, de 21 de março de 1995, previsto nas disposições da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor. Exatamente como as famílias da tragédia do Fokker 100 da TAM, pedem - explicitamente - na apelação, para inibir acusações do soado pretexto de imaginário enriquecimento ilícito!

Com US\$ 26 Bilhões de lucros anuais, *supra*, a ré Northrop foi condenada a pagar 333 salários mínimos, como se motoqueiro ou taxista humilde fosse, pelo Tribunal de Justiça de São Paulo, por danos morais...

O Ministério Público, como a Magistratura, advogados e outros profissionais do Direito - Professores e Jurisconsultos - são também ativos agentes sociais à eficácia das leis, aqui indenizatórias em tragédias aéreas.

Exemplos dessa integração são, em São Paulo, (1) o Inquérito Civil Preparatório, instaurado pelo Promotor de Justiça do Consumidor, Ângelo Patrício Stacchini, em curso sigiloso, para exame das cláusulas propostas para acordo ofertadas pela TAM às famílias das vítimas da tragédia do Airbus, após o que (2) o Procurador do Ministério Público do Trabalho, Fábio Fernandes, em Procedimento Investigatório condenou as condições de trabalho dos controladores de tráfego aéreo, e ainda (3) os trabalhos dos Promotores Criminais do Jabaquara, Mário Luiz Sarrubo e João Honório de Souza Franco, designados pelo Procurador-Geral da Justiça para investigar as causas da tragédia do Airbus. Acordo justo há de prever compensação realista à desistência de ingressar nos Estados Unidos com indenizatória, direito absoluto e enorme, como as famílias das vítimas da tragédia do Fokker conseguiram, com as mais altas indenizações de acidentes aéreos na História do Brasil. Pois têm o direito de pedirem, na Justiça americana, o ressarcimento punitivo, cujo valor há de ser previsto no acordo.

O Ministério Público, rumo à Ação Civil Pública, deve fiscalizar, nesses termos de acordos propostos.

Fundamentos Jurídicos

A responsabilidade do Ministério Público, à pauta básica acima e a ser enriquecida com constantes novos desafios, será fortalecedora da Cidadania para exercer seus direitos lesados por tragédias aéreas.

No mundo cada vez mais compacto - a globalização judicial - o Brasil e suas famílias esperam que o Ministério Público assuma a vanguarda de, com a Ação Civil Pública e outras providências, viabilizar compatível ajuizamento noutros países, como o enfrentamento do *forum non conveniens* nos Estados Unidos, em nova alternativa indenizatória preventiva contra novas tragédias causada pela impunidade a tantos responsáveis.

Defensor "dos interesses sociais e individuais indisponíveis", Magna Carta, art. 127, o Ministério Público tem amplo espaço de realizações e conquistas previstas na *Declaração Universal dos Direitos Humanos*.

À Câmara dos Deputados, em Audiência Pública com o Ministro da Aeronáutica, nas *Comissões de Defesa do Consumidor, de Transportes, e de Economia*, em 15 de outubro de 1997, ofertou-se - como na Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo, Audiência Pública, *Comissão de Direitos Humanos*, em 30 de outubro de 1997 - a reivindicação *Tragédias Aéreas: Indenizações e Direitos Humanos*, GUIMARÃES, Jr., Renato, in *Responsabilidade Civil. Temas Atuais*, Escola da Advocacia do Recife, PE, com Demócrito Reinaldo, J.J. Calmon de Passos, Rui Stoco, Sérgio Cavalieri Filho, Sílvio Rodrigues *et al*, *Encontro Nacional de Responsabilidade Civil*, Escola de Advocacia do Recife, PE, 2000, p. 83-98, com estas atualizações:

1. Debate com toda comunidade jurídica do País - Ordem, Associações e Institutos dos Advogados do Brasil, Faculdades de Direito, Associações de Magistrados e do Ministério Público - com acesso aos Sindicatos e Associações de Pilotos e Aeronautas, transportadoras aéreas, associações de consumidores e de assistência às famílias de vítimas de tragédias aéreas, Ministério da Aeronáutica e outros interessados - para modernização das leis de indenizações adequadas, como pedido à Comissão de Defesa do *Consumidor*, em 25 de outubro de 1989, há quase dezoito oito anos - em vão até hoje. Hoje, a CPI do Apagão, a luzes jurídicas urgentes, é o palco ideal.
2. Imediata revogação do - como nos respondeu o Prof. Eros Grau - constitucional Decreto 97.505/89.
3. Modernização do rito processual de litispendência com adaptações da *Multidistrict Litigation*, da Suprema Corte dos Estados Unidos, para melhor adaptação, em tragédias aéreas, com a Ação Civil Pública no Brasil.
4. Acréscimo ao Código de Defesa do Consumidor, ou noutra norma específica, para obrigar as empresas a fornecerem às vítimas sobreviventes e famílias os dados necessários para contato com outras famílias de mortos e sobreviventes de desastres aéreos, visando à defesa comum de seus direitos: a desunião *is sweet to Lloyd's*.
5. Regulamentação da criação e funcionamento da Comissão investigadora de tragédias aéreas com obediência de seus procedimentos aos princípios da Constituição Federal e compromissos internacionais do País, garantidos o contraditório, publicidade e impessoalidade adequados quanto ao nome das pessoas físicas e jurídicas envolvidas e acesso judicial às provas imutáveis como a da *caixa-preta* e outras sobre as causas do acidente.
6. Acesso imediato assegurado às famílias das vítimas às informações sobre o pagamento de seguros às empresas que sofreram tragédias de grandes prejuízos difusos. Os recibos devem ressaltar as indenizações.
7. Estímulo ao desenvolvimento e ensino do Direito Aeronáutico Internacional, com ênfase às indenizações.
8. Volta da publicação anual, encerrada na década de 1970, dos acidentes aéreos, suas conclusões, providências punitivas e recomendações preventivas tomadas pelo DAC e órgãos afins. Fiscalização, sim, sobre o fiscal IRB.
9. Alerta às famílias ainda não informadas, de que restam apenas 10 meses para entrarem na Justiça da Califórnia contra a Airbus e TAM, o que deve ser feito ANTES de ingressarem no Brasil contra a TAM *et al*, as vantagens sendo a rapidez e indenização muito maior: as famílias de Júlio Barbosa e de Júnia Rabello, mortos em acidentes de helicópteros em São Paulo em 2002 e em Minas Gerais em 2000, respectivamente, receberam em abril de 2003, por especializados e honestos advogados americanos, por acordo, US\$ 14,000,000.00, e continua a primeira a processar a USAIG-Aircraft Insurance Group, a mesma seguradora americana da Northrop Grumman, e a segunda, US\$ 30,000,000.00 ! Tivessem as 65 famílias do Fokker, escritório de advocacia como esse - e são só três nos Estados Unidos - teriam US\$ 2 bilhões: tiveram menos de US\$ 30 milhões!

Fundamenta este pleito o esforço da própria Imprensa e entidades à disposição das famílias, como a experiente em várias causas, inclusive Ações Cíveis Públicas, *Associação de Assistência às Famílias Castigadas por Acidentes Aéreos e Tragédias Antigas e Modernas*. Um desses processos aguarda pedido de arbitramento imediato, à luz do Código de Processo Civil, art. 515, § 3º, em prol de todos moradores e proprietários de casas da "rua do avião", como ficou, funebremente, conhecida a via sobre a qual caiu o Fokker, destruindo 10 casas e construindo a indestrutível lembrança dos 99 mortos em cobertas plásticas negras na calçada do inferno em que viraram os escombros - terrível legado às crianças e prejuízo nos valores venais e dos aluguéis do não tão atrativo lugar, à espera de indenização pela permanência da angústia moral de quem ali ainda mora, ou morava.

Ao Ministro da Defesa Nelson Jobim; Relator da CPI do Apagão, Senador Demóstenes Torres; Presidente do Colendo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Raimundo Cezar Britto Aragão; Presidente da Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil no Rio Grande Sul, Claudio Pacheco Prates Lamachia; Coordenadora dos Debates do *Caos Aéreo, Aspectos Jurídicos, Defesa do Cidadão*, Dina Darc Ferreira Lima Cardoso, e expositores, na *Associação dos Advogados de São Paulo*, Senador Demóstenes Torres, Juiz Marco Fábio Morsello e advogados Arystóbulo de Oliveira Freitas e Guilherme de Andrade Campos Abdalla, a mesma *Associação de Assistência às Famílias Castigadas por Acidentes Aéreos* dirigiu pedidos para providências diversas a cada uma dessas entidades ou personalidades, em socorro às famílias das vítimas mortas, em especial disponibilizando informações a seus advogados em relação às indenizações, acordos e suas ações internacionais.

A sociedade integra-se na expectativa de o Ministério Público agir ante o Judiciário no Brasil e ao USA !

O jornalista e vítima, Jorge Tadeu - morador de casa destruída e só em parte, sob intensa pressão, pago pela *Lloyd's, of London*, quando as famílias ainda estavam *desalojadas* em hotel, à óbvia responsabilidade da TAM, onde esta, sob ameaça desta de terminar com a emergencial estada, e sob o vivo impacto do devastador acidente sobre o

lar destruído na “*rua do avião*” - administra cinco *sites* e *links*, com 200.000 visitas nestes dias: http://www.desastresaereos.net/acidente_tam_espacoaberto.htm; <http://jorgetadeu7.sites.uol.com.br/> (a história real do acidente com Fokker 100 da TAM em 1996 - Voo 402); www.desastresaereos.net (sobre acidentes no Brasil e no mundo), www.jorgetadeu.com.br e http://www.desastresaereos.net/acidente_TAM_juridicas.htm, voltado a questões legais advindas dos acidentes. É hercúleo e rico trabalho-ideal em prol de tantas famílias !

Vítima sobrevivente, e da vivente Imprensa, conectado com o Ministério Público à Justiça a todos !

Todos: famílias dos Aeronautas, Aeroviários, comissários de bordo, mortos e equiparados aos passageiros para efeitos indenizatórios – e não tratados como em “acidente de trabalho” - e assim também as famílias de transeuntes e funcionários mortos em solo, e milhares de imobilizados nos veículos em congestionamentos pós-tragédia. A Ação Civil Pública deve ser a mais abrangente possível, cobrindo todos danos advindos do acidente, inclusive comerciantes e outros que tiveram suas atividades trabalhistas ou econômicas assim prejudicadas.

Síntese Dogmática

O Ministério Público, como acima exposto, deve estimular que as famílias das vítimas de tragédias aéreas exerçam seus direitos de entrar, também, na Justiça de países que lhes acolham em ações indenizatórias.

Conclusão Objetiva

O Ministério Público, em prestígio sócio-institucional, deve assumir Ação Civil Pública para acudir as famílias das vítimas do maior acidente aéreo da História do País, construindo sua própria História ao devir, à vista, especialmente, de tantos órfãos.

De Campinas, SP, para Salvador, Bahia, aos 20 de agosto de 2007.

(a) Renato Guimarães Jr.

PS: as famílias das vítimas agradecem à Comissão Organizadora do Congresso por ter tolerado, por urgência do magno desastre do Airbus da TAM, a apresentação da tese dias após o prazo estabelecido para sua remessa.

AÇÃO CIVIL PÚBLICA: LEGITIMIDADE DA PROPOSITURA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFENSORIA PÚBLICA, SINGULARIDADES

Nadilson Portilho Gomes e Priscilla Tereza de Araújo Costa

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, do CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Órgão do Ministério Público possui vocação nata para a propositura de ação civil pública, por previsão constitucional, nos termos do art. 127 e art. 129, item III da CF/88.
2. Não têm a mesma natureza a legitimidade da Defensoria Pública e o do Ministério Público para a defesa coletiva.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

Com a edição da Lei nº. 11.448, de 15.01.2007, a qual alterou o art. 5º da Lei nº. 7.347, de 24.07.85, a Defensoria Pública fora legitimada para a propositura da ação civil pública. Pelo art. 5º, item II, dessa nova Lei, a Defensoria Pública ganhara legitimidade para propor a ação principal e a ação cautelar. Porém, apenas isso, não fora investida de instrumentos jurídicos hábeis, também, à defesa coletiva como o inquérito civil.

A discussão atual sobre a legitimidade da Defensoria Pública para a defesa coletiva engrossa a polêmica sobre a perda de funções institucionais do Ministério Público e a necessidade de defesa do interesse público de forma incessante. Porém, a compreensão e perfeito delineamento das funções constitucionais desses dois Órgãos significa, antes de tudo, o respeito à harmonia das estruturas das normas constitucionais e do próprio interesse público.

Da mesma forma em que não se pode estender as funções do Poder Judiciário para outros órgãos, estranhos aquele Poder, sob o argumento de que a sociedade estaria mais bem servida, não se pode investir outros órgãos de funções e atribuições privativas do Ministério Público.

2. Objeto

Pretende-se discutir aqui, as naturezas diferenciadas da legitimidade da Defensoria Pública e do Ministério Público para a propositura da ação civil pública.

3. Funções constitucionais do MP, legitimação extraordinária e interpretação

A atual ordem constitucional define o Ministério Público 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 (CF, art. 127). E não só, estabelece como função institucional do MP 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 (CF, art. 129, III). Com isso, assegurou ao MP a missão natural de defesa da sociedade.

Assim, possui o Ministério Público possui inequívoca legitimidade extraordinária ativa para promover a defesa coletiva, agindo em nome próprio, na defesa de direito alheio.

Impende destacar que a legitimação do MP é universal nesse campo, ou seja, incumbe ao Órgão Ministerial a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando assim o mesmo vocacionado à defesa dos interesses e direitos coletivos. Veja-se que a nenhum órgão fora atribuído, constitucionalmente, a defesa da legalidade, da democracia e dos direitos da sociedade de forma tão incisiva e nata.

Mas, mesmo sendo função institucional e constitucional nata do MP a promoção de ação civil pública, há vários legitimados ativos como a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 01 (um) ano, nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, com a Lei Federal nº 7.347, de 24.07.85. Ocorre que, com a Lei nº 11.448, de 15.01.07, incluía a Defensoria Pública também como legitimada para tal, conforme art. 5º, item II dessa mesma Lei.

Num primeiro momento vê-se, claramente, que a propositura da ação civil pública pelo MP decorre da Constituição Federal e da Defensoria Pública de Lei Federal. Num primeiro momento vê-se, claramente, que a propositura da ação civil pública pelo MP decorre da Constituição Federal por norma expressa direta (art. 129, III) e da Defensoria Pública da Lei Federal 11.448, de 15.01.07), por autorização legal da Constituição Federal (art. 129, § 1º), o que legitima, inclusive, as atuações da União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 1 (um) ano, nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico.

De outra ponta, observa-se que o Ministério Público possui vocação natural para defesa da sociedade, art. 127 e art. 129, ambos da CF/88, para causas onde haja interesse público, por sua vez à Defensoria Pública incumbe a orientação e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV e do art. 134 da CF/88, ou seja, a atuação da Defensoria Pública abrange apenas a assistência jurídica integral e gratuita aos que apresentarem insuficiência de recursos.

Assim, a atuação da Defensoria Pública nas ações civis públicas orienta-se pelo fundamento de sua missão, ou seja, apenas na defesa dos necessitados. Portanto, não possui a Defensoria Pública legitimação ativa universal para todas as ações civis públicas, mas apenas para aquelas em que esteja evidente a proteção e defesa de direitos dos necessitados. Da mesma forma, a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista, a associação que, concomitantemente esteja constituída há pelo menos 01 (um) ano, nos termos da lei civil e que inclua, entre suas finalidades institucionais a proteção ao meio ambiente, ao consumidor, à ordem econômica, à livre concorrência ou ao patrimônio artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, também só podem propor a ação civil pública quando houver o interesse de agir para os mesmos. Não discute-se aqui o reconhecimento da legitimidade ativa da Defensoria Pública, mas que a mesma é especial, apresenta peculiaridade imamente com as atribuições desse órgão na defesa dos necessitados. Assim, só há legitimidade ativa da Defensoria Pública para a propositura da ação civil pública quando voltar-se à defesa dos necessitados, caso contrário não poderá figurar como parte legítima, significando dizer que ou não tem a pretensão de direito material que deduz em juízo ou que o réu não integra a relação jurídica de direito material invocada pelo autor como supedâneo de sua pretensão.

A legitimidade ativa do Ministério Público para as ações civis públicas é universal, seu interesse de agir é presumido, sua vocação à defesa de interesses públicos e interesses coletivos *lato sensu*, entende-se, possa, em tese, defender interesses transindividuais de qualquer natureza. Em outras palavras, "*o interesse do Ministério Público é expresso pela própria norma que lhe consentiu ou impôs a ação*" (In SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, CEDAM, 1967, v. I, n. 45).

Frise-se que, os critérios para a atuação da Defensoria Pública vêm na Lei instituidora das Defensorias nos Estados, conforme a Constituição Federal, só se admitindo a fuga a tais critérios quando pautada em critérios de razoabilidade e proporcionalidade (a ser somado ao critério objetivo, legal ou formal) e como forma de se garantir os princípios da inafastabilidade, do devido processo legal e da máxima efetividade das normas constitucionais. Impondo-se a mesma a defesa do hipossuficiente, do necessitado cuja situação econômica não lhe permita pagar as custas do processo e os honorários de advogado, sem prejuízo do sustento próprio e da família.

A legitimidade ativa da Defensoria Pública para a promoção da ação civil pública já fora reconhecida por tribunais antes da recente Lei, porém dentro dessa especificidade de defesa dos necessitados:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DEFENSORIA PÚBLICA – LEGITIMIDADE ATIVA – CRÉDITO EDUCATIVO –
Agravado de instrumento. Ação Civil Pública. Crédito Educativo. Legitimidade ativa da Defensoria, para propô-la. Como órgão essencial à função jurisdicional do Estado, sendo, pois, integrante da Administração Pública, tem a Assistência Judiciária legitimidade autônoma e concorrente, para propor ação civil Pública, em prol dos estudantes carentes, beneficiados pelo Programa do Crédito Educativo. Assim, a decisão que rejeitou a arguição de ilegitimidade ativa, levantada pelo *Parquet*, não lhe causou qualquer gravame, ajustando-se, *in casu*, à restrição acolhida na ADIN 558-8-RJ – Recurso reputado prejudicado em parte e em parte desprovido. (TJRJ- AI 3274/96-Reg. 040497 – Cód. 96.002.03274 – Vassouras – 2ª C. Cív. – Rel. Des. Luiz Odilon Bandeira – J. 25.02.97).

Direito Constitucional. Ação Civil Pública. Tutela de interesses consumeristas. Legitimidade *ad causum* do Núcleo de Defesa do Consumidor da Defensoria Pública para a propositura da ação. A legitimidade da Defensoria Pública, como órgão público, para a defesa dos direitos dos hipossuficientes é atribuição legal, tendo o Código de Defesa do Consumidor, no seu art. 82, III, ampliado o rol de legitimados para a propositura da ação civil pública àqueles especificamente destinados à defesa dos interesses e direitos protegidos pelo Código. Constituiria intolerável discriminação negar a legitimidade ativa de órgão estatal – como a Defensoria Pública – as ações coletivas se tal legitimidade é tranqüilamente reconhecida a órgãos executivos e legislativos (como entidades do Poder Legislativo de defesa do consumidor). Provimento do recurso para reconhecer a legitimidade ativa *ad causum* da apelante. – TJRS, AC 2.003.001.04832. Rel. Dês. Nagib Slaibi Filho. 6a. Cam Civ. Julg. Em 26/08/2003.

Veja-se que, antes da Lei nº 11.448, de 15.01.2007, a atuação da Defensoria Pública na defesa dos interesses coletivos começara, em muito, em torno dos consumidores, por meio de seus núcleos de defesa, pela legitimidade conferida pelo art. 82, III, da Lei nº 8.078/90, de que “*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.*”.

Recentemente, o TRF da 1ª Região reconheceu a legitimidade da Defensoria Pública da União para a propositura da ação civil pública, *in casu*, para a cobrança de imediata atuação do Poder Público (União, Estado e Município) em benefício de crianças e adolescentes em situação de risco, moradores de rua na cidade de Belém. Na oportunidade, o Ministério Público Federal citou a “*Defensoria Pública da União, como órgão estatal destinado à promoção do direito fundamental, é permitido valer-se de quaisquer medidas judiciais adequadas à defesa dos direitos metaindividuais das pessoas carentes*”. Sem dúvida, a decisão baseia-se num fundamento indiscutível de proteção das crianças e adolescentes, a que todos devem zelar, ainda, de pessoas carentes.

Para a promoção da ação civil pública por associações civis exigem-se das mesmas o requisito da pertinência temática, ou seja, devem incluir entre seus fins institucionais a defesa dos interesses objetivados na ação proposta. À exemplo, associação de consumidores defendendo direitos e interesses de consumidores.

Vale destacar que, de regra, não pode-se exigir pertinência temática do Ministério Público, nem da Defensoria Pública. Em vista de suas vocações para a defesa de interesses públicos, de onde se vê que a defesa dos necessitados e dos pobres, em geral, revela interesse público patente. Nesse sentido, qualquer direito difuso ou coletivo pode ser defendido pelo Ministério Público e Defensoria Pública, porém do primeiro esse sentido é amplo, e da segunda restrito. Disso, equivale dizer que não há legitimidade exclusiva do MP para a defesa coletiva, possuindo igualmente ele e a Defensoria Pública legitimidade universal, porém o interesse de agir no caso por essa última deve ser concreto, de acordo com os seus fins institucionais (critério restrito), na defesa dos necessitados. Ainda, de forma genérica e abstrata, pode-se afirmar que MP e Defensoria Pública podem defender os necessitados, igualmente, posto que nem sempre resta de fácil visualização a existência desses sujeitos, ou melhor, de que são necessitados. O que importa é que da parte do MP não haverá preocupação com a existência dos necessitados nos tratos dessas questões para a propositura da ação, por sua vez, no que refere-se à Defensoria Pública impõe-se, para delineamento do seu interesse de agir, de acordo com suas funções constitucionais. E aqui, não vale o argumento de que a Defensoria Pública é instituição essencial a função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, portanto, a defesa e observância da Constituição Federal e das leis, para dispensar-lhe do critério de defesa dos necessitados nas ações civis públicas e coletivas, pois todos os Poderes do Estado, Entes e Órgãos públicos devem assim o fazê-lo. Porém, a Defensoria Pública deve pautar suas ações públicas e coletivas na sua missão constitucional de defesa dos necessitados, não podendo assumir às vezes do órgão Ministerial nesse aspecto.

Ainda, de igual modo, a Defensoria pode defender interesses difusos por meio de ação civil pública face haverem situações em que os mesmos mostram-se, de plano, indubitado, a existência de sujeitos necessitados, como no exemplo, do caso julgado pelo TRF da 1ª Região, em que o defensor cobrara a retirada das crianças e adolescentes que mendigavam nas ruas de Belém. Da análise de cada caso, se verificará se isso é possível.

Apesar da Lei nº 7.347, de 24.07.85, no seu art. 5º, § 2º, mencionar que “*fica facultado ao Poder Público e a outras associações legitimadas nos termos deste artigo habilitar-se como litisconsortes de qualquer das partes*”, não citando a Defensoria Pública, nada impede que a mesma seja admitida como litisconsorte ativo e passivo, desde que preenchidas as exigências legais previstas no art. 46 do Código de Processo Civil Pátrio, quais sejam: comunhão de direitos ou de obrigações relativamente à lide, os direitos ou obrigações derivarem do mesmo fundamento de fato ou de direito, entre as causas houver conexão pelo objeto ou pela causa de pedir e ocorrer afinidade de questões por um ponto comum de fato ou de direito. À exemplo de litisconsórcio ativo, a Defensoria Pública quando entra como litisconsorte numa ação civil pública promovida pelo MP pelas condições desumanas dos prédios carcerários.

CONCLUSÃO

1. Nesse sentido, a legitimidade de atuações do MP e Defensoria Pública para a propositura das ações civis públicas é presumida, em vista de suas vocações à defesa do interesse público, no qual os necessitados e pobres se inserem de uma forma geral. O acesso à Justiça, inegavelmente, representa interesse público primário. Cumprindo dizer que, o MP não possui a legitimidade exclusiva para a promoção da ação civil pública, nos exatos termos do art.

129, § 1º da CF/88. Ambos sim, possuindo legitimidade universal para a mesma em razão de defesa do dito interesse público. Porém, a Defensoria Pública como a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquia, empresa pública, fundação ou sociedade de economia mista e a associação, devem ter interesse concreto na defesa do interesse objetivado na ação civil pública ou coletiva.

2. A legitimidade na ação civil pública continua concorrente e disjuntiva.

3. O Ministério Público e Defensoria Pública podem atuar em litisconsórcio em ações civis públicas, nos termos do art. 46 do CPC.

4. A compreensão da importância da missão constitucional da Defensoria Pública defendendo valores supremos da sociedade brasileira consiste, ao mesmo tempo, na defesa da própria Magna Carta de 1988, como na das pessoas que não têm acesso à Justiça, por várias razões, mas que ao Estado brasileiro não pode relegá-las, determinadas ou não. Por sua vez, o Ministério Público como defensor natural da sociedade deve garantir isso, juntamente com a Defensoria Pública, pois o regime democrático pleno e viável só pode ser alcançado com o fortalecimento das Instituições existentes e perfeito delineamento de suas funções, em defesa do povo sofrido deste Brasil.

BIBLIOGRAFIA

CARVALHO, Ruy César Klegen de. A atuação do defensor público na defesa de pessoa juridicamente não-necessitada.

Fonte: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9274>

GARCIA, Emerson. A Legitimidade da Defensoria Pública para o Ajuizamento da Ação Civil Pública: Delimitação de sua Amplitude.

Fonte: (http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=1255)

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

SATTA, Salvatore. *Diritto processuale civile*, CEDAM, 1967, v. I, n. 45).

RIGO, Vivian. Legitimidade da Defensoria Pública para a propositura de ações civis públicas.

Fonte: http://www.tex.pro.br/wwwroot/03de2005/legitimidadedefensoria_vivianrigo.htm

LEGITIMIDADE PASSIVA CONCORRENTE NA DEFESA DA DIGNIDADE HUMANA EM AÇÕES CIVIS PÚBLICAS

Nadilson Portilho Gomes

Promotor 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, do CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Órgão do Ministério Público deve defender a dignidade da pessoa humana.
2. Deve utilizar a ação civil pública para defesa da dignidade da pessoa humana, sob quaisquer de suas formas.
3. Ainda, deve exigir o cumprimento por todos os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) do primado da dignidade da pessoa humana.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

Os direitos humanos no Brasil são alvos constantes de violações em vários setores, o que se traduz sempre na bancarrota da efetividade dos instrumentos jurídicos em suas defesas e respeitos. E não só, na banalização da Justiça e desmoralização das autoridades públicas, quer por suas omissões, ações nocivas e corrupções.

Um passo importante pode ser dado a partir do momento em que entendermos o caráter concorrente e solidário da responsabilidade governamental diante do princípio da dignidade da pessoa humana.

A divisão orçamentária e de competência material entre os entes (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) não significa que não sejam responsáveis pelo respeito e defesa da dignidade da pessoa humana. De igual modo, os Ministérios Públicos Federal e Estaduais não podem se furtar desses seus papéis, importantíssimos por sinal, alegando ser a matéria posta, quaisquer que seja, de atribuições do outro Órgão.

2. Objeto

Pretende-se discutir aqui a importância do reconhecimento da responsabilidade conjunta dos entes estatais para com o respeito e efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, em especial, na sua defesa por meio de ações civis públicas.

3. Funções constitucionais do MP, princípio da dignidade da pessoa humana, interpretação e ação civil pública

A atual ordem constitucional define o Ministério Público 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 (CF, art. 127). E não só, o Constituinte de 1988 fundamentou o Estado Democrático de Direito na dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Com isso, assegurou ao MP a defesa da dignidade da pessoa humana, defensor natural que é do regime democrático.

Indo mais além, entendendo a dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa, importa concluir que o Estado existe em função de todas as pessoas e não estas em função do Estado. Aliás, de maneira pioneira, o legislador constituinte, para reforçar a idéia anterior, colocou, topograficamente, o capítulo dos direitos

fundamentais antes da organização do Estado. Assim, toda e qualquer ação do ente estatal deve ser avaliada, sob pena de inconstitucional e de violar a dignidade da pessoa humana, considerando-se cada pessoa é tomada como fim em si mesmo ou como instrumento, como meio para outros objetivos. Ela é, assim, paradigma avaliativo de cada ação do Poder Público e “*um dos elementos imprescindíveis de atuação do Estado brasileiro*” (In FARIAS, Edilson Pereira de. Colisão de Direitos. A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p.51). A pessoa é, nesta perspectiva, o valor último, o valor supremo da democracia, que a dimensiona e humaniza (In Anais da XV Conferência Nacional da OAB, p. 549).

A dignidade da pessoa humana proíbe tratamentos vexatórios, humilhantes, discriminatórios, degradantes, desumanos, cruéis, penas de banimentos, de trabalhos forçados, assegura atendimento médico, acesso à alimentação, à escola, veda a comercialização de órgãos humanos, a imposição de orientação religiosa etc. Ou seja, o Estado e o particular têm seu limite na pessoa humana.

O problema da efetividade da dignidade da pessoa humana gira em torno da legitimidade passiva dos responsáveis por seu respeito e implementação. O ser humano pode passar fome? Pode viver em condições miseráveis? Pode deixar de receber um medicamento necessário para mantê-lo vivo? Pode ser obrigado a viver nu? Pode ser obrigado à escravidão? Não. Nesse ponto, não há dúvida, porém quando falamos de quem é a obrigação pela cessação dessas situações deparamos-nos com a questão da competência: União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Quem é o responsável? Na verdade, todos serão sempre responsáveis pelo respeito e defesa da dignidade da pessoa humana. Não interessa saber se um desses entes cumpriu a sua parte na sua competência federativa, mas se realmente esgotara sua atuação. É que, no que se refere ao ser humano, a solidariedade é legal.

A falta de oferecimento de merenda escolar às crianças é de responsabilidade do Município, mas isso não isenta a União ou Estado ou Distrito Federal de ações positivas nesse sentido. Fala-se aqui, da necessidade do atendimento. O simples corte de verbas repassadas ou suspensão de programas, no caso da merenda escolar em exemplo, trata-se de medida administrativa entre os entes que não pode prejudicar, de nenhuma forma, os beneficiários ou titulares do direito material.

Sempre usa-se o parâmetro da competência para dirimir controvérsias sobre os problemas jurídicos, porém, frise-se, no campo da dignidade da pessoa humana essa diferenciação tende a suprimir-se na medida em que os entes possuem, todos, responsabilidade solidária no atendimento ou em impedir a reprodução da situação violadora de direitos. Não importando quem recebeu o recurso, quem repassou a verba, quem estava em dias com as contas, posto que as responsabilizações penais, administrativas, de improbidades, políticas, já estão bem definidas. Mas, é preciso avançar no atendimento, isto é, no respeito da dignidade da pessoa humana, na órbita civil. É como passássemos, numa hipótese imaginária, numa rua onde estava um homem passando fome, outras pessoas curiosas, a União, o Estado e o Município. Todos possuem, nesse caso, a obrigação de alimentar aquele ser humano, por uma justificativa razoável assim, a dignidade da pessoa a que todos devem observar, embasada por seu caráter de indisponibilidade, solidariedade, igualdade e universalidade.

Vários dispositivos constitucionais dão conta da obrigação da observância do princípio da dignidade da pessoa humana: Preâmbulo; art. 1º, III; art. 3º; art. 4º, II; art. 5º, I, II, III, VIII, X, XXXVII, XLII e XLVII, dentre outros; art. 5º, § 1º; arts. 203, 196, 205 e outros, todos da CF/88.

Individuosamente, a interpretação a ser adotada é a que se coaduna com o espírito da Constituição vigente, ou seja, de acordo com a Constituição, a qual prefere a dignidade do ser humano.

As ações civis públicas são instrumentos por excelência para defesa da dignidade da pessoa humana. Nelas, há possibilidade de litisconsórcio ativo e passivo. Portanto, desse ponto de vista legal resta superada essa problemática.

O que não poder ocorrer é a impossibilidade e postergação da demanda por dificuldades na definição da competência e dos legitimados passivos.

As ações civis públicas devem servir para a defesa da dignidade humana, nos casos de reverência à igualdade entre os homens (art. 5º, I, CF); impedimento à consideração do ser humano como objeto, degradando-se a sua condição de pessoa, a implicar na observância de prerrogativas de direito e processo penal, na limitação da autonomia da vontade e no respeito aos direitos da personalidade, entre os quais estão inseridas as restrições à manipulação genética do homem; e garantia de um patamar existencial mínimo.

CONCLUSÃO

Assim, existe legitimidade passiva na defesa da dignidade da pessoa humana de forma concorrente e solidária.

As ações civis públicas representam um instrumento poderoso para enfrentamento de violações aos direitos humanos.

A dignidade da pessoa humana, fundamento da República Federativa do Brasil, retratando o reconhecimento de que o indivíduo há de constituir o objetivo primacial da ordem jurídica. Dito fundamental, o princípio – cuja função de diretriz hermenêutica lhe é irrecusável – traduz a repulsa constitucional às práticas, imputáveis aos poderes públicos ou aos particulares, que visem a expor o ser humano, enquanto tal, em posição de desigualdade perante os demais, a desconsiderá-lo como pessoa, reduzindo-o à condição de coisa, ou ainda a privá-lo dos meios necessários à sua manutenção.

A EXECUÇÃO DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA FIRMADO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO PELA SISTEMÁTICA IMPLANTADA PARA OS TÍTULOS EXECUTIVOS JUDICIAIS

Patrícia Peixoto de Mattos

Promotora de Justiça/BA

1. Síntese Dogmática

A eficácia de título executivo extrajudicial do termo de ajustamento de conduta – TAC contida no art. 211 da Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente, que introduziu essa figura no nosso ordenamento jurídico, e no art. 113 da Lei nº. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o parágrafo 6º ao art. 5º da Lei nº. 7.347/85 – Ação Civil Pública, precisa ser revista a fim de que sua interpretação seja feita em consonância com as normas jurídicas mais recentes, propiciando maior agilidade na fiscalização e cumprimento do TAC firmado pelo Ministério Público, instituição que detém privativamente a possibilidade de instaurar inquérito civil, instrumento destinado a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública e subsidiariamente para celebração do compromisso de ajustamento, sendo cabível e necessária esta revisão conceitual por 04 (quatro) razões: 1. previsão de instrumentos legais para formação do TAC exclusivamente quando o órgão legitimado é Ministério Público; 2. lacuna legislativa referente às normas específicas para execução das obrigações de interesse da coletividade; 3. previsão legal de títulos que não se submetem ao crivo do poder judiciário como títulos judiciais, á exemplo da sentença arbitral e de maneira inversa, títulos que são cancelados pela justiça incluídos no rol dos títulos extrajudiciais por norma legal expressa como os créditos dos serventuários e de outros, aprovados por decisão judicial; 4) a dificuldade para obtenção da sentença homologatória do TAC diante do excesso da demanda processual atualmente existente no poder judiciário.

2. Fundamentação

2.1. As peculiaridades que revestem o compromisso de ajustamento de conduta tomado a termo pelo Ministério Público em razão do perfil institucional traçado pela Constituição Federal de 1988

O art. 211 da Lei nº. 8.069/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente introduziu o termo de ajustamento de conduta no nosso ordenamento jurídico determinando que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial” seguido pelo art. 113 da Lei nº. 8.078/90 – Código de Defesa do Consumidor, que acrescentou o parágrafo 6º ao art. 5º da Lei nº. 7.347/85 – Ação Civil Pública dispondo quase que de forma idêntica que “os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

A edição das normas supracitadas ocorreu no ano de 1990, dois anos após a promulgação da Constituição Federal Brasileira de 1988 que no seu art. 127 incumbiu ao órgão ministerial à função relevante de defensor de direitos fundamentais para a sociedade quando determinou que “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”, para em seguida, no art. 129, inciso III, determinar como uma das funções institucionais do Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.”

Após a edição dos artigos constitucionais foi editada a Lei nº. 8.625/1993 – Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e a Lei Complementar 75/1993 – Estatuto do Ministério Público da União, que passaram a regulamentar

este novo perfil ministerial dado pela Constituição Federal, fazendo com que as atribuições ministeriais na defesa dos direitos difusos e coletivos venham se aprimorando e alcançando resultados positivos para sociedade.

Ocorre que se em 1990, quando o legislador introduziu o TAC no nosso ordenamento jurídico com eficácia de título executivo extrajudicial, não havia diferença relevante entre possuir um título judicial ou extrajudicial, a partir de 1994, quando se iniciaram as reformas processuais civis, tal distinção passou a ser de extrema importância especialmente pela criação de procedimentos completamente distintos na forma de executar as obrigações previstas no Código Processual Civil - CPC. É que com a vigência das Leis 8.952/1994, 10.444/2002 e 11.232/2005 a execução das obrigações de fazer, não fazer, entregar coisa e pagar quantia tuteladas através dos títulos judiciais passaram a contar com medidas que permitem maior celeridade na exigência do cumprimento dessas obrigações, principalmente com a dispensa da formação do processo de execução autônomo, autorizando o juiz a aplicar de ofício medidas coercitivas como forma de ver a obrigação cumprida pelo executado, ficando a sistemática da execução através da formação de processo autônomo contida no Livro II do CPC apenas para a execução dos títulos extrajudiciais que, apesar da publicação da Lei nº 11.382/2006 trazendo alterações importantes na esfera da execução desses títulos, não contribuiu muito no avanço da execução das obrigações de interesse coletivo tuteladas pelo TAC.

Ada Pellegrini Grinover, na obra *A Ação Civil Pública*, após 20 anos: efetividade e desafios, coordenada por Édis Milaré, editora RT, na pág. 32, discorrendo sobre a relevância do inquérito civil na defesa dos direitos coletivos diz "tanto o inquérito civil, privativo do Ministério Público (art. 8º, parágrafo 1º, da LACP), quanto o compromisso de ajustamento de conduta, que pode ser tomado do interessado por qualquer órgão público legitimado (art. 5º, parágrafo 6º), são instrumentos que se vêm mostrando muito idôneos para a resolução rápida e efetiva de conflitos envolvendo os direitos coletivos sem a necessidade de se recorrer à via judicial. Frequentemente só a instauração de um inquérito civil ou procedimento administrativo pelo Ministério Público basta para que o infrator, objetivando evitar a condição de réu ou outros transtornos que a atividade ministerial possa lhe causar, corrija espontaneamente sua conduta, tornando desnecessária até mesmo a negociação que redundaria em um compromisso de ajustamento de conduta. Este por sua vez, mais vantajoso por viabilizar a execução judicial das obrigações assumidas e das multas por seu descumprimento, ainda possibilitando um debate mais aprofundado sobre as formas de solucionar situações que costumam envolver inúmeras variantes relacionadas a áreas de conhecimento estranha ao direito, bem como interessados outros que não só o infrator, incluindo membros da sociedade atingidos por sua atividade e que, na via judicial, teriam muito restringida sua possibilidade de intervir no equacionamento da situação lesiva."

Com efeito, a lição da professora ADA consegue sintetizar a relevância dos interesses protegidos bem como a peculiaridade do TAC firmado pelo Ministério Público, instituição que detém de forma privativa a possibilidade de instaurar o inquérito civil, instrumento essencial para distinguir o compromisso de ajustamento tomado pelo MP daquele tomado pelos demais órgãos legitimados que não dispõem desse instrumento que é, de acordo com os ensinamentos de Hugo Nigro Mazzilli, na obra *A defesa dos Interesses Difusos em Juízo*, 18ª edição, editora Saraiva, págs. 391/392, "uma investigação administrativa a cargo do Ministério Público, destinada a colher elementos de convicção para eventual propositura de ação civil pública e subsidiariamente, para que o Ministério Público prepare a tomada de compromissos de ajustamento de conduta. Por meio do inquérito civil, podem-se promover diligências, requisitar documentos, informações, exames periciais, expedir notificações, tomar depoimentos, proceder à vistoria e inspeções. O inquérito civil se sujeita ao princípio da publicidade, salvo se o Ministério Público teve acesso a informações sigilosas que passaram a integrar os autos ou da publicidade puder resultar prejuízo à investigação ou ao interesse da sociedade, ou ainda ao interesse do Estado." Além disso, o arquivamento ou andamento do inquérito civil não interfere em nada na possibilidade dos co-legitimados ajuizarem diretamente a ação civil pública ou coletiva e a sua instauração ou seu arquivamento não impede ou condicionam ações individuais.

Como se não bastasse todas essas peculiaridades que precedem a celebração do TAC pelo Ministério Público, o investigado não está obrigado a celebrar qualquer termo de compromisso. Portanto, se faz é de forma livre e espontânea, por reconhecer ser o causador do dano, por ato comissivo ou omissivo, reconhecendo sua obrigação em prol da coletividade e impedindo a propositura da ação civil pública contra ele, pois o TAC implicará no arquivamento do inquérito civil pelo Ministério Público, sendo que o seu arquivamento bem como a análise do TAC está condicionado a homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público.

A relevância da possibilidade de instauração de inquérito civil pelo Ministério Público encontra respaldo também na Resolução nº 87 de 03.08.2006 do Conselho Superior do Ministério Público Federal que ao regulamentar a instauração e tramitação do inquérito que no seu art. 9º determina "na condução das investigações, o órgão do Ministério Público poderá, sem prejuízo de outras providências inerentes à atribuição funcional, ouvir pessoas, requisitar informações, requisitar exames periciais e documentos de autoridades, órgãos e entidades da administração Pública direta e indireta, da União, do Estado e dos Municípios, fazer ou determinar vistorias e inspeções, acompanhar buscas e apreensões, designar e presidir audiências, bem como expedir notificações e requisições, a qualquer pessoa, órgão ou autoridade, nos limites de sua atribuição funcional, observado o disposto no artigo 8º, parágrafo 4º da Lei Complementar nº 75/93."

Além disso, a Resolução esclarece no parágrafo 2º do mesmo artigo que o não atendimento injustificado às requisições referidas no prazo de 10 dias úteis, caracterizará o crime previsto no artigo 10 da Lei nº 7.347/85.

Essas características diferenciam o compromisso de ajustamento de conduta firmado pelo Ministério Público daqueles firmados pelos demais órgãos, permitindo que diante da relevância do seu objeto e da colheita das mais

diversas e legítimas provas contidas no inquérito civil, instrumento que permanece sendo privativo do órgão ministerial, visto que mesmo com a edição da Lei nº 11.448/2007 que inclui no art. 5º da Lei de Ação Civil Pública a Defensoria Pública como órgão legitimado para propositura dessa espécie de ação também não estendeu a possibilidade da instauração do inquérito civil para o mesmo, justificando a adoção de mecanismos diferenciados no momento da sua execução.

2.2. A ausência de legislação específica referente à execução das obrigações que tutelam interesses da coletividade dificultando a efetividade e fiscalização do seu cumprimento

A inexistência de norma jurídica específica relativa à execução das obrigações que interessam à coletividade é um fato prejudicial para garantir maior efetividade e celeridade no cumprimento dessas obrigações, pois não resta qualquer dúvida que a redação do inciso II, art. 585 do CPC incluído no rol dos títulos executivos extrajudiciais “o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores;” não se aplica ao TAC firmado pelo órgão ministerial, mas sim aos acordos de cunho transacional firmados da maneira mais simples possível, no interior do gabinete da Promotoria de Justiça, em regra geral quando o membro do Ministério Público exerce o atendimento ao público, numa posição mais assistencialista, auxiliando as partes na celebração dos mais diversos tipos de acordos como aqueles que envolvem interesses de menores e/ou incapazes, a exemplo do acordo de alimentos, guarda e direito de visita, reconhecimento voluntário de paternidade. Tais acordos não são firmados pelo Ministério Público, mas sim entre as partes e por ele referendado, gerando a possibilidade de execução daquele como título extrajudicial.

O TAC não se confunde com a transação prevista no art. 840 do Código Civil Brasileiro, uma vez que não admite concessões recíprocas, tratando-se de negócio jurídico cujo objetivo é comum, qual seja proteger o direito transindividual, ainda que as partes tenham motivações diversas.

A distinção é importante, na medida em que a transação insere-se no rol dos negócios jurídicos bilaterais de natureza contratual, sendo considerada um acordo de vontades entre os interessados, posteriormente referendado pelo Ministério Público, Defensoria Pública ou advogados das partes. Já o termo de ajustamento de conduta firmado perante o Ministério Público é “ato jurídico pelo qual a pessoa, reconhecendo implicitamente que sua conduta ofende interesse difuso ou coletivo, assume o compromisso de eliminar a ofensa através da adequação de seu comportamento às exigências legais” (José dos Santos Carvalho Filho, Ação civil pública; comentários por artigo, p. 137).

Bezerra Leite, citado por Carolina Lobato Góes de Araújo no artigo Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta, desperta para o fato de que “o termo de compromisso de ajustamento de conduta não se confunde com a transação referendada pelo parquet, prevista no art. 585, inciso II, do CPC, porquanto o objeto do primeiro é absolutamente restritivo, o que afasta a natureza de acordo de ajuste, em vista da ausência de concessões pelo MP.”

Ada Pellegrini Grinover ao discorrer sobre as obrigações que tutelam direito coletivo na obra já citada, às págs. 13/14 diz: “Por outro lado, a evolução doutrinária a respeito dos processos coletivos autoriza a elaboração de um verdadeiro direito processual coletivo, como ramo do direito processual, que tem seus próprios princípios e regras, diversos dos do direito processual individual. Os institutos da legitimação, competência, poderes e deveres do juiz e do Ministério Público, conexão, litispendência, coisa julgada, entre outros, têm feição própria nas ações coletivas que, por isso mesmo, se enquadram numa teoria geral dos processos coletivos. Diversas obras, no Brasil, já trataram do assunto. E o País, pioneiro no tratamento dos interesses e direitos transindividuais, por intermédio da lei da Ação Civil Pública, tem toda a capacidade para elaborar um verdadeiro Código de Processos Coletivos, que mais uma vez o colocará numa posição de vanguarda.”

Com a introdução das reformas processuais, pode-se constatar que a norma editada em 1990 dando eficácia de título extrajudicial a todo e qualquer compromisso de ajustamento tomado por órgão legitimado, além de não encontrar respaldo no CPC, ignora as peculiaridades que revestem o TAC quando celebrado pelo Ministério Público, prejudicando a garantia do cumprimento do objeto tutelado na defesa de direitos difusos e coletivos com a prévia instauração do procedimento de cunho investigatório através do qual é realizada a dilação probatória, o que por si só admite e requer uma forma mais dinâmica e célere de garantir o seu adimplemento exatamente como ocorre com a sentença arbitral, que através da Lei nº. 9.307/1996 autoriza as pessoas capazes a contratar, dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis através da arbitragem, submetendo a solução de seus conflitos ao juízo arbitral, mediante convenção de arbitragem, sendo o árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha confiança das partes, ainda, equiparando o árbitro a juiz de fato e de direito e determinando que a sentença arbitral por ele proferida não estará sujeita a recurso ou homologação pelo Poder Judiciário, sendo expressamente recepcionada pelo art. 475-N, inciso IV do CPC que tem a sentença arbitral no rol dos títulos judiciais.

A inexistência de código próprio relativo aos direitos coletivos e ante a necessidade de resguardar estes direitos dando-lhes efetividade é preciso utilizar a legislação existente a fim de encontrar mecanismos dinâmicos para proteção dos direitos coletivos, e no caso específico da atuação do Ministério Público na defesa desses direitos, atentar para um fato importante de que nada adianta a celebração de um TAC se ele não for cumprido e se não encontramos meios de fazer com que ele seja adimplido da forma mais célere possível.

Geisa de Assis Rodrigues, adotando o entendimento até hoje vigente sobre a eficácia do TAC como título

extrajudicial leciona que “o compromisso de ajustamento de conduta, previsto no parágrafo 5º do art. 6º da Lei nº. 7.347/85, vem assumindo um importante papel na tutela dos interesses transindividuais por ser uma solução breve, econômica e justa, tanto porque amplia a tutela jurídica desses importantes direitos, ao dotar de força executiva a solução compromissada, quando porque enseja a participação do interessado na definição dos prazos e condições em que deve se adequar às exigências legais.

Quando o obrigado, sem qualquer justificativa, não atende ao compromisso, a única alternativa que se abre ao órgão público legitimado é a propositura da ação de execução, uma vez que, segundo expressa previsão normativa o compromisso de ajustamento de conduta é título executivo extrajudicial.

Em geral as cláusulas mais importantes dos compromissos de ajustamento veiculam obrigações de fazer e não fazer sendo notória a dificuldade de a execução processual ensejar plena satisfação desse tipo de obrigação.

É de se registrar que tal problema de efetividade do processo executivo é agravado quando se trata da tutela coletiva, por não existirem normas específicas sobre a execução dos títulos judiciais e extrajudiciais de obrigações que interessam a toda coletividade. Ao menos a execução da sentença condenatória foi favorecida pela recente minireforma processual de 2002 que determina a aplicação do artigo 461 do Código de Processo Civil, tornando despicenda a ação de execução para obtenção do resultado específico equivalente.

Compreendemos, portanto, que qualquer reflexão sobre a execução de um título executivo extrajudicial celebrado em favor da tutela dos direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos deve partir da necessidade de se adotar a ação de execução de maior efetividade possível, para que se garanta o ideal do acesso a ordem jurídica justa.”

Com efeito, inexistindo normas específicas a respeito da matéria, verifica-se que o meio mais eficaz de garantir o cumprimento de obrigações que interessam à coletividade é a criação de norma legal que autorize a execução do TAC na forma prevista para os títulos judiciais quando o órgão legitimado for o Ministério Público e ainda, que o promotor de justiça tenha utilizado os instrumentos legais colocados pela norma jurídica à disposição exclusiva da instituição ministerial.

2.3 Os benefícios da execução do termo de ajustamento de conduta firmado pelo MP nos moldes legais previstos para os títulos executivos judiciais

As reformas processuais que se iniciaram no ano de 1994 são responsáveis por uma série de mudanças no CPC, sendo mais relevante àquelas relativas ao processo de execução dos títulos judiciais das obrigações de fazer e não fazer, que são as espécies de obrigações mais comuns na formulação do TAC e que passaram a ter uma nova forma de execução, sem a necessidade da instauração de um novo processo, pois na própria fase cognitiva, podem ser adotadas as medidas necessárias para cumprimento da obrigação. É o que os doutrinadores chamam de “sincretismo da atividade jurisdicional”, ou seja, conhecimento e execução no mesmo processo, como, aliás, já ocorrem com as ações de despejos, ações possessórias, mandados de segurança e alguns procedimentos especiais previstos no CPC.

A Lei nº. 8.952/94 que cuidou das alterações dos títulos executivos judiciais das obrigações de fazer e não fazer, é a responsável pela redação do art. 461 caput até o parágrafo 4º do CPC e foi precursora no sentido de indicar que nas sentenças que traduzem uma obrigação de fazer ou não fazer, não seria necessário à propositura do processo de execução em separado, pois autoriza o juiz, no mesmo processo em que foi decretada a sentença, de forma continuada, realizar concretamente a obrigação de fazer ou não fazer, dispondo assim o art. 461, caput: “Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou, se procedente o pedido, determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.”

Posteriormente, com a segunda etapa da reforma processual, surge a Lei nº. 10.444/2002 estabelecendo novas regras para o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer através das reformas dos artigos 621, 624, 627 e 644 e em especial alterando a execução das obrigações para entrega de coisa, através da edição do art. 461-A e seus parágrafos, que diz: “Na ação que tenha por objeto entrega de coisa, o juiz, ao conceder a tutela específica, fixará o prazo para cumprimento da obrigação.” Essa Lei também inseriu os parágrafos 5º e 6º ao art. 461, indicando no parágrafo 5º os diversos meios de coerção direta e indireta posta à disposição do juiz, independentemente de requerimento da parte interessada, para o adimplemento da obrigação assumida ou a que foi condenado, quando diz: “Para efetivação da tutela específica ou obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com a requisição de força policial.”

Já o art. 644 do CPC passou a vigorar dispondo que “A sentença relativa à obrigação de fazer ou não fazer cumpre-se de acordo com o art. 461, observando-se subsidiariamente, o disposto neste Capítulo”, o que nos leva a concluir que execução das obrigações de fazer e não fazer ocorrerá com fulcro nos arts. 632 a 638 e 642 a 643 respectivamente somente quando o título for extrajudicial, pois, se o título for judicial a execução das obrigações de fazer e não fazer se dará com base no art. 461 e seguintes do CPC representando importante avanço para a garantia do seu adimplemento.

Cássio Scarpinella Bueno na qualidade de colaborador na obra *Execução Civil – Estudos em Homenagem ao Professor Paulo Furtado*, coordenada por Fredie Jr., editora Lúmen Júris, às págs. 56/57 leciona:-

“Toda doutrina que se manifestou sobre a Lei nº. 10.444/02 não hesitou em reconhecer que o processo de execução para as obrigações de fazer, não fazer ou dar está extinto quando a condenação imposta pelo mais comum dos títulos judiciais, qual seja, a sentença condenatória.

Sentença que condena em um fazer ou em um não fazer dispensa o ‘modelo’ executivo originariamente regulado pelos arts. 632 a 643 do CPC, claro nisto está o art. 644, e assim como a sentença que determina a entrega de coisa dispensa o “processo de execução”, também as decisões que antecipam estes efeitos executáveis – é dizer: transformadas em algo concreto e palpável – independentemente dele. É ler o que dizem os parágrafos 4º a 6º do art. 461, para a ‘tutela’ das obrigações de fazer e não fazer, e a remissão que a eles faz o parágrafo 3º do art. 461-A, para a tutela das obrigações de entrega de coisa, ambos do CPC.

Mas não se trata, apenas, de uma extinção dos ‘processos de execução’ destas modalidades de obrigação. A reforma do CPC foi intencionalmente bem mais longe. O que é amplamente aplaudido na doutrina é que os parágrafos 4º e 5º do art. 461 principalmente (aplicáveis às obrigações de entrega de coisa, mercê do parágrafo 3º do art. 461-A) estabeleceram mecanismos atípicos de “execução” dos comandos jurisdicionais, é dizer, não existe um prévio procedimento, uma prévia definição de quais atos e quais fatos deverão ser praticados pelo juiz para compelir o fazer, não fazer ou o entregar. O que caracteriza este novo modelo executivo é, pois, sua atipicidade, assim entendida a possibilidade de o magistrado ser criativo o suficiente para criar modelos executivos que mais se mostrem idôneos para dar ao credor a satisfação que o inadimplemento do devedor lhe vedou.”

Com efeito, constata-se que enquanto na sentença o infrator é **condenado** pelo juiz, no TAC o próprio infrator **confessa o dano** causado à coletividade e assume livremente a obrigação de sanar e cessar com o prejuízo dele decorrente, o que por si só já deveria implicar na previsão de procedimentos iguais diante da necessidade de garantir a efetividade das obrigações decorrentes tanto da sentença quanto do TAC. Aliás, se tivéssemos que imaginar procedimentos distintos, pela lógica, o procedimento mais célere deveria ser para garantir a obrigação confessada pelo próprio causador do dano, mas juridicamente o que tem prevalecido é exatamente o contrário.

Diante da falta de legislação específica referente às obrigações que interessam à coletividade, somente a edição de norma jurídica autorizando a execução do TAC firmado pelo MP pela mesma sistemática dos títulos judiciais, tornaria mais fácil garantir o cumprimento das obrigações de fazer e não fazer, tão comum na atuação da defesa dos direitos difusos e coletivos pelo órgão ministerial, como por exemplo, a indústria que se compromete a despoluir o rio por ela poluído, a fábrica que assume o compromisso de não fabricar o produto prejudicial ao consumidor, ainda quando o município reconhece e assume a obrigação de fechar o matadouro local em razão da falta de condições higiênicas para seu funcionamento, além de tantos outros compromissos tão familiares aos membros do Ministério Público, pois o não adimplemento implicaria na execução pelo art. 461 e seguintes do CPC, independentemente de instauração de processo de execução autônomo, podendo o juiz adotar as medidas coercitivas e imediatas previstas em lei, como forma de garantir o seu cumprimento, evitando inclusive que os responsáveis pelos danos causados à coletividade firmem uma série de compromissos de ajustamento de conduta, apenas com o intuito de inviabilizar a propositura da ação civil pública competente, e assim procrastinar o feito, por saber que o promotor de justiça terá mais dificuldade na execução do TAC, considerado de forma impositiva por norma antiga com eficácia de título extrajudicial, do que se estivesse executando a sentença exarada nos autos da ação civil pública, invertendo o movimento moderno de garantir maior efetividade na tutela dos direitos aos credores.

Se o objeto do TAC for uma obrigação de pagamento de quantia o inadimplemento pela parte contrária, não sendo ela a Fazenda Pública que permanece com as prerrogativas contidas nos arts. 730 e 731 do CPC, a execução se dará na forma prevista no Capítulo X, título VIII, inserido no Livro I do CPC pela Lei nº. 11.232/2005 que disciplina o “cumprimento da sentença”, com os artigos. 475-I até o 475-R, dando nova roupagem aos embargos à execução nos arts. 475-L e 475-M, que deixaram de existir, passando a figurar a impugnação ao cumprimento da sentença como o meio do executado questionar os atos executórios contra ele praticados, com um diferencial relevante, qual seja a impugnação ao cumprimento da sentença não suspende a fase de cumprimento da sentença como ocorria com os embargos à execução, passando o efeito suspensivo a ser exceção e não regra, cabendo ao juiz atribuir esse efeito se o devedor provar que o prosseguimento da execução poderá causar-lhe dano grave e de difícil reparação.

2.4 A previsão da transformação do TAC em título executivo judicial através da sua homologação em juízo e a inviabilidade da sua aplicação na prática

Sabe-se que diante do entendimento vigente todo TAC, independentemente do órgão do qual originou, passará a ter eficácia de título executivo judicial, após a sua homologação pelo juiz competente, ou seja, teoricamente, dependerá apenas da decretação de simples sentença homologatória.

Contudo o que parece simples na teoria nem sempre o é na prática. O testemunho dos promotores de justiça que vivenciam essa experiência, em especial aqueles que estão exercendo suas funções na defesa dos direitos difusos coletivos nas comarcas do interior de grande porte e na capital, é da extrema dificuldade em obter a homologação do TAC em juízo, uma vez que o acúmulo de processos que assolam o Poder Judiciário com uma demanda processual crescente e desproporcional ao número de juizes vem sendo responsável pela impossibilidade de julga-

mento dos feitos no tempo razoável de durabilidade do processo deixando na sociedade a sensação de que a justiça não funciona ou quando funciona o faz de forma tardia. É no meio desse caos jurídico que entrará o pedido do promotor de justiça para obter a sentença homologatória referente ao TAC, sem qualquer prioridade para apreciação do pleito, inobstante a natureza do seu objeto e a dilação probatória contida no inquérito civil que acompanha os autos.

Assim sendo, o que ocorre na prática é o Ministério Público firmando o TAC na defesa de direitos de extrema relevância social, porém deixando de requerer a sua homologação judicial, por saber que este ato poderá levar anos, optando por executá-lo, em caso de inadimplemento, na forma prevista para os títulos extrajudiciais, seguindo a legislação publicada há 17 anos atrás, sem que tenha sido editada lei ou norma jurídica sobre a matéria.

3. Conclusão

Para que o Ministério Público exerça a defesa dos interesses coletivos com efetividade, torna-se imperiosa a criação de mecanismos facilitadores para a execução do termo de ajustamento de conduta, com a edição de norma legal fundamentada no procedimento disponível apenas para o Ministério Público na formação desse acordo que o diferencia dos demais quando firmados por outros órgãos legitimados, bem como, de forma inequívoca, dos acordos transacionais referendados pelo órgão ministerial, na previsão do art. 585, inciso II do CPC.

O consenso institucional e as reformas legislativas são processos naturalmente demorados, contudo é preciso estar atento para a necessidade de adaptação e adequação das leis à realidade concreta, a fim de resguardar perfil constitucional traçado para o Ministério Público em 1988, instituição que hoje é muito mais reconhecida pela sociedade como protetora e defensora de direitos coletivos, éticos e morais do que apenas como o “acusador” atuante nos processos relativos aos crimes praticados contra a vida julgados perante o Tribunal do Júri como ocorria no passado.

A manutenção ou ampliação dos poderes ministeriais dependem do êxito no cumprimento de suas atribuições constitucionais, em especial, quando atua na defesa do interesse público. Hoje, a cobrança da sociedade está na demora e sensação de impunidade de infratores de leis penais, do meio ambiente, consumidor, patrimônio público e tantas outras, responsabilizando por tudo isso o poder judiciário e o poder legislativo, mas já se percebe um movimento social e justo de cobrança de resultados efetivos na atuação do Ministério Público quando assume o papel de defensor da sociedade, reconhecendo a sociedade que embora a instituição venha exercendo o seu papel, promovendo uma série de ações, muitas vezes em conjunto, a fim de desvendar as mais variadas espécies de atos ilícitos praticados contra os interesses públicos, e ao final o objetivo almejado, que nada mais é do que a punição severa dos responsáveis e o retorno do bem lesado para a coletividade ainda têm acontecido de maneira muito modesta e desproporcional ao volume das ações civis públicas instauradas pelo Ministério Público.

4. Proposições

1. Transformar o parágrafo único do art. 475-N do CPC em parágrafo 1º, inserindo o parágrafo 2º que terá a seguinte redação “os termos de ajustamento de conduta firmados pelo ministério público na defesa de direitos difusos e coletivos, após a conclusão do competente inquérito civil e homologação pelo Conselho Superior do Ministério Público serão executados na forma prevista para os títulos executivos judiciais.”
2. O artigo 211, caput do ECA deverá ser acrescido do parágrafo único com a seguinte redação: “Quando o compromisso de ajustamento de conduta for tomado por termo pelo Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos, com a instauração e posterior arquivamento do inquérito civil competente, homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, a sua execução se dará na forma prevista para os títulos executivos judiciais”.
3. O parágrafo 6º art. 5º da Lei nº. 7.347/1985- Ação Civil Pública será acrescido do inciso I, com a seguinte redação “Quando o compromisso de ajustamento de conduta for tomado por termo pelo Ministério Público na defesa dos interesses difusos e coletivos, com a instauração e posterior arquivamento do inquérito civil competente, homologado pelo Conselho Superior do Ministério Público, a sua execução se dará na forma prevista para os títulos executivos judiciais”.

5. Referências Bibliográficas

BUENO, C. S. Cumprimento da sentença e processo de execução: ensaio sobre o cumprimento das sentenças condenatórias. In: DIDIER JR F. Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 56/57

MAZZILLI, H. N. Liquidação e Execução. In: _____. A Defesa dos Interesses difusos em juízo. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2005. cap. 34, p. 391/392

GRINOVER, A. P. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ E. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 13/14.

GRINOVER, A. P. Rumo a um código brasileiro de processos coletivos. In: MILARÉ E. A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: Revista dos tribunais, 2005. p. 32.

RODRIGUES, G. A. Anotações sobre a execução do compromisso de ajustamento de conduta. In: DIDIER JR F. Execução civil: estudos em homenagem ao professor Paulo Furtado. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006. p. 117/119.

CARVALHO FILHO, S. J. Ação civil pública: comentários por artigo, p137.

ARAÚJO, G. L. C. In: _____ Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta. www.anamatra.org.br, em 11.05.2007.

DA HOMOLOGAÇÃO JUDICIAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: MAIS UM PASSO EM FAVOR DA EFETIVIDADE DOS DIREITOS COLETIVOS

Mauro Sérgio Rocha¹

Promotor de Justiça/PR

Sumário: i) síntese dogmática. ii) introdução. iii) da previsão legal. iv) da natureza do termo de ajustamento de conduta. v) do eventual descumprimento do termo de ajustamento de conduta *não homologado judicialmente*. vi) do eventual descumprimento do termo de ajustamento de conduta *homologado judicialmente*. vii) quadros comparativos. viii) do procedimento, da decisão, e da competência. ix) conclusões.

Síntese dogmática:

O termo de ajustamento de conduta está catalogado como título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85), e o seu descumprimento autoriza acesso à via executiva autônoma (Livro II do CPC), em especial à execução por obrigação de fazer e não fazer (arts. 632 e ss. do CPC), como também à execução por quantia certa contra devedor solvente (arts. 646 e ss. do CPC), dependendo, logicamente, da natureza da obrigação contida no título. Contudo, hoje, há possibilidade de **homologação judicial de qualquer acordo extrajudicial** (art. 475-N, inc. V, do CPC), perspectiva que alimenta – na eventualidade de não ser cumprido o ajustado – a observância do Livro I, também do CPC, instrumento mais célere e, por igual, mais efetivo.

O título executivo, agora judicial, possibilita em relação às obrigações de fazer e não fazer o uso das medidas de apoio delineadas (*exemplificativamente*) pelo art. 461, § 5º, do Código Instrumental (*atipicidade dos meios executivos + ativismo judicial*), sem dizer da informalidade conferida ao exeqüente, e da limitação do âmbito de defesa oportunizada ao executado. Já na hipótese de pagamento de soma em dinheiro, para além da informalidade e da limitação do âmbito de defesa (esta condicionada à garantia do juízo), anote-se, é deferido ao exeqüente o cumprimento de sentença, nos termos estabelecidos pelo art. 475-J do CPC, com imposição de multa no valor de 10% sobre o valor do débito em caso de inadimplemento do ajustado.

Isso não é tudo, mas, por ora, justifica a tese apresentada.

Introdução:

A efetividade marca o processo civil contemporâneo. E tal substrato não é diferente quando se trabalha com os *novos direitos* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos), aliás, aqui, o desejo se intensifica, sabidamente por força da transindividualidade e da indisponibilidade desses direitos². Nesse contexto, disponibiliza-se aos co-legitimados “*todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela*” (art. 83, CDC)³, de modo que - da escolha adequada dos instrumentos - se extrai maior ou menor efetividade (*tutelas diferenciadas*).

¹ Promotor de Justiça no Estado do Paraná.

² A conclusão (em homenagem à garantia constitucional do amplo acesso à Justiça) é igualmente aplicável à categoria dos interesses acidentalmente coletivos (individuais homogêneos), perspectiva que reduz – e muito – a litigiosidade contida.

³ Há perfeita interação entre a Lei da Ação Civil Pública (7.347/85) e o Código de Defesa do Consumidor (8.078/90), o que se entendeu denominar de *microsistema processual coletivo*. Neste sentido: GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 151. Ainda: MARINONI, Luiz Guilherme. *Manual do processo de conhecimento*. São Paulo: RT, 2001, p. 683; SHIMURA, Sérgio. *Tutela coletiva e sua efetividade*. São Paulo: Método, 2006, p. 132.

A escolha não é aleatória, mas, antes, orienta-se pela qualidade da pretensão de direito material. E no sistema brasileiro, quase sempre, há lei para subsidiá-la. Em outras palavras, as pretensões resistidas ou insatisfeitas poderão ensejar mais de uma tutela (repita-se: mais ou menos efetiva), o que realça a importância dos acontecimentos no plano do direito material (e.g. é título executivo extrajudicial o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; ausente um desses requisitos, a pretensão – ainda que documentada – realizar-se-á por instrumento diverso). Explicamos melhor: dentre os co-legitimados à proteção dos direitos coletivos (art. 5º, da Lei nº 7.347/85; e art. 82, da Lei nº 8.078/90), têm-se que os órgãos públicos guardam permissão para firmar o compromisso de ajustamento de conduta, instrumento que – *se corretamente materializado* – caracteriza-se como título executivo extrajudicial (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85), e dá ao exequente – na hipótese de descumprimento – o processo e os procedimentos estampados no Livro II do CPC. Todavia, se não for ajustado o compromisso, a pretensão de direito se fará tutelada pela via cognitiva, isto é, pelo processo de conhecimento (Livro I do CPC).

Agora, se o termo de ajustamento de conduta for levado à homologação judicial – nos moldes do art. 475-N, inc. V, do CPC – estaremos diante de um título executivo judicial, e o não cumprimento, diferentemente, levará à aplicação do Livro I do CPC, cujas vantagens serão oportunamente abordadas, e se constituirão no tema central deste ensaio. Mas, dê logo, impõe-se a seguinte advertência: trata-se de **faculdade** disponibilizada aos órgãos públicos (em especial, ao Ministério Público), e a conveniência do uso deverá ser aferida em face do caso concreto. Contudo, uma coisa é certa: a homologação judicial do termo de ajustamento de conduta fortalece a efetividade dos direitos metaindividuais quando do não adimplemento do acordo.

Da previsão legal:

Como adiantado, o Código Instrumental – por força da redação ditada pela Lei nº 11.232/05 – recepciona, dentre os títulos executivos judiciais, “o acordo extrajudicial, de qualquer natureza, homologado judicialmente” (repita-se: art. 475-N, inc. V, do CPC). Previsão idêntica hospeda o art. 57, *caput*, da Lei nº 9.099/95. Já na versão final do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (ACBPC), apresentado ao Ministério da Justiça em janeiro de 2007, a homologação está voltada diretamente ao termo de ajustamento de conduta, com a seguinte redação: “O termo de ajustamento de conduta terá natureza jurídica de transação, com eficácia de título executivo extrajudicial, sem prejuízo da possibilidade de homologação judicial do compromisso, hipótese em que sua eficácia será de título executivo judicial.” (art. 21, § 3º). Destarte, *de lege lata*, existe permissivo legal para a homologação judicial do termo de ajustamento de conduta (art. 475-N, inc. V, do CPC), e a previsão insere no ACBPC apenas reafirma esta possibilidade⁴. Agora, portanto, importa saber das vantagens dessa faculdade.

Da natureza do compromisso de ajustamento de conduta:

Esse instrumento, inaugurado pela Lei nº 8.069/90 (art. 211)⁵, foi ampliado por meio do Código de Defesa do Consumidor (art. 113), nada obstante o veto apostado pelo Presidente da República (art. 82, § 3º), dando origem, agora, ao contido no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, assim redigido: “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.” Mas como se adiantou, o Código de Defesa do Consumidor e a Lei da Ação Civil Pública funcionam como instrumental único na defesa dos interesses essencialmente e acidentalmente coletivos (lesados ou ameaçados), de modo que – hoje – o termo de ajustamento de conduta, em tese, permeia toda e qualquer modalidade de direito transindividual⁶.

Dessa forma, já de início, enxerga-se o termo de ajustamento de conduta como um dos meios alternativos de solução de conflito, eis que a provocação do Judiciário se faz, apenas, quando da inobservância do ajuste, ou, quiçá, quando da reclamação do próprio investigado (infrator). Aliás, em relação ao Órgão do Ministério Público, anota Kazuo Watanabe que (na tomada do termo de ajustamento de conduta) há verdadeira aplicação do direito, pois se faz com que o “investigando adeque sua conduta às exigências das normas jurídicas aplicáveis ao caso”. E continua: “Isto constitui, sem dúvida alguma, atuação direta do direito pelo Ministério Público, sem qualquer intervenção do Poder Judiciário, a não ser a posteriori se houver alguma reclamação do investigando.”⁷

⁴ MAZZILLI, Hugo Nigro. *Compromisso de Ajustamento de Conduta – Análise à luz do Anteprojeto do Código Brasileiro de Processos Coletivos*. In: *Direito Processual Coletivo e o anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos*. Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; WATANABE, Kazuo. RT, 2007, p. 242.

⁵ “Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.” Aqui as cominações não estão previstas, mas a regra estabelecida no art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85, é de todo aplicável.

⁶ Ressalte-se, neste particular, que a Lei nº 8.429/92 (art. 17, § 1º) assim dispõe: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput.”

⁷ WATANABE, Kazuo. *Processo civil de interesse público - introdução*. In: *Processo Civil de Interesse Público – o processo como instrumento de defesa social*. Org. SALLES, Carlos Alberto de. São Paulo: RT, Associação Paulista do Ministério Público, 2003, p. 19.

Portanto, do que se extrai, no termo de ajustamento de conduta – mediante cominações – tem-se a adequação da conduta do investigado ou infrator aos ditames legais, perspectiva que dispensa (num primeiro momento)⁸ a via cognitiva. Vale dizer, os órgãos públicos legitimados alcançam – via compromisso de ajustamento – a norma jurídica concretizada⁹.

Não há transação, mas, insista-se, o infrator amolda a sua conduta às exigências legais. Não há concessões, eis que a titularidade do direito não pertence ao legitimado, sem dizer que o objeto (direitos essencialmente coletivos) é indivisível. Temos, isto sim, uma autocomposição. Uma submissão do infrator à pretensão de direito material¹⁰ veiculada pelo legitimado. Há acordo. Há conciliação, porém não há e nem pode haver concessões quanto ao direito material tutelado (art. 840, CC). Acordo, porque as vontades convergem para o cumprimento da lei. Conciliação, porque não há resistência à pretensão de direito material. E, desse modo, não há motivo aparente para a provocação da tutela jurisdicional cognitiva (inteligência: falta de interesse processual, art. 267, VI, CPC).

Como adiantado, estamos diante de acordo ou conciliação, mas não há que se falar em transação, eis que é vedada qualquer diminuição ou mitigação do direito material sob tutela. O que se faz possível, por evidente, dependendo da natureza do direito em discussão, é a flexibilização do prazo para o cumprimento do ajuste, e para tanto deve o Ministério Público se orientar pela razoabilidade (e.g. não se faz o replantio da mata ciliar devastada da noite para o dia)¹¹. Acrescente-se: outro não foi o objetivo do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos (ACBPC), ao consignar: ***“Do termo de ajustamento de conduta – Preservada a indisponibilidade do bem jurídico protegido, o Ministério Público e os órgãos públicos legitimados, agindo com critérios de equilíbrio e imparcialidade, poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de conduta à lei, mediante fixação de modalidades e prazos para o cumprimento das obrigações assumidas e de multas por seu descumprimento.”*** (art. 21, caput). Ainda: ***“Preservada a indisponibilidade do bem jurídico coletivo, as partes poderão transigir sobre o modo de cumprimento da obrigação.”*** (art. 25, § 3º, do ACBPC). Aliás, o Código projetado bem delineou o instituto, exceção feita à terminologia empregada no já invocado art. 21, § 3º, eis que o qualificou como transação, e de transação evidentemente não se trata.

É acordo, e a homologação – independentemente do novel diploma – já é admitida (art. 475-N, inc. V, do CPC), até porque a redação desse dispositivo hospeda ampla interpretação – ***“acordo extrajudicial, de qualquer natureza”***.

Do eventual descumprimento do termo de ajustamento de conduta não homologado judicialmente:

O compromisso de ajustamento de conduta, já se disse, constitui-se em título executivo extrajudicial. É assim na redação atual, como também nos termos concebidos pelo Código projetado. Dessa forma, na eventualidade de descumprimento do ajustado, franqueado o processo de execução do Livro II do CPC (recorde-se: execução autônoma). E qual ou quais das execuções? De regra, os termos de ajustamento de conduta encerram obrigações de fazer e de não fazer, de modo que se tratará da execução catalogada no Título II, Capítulo III, detalhada a partir do art. 632 do CPC (*Da execução das obrigações de fazer e de não fazer*). Já as cominações, ou seja, as multas decorrentes do descumprimento da obrigação devem ser veiculadas pela execução esculpida no Capítulo IV, pormenorizada a partir do art. 646 do mesmo diploma (*Da execução por quantia certa contra devedor solvente*), como também observarão esta espécie as obrigações principais – se inicialmente ajustadas em pagamento de soma em dinheiro (com endereçamento ao fundo de reparação dos interesses coletivos lesados) – ou se, porventura, convertida a obrigação principal em perdas e danos.

Essas execuções, porque inauguram processo autônomo, exigem a formulação de petição inicial nos moldes dos arts. 614, 616 e 282 do CPC. E se processo novo é, em ambas as hipóteses se fará a citação do executado, a fim

⁸ Isso porque o termo de ajustamento de conduta não exclui a propositura da ação civil pública ou da ação civil coletiva na hipótese de solução parcial do conflito, ou quando da insuficiência do ajustado à proteção e defesa dos direitos tutelados. O termo de ajustamento de conduta encerra uma **garantia mínima em favor da coletividade** (cf. MAZZILLI, *op. cit.*, p. 240).

⁹ É importante que a obrigação consubstanciada no título seja certa, líquida e exigível (art. 580, CPC).

¹⁰ ***“Não se trata de transação na acepção precisa do vocábulo. Como modalidade de composição de litígios, a transação só se caracteriza caso sejam feitas concessões substanciais por parte de ambos os transigentes quanto ao objeto material do litígio. No compromisso de ajustamento de conduta não há concessão alguma por parte do ente público legitimado, mas sim submissão do responsável pela lesão ao cumprimento dos preceitos protetivos, em respeito aos interesses supra-individuais. Deste modo, o compromisso de ajustamento, como forma de conciliação, amolda-se melhor à espécie denominada ‘submissão’, não à transação, como usualmente é tratada, pela impossibilidade de renúncia total ou parcial dos legitimados quanto ao direito material.”*** (Cf. LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002, 323).

¹¹ ***“O limite para a transação está no modus para o adimplemento e proteção dos bens transindividuais, devendo ser fixado no compromisso o atingimento de tudo o que seria conseguido na demanda jurisdicional, orientando-se, sempre, pelos critérios da razoabilidade.”*** (cf. LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005, p. 85). Ainda: MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. São Paulo: RT, 2006, p. 246.

de que seja aperfeiçoada a relação jurídica processual. Na *execução por obrigação de fazer e não fazer* cita-se o executado para que cumpra a obrigação no prazo estipulado no título, ou naquele assinalado pelo Estado-juiz (art. 632). Se, no prazo, o executado não satisfizer a obrigação, é lícito ao exequente exigir o seu cumprimento por terceiro, à custa do executado, mas, aqui, há sensível burocracia, nada obstante a reforma introduzida pela Lei nº 11.382/06. O executado se defende por intermédio dos embargos à execução, no prazo de 15 (quinze) dias, independentemente de garantia, podendo alegar – dentre outras questões – “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.” Os embargos poderão ser recebidos no efeito suspensivo (artigo 739-A, § 1º, CPC). Na *execução por quantia certa contra devedor solvente*¹² cita-se o executado para que realize o pagamento em 03 (três) dias, ou para que apresente os embargos à execução em 15 (quinze), contados da juntada aos autos do mandado de citação. O executado, aqui, independentemente de garantia, poderá alegar – dentre outras questões – “qualquer matéria que lhe seria lícito deduzir como defesa em processo de conhecimento.” Os embargos poderão ser recebidos no efeito suspensivo (artigo 739-A, § 1º, CPC).

Nessa toada, observa-se que as reformas processuais (e.g. Lei nº 11.382/06) – embora queiram efetivar o direito consubstanciado no título executivo extrajudicial – esse desejo é mitigado, já que ao executado não se oportuniza prévia defesa (devido processo legal). Ora, se antes não havia substancial diferença entre as execuções, pois ambas se processavam nos termos do Livro II do CPC, hoje, ao contrário, evidencia-se uma tomada de posição em favor daquelas alicerçadas em títulos judiciais (Leis nºs 8.952/94, 10.444/02 e 11.232/05), intensificando-as em grau de efetividade (*sincretismo*).

Do eventual descumprimento do termo de ajustamento de conduta homologado judicialmente:

Com a homologação judicial do termo de ajustamento de conduta, já foi dito, estamos diante de um título executivo judicial, nos moldes do art. 475-N, inc. V, do CPC¹³. E neste particular, clara é a redação atribuída ao art. 475-I do CPC. “O cumprimento da sentença far-se-á conforme os arts. 461 e 461-A desta Lei ou, tratando-se de obrigação por quantia certa, por execução, nos termos dos demais artigos deste Código.” Dessa forma, nas obrigações de fazer e não fazer, o cumprimento do comando sentencial se faz nos termos do art. 461 do CPC, oportunidade em que se confere ao Estado-juiz, exemplificativamente, as “medidas de apoio” enumeradas no § 5º (princípio da não taxatividade ou da atipicidade dos meios executivos). Leia-se: “Para a efetivação da tutela específica ou a obtenção do resultado prático equivalente, poderá o juiz, de ofício ou a requerimento, determinar as medidas necessárias, tais como a imposição de multa por tempo de atraso, busca e apreensão, remoção de pessoas e coisas, desfazimento de obras e impedimento de atividade nociva, se necessário com requisição de força policial.” (grifo nosso). A iniciativa se perfaz por mera petição nos autos, isto é, sem a forma exigida para a execução baseada em título executivo extrajudicial. Não há possibilidade de embargos do devedor, já que este se reserva aos casos de execução autônoma¹⁴. A defesa, por sua vez, ora reclamará a propositura de ação autônoma de impugnação (e.g. ação anulatória), ora poderá ser vazada por petição, porém, aqui, as matérias ficarão limitadas ao elenco trazido pelo art. 475-L do CPC, matérias, aliás, que encerram rol taxativo. Nas hipóteses de pagamento de soma em dinheiro, sem formalidades, é cientificado (na hipótese) o executado para realizar o pagamento em 15 (quinze) dias, cujo percentual será acrescido de 10% (dez por cento)

¹² As execuções por quantia certa em face do Poder Público continuam sendo processadas na forma do art. 730 e ss. do CPC, já que – neste particular – em nada modificaram as recentes reformas.

¹³ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, Jose Miguel. *Breves comentários a nova sistemática processual civil* (2). São Paulo: RT, 2006, p. 176, ao consignarem: “É interessante observar que os títulos executivos judiciais referidos nos demais incisos (dentre eles o inciso V, do artigo 475-N) poderão veicular dever de fazer, não fazer ou de entrega de coisa. Neste caso, deverá ser observado o procedimento previsto nos arts. 461 e 461-A do CPC, conforme o caso. A execução de sentença homologatória de transação em que se tenha estabelecido dever de entregar coisa, por exemplo, não se realizará via do art. 621 do CPC, que exige nova citação e prevê a apresentação de embargos do executado. No caso, aplicar-se-á o disposto no § 2º do art. 461-A do CPC, devendo o juiz determinado o cumprimento do dever veiculado na sentença homologatória de transação, [...]”. Já em nota de rodapé acrescentam que “a sentença condenatória é executada de acordo com o art. 475-J e ss. se disser respeito a dever de pagar quantia em dinheiro. No caso de sentença que determinado o cumprimento de obrigação de fazer, não fazer ou entregar coisa, o art. 475-I já é expresso no sentido de que a execução seguirá o disposto nos arts. 461 ou 461-A, conforme o caso.” No mesmo sentido: MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 416, ao consignar: “Normalmente, os títulos acima estudados impõem o pagamento de soma em dinheiro. Porém, nada impede que contemplem outros deveres de prestar, como de entregar coisa ou de fazer. Nos casos de sentença homologatória de acordo, de acordo extrajudicial homologado judicialmente e de formal ou certidão de partilha, a execução destas prestações se dará no próprio processo de onde emanou o título, exigindo-se mero requerimento de execução. [...] Contudo, o mais importante é que a execução, nestes casos, observará o modelo executivo do art. 461 justifica-se em razão de os títulos executivos em questão serem oriundos de decisões judiciais ou de ato a elas equiparados (sentença arbitral). A força de tais títulos não deve ser a emprestada aos atos negociais (como são os títulos executivos extrajudiciais), mas sim a que a lei outorga às manifestações de poder do Estado.” Ainda: BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil*. A desestruturação do processo de execução. Coord. CARMONA, Carlos Alberto. São Paulo: Atlas, 2006, p. 120.

¹⁴ Nesse sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Defesas do executado*. A Nova Execução de Títulos Judiciais – comentários a Lei 11.232/05. Coord. BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sergio. São Paulo: RT, 2006, p. 135. “Com o desaparecimento da ação autônoma para a execução de sentença relativa a obrigação de fazer e não fazer e de entregar coisa, cujo cumprimento passou a ser promovido desde logo e no mesmo processo (CPC, arts. 461 e 461-A), ficou também afastada, nesses casos, a alternativa de defesa por embargos do devedor. E que a ação de embargos foi originalmente instituída como meio de defesa típico em face de ação autônoma de execução, ação que, nos casos indicados, deixou de existir.”

em caso de não pagamento. A defesa se faz por meio da impugnação (nos próprios autos), com a exigência da garantia, e a matéria está limitada – uma vez mais – pelo rol estabelecido no art. 475-L do CPC.

Vale dizer, nas obrigações de fazer e não-fazer, como na hipótese de pagamento de soma de dinheiro, mais efetivo se apresenta o mecanismo catalogado no Livro I do CPC. (i) **nas obrigações de fazer e não fazer** – constatado o descumprimento – por mera petição se exige o adimplemento da obrigação; exigido o cumprimento da obrigação, intensifica-se o poder estatal, com o deferimento ao Judiciário das medidas de apoio *exemplificativamente* trazidas pelo art. 461, § 5º, do CPC. Acresça-se, nada obstante a obviedade, que na perspectiva de ver cumprida a obrigação, o Judiciário verificará a medida mais eficiente para o caso (*cumprimento in natura*), contando-se, para tanto, com a criatividade do Estado-juiz (*ativismo judicial*), sem dizer, logicamente, da aplicação subsidiária do procedimento destinado às execuções baseadas em título extrajudicial (art. 644, CPC); a defesa é timidamente exercida, eis que a discussão acerca da validade do título fica reservada às ações autônomas de impugnação¹⁵, e nos autos, se permitida a defesa, esta versará exclusivamente acerca das matérias catalogadas no art. 475-L do CPC; (ii) **nas obrigações de pagar quantia em dinheiro** – também informalmente – cientifica-se o executado para adimpli-la em 15 (quinze) dias, cuja inobservância enseja a incidência da multa de 10% (dez por cento) sobre o valor devido; a defesa é exercida por meio da impugnação (nos próprios autos), instrumento que exige a segurança do juízo; a matéria igualmente se limita às questões taxativamente trazidas pelo art. 475-L do CPC. Daí por que, dúvidas não há, de que tal instrumental melhor atende às expectativas do direito material, pois, como adverte Enrico Tullio LIEBMAN¹⁶, “quanto maior for a flexibilidade e a riqueza dos meios executivos imaginados pelo legislador, tanto maior será a probabilidade de poder-se fazer a execução em forma específica.”

Ad argumentandum, poder-se-ia indagar sobre a aplicação da sistemática abraçada no art. 461 do CPC (acrescente-se, também, do art. 475-J) às execuções baseadas em título extrajudicial, e a resposta, num primeiro momento, seria negativa. A uma, por ausência de previsão legal. É que o artigo 644 do CPC manda aplicar subsidiariamente ao cumprimento de sentença as disposições relativas à execução fulcrada em título extrajudicial, mas a recíproca não é verdadeira. Aliás, quanto às execuções extrajudiciais, o artigo 645 – como medida de apoio – prevê exclusivamente a imposição de multa¹⁷. A duas, porque a homologação judicial do título extrajudicial deve guardar algum sentido, ou seja, se vulgarizadas as vias executivas – independentemente da natureza do título – qual a razão da reforma processual ao redigir o art. 475-N, inc. V, do CPC. A três, porque os autores que sustentam a máxima efetividade do processo só admitem a aplicação das regras do Livro I à execução autônoma, após constatada a inidoneidade da via eleita¹⁸. Por último, ainda assim, ficará o exequente despedido das outras vantagens inerentes ao título judicial (informalidade, ausência dos embargos do devedor, limitação das matérias defensivas etc).

Quadro comparativo (obrigações de fazer e não fazer):

Título judicial	Título extrajudicial
Previsão legal: art. 461 do CPC.	Previsão legal: arts. 632 e ss. do CPC.
Efetividade: uso das medidas de apoio trazidas (exemplificativamente) pelo art. 461, § 5º, do CPC, com aplicação subsidiária dos arts. 632 e ss. do CPC (cf. art. 644). Observância da atipicidade dos atos executivos, como também do ativismo judicial.	Efetividade: uso exclusivo da multa como medida de apoio, conforme se vê do art. 645 do CPC. Procedimento e atuação judicial pouco flexível.
Formalidade: mera petição, e até mesmo <i>ex officio</i> .	Formalidade: petição inicial, nos termos dos arts. 614, 616 e 282 todos do CPC.
Citação: não existe, eis que o cumprimento se faz no mesmo processo (sincretismo).	Citação: imprescindível, já que se inaugura novo processo.
Defesa: limitada – art. 475-L do CPC, e caso queira discutir os pressupostos do termo de ajustamento de conduta, deverá o executado se valer de ação autônoma de impugnação (art. 486 do CPC).	Defesa: ampla, eis que a ausência de processo cognitivo prévio autoriza a alegação de qualquer matéria que seria lícito produzir no processo de conhecimento (art. 745 do CPC).
Embargos do devedor: descabimento	Embargos do devedor: cabimento

¹⁵ Nesse sentido: MARINONI, *op. cit.*, p. 407; ZAVASCKI, *op. cit.*, p. 152; WAMBIER, *op. cit.*, p. 172.

¹⁶ LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946, p. 22-3.

¹⁷ Há sugestão, inclusive, para que o exequente (título executivo extrajudicial) se valha da via cognitiva, se interessado nas prerrogativas do art. 461 do CPC. Leia-se: “É possível imaginar-se uma migração do processo de execução dessas espécies de obrigação (fazer e não fazer) para o processo de conhecimento.” BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de processo civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004, p. 1406. No mesmo sentido: TALAMINI, Eduardo. *Tutela relativa aos deveres de fazer e de não fazer*. São Paulo, RT, 2001, p. 428.

¹⁸ “Assim, se determinado caso concreto demonstrar a inidoneidade dos meios de execução, deverá o juiz, ainda que diante de ação de execução de título extrajudicial, valer-se da regra processual aberta do art. 461, § 5º. Neste caso, como é óbvio, o juiz estará considerando o seu dever de dar tutela efetiva aos direitos e o direito fundamental à tutela jurisdicional efetiva – consagrado no art. 5º, XXXV, da CF, devendo justificar a razão pela qual se tornou necessária a utilização de modalidade executiva a partir de tal cláusula aberta, a qual, além de idônea à tutela do direito, deve ser a que, nesta dimensão, traz a menor restrição possível à esfera jurídica do executado.” MARINONI, Luiz Guilherme. *Execução*. São Paulo: RT, 2007, p. 461.

Quadro comparativo (obrigação de pagamento de soma em dinheiro):

Título judicial	Título extrajudicial
Previsão legal: art. 475-J do CPC.	Previsão legal: arts. 646 e ss. do CPC.
Efetividade: multa de 10% sobre o valor da condenação, na hipótese de não pagamento voluntário.	Efetividade: a falta de pagamento voluntário não autoriza a imposição de multa.
Formalidade: mera petição, e até mesmo <i>ex officio</i> .	Formalidade: petição inicial, nos termos dos arts. 614, 616 e 282 todos do CPC.
Citação: não existe, eis que o cumprimento se faz no mesmo processo (sincretismo).	Citação: imprescindível, já que se inaugura novo processo.
Defesa: limitada – matérias do art. 475-L do CPC, e caso queira discutir os pressupostos do termo de ajustamento de conduta, deverá o executado se valer de ação autônoma de impugnação (art. 486 do CPC).	Defesa: ampla, eis que a ausência de processo cognitivo prévio autoriza a alegação de qualquer matéria que seria lícito produzir no processo de conhecimento (art. 745 do CPC).
Embargos do devedor: descabimento, já que a defesa se processa via impugnação, nos próprios autos, após a prévia garantia do juízo (art. 475-J, § 1º, do CPC).	Embargos do devedor: cabimento, independentemente da garantia do juízo (art. 736 do CPC).

Do procedimento, da decisão, e da competência:

Convencido das vantagens da homologação judicial do termo de ajustamento de conduta, é bem verdade que a legislação não detalhou o procedimento, mas tal omissão – conforme esclarece a doutrina – não inviabiliza a utilização da prerrogativa, eis que sugerida a utilização das disposições insertas nos arts. 1103 e ss. do CPC. Leia-se: “*Não há no CPC, procedimento específico para a homologação de acordo extrajudicial. Pensamos, diante disso, que se aplicam as disposições dos arts. 1103 e ss. do CPC. Com efeito, trata-se de procedimento de jurisdição voluntária, uma vez que as partes já terão realizado um ato de composição da lide, nada tendo o juiz que decidir a respeito. Deverá, o juiz, neste caso, apenas controlar a validade do acordo realizado.*”¹⁹ Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta será levado ao Judiciário em petição conjunta (é o que se recomenda, por força do art. 1105 do CPC), ou, o que é mais comum, do termo de ajustamento de conduta constará cláusula específica sobre a homologação judicial do compromisso, perspectiva, todavia, que não dispensará a citação dos interessados. A sentença guarda natureza homologatória, e nada obstante proferida em sede de jurisdição voluntária, aspira imutabilidade. Trata-se, a nosso ver, de coisa julgada material, e a homologação se faz com base no art. 269, inc. III, do CPC²⁰.

Sobre o tema escreve Edson Ribas MALACHINI²¹ – especialmente em relação ao art. 57 da Lei nº 9.099/95, dispositivo que alimenta redação idêntica àquela estampada no art. 475-N, inc. V, do CPC – que será instaurado “*o procedimento necessário (podendo o juiz determinar que os transigentes compareçam à sua presença), no qual será proferida, em forma regular, a sentença homologatória; e formar-se-á, então, coisa julgada (art. 269, III). Aliás, só com a instauração de tal procedimento será possível eventual recurso (apelação) dessa sentença (...), ou da sentença que denegar a homologação.*”

Já a competência é igualmente exigida, devendo a homologação ser materializada perante o órgão jurisdicional ao qual caberia conhecer da execução autônoma, ou, antes, da ação cognitiva (inteligência: art. 2º da Lei nº 7.347/85 c/c art. 93 do CDC). Aliás, o mesmo art. 57, *caput*, da Lei nº 9.099/95 auxilia nesta interpretação. “*O acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no juízo competente, independentemente de termo,*

¹⁹ WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Tereza Arruda Alvim; MEDINA, Jose Miguel. *Op. cit.* p. 171. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 152.

²⁰ É certo que na homologação não há declaração de direito, efeito, aliás, que recepciona a marca ou a qualidade da intangibilidade (coisa julgada). Todavia, o acordado apenas poderá ser revisitado (após o advento da preclusão máxima), ora pela via da ação rescisória (artigo 485, VIII, do CPC), ora, e é mais comum que assim ocorra, pela via da ação anulatória (artigo 486, do CPC), conclusão que também sugere determinada dose de imutabilidade, **imutabilidade, lembre-se, circunscrita à garantia mínima consubstanciada no título**. Ainda: NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Código de Processo Civil e legislação processual em vigor*. 37ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 1646, ao consignar: “A homologação deve ser pleiteada: no juizado especial, se dentro da competência desta (v. arts. 3º e 8º); no juízo comum, em todas as demais hipóteses (neste sentido: RJRJESP 118/269, JTJ 142/167, maioria). As partes deverão comparecer pessoalmente, para solicitar a homologação, ou apresentarão petição conjunta. [...] **Autuado o pedido, o juiz proferirá sentença, nos termos do art. 269, III do CPC.** Se homologada a transação, caberá apelação, no juízo comum; mas será irrecorrível, no juízo especial (art. 41-‘caput’). Se não homologar, caberá apelação, e recurso (art. 41), no juizado especial.”

²¹ MALACHINI, Edson Ribas. *Os títulos executivos e a nova lei n. 8953, de 1994*. In Reforma do Código de Processo Civil. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1994. , p. 776. No mesmo sentido: ZAVASCKI, Teori Albino. *Op. cit.*, p. 152.

valendo a sentença como título executivo judicial.”²² Não se duvida, igualmente, da aplicação do art. 475-P do CPC, quando do cumprimento do termo de ajustamento de conduta judicialmente homologado, permitindo ao exequente – se assim o desejar – a opção “pelo juízo do local onde se encontram os bens sujeitos à expropriação ou pelo do atual domicílio do executado, casos em que a remessa dos autos do processo será solicitada ao juízo de origem.” No mesmo sentido: arts. 22 e 33, § 1º, do ACBPC.

Conclusões:

Nada obstante a faculdade conferida aos órgãos públicos (em especial, ao Ministério Público), **recomenda-se** a homologação judicial dos termos de ajustamento de conduta, *de lege lata*, nos termos do art. 475-N, inc. V, do CPC e, *de lege ferenda*, nos moldes do art. 21, § 3º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, observando-se, para tanto, a competência do Órgão Jurisdicional incumbido da ação executiva ou, antes, da ação cognitiva.

Desse modo, na eventualidade de descumprimento do ajustado, as obrigações serão exigidas com base no Livro I do CPC, segundo a redação do art. 475-I do CPC. De consequência, quanto às obrigações de fazer e não fazer, para além da informalidade conferida ao exequente, e da limitação do âmbito de defesa oportunizada ao executado, o exequente ainda poderá se valer das medidas de apoio exemplificativamente trazidas pelo art. 461, § 5º, do CPC (*atipicidade dos meios executivos + ativismo judicial*). E no que diz respeito às obrigações para pagamento de soma em dinheiro, para além da informalidade e da limitação do âmbito de defesa (esta condicionada à garantia do juízo), é possível – na hipótese de não pagamento – fazer incidir a multa prevista no art. 475-J do CPC, ou seja, no valor de 10% (dez por cento) sobre o débito.

E, se assim é, os direitos coletivos (objeto do ajustamento de conduta) ganham em efetividade.

Referências:

- BAUMÖHL, Débora Inês Kram. *A nova execução civil*. A desestruturação do processo de execução. Coord. CARMONA, Carlos Alberto. São Paulo: Atlas, 2006.
- BUENO, Cássio Scarpinella. *Código de processo civil interpretado*. Coord. Antonio Carlos Marcato. São Paulo: Atlas, 2004.
- CARMONA, Carlos Alberto. *Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/05*. Coord. BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sergio. São Paulo: RT, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *O processo em evolução*. Rio de Janeiro, Forense, 1996.
- LIEBMAN, Enrico Tullio. *Processo de execução*. São Paulo: Saraiva, 1946.
- LENZA, Pedro. *Teoria geral da ação civil pública*. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.
- LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: RT, 2002.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores*. 10 ed. São Paulo: RT, 2006.
- MALACHINI, Edson Ribas. *Os títulos executivos e a nova lei n. 8953, de 1994*. In Reforma do Código de Processo Civil. Coord. TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. São Paulo: Saraiva, 1994.

²² Essa disposição, à época, já autorizava a homologação judicial de acordos extrajudiciais formalizados fora dos Juizados Especiais, mas a prerrogativa não se disseminou, acredita-se, que por força principalmente da identidade entre as execuções (títulos judiciais e extrajudiciais). No mesmo sentido: “O mesmo art. 475-N traz outra inserção importante no rol dos títulos executivos judiciais, qual seja, o acordo extrajudicial (de qualquer natureza) homologado judicialmente. Aqui também não existe propriamente uma novidade, na medida em que a Lei dos Juizados Especiais, art. 57 (repetindo dispositivo que já constava na Lei 7.244/84, art. 55), já permitia a homologação de acordos extrajudiciais de qualquer natureza, valendo a sentença como título executivo judicial. A regra inserida na Lei dos Juizados Especiais sempre foi tida como heterotópica, já que não se trata de tema circunscrito aos juizados, mas sim de dispositivo que autoriza qualquer juiz (desde que competente) a homologar acordo que lhe seja apresentado pelas partes para efeito de oficialização. Esta faculdade, é verdade, não vinha sendo utilizada com a frequência imaginada pelo legislador (seja o de 1984, seja o de 1995), talvez porque o acordo firmado pelas próprias partes já ensejasse a formação de título executivo (embora extrajudicial), de modo que a relação entre o custo e o benefício de levar ao crivo judicial a transação não se tenha mostrado suficientemente estimulante. [...]. Agora, porém, a situação muda completamente de figura, pois com o título executivo judicial a parte interessada (caso o acordo seja descumprido) poderá desencadear com maior facilidade medidas de invasão patrimonial, sem necessidade de citação do adversário, o que tornará a atividade jurisdicional mais rápida. Não descarto, também, a aplicação da multa de que trata o art. 475-J:” (CARMONA, Carlos Alberto. *Novidades sobre a execução civil: observações sobre a Lei 11.232/05*. Coord. BOTTINI, Pierpaolo; RENAULT, Sergio. São Paulo: RT, 2006, p. 74-5. Ainda: “Esta disposição transcende, de muito, o âmbito do juizado especial, porque se aplica a todo e qualquer acordo (transação) extrajudicial, ainda que de valor superior a 40 salários mínimos (neste sentido: RT 687/112). ‘Possível o pedido de homologação de acordo extrajudicial no juízo competente, qualquer que seja a matéria e valor’ (RT 672/187 e RTJE 93/86).” (cf. NEGRÃO, Theotônio; GOUVÊA, José Roberto F. *Op. cit.*, p. 1646).

EFETIVIDADE DOS COMPROMISSOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA TOMADOS DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E AS CLÁUSULAS PENAIS

Roberto Brayner Sampaio

Promotor de Justiça/PE

Observando os princípios que norteiam a administração pública, deve ser incessante a busca pela eficácia dos serviços prestados pelo Ministério Público. Também é certo afirmar que a efetividade das ações ministeriais está relacionada à solução concreta dos problemas que enfrentamos na execução da atividade fim da instituição, conforme previsto nos artigos 127 e 129 da Constituição Federal.

Assim compreendida a questão, eficazes e efetivas são as medidas que fazem cessar as violações à ordem jurídica, ao regime democrático e aos interesses sociais e individuais indisponíveis que se apresentam aos órgãos de execução do Ministério Público. A instauração do inquérito civil, a assinatura do termo de compromisso de ajustamento de conduta e a propositura de ações civis públicas são apenas instrumentos através dos quais a mudança da realidade poderá ser alcançada.

Partindo da óbvia premissa acima anunciada e considerando as dificuldades enfrentadas nas diversas situações em que o Estado é o violador dos direitos tutelados pelo Ministério Público, vislumbra-se, talvez, a hipótese de menor eficácia nos trabalhos dos promotores e procuradores de justiça.

Com efeito, é de fácil constatação que alguns problemas antigos vivenciados pela sociedade, hoje já rotulados de crônicos, permanecem sem solução ou reincidem após medidas paliativas, apesar da aguerrida atuação dos membros do Ministério Público. Foi assim no caso dos lixões, dos matadouros públicos insalubres, do lançamento de esgoto nos mananciais de água potável, das escolas públicas desestruturadas, dentre outras espécies de violações produzidas por municípios, estados, união e respectivas agências e que ainda são uma triste realidade.

Em diversas ocasiões no enfrentamento de tais violações, os membros do Ministério Público tomaram compromisso de ajustamento de conduta dos municípios e dos estados membros da Federação. Contabilizou-se um número significativo de descumprimento das obrigações assumidas, assim como, na mesma proporção, uma reação à inadimplência através do ajuizamento de execuções dos pactos. Contudo, a realidade pouco mudou. A conclusão é de que as estratégias utilizadas não foram eficazes.

Analisando o histórico de insucessos, creio que a baixa eficácia está relacionada, em parte, a um equívoco na utilização das multas convencionais contidas nos termos de compromisso de ajustamento de conduta. Por uma gama de razões que podemos enumerar, o referido instrumento coercitivo não produziu o efeito esperado nas hipóteses dos pactos firmados pelas pessoas jurídicas de direito público interno, especialmente no que se refere às obrigações de fazer e não fazer.

Na realidade, a multa diária imposta à pessoa jurídica de direito público, por mais significativa que seja, não estimula adequadamente o adimplemento da obrigação. Por vezes o interesse do gestor público pode ser desviado para outro rumo na ocasião do cumprimento do compromisso assumido. Sob o pálio do surgimento de “novas” prioridades políticas a serem atendidas, ignora-se o termo de ajustamento de conduta sem uma justificativa razoável e republicana. Afinal, no pensamento pragmático de alguns administradores, a multa prevista no pacto, se e quando vier a ser aplicada, atingirá apenas reserva de recursos do ente público, quiçá somente no mandato de outro.

Com efeito, na hipótese da multa por inadimplência ser convencionalizada exclusivamente para a pessoa jurídica de direito público, nenhuma penalidade poderá ser imputada ao gestor responsável pela decisão de descumprir os compromissos que ele próprio assumiu enquanto representante do ente governamental.

Vale ressaltar que a estratégia de impor multa exclusivamente ao órgão estatal gera uma situação de injustiça para o cidadão beneficiário das nossas ações. Explico. Tome-se o exemplo do descumprimento de um compromisso de ajustamento firmado por um município para reformar uma escola com estrutura física deteriorada. Caso consumada a execução da multa, resultará a comunidade destinatária da ação do Ministério Público duplamente penalizada.

É que as crianças permanecerão com a escola sem condições adequadas e, ao mesmo tempo, diminuirá a capacidade de investimento do município para resolver este e outros problemas.

Situação análoga ocorre nas autuações do IBAMA ou da Companhia Estadual de Meio Ambiente por dano ambiental causado pelos municípios. Multa-se o ente federado pela existência do lixão ou do matadouro público irregular, não havendo nenhuma preocupação em responsabilizar o gestor que tem o poder de decisão. Caso a referida penalidade seja executada, a consequência é a diminuição do monte do tesouro do município e o inevitável aumento de suas dificuldades econômicas para resolver os problemas da sociedade. Também nesse exemplo, o cidadão que deveria ser o beneficiário das ações de fiscalização é duplamente penalizado. É evidente que seria mais justo e eficaz impor a multa ao administrador que, sem justificativa razoável, decidiu não realizar os investimentos necessários para debelar o dano ambiental.

Desse modo vista a questão, em tais situações é certo considerar injusta a imposição de multa à pessoa jurídica de direito público, pois, no fundo, a pena atingirá o patrimônio de todos os cidadãos.

Com o olhar nessa realidade de pouca eficácia e efetividade dos compromissos de acerto de conduta tomados de entes públicos, propomos que, para as hipóteses de inadimplência injustificada, seja estabelecida nos instrumentos uma multa a ser suportada pela pessoa física do gestor.

Tal proposição merece análise da viabilidade jurídica.

Estabelece artigo § 6º, do artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 (Lei da Ação Civil Pública), com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 8.078/90:

“§ 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.”

Bem se vê que o termo de compromisso de ajustamento de conduta tem natureza de contrato público. No pólo ativo da relação processual haverá sempre um órgão público legitimado para a promoção da ação civil pública. Já no pólo passivo poderá figurar qualquer interessado, público ou particular, desde que responsável pela conduta que se pretende adequar.

De outro lado, tem-se que o objeto do compromisso pode compreender qualquer das espécies de obrigação previstas em nosso ordenamento jurídico, apesar da expressão *conduta* induzir o interprete aos exemplos clássicos das obrigações de fazer ou não fazer.

Na verdade, estas são as espécies de obrigações mais comuns nos compromissos de ajustamento de conduta tomados de órgãos públicos. Também são as mais difíceis de assegurar, na medida em que é recorrente o discurso da discricionariedade absoluta do administrador público ao estabelecer prioridades e formular políticas públicas. Não raro, no caminho desse pensamento, surgem as acusações de que os promotores de justiça estão tentando governar através do termo de compromisso de ajustamento de conduta ou da ação civil pública.

Fato é que é possível e legal tomar o compromisso do ente público no sentido de que faça ou deixe de fazer algo com a finalidade de cessar situações de violação dos direitos da sociedade, sejam eles enquadrados conceitualmente como interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou indisponíveis. Isso é indiscutível e já se encontra pacificado pela jurisprudência.

Também é fato que a conduta do ente público é determinada por aquele que constitucionalmente o representa. Simplificando a questão, é da pessoa física do gestor que se obtém a “vontade” da pessoa jurídica. Esta, não devemos esquecer, é apenas uma ficção do direito.

Com efeito, devemos observar que a obrigação de fazer ou não fazer, por mais complexa que seja a questão, será sempre um comportamento humano qualquer, desde que lícito e possível, a ser levado a efeito pelo devedor ou terceira pessoa às suas custas. Tal comportamento, para se realizar efetivamente, depende da vontade ou determinação daquele que tem o dever jurídico de adimpli-lo. É evidente que no caso das pessoas jurídicas, o dever jurídico relacionado à determinação do cumprimento da obrigação é da pessoa física do administrador investido de tal atribuição. Vale dizer, o que determina o comportamento da pessoa jurídica, como já observado, é a vontade de seu gestor.

É de se registrar, além dessas premissas lógicas, que o ajustamento de conduta pressupõe a existência de um dever jurídico que vai além da compreensão de obrigação.

Neste sentido, como conceituou Maria Helena Diniz (Curso de Direito Civil - Teoria Geral das Obrigações, 2º vol., São Paulo, Saraiva, 1993, p.27), dever jurídico pode ser entendido como “o comando imposto, pelo direito objetivo, a todas as pessoas para observarem certa conduta, sob pena de receberem uma sanção pelo não-cumprimento do comportamento prescrito pela norma jurídica”.

Havendo o descumprimento do dever jurídico imposto, aquele que sofre a lesão em decorrência dele poderá exigir, através dos instrumentos disponíveis, o cumprimento ou reparação do mal sofrido. Aí se tem por constituído o direito subjetivo que possui o credor de defender seus direitos.

Diante disso, é lícito entender que há o dever jurídico do gestor de conduzir o ente público dentro dos princípios republicanos e com estrita observância das leis. Há, portanto, fundamento jurídico para que se imponha obrigação ao gestor pelo comportamento que se espera do ente por ele administrado.

Vale ressaltar que a figura do gestor do órgão governamental é compatível com o conceito de **interessado** contido no dispositivo acima transcrito (art. 5º, § 6º, da Lei nº 7.347/85). Desse modo, não há empecilho legal para que figure ele como sujeito passivo nos compromissos de ajustamento de conduta.

Nesse diapasão, é de fácil inferência a conclusão de que é perfeitamente possível, por não contrariar o ordenamento jurídico, a eventual pactuação, nos termos de ajustamento de conduta, de multa a ser suportada pela pessoa física do administrador público, na hipótese de descumprimento injustificado do dever jurídico por ele assumido.

Registre-se que a transitoriedade da gestão, característica inerente às democracias, não deve ser entendida como barreira intransponível à adoção da estratégia aqui proposta. Poder-se-ia imaginar que seria inviável estabelecer uma multa para a pessoa física do administrador quando o prazo para adimplemento integral da obrigação superar o termo do respectivo mandato. Trata-se, apenas, de uma dificuldade que pode ser facilmente superada.

Note-se que na hipótese de uma obrigação assumida por um ente governamental através de compromisso de ajustamento de conduta, será necessário o desencadeamento de diversos atos administrativos até que o cumprimento integral possa ser constatado.

Retomando o exemplo da escola funcionando precariamente, a obrigação principal seria a de reparar todos os defeitos estruturais, colocando o estabelecimento de ensino em condições adequadas ao uso dos estudantes, professores e comunidade em geral. Para tanto, deverá o gestor, considerando os problemas detectados, verificar a disponibilidade orçamentária e, caso não a encontre, incluir a obra no orçamento do ano seguinte; determinar a realização de projeto básico para as obras; publicar edital convocatório da licitação e realizar o certame em conformidade com a lei; assinar o contrato e a ordem de serviço; fiscalizar a execução dos trabalhos contratados.

Nada impede, portanto, que se estabeleça nos instrumentos os prazos para a realização dos principais atos administrativos desse complexo de providências que culminará com a efetivação da obrigação principal almejada pelo ajustamento, permitindo, desse modo, a aferição da conduta do gestor público durante a execução do termo de compromisso e, conseqüentemente, a imposição de multa no caso de inadimplência injustificada de cada uma das etapas.

Por fim, encerrado o mandato do gestor que firmou o termo de compromisso de ajustamento de conduta, há a possibilidade de ratificação do dever jurídico pelo novo mandatário.

Resumindo a questão, temos as seguintes constatações: 1) a previsão de multa para as pessoas jurídicas de direito público nos termos de compromisso de ajustamento de conduta não tem apresentado resultado prático satisfatório, podendo a estratégia ser classificada como pouco eficaz; 2) há uma injustiça intrínseca no modo como o instrumento coercitivo vem sendo aplicado, pois a execução de uma multa decorrente da mora da pessoa jurídica de direito público, penaliza, na realidade, o destinatário do direito violado; 3) o gestor público tem o dever jurídico de velar pelo adimplemento das obrigações que assumiu enquanto representante do órgão governamental; 4) não há ilegalidade na pactuação de multa a ser suportada pela pessoa física do gestor público nas hipóteses de descumprimento injustificado dos compromissos de ajustamento de conduta.

Conclusão:

Como forma de otimizar a eficácia dos compromissos de ajustamento de conduta tomados dos entes governamentais, poderá ser estabelecida multa a ser suportada pela pessoa física do gestor público responsável pelo adimplemento da obrigação, nas hipóteses de descumprimento injustificado.

O TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA E SUA FUNÇÃO SOCIAL

Max Zuffo

Promotor de Justiça/SC

Sumário: 1. Das discussões acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas. 2. Da análise da questão sob a ótica do Direito Administrativo: o termo de ajustamento de condutas enquanto contrato administrativo. 3. A evolução na teoria contratual no direito privado - a socialização dos contratos. 4. Os interesses públicos como elos entre a função social do contrato no Direito Civil e a supremacia do interesse público nos contratos administrativos. 5. Da função social do termo de ajustamento de condutas. 6. Conclusão – Síntese Dogmática.

1. Das discussões acerca da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas.

O termo de ajustamento de condutas, introduzido no ordenamento jurídico a partir do art. 211 do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi incorporado no texto da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) por intermédio do art. 113 do Código de Defesa do Consumidor, que incluiu o §6.º ao art. 5.º do referido diploma legal, criando a possibilidade de que os órgãos públicos legitimados à propositura da ação civil pública tomassem dos interessados um compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, e que tenha eficácia de título executivo extrajudicial, sanando em parte a grande discussão doutrinária existente a respeito da possibilidade de celebração de acordos envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

O termo ou compromisso de ajustamento de conduta surge dessa forma como o instrumento que os órgãos públicos legitimados para a propositura da ação civil pública dispõem para celebrar um acordo com o autor de um dano aos interesses tutelados por esta ação, visando à integral reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, através da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios que garantam eficácia para essa modalidade de autocomposição de um litígio envolvendo direitos e interesses metaindividuais.

Seu objeto, como pode se extrair da sua previsão legal, é necessariamente a adequação da conduta do agente que tenha causado ou venha a causar dano a qualquer um dos interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos tutelados por meio de ação civil pública às determinações legais, sendo condição de validade do ajustamento de condutas a integral reparação do dano causado ao bem lesado ou o completo afastamento do risco ao bem jurídico difuso¹.

Como era previsível, em se tratando do advento de um novo instrumento jurídico, a discussão doutrinária a respeito de sua natureza jurídica e de seus limites vem sendo intensa, especialmente por se tratar de um mecanismo destinado à tutela de interesses metaindividuais, área na qual os conflitos doutrinários e jurisprudenciais são mais ferrenhos, em razão da ausência de uma teoria geral própria para o processo coletivo.

Um dos tópicos sobre os quais a doutrina especializada debreu-se com mais afinco, e sobre o qual os debates foram e continuam sendo mais intensos, foi o da discussão a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas.

A controvérsia a respeito da natureza jurídica deste novo instituto ficou centrada na discussão a respeito da admissão do termo de ajustamento de condutas como uma transação, nos moldes propostos pelo art. 840 do Código Civil de 2002 e o respectivo art. 1.025 do Código Civil de 1916.

¹ Sobre o tema: "Aliás, é entendimento pacífico o que impõe como condição de validade do termo de ajustamento de conduta a necessidade de ele estar a abarcar a totalidade das medidas necessárias à reparação do bem lesado, ou o afastamento do risco ao bem jurídico de natureza difusa ou coletiva" IN: AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. São Paulo: RT, 2003. p. 69.

Sobre o tema, vários foram os autores que defenderam a possibilidade de reconhecimento ou não do termo de ajustamento de condutas como uma forma de transação regulamentada pelo art. 1.025 do Código Civil de 1916, enquanto outros muitos diziam justamente o contrário, fundamentando seus raciocínios no art. 1.035 do Código Civil de 1916 ou no art. 841 do Código Civil de 2002, os quais limitam a aplicação da transação a direitos patrimoniais de caráter privado e nos arts. 1.025 e 840 dos mesmos diplomas retro referidos, por entenderem não ser possível haver concessões pelos órgãos públicos legitimados, já que o interesse metaindividual é indisponível.

Pode-se afirmar, contudo, que o resultado deste intenso debate foi a convergência das duas principais correntes doutrinárias a uma terceira linha de raciocínio mediana que admite que o termo de ajustamento de condutas seja uma forma peculiar de transação, ou acordo, na qual não há concessões mútuas na obrigação essencial de reparação do *status quo ante* o evento danoso, ou a prevenção da ocorrência deste, havendo apenas concessões nos aspectos formais de cumprimento da obrigação principal, ou seja, no regramento do tempo e modo de cumprimento do elemento essencial do ajustamento de condutas.

É o que se extrai dos seguintes excertos doutrinários:

“Primeiro é preciso levar em conta que, a rigor, não se trata exatamente de uma transação, ou seja, de um acordo, no sentido de uma composição alcançada por “concessões mútuas” (CC, art. 840) [...]”

Na verdade o espaço transacional que pode sobejar não inclui a parte substantiva da obrigação cominada ou a que se obrigou o responsável pela lesão ao interesse metaindividual (v.g. a recuperação de área degradada, com o replantio de espécies nativas não é transacionável); já os aspectos formais, a saber, o tempo, o modo de cumprir o preceito possam sê-lo [...]”²

“Porém, se estamos tratando de interesses indisponíveis, pode causar perplexidade entabular compromissos se “só quanto a direitos patrimoniais de caráter privado se permite a transação”. Sabidamente os direitos do consumidor não são direitos patrimoniais, e as cláusulas pactuadas que impliquem renúncia ou disposição de direitos são nulas.

Contudo, é preciso afirmar que o objeto do ajustamento de conduta do fornecedor não são os direitos dos consumidores, esses verdadeiramente indisponíveis, mas as condições de modo, tempo e lugar do cumprimento das obrigações destinadas a reparar os danos causados. Essas obrigações possuem conteúdo patrimonial, uma vez que se destinam a reparar fatos de produtos ou serviços. E, ainda que não tenham conteúdo patrimonial imediato – por exemplo, danos morais –, a sua reparação será avaliada nestes termos.”³

O debate doutrinário a respeito da natureza dos termos de ajustamento de condutas evidencia a situação muito bem descrita pelo Promotor de Justiça de Santa Catarina, Paulo de Tarso Brandão, de absoluta incompatibilidade da utilização de institutos e conceitos jurídicos tradicionais, os quais não se harmonizam com os novos mecanismos destinados à tutela dos interesses e direitos metaindividuais:

“Os conceitos que têm influenciado a doutrina e a práxis no que se refere às Ações Constitucionais ainda são decorrentes de conceitos ultrapassados de Teoria do Estado e do Direito, que já não têm qualquer sentido no Estado Contemporâneo: a dicotomia entre Direito Público e Direito Privado; o mito da separação das funções no exercício do Poder do Estado; a teoria da ação do Processo Civil informando o estudo das Ações Constitucionais. De outro lado, mesmo quando há a percepção por parte da maioria dos doutrinadores no sentido de que se deva encontrar instrumentos efetivos para a tutela dos direitos adjetivados como “novos”, a proposta principal é a da necessidade de modificação do Processo Civil, sem que haja a percepção de que esse instrumento é incompatível com interesses de outra ordem que não os de natureza intersubjetiva. É exatamente por isso que tais doutrinadores ou operadores sempre afirmam a necessidade de criação de novos instrumentos processuais capazes de cumprir essa finalidade, mas, repita-se, pensam sempre esses novos instrumentos como um Processo Civil mais avançado.”⁴

Um aspecto a respeito dos termos de ajustamento de condutas, que foi pouco abordado pela doutrina especializada, é a sua natureza contratual e os efeitos decorrentes dessa constatação. Sem que esteja esgotado o

² MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p. 330-331.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini... [et. alli.]. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. p. 975.

⁴ BRANDÃO, Paulo de Tarso. Ações Constitucionais: Novos Direitos e Acesso à Justiça. Florianópolis: Habitus, 2001. p. 191.

debate a respeito da natureza jurídica do termo de ajustamento de condutas, essa nova abordagem visa analisar a forma pelo qual esse instituto se materializa no plano fático. Dentre os autores que discorreram sobre o tema destaca-se Daniel Roberto Fink:

“Nesse sentido, a maioria da doutrina que se ocupa dos estudos em direito ambiental tem afirmado que o compromisso de ajustamento de conduta configura transação conforme os moldes tradicionais do direito civil, importando, entretanto, em peculiaridades próprias.

[...]

Por outro lado, a transação, ainda que seja a rigor da forma de extinção de obrigações litigiosas, quando analisada sob o prisma do direito ambiental, impõe em geral um conjunto de obrigações negativas ou positivas, do qual se perfaz um verdadeiro contrato, implicando a obediência de todos os princípios e regras aplicáveis a esse. Capacidade das partes, objeto lícito e solenidade, como condições gerais de validade dos contratos, e bilateralidade, cláusulas penais, vícios nas declarações de vontade são princípios e regras plenamente aplicáveis. Apenas é preciso lembrar que o objeto contratual é o estabelecimento de obrigações com vistas à plena recuperação do meio ambiente, que, por sua vez, se constitui em interesse público indisponível. Essa lembrança serve de advertência, pois um instituto trazido do direito privado, como é a transação, deve amoldar-se aos princípios que norteiam a tutela do interesse público.”⁵

Nesse sentido, independentemente de ser o termo de ajustamento de condutas uma transação nos exatos moldes do art. 840 do Código Civil, ou não, o debate acerca do aperfeiçoamento do termo de ajustamento de conduta com vistas a lhe dar um grau de eficácia maior na tutela dos interesses metaindividuais deve levar em conta o fato de que ele corresponde a um contrato.

2. Da análise da questão sob a ótica do Direito Administrativo: o termo de ajustamento de condutas enquanto contrato administrativo

Como restou demonstrado com clareza por Daniel Roberto Fink, o termo de ajustamento de condutas, independentemente da solução que a doutrina abalizada apresente para e sua natureza jurídica, é materializado por intermédio de um contrato firmado por um ente público legitimado à propositura da ação civil pública (Ministério Público e os órgãos públicos legitimados⁶).

Não obstante a doutrina não descrever o termo de ajustamento conduta como um típico contrato administrativo, todas as características desta espécie de contratos são explicitadas por aqueles que se debruçam sobre o tema, especialmente no que diz respeito à incidência das cláusulas exorbitantes destes contratos nos termos de ajustamento de conduta, senão vejamos.

Celso Antônio Bandeira de Mello define o contrato administrativo como a relação jurídica formada entre as partes por um acordo de vontades, em que elas se obrigam reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas, as quais podem ser alteradas unilateralmente ou extintas pelo Poder Público:

“Tradicionalmente entende-se por contrato a relação jurídica formada por um acordo de vontades, em que as partes obrigam-se reciprocamente a prestações concebidas como contrapostas e de tal sorte que nenhum dos contratantes pode unilateralmente alterar ou extinguir o que resulta da avença. Daí o dizer-se que o contrato é uma forma de composição pacífica de interesses e que faz lei entre as partes.

[...]

Nem todas as relações jurídicas travadas entre Administração e terceiros resultam de atos unilaterais. Muitas delas procedem de acordo de vontade entre o Poder Público e terceiros. A estas últimas costuma-se denominar “contratos”.

Dentre eles distinguem-se, segundo a linguagem doutrinária corrente:

- a) contratos de Direito Privado da Administração da Administração;*
- b) “contratos administrativos”.*

⁵ FINK, Daniel Roberto. Alternativa à Ação Civil Pública Ambiental (reflexos sobre as vantagens do termo de ajustamento conduta). IN: MILARÉ, Edis. (coord.) Ação Civil Pública: Lei 7.347/85 – 15 anos. São Paulo: RT, 2001. p. 119

⁶ Não será abordado neste artigo o debate a respeito da utilização indevida pelo legislador do termo “órgãos públicos” para especificar os entes públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas, recomendando-se a leitura dos ensinamentos de Rodolfo Camargo de Mancuso a respeito do tema em sua obra Ação Civil Pública (MANCUSO, Rodolfo Camargo de. Ação Civil Pública: em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores (Lei 7.347/85 e legislação complementar). 9 ed. São Paulo: RT, 2004. p.323 e seguintes).

[...]

Ditos contratos diferem entre si quanto à disciplina do vínculo. Isto é: enquanto os contratos de Direito Privado travados pela Administração regulam-se em seu conteúdo pelas normas desta província do Direito – ressalvados os aspectos supra-referidos -, os “contratos administrativos” assujeitam-se às regras e princípios hauridos no Direito Público, admitida, tão só, a aplicação supletiva de normas privadas compatíveis com a índole pública do instituto. Tal disciplina marca-se sobretudo (embora não só) pela possibilidade de a Administração Pública instabilizar o vínculo, seja:

- a) alterando unilateralmente o que fora pactuado a respeito das obrigações do contratante;*
- b) extinguindo unilateralmente o vínculo.”⁷*

A mutabilidade unilateral, característica marcante do contrato administrativo, é explicitada com brilhantismo por Fernando Reverendo Vidal Akaoui, que, no entanto, não o classifica como contrato administrativo, limitando-se a conceituá-lo como ato administrativo (em sentido amplo), gênero do qual os contratos são espécies⁸, como já visto no item 2 supra (vide nota 8):

“Com efeito, o compromisso de ajustamento de conduta obtido pelo órgão público, seja ele qual for, não se torna imutável, não sendo correto tentar equipará-lo à sentença, que sofre os efeitos da coisa julgada.

Portanto, verificando-se a necessidade de reajustamento dos termos do compromisso anteriormente firmado, não deverá o órgão público relutar em tentar obter a composição com o interessado, e, não obtendo êxito neste intento, lançar mão das medidas judiciais cabíveis.”⁹

A classificação dos termos de ajustamento de conduta como contratos administrativos é mais evidente, quando se utiliza o conceito proposto por Marçal Justen Filho e partilhado por outros administrativistas, pelo qual o esses contratos são caracterizados pela presença de pelo menos uma das partes atuando no exercício da função administrativa:

“Prefere-se definir contrato administrativo como o acordo de vontades destinado a criar, modificar, ou extinguir direitos e obrigações, tal como facultado legislativamente e em que pelo menos uma das partes atua no exercício da função administrativa”¹⁰

Em se tratando de um contrato administrativo, o termo de ajustamento de condutas deve obediência aos princípios de direito público, aplicando-se subsidiariamente os princípios da teoria geral dos contratos e das disposições de direito privado, consoante a redação do art. 54 da Lei 8.666/93, aplicada aos termos de ajustamento de conduta por analogia:

Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

Como consequência da aplicação dos princípios de direito público aos termos de ajustamento de conduta constata-se que o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado – princípio basilar aos contratos administrativos – tem papel central na regência dos termos de ajustamento de conduta, como pode se observar a partir das lições de Jessé Torres Pereira Júnior acerca da aplicação deste princípio aos contratos administrativos:

⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 574-576.

⁸ Não obstante não haver indicação se o conceito usado pelo autor é de ato administrativo em sentido amplo, colhe-se que o conceito de ato administrativo em sentido estrito é inaplicável ao termo de ajustamento de conduta, pois não se trata de ato unilateral da Administração Pública, afeiçoando-se mais este instituto da tutela coletiva ao conceito de contrato administrativo. Sobre o tema colhem-se as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello após expor seu conceito de ato administrativo: “O conceito que acaba de se dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo. Abrange, pois, atos gerais e abstratos, como costumam ser os regulamentos, as instruções (e muitas resoluções), e atos convencionais, como os chamados contratos administrativos. O conceito que se acaba de dar corresponde a uma noção de ato administrativo em sentido amplo.[...] Ao lado deste conceito pode-se formular um conceito de ato administrativo em sentido estrito.[...] Em acepção estrita pode-se conceituar o ato administrativo como os mesmos termos utilizados, acrescentando-se as características da concreção e unilateralidade. Daí a seguinte noção: declaração unilateral do Estado no exercício das prerrogativas públicas, manifestada mediante comandos concretos complementares da lei (ou excepcionalmente, da própria Constituição, aí de modo plenamente vinculado) expedidos a título de lhe dar cumprimento e sujeitos a controle de legitimidade por órgãos jurisdicional.” IN: MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 18 ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 357-358.

⁹ AKAUI, Fernando Reverendo Vidal. Compromisso de Ajustamento de Conduta Ambiental. São Paulo: RT, 2003. p.99-100.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 277

“O que se deduz da presença da Administração Pública no contrato é que a ordem jurídica passa a garantir a prevalência do interesse público que a Administração encarna e ao qual o interesse privado, representado no pólo oposto da relação, deve sujeição, nos termos e limites da lei e do contrato.”¹¹

O reconhecimento de que o termo de ajustamento de condutas é um contrato administrativo, aplicando-se a ele os princípios inerentes a esta categoria contratual, possibilita uma evolução na exegese deste instrumento de tutela coletiva, especialmente no que diz respeito à análise de sua função social e do cumprimento desta, o que será o objeto central do presente estudo.

3. A evolução na teoria contratual no direito privado - a socialização dos contratos.

Para que se possa analisar a função social do termo de ajustamento de conduta, mostra-se imperioso realizar uma breve retrospectiva da evolução da teoria contratual no século XX, demonstrando a sua crise e a superação desta por meio da socialização do contrato, especialmente pela introdução da função social do contrato como um dos princípios fundamentais desse novo regime contratual.

A compreensão da atual realidade contratual demanda o retorno aos eventos que sucederam a Primeira Guerra Mundial, em especial aos processos de industrialização e de massificação das relações de consumo por intermédio dos contratos de adesão, os quais evidenciaram a crise da teoria contratual tradicional, em razão da constatação de que os princípios da autonomia da vontade privada e do *pacta sunt servanda* não mais espelhavam a nova realidade dos contratos, onde a manifestação da vontade era mais aparente do que real e o descompasso entre a o conteúdo do contrato e a realidade fática que ligava as partes era marcante, ao ponto de se apregoar o fim do contrato, como pontua Cláudia Lima Marques ao relatar esse momento da teoria contratual:

“Com a industrialização e massificação das relações, especialmente através da conclusão de contratos de adesão, ficou evidente que o conceito clássico de contrato não mais se adaptava à realidade socioeconômica do século XX.

Em muitos casos o acordo de vontades era mais aparente do que real; os contratos pré-redigidos tornaram-se a regra e deixavam claro o desnível entre os contratantes – um, autor efetivo das cláusulas; outro, simples aderente –, desmentindo a idéia de que, assegurando-se a liberdade contratual, estaríamos assegurando a justiça contratual.

[...]

A crise na teoria contratual era inconteste. Em 1937, Gaston Morin sabiamente preconizava a ‘revolta dos fatos contra os códigos’, o declínio e o fim da concepção clássica do contrato. Pois, apesar de asseguradas, no campo teórico do direito a liberdade e autonomia dos contratantes, no campo prático dos fatos, o desequilíbrio daí resultante, já era flagrante.”¹²

Ao contrário do apregoado por alguns, a crise não resultou na extinção dos contratos, mas sim na sua transformação e reformulação, no que pode se chamar de socialização da teoria contratual, a qual não foi um evento isolado no direito privado, mas sim parte integrante de uma tendência mais ampla, consistente na adequação do direito civil às mudanças sociais e econômicas do mundo pós-guerra¹³.

Afirma-se que a doutrina civilista, inspirada por uma série de movimentos tendentes à socialização do direito, tais como a “jurisprudência de interesses” baseada nas idéias de Jhering, a doutrina social da Igreja Católica exposta em suas encíclicas e as doutrinas socialistas, passou por um considerável processo de socialização, inicialmente por intermédio da positivação de temas como a responsabilidade civil por danos, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico, a proteção da confiança nas relações contratuais, as restrições sociais ao direito de propriedade,

¹¹ PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres. Comentário à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 554.

¹² MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 163.

¹³ Vide GRINOVER, Ada Pellegrini. Et. Al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 503.

dentre outras, inicialmente no Código Civil Italiano de 1942 e posteriormente em muitos outros instrumentos normativos¹⁴.

Os reflexos dessas transformações do direito civil são facilmente detectáveis na teoria contratual, que passou a levar em consideração não apenas o momento de manifestação da vontade pelas partes, mas especialmente os efeitos do contrato na sociedade e as condições econômicas das pessoas envolvidas no contrato, dotando-o de uma nova função – a função social – ou seja, a busca e realização da justiça e do equilíbrio contratual:

“O direito dos contratos, em face das novas realidades econômicas, políticas e sociais, teve de se adaptar e ganhar uma nova função, qual seja a de procurar a realização da justiça e do equilíbrio contratual.

...É o que o novo Código Civil denomina “função social do contrato”, novo limite ao exercício da autonomia privada.”¹⁵

Com a atribuição dessa nova função ao contrato, designada de “função social do contrato”¹⁶, opera-se a denominada socialização da teoria contratual, onde o papel da vontade na auto-regulamentação das relações privadas encontra-se limitado por normas imperativas pautadas pelo interesse social, conforme leciona de forma precisa Cláudia Lima Marques:

“A nova concepção do contrato é uma concepção social deste instrumento jurídico, para a qual não só o momento da manifestação da vontade (consenso) importa, mas onde também e principalmente os efeitos do contrato na sociedade serão levados em conta e onde a condição das pessoas nele envolvidas ganha em importância.[...]”

A procura do equilíbrio contratual, na sociedade de consumo moderna, o direito destacará o papel da lei como limitadora e como verdadeira legitimadora da autonomia da vontade. A lei passará a proteger interesses sociais, valorizando a confiança depositada no vínculo, as expectativas da boa-fé da partes contratantes.

Conceitos tradicionais como os do negócio jurídico e da autonomia da vontade prevalecerão, mas o espaço reservado para que os particulares auto-regulem suas relações será reduzido por normas imperativas, como as do próprio Código de Defesa do Consumidor. É uma nova concepção de contrato no Estado social, em que a vontade perde a condição de elemento nuclear, surgindo em seu lugar um elemento estranho às partes, mas básico para a sociedade como um todo: o interesse social.”¹⁷

Destaca-se que a socialização da teoria do contrato e o cumprimento de sua função social se concretizam pelo intervencionismo estatal nas relações contratuais, fenômeno esse denominado dirigismo contratual, onde o Estado, por meio de normas cogentes, passa a interferir de forma direta na liberdade contratual, sem, contudo, extinguir a autonomia da vontade privada, como expõe Nelson Nery Junior:

¹⁴ “Desde fins do século XIX, o direito não ignorava o aparecimento das doutrinas socialistas, exigindo normas de tutela específica da classe operária e de suas relações com o empresariado.[...] A Igreja Católica propõe, em suas encíclicas, uma doutrina social a mudança de uma moral individual para uma ética social, combatendo tanto as idéias marxistas quanto as do liberalismo selvagem, pois considera que a razão do Estado é velar pelo bem comum, devendo, portanto amparar os direitos dos cidadãos, especialmente os mais fracos. [...]”

As idéias de Jhering foram o ponto de partida da “jurisprudência de interesses” do início do nosso século e tiveram uma atuação libertadora para os juízes ao interpretar as leis e preencher as lacunas, pois poderiam eles aplicar os juízos de valores contidos na lei sem descuidar do caso concreto em julgamento. Porém, infelizmente, a “função social do direito privado” preconizada por Jhering permaneceu nas páginas dos livros e revistas doutrinárias, não chegando a sensibilizar o legislador de direito civil. Temas como a responsabilidade por dano, o abuso de direito, a teoria da base do negócio jurídico (Geschäftsgrundlage), a onerosidade excessiva, as restrições sociais ao direito de propriedade, a proteção da confiança nas relações contratuais, as cláusulas abusivas nos contratos de adesão, só encontrariam alguma disciplina legal após a Segunda Guerra ou no pioneiro Código Civil italiano de 1942.” IN: MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 164/165.

¹⁵ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 167.

¹⁶ O conceito de Cláudia Lima Marques é compartilhado por Mariana Ribeiro Santiago, em sua obra “O Princípio da Função Social do Contrato”, onde após analisar uma série de conceitos de “função social do contrato” elaborados por Antonio Junqueira de Azevedo, Gino Gorla, Orlando Gomes, Álvaro Villaça, Adriano Lichtenberger Parra, Rogério Ferraz Donnini, Carlos Alberto Gherzi, Luiz Roldão de Freitas Gomes e Humberto Theodoro Júnior, afirma que “Atualmente, na definição de função social do contrato, a totalidade dos autores por nós pesquisado ressalta o caráter condicionador de tal princípio, que submete o interesse privado ao interesse público, limitando, assim, a autonomia privada.” IN: SANTIAGO, Mariana Ribeiro. O Princípio da Função Social do Contrato. Curitiba: Juruá Editora, 2005. p. 77/80.

¹⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 210/211.

“Com o advento da Primeira Guerra Mundial, a situação sociopolítica das sociedades européias até então estáveis se modificou, de sorte que a realidade impôs a adoção de regras que atendessem às necessidades oriundas da guerra, bem como conduzissem a sociedade pós-guerra de volta às tão esperadas estabilidade e paz social. E é nesses períodos de grande comoção econômica, aliada às vicissitudes políticas e sociais, que surge o fenômeno do dirigismo contratual, como uma espécie de elemento mitigador da autonomia privada, fazendo presente a influência do Direito Público no Direito Privado pela interferência estatal na liberdade de contratar”¹⁸.

A socialização da teoria contratual em nosso ordenamento jurídico deu-se de forma tardia, mas marcante, inicialmente por intermédio do papel revolucionário do Código de Defesa do Consumidor, que introduziu no ordenamento princípios como o da boa-fé objetiva, seguindo pela evolução jurisprudencial da teoria contratual que foi buscar inspiração no Código de Defesa do Consumidor, alargando o seu espectro de atuação em muitos casos e mesmo aplicando seus princípios em contratos que não caracterizavam relações de consumo e posteriormente com a edição do Novo Código Civil, que, dentre muitas outras inovações, positivou o princípio da função social do contrato no ordenamento pátrio.

4. Os interesses públicos como elos entre a função social do contrato no Direito Civil e a primazia do interesse público no Direito Administrativo

Observa-se que o ponto fulcral da socialização da teoria contratual no direito civil é a limitação da esfera de auto-regulamentação das partes por meio da introdução do princípio da função social na teoria contratual, o que, em última análise, acarreta a submissão do princípio da autonomia da vontade privada aos interesses sociais vigentes¹⁹.

O princípio da função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil é, conforme afirma Celso Antonio Bandeira de Mello, mais uma manifestação concreta do princípio basilar do direito administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, o qual rege não apenas a disciplina contratual dos termos de ajustamento de conduta, mas o agir dos órgãos públicos legitimados a celebração destes compromissos e a própria convivência em sociedade, como pode se verificar pelos ensinamentos do mestre administrativista:

“O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado é princípio geral de Direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência. Assim, não se radica em dispositivo específico algum da Constituição, ainda que em inúmeros aludam ou impliquem manifestações concretas dele, como, por exemplo, os princípios da função social da propriedade, da defesa do consumidor, do meio ambiente (art. 170, III, V e VI), ou tantos outros.”²⁰

A aplicação do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado no âmbito dos contratos administrativos é fonte de algumas das características que justamente os distinguem dos demais contratos, especialmente pela possibilidade da Administração Pública instabilizar o vínculo contratual unilateralmente na busca da concretude do interesse público.

Constata-se assim que apesar de se tratarem de princípios aplicáveis a ramos distintos do direito, o princípio da função social do contrato e o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado tem a mesma finalidade primordial, qual seja, a de garantir a convivência harmônica em sociedade, limitando o âmbito de vigência dos interesses privados e determinando a harmonização destes com o interesse público.

Ambos os princípios, como visto, encontram-se ligados pelo papel preponderante do interesse público sobre os interesses privados, sendo necessário para que se compreenda a função social do termo de ajustamento de conduta delimitar os contornos jurídicos do interesse público mencionado nestes princípios.

A discussão a respeito da conceituação do interesse público é vasta na doutrina especializada, havendo aqueles que como Celso Antonio Bandeira de Mello definem-no como sendo o “interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da

¹⁸, Ada Pellegrini. Et. Al. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor. Comentado pelos autores do anteprojeto. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004. p. 500.

¹⁹Interesses sociais oriundos dos valores plasmados em nosso ordenamento jurídico, como bem expõe Rafael Chagas Mancebo: “Os valores que fundamentam todo o ordenamento jurídico informam a função social do contrato e por meio desta incidem o regime contratual privado, sendo esta a razão em dizer que os fundamentos do art. 421 do Novo Código Civil encontram-se além da lógica contratual, em verdade naqueles valores sociais – justiça e ordem, certeza e segurança – que fundamentam expressões como fim social e o bem comum, justiça e justiça social, que se tornam razões de existência para o ordenamento jurídico.” IN: MANCEBO, Rafael Chagas. A função social do contrato. São Paulo: Quartier Latin, 2005. p. 25.

²⁰BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo, 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 87.

sociedade e pelos simples fato de o serem”²¹, enquanto outros como Marçal Justen Filho abordam-no sob a ótica de um critério mais amplo, qual seja, o da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais como fundamento do interesse público.

A exposição de Marçal Justen Filho a respeito do conceito de interesse público mostra-se importante para a compreensão do tema.

O administrativista inicialmente demonstra que a supremacia de interesse público sobre o privado encontra-se fundada em um conceito indeterminado que é o de interesse público, sendo tarefa complexa a delimitação de seus contornos, mas extremamente necessária em razão da possibilidade de arbítrios e ofensas ao regime democrático caso isso não seja feito²².

Justen Filho prossegue, buscando dar contornos mais precisos ao interesse público, inicialmente distinguindo os interesses do Estado do interesse público²³ e, na sequência, refutando as soluções propostas pela doutrina para identificação do conteúdo do interesse público, especialmente em virtude de seu cunho antidemocrático²⁴.

O raciocínio desenvolvido por Marçal Justen Filho constata, amparado nas críticas tecidas à teoria do interesse público, que não há apenas um interesse público, mas que em nossa sociedade complexa existem inúmeros interesses públicos todos merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis, tornando-se imperiosa a identificação do atributo peculiar que diferencia esses interesses dos demais:

“Uma crítica insuperável reside em que a teoria do interesse público pressupõe a existência de um interesse público único, o que representa desnaturação da realidade social e jurídica. Quando se afirma que os conflitos de interesse se resolvem por via da prevalência “do” interesse público, produz-se uma simplificação que impede a perfeita compreensão da realidade.

[...]

Ou seja, as situações concretas demonstram a existência de diversos interesses públicos, inclusive em conflito entre si. Logo, a decisão a ser adotada não poderá ser fundada na pura e simples invocação do “interesse público”. Estarão em conflito diversos interesses públicos, todos em tese merecedores da qualificação de supremos e indisponíveis.”²⁵

Marçal Justen Filho propõe então, de forma brilhante e importante para a compreensão do problema proposto de análise da função social do termo de ajustamento de condutas, que a delimitação dos contornos dos interesses públicos se dê não apenas em razão de questões técnicas ou econômicas, mas, sobretudo a partir de uma questão ética, qual seja, a indisponibilidade de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana, valores esses que quando ligados a determinado interesse cuja tutela se torne indisponível, qualificam-no como sendo um interesse público:

“Nesse ponto, é necessária uma radical modificação no panorama jurídico. A disputa sobre o direito administrativo não é uma questão técnica. A incidência de um regime jurídico diferenciado deriva não de razões puramente técnicas, mas de imposições éticas. É necessário investigar a natureza dos valores e das necessidades envolvidas. A distinção entre público e privado se assenta não numa questão puramente econômica ou técnica. O núcleo da distinção apresenta natureza ética. Há demandas diretamente relacionadas à realização de princípios e valores fundamentais, especialmente o da dignidade da pessoa humana. Ou seja, um interesse deixa de ser privado quando sua satisfação não possa ser objeto de alguma transigência. Recolocando o problema em outros termos, um interesse é público por ser indisponível e não o inverso. ... O interesse é reconhecido como público porque é

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. 18ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 53.

²² JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 35/36.

²³ “O primeiro equívoco é confundir interesse público e interesse estatal, o que gera um raciocínio circular: o interesse é público porque atribuído ao Estado, e é atribuído ao Estado por ser público. Como decorrência, todo interesse público seria estatal, e todo interesse estatal seria público. Essa concepção é incompatível com a Constituição, e a maior evidência reside na existência de interesses públicos não estatais (o que envolve, em especial, o chamado terceiro setor, composto pelas organizações não governamentais.” IN: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 37.

²⁴ As soluções propostas pela doutrina de um modo geral e os argumentos de negação dessa teses expostas por Marçal Justen Filho são, sinteticamente: a) a identificação do interesse público com o interesse privado comum a todos os cidadãos, a qual é contestada sob o argumento de que o interesse público abarca interesses que muitas vezes não são interesses da maioria da população e que ainda assim em um Estado Democrático de Direito devem ser tutelados; b) o reconhecimento do interesse público como sendo um interesse privado não egoístico com alguma homogenização coletiva, que é refutado em razão dos mesmos argumentos expostos na solução “a” e c) a afirmação de que o interesse público seja o interesse da “sociedade”, entendida como o mero somatório dos indivíduos, o que também é rechaçado por sua natureza antidemocrática. IN: JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 39/41.

²⁵ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 42.

indisponível, porque não pode ser colocado em risco, porque sua natureza exige que seja realizado.

Não se admite subordinar as necessidades indisponíveis à disciplina jurídica própria dos interesses individuais disponíveis. A ausência de satisfação daquelas necessidades configura infração a valores fundamentais consagrados pelo ordenamento jurídico.

Tudo evidencia que a questão não reside num "interesse público", de conteúdo obscuro. O ponto fundamental é a questão ética, a configuração de um direito fundamental. Ou seja, o núcleo do direito administrativo não reside no interesse público, mas nos direitos fundamentais."²⁶

Desse modo, para o autor, a delimitação dos contornos dos interesses públicos deve se dar a partir da supremacia e indisponibilidade dos direitos fundamentais, os quais são critérios anteriores à própria supremacia dos interesses públicos sobre os privados.

Em suma, o que legitima a atuação da Administração Pública de um modo geral, bem como seus contratos administrativos, dentre os quais os termos de ajustamento de condutas, e o que torna os contratos firmados entre particulares válidos dentro da atual teoria contratual socializada por meio da inclusão do princípio da função social do contrato é o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico.

Da mesma forma, o respeito aos direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico passa a ser também o elo entre os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e do princípio da função social do contrato.

Desse modo, a análise da função social dos termos de ajustamento de conduta deve se dar com base na sua harmonia com os direitos fundamentais previstos em nosso texto constitucional.

5. Da função social do termo de ajustamento de conduta

A função social dos termos de ajustamento de conduta, consoante o raciocínio desenvolvido acima, se dá por intermédio da constatação de que esses instrumentos contratuais administrativos estejam efetivamente tutelando os direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, destinadas a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos.

A tarefa de comprovação do cumprimento da função social dos termos de ajustamento de condutas em razão da vagueza dos termos usados para defini-la é extremamente complexa, o que pode causar um elevado grau de insegurança nos operadores jurídicos.

A insegurança retro mencionada, contudo, deve ser compreendida no âmbito de uma manifestação sociológica mais ampla do que a própria socialização da teoria contratual acima descrita brevemente, intitulada crise da pós-modernidade, a qual atinge a sociedade de forma acentuada e que demanda do direito modificações no seu estilo de pensamento de modo a fornecer respostas aos anseios cada vez mais complexos e mutáveis da sociedade²⁷.

A crise pós-moderna faz com que a ciência do direito tenha que desenvolver um modo de raciocínio cada vez mais tópico, caracterizado pela criação de figuras jurídicas, conceitos e princípios abertos, destinados a assumir significação em função do problema a ser resolvido no caso concreto²⁸.

As alterações impostas à ciência do direito pela crise pós-moderna mostram-se evidentes em ramos do direito que abarcaram a tutela de direitos e interesses de terceira geração, utilizando aqui a nomenclatura de Norberto Bobbio, tais como o direito do consumidor e do meio ambiente, especialmente no que diz respeito à principiologia própria destes ramos jurídicos, os quais como se sabe são dotados de um razoável grau de indeterminação manifestada em princípios como o da prevenção/precaução, do poluidor-pagador, da função socioambiental da propriedade, da boa-fé objetiva, da função social do contrato, dentre outros.

Sendo justamente nessas searas onde a utilização dos termos de ajustamento de condutas é mais freqüente, a análise da função social deste instituto da tutela coletiva passa a ser uma atividade típica do direito pós-moderno, pois a constatação do cumprimento da função social do termo de ajustamento de conduta dar-se-á sempre caso a caso, mediante a comprovação de que o direito fundamental subjacente à própria pactuação do contrato administrativo foi tutelado de forma efetiva no caso concreto.

Assim, o termo de ajustamento de condutas irá cumprir sua função social apenas quando efetivamente promover a integral reparação do *status quo ante* o evento danoso a um direito fundamental, ou prevenir a ocorrência

²⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 43/44.

²⁷ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 168.

²⁸ MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. O novo regime das relações de consumo. 5ª ed. São Paulo: RT, 2005. p. 213/214.

desta lesão, tutelando de forma eficaz o direito fundamental inserido no instrumento contratual, o que significa dizer que o termo de ajustamento de conduta só atingirá sua função social quando puder alterar a realidade fática e efetivamente sanar a lesão ao direito fundamental que se presta a tutelar.

Um termo de ajustamento que se limitar a sanar “formalmente” uma lesão a um direito fundamental, apenas no plano contratual, sem a constatação de sua eficácia, não terá cumprido sua função social.

Impõe-se assim, com a finalidade de garantir o cumprimento de sua função social, que os órgãos públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas implementem mecanismos mais rigorosos de controle de sua eficácia bem como do cumprimento obrigações pactuadas nos termos de ajustamento, especialmente por intermédio da introdução de controles estatísticos administrativos, tais como os previstos no Ato nº. 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003²⁹.

No mesmo sentido é necessário que sejam também incorporados mecanismos de garantia de execução das obrigações firmadas nos termos de ajustamento de conduta, por intermédio da aplicação de técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento, como método de obtenção de um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais³⁰, permitindo desse modo que a sua função social seja cumprida.

6. Conclusão

Conclui-se, portanto, que:

1. O princípio da função social do contrato prevista no art. 421 do Código Civil é mais uma manifestação concreta do princípio basilar do direito administrativo – o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado –, o qual rege não apenas a disciplina contratual dos termos de ajustamento de conduta, mas o agir dos órgãos públicos legitimados a celebração destes compromissos e a própria convivência em sociedade.

2. Os termos de ajustamento de conduta atingem sua função social quando se constata que esses instrumentos contratuais administrativos estejam efetivamente tutelando os direitos fundamentais de nosso ordenamento jurídico por intermédio da imposição de obrigações de fazer, não fazer ou de dar coisa certa, mediante aplicação de preceitos cominatórios, destinadas a garantir a reparação ou a prevenção de lesões a esses direitos.

3. Impõe-se assim, com a finalidade de garantir o cumprimento de sua função social, que os órgãos públicos legitimados a celebrar termos de ajustamento de condutas implementem mecanismos mais rigorosos de controle da eficácia dos termos de ajustamento de das obrigações pactuadas nos termos de ajustamento, especialmente por intermédio da introdução de controles estatísticos administrativos, tais como os previstos no Ato nº. 03/03 CGMP/SP, de 17 de dezembro de 2003, além da incorporação de mecanismos de garantia de execução das obrigações firmadas nos termos de ajustamento de conduta, por intermédio da aplicação de técnicas de garantia e avaliação de risco contratual que já vêm sendo aplicadas pela Administração Pública, especialmente pelos bancos de desenvolvimento, como método de obtenção de um grau de eficácia maior deste instrumento de tutela dos interesses metaindividuais.

²⁹ Este ato da Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado de São Paulo exige que os promotores de justiça prestem informações prestem informações a respeito do número de termos de compromisso de ajustamento de conduta: a) firmados no período; b) em verificação; c) cumpridos e d) das execuções judiciais em andamento, o que não é verificado em outros Ministérios Públicos, que se limitam a colher dados a respeito do número de termos de ajustamento de condutas firmado, não havendo controle formal de sua efetividade.

³⁰ Conforme exposto na tese “Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas” aprovada no XVI Congresso Nacional do Ministério Público em Belo Horizonte no ano de 2005 IN: ZUFFO, Max. Propostas para Incremento na Eficácia dos Termos de Ajustamento de Condutas. ATUAÇÃO – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense. Florianópolis, v. 3, n. 7. set/dez. 2005. p. 29-53. O texto encontra-se também a disposição em http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista07internet.pdf.

A EXIGÊNCIA DO CONTRADITÓRIO CONTIDA NO ART. 23, §1º, DO ANTEPROJETO DE CÓDIGO BRASILEIRO DE PROCESSOS COLETIVOS E A NATUREZA JURÍDICA DO INQUÉRITO CIVIL

Fabiula de Paula Secchin

Promotora de Justiça/ES

SÍNTESE DOGMÁTICA: a imposição da existência de contraditório para a eficácia probante das peças informativas do inquérito civil contida no art. 23, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, afronta a natureza jurídica do instituto, impondo exigência não abraçada pela Constituição, pelas leis de regência das atividades do *Parquet* e pela doutrina e jurisprudência majoritárias, devendo ser excluída.

1. Objeto de análise

O art. 23, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos, idealizado, substancialmente, por Ada Pellegrini Grinover, estabelece que “A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção.” Como se pode observar, o dispositivo impõe a existência de contraditório no inquérito civil para que ele possua eficácia probante, ainda que diferido. Tal regra, se transmutada em lei, como se procurará demonstrar, trará inúmeros prejuízos à efetividade da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses supraindividuais, motivo pelo qual sugere-se a sua exclusão.

Com efeito, o dispositivo, tal qual está redigido, externa a posição da doutrina e jurisprudência minoritários em nosso país, exige um contraditório a abraçar todos os elementos contidos no Inquérito Civil, como forma de fixar inexoravelmente sua validade jurídica, sem considerar todo o arcabouço normativo construído no sistema de tratamento da prova no processo, distanciando-se do escopo do procedimento investigativo e tendo o potencial efetivo de trazer nefastas consequências à tutela coletiva deduzida através do Ministério Público.

Busca-se com o presente trabalho, destarte, demonstrar, ou, melhor, reafirmar as características do inquérito civil, situando-o no campo probatório e demonstrando a impropriedade do pensamento externado na regra ora questionada, e as possíveis consequências de sua adoção pelo sistema processual pátrio.

2. Natureza jurídica e inexigibilidade de contraditório

A Constituição de 1988, em seu artigo 129, estabelece, dentre as funções institucionais do Ministério Público, a promoção do inquérito civil e da ação civil pública, com a finalidade explícita de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. O comando constitucional é complementado pelo disposto na Lei nº 7.347/85, que prevê a legitimidade ativa do MP para proteger todo e qualquer interesse difuso ou coletivo (art. 5º, IV). Legítimo, portanto, ao Ministério Público, socorrer-se da via do inquérito civil quando haja necessidade de investigação e colheita de provas necessárias a demonstrar a justa causa da eventual demanda judicial na proteção dos interesses tutelados pelo órgão.

Antes de ser alçado à previsão no corpo da Constituição (art. 129, III), o inquérito civil foi incluído em nosso ordenamento pelo art. 8º, §1º, da Lei nº 7.347/85. Encontra-se previsão do instrumento também nos artigos 90 da Lei 8.078/90 (CDC), 6º da Lei 7.853/89 (proteção às pessoas portadoras de deficiência), 201, V, da Lei 8.069/90 (ECA), na Lei 8.625/93 (LONMP) e nas diversas leis orgânicas do Ministério Público da união e dos estados. De modo a uniformizar o procedimento do inquérito civil, já que a LACP não se deteve em sua disciplina, tramita no Conselho Nacional do MP proposta de resolução com esse fim.

O art. 1º da proposta de resolução do Conselho Nacional do MP define o inquérito civil como “procedimento administrativo de natureza inquisitorial, unilateral e facultativa”.

Extraí-se da previsão constitucional, legal, doutrinária e jurisprudencial dominante que o inquérito civil, à semelhança do que ocorre com o inquérito policial, é procedimento meramente informativo, destinado a formar a *opinio actio* do ministério público através da coleta de provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva.

Desse conceito quase unânime na doutrina¹ e jurisprudência², pode-se verificar sua natureza jurídica e as características que o informam: é procedimento administrativo inquisitorial preparatório para o exercício das atribuições inerentes ao Ministério Público, oficial, informal e facultativo, destinado a viabilizar o manejo responsável da ação civil pública, evitando a instauração de lides temerárias.

É instrumento de investigação essencial à atuação do Ministério Público na defesa dos direitos e interesses metaindividuais, ou outros objeto de tutela pelo órgão ministerial, e está consignado expressamente no corpo da Constituição (art. 129, III), sem qualquer previsão de garantia de contraditório, prerrogativa estranha a procedimentos inquisitivos.

O inquérito civil é mero procedimento investigativo, não tendo a natureza de processo e, desta feita, não se enquadrando no previsto no art. 5º, LV, da CF. Por conseguinte, não há que se falar em litigantes ou acusados. Sendo peça de investigação administrativa destinada à formação da convicção do órgão quanto ao ajuizamento da ação civil pública, não tem por objeto a aplicação de sanções ou penalidades. Isso resta claro diante dos dois desfechos possíveis ao inquérito civil, quais sejam, seu arquivamento ou a propositura de ação coletiva. Sendo assim, não traz, por si só, reflexos à esfera jurídica do investigado. E onde não há decisões que interfiram na esfera jurídica das pessoas, onde não se limitam, restringem ou cassam direitos, é tolerada a ausência de contraditório.

Como bem explicitou Ronaldo Pinheiro de Queiroz³, o inquérito civil não extingue, modifica ou cria direito, apenas auxilia a *opinio juris* do procurador ou promotor, formando provas e não tendo o escopo de aplicar qualquer sanção ao investigado, nele não se decidindo interesses. Não é um fim em si mesmo, mas instrumento de atuação e colheita de provas, não sendo condição de procedibilidade para o ajuizamento de ações e outras medidas.

Assim, a instauração de inquérito civil não resulta necessariamente no ajuizamento de ação. Convencendo-se o *Parquet* de que não há ofensa a direito, inexistirá litígio, pois não ocorreu pretensão resistida. Dessa forma, diante de sua natureza essencialmente investigatória, não contém nenhuma acusação, razão pela qual também não comporta defesa.

Ensina Hugo Nigro Mazzilli⁴ que processo administrativo é considerado um conjunto ordenado de atos para a obtenção de uma decisão sobre uma controvérsia no âmbito administrativo. No âmbito do inquérito civil não se decidem controvérsias, como ocorre num processo administrativo como o disciplinar, tributário ou fiscal. Ele destina-se apenas a fornecer base à decisão de propor ou não a demanda judicial de um único dos co-legitimados (o Ministério Público), sendo tal deliberação *interna corporis*, que só tem conseqüências no âmbito da instituição e não condiciona os demais legitimados, o que torna patente o seu caráter de mero procedimento.

O contraditório é princípio constitucional garantido aos processos judiciais, de forma que será observado após a propositura da ação que teve por base o inquérito civil. Desse modo, torna-se desnecessária a observância ao princípio na fase do inquérito civil, pois diversamente ter-se-ia a obrigatoriedade de duplo contraditório.

Ora, se o inquérito civil busca apenas informações a respeito da necessidade de ajuizamento do processo, em que será observado o contraditório, desnecessário o contraditório na fase inquisitiva, que caracterizaria uma inquestionável contradição.

É, pois, inegável a natureza de mero procedimento administrativo do inquérito civil, questão já exaustivamente debatida e decidida por nossos tribunais, natureza essa incompatível com o exercício impositivo do contraditório e da ampla defesa, garantia atribuída aos processos administrativos e judiciais, nos quais há litigantes.

O dispositivo contido no art. 23, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos coletivos, estabelece que “A eficácia probante das peças informativas do inquérito civil dependerá da observância do contraditório, ainda que diferido para momento posterior ao da sua produção”. Se aprovado, condicionará a validade probatória das provas colhidas no inquérito ao crivo do contraditório, trazendo inúmeras dificuldades e entraves à atuação do *Parquet* e, conseqüentemente, à eficaz tutela dos interesses por ele defendidos.

Muito embora seja salutar a abertura democrática dos procedimentos administrativos a critério de seu presidente, no caso o órgão do Ministério Público, tentar impor o contraditório nos autos do inquérito civil, sem amparo constitucional, visto que a Carta Cidadã não prevê seu exercício, importa em mitigação das prerrogativas do Ministério Público na condução da investigação.

O dispositivo dificultará sobremaneira o exercício do inquérito civil, já que comumente as Promotorias de Justiça não contam com serviços cartorários, nem há previsão de atos judiciais nos autos do inquérito,

¹ Nesse sentido: Hugo Nigro Mazzili, Motauci Ciocchetti de Souza, Nelson Nery Junior, Galeno Lacerda, Rodolfo de Camargo Mancuso, Edis Milare, Paulo Afonso Leme Machado, José Rogério Cruz e Tucci, dentre outros.

² Nesse sentido: Resp 476660/MG, Resp 644994; MG, além de incontáveis decisões dos tribunais inferiores.

³ In ‘A eficácia probatória do Inquérito Civil no processo judicial’. Revista de Processo, 2007, p. 192.

⁴ In ‘O Inquérito Civil’. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 56-57.

procedimento incompatível com sua natureza, o que implica em ultraje à celeridade do procedimento investigatório, que poderá levar tempo demasiado para ser concluído, vulnerando a proteção dos interesses metaindividuais pelo seu mais ativo operador: o Ministério Público.

Sendo procedimento administrativo de natureza inquisitiva e dispensável, a informalidade do inquérito civil opõe-se ao rigorismo processual, cuja sequência de atos é prevista em lei e forma um rito procedimental determinado. Por consequência, os vícios eventuais existentes no inquérito civil não ensejam a nulidade da ação coletiva proposta, tal qual ocorre no inquérito policial.

A formalidade no inquérito civil, portanto, é restrita, visto que a formalidade típica dos atos judiciais não se compatibiliza com a esperada e necessária agilidade do instrumento investigatório. Segundo Hamilton Alonso Jr.⁵, “seria um risco à efetiva defesa do interesse social impor regras ao inquérito que impedissem a rápida propositura de determinada demanda, quando se sabe em perigo valores que reclamam celeridade por parte do Ministério Público”. Para o autor, ainda, o inquérito civil “caracteriza-se como procedimento investigatório informal no qual não se exige contraditório, sendo a formalidade, a burocracia e a lentidão incompatíveis com instrumento destinado a formar o convencimento do órgão ministerial”.

Se fosse o presidente do inquérito civil obrigado a observar o contraditório em seu trâmite, deparar-se-ia com questões altamente prejudiciais ao seu célere andamento. Como acertadamente questiona Gregório Assagra de Almeida⁶, havendo indeferimento de perguntas no inquérito, caberia recurso? Para quem? Imagine-se a notificação de um sócio de uma empresa que se oculta ou de outro responsável por dano ambiental que não é localizado: será necessária a notificação por hora certa ou edital? O inquérito civil jamais seria concluído, ressalta o autor e, mesmo que fosse encerrado, o que impediria a repetição das provas na via judicial?

Ademais, diversos expedientes postergatórios poderiam ser praticados pelo investigado, com a requisição de perícias desnecessárias, pedidos de adiamento de audiências de oitiva de testemunhas e outras medidas, tudo na fase pré-processual, enquanto a eventual lesão a interesses relevantes se prolonga no tempo, estando o *Parquet* à mercê da má-fé do investigado. Mesmo que tal não ocorresse, o processo com as formalidades necessárias ao exercício do contraditório, por si só, atrasaria sobremaneira as investigações e acabaria por inviabilizar o manejo da ação civil pública. Emperramento e comprometimento das investigações, eis os efeitos prováveis do exercício do contraditório na fase extrajudicial.

Não se pode perder de vista a moderna tendência que vem informando o processo, que é a busca por sua efetividade. Desde o festejado Projeto Florença, iniciado por Mauro Cappelletti e inserido no Brasil a partir dos estudos de Cândido Rangel Dinamarco, vem se buscando destruir os óbices ao acesso à jurisdição. Numa sociedade de massa, é preciso ampliar o acesso à justiça, sob pena de perder a jurisdição seu poder e sua missão de pacificar conflitos sociais, o que só pode ocorrer a partir da entrega de uma prestação jurisdicional efetiva e rápida. Para vencer esse óbice é instrumento essencial o acesso coletivo à jurisdição, trazido pelas ações coletivas previstas em diversas leis. É urgente dar uma resposta efetiva às violações de interesses metaindividuais, e para tal o acesso coletivo à jurisdição é o único caminho.

O inquérito civil é um instrumento relevante para a garantia da efetiva e célere prestação jurisdicional, e seu entrave trará prejuízos incontáveis à tutela dos interesses massificados, vindo na contramão da moderna tendência processual. De fato, não adianta a lei criar instrumentos processuais para o exercício da tutela coletiva se não facilitar a investigação e a produção probatória, imprescindíveis ao exercício do direito em juízo.

Como lembrou Édís Milaré⁷, “o inquérito civil é um dos principais responsáveis pela revolução que o Ministério Público tem tido em sua forma de atuação, pois que, por seu intermédio, pode preparar-se mais adequadamente para a propositura das ações públicas a seu cargo”. Tal revolução se deu em benefício dos interesses tutelados pelo órgão ministerial, em sua maioria públicos, indisponíveis, cujos resultados das ações se revertem à sociedade como um todo.

Por outro lado, o inquérito civil, apesar de essencial à propositura da ação, é instrumento dispensável, possuindo caráter facultativo. Embora seja instrumento exclusivo do Ministério Público, os demais legitimados podem realizar investigações, não gozando dos poderes inerentes ao instrumento mencionado, nem estando sujeitos aos deveres respectivos. Nessas investigações, não há a obrigatoriedade de observância do princípio do contraditório. Assim, tratamento diverso dispensado ao Ministério Público, que seria submetido a observância do contraditório, acabaria por consistir em penalização ao legitimado que mais tem atuado na tutela dos direitos metaindividuais, e conseqüentemente ensejando, mais uma vez, prejuízos à defesa desses interesses.

Impor o contraditório ao inquérito como requisito de sua eficácia probante poderá ensejar seu desentranhamento de demandas coletivas ou, em certos casos, indeferimento da própria inicial, negando-se validade a um instrumento relevante previsto na Constituição. Desse modo, para evitar tais fatos e fugir a um contraditório que dificultaria sobremaneira as investigações, poderá ocorrer um esvaziamento do inquérito e vulgarização das

⁵ In Ação Civil Pública - Lei 7.347/85 - 15 anos, coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2002, p. 293.

⁶ In Codificação do Direito Processual Coletivo Brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 120.

⁷ In A ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios. São Paulo: RT, 2005, p. 221.

chamadas peças de informação como supedâneo de demandas coletivas. Repise-se que o inquérito é instrumento dispensável, não constituindo pressuposto processual para que o Ministério Público atue judicialmente, e tem o órgão poder requisitório garantido em lei, que não está necessariamente ligado à existência de um inquérito civil instaurado.

Aliás, vale lembrar que em alguns casos, havendo urgência na atuação ministerial, pode ser procrastinatório ou descabido instaurar o inquérito para a propositura da ação, podendo os elementos de convicção serem coligidos diretamente pelo promotor. Como afirma Hugo Nigro Mazzilli⁸, antes do advento do inquérito civil o Ministério Público podia promover investigações, e ainda pode independentemente do inquérito, pois a lei e a Constituição lhe conferem o poder de promover diligências, efetuar requisições e expedir notificações.

Nos casos de atos de improbidade administrativa, por exemplo, para o Ministério Público ajuizar a ação civil pública não é exigível a prévia instauração de procedimento administrativo, tampouco a antecedente representação, visto que deve atuar de ofício quando tenha conhecimento da prática desse ato ilícito, cuja prova pode ser coligida de procedimentos criminais, processos dos Tribunais de Contas ou CPIs sem necessidade de instauração de inquérito civil. A prosperar o dispositivo questionado, por certo muitos entendimentos surgirão acerca da necessidade da instauração do procedimento, para que se garanta o contraditório prévio.

Destaque-se, contudo, que é o inquérito civil o meio mais adequado de investigação, sujeito a sistema de controle de arquivamento e dotado de especial eficácia jurídica.

Enfim, como é cediço, o contraditório é princípio constitucional garantido aos processos judiciais, de forma que será observado após a propositura de ação coletiva. Como já observado, é desnecessária a observância ao princípio na fase do inquérito civil, pois diversamente ter-se-ia a obrigatoriedade de duplo contraditório. Se a intenção do legislador, no dispositivo em comento, é apenas de que, realizado o contraditório no bojo do inquérito civil, a critério do seu presidente, seja dispensado no âmbito da ação coletiva, isto deve restar absolutamente claro, a fim de evitar interpretações distorcidas após o início da vigência da lei, ensejando prejuízos à defesa dos interesses metaindividuais.

3. Eficácia probatória

A força probatória do inquérito civil, em razão de seu caráter inquisitório, já foi muito discutida. A questão foi enfrentada pela primeira vez pelo STJ no REsp 476.660/MG, considerado o *leading case* sobre a matéria, e desde então utilizado como precedente pelo tribunal nos casos semelhantes. Em resumo, dispõe o acórdão:

“As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório”

Em julgado mais recente da Corte, no qual foi citado o precedente acima, afirma-se:

“O inquérito civil público é procedimento informativo, destinado a formar a *opinio actio* do Ministério Público. Constitui meio destinado a colher provas e outros elementos de convicção, tendo natureza inquisitiva. 2. “As provas colhidas no inquérito têm valor probatório relativo, porque colhidas sem a observância do contraditório, mas só devem ser afastadas quando há contraprova de hierarquia superior, ou seja, produzida sob a vigilância do contraditório” (Recurso Especial n. 476.660-MG, relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 4.8.2003). 3. As provas colhidas no inquérito civil, uma vez que instruem a peça vestibular, incorporam-se ao processo, devendo ser analisadas e devidamente valoradas pelo julgador. 4. Recurso Especial conhecido e provido. (Superior Tribunal de Justiça STJ; RESP 644994; MG; Segunda Turma; Rel. Min. João Otávio de Noronha; Julg. 17/02/2005; DJU 21/03/2005; Pág. 336)

Em síntese, o STJ entende que incabível se mostra a alegação de cerceamento de defesa por ter o julgador monocrático se baseado em provas colhidas em inquérito civil, uma vez que essas, embora tenham valor probatório relativo, só devem ser afastadas quando há contraprova produzida sob a vigilância do contraditório.

Afirma Hugo Nigro Mazzilli⁹ que as informações constantes do inquérito civil podem servir em juízo como elementos de convicção, como se dá no processo penal quanto ao inquérito policial, desde que não infirmadas em juízo. O valor probatório do inquérito civil decorre de ser uma investigação pública e de caráter oficial, de modo que o que nele se apura tem validade e eficácia em juízo, como as perícias e inquirições. Ainda que seu escopo seja preparar a propositura da ação civil pública, as informações contidas no instrumento investigativo concorrem para formar ou reforçar a convicção do juiz, desde que não colidam com provas de maior hierarquia, colidas sob as garantias do contraditório.

Assim, os elementos constantes do inquérito civil gozam de presunção de veracidade, visto que colhidos por agente público no exercício de *mínus* público, devendo contribuir para formar a convicção do julgador, inserindo-se no contexto probatório formado.

⁸ Op. cit., p. 182

⁹ Op. cit., p. 60/61.

Como assevera Mazzilli¹⁰, e na esteira do entendimento citado do STJ, não se deve cair em dois exageros opostos: um, entender que os elementos indiciários devem ser recebidos sem qualquer ressalva; outro, entender que os elementos devam ser pura e simplesmente recusados, porque só prevalecem as provas colhidas na instrução judicial.

Tal entendimento, recorrente em nossa doutrina e jurisprudência, dá valor relativo às provas formadas no inquérito. Seu valor probatório, contudo, com as ressalvas apontadas, é inconteste. O fato de a prova no inquérito civil não ter sido colhida perante o juiz a torna simplesmente prova atípica, absolutamente permitida pelo art. 332 do CPC.¹¹ Deve, pois, ser valorada junto com os demais elementos probatórios constantes do processo.

Contudo, urge lembrar que o sistema processual civil pátrio adotou o critério da persuasão racional do juiz na apreciação das provas produzidas. Reza o art. 131 do CPC que “o juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formam o convencimento”.

Com efeito, os elementos contidos no inquérito civil tem natureza de meios de prova. Como brilhantemente destacou Ronaldo Pinheiro Queiroz¹², não se pode dizer que somente os elementos de convicção colhidos no inquérito civil teriam valor relativo, porque, no sistema da persuasão racional, qualquer prova pode influir e embasar a decisão do juiz. Todas as provas teriam, pois, valor relativo. Se tais elementos de convicção tem natureza de meios de prova, não podem, em tese, valer menos que as demais provas, pois pensar o oposto seria o mesmo que dizer que dentre as provas, todas com valor relativo, haveria as plenas (colhidas sob o contraditório) e as semiplenas (colhidas sem contraditório). Pensar assim, destaca o ilustre autor, é recuar ao sistema da prova legal ou tarifada, que não é admitido no nosso ordenamento.

As provas, destaca o citado autor, devem ser vistas em conjunto, em homenagem ao princípio da comunhão da prova e, assim, não assistiria razão ao argumento de que uma prova produzida sob o pálio do contraditório teria hierarquia superior à produzida no inquérito, devendo-se dar prioridade àquela. Exemplifica: “será que uma ação civil pública, instruída no procedimento preparatório com documentos obtidos em órgãos públicos, bem como estudos técnicos elaborados por uma renomada universidade, deverá ter o seu pedido julgado improcedente porque o réu apresentou como prova, colhida sob o contraditório, o depoimento de uma testemunha que desdisse tudo que foi demonstrado nos elementos de convicção?”

Destarte, no inquérito civil são coligidas provas já previamente produzidas, originadas de outras fontes (provas pré-constituídas), como as requisições de documentos públicos ou particulares, cujo contraditório será sempre diferido para o processo, até porque a prova documental é preexistente e deve acompanhar a inicial, sem que haja qualquer ofensa à garantia constitucional. Nesses casos, portanto, o contraditório nunca é garantido na formação da prova.¹³

As perícias técnicas, elementos muito comuns e relevantes no inquérito civil, podem ser dispensadas no curso do processo judicial por disposição expressa do CPC, no art. 427: “o juiz poderá dispensar a prova pericial quando as partes, na inicial e na contestação, apresentarem sobre as questões de fato pareceres técnicos ou documentos elucidativos que considerar suficientes”.

Tal dispositivo reafirma o sistema de valoração de provas adotado pelo nosso ordenamento, além de regular a dispensabilidade da reprodução em juízo da prova pericial produzida unilateralmente pelas partes. Na maioria das vezes, as perícias constantes do inquérito civil são realizadas por órgãos públicos, mormente universidades, ou por técnicos do próprio órgão ministerial. Por serem realizadas por funcionários do Estado, tem valor probatório questionável, não sendo necessárias, na maioria dos casos, sua repetição em juízo.

Ademais, muitas vezes as provas produzidas no inquérito civil não podem ser reproduzidas em juízo, como no caso de desaparecimento do objeto (ex: poluição provocada pelo derramamento de um produto em um corpo hídrico, cuja presença na água desaparece com o tempo). Algumas provas são prementes, não havendo nem mesmo tempo hábil para que se instaure o contraditório.

Voltando ao texto do dispositivo sob comento, temos que apresenta ele dois perigos: 1- quer tornar regra o exercício do contraditório no inquérito civil, patenteando uma exigência estranha à sua natureza jurídica. 2- a exigência de contraditório, ainda que diferido, pode fulminar todas as provas não objeto de contraditório específico em juízo.

O texto tal qual posto no art. 23, §1º do Anteprojeto desconsidera toda a construção jurídica produzida em nosso sistema, positivando uma exigência incompatível com a natureza do inquérito civil e, ainda que disponha sobre a possibilidade de o contraditório ser diferido, sua interpretação literal e distorcida pode levar ao soçobramento de todo esforço despendido no inquérito, ao abraçar todas as suas peças com o crivo do contraditório. Como

¹⁰ Op. cit., p. 62.

¹¹ NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Processo Civil Coletivo*, coord. Rodrigo Mazzei e Rita Dias Nolasco. São Paulo: Editora Quartier Latin, 2005, p. 237.

¹² Op. cit., p. 199.

¹³ DE QUEIROZ, Ronaldo Pinheiro. Op. cit., p. 201.

exposto acima, algumas provas tem o contraditório naturalmente postergado para a fase processual e outras podem ser dispensadas do procedimento, devendo o juiz valorar as provas produzidas, dando a cada uma o valor e o crédito de que forem merecedoras. Por que então exigir o contraditório na fase pré-processual? É certo que ele é possível a critério do presidente o inquérito, e pode ser útil e até necessário de modo a melhor instruir o feito e formar a convicção do órgão do Ministério Público.

Sua imposição legal, contudo, da forma como posto no Anteprojeto, a par da voracidade com que se tenta mitigar as prerrogativas e a atuação do *Parquet*, mormente em questões envolvendo atos de improbidade administrativa, poderá trazer nefastas consequências à tutela dos interesses supraindividuais, mormente à defesa de interesses públicos relevantes, como o patrimônio público e o meio ambiente.

É pertinente lembrar as palavras de Bobbio, citado por Edis Milaré¹⁴: “finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva”. O contraditório é uma garantia constitucional dos litigantes, e será observado no curso da demanda judicial, na qual se abrirá ao demandado todo o leque de medidas de defesa possível. Ele existe para resguardar o cidadão contra atuações arbitrárias do Estado, e não como um fim em si mesmo. Deve ser, outrossim, harmonizado com outros interesses de igual relevância, como é a garantia dos direitos sociais, o resguardo do patrimônio público, dos serviços públicos essenciais, do meio ambiente, que não podem ter sua tutela prejudicada pelo emperramento da investigação necessária que sustentará sua defesa em juízo, que proporcionará o acesso à jurisdição.

Deve-se questionar que pessoas e interesses busca-se resguardar com o exercício do inquérito civil e a ação civil pública conseqüente e, em contrapartida, a quem ou a que interesses protege-se com um contraditório defendido a qualquer custo na fase meramente investigativa, procedimento capaz de eternizar inquéritos, complicando e obstruindo o seu deslinde, enquanto os interesses mais caros do cidadão naufragam à espera de socorro.

4. Conclusão

A imposição da existência de contraditório para a eficácia probante das peças informativas do inquérito civil contida no art. 23, §1º, do Anteprojeto de Código Brasileiro de Processos Coletivos, afronta a natureza jurídica do instituto, impondo exigência não abraçada pela Constituição, pelas leis de regência das atividades do *Parquet* e pela doutrina e jurisprudência majoritárias, devendo ser excluída. O texto do dispositivo desconsidera toda a construção jurídica produzida em nosso sistema, positivando uma exigência incompatível com a natureza do inquérito civil e o tratamento dado à prova pelo sistema processual vigente e, ainda que disponha sobre a possibilidade de o contraditório ser diferido, sua interpretação poderá levar ao emperramento da investigação, na fase pré-processual, e ao esvaziamento de sua força probatória, na fase judicial, trazendo incontáveis prejuízos a defesa dos relevantes interesses defendidos por intermédio da atuação do Ministério Público.

¹⁴ Op. cit., p. 22.

A DIGNIDADE DA TUTELA COLETIVA (TEXTO 2): O CARÁTER (I)NDISPONÍVEL, (I)NDIVISÍVEL E (TRANS)INDIVIDUAL DOS DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS PARA FINS DE TUTELA

Hermes Zaneti Júnior

Promotor de Justiça/ES

Sumário: 1. Introdução; 2. Direitos ou “Interesses”; 3. Conceito de Direitos Coletivos *Lato Sensu* e Quadro Comparativo; 4. Os Direitos Individuais Homogêneos (DIH) tem a Dignidade de Direitos Coletivos *Lato Sensu*?; 5. Direitos Individuais Homogêneos como Direitos Coletivos: Visão Crítica da Doutrina dos “Direitos Individuais Coletivamente Tratados”; 6. Cabimento das Ações Cíveis Públicas em Matéria de Contribuições Previdenciárias (Inconstitucionalidade e Ilegalidade do art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/85); 8. Conclusão (Síntese Dogmática)

1. Introdução

O momento atual do direito revela a necessidade de efetiva proteção de posições jurídicas que fogem a antiga fórmula individual credor/devedor. Em verdade, face as necessidades constitucionais de efetivar a tutela específica dos direitos, existe um crescimento exponencial de demandas não-patrimoniais, nas quais a tutela pelo ressarcimento *in pecunia* atende mal ou não atende ao fim do direito que, todos sabemos, ser a justiça.

Nesse quadro, um especial tipo de posições jurídicas subjetivas vem crescendo em importância no cotidiano forense, os chamados direitos coletivos *lato sensu*. Denominam-se direitos coletivos *lato sensu* os direitos coletivos entendidos como gênero, dos quais são espécies: os direitos difusos, os direitos coletivos *stricto sensu* e os direitos individuais homogêneos.

Esta, aliás, é a subdivisão feita pelo atual artigo 81, parágrafo único do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), que traz nos seus incisos: I - interesses ou direitos difusos; II - interesses ou direitos coletivos; III - interesses ou direitos individuais homogêneos.

Obrigatório advertir que os Projetos de Código Brasileiro de Direito Processual Coletivo, regulamentam a matéria exatamente da mesma maneira que o CDC.

Estes direitos coletivos *lato sensu* (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) tem características comuns, muito embora sejam atacados pela doutrina tradicional, se pensarmos bem, analisarmos de perto, esses direitos apresentam, todos, os seguintes elementos: indivisibilidade, indisponibilidade, transindividualidade.

Certo é que aos direitos individuais homogêneos essas características se aplicam de forma mais sutil, pois, como se nota da leitura do próprio dispositivo legal, não são direitos coletivos em sentido próprio, mas direitos coletivos criados pelo legislador, em razão dos imperativos da tutela adequada das situações jurídicas que ensejam, sua “origem comum”.

Portanto, o que se irá procurar comprovar, nas linhas que seguem, é a dignidade dos direitos individuais homogêneos, demonstrando, à saciedade, que estes, para fins de tutela, quer dizer, nos processos judiciais ou procedimentos administrativos ou mesmo na construção normativa, são direitos coletivos *lato sensu*: transindividuais, indivisíveis e indisponíveis.

No caminho para a construção dogmática dessa tese iremos passar pela afirmação dos direitos coletivos como “direitos”, não “meros” interesses, demonstrando o equívoco teórico e prático da defesa de conceitos do direito europeu, por reflexo dos chamados *interessi legitimi*, em solo pátrio; pelo conceito de direitos coletivos *lato sensu*, ensejando as modificações ora propostas para aumentar sua efetividade; e, pelas consequências práticas da mudança de paradigma, afastando construções doutrinárias, legais e jurisprudenciais que afetam a efetivação desses direitos.

Uma última palavra, nesta introdução, deve dar conta de justificar esta tese em um encontro do Ministério

Público. Deixo de plano que a eloquência constitucional tome o espaço de argumento: ao Ministério Público, instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, em especial, promover a ação civil pública para proteção dos direitos coletivos. E mais, zelando pelas ações coletivas ao Ministério Público caberá sempre se manifestar nos processos que tenham por objeto este tipo de tutela, mesmo que a ele esteja tolhida a legitimidade em face do direito tutelado; ou por já estar no pólo ativo outro ente legitimado pela lei.

2. Direitos ou "Interesses"

Na legislação brasileira revela-se comum a denominação conjunta "direitos ou interesses", referindo-se a direitos difusos e direitos coletivos (art. 129, inc. III da CF/88, CDC, LACP, etc.).

Contudo, em nosso entender, o termo "interesses" é expressão equívoca, sendo que não poucos juristas brasileiros apontaram para a questão,²² seja porque consideraram *não existir diferença prática entre direitos e interesses*, seja porque os *direitos difusos e coletivos foram constitucionalmente garantidos* (v.g., Título II, Capítulo I, da CF/88) e portanto apresentam-se como *direitos*. Ao que parece, deu-se mera transposição da doutrina italiana, um italianismo decorrente da expressão "*interessi legítimi*" e que granjeou espaço na doutrina nacional e, infelizmente, gerou tal fenômeno não desejado. Vale aduzir que em nosso sistema somente os direitos têm a proteção da cláusula geral de acesso à justiça: "A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a *direito*" (art. 5º, XXXV da CF/88).

Por outro lado, a grande maioria dos juristas nacionais tem preferido manter a expressão "interesses" por que: a) "a expressão *direitos* traz uma *grande* carga de individualismo, fruto mesmo de nossa formação acadêmica";¹ b) há "evidente ampliação das categorias jurídicas tuteláveis para a obtenção da maior efetividade do processo." (sic.)²

Com todo respeito, ousamos discordar. Cabe, por dever de precisão, mas não só, valorizar a tutela destes direitos, afastando a errônea. Vale lembrar, não se trata de defesa de *interesses* e, sim, de *direitos*, na maioria das vezes, previstos no próprio texto constitucional.

Exemplo de conseqüência não pretendida pelo legislador está na limitação imposta por parte da doutrina ao "mandado de segurança coletivo". Os primeiros textos sobre o mandado de segurança coletivo traziam uma advertência séria a respeito da impossibilidade de serem tutelados pelo *writ* "meros interesses". Nesse sentido manifestavam-se, por exemplo, as vozes autorizadas de José Cretella Junior²⁵ e Celso Neves.³

Carlos Alberto Alvaro de Oliveira assevera que o legislador teria agido com melhor técnica no art. 6º, ao mencionar apenas "direitos básicos do consumidor" ao invés de "interesses e direitos" como fez no Tít. III.³⁰ A lição

²² Já se expressaram neste sentido autorizadas vozes da doutrina brasileira: Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. "A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance". In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87-116. p. 98.; CALMON DE PASSOS, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p.11.; GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*, p. 17-18.

¹ VIGLIAR, José Marcelo Menezes. *Tutela jurisdicional coletiva*, 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 60.

² LEONEL, Ricardo de Barros. *Manual do processo coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 85.

²⁵ CRETELLA JUNIOR, José. *Do mandado de segurança coletivo*, 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991. p. 78.

³ "Afirmando que "interesses" não são tuteláveis por mandado de segurança coloca Celso Neves a noção clássica de direito subjetivo como poder da vontade vinculado a um interesse pessoal ou individual ao qual o Estado, mediante o ordenamento jurídico, confere coercibilidade como forma de atuação. Afirma, ainda, que "interesses simples" ou até mesmo "interesses juridicamente protegidos" não podem ser tutelados pelo mandado de segurança ou qualquer outra ação porque justamente estão desprovidos da coercibilidade, não têm os seus titulares o "poder de vontade para a prevalência de seu interesse" que configuraria direito subjetivo (NEVES, Celso. *Mandado de segurança, mandado de segurança coletivo e mandado de injunção*. LTr, São Paulo, v. 52, n. 11, p. 1315-1320, nov/1998. p. 1318.). A estas observações podemos opor as seguintes considerações críticas: 1) não se trata de tutela de interesses e sim de direitos subjetivos coletivos; 2) Os titulares desses direitos subjetivos são aqueles indicados no art. 81, § único do CDC, sendo sua legitimação *ad causam*, nas ações coletivas brasileiras, atribuída às entidades expressamente elencadas na legislação. Baseado na perspectiva de direito processual "moderno" conclui Celso Neves: "A autonomia do direito de ação não se compadece com tal extremo, porque ineliminável o binômio direito-processo, mormente num momento em que a instrumentalidade essencial da relação processual volta a ser proclamada, com redobrado vigor, pelos doutrinadores contemporâneos."²⁸ Aqui, também, devem ser feitas certas considerações. A instrumentalidade consiste, justamente, em fornecer um instrumento hábil e eficaz para a defesa dos direitos. O processo é instrumento (meio) de realização do direito. A autonomia do direito de ação, nesse sentido, é primordial para que sob a égide de "preconceitos" de direito material, ou interpretações "fixas" não se evite a apreciação pelo Poder Judiciário da lesão ou ameaça ao direito afirmado pelo autor. Assim, ocorre um abrandamento do "ineliminável" binômio *substância-processo*, sempre orientado pelo fim: o processo existe para a *ordem jurídica justa*. No sentido do até agora exposto, contra a concepção estreita e excludente de "interesses", e voltados para a correção da errônea legislativa esforçaram-se os juristas brasileiros. Calmon de Passos, por exemplo, chama atenção para o "conteúdo de direitos, inclusive em sua dimensão subjetiva" com que se revestem os "interesses" coletivos, como também, para a inaplicabilidade do conceito de "interesses legítimos" na atual realidade democrática. Assim, "Trazer-se para o direito brasileiro categorias já sem funcionalidade como a dos interesses legítimos, para colocá-los ao lado dos direitos subjetivos, ou pretender excluir os interesses transindividuais da categoria dos direitos subjetivos é insistir numa visão do direito, do Estado, da organização política e da sociedade já ultrapassada." (PASSOS, *Mandado de segurança coletivo, mandado de injunção e habeas data*, p.11.)

³⁰ ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance In: BITTAR, Carlos Alberto (coord.). *Responsabilidade civil por danos a consumidores*. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 87-116. p. 98.

revela-se ainda mais vantajosa por esclarecer que a distinção entre o direito subjetivo e o interesse, na doutrina nacional, assenta, justamente, na *coercibilidade posta à disposição da "vontade autônoma" do indivíduo frente a um interesse seu tutelado pela norma*. Comentando a distinção entre interesse legítimo e direito subjetivo, na doutrina estrangeira, o mesmo autor salienta o seu caráter quantitativo e acidental segundo a "maior ou menor proeminência do interesse individual objeto da tutela normativa", o que em outro ordenamento pode determinar a "atribuição da cognição a órgãos distintos", mas não lhes altera a categoria de direitos submetidos à jurisdição e a sua imperatividade.³¹ Por óbvio, o que se salienta na lição acima, é que mesmo nos sistemas que distinguem os direitos subjetivos e os interesses legítimos, esses não ficam desprotegidos ou submersos em subcategorias intangíveis e, portanto, não tuteláveis.

Mas qual o esboço histórico necessário para se afastar a errônea apontada? O ordenamento jurídico brasileiro respeita o princípio da unidade de jurisdição e da inafastabilidade da apreciação, pelo Judiciário, da afirmação de lesão ou ameaça de lesão a direito. Decorre daí o "pleito cível *lato sensu*", identificado com primazia por Pontes de Miranda:

"...quanto à parte ou algumas das partes estatais, o direito processual civil trata-as igualmente, sem que tenha qualquer importância a diferença entre direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito privado, e direitos, pretensões, ações e exceções, que tenham nascido no direito público. Nos juristas europeus, mesmo os mais avançados, ainda não se chegou à concepção de pleito cível, *lato sensu*, que é a do sistema jurídico brasileiro, em que se tratam pretensões de direito público, às vezes constitucional, como se tratam as pretensões de direito privado, só se reconhecendo a hierarquia das regras jurídicas...mas estabelecida justiça igual sob lei processual igual, salvo exceções insignificantes, como a relativa ao processo executivo pelo Estado, no tocante as dívidas fiscais..."³⁴

Os direitos subjetivos, no Brasil, se subdividem, portanto, em direitos subjetivos privados e direitos subjetivos públicos.³² O mesmo não ocorre com o sistema italiano que prevê uma separação de órgãos jurisdicionais (dualidade de jurisdição). Assim, a doutrina italiana construiu dois conceitos distintos, um referente aos direitos subjetivos e outro, aos chamados interesses legítimos. Os primeiros são julgados pela justiça civil (relações entre particulares); os outros, perante órgãos da justiça administrativa (relações entre particulares e administração pública ou de interesse social relevante).

A nota essencial na distinção, para este estudo, é que enquanto o direito subjetivo se vincula diretamente ao indivíduo, protegendo seu interesse individual, os interesses legítimos se dirigem ao interesse geral e favorecem o indivíduo apenas como componente, como "membro do Estado."³³ Porém, diferenças à parte, tanto os direitos subjetivos como os interesses legítimos (na doutrina italiana) se tornam concretos como direitos à tutela jurisdicional.³⁴ Percebe-se que se trata, assim, de uma distinção histórica e peculiar ao sistema italiano, que não tem qualquer

³¹ Idem. p. 99.

⁴ MIRANDA, Francisco C. Pontes de. *Comentários ao Código de Processo Civil*, tomo I: arts. 1º a 45. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 35.

³² Para uma breve visão sobre as teorias de Jhering (direito subjetivo como interesse juridicamente protegido), Savigny (direito subjetivo como fenômeno da vontade), Jellinek (teoria eclética ou mista; direito subjetivo como um bem ou interesse protegido por um poder da vontade) e Jean Dabin (direito subjetivo como uma pertença-domínio). Cf. FERRAZ JR., Tércio Sampaio. "Direito Subjetivo - II". In: *ENCICLOPÉDIA Saraiva de Direito*. São Paulo: Saraiva, s.d. p. 330-334. Hoje seria possível falar em três categorias de direitos subjetivos: os direitos subjetivos *stricto sensu* ou direitos-prestação (ex.: relações obrigacionais de débito e crédito); direitos-poderes, reconhecidos como direitos potestativos ou formativos geradores (ex.: revogação de um mandato); e, direitos-deveres, decorrentes de uma determinação objetiva proferida pelo ordenamento jurídico, quer tutelando os interesses de um sujeito determinado, especialmente protegido pela norma (poder familiar e dever de educação dos filhos), quer tutelando a coletividade (dever-poder da administração pública de agir em conformidade com a legalidade na sua atividade executória). Como esta última categoria (direitos-deveres) é mais característica das ações coletivas devemos explicitá-la melhor. São duas as espécies, ambas se caracterizam pela satisfação de interesses não só do titular, ao contrário das espécies anteriores, *também se atua para a satisfação do interesse do sujeito passivo ou para atender interesses superiores*, como o interesse do menor no pátrio poder e o interesse público no poder-dever da administração, ambos determinados por lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico. Na primeira a realização se dará com a cooperação de outrem. Ex.: poder-dever dos pais exigirem dos filhos que lhes prestem obediência (art. 1.634, VII do NCC). Na segunda, independentemente da cooperação. Ex. poder-dever dos órgãos e agentes da administração de agir conforme ao interesse público, uma vez que "todos os poderes deveres concedidos às pessoas jurídicas públicas, ou aos órgãos e agentes, são direitos-deveres, embora com especificidades próprias do direito público". Cf. NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*, vol. I. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 54, ver também p. 51-64. Nesta categoria (direitos-deveres) se insere a grande parte dos direitos fundamentais não-patrimoniais. Idem, p. 64.

³³ ALVARO DE OLIVEIRA, Do formalismo no processo civil. p.95.

³⁴ Nesse sentido o ensinamento de Micheli "Tanto il diritto soggettivo, per così dire, classico, quanto l'interesse legittimo dunque si concretano nella titolarità di un potere di dare inizio al processo davanti ad un organo giurisdizionale per conseguire una forma di tutela giurisdizionale..."(p.409), segue, "Ma anch'essi dovrebbero essere considerati, secondo la concezione sattiana, esclusivamente nella loro proiezione processuale, nell'essere essi <<diritti>> alla iniziativa per conseguire la tutela giurisdizionale."(p. 408). Sobre o tópico e as diferenças e similitudes entre direitos subjetivos e interesses legítimos na doutrina italiana Cf. MICHELI, Gian Antonio. "Sentenza di annullamento di un atto giuridico e risarcimento del danno patrimoniale derivante da lesione di interessi legittimi". *Rivista di Diritto Processuale*, Padova, v. 19, n.3, p.396-434, giugl./sett.1964.

aplicação ao direito brasileiro, em que os conceitos de interesse legítimo e direito subjetivo se reduzem à categoria por nós conhecida como direitos subjetivos (que aqui podem ser públicos ou privados, individuais ou coletivos).

Tanto o direito subjetivo quanto o interesse legítimo são, portanto, *direitos*. A distinção da doutrina italiana pode fazer sentido na Itália, mas não se justifica no ordenamento brasileiro, que prevê a unidade da jurisdição. Ocorre que o legislador brasileiro foi fortemente influenciado pelo direito italiano, porque a doutrina brasileira é fortemente influenciada pela doutrina italiana, onde as categorias de direitos coletivos e direitos difusos encontram-se em território cinzento, a meio caminho entre o público e o privado, sendo constantemente referidas como “*interessi diffusi*” e “*interessi collettivi*” até mesmo pela sua aproximação, por vezes, do que se entende por “*interessi legittimi*”⁵. Como visto, tal não pode prosperar em nosso sistema que não admite a categoria de interesses legítimos, e onde a categoria de “interesses” não tem a menor operacionalidade prática.

Como já havia advertido Dinamarco, verifica-se uma “sutil distinção entre os direitos subjetivos e interesses legítimos” que, em conjunto com a discricionariedade do poder administrativo, decorre da idéia fascista de liberdade política da administração (Poder Executivo), e que foi “usada como escudo” para evitar a censura jurisdicional em regimes totalitários (v.g., o de Mussolini).³⁵

Na esteira do exposto supra, Antonio Gidi considera mais correto e adequado o termo “direitos” e não “interesses” para o ordenamento jurídico brasileiro. Sua visão expõe a resistência à ampliação do conceito de direito subjetivo como causa para o advento da terminologia “interesses”. Assim, esta lhe parece mais um “ranço individualista” decorrente de um “preconceito ainda que inconsciente em admitir a operacionalidade técnica do conceito de direito superindividual” e da dificuldade de enquadrar um direito com características de “indivisibilidade” quanto ao objeto e “impreciso” quanto à titularidade no direito subjetivo, entendido como “fenômeno de subjetivação” do direito positivo. Portanto, o legislador chamou “... ‘interesse’ essa situação de vantagem.” E conclui: “... não utilizamos (e mesmo rejeitamos) a dúplici terminologia adotada pelo CDC. Este trabalho se referirá, indiscriminadamente, a ‘direito difuso’, ‘direito coletivo’ e ‘direito individual homogêneo’”.³⁶ Subjetivação, para o processo tradicional, significa individualização, daí a dificuldade.

Uma última nota. Parte da doutrina insiste na necessidade de aceitar a denominação “interesses” porque esta configuraria uma maior amplitude de tutela também para situações não reconhecidas como direitos subjetivos (tendo em vista a própria “novidade” dos direitos coletivos *lato sensu*).³⁷

Esta preocupação é válida e coerente com os valores a serem tutelados (principalmente se pensarmos no direito ao meio ambiente e nos direitos do consumidor), contudo, a melhor solução passa, não por admitir a categoria dos “interesses” tuteláveis pelo processo, mas sim pela ampliação do conceito de direito subjetivo, para abarcar as diversas “*posições jurídicas judicializáveis*” que decorrem do direito subjetivo *prima facie* e que merecem igualmente guarida pelo Judiciário.³⁸

A superação do problema pela doutrina brasileira fica óbvia nas palavras de Watanabe: “Os termos ‘interesses’ e ‘direitos’ foram utilizados como sinônimos, certo é que, a partir do momento em que passam a ser amparados pelo direito, os ‘interesses’ assumem o mesmo *status* de ‘direitos’, desaparecendo qualquer razão prática, e mesmo teórica, para a busca de uma diferenciação ontológica entre eles.”³⁹ Rogamos que prevaleça, portanto, a sua configuração como direitos subjetivos coletivos, mais consentânea à tradição jurídica nacional e ao direito constitucional positivo vigente que expressamente determina: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, XXXV da CF/88).

⁵ VIGORITTI, Vincenzo. *Interesse collettivi e processo: la legittimazione ad agire*. Milano: Giuffrè, 1979.

³⁵ Cf. DINAMARCO, A instrumentalidade do processo. p. 304. Ver, ainda, VENTURI, Apontamentos sobre processo coletivo, o acesso à justiça e o devido processo social, ponto. 2.1.

³⁶ Cf. GIDI, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas, p. 17-18.

³⁷ Neste sentido confrontar LEONEL, Ricardo de Barros. Manual do processo coletivo. São Paulo: RT, 2002. p. 432. Pelos mesmos motivos, alguns autores brasileiros recentes preferem a manutenção da dupla referência ora a direitos, ora a interesses, preferindo até a denominação interesses por ser mais ampla. Cf. MENDES, Aluísio Gonçalves de Castro. Ações coletivas: no direito comparado e nacional. São Paulo: RT, 2001. p. 250 e seguintes; VIGLIAR, José Marcelo Menezes. Tutela jurisdicional coletiva, 3ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 60 e seguintes; DINAMARCO, Pedro da Silva. *Ação Civil Pública*. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 50.

³⁸ Cf. ALEX, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001. p. 173-245. Este tema foi explorado no texto citado onde se afirmou que “quando existe um direito este também é judicializável” (Idem, p. 496) visando a superação da resistência à defesa judicial de determinados direitos objetivos fundamentais, assegurados no texto legal, mas excepcionados no foro. Esta, aliás, revelou-se a orientação do nosso Supremo Tribunal Federal no reconhecer direito subjetivo à saúde para concessão de medicamento para portadores do vírus HIV: “O direito público subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196)... A interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconsequente.” Ag.Reg. no Recurso Extraordinário nº 271286/RS, Relator Min. Celso de Mello, julgamento 12.09.2000, Segunda Turma. www.stf.gov.br, jurisprudência, acórdãos, verbete: HIV/AIDS, acesso em: 09.02.2003.

³⁹ WATANABE, Kazuo. Art. 81 a 90. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 623.

3. Conceito de Direitos Coletivos *Lato Sensu* e Quadro Comparativo

Quando a doutrina passou a enfrentar o problema das ações coletivas, viu-se inicialmente com sérias dificuldades para definir conceitos para os novos direitos que lhe estariam na base, o que levou alguns juristas a afirmar que estes se tratavam de “personagens misteriosos”³. Apesar de certa homogeneidade obtida com relação aos direitos difusos e coletivos, vistos sob o aspecto subjetivo como direitos transindividuais e, no aspecto objetivo como indivisíveis, sua conceituação sempre foi objeto de dúvida.⁶ Porém, com o advento do CDC, esta problemática restou resolvida no direito brasileiro, *habemus legem*. O Código estabeleceu, no art. 81, § único, as categorias em que se exerce a defesa dos “direitos coletivos *lato sensu*”. São elas: os direitos difusos, os direitos coletivos (*stricto sensu*) e os direitos individuais homogêneos.

Assim, tem-se por direitos difusos (art. 81, § único, I, do CDC) aqueles transindividuais (metaindividuais, supraindividuais, pertencentes a vários indivíduos), de natureza indivisível (só podem ser considerados como um todo), e cujos titulares sejam pessoas indeterminadas (ou seja, indeterminabilidade dos sujeitos, não há individuação) ligadas por circunstâncias de fato, não existindo um vínculo comum de natureza jurídica, v.g., a publicidade enganosa ou abusiva, veiculada através de imprensa falada, escrita ou televisionada, a afetar uma multidão incalculável de pessoas, sem que entre elas exista uma relação jurídica base.

Coletivos *stricto sensu* (art. 81, § único, II do CDC), por sua vez, foram classificados como direitos transindividuais (com a mesma sinonímia descrita acima), de natureza indivisível, de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base. Nesse particular cabe salientar que essa relação jurídica base pode se dar entre os membros do grupo “*affectio societatis*” ou pela sua ligação com a “parte contrária”. No primeiro caso temos os advogados inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil (ou qualquer associação de profissionais); no segundo, os contribuintes de determinado imposto. Os primeiros ligados ao órgão de classe, configurando-se como “classe de pessoas” (advogados); os segundos ligados ao ente estatal responsável pela tributação, configurando-se como “grupo de pessoas” (contribuintes).

Cabe ressaltar que a relação-base necessita ser anterior à lesão (caráter de anterioridade). No caso da publicidade enganosa, a “ligação” com a parte contrária também ocorre, só que em razão da lesão e não de vínculo precedente, o que a configura como direito difuso e não coletivo *stricto sensu* (propriamente dito).

O elemento diferenciador entre o direito difuso e o direito coletivo é, portanto, a determinabilidade⁷ e a decorrente coesão como grupo, categoria ou classe anterior à lesão, fenômeno que se verifica nos direitos coletivos *stricto sensu* e não ocorre nos direitos difusos.

Portanto, para fins de tutela jurisdicional, o que importa é a possibilidade de identificar um grupo, categoria ou classe, vez que a tutela revela-se indivisível, e a ação coletiva não está disponível aos indivíduos que serão beneficiados.

Não por outro motivo a coisa julgada será *ultra partes*, nos termos do art. 103 do CDC, ou seja, “para além das partes”, dos impetrantes e do impetrado, mas, limitada ao grupo, categoria ou classe; e os autores dos processos individuais não serão prejudicados, desde que optem pela suspensão destes processos enquanto se processa a ação coletiva ou poderão, ainda, excluir-se do seu âmbito pelo “*right to opt out*” (direito de sair) com a continuidade de suas ações individuais (art. 104 do CDC).

³ VILLONE, La collocazione istituzionale dell'interesse difuso. In: La tutela degli interessi diffusi nel diritto comparato. Milano, 1976. p. 73. *apud* NERY JR., Nelson. Mandado de segurança coletivo. Revista de Processo, v.15, n. 57, p. 151-158, jan./mar. 1990. p.151.

⁴ Kazuo Watanabe aponta essa convergência em recensão bibliográfica onde inclui artigos de Barbosa Moreira, Ada P. Grinover, Rodolfo C. Mancuso, Hugo Nigro Mazzilli entre outros. (Cf. WATANABE, Kazuo et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p.624, nota 17).

⁵ WATANABE, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 625.

⁶ Para Kazuo Watanabe, o que diferencia os direitos coletivos dos direitos difusos é a determinabilidade das pessoas titulares, “seja através da relação jurídica-base que as une entre si (membros de uma associação de classe ou ainda acionistas de uma mesma sociedade), seja por meio do vínculo jurídico que as liga à parte contrária (contribuintes de um mesmo tributo, contratantes de um segurador com um mesmo tipo de seguro, estudantes de uma mesma escola etc.)” (ibidem). Nosso entendimento diverge, como ficou assentado supra, no sentido de determinar o grupo, categoria ou classe beneficiado em sua amplitude e dimensão não-individual, sendo indiferente a identificação da “pessoa titular”, pois a prestação será indivisível, “beneficia um, beneficia a todos”.

⁷ Nesse sentido, “Assim, por exemplo, não se admite nos países europeus a defesa dos interesses individuais com caráter coletivo, alternativa porém expressamente facultada no art. 81, parágrafo único, III, combinado com os arts. 91 a 100 da lei brasileira. Esta orientação, herdou-a nosso sistema principalmente dos Estados Unidos, onde se desenvolveu o instituto da chamada *class action* (Rule 23, *Federal Rules on Civil Procedure*, 1966), que encontra equivalente na *rela-tor action* e nas *representatives proceedings*, do Reino Unido e da Austrália, e no *recours collectif*, previsto nos arts. 999 e s. do *Co-de de Procédure Civile* de Quebec, de 19 de janeiro de 1979.” Cf. ALVARO DE OLIVEIRA, *A ação coletiva de responsabilidade civil e seu alcance*. p.94. Ainda, sobre a origem da expressão direitos individuais homogêneos, versa Gidi: “Na doutrina brasileira a expressão foi utilizada pela primeira e última vez antes da publicação do CDC por Barbosa Moreira, ao se referir desprezenciosamente a ‘feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos’, quando comentava as *class actions for damages* do direito norte-americano.” Cf. GIDI, *Cosa julgada e litispendência em ações coletivas*. p. 19, nota 49. Na expressão do próprio Barbosa Moreira: “...*class action*, que pressupõe um feixe de interesses individuais homogêneos e paralelos, defendidos em juízo, na sua totalidade, por apenas um ou vários dos co-interessados, em razão da impraticabilidade da participação de todos no processo...” BARBOSA MOREIRA, J.C. “Tendências contemporâneas do Direito Processual Civil”. In: *Temas de Direito Processual, terceira série*. São Paulo: Saraiva, 1984. p. 10, nota 24 (grifo nosso).

Mas o legislador foi além, após a definição dos direitos difusos e coletivos *stricto sensu* e criou uma nova categoria de direitos coletivos a qual denominou direitos individuais homogêneos (art. 81, § ún., III, do CDC). A gênese dessa proteção/garantia coletiva tem origem nas *class actions for damages*, ações de reparação de danos à coletividade norte-americana.⁸

A importância desta categoria é cristalina. Sem sua criação pelo direito positivo nacional não existiria possibilidade de tutela “coletiva” de direitos individuais com natural dimensão coletiva em razão de sua homogeneidade, decorrente da massificação/padronização das relações jurídicas e das lesões daí decorrentes. A “ficção jurídica” atende a um imperativo do direito, realizar com efetividade a Justiça frente aos reclames da vida contemporânea. Assim, “tal categoria de direitos *representa uma ficção criada pelo direito positivo brasileiro com a finalidade única e exclusiva de possibilitar a proteção coletiva (molecular) de direitos individuais com dimensão coletiva (em massa)*. Sem essa expressa previsão legal, a possibilidade de defesa coletiva de direitos individuais estaria vedada”.⁹

Muito embora essas considerações, o CDC conceitua laconicamente os direitos individuais homogêneos como aqueles decorrentes de origem comum,¹⁰ ou seja, os direitos nascidos em consequência da própria lesão ou ameaça de lesão, em que a relação jurídica entre as partes é *ex post factum* (depois do fato ilícito). Não é necessário, contudo, que o fato se dê em um só lugar ou momento histórico, mas que dele decorra a homogeneidade entre os direitos dos diversos titulares de pretensões individuais¹¹.

O fato de ser possível determinar individualmente os lesados não altera a possibilidade e pertinência da ação coletiva. Permanece o traço distintivo: o tratamento molecular, nas ações coletivas, em relação à fragmentação da tutela (tratamento atomizado), nas ações individuais. É evidente a vantagem do tratamento uno, das pretensões em conjunto, para obtenção de um provimento genérico. Como bem anotou Antonio Gidi as ações coletivas garantem três objetivos: proporcionar economia processual, acesso à justiça e a aplicação voluntária e autoritativa do direito material.¹²

Não por outra razão se determinou no CDC, art. 103, III, que a sentença terá eficácia *erga omnes*. Ou seja, como anotou a doutrina os titulares dos direitos individuais serão “abstrata e genericamente beneficiados”.¹³

Estas questões, bem como os elementos essenciais dos direitos coletivos *lato sensu* podem ser bem visualizadas no seguinte quadro:

Direitos Coletivos *Lato Sensu* – classificação e conteúdo:

a) Quanto à *NATUREZA* do direito coletivo:

Características dos direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i>	Doutrina tradicional	Crítica
Direitos Difusos	Transindividuais	Coletivos <i>lato sensu</i> . Sinonímia: Transindividuais, metaindividuais, supraindividuais.
Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	Transindividuais	Coletivos <i>lato sensu</i> . Sinonímia: Transindividuais, metaindividuais, supraindividuais.
Direitos Individuais Homogêneos	Individuais coletivamente tratados/ Feixe de direitos individuais	Transindividuais, <i>para fins de tutela</i> coletiva (subespécie de direitos coletivos <i>lato sensu</i> , etc. RE 163231/SP)

⁸ GIDI, *Coisa julgada e litispendência em ações coletivas*. p. 20.

⁹ “A homogeneidade decorre da circunstância de serem os di-reitos individuais provenientes de uma origem comum. Isso possibilita, na prática, a defesa coletiva de direitos individuais, porque as peculiaridades inerentes a cada caso concreto são irrelevantes juridicamente, já que as lides individuais, no que diz respeito às questões de direito, são muito semelhantes e, em tese, a decisão deveria ser a mesma em todos e em cada um dos casos.”. Idem. p. 30-31.

¹⁰ Para evitar equívocos na interpretação transcreve-se a precisa lição de Watanabe: “Origem comum” não significa, necessariamente, uma unidade factual e temporal. As vítimas de uma publicidade enganosa veiculada por vários órgãos de imprensa e em repetidos dias ou de um produto nocivo à saúde adquirido por vários consumidores em um largo espaço de tempo e em várias regiões têm, como causa de seus danos, fatos com homogeneidade tal que os tornam a ‘origem comum’ de todos eles.”, ou seja, o que têm em comum é a procedência, e a gênese na conduta comissiva ou omissiva da parte contrária. Cf. WATANABE, *Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto*. p. 629. (grifo nosso)

¹¹ Cf. GIDI, Antonio. Las acciones colectivas en Estados Unidos. In: GIDI, Antonio e MAC-GREGOR, Eduardo F (coord.). *Procesos colectivos: la tutela de los derechos colectivos e individuales en una perspectiva comparada*. México – DF: Editorial Porrúa, 2003. Ressalte-se que esta obra, de excepcional valor, porta estudos sobre os processos coletivos produzidos por autores de diversas nacionalidades.

¹² ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 116.

¹³ Segundo Luiz Paulo da Silva Araújo Filho, “uma ação coletiva para a defesa de direitos individuais homogêneos não significa a simples soma das ações individuais. Às avessas, caracteriza-se a ação coletiva por interes-ses individuais homogêneos exatamente porque a pretensão do legitimado *concentra-se* no acolhimento de uma tese jurídica *geral*, referente a determinados fatos, que *pode* aproveitar a muitas pessoas. O que é completamente diferente de apresentarem-se inúmeras pretensões *singularizadas*, especificamente verificadas em relação a cada um dos res-pectivos titulares do direito.” (sem grifo no original) ARAÚJO FILHO, Luiz Paulo da Silva. *Ações coletivas: a tutela jurisdicional dos direitos individuais homogêneos*. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 114.

b) Quanto à *DIVISIBILIDADE* do direito coletivo:

Características dos direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i>	Doutrina tradicional	Crítica
Direitos Difusos	Indivisíveis	Indivisíveis
Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	Indivisíveis	Indivisíveis
Direitos Individuais Homogêneos	Divisíveis	Indivisíveis, <u>para fins de tutela coletiva</u> (ex: condenação genérica prevista no art. 95 da Lei 8.078/90).

c) Quanto à *DISPONIBILIDADE* do direito coletivo:

Características dos direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i>	Doutrina tradicional	Crítica
Direitos Difusos	Indisponíveis	Indisponíveis
Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	Indisponíveis	Indisponíveis
Direitos Individuais	Disponíveis para os titulares dos direitos individuais (sic.)	Indisponíveis, <u>enquanto objeto de tutela coletiva</u>

d) Quanto à *TITULARIDADE* do direito coletivo:

Características dos direitos Coletivos <i>Lato Sensu</i>	Doutrina tradicional	Crítica
Direitos Difusos	Não questiona	Pessoas indeterminadas ligadas por circunstâncias de fato. Direitos subjetivos coletivos.
Direitos Coletivos <i>Stricto Sensu</i>	Não questiona	Grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base. Direitos subjetivos coletivos.
Direitos Individuais Homogêneos	Não questiona	Titulares de direitos subjetivos, considerados " <u>abstrata e genericamente</u> ". Ligados por circunstâncias de fato posteriores ao ilícito ou prévias, mas com esse relacionadas, caracterizados pela "prevalência de questões comuns" e "superioridade na tutela coletiva".

4. Os Direitos Individuais Homogêneos (DIH) tem a Dignidade de Direitos Coletivos *Lato Sensu*

Consoante prescreve a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal os direitos individuais homogêneos são subespécie de direito coletivos (RE 163.231/SP), vale a transcrição da ementa daquele julgamento:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROMOVER AÇÃO CIVIL PÚBLICA EM DEFESA DOS INTERESSES DIFUSOS, COLETIVOS E HOMOGÊNEOS. MENSALIDADES ESCOLARES: CAPACIDADE

POSTULATÓRIA DO PARQUET PARA DISCUTIR-LAS EM JUÍZO. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público 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 (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do **inquérito civil**, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). 3. Interesses difusos são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. 3.1. A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos. 4. **Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.** 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, *stricto sensu*, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas. 5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. 5.1. 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. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

Nessa perspectiva, considerando o que já observamos acima, o pedido nas ações coletivas será sempre uma “tese jurídica geral” que beneficie, sem distinção, aos substituídos.¹⁴ As peculiaridades dos direitos individuais, se existirem, deverão ser atendidas em liquidação de sentença a ser procedida individualmente.

Como corolário desse entendimento, e ainda da precisa lição de que os direitos coletivos *lato sensu* têm *dupla função material e processual* e foram positivados em razão da *necessidade de sua tutela jurisdicional*,¹⁵ para fins de tutela os direitos individuais homogêneos são indivisíveis e indisponíveis até o momento de sua liquidação e execução.

Como exemplo da abstração e generalidade dos direitos individuais homogêneos pode-se referir a ação coletiva de responsabilidade civil pelos danos individualmente causados. Nessa ação somente ocorrerá a determinação dos indivíduos lesados quando ingressarem como assistentes ou litisconsortes (art. 94, do CDC)¹⁶ ou no momento em que exercitarem o seu direito individual de indenização, em decorrência da habilitação para a liquidação da sentença (art. 97, do CDC). A condenação para pagar quantia certa também poderá ser executada (abrangendo as

¹⁴ Entre muitos estudos que ressaltam este aspecto referimos especialmente a “dimensão social, política e jurídica da tutela jurisdicional dos interesses transindividuais” ressaltada pela Profa. Ada Pellegrini Grinover em variegados ensaios. Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “A ação civil pública refém do autoritarismo”. In: *O processo: estudos e pareceres*. São Paulo: Perfil, 2005. p. 236 e ss.

¹⁵ O CMA-I preferiu a mais acertada denominação de assistentes, à equivocada de litisconsortes feita no CDC. Cf. ARAÚJO FILHO, Idem. p. 151. Alguma dissidência na doutrina existe quanto a se tratar, aqui, de assistência simples, litisconsórcio ou de assistência litisconsorcial, porém quanto aos efeitos práticos não tem maior relevância a polêmica visto que por força da teoria geral das ações coletivas o mais correto entendimento é que os intervenientes não estejam defendendo seu direito individual, mas sim um mero interesse no sucesso da demanda, vez que não poderão ser prejudicados pela passagem em julgado de decisão de improcedência. Fique claro, como prescreveu o art. 19, § único do Código Modelo: “Os intervenientes não poderão discutir no processo coletivo suas pretensões individuais.” Vedada a intervenção de titular individual por se entender “inadequada aos fins do processo coletivo”, Cf. GIDI, Antonio. “Assistência em ações coletivas”. In: *Processo civil. Evolução. 20 anos de vigência*. Coord. José Rogério Cruz e Tucci. São Paulo: Saraiva, 1995.

¹⁶ Observe-se a importante reforma processual da Lei 11.232/05 que cria a fase de cumprimento das sentenças no processo de conhecimento revogando os dispositivos relativos à execução fundada em título executivo judicial.

indenizações já fixadas em liquidação)¹⁷ pelos legitimados processuais sem prejuízo do ajuizamento de outras execuções individualmente movidas (art. 98, do CDC).¹⁸

A idéia de *unicidade no tratamento dos direitos individuais homogêneos*, sua indivisibilidade e indisponibilidade com relação aos legitimados ativos é clara no CDC. A lei determina expressamente que, no caso de passado um ano sem a habilitação de interessados em número compatível com a gravidade do dano, poderão os entes legitimados propor a liquidação e execução da indenização devida (art. 100 do CDC). Nesse caso, reverte-se o produto para um fundo governamental (criado pela Lei 7.347/85 - Lei da Ação Civil Pública - no art. 13, e regulamentado pelo Decreto 1.306/94, denominado, Fundo de Direitos Difusos). Tudo isto por que, ao legislador interessa a compensação integral do prejuízo, ou seja, a tutela integral dos direitos coletivos; concebe-se, assim, a *primazia do interesse público na regulação da conduta ilícita*. Cabe ressaltar que essa “recuperação fluída” (*fluid recovery*), para Ada Pellegrini Grinover, tem fins diversos dos ressarcitórios, porém “*conexos com os interesses da coletividade*”, na linha deste estudo, esses fins incluem a *repressão à conduta lesiva*, a *educação* do ofensor e a própria prevenção geral do ilícito, procurando coibir sua repetição no corpo social.¹⁶

Como particularidade inovadora, os projetos de Código de Processo Coletivo Brasileiro, na esteira do Código Modelo Ibero-americano, exigem para a tutela dos direitos individuais homogêneos, a necessidade de se reconhecer “também a necessária aferição da *predominância de questões comuns* sobre as individuais e da *utilidade da tutela coletiva no caso concreto*.” (art. 1º, § 1º do CMI-A). Este detalhamento corresponde à adequação da ação coletiva à tutela de direitos individuais homogêneos. No dizer de Ada Pellegrini Grinover (também autora do anteprojeto), revela-se imprescindível a demonstração da *prevalência das questões comuns* (sobre as individuais) e da *superioridade da tutela coletiva* “em termos de justiça e eficácia da sentença”.¹⁷

5. Direitos Individuais Homogêneos como Direitos Coletivos: Visão Crítica da Doutrina dos “Direitos Individuais Coletivamente Tratados”

Por último, cabe mencionar o entendimento de parte da doutrina de que os direitos individuais homogêneos (DIH) não seriam direitos coletivos, mas sim direitos individuais coletivamente tratados.¹⁸

Transcrevemos um trecho recente escrito nessa perspectiva, dada à autoridade dos juristas que propõe a revisão desta categoria: “O ‘coletivo’, conseqüentemente, diz respeito apenas à ‘roupagem’, ao acidental, ou seja, ao modo como aqueles direitos podem ser tratados. Porém, é imprescindível ter presente que o direito material – qualquer direito material – existe antes e independentemente do processo”. Por isso não deixam de ser “genuínos direitos subjetivos individuais” que apresentam “características de direitos pertencentes a pessoas determinadas, que sobre eles mantém o domínio jurídico”.¹⁹

Esta visão mostra-se *excessivamente restritiva* e afastaria os DIH dos princípios gerais da tutela coletiva, aplicáveis ao rol expressamente criado pelo CDC, e referendados agora por todas as propostas de Código Processual Coletivo, *relegando-os a personagem de segunda categoria na proteção coletiva*. Em sentido contrário, contudo, parece ter se posicionado o pleno do Supremo Tribunal Federal brasileiro, acima transcrito, quando em julgamento unânime, no RE 163231-SP, optou pela admissão destes direitos como subespécie de direitos coletivos: “4. Direitos ou interesses homogêneos são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11.09.1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.”¹⁹

Esta leitura jurisprudencial pelo principal tribunal brasileiro, somada ao que antes foi exposto, parece afastar a inadequada “*capitis diminutio*” daqueles direitos coletivos. Direitos coletivos, não direitos individuais coletivamente tratados. Vale recordar, mais uma vez, que os direitos individuais decorrentes de lesões homogêneas nem sempre serão suficientemente atrativos para sua realização individual, por exemplo, quando ocorre uma lesão no mercado de ações e os acionistas são prejudicados em apenas alguns poucos centavos, ninguém duvida que esta

¹⁷ Essa é também a opinião de Antonio Gidi: “A divisibilidade, percebe-se, somente se manifestará nas fases de liquidação e execução da sentença coletiva.”. Segue: “E mais. Como a homogeneidade decorre tão-só e exclusivamente da origem comum dos direitos, estes não precisam ser iguais quantitativa ou qualitativamente.” GIDI, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. p. 31-32.

¹⁶ Sobre a construção da *fluid recovery*, que é a possibilidade de recuperação dos valores indenizatórios não reclamados pelos titulares individuais em ações coletivas ver: GRINOVER, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 697-699.

¹⁷ Cf. GRINOVER, Ada Pellegrini. “Da *class action for damages* à ação de classe brasileira: os requisitos de admissibilidade”. In: *Ação civil pública: lei 7347/1985-15 anos*, coord. Edis Milaré. São Paulo: RT, 2001. p. 24. Sobre os projetos, ver os anexos do nosso Vol. IV do *Curso de Direito Processual – Processo Coletivo*. Escrito em co-autoria com Fredie Didier Jr (Salvador: Juspodivm, 2007, encontrável em www.juspodivm.com.br).

¹⁸ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Defesa de direitos coletivos e defesa coletiva de direitos. Revista Jurídica, Porto Alegre, n. 212, p. 16-33, jun. 1995. Esta tese foi ratificada por seu brilhante autor, jurista de escol e magistrado, em sua tese de doutoramento junto à UFRGS. Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. São Paulo: RT, 2006. Ali o autor renovou suas convicções de que os direitos individuais homogêneos são apenas “simplesmente, direitos individuais. A qualificação de *homogêneos* não altera e nem pode desvirtuar essa sua natureza”. Id. p. 42.

¹⁹ Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*, p. 42-43.

¹⁹ Cf. DELGADO, José Augusto. Interesses difusos e coletivos: evolução conceitual. Doutrina e jurisprudência do STF. Revista de Processo, ano 25, n.98, p. 61-81, abril/junho de 2000. p. 80. Para consultar a decisão acessar www.stf.gov.br.

lesão não será reparada frente as condutas individuais, não existe motivação econômica para ajuizar uma ação visando a recuperação de pequenos ou ínfimos valores. Por outro lado, o sistema prevê o *fluid recovery* como possibilidade de liquidação e execução destes valores, que coletivamente podem representar uma soma substancial e interessante (art. 100 do CDC). Para além da contribuição ao FDD o *fluid recovery* tem uma marcante função educativa e de repressão de condutas futuras.

As categorias de direito antes mencionadas (difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos) foram conceituadas com vistas a possibilitar a efetividade da prestação jurisdicional. São, portanto, *conceitos interativos de direito material e processual, voltados para a instrumentalidade, para a adequação da teoria geral do direito à realidade hodierna e, dessa forma, para a sua proteção pelo Poder Judiciário*.²⁰ Assim, sua conceituação tem caráter explicitamente ampliativo da tutela dos direitos: *favorabilia amplianda, odiosa retringenda*.

6. Cabimento das Ações Cíveis Públicas em Matéria de Contribuições Previdenciárias e Tributos (Inconstitucionalidade e Ilegalidade do art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/85)

Como bem asseverou Robson Renault Godinho, em recente e brilhante trabalho (*A Proteção Processual dos Idosos*)²⁰, a norma do parágrafo único do art. 1º da LACP, muito embora tenha sido recepcionada pelo STJ, é frontalmente inconstitucional e ilegal e, ao nosso aviso, consistindo parcela ignóbil do que habitualmente vem sendo chamado de “micromodelo processual do Estado”²¹, normas pensadas e levadas a cabo unicamente para proteger a Fazenda Pública das demandas que sua própria ineficiência provoca.

Entre os argumentos para seu afastamento estão o fato dos direitos individuais homogêneos não estarem limitadas à relação de consumo e ao CDC, bem como, de nem sempre estarmos diante de ações que procurem tutelar direito individual homogêneo, já que, não basta falar em contribuição previdenciária e tributos, muito menos em “beneficiários [que] podem ser individualmente determinados” para afastar a tutela coletiva²². Um mesmo fato poderá gerar lesão ao direito individual, aos direitos difusos, aos direitos coletivos *stricto sensu* e aos direitos

²⁰ No mesmo sentido arremata Kazuo Watanabe “O legislador preferiu defini-los para evitar que dúvidas e discussões doutrinárias, que ainda persistem a respeito dessas categorias jurídicas, possam impedir ou retardar a efetiva tutela dos interesses ou direitos dos consumidores e das vítimas ou seus sucessores.” WATANABE, Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. p. 623.

¹⁹ Robson Renault Godinho. *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. p. 195 e ss.

²⁰ SILVA, Carlos Augusto. O processo civil como estratégia de poder: reflexo da judicialização da política no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

²¹ Nesse sentido: “A pretensão veiculada na ação é que revela qual o direito está sendo tutelado e não a matéria que é discutida no processo. Um exemplo para ilustrar o afirmado: se a ação se limita a pleitear a revisão de benefícios previdenciários pelos índices legais, trata-se de direitos coletivos; caso haja pedido de restituição do que foi pago indevidamente por erro de cálculo, tratar-se-á de direitos individuais homogêneos. Ou seja: o simples fato de se tratar de matéria previdenciária não significa que estejamos diante de direitos individuais homogêneos.” (Godinho, *A Proteção Processual dos Direitos dos Idosos*, p. 196) Acrescentamos, a lei parece ser mais restrita do que vem se mostrando a própria jurisprudência, fala apenas em “contribuições previdenciárias”, não em todo o direito previdenciário.

²² Cf., o quanto escrevemos no Vol. IV, do *Curso de Direito Processual*, Processo Coletivo, em co-autoria com Fredie Didier Jr., Salvador, ed. JusPodivm. Encontrável em www.juspodivm.com.br. Transcrevemos um trecho: “A natural proximidade entre os direitos de natureza coletiva pode levar a situações (não raras) em que uma mesma lesão, v.g., publicidade enganosa ou abusiva, mereça tutela por ação visando direito (afirmado) difuso, coletivo ou individual homogêneo. Nesse sentido já decidiu o Conselho Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo: ‘Em caso de propaganda enganosa, o dano não é somente daqueles que, induzidos a erro, adquiriram o produto, mas também difuso, porque abrange todos os que tiveram acesso à publicidade.’, presentes estariam elementos para propositura de uma ação civil pública em defesa de direitos difusos e de uma ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos. Qual seria, então, o critério para distinção e classificação do direito na demanda? Antonio Gidi entendeu, de modo pioneiro, que o caminho mais adequado seria identificar “o direito subjetivo específico que foi violado” (*rectius*: afirmado). Para ele, a associação comum entre a lesão decorrente de publicidade e o direito difuso da comunidade não é necessária. De um mesmo fato lesivo podem nascer ‘pretensões difusas, coletivas, individuais homogêneas e, mesmo, individuais puras, ainda que nem todas sejam baseadas no mesmo ramo do direito material.’ Supondo a hipótese de uma publicidade enganosa, onde o anunciante pratica falsidade ideológica ao induzir o consumidor a confundir o seu produto com outro de uma marca famosa, afirma que ‘diversas pretensões podem surgir e diver-sas ações (cíveis e criminais; individuais e coletivas) podem ser propostas em função desse ato ilícito.’ Para exemplificar aduz a ação criminal estatuída no art. 66 do CDC, as ações coletivas para defesa de direitos difusos da comunidade requerendo a retirada dos produtos, a contra-propaganda ou a indenização devida pelo dano já causado (a reverter para o fundo de recomposição criado pela LACP). Havendo lesão a direitos individuais de consumidores que já adquiriram o produto influenciados pela publicidade ilícita, seria igualmente cabível ação para recompor esses prejuízos movida molecularmente, por um dos legitimados do art. 82 do CDC, visando a condenação genérica, art. 95 do CDC. E, ainda, não se pode esquecer da ação individual da empresa concorrente lesada (GIDI, Coisa julgada e litispendência em ações coletivas. p.20-21.) Concluindo, Antonio Gidi, reafirma que o “critério científico” na identificação do direito coletivo *lato sensu* “não é a matéria, o tema, o assunto abstratamente considerados, mas o direito subjetivo específico que foi violado”...” Para Nery Junior, de outra banda, revela-se frequente o ‘erro de metodologia’ da doutrina e jurisprudência na classificação do tipo de direito coletivo: ‘Vê-se, por exemplo, a afirmação de que o direito ao meio ambiente é difuso, o do consumidor seria coletivo e que o de indenização por prejuízos particulares sofridos seria individual.’. Adiante complementa, ‘A afirmação não está correta nem errada. Apenas há engano na utilização do método para a definição qualificadora do direito ou interesse posto em jogo.’ Nery Junior, entende ser preponderante ‘o tipo de pretensão material e de tutela jurisdicional que se pretende’. Assim, para o autor, “Da ocorrência de um mesmo fato, podem originar-se pretensões difusas, coletivas e individuais.” (NERY JUNIOR, Nelson. Art. 109 a 119. In: GRINOVER, Ada Pellegrini et al. Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1998. p. 778”).

individuais homogêneos.²³ Além disto, há natural indivisibilidade dos direitos coletivos, mesmo os individuais homogêneos (para fins de tutela), como já ressaltamos, bem como, há inconstitucionalidade manifesta pela quebra do princípio da isonomia processual (paridade de armas) e do acesso à justiça, deixando milhares de direitos e pretensões fora do campo de atuação do Poder Judiciário.

Por outro lado, ninguém pode negar o interesse social no direito previdenciário, principalmente com a finalidade de afastar a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública, já que, como foi bem asseverado, esta legitimidade revela-se “evidente, tendo em vista o inequívoco interesse social presente em tais situações”.²⁴ Trata-se, dessarte, de uma legitimação *in re ipsa*.

Ora o Estatuto do Idoso veio reforçar a possibilidade e o cabimento da ação, vejam bem, é lei posterior e especial, revoga a lei anterior: “Se já nos parecia plenamente possível o ajuizamento das ações coletivas pelo Ministério Público em questões previdenciárias, a edição do Estatuto do Idoso torna indiscutível a matéria, já que, além de prever uma série de direitos previdenciários, expressamente confere legitimidade ao Ministério Público para defesa de direitos individuais homogêneos dos idosos, não havendo mais como insistir seriamente que essa categoria de direitos estaria restrita às relações consumeristas.”²⁵

Justamente por estas razões, é de rigor a conclusão de Robson Godinho: “Todos esses fatores demonstram que a questão deve ser resolvida com maior simplicidade: O Ministério Público possui legitimidade para o ajuizamento de ações que tutelem direitos previdenciários porque está constitucionalmente autorizado para tanto, seja porque se trata de direitos coletivos, seja em razão do inegável interesse social legitimador da tutela de direitos individuais homogêneos.”²⁶

Alguns desses argumentos poderiam ser transportados com vantagem para todo o microsistema dos processos coletivos, face ao que dispõem os arts. 117 do CDC e 21 da LACP.²⁷

CONCLUSÕES (SÍNTESE DOGMÁTICA):

1. Ações coletivas tutelam direitos coletivos *lato sensu*, compreendidos como direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos;

2. Os direitos coletivos *lato sensu* são direitos de natureza material e processual, criados principalmente para assegurar a tutela de situações jurídicas específicas da sociedade de massa e da litigiosidade de massa a ela inerente, não sendo meros interesses, mas direitos subjetivos coletivos;

3. Os direitos individuais homogêneos são direitos coletivos, portanto, transindividuais, e para fins de tutela processual são indisponíveis, indivisíveis (para os legitimados ativos) e devem ser tutelados em sua integralidade (aplicação conjunta do quanto dispõe os art. 94, 95, 100 e 104 do CDC); 4. O art. 1º, parágrafo único da Lei 7.347/85 é inconstitucional, ilegal e não tem eficácia dentro do microsistema da tutela do idoso, podendo ser impetradas ações coletivas para tutela dos direitos previdenciários dos idosos independentemente da atual restrição legal e do entendimento dominante no STJ.

²³ GODINHO, A *Proteção Processual dos Direitos dos Idosos*, p. 195.

²⁴ GODINHO, A *Proteção Processual dos Direitos dos Idosos*, p. 197.

²⁵ Idem, *Ibidem*.

²⁶ Sobre o tema conferir, inclusive para as referências bibliográficas, com destaque para N. Irti e R. Mazzei, o livro: Fredie Didier Jr; Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual, Vol. IV – Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

²⁷ Sobre o tema conferir, inclusive para as referências bibliográficas, com destaque para N. Irti e R. Mazzei, o livro: Fredie Didier Jr; Hermes Zaneti Jr. *Curso de Direito Processual, Vol. IV – Processo Coletivo*. Salvador: JusPodivm, 2007.

“A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRIBUTÁRIA E A AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO LEGAL (E JURISPRUDENCIAL) PARA A TUTELA DE DIREITO COLETIVO EM SENTIDO ESTRITO DOS CONTRIBUINTE: POSSIBILIDADES DE ATUAÇÃO ANTE DO EQUÍVOCO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES”.

Sasha Alves do Amaral

Promotor de Justiça/RN

SÍNTESE DOGMÁTICA DAS PROPOSIÇÕES: Ao final.

FUNDAMENTAÇÃO:

I. Introdução

O presente estudo aborda um dos temas atualmente mais polêmicos da ciência do processo coletivo, referente à possibilidade de o Ministério Público promover a tutela do direito dos contribuintes, através do instrumento da Ação Civil Pública (ACP).

O Poder Público, no uso de sua competência tributária, tem instituído exações que não raro ferem princípios constitucionais fundamentais voltados à tutela dos cidadãos, enquanto contribuintes.

Assim, considerando que na federação brasileira os Municípios, ao lado da União, dos Estados e do Distrito Federal, são entes públicos dotados de autonomia política e capacidade legislativa – o que dá um total aproximado de seis mil pessoas jurídicas de direito público com poder para instituir tributos –, não raro se tem visto exações instituídas em desacordo com a tipicidade e os princípios instituídos na Constituição Federal de 1988.

Diante deste quadro, o Ministério Público, como instituição constitucionalmente vocacionada a tutela dos interesses sociais (CF/88, art. 128, *caput*), tem sido uma das instituições que mais tem buscado, de forma coletivizada, promover a tutela dos cidadãos diante de tributos tidos por indevidos.

Como resposta, o Judiciário brasileiro – especialmente o Superior Tribunal de Justiça e o Supremo Tribunal Federal – tem, de forma majoritária, compreendido, em linhas gerais, que ao *Parquet* falta legitimidade para promover a tutela coletiva de direitos dos contribuintes, uma vez que os interesses discutidos em nível de ação civil pública são individualizados e disponíveis, não podendo, portanto, os mesmos serem protegidos de acordo com os regramentos do processo coletivo previstos no Código de Defesa do Consumidor, vez que não há relação de consumo entre Fisco e contribuinte.

No mesmo sentido, muitos juízes do primeiro grau de jurisdição têm afastado, em sede preliminar, a possibilidade de ação do *Parquet* no combate a tributos tidos por abusivos, baseando suas decisões no entendimento pretoriano dos tribunais superiores, acima exposto.

Diante deste quadro é de se perguntar: sob a luz da ciência do Direito Processual Coletivo, é possível a tutela metaindividual dos contribuintes pelo *Parquet*? Em que medida a legislação em vigor estabelece limites a esta atuação? Os limites impostos pela legislação ordinária são constitucionais?

Responder a tais perguntas e propor novas formas de atuação são os objetivos deste estudo.

No método científico, os questionamentos iniciais dão vida às hipóteses científicas e estas forjam o fio condutor do estudioso.

Daí porque, na ciência – e na vida –, mais importante do que apresentar respostas é o ato de se formular perguntas.

Esta é a razão pela qual as perguntas acima giram em torno da Ciência do Direito Processual – no seu ramo do Processo Coletivo.

É análise científica que nos trará respostas objetivas, afastadas, o quanto possível for, das impressões e paixões pessoais do jurista.

Será sob a luz da Ciência do Processo Coletivo que se analisará os institutos basilares da tutela coletiva pelo *Parquet*, buscando-se aferir em que medida os mesmos comportam a atuação ministerial diante da problemática tributária ora posta.

Passemos, pois, ao trabalho.

II. Analisando o posicionamento dos Tribunais Superiores

O presente trabalho defende a tese de que é possível ao Ministério Público o manejo de Ação Civil Pública para a tutela dos direitos dos contribuintes, propondo ainda novas formas de atuação, a fim de se construir espaços de atuação livres das restrições jurisprudenciais que giram em torno da matéria.

Antes, porém, de apresentarmos as fundamentações teóricas de nossa tese, cremos que, para o bom êxito deste estudo, necessário nos será analisar em quais circunstâncias a jurisprudência dos Tribunais Superiores tem dito que o Ministério Público não tem legitimidade para defender o direito dos contribuintes. Sigamos, pois.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça têm-se, por repetidas vezes, posicionado no sentido de que o Ministério Público não tem legitimidade para postular em juízo a tutela dos contribuintes, fundamentando seus acórdãos no fato de os ali direitos postulados serem divisíveis e individualizáveis – direitos individuais homogêneos, portanto.

Porém, analisando os diversos pleitos formulados pelos Ministérios Públicos Estaduais e pelo Federal, diante de um tributo tido por inconstitucional, constata-se que os pedidos formulados diziam respeito à suspensão do pagamento de tributo indevido (tutela de direito coletivo, como veremos adiante) e à repetição do valor pago indevidamente por cada contribuinte (tutela de direitos individuais homogêneos, como adiante explicitaremos). Havia, deste modo, por questões lógicas e de economia processual, a cumulação de dois pleitos em uma só ação.

Por sua vez, os Tribunais Superiores, muito embora o objeto da ação envolvesse a tutela de direitos divisíveis (individuais homogêneos) e indivisíveis (coletivos *stricto sensu*), sempre afastaram sumariamente a legitimidade do MP para a demanda tributária com base, apenas, na impossibilidade legislativa¹ da defesa ministerial de direitos individuais, divisíveis, dos contribuintes, não se manifestando adequadamente sobre a legitimidade do *Parquet* para a tutela do direito coletivo postulado – numa confusão de conceitos, que nos cumpre neste estudo demonstrar e evitar.

Neste sentido, os acórdãos do STF abaixo:

“EMENTA: CONSTITUCIONAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPOSTOS: IPTU. MINISTÉRIO PÚBLICO: LEGITIMIDADE. Lei 7.374, de 1985, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078, de 1990 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. C.F., artigos 127 e 129, III. I. - *A ação civil pública presta-se a defesa de direitos individuais homogêneos, legitimado o Ministério Público para aforá-la, quando os titulares daqueles interesses ou direitos estiverem na situação ou na condição de consumidores, ou quando houver uma relação de consumo*. Lei 7.374/85, art. 1º, II, e art. 21, com a redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625, de 1993, art. 25. II. - Certos direitos individuais homogêneos podem ser classificados como interesses ou direitos coletivos, ou identificar-se com interesses sociais e individuais indisponíveis. Nesses casos, a ação civil pública presta-se a defesa dos mesmos, legitimado o Ministério Público para a causa. C.F., art. 127, caput, e art. 129, III. III. - *O Ministério Público não tem legitimidade para aforar ação civil pública para o fim de impugnar a cobrança e pleitear a restituição de imposto - no caso o IPTU - pago indevidamente, nem essa ação seria cabível, dado que, tratando-se de tributos, não há, entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte) uma relação de consumo* (Lei 7.374/85, art. 1º, II, art. 21, redação do art. 117 da Lei 8.078/90 (Código do Consumidor); Lei 8.625/93, art. 25, IV; C.F., art. 129, III), nem seria possível identificar o direito do contribuinte com “interesses sociais e individuais indisponíveis. (C.F., art. 127, caput). IV. - R.E. não conhecido”.² (Grifo nosso).

“EMENTA: Agravo regimental em Agravo de Instrumento. 2. Recurso Extraordinário. Ação Rescisória. 3. *Ilegitimidade ativa de associação de defesa do consumidor para propor Ação Civil Pública na defesa de direitos individuais homogêneos*. Matéria devidamente prequestionada. Questão relativa às condições da ação não pode ser conhecida de ofício. 4. Empréstimo compulsório sobre a aquisição de combustíveis. Qualificação dos substituídos como contribuintes. 5. Inexistência de relação de consumo entre o sujeito ativo (poder público) e o sujeito passivo (contribuinte). 6. Precedentes do STF no sentido de que o Ministério

¹ Tal regramento, expresso no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, será adiante analisado

² Recurso Extraordinário n. 195.056-1, Paraná. Relator: Min. Carlos Velloso, p. 00030, DJ 30.05.2003.

Público não possui legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de impugnar a cobrança de tributos. 7. Da mesma forma, a associação de defesa do consumidor não tem legitimidade para propor ação civil pública na defesa de contribuintes. 8. Agravo regimental provido e, desde logo, provido o recurso extraordinário, para julgar procedente a ação rescisória”.³ (Grifos acrescidos).

Por sua vez, a decisão abaixo bem ilustra o posicionamento do STJ:

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. COBRANÇA. RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA ESTABELECIDA ENTRE A FAZENDA MUNICIPAL E O CONTRIBUINTE. **NÃO APLICABILIDADE, AO CASO, DO ARTIGO 21, DA LEI 7.347/85, POSTO QUE A REFERIDA AÇÃO PRESTA-SE À PROTEÇÃO DOS INTERESSES E DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS** QUANDO OS SEUS TITULARES SOFREREM DANOS NA CONDIÇÃO DE CONSUMIDORES. ILEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO RECONHECIDA. RECURSO ESPECIAL IMPROVIDO. 1. A ação civil pública não presta como meio adequado a obstar a cobrança da Taxa de Iluminação Pública instituída por Lei Municipal, face ao fato de que a relação jurídica estabelecida desenvolve-se entre Fazenda Municipal e o contribuinte, não revestindo este último o conceito de consumidor constante do artigo 21, da Lei 7.347/85, a autorizar o uso da referida ação. 2. **Os interesses e direitos individuais homogêneos de que trata o art. 21, da Lei 7.347/85, somente poderão ser tutelados pela via da ação coletiva, quando os seus titulares sofrerem danos na condição de consumidores.** 3. **Ilegitimidade ativa do Ministério Público reconhecida**”.⁴ (Grifos nossos).

Sistematizando os conceitos jurisprudenciais acima, chega-se à conclusão de que, de acordo com o STF e STJ, o Ministério Público não pode defender os direitos dos contribuintes em juízo quando:

- 1º) *A matéria envolver a defesa de direitos individuais homogêneos*, uma vez que...;
- 2º) ... a defesa de tais direitos vem elencada no Código de Defesa do Consumidor e...;
- 3º) ..., como a relação jurídica entre contribuinte e o Poder Público não se trata de relação de consumo, a tutela de direitos individuais homogêneos, instituto consumerista, não cabe quando da defesa de direitos tributários dos cidadãos.

Estas são as razões da jurisprudência. Analisemos agora a legislação infraconstitucional sobre esta matéria.

III. Analisando a legislação infraconstitucional: entendo os limites (inconstitucionais) da vedação

A linha jurisprudencial acima citada terminou por ser cristalizada em nossa legislação infraconstitucional através da medida provisória 2180-35/01, que acrescentou um parágrafo único ao art. 1º da Lei 7.347/85, pelo qual:

“Parágrafo único. Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional **cujos beneficiários podem ser individualmente determinados**”. (Grifos não constantes do original).

Abrindo breve parêntese, é de se lembrar que o citado parágrafo adveio de época em que o Executivo Federal dispunha do poder de editar medidas provisórias para dispor sobre matéria de Direito Processual Civil – o que atualmente já não é mais possível, dada a redação do art. 62, § 1º, I, “b”, da Constituição Federal, alterada pela Emenda Constitucional 32, de 30.09.2001.

Naquela época, o Poder Executivo, abusando do poder de legislar em situações de urgência, passava, não raro, a legislar em causa própria – como se vê, aliás, no próprio parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery assim comentam o citado dispositivo:

“Direito de ação (CF, art. 5º, XXXV). Inconstitucionalidade do par.ún. O texto constitucional proíbe a lei de excluir da apreciação do Poder Judiciário ameaça ou lesão a direito. **O parágrafo ora comentado exclui da apreciação judicial ameaça ou lesão a direito, em desobediência intolerável à Carta Magna e, portanto,**

³ AI-Agr. 382298, Rio Grande do Sul. Relator: Min. Carlos Velloso, p. 00053, DJ 28.05.2004.

⁴ (Recurso Especial – 177804. Processo: 199800421807, UF: SP. Órgão julgador: Primeira Turma. Relator José Delgado, p.67, DJ 26.10.1998).

ao estado democrático de direito (CF 1º, *caput*). Ainda que se entenda que a norma comentada apenas 'limitaria' o pedido judicial, na verdade proíbe o ajuizamento de ação coletiva nos casos que enumera. ***É flagrante a inconstitucionalidade, notadamente porque a norma é oriunda do Chefe do Poder Executivo federal, que legisla em causa própria e proíbe que o Poder Judiciário examine pretensões coletivas contra atos dele, Poder Executivo.*** A proporcionalidade, a razoabilidade e a moralidade administrativa (CF 37, *caput*) são desrespeitadas pelo parágrafo incluído pela MedProv 2180-35 6º. O Poder Judiciário não poderá dar cumprimento a essa norma inconstitucional".⁵ (Grifos acrescidos).

Feita esta breve digressão histórica, deve-se lembrar que a interpretação do citado parágrafo há de ser feita no seu todo e não por partes do texto.

Assim, o que vedou o legislador – aliás, o administrador – é a tutela em ação civil pública de interesses individuais homogêneos, pois a expressão ao final "cujos beneficiários podem ser individualmente determinados", demonstra que o dispositivo diz respeito aos direitos individuais (homogêneos), vez que a titularidade dos direitos difusos e coletivos, dada a natureza não fragmentável de tais direitos, não é passível de individualização, conforme veremos a seguir.

Neste sentido a lição da doutrina especializada:

"A edição de medidas provisórias pelo Poder Executivo chegou ao absurdo de revogar diplomas legais, fugindo, completamente ao escopo constitucional para a excepcional atividade legislativa do Presidente da República. Mencionada Medida Provisória, de certa forma, ***consolida a tendência jurisprudencial mais recente, cerceando a atividade do Ministério Público como parte ativa nas ações civis públicas no que concerne à tutela de direitos individuais homogêneos, em matéria tributária***, previdenciária e relativamente ao FGTS. Não podemos deixar de registrar nossa crítica, que é a mesma feita por juristas de peso, no que toca à inconstitucionalidade do uso arbitrário e desregrado de Medidas Provisória, que alteram textos de leis promulgadas de forma legítima, submetidas a um processo legislativo que lhes confere inquestionável legitimidade. O Ministério Público é o guardião da ordem jurídica não podendo ter cerceada sua atuação, nem inibida sua atividade, quer por equivocadas decisões, *maxima venia*, de Tribunais Superiores, quer pela arbitrariedade do Poder Executivo".⁶ (Grifos nossos).

Sendo assim, de acordo com as interpretações constitucional, histórica e sistemática – sobre esta última nos debruçaremos com vagar logo a seguir –, nenhuma vedação legal há para que o Ministério Público promova a tutela de direito coletivo em sentido estrito em matéria de tributos – a vedação (inconstitucional) é para que a ação civil pública verse sobre matéria tributária em torno de direitos individuais homogêneos.

Deste modo, pelo que vem até o momento sendo exposto, pode-se concluir que resta ainda uma possível margem de atuação sobre a qual não paira nenhum tipo de vedação legal ou jurisprudencial, relativamente à tutela dos direitos coletivos em sentido estrito dos contribuintes. Esta é a tese central deste estudo.

Para que possamos, porém, nos desincumbir de nossa proposta, necessário é, inda que brevemente, distinguirmos os dois objetos mais comuns em ação civil pública tributária: os direitos individuais homogêneos e os direitos coletivos *stricto sensu*.

IV. Da necessária diferenciação entre direitos coletivos 'stricto sensu' e direitos individuais homogêneos

Diante da cobrança tida por indevida de tributos e vindo o Ministério Público a ajuizar ação em prol dos lesados, na qual se pede a suspensão da cobrança tributária e a restituição do que foi pago indevidamente, o Poder Judiciário se vê ante dois pedidos: um de natureza indivisível; outro essencialmente divisível.

Ambos os pleitos giram em torno de pessoas identificáveis – no caso aqueles que contribuem, o que exclui da demanda a análise de direitos difusos, cujos titulares não são identificáveis (art. 81, parágrafo único, I, da Lei 8.078/90).

O direito coletivo em sentido estrito para que se busca tutela é o afastamento da tributação tida por inconstitucional. A repetição do que foi pago de forma indevida pelo contribuinte representa direito de natureza divisível, variável caso a caso, sendo, portanto, direito individual homogêneo.

Desta forma, entendemos necessário, primeiramente, distinguir, de acordo com a mais abalizada doutrina, os

⁵ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante*. 7ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.1.312.

⁶ CARNEIRO, Ângela Teresa Gondim. "Ação Civil Pública: a legitimidade do Ministério Público para a defesa de interesses individuais homogêneos" in CARVALHO ROCHA, João Carlos de... (et al). *Ação civil pública: 20 anos da Lei 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 255

direitos coletivos *stricto sensu* dos direitos individuais homogêneos, vez que a confusão entre tais institutos tem abundado na jurisprudência pátria, levando muitos magistrados, não raro, a cometer sérias injustiças quando da tutela de direitos da coletividade.

Segundo o art. 81 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.079/90), a defesa coletiva pode ter como objeto:

“I – (omissis);

II – interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste Código, os transindividuais de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica-base;

III – interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.”

A legislação pátria, portanto, apresenta como uma das principais notas características do *direito coletivo* a sua “natureza indivisível”⁷, i.e., o objeto de tal direito é indivisível.

Assim, a lesão a um direito de natureza coletiva *stricto sensu* representa lesão, em mesma intensidade, para todo o grupo, categoria ou classe de pessoas. No interesse coletivo, uma pessoa não será mais lesada do que a outra; todas o serão do mesmíssimo modo, pois o interesse em tela não é passível de cisão. De igual modo, a reparação da lesão representa a solução do conflito para todo o grupo de pessoas envolvidas. Daí a lição de Kazuo Watanabe:

“Mas, por outro lado, a natureza indivisível dos interesses ou direitos “coletivos” ensejará, não raro, a proteção de pessoas não pertencentes às associações autoras de ações coletivas. Não foi por outra razão que inc. II do art. 103 estabeleceu que a sentença proferida nessas ações coletivas fará coisa julgada *ultra partes* “limitadamente ao grupo, categoria ou classe”. Vale dizer, se uma ação coletiva é proposta, por exemplo, por um sindicato e ela é julgada procedente a coisa julgada beneficiará não somente os seus filiados, como também todos os demais membros da mesma categoria, ainda que alguns deles não estejam filiados ao sindicato autor (...). O mesmo se pode dizer em relação à demanda coletiva ajuizada por Associação de Pais de Alunos contra uma ou várias escolas. Desde que objetive ela um provimento jurisdicional comum a todos que tutele, de modo uniforme, o interesse ou direito indivisível de todos alunos, por exemplo, o critério para atualização das mensalidades, a coisa julgada, se favorável à Associação, beneficiará todos, inclusive os alunos que não estejam a ela filiados. Estamos diante de uma ação coletiva para a tutela de interesses ou direitos coletivos, de natureza indivisível”.⁸

Por sua vez, os direitos individuais homogêneos têm natureza divisível, conforme nos ensina Pedro Lenza:

“Por seu turno, os interesses *individuais homogêneos* caracterizam-se por sua divisibilidade plena, na medida em que, além de serem os seus sujeitos determinados, não existe, por regra, qualquer vínculo jurídico ou relação jurídica-base ligando-os, sendo que, em realidade, a conexão entre eles decorre de uma origem comum, como, por exemplo, o dano causado à saúde individual de determinados indivíduos, em decorrência da emissão de poluentes no ar por uma indústria. Diante disto, é perfeitamente identificável o prejuízo individual de cada qual, podendo-se dividir (cindir) o interesse, efetivando-se a prestação jurisdicional de maneira correlacionada ao dano particular”.⁹

Arrematando a questão e trazendo-nos exemplo que bem pode servir ao caso concreto, afirma Lenza:

“Por *interesses* ou *direitos coletivos*, podem ser elencados os seguintes exemplos: a) ***o aumento ilegal das prestações de um consórcio: o aumento não será mais ou menos ilegal para um ou outro consorciado. A declaração de ilegalidade produzirá efeitos para o todo, sendo, portanto, indivisível, internamente, o direito da coletividade. Uma vez quantificada a ilegalidade (comum a todos), cada qual poderá individualizar o seu prejuízo, passando a ter, então, disponibilidade do seu direito. Eventual restituição dos valores caracterizaria proteção a interesses individuais homogêneos***”.¹⁰ (Grifos acrescidos).

⁷ As demais notas características e diferenciadoras dos direitos metaindividuais, assim como a análise do *direito difuso* não serão aqui analisadas, para não se fugir aos fins imediatos deste trabalho.

⁸ Kazuo Watanabe in GRINOVER, Ada Pellegrini... (et al.). **Código brasileiro de defesa do consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 724.

⁹ LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 76.

¹⁰ LENZA, Pedro, *op cit*, pp. 105 e 106.

Pois bem, no caso em mãos, vê-se que a lição acima se nos afigura perfeita para distinguir o que se normalmente tutela na ACP tributária: o afastamento da cobrança ilegal (inconstitucional) de um tributo municipal, questão comum a todos os contribuintes de determinado município, p.ex., (direito coletivo em sentido estrito), e o pagamento do que foi pago individualmente por cada contribuinte (direito individual homogêneo).

Havendo, por exemplo, inconstitucionalidade na base de cálculo de determinado tributo, tal vício se dará na mesma intensidade para todos os cidadãos tributados. Não é mais nem menos inconstitucional para aqueles contribuintes – o é para todos na mesma medida.

O valor pago por cada contribuinte, este sim, é individualmente variável, tendo, portanto, objeto divisível – daí ser típico direito individual homogêneo.

Assim, ante tudo o que foi dito até agora, pode-se concluir que, caso a ação civil tenha por objeto apenas a tutela um direito coletivo em sentido estrito, estará o Ministério Público, neste momento, trazendo ao conhecimento do Judiciário tese jurídica que não é vedada pelos nossos Tribunais Superiores – ***o que estes vedam é a tutela dos direitos individuais homogêneos dos contribuintes, e não a de um direito coletivo (senso estrito) dos contribuintes.***

É certo que entendemos ser plenamente cabível a tutela de direitos individuais homogêneos pelo *Parquet* em quaisquer tipos de relação jurídica (e não só em matéria consumerista) desde que verificada a relevância social desta atuação – e em matéria de impostos, dada a dispersão dos lesados e a natureza do bem tutelado (normalmente associado a direitos indisponíveis como a moradia, a segurança pública e o meio ambiente) esta relevância estará plenamente caracterizada.

Porém, mais por uma questão estratégica do que por uma questão científica, o que gizamos neste momento é que há profunda diferença conceitual entre o pedido de suspensão de um tributo e o de ressarcimento dos contribuintes lesados, vez que tais direitos têm diferente natureza – o primeiro sendo direito essencialmente coletivo; o segundo acidentalmente coletivo, ou seja, os direitos são individuais, porém recebem tratamento coletivizado, a fim de se propiciar a tutela jurisdicional oportuna de pessoas em condições semelhantes de lesão.

Ocorre que a diferença ora apontada não tem sido devidamente observada por nossos tribunais.

V. Encontrando um espaço de ação para a defesa do direito coletivo dos contribuintes

Conforme demonstramos, a jurisprudência pátria tem vedado a tutela do direito dos contribuintes por serem os mesmos “disponíveis, divisíveis e individualizáveis”, conforme ilustra o acórdão abaixo:

“PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ILEGITIMIDADE ATIVA. MINISTÉRIO PÚBLICO. SÚMULA 83/STJ. 1. O Ministério Público não tem legitimidade para promover ação civil pública ***com o objetivo de impedir a cobrança de tributos*** na defesa de contribuintes, ***pois seus interesses são divisíveis, disponíveis e individualizáveis***, oriundos de relações jurídicas assemelhadas, mas distintas entre si. ***Contribuintes não são consumidores***, não havendo como se vislumbrar sua equiparação aos portadores de direitos difusos ou coletivos. Precedentes. 2. ‘Não se conhece de recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida’ (Súmula 83/STJ). 3. Recurso especial improvido”. (REsp 799712 / PA. Min. Carlos Meira. DJ 20.02.2006). (Grifos acrescidos).

Ora, é cristalino que a jurisprudência acima, com base na qual se tem vedado a tutela pelo Ministério Público do interesse de contribuintes, versa sobre a tutela de direitos “*individuais, divisíveis, disponíveis e individualizáveis*”, ou seja, a *defesa de direitos individuais homogêneos*.

Como demonstramos acima, muito embora não concordemos com tal vedação, não se pode confundir, como confunde a jurisprudência acima, o *interesse coletivo em sentido estrito* com o *interesse individual homogêneo*. ***O primeiro é indivisível; o segundo é divisível. O primeiro não é suscetível de individualização*** por ser essencialmente coletivo; o segundo *é individualizável* por ser, como o denomina a doutrina, acidentalmente coletivo; ***ao primeiro é vedada pelo STJ a tutela pelo Parquet; ao segundo, sustentamos, a tutela é possível por ausência de vedação legal e jurisprudencial.***

O “objetivo de impedir a cobrança de tributos”, citado no último acórdão citado, conforme visto, representa um direito de natureza essencialmente coletiva – e não um individual homogêneo, por natureza divisível.

Portanto, vendo os argumentos dos Tribunais Superiores, vemos que ***o que se efetivamente veda é a tutela do interesse individual homogêneo dos contribuintes, e não do interesse coletivo ‘stricto sensu’ daqueles cidadãos.***

A doutrina especializada na matéria também vem, a par do que afirmamos neste estudo, mostrando o equívoco da jurisprudência em torno da diferenciação dos direitos metaindividuais, como abaixo indicamos:

“Em muitas ações civis públicas intentadas pelo Ministério Público, a jurisprudência viu a defesa dos interesses individuais homogêneos (art. 81, parágrafo único, III, do CDC), quando uma análise mais acurada revelaria a presença de interesses coletivos stricto sensu (art. 81, parágrafo único, II). Em geral, a jurisprudência considera tratar-se de interesses individuais homogêneos quando: a) ação civil pública, ainda que intentada na defesa de grupo numeroso, resulta em vantagem capaz de ser quantificada

individualmente (divisível); b) o indivíduo poderia, por meio de advogado, assegurar a defesa do próprio direito. Foram consideradas assim ações ajuizadas na defesa dos contribuintes e dos usuários de serviços públicos. *Contudo, pode-se observar que freqüentemente essas ações perseguiram uma medida de caráter indivisível, como quando, notadamente, pleiteia-se a invalidação de um ato administrativo; com efeito, essa invalidação deverá produzir efeitos erga omnes, aproveitando assim a todos os interessados. Ter-se-iam 'in casu' interesses coletivos 'stricto sensu' e não interesses individuais homogêneos. Kazuo Watanabe adverte que a distinção não tem sido feita com o rigor necessário pelos tribunais pátrios. (...) É a identidade das situações que vai aconselhar o tratamento uniforme dos conflitos por meio das ações coletivas, como a ação civil pública*".¹¹ (Grifos acrescentados).

Reforçando a explicação: quando da tutela dos contribuintes em matéria tributária, é comum que o Ministério Público peça, na mesma ação civil pública, dois pedidos de natureza diversa¹²: a sustação do pagamento (pedido de natureza indivisível) e a repetição do indébito (objeto de natureza divisível).

Em tais situações, muitos tribunais e juízes têm negado a legitimidade do *Parquet* com base em apenas um dos fundamentos da demanda (o interesse individual homogêneo) por entenderem que o direito a que se busca a tutela é de natureza divisível, *deixando de analisar, devidamente, o pedido em torno do direito coletivo 'stricto sensu'*.

Portanto, os tribunais vedam, no caso, a ação do Ministério Público com base em apenas um dos fundamentos (a tutela de direitos individuais homogêneos), sem se manifestar quanto ao direito coletivo em sentido estrito, de natureza indivisível, e confundindo os elementos básicos do processo coletivo.

Arrematando nosso posicionamento encontramos o abalizado magistério de Kazuo Watanabe, um dos principais idealizadores pátrios do sistema brasileiro do processo coletivo e co-autor da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor):

"(9) AS DISTINÇÕES CONCEITUAIS ACIMA EXPOSTAS NÃO TÊM SIDO OBSERVADAS NA PRÁTICA COM A PRECISÃO DESEJÁVEL: (...) No caso, porém, pelo objeto litigioso (causa de pedir e pedido) deduzido pelo Ministério Público, o que se tem é o pedido de tutela de um bem indivisível de todo o grupo, atacando o reajuste das mensalidades enquanto dirigida globalmente a todos os alunos. O pedido é de adequação das mensalidades cobradas pela ré (escola particular) às normas de reajuste fixadas pelo Conselho Estadual de Educação. Não se buscou a reparação da repercussão dessa exigência na esfera jurídica particular de cada um dos alunos (devolução das importâncias indevidamente cobradas), hipótese em que teríamos interesses individuais homogêneos".¹³ (Grifos acrescentados).

O admoestação é totalmente aplicável ao caso analisado, pois, no exemplo citado por Watanabe, atacou o *Parquet* a forma de cobrança de uma prestação escolar; nas ações ministeriais tributárias, o MP ataca a forma de cobrança de um tributo. Em uma e na outra hipótese, há interesse coletivo em sentido estrito, que não se confunde com a reparação individualizada do dano – que é interesse individual homogêneo.

A suspensão da exação – que tem, p.ex., base de cálculo inconstitucional – é pedido que servirá, automaticamente, a toda a coletividade dos cidadãos afetados, de forma indistinta.

Exemplificando: a base de cálculo de um tributo que não respeite a capacidade contributiva da população tributada não será mais inconstitucional para uns cidadãos e menos inconstitucional para outros, mas o é para todos indistintamente – daí ser indivisível; daí ser um direito coletivo em sentido estrito.¹⁴

A tutela de um direito individual homogêneo significa a *repetição do indébito*, quando, aqui sim, há outro objeto, substancialmente diverso, de natureza divisível e variável caso a caso, de acordo com o que cada pessoa tivesse pago.

VI. Propondo uma nova forma de atuação em ação civil pública tributária: isolando a demanda em torno do direito coletivo 'stricto sensu'

Assim, o que buscamos neste trabalho é uma nova forma de atuação ministerial em prol dos direitos dos contribuintes, buscando-se, para tanto: 1º) *tutelar apenas um destes direitos, o coletivo*; ou 2º) *tutelá-lo isoladamente, em feito diverso do que se tutelaria o direito individual homogêneo*, a fim de: a) explicitar aos tribunais que

¹¹ FONTES, Paulo Gustavo Guedes. "A legitimidade do Ministério Público para a defesa dos interesses individuais homogêneos: importância em face do caráter individualista do controle judicial da Administração no Brasil" in CARVALHO ROCHA, João Carlos de... (et al). *Ação civil pública: 20 anos da Lei 7.347/85*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, pp. 269/270.

¹² Esta, aliás, foi a iniciativa do Promotor de Justiça de Mossoró que atacou, por fundamentos diversos desta ação, a COSIP em Tibau.

¹³ WATANABE, Kazuo. "Comentários ao Capítulo I, Título III, do Código de Defesa do Consumidor" in GRINOVER, Ada Pellegrini (et al). *Código de defesa do consumidor comentados pelos autores do anteprojeto*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000, p. 729.

¹⁴ Vide, a propósito, os itens 24 a 26 da inicial, nos quais analisamos pormenorizadamente o ponto ora discutido.

os pedidos acima indicados não se podem confundir, o que de regra ocorre, e; b) buscar um espaço de ação livre do impedimento jurisprudencial e legal, a fim de se tutelar os contribuintes de algumas exações absolutamente inconstitucionais e desarrazoadas que avassalam a capacidade contributiva de nosso povo.

Desta forma, à ação civil pública proposta nestes moldes será impossível opor a conhecida preliminar vedando a atuação ministerial para a tutela de um direito individual homogêneo, já que haverá a indicação inicial de que o feito gira em torno de interesse essencialmente indivisível (no caso, o direito coletivo em sentido estrito).

Neste caso, se o juízo determinasse a repetição do indébito, o julgamento, nesta parte, seria *extra petita* e, portanto, reformável, pois tal tutela não se busca nesta ação.

É certo que seria possível e ideal – e até lógico – o manejo de uma única ACP para a tutela dos dois direitos, o coletivo e o individual homogêneo, como, aliás, já vem normalmente ocorrendo.

Porém, no atual estágio de involução da jurisprudência e legislação pátria (pois se observa a negativa maciça da tutela coletiva ordinária em matéria tributária) e, pior, diante da confusão entre dois institutos basilares do processo coletivo, o interesse coletivo e o interesse individual homogêneo (pois os tribunais vedam a tutela destes dois direitos, muito embora a negativa se refira a apenas um deles, o individual homogêneo), necessário é que se busque uma nova estratégia de tutela dos direitos dos cidadãos contribuintes.

VII. Conclusão: Síntese Dogmática das Proposições

Ante todo o exposto, o presente trabalho propõe o reconhecimento de que:

- (i). O Poder Judiciário brasileiro, em ação civil pública de natureza tributária, não tem distinguido adequadamente o *direito coletivo 'stricto sensu'* dos *direitos individuais homogêneos* postulados;
- (ii). A vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85 diz respeito à tutela em ação civil pública de direitos individuais homogêneos, não havendo vedação legal para a tutela do direito coletivo dos contribuintes, representado pelo afastamento da cobrança indevida.
- (iii). A própria vedação contida no parágrafo único do art. 1º da Lei 7.347/85, com relação à tutela em ação civil pública de direitos individuais homogêneos, é inconstitucional por não permitir o acesso à jurisdição de uma infinidade de brasileiros que não dispõe de recursos para contratar um advogado.
- (iv). É importante e estratégico que os membros do Ministério Público brasileiro manejem em ações distintas a tutela de direito individual homogêneo (repetição do indébito) e a tutela de direito coletivo em sentido estrito (afastamento da tributação indevida), a fim de se evidenciar ao Judiciário o equívoco na análise destes conceitos.

A EFETIVA PROTEÇÃO DAS ÁREAS DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE E DE RESERVA LEGAL COMO PRESSUPOSTO PARA A CONCESSÃO DE LICENÇA AMBIENTAL

Luciano Taques Ghignone

Promotor de Justiça/BA

1. O licenciamento ambiental como expressão do dever do Poder Público de preservar o meio ambiente:

O capítulo dedicado ao meio ambiente na Constituição da República é inaugurado por dispositivo que, à primeira vista, aparenta ter conteúdo meramente exortativo, mas do qual se extraem importâncias conseqüências práticas. Trata-se do art. 225 da Carta Federal, que dispõe o seguinte:

“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”.

Este dispositivo possui evidente força normativa, cuja concretização depende tanto da conduta conforme dos particulares, quanto do Poder Público. Neste sentido, ensina J. J. Gomes Canotilho:

“A força normativa da Constituição ambiental dependerá da concretização do programa jurídico-constitucional, pois qualquer Constituição do ambiente só poderá lograr força normativa se os vários agentes – públicos e privados – que actuem sobre o ambiente o colocarem como fim e medida de suas decisões.”¹

No presente texto examinaremos um aspecto específico do descumprimento deste preceito, bem como o papel do Ministério Público no combate a este defeito de implementação que agride a força normativa do referido comando constitucional.

O aspecto a ser examinado refere-se à omissão do Poder Público em defender e preservar o meio ambiente, omissão esta que se caracteriza pela reiterada concessão de licenças ambientais para empreendimentos que não cumpriram uma de suas mais importantes obrigações de natureza ambiental, qual seja, a de preservar as áreas de proteção permanente e de reserva legal instituídas pelo Código Florestal.

A licença ambiental é um dos mais importantes instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, encontrando-se prevista no art. 9º, IV, da Lei Federal nº 6.938/81, nos seguintes termos:

“Art 9º. São instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente:

IV - o licenciamento e a revisão de atividades efetiva ou potencialmente poluidoras;”

Este preceito legal conduz à conclusão de que a exigência de licença ambiental atinge toda e qualquer atividade antrópica que possa causar poluição, num rol aberto que não se prende à natureza da atividade a ser desenvolvida, mas sim ao impacto efetivo ou potencial que causará no meio ambiente. Este raciocínio é confirmado pelo art. 10 do citado diploma legal, que estabelece:

¹ *In Direito Constitucional Ambiental Português: tentativa de compreensão de 30 anos das gerações ambientais no direito constitucional português*, “Direito Constitucional Ambiental Brasileiro”, São Paulo: Saraiva, 2007, p. 05.

“Art. 10. A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, considerados efetiva e potencialmente poluidores, bem como os capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental, dependerão de prévio licenciamento de órgão estadual competente, integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis - IBAMA, em caráter supletivo, sem prejuízo de outras licenças exigíveis.”

O licenciamento constitui um procedimento administrativo conduzido pelo órgão ambiental, com o propósito de disciplinar a localização, instalação, operação ou ampliação de empreendimentos efetiva ou potencialmente poluidores, conforme determina a Resolução Conama nº 237/97:

“Art. 1º. Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições:

I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso.

Atente-se para o que consta na parte final do citado dispositivo: é fundamental que o órgão ambiental efetue a análise dos pedidos de licenciamento que lhe são dirigidos “considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso”. Esta ressalva é, em verdade, supérflua: não há dúvidas de que o Poder Público apenas pode licenciar empreendimento que comprove estar de acordo com a lei. Por se tratar a licença ambiental de um procedimento administrativo juridicamente regulado (portanto sujeito à cláusula do *due process of law*), sua concessão traz como pressuposto lógico a conformidade do postulante com a legislação que rege a matéria. Sem a satisfação deste pressuposto, não se pode avançar nas etapas seguintes do procedimento licenciatório. Neste sentido, leciona Paulo de Bessa Antunes:

“O licenciamento ambiental, em geral, pressupõe que toda uma série de questões sejam levadas em consideração para sua concessão. Em primeiro lugar, obviamente, há que se considerar que a concessão da licença deve estar atenta para o fato de que devem ser totalmente atendidas as exigências da legislação ambiental.”²

Assim, a análise do cumprimento das exigências legais é uma etapa antecedente à concessão da licença ambiental. O órgão ambiental somente pode conceder licença para empreendimento que comprove estar previamente de acordo com a legislação pertinente. Conceder licença ambiental para empreendimento que não demonstrou o cumprimento de obrigações ambientais legalmente impostas é o mesmo que licenciar uma situação de ilegalidade. Ao agir desta maneira, o Poder Público está expedindo ato administrativo convalidando uma situação contrária à lei e, portanto, a desconsiderando – o que é o oposto do que determina o art. 1º, I, da Resolução Conama nº 237. Em se tratando de legislação ambiental, a desconsideração de seus preceitos, além de configurar uma ilegalidade sob o aspecto formal, representa, sob o aspecto material, déficit na proteção do meio ambiente e, portanto, descumprimento do imperativo constitucional acima referido.

2. O dever legal de preservar as áreas de preservação ambiental e de reserva legal:

Conforme referido no tópico acima, a autoridade licenciadora deverá atentar para a adequação do empreendedor a todas as normas legais e regulamentares pertinentes.

É frequente que o empreendimento cuja licença é postulada encontre-se localizado em imóvel no qual se verifique a presença de uma ou mais espécies de área de preservação permanente, dentre aquelas enunciadas nos art. 2º e 3º do Código Florestal³. Por outro lado, se o imóvel estiver localizado na zona rural, incide, também, a obrigação de averbação e preservação da reserva legal, conforme determina o referido diploma legal⁴. Nestes casos,

² In “Direito Ambiental”, 7ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 141/142.

³ O conceito de área de proteção permanente encontra-se no art. 1º, II, da Lei Federal nº 4.771/65, que dispõe o seguinte: “Art. 1º (...) 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 paisagem, a estabilidade geológica, a biodiversidade, o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem estar das populações humanas.”

⁴ O conceito de reserva legal é dado pelo art. 1º, III, da Lei Federal nº 4.771/65, conforme segue: “Art. 1º (...) 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 de fauna e flora nativas.”

incumbe ao empreendedor preservar estas áreas (quando se verificar que se mantém intactas as características que justificam sua proteção ambiental) ou recompô-las (quando, por qualquer motivo, tenham sofrido degradação que lhes tenha retirado ou diminuído os atributos legalmente protegidos).

Observe-se que a obrigação imposta pelo Código Florestal é de preservar ou recompor. Neste sentido, dispõe o art. 16, "caput" e § 2º, da Lei Federal nº 4.771/65:

Artigo 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 sejam mantidas, a título de reserva legal, no mínimo:"

Assim, a lei estabelece, de forma clara, a proibição de supressão das áreas de preservação permanente, bem como o dever de manutenção das áreas de reserva legal. Nem poderia ser diferente: em se tratando de legislação de cunho ambiental, a finalidade da norma jurídica é, necessariamente, a efetiva proteção do equilíbrio do meio ambiente. Lembre-se que esta é a única interpretação consonante com o art. 225, "caput", da Constituição Federal, que impõe ao Poder Público o dever de preservar o meio ambiente. Não bastasse este argumento, extraem-se do Código Florestal outros dispositivos que externam, de forma inequívoca, o escopo do citado diploma legal. Cite-se, primeiramente, o art. 18, que determina o seguinte:

"Artigo 18. Nas terras de propriedade privada, onde seja necessário o florestamento ou o reflorestamento de preservação permanente, o Poder Público Federal poderá fazê-lo sem desapropriá-las, se não o fizer o proprietário."

À luz deste dispositivo legal, o dever de recompor as áreas de preservação permanente que se encontrem degradadas é de tal relevância que, não sendo cumprido pelo proprietário, poderá ser executado, de forma cogente, pelo Poder Público.

Além disso, no que diz respeito às áreas de reserva legal, extrai-se do art. 44 o seguinte trecho:

"Artigo 44. O proprietário ou possuidor de imóvel rural com área de floresta nativa, natural, primitiva ou regenerada ou outra forma de vegetação nativa em extensão inferior ao estabelecido nos incisos I, II, III e IV do art. 16, ressalvado o disposto nos seus §§ 5º e 6º, deve adotar as seguintes alternativas, isoladas ou conjuntamente:

I - recompor a reserva legal de sua propriedade mediante o plantio, a cada três anos, de no mínimo 1/10 da área total necessária à sua complementação, com espécies nativas, de acordo com critérios estabelecidos pelo órgão ambiental estadual competente;

II - conduzir a regeneração natural da reserva legal; e

III - compensar a reserva legal por outra área equivalente em importância ecológica e extensão, desde que pertença ao mesmo ecossistema e esteja localizada na mesma microbacia, conforme critérios estabelecidos em regulamento.

Os dispositivos legais acima transcritos demonstram de maneira clara que o dever principal (o dever propriamente ambiental, poderíamos dizer) que incide sobre os proprietários ou possuidores consiste na efetiva manutenção das áreas de preservação permanente e de reserva legal ou, em caso de desfalque relativamente aos limites legalmente estabelecidos, na sua recomposição ou compensação por área equivalente. Este são, repita-se, os deveres que atendem à finalidade protetiva almejada pelo Código Florestal.

É certo que, neste contexto, a Lei Federal nº 4.771/65 estabelece deveres acessórios, dentre os quais o de averbar a área de reserva legal (em se tratando de propriedade rural) ou de formalizá-la através de termo de ajustamento de conduta (em se tratando de posse rural). Com efeito, dispõe o art. 16, §§ 8º, 9º e 10º:

Art. 16. (...)

(...)

§ 8º - A área de reserva legal deve ser averbada à margem da inscrição de matrícula do imóvel, no registro de imóveis competente, sendo vedada a alteração de sua destinação, nos casos de transmissão, a qualquer título, de desmembramento ou de retificação da área, com as exceções previstas neste Código.

§ 9º - A averbação da reserva legal da pequena propriedade ou posse rural familiar é gratuita, devendo o Poder Público prestar apoio técnico e jurídico, quando necessário.

§ 10 - Na posse, a reserva legal é assegurada por Termo de Ajustamento de Conduta, firmado pelo possuidor com o órgão ambiental estadual ou federal competente, com força de título executivo e contendo, no mínimo, a localização da reserva legal, as suas características ecológicas básicas e a proibição de supressão de sua vegetação, aplicando-se, no que couber, as mesmas disposições previstas neste Código para a propriedade rural."

Todavia, não se pode esquecer que a averbação ou a formalização de termo de ajustamento de conduta são deveres acessórios. Isso significa – e aí reside o primeiro ponto fundamental da tese – que o proprietário ou possuidor não cumpre os deveres estabelecidos pela Lei Federal nº 4.771/65 simplesmente averbando a área de reserva legal no Cartório de Registro de Imóveis ou documentando-a por meio de termo de ajustamento de conduta. Os deveres que lhes são impostos pelo Código Florestal consistem em mais do que isso: cumpre-lhes manter ou recompor as áreas protegidas pelo citado diploma legal.

Sendo assim, o proprietário que possui a área reserva legal devidamente averbada, mas que, na realidade, não se encontra efetivamente demarcada e preservada (ou em fase de recomposição) no interior de seu imóvel, está em desacordo com o que determina o Código Florestal e, portanto, sujeita-se à ação fiscalizatória do Poder Público.

3. Da preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal como pressupostos da concessão da licença ambiental:

Esta situação deve ser analisada nos processos de licenciamento ambiental. Não é, todavia, o que a experiência cotidiana revela. Consagrou-se na rotina licenciatória dos órgãos ambientais a praxe de exigir, para a emissão da licença, apenas a averbação da reserva legal, ou, o que é pior, estabelece-la como um dos condicionantes da licença concedida. Ao agir desta forma, o órgão ambiental descumprimenta flagrantemente o que determina o Código Florestal.

Conforme destacado acima, o licenciamento ambiental tem como finalidade o cumprimento das disposições legais pelo empreendedor. Somente após a verificação deste cumprimento é que a licença ambiental pode ser concedida. Posto isso, ao observar que o empreendimento cujo licenciamento é postulado encontra-se em imóvel sujeito às restrições do Código Florestal, o órgão licenciador deve determinar ao empreendedor que, além de apresentar a averbação da reserva legal (ou o termo de ajustamento de conduta devidamente formalizado), comprove que esta e as áreas de preservação permanente encontram-se delimitadas e preservadas. Caso não se encontrem preservadas, deve comprovar que está adotando medidas para a sua recomposição. Sem isto, o órgão ambiental não está atendendo ao dever de verificar o cumprimento dos dispositivos nucleares do Código Florestal por parte do empreendedor. A licença ambiental somente pode ser emitida de forma correta após a comprovação da satisfação destas exigências legais.

Esta conclusão não demanda especial esforço de argumentação, posto que a licença ambiental, como ato administrativo que é, vincula-se ao princípio da juridicidade administrativa e, portanto, aufere sua validade do respeito e vinculação aos preceitos normativos que incidem no caso. Neste sentido, ensina Gustavo Binimbojm:

“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 – a lei formal. Essa vinculação, ao revés, dá-se em relação ao ordenamento jurídico como 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), que aludia Hauriou, que encontra melhor enunciação, para os dias de hoje, no que Merkl chamou de *princípio da juridicidade administrativa*.”⁵ (grifos no original)

Aplicando-se a lição acima transcrita ao caso sob exame, constata-se que, em decorrência do princípio da juridicidade, o procedimento de licenciamento ambiental vincula-se, em primeiro lugar, ao art. 225, “caput”, da Constituição Federal, de forma que o Poder Público deve conduzi-lo dentro do escopo de preservar o meio ambiente. Uma das formas principais através das quais o Poder Público zela pela preservação ambiental é, justamente, respeitando e fazendo respeitar a legislação que trata desta matéria. Esta é a maneira através da qual se garante a consagração do princípio da juridicidade no âmbito da administração ambiental. Posto isso, no bloco de legalidade a ser examinado pela autoridade ambiental quando da apreciação do requerimento de licença inserem-se os dispositivos legais que impõem a preservação ou recuperação das áreas de preservação permanente e de reserva legal (arts. 16, “caput”, 18 e 44, I, II e III, do Código Florestal).

Sob esta ótica, é questionável a licitude de licença ambiental concedida com a singela averbação, constando, como condicionante, a obrigação de delimitar e preservar/recompor. De fato: tratando-se de deveres legais que obrigatoriamente serão levados em consideração no procedimento de licenciamento ambiental, a teor do contido no art. 1º, I, da Resolução Conama nº 237/97, possuem a natureza de pressupostos necessários à concessão da licença. Seu aferimento deve, a rigor, anteceder a concessão da licença ambiental, e não sucedê-la, na forma de condicionante. Todavia, a concessão da licença com o estabelecimento da referida condicionante apresenta menor agressão ao

⁵ In “Uma Teoria do Direito Administrativo”, Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 142.

bloco de legalidade que orienta a administração pública ambiental. Com efeito: embora o órgão licenciador reconheça, nesta hipótese, a falta de cumprimento do dever legal pelo empreendedor, reforça a necessidade de seu adimplemento através de sua explicitação como condição a ser cumprida durante o prazo de validade da licença.

Mais grave é o caso, igualmente freqüente, de concessão de licença ambiental para empreendimento a ser implantado em imóvel rural sem que o empreendedor sequer apresente a averbação da reserva legal, ficando inserida, como condicionante, a singela obrigação de efetuar a referida averbação junto ao Cartório de Registro de Imóveis (ou a formalização do termo de ajustamento de conduta). Percebe-se que, nesta hipótese, o efetivo cumprimento do que determina o Código Florestal, através da delimitação e preservação/recomposição, não antecede nem sucede a licença ambiental: é solenemente ignorado, satisfazendo-se o órgão ambiental com o mero cumprimento do dever cartorário, burocrático e acessório de averbar a reserva legal ou formalizar o termo de ajustamento de conduta. Via de consequência, o meio ambiente fica desamparado da proteção que lhe devia dispensar, por expressa injunção constitucional, o órgão público licenciador, expondo-se a flora local à supressão e à omissão do empreendedor em recompô-la, sem que isso jamais lhe seja exigido pela autoridade competente. A praxe de se limitar a exigir do empreendedor apenas o documento que comprova a averbação da reserva legal faz do Código Florestal letra morta, violentando os dispositivos que lhe constituem a essência.

Situações desta natureza invalidam a licença ambiental concedida, tanto pelo vício de ilegalidade – por não se atender ao que determina o Código Florestal –, quanto pela mácula mais grave da inconstitucionalidade – posto que o Poder Público está a descumprir o comando constitucional que lhe impõe o dever de preservar o meio ambiente.

4. O papel do Ministério Público no controle da atividade licenciatória do Estado:

Positivada esta situação, cabe ao Ministério Público a tarefa de postular a invalidade do procedimento licenciatório e da licença ambiental eventualmente emitida.

A atuação ministerial tem como fonte primeira o art. 129, III, da Constituição, que lhe confere o dever de proteger o meio ambiente por meio do inquérito civil e da ação civil pública. Este preceito constitucional encontra consagração, ainda, no art. 25, IV, “a”, da Lei Federal nº 8.625/93 e art. 1º, I, da Lei Federal nº 7.347/85.

Observe-se que a ação do “Parquet” deve voltar-se não apenas contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertence o órgão licenciador (contra a qual deve dirigida a pretensão anulatória), mas também contra o empreendedor (contra quem também deve ser dirigida a pretensão anulatória, além de pedido objetivando a delimitação e preservação/recomposição das áreas de reserva legal e de preservação permanente).

5. Síntese dogmática:

4.1 – O licenciamento ambiental constitui procedimento administrativo que tem por objetivo a emissão de licença autorizando o desempenho de atividade efetiva ou potencialmente causadora de degradação ambiental, desde que cumpridos os deveres impostos ao empreendedor pela legislação ambiental.

4.2 – Dentre os deveres impostos pela legislação ambiental encontra-se o de preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e áreas de reserva legal, nos termos dos arts. 1º, II e III, 16, “caput”, 18 e 44 da Lei Federal nº 4.771/65.

4.3 – O dever de averbar a área de reserva legal ou de formalizá-la por meio de termo de ajustamento de conduta (art. 16, §§ 8º e 10º, da Lei Federal nº 4.771/65) consubstancia dever instrumental, sendo que o dever principal estabelecido pelo Código Florestal é a preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal.

4.4 – A efetiva preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal deve ser constatada no procedimento de licenciamento ambiental, como pressuposto para a concessão da licença ambiental.

4.5 – A concessão de licença ambiental sem que seja previamente comprovada a preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal é inválida, não suprimindo este dever a mera averbação da reserva legal ou formalização de termo de ajustamento de conduta.

4.6 – Ainda que se entenda que a preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal não seja um dever antecedente ao licenciamento ambiental, é necessário que seja imposto como condicionante da licença, não suprimindo este dever o estabelecimento, como condicionante, da obrigação de averbar a reserva legal ou formalizar termo de ajustamento de conduta.

4.7 – Caso o Poder Público não exija durante o procedimento licenciatório, ou como condicionante da licença ambiental, a apresentação e implementação de projeto de preservação/recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal, cabe ao Ministério Público ajuizar ação civil pública objetivando a declaração de invalidade da licença concedida.

O CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO E O COMBATE À POLUIÇÃO SONORA PRODUZIDA POR VEÍCULOS

André Felipe Barbosa de Menezes

Promotor de Justiça/PE

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. O Código de Trânsito e o CONTRAN. 3. A supremacia dos comandos constitucionais. 4. Conclusão. 5. Anexos.

1. INTRODUÇÃO

A poluição sonora é hoje, sem dúvida, mal que assola todo o país de forma generalizada. É o som do vizinho, é o bar da esquina, é a igreja do bairro, é a festa de rua, é a perturbação do sossego pela emissão de sons e ruídos acima dos níveis permitidos em lei. É a falta de respeito.

Não raro as pessoas se vêem compelidas a ficar dentro de casa com todas as portas e janelas fechadas, em tentativa de isolamento acústico inverso, como quem se protege de um bombardeio aéreo, como que verdadeiros alvos de guerra – isto quando não são obrigadas a deixar as próprias casas por não suportarem o barulho excessivo. É, sim, uma guerra: a do barulho, a do egoísmo, a da insensibilidade.

Além da contravenção penal punível com detenção, de 15 dias a 3 meses, ou multa, conforme o artigo 42, inciso III, do Decreto-lei 3.688/41 (*“Perturbar alguém o trabalho ou o sossego alheios: III - abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos”*), o barulho em excesso pode caracterizar a figura típica do crime ambiental punível com reclusão, de 1 a 4 anos, e multa, a teor do artigo 54 da Lei 9.605/98 (*“Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora”*).

Não se trata, por óbvio, de proibição absoluta de qualquer produção de som, o que consistiria em inaceitável restrição a direitos fundamentais de liberdade (como a de expressão), mas coibir a sua emissão em níveis que perturbem o trabalho ou o sossego alheios ou que sejam nocivos à saúde.

É fato incontroverso que a poluição sonora quebra a harmonia social e provoca danos à saúde, pois via de regra as pessoas são forçadas a simplesmente tolerar o barulho excessivo – seja pelo receio de denunciar o abuso, seja pela inoperância do Poder Público em neutralizá-lo –, instalando-se em seus espíritos profundo sentimento de indignação e frustração, o que, somado à sensação de impotência para solucionar o problema, causa dor e sofrimento, e desencadeia no ser humano danos psíquicos e mesmo físicos, a exemplo do estresse e da diminuição da capacidade auditiva.

Nesse contexto, a poluição sonora produzida por aparelhagem de som em veículos tem-se demonstrado uma das grandes vilãs dos tempos hodiernos, e o dia-a-dia na laboriosa defesa dos interesses transindividuais no âmbito do meio ambiente tem evidenciado profundos entraves que comprometem um combate efetivo à poluição sonora e contribuem para a impunidade dos responsáveis.

2. O CÓDIGO DE TRÂNSITO E O CONTRAN

A Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997, que instituiu o Código de Trânsito Brasileiro, em seu artigo 228 tipifica como infração de natureza grave, com penalidade de multa e previsão de retenção do veículo como medida administrativa, *“Usar no veículo equipamento com som em volume ou frequência que não sejam autorizados pelo CONTRAN”*, delineando em seu artigo 280 os requisitos do correspondente auto de infração.

Quase 10 anos depois, o Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN enfim regulamentou o artigo 228, por meio da Resolução nº 204, de 20 de outubro de 2006, em vigor desde a sua publicação no Diário Oficial da União, em 10 de novembro de 2006, estabelecendo metodologia para aferição do volume e da frequência dos sons produzidos

por essas aparelhagens instaladas em veículos e fixando os níveis de pressão sonora admitidos (ANEXO "A").

Dispôs a Resolução nº 204/2006, em seu artigo 1º, que *"A utilização, em veículos de qualquer espécie, de equipamento que produza som só será permitida, nas vias terrestres abertas à circulação, em nível de pressão sonora não superior a 80 decibéis - dB(A), medido a 7 m (sete metros) de distância do veículo"*.

No parágrafo único do artigo 1º da citada Resolução, consta que *"Para medições a distâncias diferentes da mencionada no caput, deverão ser considerados os valores de nível de pressão sonora indicados na tabela do Anexo desta Resolução"*.

No artigo 2º figuram algumas exceções à regra, como buzinas, alarmes, sinalizadores de marcha-à-ré, sirenes, motor, veículos prestadores de serviço com emissão sonora de publicidade, divulgação, entretenimento e comunicação, desde que estejam portando autorização emitida pelo órgão ou entidade local competente, bem como veículos de competição e os de entretenimento público, somente nos locais de competição ou de apresentação devidamente estabelecidos e permitidos pelas autoridades competentes.

Andou mal, porém, o CONTRAN.

Além de fixar no artigo 1º o limite máximo em 80 dB(A) (oitenta decibéis), com aferição a distância de 7m (sete metros), autorizou o CONTRAN, *ex vi* do parágrafo único, que a uma distância de 0,5m (meio metro) o nível de pressão sonora possa atingir até 104 dB(A) (cento e quatro decibéis).

É que a fixação de tais limites se deu com o absoluto e inaceitável desprezo à possível existência de legislação estadual e municipal que estabeleçam níveis menores de pressão sonora, as quais revelem caráter nitidamente mais protetivo ao meio ambiente, e, por conseguinte, aos seres humanos que nele habitam.

3. A SUPREMACIA DOS COMANDOS CONSTITUCIONAIS

A Resolução nº 204, de 20 de outubro de 2006, padece de vício de inconstitucionalidade.

Ao fixar a pressão sonora máxima em 80 dB(A), com aferição a distância de 7m (artigo 1º), podendo-se chegar até 104 dB(A) se a distância for de 0,5m (artigo 1º, parágrafo único), a Resolução nº 204/2006 do CONTRAN desprezou a possível existência de legislação estadual e municipal que estabeleçam níveis menores de pressão sonora.

Assim, houve afronta ao princípio federativo, que não tolera ofensa à autonomia dos estados e municípios no desempenho de suas graves competências constitucionais, bem como inobservância do princípio da prevalência da norma mais protetiva ao meio ambiente.

Deveria ter feito o CONTRAN, necessariamente, ressalva às leis estaduais e municipais de caráter mais protetivo. Isto porque é competência constitucional comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas, aqui abrangida a poluição de natureza sonora, assim como é competência constitucional exclusiva dos Municípios legislar sobre assuntos de interesse local e suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Eis a dicção da Constituição Federal nesse mister:

- Artigo 23, inciso VI:

É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas;

- Artigo 30, incisos I e II:

Compete aos Municípios:

I - legislar sobre assuntos de interesse local;

II - suplementar a legislação federal e estadual, no que couber;

Inserindo-se o combate à poluição sonora no bojo das competências mencionadas *retro*, é de destacar a possibilidade de um estado possuir sobre a matéria legislação mais protetiva ao meio ambiente, ou mesmo que um município a possua, já que lhes assegura a Constituição Federal competência comum para essa proteção e, em especial, para o combate à poluição, em qualquer de suas formas, aqui abrangida a de natureza sonora.

Veja-se que, nesse contexto, a Constituição Federal contempla tanto a competência administrativa quanto a competência legislativa, resolvendo-se eventual conflito entre as normas estaduais e municipais sobre a matéria pelo princípio da prevalência da norma que melhor proteja o meio ambiente – o qual prepondera, inclusive, sobre a hierarquia entre essas leis, em consonância com o mecanismo da ponderação de bens jurídicos, norteadas pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade que regem a relação entre normas-regras e normas-princípios.

Tome-se como exemplo vivo o estado de Pernambuco, que dispôs sobre a matéria em foco na Lei nº 12.789/05 (ANEXO "B"), regulamentada pelo Decreto 28.558/95, de modo nitidamente mais protetivo que a Resolução nº 204/2006 do CONTRAN, estabelecendo em seu artigo 15 os níveis máximos de pressão sonora admitidos conforme a área e o período do dia, definidos em seu artigo 1º, § 3º, *verbis*:

- Artigo 1º, § 3º:

É proibido perturbar o sossego e o bem estar público com ruídos, vibrações, sons excessivos ou incômodos de qualquer natureza, produzidos por qualquer meio ou forma que contrariem os níveis máximos de intensidade auditiva, fixados por lei.

§ 3º Para fins de aplicação desta Lei, ficam definidos os seguintes horários:

DIURNO: compreendido entre as 07:00h e 18:00h

VESPERTINO: compreendido entre as 18:00h e 22:00h

NOTURNO: compreendido entre as 22:00h e 07:00h

- Artigo 15:

Para aplicação dos níveis máximos aceitáveis de ruídos de acordo com o tipo de área e períodos do dia, do que trata (sic) os artigos 4º, 5º, 6º e 11, desta Lei, aplicar-se-á a seguinte tabela:

	Período Diurno	Período Vespertino	Período Noturno
Área Residencial	65dBA	60dBA	50dBA
Área Diversificada	75dBA	65dBA	60dBA

Percebe-se, sem embargo de dúvida, que a legislação estadual, *in casu*, é bem mais protetiva ao meio ambiente, e melhor resguarda os interesses transindividuais em jogo na seara do combate à poluição sonora, permitindo a exposição das pessoas a níveis máximos de pressão sonora bem menores do que aqueles fixados pela Resolução nº 204/2006 do CONTRAN, protegendo-lhes com maior efetividade o sossego, o bem-estar e a saúde.

4. CONCLUSÃO

A ilação iniludível a que se chega é que, tratando-se de poluição sonora produzida por veículos de qualquer espécie, nas vias terrestres abertas à circulação, originada de equipamento que produza som, as aferições dos níveis de pressão sonora deverão dar-se com a observância das prescrições contidas nos artigos 3º e 4º da Resolução nº 204/2006 do CONTRAN, quanto à metodologia, aos requisitos do decibelímetro, ao seu posicionamento na aferição, à subtração do ruído de fundo e ao conteúdo do auto de infração.

Contudo, a eficácia da referida Resolução nº 204/2006 deve ser afastada no tocante à fixação da pressão sonora máxima em 80 dB(A), com aferição a distância de 7m (art. 1º), podendo-se chegar até 104 dB(A) se a distância for de 0,5m (art. 1º, parágrafo único), impondo-se a prevalência do regramento especial de lei estadual ou municipal que estabeleça níveis menores de pressão sonora – a exemplo da mencionada Lei Estadual nº 12.789/05, do estado de Pernambuco.

A questão assim se resolve: a uma, em face dos claros comandos inseridos na Constituição Federal, em seus artigos 23, VI, e 30, I e II, que tratam das competências constitucionais: a duas, em face do princípio da prevalência da norma mais protetiva ao meio ambiente; e a três, em face do princípio federativo, que não tolera ofensa à autonomia dos estados e municípios no desempenho de suas graves competências constitucionais.

Pensar diferente, *data venia*, seria comprometer o combate efetivo à poluição sonora e contribuir para a impunidade dos responsáveis.

5. ANEXOS

ANEXO “A”

RESOLUÇÃO CONTRAN Nº 204, DE 20 DE OUTUBRO DE 2006

DOU 10.11.2006

Regulamenta o volume e a frequência dos sons produzidos por equipamentos utilizados em veículos e estabelece metodologia para medição a ser adotada pelas autoridades de trânsito ou seus agentes, a que se refere o art. 228 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB.

O CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO - CONTRAN, no uso da atribuição que lhe confere o inciso I do artigo 12, da Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, que institui o Código de Trânsito Brasileiro, e conforme Decreto nº 4.711, de 29 de maio de 2003, que dispõe sobre a coordenação do Sistema Nacional de Trânsito,

CONSIDERANDO o disposto nas Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA nºs 001/1990 e 002/1990, ambas de 08 de março de 1990, que, respectivamente, estabelece critérios e padrões para a emissão de ruídos, em decorrência de quaisquer atividades, e institui o Programa Nacional de Educação e Controle da Poluição Sonora - SILÊNCIO;

CONSIDERANDO que os veículos de qualquer espécie, com equipamentos que produzam som, fora das vias terrestres abertas à circulação, obedecem no interesse da saúde e do sossego públicos, às normas expedidas pelo

CONAMA e à Lei de Contravenções Penais;

CONSIDERANDO que a utilização de equipamentos com som em volume e frequência em níveis excessivos constitui perigo para o trânsito;

CONSIDERANDO os estudos técnicos da Associação Brasileira de Medicina de Tráfego - ABRAMET e da Sociedade Brasileira de Acústica, resolve:

Art. 1º. A utilização, em veículos de qualquer espécie, de equipamento que produza som só será permitida, nas vias terrestres abertas à circulação, em nível de pressão sonora não superior a 80 decibéis - dB(A), medido a 7 m (sete metros) de distância do veículo.

Parágrafo único. Para medições a distâncias diferentes da mencionada no caput, deverão ser considerados os valores de nível de pressão sonora indicados na tabela do Anexo desta Resolução.

Art. 2º. Excetuam-se do disposto no artigo 1º desta Resolução, os ruídos produzidos por:

I. buzinas, alarmes, sinalizadores de marcha-à-ré, sirenes, pelo motor e demais componentes obrigatórios do próprio veículo;

II. Veículos prestadores de serviço com emissão sonora de publicidade, divulgação, entretenimento e comunicação, desde que estejam portando autorização emitida pelo órgão ou entidade local competente.

III. Veículos de competição e os de entretenimento público, somente nos locais de competição ou de apresentação devidamente estabelecidos e permitidos pelas autoridades competentes.

Art. 3º. A medição da pressão sonora de que trata esta Resolução se fará em via terrestre aberta à circulação e será realizada utilizando o decibelímetro, conforme os seguintes requisitos:

I. Ter seu modelo aprovado pelo Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - INMETRO, atendendo à legislação metrológica em vigor e homologado pelo DENATRAN - Departamento Nacional de Trânsito;

II. Ser aprovado na verificação metrológica realizada pelo INMETRO ou por entidade por ele acreditada;

III. Ser verificado pelo INMETRO ou entidade por ele acreditada, obrigatoriamente com periodicidade máxima de 12 (doze) meses e, eventualmente, conforme determina a legislação metrológica em vigor;

§ 1º. O decibelímetro, equipamento de medição da pressão sonora, deverá estar posicionado a uma altura aproximada de 1,5 m (um metro e meio) com tolerância de mais ou menos 20 cm. (vinte centímetros) acima do nível do solo e na direção em que for medido o maior nível sonoro.

§ 2º. Para determinação do nível de pressão sonora estabelecida no artigo 1º., deverá ser subtraída na medição efetuada o ruído de fundo, inclusive do vento, de no mínimo 10 dB(A) (dez decibéis) em qualquer circunstância.

§ 3º. Até que o INMETRO publique Regulamento Técnico Metrológico sobre o decibelímetro, os certificados de calibração emitidos pelo INMETRO ou pela Rede Brasileira de Calibração são condições suficientes e bastante para validar o seu uso.

Art. 4º. O auto de infração e as notificações da autuação e da penalidade, além do disposto no CTB e na legislação complementar, devem conter o nível de pressão sonora, expresso em decibéis -dB(A):

I. O valor medido pelo instrumento;

II. O valor considerado para efeito da aplicação da penalidade;e,

III. O valor permitido.

Parágrafo único. O erro máximo admitido para medição em serviço deve respeitar a legislação metrológica em vigor.

Art. 5º. A inobservância do disposto nesta Resolução constitui infração de trânsito prevista no artigo 228 do CTB.

Art. 6º. Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação.

ALFREDO PERES DA SILVA - Presidente do Conselho

JOSÉ ANTONIO SILVÉRIO - Ministério da Ciência e Tecnologia - Suplente

FERNANDO MARQUES DE FREITAS - Ministério da Defesa - Suplente

RODRIGO LAMEGO DE TEIXEIRA SOARES - Ministério da Educação - Titular

CARLOS ALBERTO FERREIRA DOS SANTOS - Ministério do Meio Ambiente - Suplente

VALTER CHAVES COSTA - Ministério da Saúde - Titular

ANEXO

Nível de Pressão Sonora Máximo(em dB(A))	Distância de medição(em m)
104	0,5
98	1,0
92	2,0
86	3,5
80	7,0
77	10,0
74	14,0

ANEXO "B"

LEI Nº 12.789, DE 28 DE ABRIL DE 2005

O PRESIDENTE DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE PERNAMBUCO:

Faço saber que tendo em vista o disposto nos §§ 6º e 8º do artigo 23, da Constituição do Estado, o Poder Legislativo decreta e eu promulgo a seguinte Lei:

Art. 1º É proibido perturbar o sossego e o bem estar público com ruídos, vibrações, sons excessivos ou incômodos de qualquer natureza, produzidos por qualquer meio ou forma que contrariem os níveis máximos de intensidade auditiva, fixados por lei.

§1º Serão considerados prejudiciais, os ruídos que ocasionem ou possam ocasionar danos materiais à saúde e ao bem estar público.

§2º Para efeitos dessa lei, consideram-se aplicáveis as seguintes definições:

I – MEIO AMBIENTE – Conjunto de condições que afetam a existência, desenvolvimento e bem estar dos seres vivos. Não se trata, pois, apenas de um lugar no espaço, mas de todas as condições físicas, químicas e biológicas que favorecem ou desfavorecem o desenvolvimento.

II – SOM – é uma das várias frequências sonoras que ocupam uma ou varias partes especificas do espectro de frequências auditíveis.

III – POLUIÇÃO SONORA – toda emissão de som que, direta ou indiretamente, seja ofensiva ou nociva à saúde, à segurança e ao bem-estar da coletividade ou transgrida as disposições fixadas nessa lei.

IV – RUÍDO – qualquer som indesejável ou sem qualidade ou uma mistura de sons ocupando uniformemente toda a gama de frequências auditivas que causem perturbações ao sossego público ou produzam efeitos psicológicos e/ou fisiológicos negativos em seres humanos e animais.

V – RUÍDO IMPULSIVO: som de curta duração com início inesperado e parada repentina.

VI – RUÍDO CONTÍNUO - Aquele com movimento ondulatório de nível de pressão acústica pequena, que pode ser desprezada dentro do período de observação.

VII – RUÍDO INTERMITENTE - É aquele cujo nível de pressão acústica cai de forma inesperada ao nível do ambiente várias vezes durante o período de observação.

VIII – RUÍDO DE FUNDO – Todo e qualquer som que esteja sendo emitido durante o período de medições, que não aquele objeto de medição.

IX – DISTÚRBIOS SONOROS e DISTÚRBIOS POR VIBRAÇÕES – significa qualquer ruído ou vibração que ponha em perigo ou prejudique a saúde de seres humanos ou animais, além de causar danos, de qualquer natureza, às propriedades públicas ou privadas, possa ser considerado como incômodo ou que ultrapasse os níveis fixados nesta lei.

X – DECIBEL (db) – Medida relativa do ruído ou do som em referência a um padrão, na forma da expressão em 10 vezes o logaritmo decimal da relação de intensidade, tomando um padrão de referência – Unidade de física relativa ao som.

XI – NÍVEL EQUIVALENTE: (LEQ) – Nível médio de energia do ruído encontrado integrando-se os níveis individuais de energia ao longo de determinado período de tempo e dividindo-se pelo período, medido em dB^a

XII – ÁREA DE SILÊNCIO – Aquela que para atingir seus propósitos, necessita que lhe seja assegurado um silêncio excepcional. A faixa é determinada por um raio de 300m de distância de hospitais, escolas, bibliotecas públicas, postos de saúde ou similares.

XIII - LIMITE REAL DA PROPRIEDADE - Aquele representado por um plano imaginário que separa a propriedade real de uma pessoa física ou jurídica de outra.

XIV – SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO CIVIL – qualquer operação de montagem, construção, demolição, remoção, reparo ou alteração substancial de uma edificação ou de uma estrutura.

XV – CENTRAIS DE SERVIÇOS - Canteiros de manutenção e/ou produção de peças e insumos para atendimento de diversas obras de construção civil.

XVI – VIBRAÇÃO MOVIMENTO OSCILATÓRIO – Transmitido pelo solo ou por uma estrutura qualquer.

§3º Para fins de aplicação desta Lei, ficam definidos os seguintes horários:

DIURNO: compreendido entre as 07:00h e 18:00h

VESPERTINO: compreendido entre as 18:00h e 22:00h

NOTURNO: compreendido entre as 22:00h e 07:00h

Art. 2º Os níveis de intensidade de sons ou ruídos fixados por esta lei, bem como o equivalente e o método utilizado para a medição e avaliação, obedecerão as recomendações das normas NBR 10.151 e NBR 10.152, da ABNT – Associação Brasileira das Normas Técnicas, ou as que as sucederem.

Art. 3º A autorização para uso ou detonação de explosivos ou similares e a utilização de serviços de alto falantes, festas e outras fontes de emissão sonora, nos horários diurnos, vespertinos e noturnos, como meio de propaganda publicitária e diversão, dependem dos órgãos competentes dos governos municipais.

Art. 4º A emissão de ruídos produzidos por atividades comerciais e industriais de qualquer espécie, prestação de serviços, inclusive de propaganda, bem como religiosas, sociais e recreativas ou outros que possam produzir

distúrbios sonoros em unidades residenciais ou áreas de silêncio, deverão atender aos limites máximos permissíveis de ruídos, de acordo com a tabela disposta no Art. 16

§ 1º Em nível de som, a partir do gerador da poluição sonora, medida a 5m (cinco metros) de qualquer divisa do imóvel, ou medido dentro dos limites reais da propriedade onde se dá o suposto incômodo, não pode exceder os níveis fixados na tabela do Art. 16.

§ 2º Fica terminantemente proibido aos veículos automotores de quaisquer tipos ou espécie a utilização de caixas de som que produzam ruídos que ultrapassem os níveis fixados na tabela do Art. 16.

Art 5º Quando o nível de ruídos proveniente de tráfego de veículos, medido dentro dos limites reais de propriedade onde se dá o suposto incômodo, ultrapassar os níveis fixados na tabela do Art. 16, caberá ao governo municipal através de seu órgão competente, articular-se com outras instituições, visando a adoção de medidas para eliminação ou minimização dos distúrbios sonoros.

Art 6º O nível de som provocado por máquina e aparelhos utilizados nos serviços de construção civil, devidamente licenciados, deverão atender aos limites máximos estabelecidos de acordo com a tabela do Art. 16.

Parágrafo único. Excetua-se destas restrições as obras e os serviços urgentes e inadiáveis decorrentes de casos fortuitos ou de força maior, acidentes graves ou perigos iminentes à segurança e ao bem-estar da comunidade, bem como o restabelecimento de serviços públicos essenciais, tais como energia elétrica, gás, telefone, água, esgoto e sistema viário.

Art. 7º Não se compreendem nas proibições dos artigos anteriores ruídos e sons produzidos:

a) Por sinais de Igrejas ou templos religiosos, desde que sirvam só e exclusivamente para indicar as horas ou anunciar realizações de atos ou cultos religiosos;

b) Por fanfarras ou bandas de música em procissão, cortejos ou desfiles cívicos;

c) Por sirenes ou aparelhos de sinalização sonora, utilizada por ambulâncias, carros de bombeiros ou viaturas policiais, e em comemorações realizadas em estádios de futebol, desde que o sinal sonoro não se prolongue por tempo superior a 15 (quinze) minutos;

d) Por explosivos utilizados no arrebentamento de pedreiras, rochas ou nas demolições, desde que detonadas no período diurno e previamente licenciados pelo órgão competente;

e) Por alarme sonoro de segurança, residencial ou veicular, desde que o sinal sonoro não se prolongue por tempo superior a 15 (quinze) minutos;

Art. 8º As aferições aludidas na presente Lei deverão ser efetuadas na área mais próxima possível do local da fonte poluidora, para que se obtenha o máximo de exatidão quanto a intensidade dos níveis de ruídos alcançados.

Art. 9º Cabe ao poder executivo estadual, através da Secretaria de Ciência, Tecnologia e Meio Ambiente, executar o que estabelece a resolução CONAMA Nº 002, DE 08 DE MARÇO DE 1990, Publicada no DOU, de 02/04/90, instituindo em caráter estadual o programa de educação e controle da poluição sonora.

Art. 10. Considera-se infração ao disposto na presente Lei, a desobediência ou inobservância dos limites estabelecidos na tabela do Art. 16, sujeitando o infrator às seguintes penalidades, que serão aplicadas de forma isolada ou concorrentemente.

I – multa, que varie de R\$ 500,00 (Quinhentos reais) a R\$ 5.000,00 (Cinco mil reais)

II - interdição da atividade, fechamento do estabelecimento, embargo da obra, apreensão da fonte ou do veículo.

Art. 11. Caberá ao Poder Público Municipal a fiscalização e cumprimento da presente Lei.

Parágrafo único. Na ausência fiscalizatória da municipalidade, ficam autorizados a fazê-la as autoridades estaduais indicadas em decreto do Poder Executivo, competindo-lhes as mesmas atribuições para imputar as penalidades necessárias.

Art. 12. Caberá ao órgão municipal competente, a dosagem das penalidades elencadas no Art. 11, graduando-se segundo critérios de gravidade e reincidência, que será regulamentado através de Decreto Municipal.

Parágrafo único. Na ausência da regulamentação de que trata o “caput” deste artigo, o valor previsto para a multa será, de forma geral, de R\$ 1.000,00 (um mil reais).

Art. 13. Os recursos provenientes das multas serão destinados aos Poderes executores da ação, sejam no âmbito municipal ou estadual.

Art. 14. As medições dos níveis de som serão efetuadas através de decibelímetros.

Art. 15. Para aplicação dos níveis máximos aceitáveis de ruídos de acordo com o tipo de área e períodos do dia, do que trata os artigos 4º, 5º, 6º e 11º, desta Lei, aplicar-se-á a seguinte tabela:

Tipo de área	Período do dia		
	Diurno	Vespertino	Noturno
Residencial	65dBA	60dBA	50dBA
Diversificada	75dBA	65dBA	60dBA

Art. 16. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 17. Revogam-se as disposições em contrário.

Assembléia Legislativa do Estado de Pernambuco, em 28 de abril de 2005.

ROMÁRIO DIAS

Presidente

**PROMOTORIAS DE JUSTIÇA ESPECIALIZADAS – DIREITO
DIFUSO À PRIVACIDADE, INTIMIDADE E SOSSEGO - A
RESOLUÇÃO 204/2006 DO CONTRAN E O NOVO
PARAMETRO LEGAL PARA A UTILIZAÇÃO DE
EQUIPAMENTO DE SOM EM VEÍCULO AUTOMOTOR – O
NOVO ENFOQUE DO ART. 228 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO
BRASILEIRO**

Konrad Cesar Resende Wimmer

Promotor de Justiça/TO

O presente estudo visa apresentar sucinta análise do novo regramento legal para o uso de aparelhagem de som em veículos automotores. É comum encontrarmos nas cidades brasileiras, circulando pelas avenidas, veículos dotados de poderosa aparelhagem, propagando som em volume altíssimo, o que perturba o trabalho em escolas, hospitais, repartições públicas e todas as demais atividades destas urbes. Alguns destes carros chamam a atenção pela grande quantidade de caixas de som instaladas, havendo clara preferência pelos aparelhos de som grave – sub woofer – o que ocasiona frequentemente o acionamento dos alarmes dos veículos estacionados e a vibração de janelas e portas próximas ao ponto de propagação.

Dentre as várias situações deste jaez, este estudo dedica especial atenção à instalação desta aparelhagem em veículos particulares de carroceria aberta – camionetas – visto que estes representam a mais clara demonstração de que a intenção do proprietário não se restringe a apreciar o gênero musical de sua preferência mas também, e com muita veemência, obrigar que os demais cidadãos da cidade compartilhem seu gosto artístico, conduta esta que, desde o fim de 2006, passou a ser proibida, assim como a utilização de qualquer tipo de aparelhagem para a propagação de som destinado a um número indeterminado de pessoas em via pública, quando desacompanhado de autorização específica da autoridade competente.

Preliminarmente, é de se ressaltar que o uso de aparelho de som em veículo, fora dos limites permitidos, vem descrito como infração administrativa no art. 228 do Código de Trânsito – Lei 9.503/97. Eis seu teor:

Art. 228. Usar no veículo equipamento com som em volume ou frequência que não sejam autorizados pelo CONTRAN:

Infração - grave;

Penalidade - multa;

Medida administrativa - retenção do veículo para regularização.

Tal dispositivo sempre foi de difícil aplicação diante da dificuldade de comprovação prática das situações que representam infração a tal norma porém, recentemente, este problema foi equacionado com a edição da Resolução 204 do CONTRAN, editada no dia 20/10/2006, que estabelece os limites de emissão de som e as condições para seu uso em veículos automotores. Assim veio regida a nova regulamentação:

Art. 1º. A utilização, em veículos de qualquer espécie, de equipamento que produza som só será permitida, nas vias terrestres abertas à circulação, em nível de pressão sonora não superior a 80 decibéis - dB(A), medido a 7 m (sete metros) de distância do veículo.

Parágrafo único. Para medições a distâncias diferentes da mencionada no caput, deverão ser considerados os valores de nível de pressão sonora indicados na tabela do Anexo desta Resolução.

Com base nestes textos legais, pode-se então afirmar que a utilização de aparelhagem de som em veículo automotor é atividade permitida, desde que dentro dos limites estampados na lei e regulamentos retro mencionados e, acaso os extrapole, estar-se-á diante de um ilícito que pode ter repercussão civil, penal e administrativa. Ocorre porém que tal Resolução não se restringiu a fixar um limite de volume, mas também disciplinou algumas condições que devem ser observadas pelos particulares que desejam instalar aparelhagem de som em seus veículos.

O artigo 1º da Resolução 204 do CONTRAN criou uma norma geral, não impondo qualquer condição para a utilização de aparelhagem de som em veículo automotor a não ser o respeito a um limite máximo de ruído. D'uma interpretação finalística da norma, todo cidadão tem o direito de instalar e utilizar em seu veículo equipamentos de som, quando dentro destes limites. Contudo, quando se observa o teor do Artigo Segundo desta Resolução, percebe-se que essa autorização irrestrita não se aplica a determinados tipos e finalidades de som. Num primeiro momento, a resolução excluiu do limite os ruídos provocados por buzinas, alarmes, sinalizadores, motor e demais equipamentos obrigatórios do veículo.

Segue que o Artigo Segundo da Resolução, ao mesmo tempo que excluiu a exigência de limite de ruído, condicionou determinadas espécies de produção de som ao cumprimento de condições especiais, senão vejamos:

*Art. 2º. **Excetuum-se** do disposto no artigo 1º desta Resolução, os ruídos produzidos por:*

I. buzinas, alarmes, sinalizadores de marcha-à-ré, sirenes, pelo motor e demais componentes obrigatórios do próprio veículo;

II. Veículos prestadores de serviço com emissão sonora de publicidade, divulgação, entretenimento e comunicação, desde que estejam portando autorização emitida pelo órgão ou entidade local competente.

III. Veículos de competição e os de entretenimento público, somente nos locais de competição ou de apresentação devidamente estabelecidos e permitidos pelas autoridades competentes. (grifos nossos).

Percebe-se pelo teor deste artigo que o novo regulamento classificou as espécies distintas de aparelhagem de som e imputou-lhes tratamento diferenciado. Num primeiro momento, aquela aparelhagem destinada apenas aos ocupantes dos veículos não tem nenhuma restrição senão o limite máximo de ruído fixado em 80 (oitenta) decibéis. Já para aquela aparelhagem com destinação diferente desta, o novo regulamento condicionou sua utilização à existência de autorização específica da autoridade competente ou existência de local preparado para seu funcionamento. Pode-se afirmar portanto que, se a aparelhagem for para uso dos ocupantes do veículo, a única exigência é que o limite do volume porém, se o equipamento for destinado a uso profissional (prestação de serviço, publicidade, divulgação, entretenimento e comunicação) ou destinado a uso particular em competição ou entretenimento público, são exigidas condições especiais.

Assim entendido, para identificar se a aparelhagem exige condições especiais para ser utilizada basta observar a finalidade do som: se é direcionado apenas aos ocupantes do veículo, a única exigência é que se mantenha abaixo do limite (80 db), porém, se for direcionado a um público diverso (consumidores e expectadores p.e.) com finalidade de propaganda, competição ou entretenimento público, somente poderá ser utilizado o equipamento após o recebimento de autorização da autoridade competente ou um lugar específico para a apresentação ou competição.

Assim estabelecido, numa análise prática, pode-se afirmar que, desde a edição daquela resolução, a não ser com autorização específica, e em local próprio, é terminantemente proibido o acionamento de equipamento de som instalado por particular na carroceria de veículo aberto. Isso decorre da lógica afirmação de que, quando instala aparelhagem de som direcionada para fora do veículo, evidentemente o proprietário visa apresentar-se publicamente, o que só é permitido com o cumprimento das condições especiais descritas na norma. Comprova tal assertiva a constatação de que, usualmente, é comum encontrarmos estes veículos abertos produzindo som defronte a bares e estabelecimentos de frequência pública, ou servindo de atração em festas e encontros em postos de abastecimento, bares, parques, e outros locais, o que evidencia sua finalidade de entretenimento público.

Tratamento similar cabe aos veículos fechados, onde também é comum a instalação de potente aparelhagem de som. Nestes casos, cumpre ao proprietário a obrigação de manter o volume dentro do limite estipulado (80 db), cabendo às autoridades policiais fiscalizar a obediência deste preceito porém, ficou completamente vedada pela nova regulamentação a utilização desta aparelhagem em condições que possam configurar apresentação pública. Enquadram-se nestas hipóteses a propagação de som mantendo aberto o porta-malas durante a circulação do veículo (o que já é proibido de per si pelo CTB) ou ainda a parada, em via pública, e a produção de som com portas abertas. Ora, se para produzir som, bares e restaurantes necessitam de autorização específica, tanto mais deve ser exigido dos veículos automotores, cuja capacidade de perturbação da ordem e sossego públicos é multiplicada por sua possibilidade de deslocamento.

Isto posto, cumpre notar que o ordenamento jurídico brasileiro possui um sistema de proteção da paz e sossego público e particular, podendo os motoristas e proprietários de veículos automotores, que se utilizar de equipamentos de som fora dos limites de pressão sonora ou fora das hipóteses de uso particular, serem civil, penal e administrativamente responsabilizados pelas transgressões que venham a praticar.

No que tange à sanção administrativa, de imediato pode-se afirmar que o motorista de veículo fechado que for flagrado transitando em vias abertas à circulação, com volume de som acima dos limites permitidos, terá seu veículo apreendido, incidindo nas sanções do art. 228 do Código de Trânsito Brasileiro - CTB. Quanto aos veículos com

equipamento de som instalados em carrocerias (carros abertos), basta que acionem o equipamento sem a devida autorização legal, ou fora de local específico para tal apresentação, para que se vejam incursos nas sanções daquele artigo, independentemente do volume que estiverem funcionando.

Em âmbito penal, a produção excessiva de ruído que perturbe a coletividade pode configurar a contravenção penal de Perturbação do Trabalho ou Sossego Alheios – art. 42 do Decreto Lei 3.688/41¹ – e, nesse caso, a mera utilização em área habitada de aparelhagem de som acima dos limites fixados, independentemente do horário – configura tal delito, oportunizando à autoridade policial a imediata lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência. Assim sendo, o motorista que se utilizar de aparelhagem de som em desacordo com as normas citadas, além da sanção administrativa, poderá incidir nas sanções da Lei de Contravenções Penais, ou seja, além da apreensão do veículo em razão da infração administrativa, ainda poderá ser processado pela contravenção citada.

Acaso o ruído seja causado em área particular e venha a incomodar apenas pessoas determinadas – um vizinho ou confrontante – estaremos diante de outro tipo de contravenção, desta vez estampado no art. 65 do Decreto 3.688/41², conhecido como Perturbação da Tranquilidade, que também permite a lavratura do Termo Circunstanciado de Ocorrência, possibilitando a abertura de um processo criminal junto ao juizado especial da Comarca onde ocorreu o delito.

Por fim, dependendo situação apurada, quando houver provas de que o abuso no volume de som chegou a limites capazes de causar danos à saúde de terceiros, é possível ainda a configuração do crime de Poluição Sonora – art. 54 da Lei 9.605/97³, delito de maior gravidade que será processado na justiça comum acaso doloso, e no juizado especial, nas hipóteses de crime culposos.

No âmbito civil, todo aquele sofrer danos decorrentes do abuso do volume de som praticado por proprietário ou motorista de veículo automotor, pode buscar judicialmente o ressarcimento, ancorado na vedação legal ao abuso de direito, podendo ser indenizado pelo dano material ou moral eventualmente ocasionado, conforme se infere do Código Civil Brasileiro⁴

Desta análise, é possível afirmar que a nova regulamentação do art. 228 do CTB representa um grande passo para extinguir absurdas situações até então rotineiras em nossas cidades, onde veículos particulares, adornados de poderosíssimos equipamentos de som transitam emitindo os mais variados ritmos em volume exageradamente alto, com situações pitorescas, como a do motorista que, tendo equipamentos instalados na carroceria do veículo tocando à plena carga, mantém os vidros fechados para proteger-se ensurdecido barulho enquanto expõem, inconsequentemente doentes, idosos e crianças ao abuso de seus gostos musicais, num verdadeiro atentado à intimidade, ao sossego, à cultura, ao lazer, e à saúde de uma indeterminável gama de pessoas, o que é inaceitável. Esta nova concepção da lei de trânsito é o instrumento mais eficiente disponibilizado à coletividade para a salvaguarda do direito à saúde, privacidade e intimidade, cabendo ao Ministério Público atentar as autoridades policiais para mais esta forma de repressão ao abuso de direito em detrimento do bem estar coletivo.

¹ Art. 42. *Perturbar alguém, o trabalho ou o sossego alheios:*

I - com gritaria ou algazarra;

II - exercendo profissão incômoda ou ruidosa, em desacordo com as prescrições legais;

III - abusando de instrumentos sonoros ou sinais acústicos;

IV - provocando ou não procurando impedir barulho produzido por animal de que tem guarda:

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

² Art. 65. *Molestar alguém ou perturbar-lhe a tranquilidade, por acinte ou por motivo reprovável:*

Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 2 (dois) meses, ou multa.

³ Art. 54. *Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:*

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

§ 1º Se o crime é culposos:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e multa.

⁴ Art. 186. *Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.*

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

Art. 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.

EFETIVIDADE DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA COMARCA DE ILHÉUS/BAHIA

ESTUDO DE CASO NAS ÁREAS DE CONSUMIDOR E MEIO AMBIENTE

Ediene dos Santos Lousado e Karina Gomes Cherubini

Promotoras de Justiça/BA

Síntese Dogmática

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar a efetividade das ações civis públicas nas áreas de consumidor e meio ambiente na Comarca de Ilhéus/BA. no período de 1992-2007, a partir do banco de dados existente na 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus, de consulta ao SAIPRO e aos cartórios das varas judiciais até a data de 23 de março de 2007.

Foi realizado a partir de estudo de caso para verificação da atuação da Promotoria Especializada em Direitos Difusos e sua recepção pelo Poder Judiciário da Comarca de Ilhéus. Isto porque, em 1999, foram criadas oito Promotorias de Justiça de Direitos Transindividuais no Estado da Bahia, uma delas sediada em Ilhéus. Acreditava-se, à época, que a especialização iria repercutir na tramitação dos inquéritos civis e no aforamento e acompanhamento de ações civis públicas, obtendo, com maior frequência e celeridade, a tutela do bem jurídico difuso para a comunidade.

A partir da análise dos dados, irá ficar demonstrado que o Ministério Público do Estado da Bahia promoveu a defesa dos interesses difusos e coletivos na seara judicial, quando não lograda ou possível a resolução extrajudicial. Igualmente, ficará demonstrado que a delonga na tramitação das ações civis públicas, o número reduzido de sentenças, sem deixar de comentar a falta de audiências, foi uma constante em qualquer tipo de direito difuso ou coletivo ao qual o Ministério Público buscou a tutela judicial em Ilhéus.

Ficou comprovado que, com a criação da Promotoria de Direitos Transindividuais, o aforamento de ações civis públicas passou a ser mais frequente, bem assim que o maior número de sentenças em feitos dessa natureza foi proferido na Vara Especializada do Consumidor. Tais dados indicam que a especialização das Promotorias e Varas Judiciais contribuem para maior efetividade das ações civis públicas.

No entanto, no caso de Ilhéus, o trabalho ministerial na área transindividual não foi recepcionado com a celeridade necessária pelo Poder Judiciário local. Com isto, houve notória perda da efetividade das ações civis públicas, inclusive com o comprometimento negativo da imagem do *Parquet* perante a sociedade.

Ainda que a situação possa não estar sendo repetida em outras comarcas, quiçá seja caso único na Bahia e no Brasil, demonstra que a ação civil pública, maior instrumento de defesa dos direitos transindividuais, só terá efetividade se houver envolvimento dos diversos operadores ou atores sociais, em atuação interinstitucional, desde a sociedade civil, passando pelos legitimados ativos até atingir-se e motivar-se, imprescindivelmente, o Poder Judiciário.

Fundamentação

1) A atuação ministerial em feitos de natureza difusa antes e depois de 1999

Com o advento da Lei de Ação Civil Pública (Lei nº. 7.347/85), o Ministério Público tornou-se o mandatário da sociedade na defesa do meio ambiente, consumidor e patrimônio público, dentre outras atribuições que lhe foram conferidas por aquele diploma legal. Com efeito, em se delegando ao Ministério Público poderes de ajuizamento de ação para defesa dos direitos transindividuais, não se poderia deixar-lhe faltar mecanismos investigatórios para apuração dos fatos, advindo daí, a atribuição para instaurar e presidir o Inquérito Civil. Com tal instrumento, tornou-se mais eficiente e segura a ação movida pelo Ministério Público, em detrimento da Ação Popular, vez que nesta o cidadão vale-se das provas que possui, cabendo-lhe o ônus de produzir outras capazes de certificar o dano e seus responsáveis.

Até o ano de 1999, o aforamento de ações civis públicas na comarca de Ilhéus não competia a determinado e específico Promotor de Justiça, podendo ser promovido por qualquer órgão ministerial, conforme divisão de atribuições existente. Somente então foram criadas oito Promotorias de Justiça de Direitos Transindividuais no Estado da Bahia, uma delas sediada em Ilhéus.

Efetuiu-se o levantamento das ações civis públicas a partir do ano de 1992, desconhecendo-se se houve aforamento anterior a esse marco. Isto em razão da inexistência de um banco de dados referente ao período assinalado, o que só ocorreu a partir de novembro de 1999, com a instalação de uma Promotoria Especializada. Nos anos anteriores, os Promotores de Justiça acumulavam várias atribuições, o que dificultava a organização do trabalho por temas. Ainda assim, sabe-se inquéritos civis foram instaurados e motivaram a deflagração de ações civis públicas.

Ficou constatado o aforamento das seguintes ações civis públicas antes de 1999:

Nº da ação	Natureza	Réu	Objeto:
12.567/92	Ambiental	Embasa	Cautelar antecipação de prova
12.619/92	Ambiental	Município de Ilhéus	Lixão do Cururupe
14.339/96	Consumidor	Município de Ilhéus	Taxa de Turismo
14.812/96	Improbidade	Antonio Olímpio R Silva	Atraso no pagamento de servidores
97003013-6	Consumidor	Unimed	Exclusão de médicos.
98000661-3	Improbidade	Antonio Olímpio R. Silva	Contratação irregular de Servidores
98000662-1	Improbidade	Antonio Olímpio R. Silva	Contratação irregular de Servidores
98000043-4	Consumidor	Bloco Galera de Ilhéus	Meia-entrada
9900280-6-AMB	Ambiental	Toca do Forró	Poluição Sonora
99004282-2	Consumidor	Bloco Massicas e outros	Meia-entrada

Sob outro ângulo, estes foram os aforamentos até o ano de 1999:

	AMBIENTE	CONSUMIDOR	IMPROBIDADE
1992	02		
1996		01	01
1997		01	
1998		01	01
1999	02	01	01
Sub-total	04	04	03
TOTAL	11		

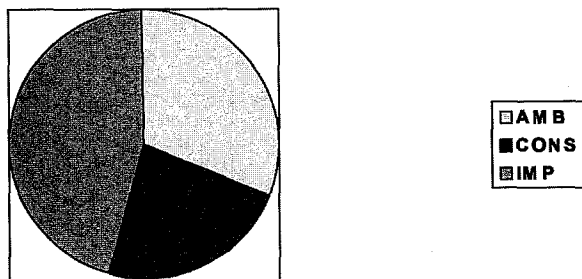
Após a criação da 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus, para atuação na área de cidadania, saúde, racismo, idosos, deficientes físicos, improbidade, meio ambiente, habitação e urbanismo e consumidor, foi aforada a seguinte quantidade de ações civis públicas:

	AMBIENTE	CONSUMIDOR	IMPROBIDADE	CIDADANIA
2000	01		01	
2001			07	
2002	02	02	01	
2003	08	05		
2004	02	06	05	
2005	05	02	05	
2006	03	01	16	01
Sub-totaltotal	21	16	35	01
TOTAL	73			

1.2) Objeto das Ações Cíveis Públicas:

Como dito, a 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus destinava-se a atuar em quatro mega áreas, quais sejam, improbidade, cidadania, meio ambiente e consumidor, sendo as demais atribuições derivadas dessas.

O maior número de ações aforado no período de 1992 a 2006 foi na área de improbidade administrativa, seguido de feitos do meio ambiente.



1.3) Análise dos resultados, em relação ao Ministério Público:

- Das 83 ações cíveis públicas aforadas, 73 foram após a instalação da Promotoria Especializada.
- Antes de sua instalação, em um período de oito anos, foram propostas 11 ações, o que representa 1,37% ao ano.
- Após sua instalação, em um período de seis anos, foram propostas 73 ações, o que representa 12,16% de ações aforadas por ano.
- Antes de 2000, as ações cíveis públicas poderiam ser propostas por quaisquer dos promotores, havendo sete em atuação; após 2000, somente pelo Promotor da Especializada.

2) A atuação judicial em feitos de natureza difusa

É importante referir, de início, que não há Vara Especializada para Direitos Transindividuais na Comarca de Ilhéus. A única vara especializada é a do consumidor, onde predominam conflitos de natureza individual.

Por outro lado, a maioria das ações cíveis públicas foi distribuída para a 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública, que além de atender cumulativamente a feitos de família e de natureza comercial, incluindo falências e concordatas, tem elevado número de processos e ficou por longos períodos sem juiz titular entre os anos de 2002-2006.

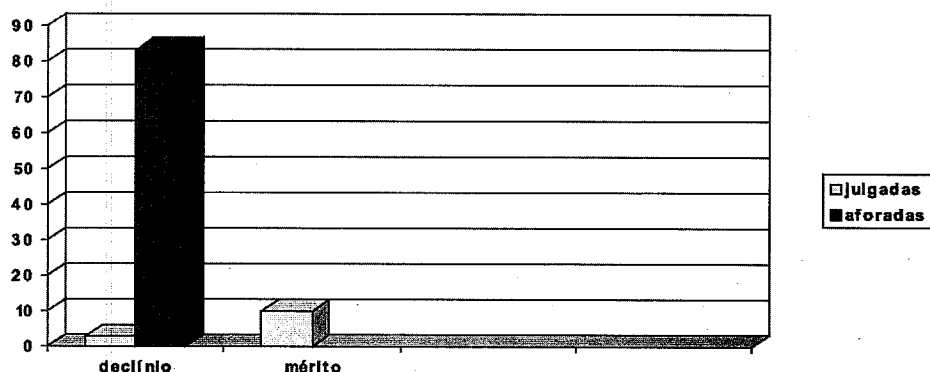
2.1) Resultados Obtidos – julgamentos de ações cíveis públicas

Relacionam-se abaixo os feitos de natureza transindividual julgados na comarca de Ilhéus no período de 1992 a 2006:

- 20014474-9- Município de Ilhéus- Remédios JULGADA. PROCEDÊNCIA. Está em grau de Recurso.
- 834911-2/2005- Município de Ilhéus- TIP Julgada. PROCEDÊNCIA. Está em grau de recurso
- 905492-6/2005- Município de Ilhéus- Ação homologatória de título extrajudicial. Julgada em 24-04-2006.PROCEDÊNCIA
- 434116-4/2004-Município de Ilhéus,Embasa, Derba, Telemar e Coelba- Desocupação de manguezais no Bairro São Domingos- DECLINADA DA COMPETÊNCIA para Justiça Federal em 18-07-2006.
- 019900280-6- (novo número:1148267-4/2006) Toca do Forró- Poluição Sonora-JULGADA em 22/03/2001- PROCEDÊNCIA. Fase de execução.
- 20028551/02-Associação Recreativa Bairro Getúlio Vargas -Poluição sonora- julgada em 2002- PROCE-DÊNCIA- aforadas liquidação de sentença e execução de sentença, ambas em tramitação.
- 20028488- Antonio Olimpio R. Silva - Contrato s/cumprimento. DECLINADA DA COMPETÊNCIA da 4ª para 2ª Cível, onde ainda se encontra em tramitação.
- 20030868-2- CEAMEV. Matrícula sob dependência.JULGADA.
- 99004282-2-Bloco Massicas e outros- Meia entrada. Julgada em 17-01-00
- 20001193-0-Ammigos e Produções-Meia-entrada-JULGADA
- 97003013-6394352-3/2004-Unimed-Exclusão de médicos. Julgada em 16-11-2005. PROCEDÊNCIA.
- 20011217-(novo nº 5408197-0/2004)Construtora e Incorporadora Tatu-Loteamento Irregular- DECLINA-DA DA COMPETÊNCIA da Vara Especializada do Consumidor para a Fazenda Pública em 22-09-2005, onde tomou o nº de processo 408197-0/2004

- m) 2002819-5- Capemi-Caixa de Pecúlio-Desconto em folha. Julgada em 2005. Acordo das partes. SENTENÇA DE MÉRITO.

Comparativamente, o número de ações civis públicas superou o número de sentenças de mérito e de decisões interlocutórias de declínio de competência, como vislumbra-se no gráfico a seguir:



Por outro lado, as decisões judiciais (sentenças e declínio de competência) advieram de cinco das quatro varas para as quais foram distribuídas, conforme gráfico abaixo:¹

VARA	JULGAMENTOS
1ª	0
2ª	4
3ª	1
4ª	1
5ª	2
Vara Especial do Consumidor	5

2.2) Situação das Ações Civis Públicas em andamento por Vara. ²

2.2.1) Situação na 1ª VARA CÍVEL

- 20032308-7- Novo nº 746376-5/2005. Poluição Sonora- Waldez Passos da Silva: DEFERIDA A LIMINAR. Réplica à contestação pelo Ministério Público em 15-01-2004. Dois pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último movimento no Saipro até a consulta: 02-08-05- Carga ao juiz.
- 20034388-7- Novo nº 445581-6/2004 – Poluição Sonora- Igreja Evangélica Cristo para o Brasil. LIMINAR AINDA NÃO APRECIADA. Três pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último movimento no Saipro até a consulta: 27-06-05: Carga ao juiz.
- 852352-9/2005-Obstrução do Rio Acuípe- Antonio Olímpio R. da Silva. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA NÃO EXAMINADA. Último movimento no Saipro até a consulta: 13-06-2006. Carga ao Juiz. Pedido de andamento pelo Ministério Público.

2.2.2) Situação na 2ª VARA CÍVEL, com exclusão dos dados de improbidade administrativa

- 12.567/92- Novo Nº 420918-3/2004. Cautelar de antecipação de prova. Meio Ambiente. Poluição no Rio Fundão – EMBASA. Dois Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 18-06-2004. Mandado juntado.

² Consulta ao Saipro e Cartórios até a data de 23-03-2007

- 12.619/92. Município de Ilhéus. Meio Ambiente. Lixão do Cururupe. LIMINAR DEFERIDA. Dois Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Em consulta ao cartório, foi informado “expediente de máquina. 05-12-03”. Dificultada consulta ao SAIPRO, por não ter sido informada a nova numeração.
- 14.339/96. Novo nº 1286744-8/2006. Município de Ilhéus. Cidadania. Taxa de Turismo. Julgada em 28-12-2006. Extinção do processo sem julgamento de mérito. O Ministério Público não foi intimado da sentença.³
- 20011457-7. Município de Ilhéus e outros. Concurso Público para Salva-vidas. Improbidade Administrativa. RESERVA SOBRE O EXAME DA LIMINAR EM 13-06-01. Indicação de provas pelo Ministério Público em 15-01-03. Quatro Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Em consulta ao cartório, foi informado “Pilha Conclusos em 18-11-2003”. Dificultada consulta ao SAIPRO, por não ter sido informada a nova numeração.
- 20011217-5. Novo nº 408197-0/2004. Construtora e Incorporadora Tatu. Processo advindo da Vara especial do Consumidor. Loteamentos. A última movimentação no SAIPRO indica: 15-10-06. Publicado no DPJ. Cite-se. Mesa de Hayde.
- 20011216-7. Novo nº 421729-0/2004. MA de Souza Drinks Bar e outros. Poluição Sonora. LIMINAR DEFERIDA. Três pedidos de andamento pelo Ministério Público. A última movimentação no SAIPRO indica 18-11-2005. Publicado no DPJ. Expedir Mandado. Na mesa de Hayde.
- 20032752-6. Novo nº 421729-0/2004. Município de Ilhéus. Cautelar Inominada. Improbidade Administrativa. Concurso Público. LIMINAR CONCEDIDA. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último movimento lançado no Saipro : 18-11-2005. Publicado DPJ. Expedir Mandado. Mesa de Hayde.
- 20033051-2. Novo nº 1139889-1/2006. Expedito Carvalho. Ação demolitória, aforada pelo Município de Ilhéus. Ingresso do Ministério Público como litisconsorte ativo em 20-11-03. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 23-02-2007. Para publicação no DPJ.
- 20033460-5 Novo nº 772775-8/2005. Município de Ilhéus. Concurso-principal. Último movimento lançado no Saipro: 11-11-2005. Publicado no DPJ. Apense ao nº 20032752-6. Pedido de andamento pelo Ministério Público.
- 20035285-4. Município de Ilhéus. Construção de encosta. Cidadania. Dificultada consulta ao SAIPRO, por não ter sido informada a nova numeração.
- 20037414-2. Novo nº 380240-8/2004. CST Expansão Urbana e CRA. Anulação de licença ambiental. Meio Ambiente. Último lançamento no Saipro: 20-11-2006. Publicado pelo DPJ.
- 376925-8/2004. Município de Ilhéus. Lixão do Couto. Meio Ambiente. LIMINAR NÃO EXAMINADA. Último lançamento no SAIPRO: 05-03-07. Mandado juntado. Cx civil pública.
- 382654-3/2004. Glória Maria Leal Damásio e Município de Ilhéus. Loteamento Zeca Damásio. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no SAIPRO: 15-09-2006. Publicado no DPJ. Cite-se. Na mesa de Hayde.
- 401258-1/2004. Município de Ilhéus. Nomeação de ruas. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 05-03-2007. Vista ao Ministério Público. Caixa do Ministério Público.
- 408197-0/2004. Construtora e Incorporadora Tatu. Loteamento Irregular-oriunda da VEC. Último lançamento no Saipro: 15-10-2006. Publicado no DPJ. Cite-se, na mesa de Hayde. Pedido de andamento pelo Ministério Público.
- 415413-3/2004. Transporte Urbano São Miguel e Município de Ilhéus. Sistema Inteligente de Transporte. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 05-03-2007. Vista ao Ministério Público. Caixa do Ministério Público.
- 426541-5/2005. Município de Ilhéus. Contribuição para Iluminação Pública. Consumidor. Dois Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no SAIPRO: 29-08-2006. Mandado expedido. Arm Oficial.
- 642328-5/2005. Município de Ilhéus e EMBASA. Rede de Esgoto na Rua Velosa de Baixo. Meio Ambiente e consumidor. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 08-03-2006. Carta precatória expedida. Pilha.
- 649564-3/2005. Município de Ilhéus. Valor da Tarifa de ônibus. Consumidor. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 15-03-2006. Contestação apresentada. Conclusos no armário de audiência.
- 803223-9/2005. Diomar Silva Brito. Reserva legal. Meio Ambiente. Último lançamento no Saipro: 12-01-2007. Publicado DPJ. Cite-se. Mesa de Hayde.
- 845477-3/2005. Cabana Iemanjá, Carlos Roberto Conceição Santos e Raimunda Magalhães Santos. Poluição Sonora. Meio Ambiente. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 15-10-2006. Publicado no DPJ. Cite-se. Na mesa de Hayde.

³ O julgamento dessa ação civil pública não constou do rol de ações julgadas, posto que só veio a ser informado no corrente ano, quando da pesquisa de dados em cartório. Contudo, não houve a intimação pessoal do Ministério Público até a data deste relatório.

- 915705-8/2005.Município de Ilhéus.Eventos na Avenida Dois de Julho. Poluição Sonora. Meio Ambiente. Pedido de andamento pelo Ministério Público.Último lançamento no Saipro: 01-12-2005. Autos conclusos. Inicial para despachar no gabinete.
- 1090332-9/2006.Município de Ilhéus.Contenção de encosta na Rua Napoleão Laureano e Canavieiras. Meio Ambiente. Pedido de andamento do feito. Último lançamento no Saipro: 15-09-2006. Publicado no DPJ. Cite-se. Mesa de Hayde para fazer mandado.
- 1134251-2/2006.Município de Ilhéus.Cautelar de antecipação de prova-perícia.Improbidade Administrativa. Pedido de andamento pelo Ministério Público.Último andamento no Saipro: 27-10-2006. Publicado no DPJ. Cite-se. Na mesa de Hayde.
- 1139637-6/2006.Município de Ilhéus.Direito de Petição. Cidadanis. Pedido de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 03-08-2006. Autos conclusos. Inicial para despachar na mesa da juíza.
- 1183165-4/2006. Município de Ilhéus. Aforada 21-08-2006. Último lançamento no Saipro: 07-03-2007. Vista ao Ministério Público.
- 1325792-2/2006.Município de Ilhéus.Matadouro Clandestino de Suínos.Meio Ambiente e consumidor. Último lançamento no Saipro: 07-02-07. Despacho. Para citar. Mesa de Hayde.
- 20014474-9.Município de Ilhéus. Remédios JULGADA. Cidadania. Recurso.Pedido de andamento pelo Ministério Público. Não se tem a nova numeração no SAIPRO.
- 834911-2/2005.Município de Ilhéus. TIP Julgada. Consumidor. Grau de recurso. Dois Pedidos de andamento pelo Ministério Público, no sentido de remessa dos autos ao Tribunal de Justiça. Último lançamento no Saipro: Contra-razões oferecidas em 13-10-2005.
- 434116-4/2004.Município de Ilhéus,Embasa, Derba, Telemar e Coelba.Desocupação de manguezais no Bairro São Domingos- Meio Ambiente. Dois pedidos de andamento pelo Ministério Público. Declinada competência para JFederal em 18-07-2006.Último lançamento no SAIPRO: 31-10-2006. Publicado no DPJ em 04-08-2006. Notifique-se. Mesa de Hayde para fazer officio.

2.2.3- Situação na 3ª VARA CÍVEL

- 99004280-6- Novo nº 1148267-4 -Toca do Forró- Poluição Sonora-JULGADA-22/03/2001- Iniciada fase de execução, em tramitação. Último movimento no Saipro até a consulta: 23-10-2006. Mandado. Expeça-se. Pilha para cumprir. Um pedido de andamento pelo Ministério Público.
- 20023587-7- Poluição Sonora- Elizeth Teles Santos e Carlos Leone –DEFERIDA LIMINAR. Três pedidos de andamento pelo Ministério Público). Sem consulta ao SAIPRO, por falta de cadastramento.
- 20035786-1- Poluição Sonora- Pedro Roberto Café –DEFERIDA LIMINAR. Três pedidos de andamento pelo Ministério Público. Réplica à contestação em 11-03-04. Sem consulta ao SAIPRO, por falta de cadastramento.

2.2.4 Situação na 4ª VARA CÍVEL

- 20006989- Novo nº 403984-8/2004. Poluição sonora- Muvuca 2000 e outros. LIMINAR DEFERIDA. Réplica à contestação pelo Ministério Público em 29-01-2001. Três Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último lançamento no Saipro: 10-07-2000. Processo autuado.
- 20025190-8-Novo Número: 408461-9/2004. Execução TAC- Vipgás-Minasgás. Último lançamento no Saipro: 23-08-2005. Juntada petição- autor Parte requer homologação do acordo de ajustamento. Três Pedidos de andamento pelo Ministério Público.
- 20034644-3 – Nº no Cartório 9.108/03- Liquidação de Sentença. Poluição Sonora- Associação Recreativa. Em tramitação. Dois Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Sem consulta ao SAIPRO, por falta de cadastramento.
- 1005616-4/2006. Flávio Alves dos Santos Júnior. Poluição do ar e sonora por carpintaria. Em 05-05-06 foi concedida antecipação da tutela, sendo esta a última movimentação no SAIPRO. Um pedido de andamento pelo Ministério Público.
- 20028551/02- Novo nº 403841-1/2004. Associação Recreativa - Poluição sonora- JULGADA em 10-03-2003. Consta do Saipro, como último movimento, o seguinte: 29-11-2002. Processo autuado. Pedido de andamento pelo Ministério Público.
- 20034644-3 – Ação de execução do feito nº 403841-1/2004. Poluição Sonora. Associação Recreativa Bairro Getúlio Vargas. Aforada em 22-08-2003. Sem consulta ao SAIPRO, por falta de cadastramento. Dois pedidos de andamento pelo Ministério Público.
- 20028551/02- Liquidação de sentença. Novo nº 403862-5/2004- Poluição sonora- Associação Recreativa. Em tramitação. Dois Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Consta do Saipro, como último movimento, o seguinte: 22-08-2003. Processo autuado.

- 20031382-3- Poluição Sonora. Fim de Tarde Summer. LIMINAR DEFERIDA. Três Pedidos de andamento pelo Ministério Público. Sem consulta ao SAIPRO, por falta de cadastramento.
- 20028488-Antonio Olimpio R. Silva- Contrato sem cumprimento. Declinada da competência para 2ª Cível, onde tomou o nº 404023-9/2004.

2.2.5 Situação na 5ª VARA CÍVEL:

- 20030868-2-CEAMEV. Matrícula sob dependência. JULGADA.
- 20034409-(novo nº 640180-6/2005) Carlos Vianna e outros- Poluição Sonora-JULGADA em 05-09-2006.
- 1117496-2/2006- Samuel Machado da Silva e Ana Maria Pereira Reserva legal- CONCEDIDA A ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. Saipro: 06-02-2007- Concluso ao juiz.

2.2.6. Situação dos feitos na VARA ESPECIALIZADA DO CONSUMIDOR.

- 98000043-4, Novo nº 408194-3/2004- Bloco Galera de Ilhéus. DEFERIDA LIMINAR. Réplica à contestação em 20-11-98. Quatro pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último movimento no Saipro na data da consulta: 25-08-2006. Concluso ao Juiz. Ministério Público requer o andamento do feito.
- 98001449-2- novo nº 408191-6/2004- Bloco Galera de Ilhéus. INDEFERIDA A LIMINAR EM 20-10-2003(cinco anos após o aforamento). Quatro pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último movimento no Saipro na data da consulta: 28-07-2005. Concluso ao Juiz. Juntado parecer do Ministério Público.
- 20031351-8. Novo nº 394376-5/2004. SINART. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA CONCEDIDA. Quatro pedidos de andamento pelo Ministério Público. Último movimento no Saipro na data da consulta: 25-08-2006. Concluso ao juiz. Ministério Público requer o andamento do feito.
- 20034623-7- Novo nº 408192-5/2004- Levi Marques dos Santos- DEFERIDA A LIMINAR. Dois pedidos de andamento pelo Ministério Público. Réplica à contestação pelo Ministério Público em 10-05-05. Designada audiência para 18-04-2007.
- 370086-6/2004- Telemar Norte Leste S/A- Um pedido de andamento pelo Ministério Público. Último movimento no Saipro na data da consulta: 03-02-06. Publicado no DPJ. Edital publicado citação de terceiros afixado no átrio do fórum.

2.3) Feitos Pendentes: Principais Matérias Envolvidas

Sob outro prisma, detalhe-se o objeto das ações aforadas nas áreas de meio ambiente e consumidor pela 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus, ainda em tramitação:

2.3.1) Meio Ambiente:

Objeto	Quantidade
Poluição sonora	12
Poluição do ar/água	02
Lixão	02
Loteamentos clandestinos	02
Reserva legal	02
Contenção de encosta	02
Outros	04
Total:	14

2.3.2) Consumidor:

Taxa de turismo	01
Sistema de transporte	01
Remédios- fornecimento	01- (grau de recurso)
Tip	01-(grau de recurso- Ainda não encaminhada ao TJ.)
Contribuição de iluminação elétrica	01
Rede de esgoto	01
Matadouro	01
Meia-entrada	02
Taxa de embarque	01
Propaganda enganosa	01
Valor de tarifa de ônibus	01
Total:	12

2.4) Distribuição das Ações em Andamento por Vara e por Ano:

Esquemáticamente, pode-se demonstrar a distribuição das ações civis públicas no período de 1992 a 2006 entre as Varas da Comarca de Ilhéus da seguinte forma, ressaltando-se que foram computadas somente as em andamento:

	1ª VARA	2ª VARA ⁴	3ª VARA	4ª VARA	5ª VARA	VEC
1992		02				
1996		02				
1998		02				02
2000		01		01		
2001		07				
2002		02	01	02		
2003	02	07	01	02		03
2004		10				01
2005	01	11				
2006		20		01	01	
TOTAL	03	55	02	06	01	06

2.5) Análise dos dados Judicializados:

- Ações civis públicas diluídas entre as varas da comarca.
- Maior número de julgamentos pela Vara do Consumidor, que é especializada, dado que sugere a especialização em direitos transindividuais para melhor resposta à comunidade.
- Inexistência de julgamentos em improbidade administrativa, embora detenha, quantitativamente, maior número de ações aforadas.
- Distribuição convergente do maior nº de ações para a 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública, por envolver o Município de Ilhéus como litisconsorte nas ações civis públicas contra ato de improbidade administrativa.

Conclusões

Primeira Conclusão: A criação da Promotoria de Justiça Especializada, voltada aos chamados direitos de terceira geração mais familiarizada com a rotina de instauração e instrução de procedimentos administrativos e inquéritos civis para as investigações específicas de determinados fatos, além de potencializar a atuação ministerial, efetivamente influiu no número de ações civis públicas ajuizadas na comarca de Ilhéus.

Segunda conclusão: O envolvimento do Ministério Público com os direitos transindividuais não mereceu a mesma receptividade pelo Poder Judiciário na Comarca de Ilhéus.

Terceira conclusão: Vara Especializada em Direitos Transindividuais poderá ser fator de aceleração da instrução e de julgamento de ações civis públicas.

Quarta Conclusão: a efetividade das ações civis públicas não depende exclusivamente das ações intentadas pelo Ministério Público. Necessita, sobretudo, da atuação do Poder Judiciário no julgamento das medidas propostas, inclusive como forma de prevenção, já que a sanção tem caráter também educativo.

⁴ Incluiu-se, no cômputo geral, as ações civis públicas por improbidade administrativa.

A OBRIGATORIEDADE DE O FORNECEDOR CUMPRIR AS NORMAS TÉCNICAS RELACIONADAS À SEGURANÇA E QUALIDADE DOS PRODUTOS E SERVIÇOS

Fábio de Souza Trajano¹

Promotor de Justiça/SC

Síntese Dogmática da Proposição. Após o advento do Código de Defesa do Consumidor, todas as normas técnicas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo INMETRO, relacionadas à segurança e qualidade dos produtos e serviços, têm caráter compulsório.

I - Introdução

O tema que pretendemos desenvolver no presente trabalho refere-se à obrigatoriedade de todas as normas e todos os regulamentos técnicos relacionadas à segurança e qualidade dos produtos e serviços, após a edição do Código de Defesa do Consumidor, independentemente de seu caráter voluntário ou obrigatório.

Inicialmente, analisaremos o conceito de Normalização, regulamento técnico, o sistema brasileiro de edição da norma técnica e de Avaliação da Conformidade, para, na sequência, fazermos uma relação com a política Nacional das Relações de Consumo.

II - Normalização

Da Associação Brasileira de Normas Técnicas², extraímos o conceito, os objetivos e benefícios da Normalização:

O que é Normalização?

Atividade que estabelece, em relação a problemas existentes ou potenciais, prescrições destinadas à utilização comum e repetitiva com vistas à obtenção do grau ótimo de ordem em um dado contexto.

Objetivos da Normalização

Economia: Proporcionar a redução da crescente variedade de produtos e procedimentos

Comunicação: Proporcionar meios mais eficientes na troca de informação entre o fabricante e o cliente, melhorando a confiabilidade das relações comerciais e de serviços.

Segurança: Proteger a vida humana e a saúde.

Proteção do Consumidor: Prover a sociedade de meios eficazes para aferir a qualidade dos produtos.

Eliminação de Barreiras Técnicas e Comerciais: Evitar a existência de regulamentos conflitantes sobre produtos e serviços em diferentes países, facilitando assim, o intercâmbio comercial.

Na prática, a Normalização está presente na fabricação dos produtos, na transferência de tecnologia, na melhoria da qualidade de vida através de normas relativas à saúde, à segurança e à preservação do meio ambiente.

Benefícios da Normalização

Numa economia onde a competitividade é acirrada e onde as exigências são cada vez mais crescentes, as

¹ Promotor de Justiça do Consumidor do Ministério Público de Santa Catarina, ex-coordenador do Centro de Apoio Operacional do Consumidor e ex-presidente da Associação Nacional do MP do Consumidor.

² www.abnt.org.br, acessado em 20/7/2007.

empresas dependem de sua capacidade de incorporação de novas tecnologias de produtos, processos e serviços. A competição internacional entre as empresas eliminou as tradicionais vantagens baseadas no uso de fatores abundantes e de baixo custo. A normalização é utilizada cada vez mais como um meio para se alcançar a redução de custo da produção e do produto final, mantendo ou melhorando sua qualidade.

Podemos escalar alguns desses benefícios da Normalização da seguinte forma:

Qualitativos:

A utilização adequada dos recursos (equipamentos, materiais e mão-de-obra).

A uniformização da produção.

A facilitação do treinamento da mão-de-obra, melhorando seu nível técnico.

A possibilidade de registro do conhecimento tecnológico.

Melhorar o processo de contratação e venda de tecnologia.

Quantitativos:

Redução do consumo de materiais e do desperdício.

Padronização de equipamentos e componentes.

Redução da variedade de produtos (melhorar).

Fornecimento de procedimentos para cálculos e projetos.

Aumento de produtividade.

Melhoria da qualidade

Controle de processos

É ainda um excelente argumento para vendas ao mercado internacional como, também, para regular a importação de produtos que não estejam em conformidade com as normas do país importador.

III – Da elaboração da norma

A norma é elaborada com a participação de todos os setores envolvidos, inclusive o setor produtivo, não sendo, assim, ato unilateral do poder público, conforme explicitado no processo de criação abaixo destacado³:

1 - Demanda - solicitação de normalização de determinado tema proposto à ABNT por qualquer interessado (setor produtivo, governo, consumidores);

2 – Programa de Normalização – encaminhamento ao Comitê Técnico responsável, que fará a exposição aos diversos setores envolvidos. Havendo consenso quanto a necessidade de normalização e sua prioridade, o tema será inserido no Programa de Normalização do Comitê Técnico respectivo;

3 – Elaboração e Projeto de Norma – formação da Comissão de Estudos, com participação de todas as partes interessadas, que elaborará, por consenso, projeto que será submetido à consulta pública;

4 – Consulta Nacional – fase em que o projeto será submetido à consulta pública, podendo, qualquer interessado, manifestar-se pela aprovação do projeto, sua modificação ou supressão, mediante apresentação de fundamentos técnicos e científicos; e

5 – Análise do resultado da Consulta Nacional.

IV – Avaliação da Conformidade

A comprovação de que determinada norma está sendo observada ocorre pela Avaliação da Conformidade, que tem o seguinte conceito:

A Avaliação da Conformidade é um processo sistematizado, com regras pré-estabelecidas, devidamente acompanhado e avaliado, de forma a propiciar adequado grau de confiança de que um produto, processo ou serviço, ou ainda um profissional, atende a requisitos pré-estabelecidos por normas ou regulamentos, com o menor custo possível para a sociedade.⁴

A Avaliação da Conformidade poderá ser efetuada por intermédio de certificação, declaração de conformidade do fornecedor, inspeção, etiquetagem e ensaio, dependendo a escolha das especificidades de cada produto.

No que se refere à certificação, segundo o INMETRO⁵, poderá ser voluntária ou compulsória. A primeira depende de solicitação do fornecedor. A segunda é de uso obrigatório e está relacionada à saúde e segurança do consumidor. Produto certificado é identificado pela presença do símbolo do Sistema Brasileiro de Certificação no próprio produto ou na sua embalagem, que poderá estar acompanhado do nome ou marca do Organismo de Certificação de Produto (OCP) credenciado pelo INMETRO.

³ www.abnt.org.br, acessado em 20/7/07.

⁴ www.inmetro.gov.br, acessado em 27/7/07.

⁵ www.inmetro.gov.br, acessado em 23/7/07.

Para ilustrar, destacamos alguns exemplos de produtos com certificação compulsória: mangueira de PVC para GLP; botijão de gás; capacete de motociclistas; extintor de incêndio; preservativo masculino; brinquedo; vidro de segurança de veículos; fios e cabos elétricos até 750 v; embalagem plástica para álcool; pneus de veículos; fósforo; e mamadeira.

V – Entendimento do INMETRO e ABNT quanto ao caráter voluntário da norma

O Instituto Brasileiro de Metrologia⁶ (INMETRO), ao discorrer sobre Avaliação de Conformidade, aponta a diferença entre norma e regulamento técnico, esclarecendo ser a primeira de adesão voluntária e a segunda de caráter compulsório, fazendo, todavia, ao final do texto, em nota, observação quanto ao Código de Defesa do Consumidor, *in verbis*:

Os programas de Avaliação da Conformidade compulsórios têm como documento de referência um regulamento técnico, enquanto os voluntários são baseados em uma norma. A principal diferença entre um regulamento técnico e uma norma é que o primeiro tem seu uso obrigatório e, o segundo, voluntário. Enquanto o regulamento técnico é estabelecido pelo Poder Público, a norma é consensual, ou seja, estabelecida após ampla discussão pela sociedade e emitida por uma organização não governamental. No caso específico do Brasil, a Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT, foi reconhecida, através da Resolução Conmetro nº 7, de 24 de agosto de 1992 como o Fórum Nacional de Normalização. Outra característica que deve ser ressaltada é que o regulamento técnico pode referenciar uma norma técnica, tornando seus critérios, ou parte deles, a princípio voluntários, como de caráter compulsório. Tanto quanto possível, o regulamento deve basear-se em uma Norma Técnica, tornando obrigatórios os requisitos ligados a proteção do cidadão, do meio ambiente e da nação.

Nota: No que diz respeito ao atendimento voluntário aos requisitos estabelecidos por uma norma técnica, cabe destacar que o Brasil possui uma particularidade em relação aos demais países signatários dos acordos internacionais em função da Lei nº 8.078, de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor; definir, em seu artigo 39, parágrafo VIII, que na ausência de regulamentos técnicos, os produtos devem ser colocados no mercado em conformidade com as normas técnicas. Esse entendimento é reforçado pela norma técnica nº 318, emitida em 29 de setembro de 2006, pelo Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor - DPDC, órgão vinculado ao Ministério da Justiça e coordenador do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor.

A ABNT⁷, no mesmo sentido, entende que a obrigatoriedade da norma depende de previsão expressa, todavia faz ressalva quanto a invocação em ações judiciais do art. 39, VIII, do Código de Defesa do Consumidor:

10. O uso das Normas Brasileiras é obrigatório?

R: As Normas Brasileiras são desenvolvidas e utilizadas voluntariamente. Elas tornam-se obrigatórias somente quando explicitadas em um instrumento do Poder Público (lei, decreto, portaria, normativa etc.) ou quando citadas em contratos. Entretanto, mesmo não sendo obrigatórias, as normas são sistematicamente adotadas em questões judiciais por conta do Inciso VIII do Art. 39 do Código de Defesa do Consumidor.

Claro assim, segundo entendimento da ABNT e do INMETRO, que algumas normas são voluntárias, isto é, o fornecedor vai acatar apenas se entender conveniente, com o que não concordamos, pois, desde que relacionada à segurança e qualidade dos produtos e serviços, a norma tem caráter obrigatório, conforme princípios e dispositivos legais do Código de Defesa do Consumidor adiante explicitados.

VI – As normas técnicas e a Política Nacional de Relações de Consumo

A Política Nacional de Relações de Consumo, instituída pelo Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, tem por objetivo “o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, **saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos** [...]” (*grifo não existente no original*)

É princípio da Política Nacional das Relações de consumo, conforme inciso II do artigo destacado:

⁶ www.inmetro.gov.br, acessado em 27/7/07.

⁷ www.abnt.org.br, acessado em 20/7/07.

II – ação governamental no sentido de proteger efetivamente o consumidor:

[...]

d) pela garantia dos produtos e serviços com padrões adequados de qualidade, segurança, durabilidade e desempenho;

A proteção da segurança é direito básico do consumidor, sendo vedada a colocação no mercado de produtos que acarretem riscos à sua saúde e segurança, *in verbis*:

Art. 6º - São direitos básicos do consumidor:

I – a **proteção da vida, saúde e segurança** contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos perigosos ou nocivos;” (*grifo não existente no original*)

Art. 8º - Os produtos e serviços colocados no mercado de consumo não acarretarão riscos à saúde ou segurança dos consumidores, exceto os considerados normais e previsíveis em decorrência de sua natureza e fruição.

Outro direito básico do consumidor é a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, conforme art. 6º, VI, do Estatuto Protetivo.

É conclusão lógica e natural que a observância de norma técnica expedida por entidade competente é certeza de produto e serviço com padrão adequado de segurança, durabilidade, desempenho e que oferece muito menos riscos de ocasionar prejuízos ao consumidor, dando, assim, concretude e efetividade aos dispositivos legais destacados anteriormente, o que, por si só, já permite concluir pelo caráter compulsório das mesmas.

Como se não bastasse, o art. 39, inciso VIII, do Código de Defesa do Consumidor, considera ser prática abusiva a colocação de qualquer produto em desacordo com as normas técnicas:

Art. 39 – É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

[...]

VIII – colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela **Associação Brasileira de Normas Técnicas** ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO; (*grifo não existente no original*)

Define o Código de Defesa do Consumidor, ainda, como impróprios ao consumo os produtos em desacordo com as normas regulamentares de fabricação, distribuição ou apresentação e os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam, senão vejamos:

Art. 18 – [...]

§ 6º - São impróprios ao uso e consumo:

[...]

II – os produtos deteriorados, alterados, adulterados, avariados, falsificados, corrompidos, fraudados, nocivos à vida ou à saúde, perigosos ou, ainda, aqueles **em desacordo com as normas regulamentares de fabricação**, distribuição ou apresentação; (*grifo não existente no original*).

III – os produtos que, por qualquer motivo, se revelem inadequados ao fim a que se destinam.

Além de infrações cíveis e administrativas, está configurado, em tese, o crime contra as relações de consumo previsto no artigo 7º, inciso II, da Lei n. 8.137/90, que dispõe:

Art. 7º Constitui crime contra as relações de consumo: [...]

II - **vender ou expor à venda mercadoria cuja** embalagem, tipo, especificação, **peso** ou composição esteja **em desacordo com as prescrições legais**, ou que não corresponda à respectiva classificação oficial; (*grifo não existente no original*)

Conforme dispositivos legais destacados e a principiologia do Código de Defesa do Consumidor, entendemos que todas as normas técnicas expedidas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo INMETRO, relacionadas à segurança e fabricação dos produtos e prestação de serviços, devem ser observadas, sob pena de prática abusiva e colocação no mercado de produto impróprio ao consumo.

Ao discorrer sobre normas da ABNT, José Geraldo Filomeno⁸ conclui por sua obrigatoriedade, valendo a pena transcrever o seguinte ensinamento:

⁸ FILOMENO, José Geraldo. Manual de direitos do consumidor. 5 ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 75/77.

A ABNT, como se sabe, propõe-se a elaborar normas técnicas e a fomentar seu uso nos campos científico, técnico, industrial, comercial e agrícola, promovendo a participação das comunidades técnicas no desenvolvimento da normalização no país, representando-o junto às entidades internacionais de normalização e organizações similares estrangeiras, bem como conceder marcas de conformidade e outros certificados referentes à aplicação de normas e a colaborar com o Estado no estudo e solução de problemas relacionados com a normalização técnica geral.

Pelo regime anterior de normalização, havia a discriminação quanto à “obrigatoriedade” ou não das normas técnicas no sentido retro apregoado, a saber: (a) as NBR 1 e 2 eram de caráter compulsório, sendo que a segunda somente assim era considerada em face de sua obediência pelo Poder Público, sendo a primeira universal; (b) NBR 3, de caráter não obrigatório, mas registrada no Inmetro; (c) NBR 4, normas probatórias, registradas no Inmetro, ainda em fase experimental.

Hoje, entretanto, **as normas técnicas são praticamente todas compulsórias, exatamente diante do mencionado inc. VIII do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor**, que na verdade insiste em chamar a atenção para todos que se dediquem a atividades econômicas que exigiam regramento mínimo, sobretudo no que concerne à qualidade e segurança dos usuários e consumidores, como requisitos mínimos, e que servirão de balizamento no caso de eventuais anomalias, defeitos ou vícios constatados em produtos e serviços. *(grifo não existente no original)*

Existe, por outro lado, uma diferença fundamental entre “normalização” e “regulamentação”.

Enquanto esta é estabelecida pelo poder estatal, sem participação das entidades privadas diretamente, aquela pressupõe a disciplina de métodos de fabricação, conformidade etc., por entidades privadas.

Prevalece entre nós o sistema híbrido, agora ainda mais reforçado pela delegação quase que total à ABNT e entidades por ela acreditadas. Ou seja, ao Estado, como não poderia deixar de ser, já que investido da soberania do país, compete sempre a fixação das normas gerais e condições da atuação das entidades do Sinmetro, enquanto que a essas incumbe a elaboração das normas, certamente auditadas e homologadas pelo Inmetro.

[...]

Por isso mesmo é que nos permitimos concluir o seguinte no tocante às normas técnicas e sua obrigatoriedade: 1º a qualidade não é apenas a adequação às normas técnicas, mas também, e principalmente, a satisfação do consumidor;

(...)

3º diante do novo sistema nacional de metrologia e qualidade industrial, **todas as normas técnicas elaboradas pela ABNT e demais entidades credenciadas passam a ser obrigatórias**, até como garantia para os próprios fornecedores; *(grifo não existente no original)*

Cláudia Lima Marques, Antônio Herman Benjamin e Bruno Miragem⁹ se manifestam no mesmo sentido:

Se existem normas expedidas por órgãos oficiais, ou pela Associação Brasileira de Normas Técnicas **ou outra entidade credenciada pelo INMETRO**, devem elas ser cumpridas, mesmo não sendo obrigatórias para o fornecedor específico. Nesse sentido, o CDC inclui no art. 39, em seu inciso VIII, como prática comercial abusiva, “colocar, no mercado, qualquer produto ou serviço em desacordo” com estas normas. A finalidade da norma é melhorar a qualidade de vida do brasileiro, melhorando a qualidade dos produtos que consome e dos serviços que são colocados à sua disposição.

Destacam-se, ainda, as seguintes manifestações doutrinárias relacionadas ao assunto:

O artigo 39, inciso VIII, do CDC deixa bem claro: se existirem Normas Técnicas para qualquer produto colocado no mercado de consumo, é obrigatória a conformidade destes produtos com os requisitos da Norma, sob pena de responsabilidade para o fornecedor. Quando o consumidor compra produto normalizado, significa que está adquirindo um produto de qualidade. Sabe que o produto foi fabricado de acordo com os requisitos da Norma pertinente. Garantindo-se desta maneira que o fabricante utilizou na sua fabricação matérias-primas e processo controlados e, principalmente, que o produto está de acordo com seus desejos e necessidades.¹⁰

Registre-se, portanto, que, o legislador do Código de Defesa do Consumidor, conferiu, neste dispositivo, grande importância ao processo de normalização. A prática das condutas vedadas por este inciso, sujeita o fornecedor às sanções administrativas previstas pelo art. 58, deste Código.¹¹

⁹ MARQUES, Cláudia Lima, BENJAMIN, Antônio Herman V., MIRAGEM, Bruno. Comentários ao código de defesa do consumidor: arts. 1º a 74: aspectos materiais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 507.

¹⁰ OLIVEIRA, José Carlos de. Código de Proteção e defesa do consumidor. p. 141. Editora de direito, Leme SP.

¹¹ ALVIM, Arruda et all. Código do consumidor comentado. 2. ed. rev. e ampl. 2.t. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 216.

Se o fornecedor quiser ser penalizado, basta colocar, no mercado consumidor, qualquer produto ou serviço, em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes e, se não existirem normas específicas, observem-se as “Normas da Associação de Normas Técnicas” existentes, de um modo geral, em todas as capitais dos Estados, ou outra entidade devidamente credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial - CONMETRO, todas ótimas, como já temos evidenciado.¹²

Também é conduta abusiva a colocação, no mercado, de produto ou serviço sem a observância de normas técnicas oficiais. As sanções para a hipótese estão referidas no art. 58 do Código: apreensão, inutilização ou proibição de fabricação de produtos, suspensão do fornecimento de produto ou serviço, cassação de registro do produto ou rescisão (a lei menciona “revogação”) da concessão ou permissão de uso. Tais são as penalidades, de natureza administrativa, para os produtos ou serviços inadequados, entre os quais aqueles que não guardam correspondência com as normas técnicas pertinentes. Ao consumidor, neste caso, cabe levar ao conhecimento da autoridade administrativa competente a notícia da prática abusiva para que esta, mediante o procedimento administrativo próprio, adote a providência que entender ajustável à espécie. Se a inobservância de normas técnicas causar um incremento no potencial de risco do produto ou serviço, causando danos à saúde e segurança do consumidor, o fornecedor pode vir a ser responsabilizado civil e penalmente (Código de Defesa do Consumidor, arts. 8º a 12)¹³.

Outra ação vedada é a de colocar, no mercado consumidor, qualquer bem ou serviço sem a observância das normas previstas pelos órgãos oficiais competentes, ou, inexistindo normas específicas, as da ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas, ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia (CONMETRO) (VIII). Ora, inseridas, internacional ou nacionalmente, dentro de um sistema protetivo aos valores básicos da pessoa e da coletividade, essas normas, resultantes de estudos e de análises profundas de técnicos especializados, constituem as garantias máximas da população e dos próprios fornecedores quanto à higidez dos produtos e dos serviços oferecidos ao mercado. Daí a sua imposição pelos órgãos de controle, a fim de possibilitar-se o fluxo tranquilo de produtos e de serviços para o mercado consumidor, sem riscos quanto à sua essência, à sua composição, ao seu acondicionamento, ao seu transporte e à sua colocação junto ao público.¹⁴

Entende-se por norma técnica aquela expedida pelo órgão público competente ou, à falta destes, as baixadas pela ABNT – Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo CONMETRO – Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

Estas normas, no mais das vezes, têm por finalidade assegurar padrões mínimos de segurança e de qualidade para os produtos e serviços.

Neste dispositivo (art. 39, VIII), afirma-se que a inserção de produto ou serviço em desacordo com tais parâmetros normativos consiste, só por si, em prática abusiva.

Digno de registro, contudo, que a observância destas normas não isenta o fornecedor de outras responsabilidades. Isto porque as normas veiculam padrões mínimos. O Código de Defesa do Consumidor, porém, indica que todo produto ou serviço possui garantia legal de adequação. Logo, a alegação de adequação à norma técnica de regência não isenta o fornecedor de responsabilidade por eventuais vícios ou delitos do produto ou do serviço.¹⁵

É conduta abusiva do fornecedor – reza o inciso VIII do art. 39 – colocar à venda produto ou serviço que desatendam normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes e, na sua ausência, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas – ABNT e Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial – CONMETRO.

Essa entidade foi fundada em 1940 e é de utilidade pública.

As normas técnicas que elabora tendem a reduzir os custos da fabricação, uniformiza medidas que permitem o uso múltiplo dos produtos e, de certo modo, incrementam a produtividade.

A ABNT e outras organizações particulares com o poder público integram o Sistema Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (SINMETRO). Na área oficial, salienta-se o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (INMETRO).

O órgão normativo do SINMETRO é o Conselho Nacional de Metrologia, normalização e Qualidade Industrial (CONMETRO).

No conceito do ato descrito no inciso VIII, a lei peca pela imprecisão. A rigor, na espécie, não se trata de

¹² ZENUN, Augusto. *Comentários ao código do consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 66.

¹³ COELHO, Fábio Ulhôa. Arts. 28 a 45. In: OLIVEIRA, Juarez (org). *Comentários ao código de proteção do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1991. p. 168.

¹⁴ BITTAR, Carlos Alberto; *Direitos do Consumidor – Código de Defesa do Consumidor*. 6. ed. Forense Universitária, 2003. p. 58.

¹⁵ NUNES, Vidal Serrano Júnior e SERRANO, Yolanda Alves Pinto. *Código de Defesa do Consumidor Interpretado*. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 128.

prática apenas abusiva, mas ilícita, visto que o fornecedor desrespeita normas legais atinentes à produção do bem que coloca no mercado.

Vamos mais longe na justificativa da ação da administração pública, na área do consumo. Mesmo que inexistem quaisquer normas públicas ou privadas atinentes ao produto ou ao serviço se a autoridade concluir serem eles nocivos aos consumidores, pondo em risco sua saúde ou até sua vida, está autorizada a ampliar uma das sanções elencadas no art. 56 do Código de Defesa do Consumidor.¹⁶

Finalmente, registro que, juntamente com o colega Jacson Correa¹⁷, subscrevi a Nota Técnica 01/2004¹⁸, do Centro de Apoio Operacional do Consumidor do Ministério Público de Santa Catarina, concluindo pela obrigatoriedade da observância pelos fabricantes de copos plásticos da NBR 14.865, que contribuiu para a celebração de Termos de Ajustamentos de Conduta entre Promotorias de Justiça¹⁹ e fabricantes de mencionados produtos em cinco comarcas do estado, servindo como exemplo que a norma, mesmo que não tenha, expressamente, caráter obrigatório, deve sim ser observada, porquanto propicia produto com muito mais qualidade e segurança, atendendo, assim, os princípios da Política Nacional das Relações de Consumo.

VI - Conclusão objetiva

Todas as normas técnicas oriundas da Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo INMETRO, relacionadas à segurança e qualidade dos produtos ou prestação de serviços, têm caráter compulsório, conforme arts. 4º, 6º, I e III, 8º, 18, § 6º, II e III, e 39, XII, do Código de Defesa do Consumidor.

¹⁶ SAAD, Eduardo Gabriel; Comentários ao Código de Defesa do Consumidor; Ed. LTR; 5ª. edição 2002, págs. 391 e 392.

¹⁷ Procurador de Justiça e Coordenador-Geral, à época (2004), do Centro de Apoio Operacional do Consumidor.

¹⁸ Parte da doutrina utilizada no presente trabalho também foi citada na Nota Técnica MP/SC/CCO 01/2004.

¹⁹ Criciúma, Içara, Urussanga, Orleans e Braço do Norte, que concentram cerca de 80% da fabricação de copos plásticos do país.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA NÃO-OFFERTA DOS PLANOS E SEGUROS PRIVADOS DE SAÚDE INDIVIDUAIS E FAMILIARES

Joseane Suzart Lopes da Silva

Promotora de Justiça/BA

1. Justificativa

Hodiernamente, no mercado de saúde suplementar, observa-se uma tendência das empresas a oferecerem apenas planos ou seguros coletivos, e não mais os de natureza individual ou familiar. Tais pessoas jurídicas criam óbices para que os consumidores, que não estejam vinculados a uma determinada pessoa jurídica, formalizem contratos de assistência à saúde suplementar. Em matéria divulgada no Jornal A Tarde¹, do dia 11 de junho de 2007, constam informações de que os planos de saúde coletivos representam 70% do mercado, reunindo aproximadamente 28 milhões de usuários brasileiros, ou seja, um percentual extremamente alto. Este quadro demonstra a tendência atual da coletivização das relações de consumo surgidas no âmbito da saúde suplementar.

O problema referente à preferência das empresas de comercializarem apenas os planos ou seguros de saúde coletivos foi detectado logo após a instituição da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), mas, até o presente momento, nenhuma providência foi adotada. O Jornal do Brasil², de 28 de outubro de 2001, portanto, há seis anos atrás, já divulgava a postura abusiva destas empresas, ao afirmar que as operadoras de planos e seguros de saúde estavam preferindo trabalhar com empresas “em detrimento dos clientes individuais”, que, à época, representavam somente 36% dos 29 milhões de usuários cadastrados naquela autarquia. Os outros 64% já eram clientes dos planos coletivos contratados por empresas em prol dos seus trabalhadores.

Verifica-se que de um universo total de aproximadamente 2.000 operadoras de planos e seguros de saúde, apenas um exíguo percentual continua disponibilizando os contratos individuais ou familiares para o público consumidor.³ Inexistem dúvidas de que a coletivização forçada dos planos e seguros de saúde vem impondo-se ao longo dos últimos anos e urge que sejam identificados os fatores que têm contribuído para a estimulação das empresas do setor de saúde suplementar a agirem desta forma. Ademais, providências urgentes devem ser adotadas pelos órgãos incumbidos da defesa dos interesses e dos direitos dos consumidores.

A relevância da problemática apresenta-se premente, eis que se trata de questão que afeta o direito fundamental à saúde - bem caracterizado pela extrema importância para a manutenção do estado vital dos seres humanos. Outrossim, a assistência suplementar à saúde dos indivíduos constitui atividade de natureza privada, mas previamente autorizada pelo Poder Público, suscitando uma constante fiscalização. As empresas que atuam no mercado privado de saúde argumentam que a sua autonomia administrativa, gerencial e operacional permite a oferta exclusiva dos planos e seguros apenas coletivos. Tais pessoas jurídicas fundamentam este posicionamento na livre iniciativa, assegurada em nível constitucional e prevista como fundamento da ordem econômica do País. Em contrapartida, clamam os consumidores pelo reconhecimento do direito de não serem discriminados pelas operadoras de planos e seguros saúde. Questionam que estas privilegiam apenas as contratações com as empresas, ou outras pessoas jurídicas, prejudicando os interesses dos indivíduos e dos grupos familiares que tenham necessidade ou interesse em adentrarem no mercado de saúde suplementar. Há uma colisão dos dois bens, quais sejam a saúde dos consumidores e o poder privado das empresas de se auto-determinarem no empreendimento das atividades comerciais.

¹ Jornal A Tarde, de 11 de junho de 2007, p. 17.

² Jornal do Brasil, de 28 de outubro de 2001, p. 1 e 18.

³ MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

⁴ Dados extraídos do site da Agência Nacional de Saúde Suplementar (www.ans.gov.br).

2. Fundamentos Jurídicos

2.1. Abordagem preliminar

Os planos privados de assistência à saúde, conforme dispõe o art. 1º, inciso I, da Lei n. 9.656/98, constituem prestações continuadas de serviços ou a cobertura de custos assistenciais a preço pré ou pós estabelecido, por prazo indeterminado, com a finalidade de garantir, sem limite financeiro, a assistência à saúde dos contratantes, englobando atendimento médico, hospitalar e odontológico. Os seguros instituídos com o escopo de que os consumidores gozem de qualquer espécie de assistência à saúde também são regidos pelos ditames emanados desta Lei. Não é despendendo lembrar que o parágrafo 1º do citado art. 1º estabelece que qualquer modalidade de produto, serviço ou contrato que seja instituída para garantir a cobertura financeira da assistência médica, hospitalar e odontológica dos consumidores será arremetida pelas normas que compõem a estrutura legislativa da saúde suplementar.

As empresas que atuam no ramo da assistência privada à saúde são pessoas jurídicas constituídas sob a modalidade de sociedade civil ou comercial, cooperativa, ou entidade de autogestão, que operem produto, serviço ou contrato referente à assistência privada à saúde dos beneficiários. O conceito de operadora de plano de saúde previsto no art. 1º, inciso II, da Lei nº 9.656/98 apresenta-se abrangente, razão pela qual o sistema supletivo de saúde encontra-se composto das seguintes modalidades: administradoras, cooperativas médicas e odontológicas, autogestão, medicina e odontologia de grupo e filantropia. As operadoras de planos e seguros de saúde são pessoas jurídicas de direito privado que efetivam atividades concernentes à assistência à saúde dos consumidores, conforme previsto no dispositivo mencionado. Para Adalberto Pasqualotto⁵, as operadoras de planos privados de assistência à saúde são pessoas jurídicas de direito privado, com liberdade de forma societária, que prestam serviços próprios ou por intermédio de terceiros, mediante contraprestações pecuniárias. Algumas operadoras de planos de saúde oferecem prestação de serviços de saúde e outras destinam-se a cobrir os custos referentes à assistência médica, hospitalar ou laboratorial. Assim que, a característica essencial destas pessoas jurídicas repousa na atividade financeira desempenhada para satisfazer os interesses dos consumidores que tenham por objetivo a proteção da saúde, galgando o atendimento necessário⁶.

A Lei n. 9.656/98 estabelece cinco planos de assistência à saúde: ambulatorial, hospitalar, hospitalar com obstetrícia, odontológico e o denominado de referência. Toda e qualquer operadora deverá ofertar aos consumidores, quer tenham formalizado contratos antigos ou venham a subscrever os atuais, o plano-referência, ou seja, o mais abrangente e amplo de todos, mas que contém algumas exceções e limitações. Os regimes ou tipos de contratações encontram-se previstos na Resolução CONSU nº 14, de 3 de novembro de 1998, sendo classificados em individual ou familiar, coletivo ou empresarial, e coletivo por adesão. Na contratação individual ou familiar, as pessoas físicas em geral poderão aderir, livremente, ao plano de saúde escolhido, quer estejam sozinhas ou acompanhadas por seu grupo familiar. A contratação coletiva ou empresarial dar-se-á entre as operadoras de planos ou seguros de saúde e pessoas jurídicas que almejam benefício para o grupo de indivíduos que com estas mantenham vínculo trabalhista, associativo ou sindical. A formalização do contrato implica na automática inclusão de todos os que estejam, juridicamente, ligados à pessoa jurídica contratante. A contratação coletiva por adesão ocorre quando as pessoas jurídicas (empresa, associação, sindicato ou fundação) ofertam para o grupo que esteja a ela vinculado juridicamente, podendo ocorrer ou não a adesão, visto que a inclusão não é automática.

2.2. Fatores motivadores da oferta exclusiva dos planos e seguros coletivos

A fixação das mensalidades dos planos e seguros de saúde coletivos resulta das negociações entre as operadoras e as pessoas jurídicas contratantes, não havendo a necessidade de serem obedecidas normas regulamentares expedidas pela ANS. Este constitui um dos grandes fatores incentivadores da preferência das empresas do setor de saúde suplementar pela contratação coletiva. Na mencionada reportagem do Jornal A TARDE, o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), através da Advogada Daniela Trettel, afirma que a ANS considera desnecessária a regulamentação da rescisão e do reajuste dos contratos coletivos em razão de serem “realizados por meio de pessoas jurídicas intermediárias, que atuam entre o consumidor e a operadora de plano de saúde”⁷. Conforme a citada Advogada, “A ANS entende que são duas forças semelhantes, por serem duas pessoas jurídicas mas, na prática, a operadora acaba impondo o percentual que quer, sem negociação. E quando o índice de reajuste não é aceito, ela ameaça rescindir o contrato”. Na multicitada matéria, o próprio presidente da Associação Brasileira de

⁵ PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: RT, 1999, p. 39.

⁶ FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 96.

⁷ Jornal A Tarde, de 11 de junho de 2007, p. 17.

Medicina de Grupo (ABRAMGE), Arlindo Almeida, reconhece que “Há uma preferência de todos os segmentos pelos planos coletivos, porque não existe a regulação pela ANS”⁸.

Na Comissão Parlamentar de Inquérito que apurou diversas denúncias contra os planos e seguros de saúde, existem observações importantes sobre a ausência de controle da ANS quanto aos contratos coletivos. A omissão da autarquia no acompanhamento dos planos e seguros coletivos tem incentivado as empresas do setor na imposição de aumentos abusivos que refletem em todo o mercado de saúde suplementar. Consta no Relatório final deste documento a seguinte observação: “Sobre os planos coletivos, a CPI recebeu denúncias relacionadas ao reajuste abusivo em contratos de livre adesão, que não são controlados pela ANS, valendo o acordo entre as partes, o que inclui o reajuste e a possibilidade de rescisão unilateral”⁹.

Outro aspecto que contribui para que as operadoras e seguradoras privilegiem a oferta de contratos coletivos constitui a presença de um conjunto estável de contratantes. O plano ou seguro coletivo, quando firmado com a pessoa jurídica interessada, congrega todos os que estejam a esta vinculados. Esta é a nota essencial dos planos ou seguros coletivos, sendo um aspecto positivo que interessa bastante as empresas do setor. Na contratação coletiva por adesão, os que estejam vinculados à pessoa jurídica contratante podem ou não aderir ao plano ou seguro, mas, em geral, concordam com a proposta. A presença de uma massa constante de usuários e a segurança quanto à recepção das contraprestações pecuniárias mensalmente estimulam as operadoras e seguradoras a optarem pela operacionalização tão-somente de contratos coletivos. Estas empresas apegam-se, principalmente, ao fato de que, ao cabo de cada período mensal, a própria pessoa jurídica contratante fará o depósito das mensalidades, gerando uma segurança na relação estabelecida.

A preferência das empresas pela comercialização dos planos ou seguros coletivos também se fundamenta no fato de que os usuários - em geral os vinculados a contratos de trabalho - apresentam idades não tão avançadas e, conseqüentemente, farão menor uso dos serviços de saúde. Na CPI dos Planos de Saúde¹⁰, consta a observação de que os planos ou seguros coletivos “Diferem dos individuais e familiares em função da dispersão do risco populacional. Pelo fato de suas coberturas estarem voltadas para grupos populacionais, geralmente constituídos por titulares da força de trabalho formalizada e ativa, os contingentes vinculados são mais jovens e adoecem menos do que a população como um todo”. Desta forma, lidar com um conjunto de usuários que, em razão da idade, devem apresentar melhores condições de saúde, constitui uma vantagem que conquista o interesse dos planos e seguros.

Existem dispositivos na Lei n. 9.656/98 que possibilitam uma atuação arbitrária das operadoras com relação aos planos e seguros de saúde coletivos. Formalizada a relação jurídica de caráter coletivo, as operadoras não estão obrigadas a efetivarem a entrega dos instrumentos contratuais para os consumidores, competindo esta tarefa às pessoas jurídicas contratantes. Entretanto, na prática, os consumidores, em geral, não recebem as condições contratuais gerais; o que os impossibilita de ter noção dos seus direitos e obrigações. Urge que haja previsão legal expressa sobre a obrigatoriedade das operadoras de encaminharem os contratos para todos os consumidores, já que se trata de contrato que lida com um bem de extrema importância: a saúde dos indivíduos. Em caso de inadimplência, a rescisão dos contratos coletivos de assistência à saúde suplementar poderá ser imposta de modo unilateral, pois as operadoras não estão obrigadas a comunicarem a sua pretensão de rompimento do liame jurídico com antecedência, podendo agir ao seu bel-prazer e lesar toda a massa de consumidores. Imprescindível será a alteração da legislação no sentido de estabelecer que a rescisão dos planos e seguros de saúde coletivos deverá obedecer aos mesmos parâmetros dos contratos individuais ou familiares. Importante ainda frisar que, no caso dos contratos coletivos firmados com as empresas em benefício dos empregados, havendo demissão, exoneração ou aposentadoria dos usuários, as operadoras não estão obrigadas a ofertarem planos de saúde individuais. Nestas hipóteses, os consumidores terão direito de permanecer um exíguo período e, após serão excluídos do sistema, sem o aproveitamento de sequer um único dia do período de carência já cumprido. Ora, são tantas as regalias e a possibilidade de enriquecimento ilícito que as operadoras ficam extremamente seduzidas pelos planos e seguros de saúde coletivos.

2.3. A inconstitucionalidade da não-oferta dos planos e seguros individuais

2.3.1. O desrespeito aos ditames constitucionais

No campo das relações privadas, o direito à saúde vem sendo tratado como uma simples mercadoria qualquer, tendo sido englobado pela lógica do capitalismo, que para a obtenção desmedida de lucros, não se preocupa com a natureza do bem que está lidando. O direito à saúde, que está, de forma direta e inseparável, imbricado com a vida dos indivíduos, constituindo-se, pois, num bem jurídico de valor inestimável terminou tornando-se uma mera “coisa”, manipulável de acordo com as regras do jogo capitalista, para atender ao bel prazer dos que dominam o âmbito

⁸ Idem, ibidem.

⁹ Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Planos de Saúde, finalizada em novembro de 2003.

¹⁰ Ver a página 75 do Relatório Final da CPI.

privado. Seguindo o modelo já enraizado pelo sistema capitalista, as operadoras de planos de saúde agem sem amarras e na sanha de lucratividade em detrimento dos direitos dos consumidores, como se as relações privadas fossem inabaláveis pelo conteúdo do direito à saúde.

Elencada como um dos direitos sociais, a saúde encontra guarida inicial no artigo 6º da Carta Magna Brasileira, vindo o art. 197 da Constituição Federal Brasileira a enunciar que as ações e serviços de saúde configuram-se como de relevância pública, facultando, nesta esteira, a atuação da iniciativa privada nesta área, conforme preconiza o artigo 199 do texto constitucional, desde que as atividades desenvolvidas estejam de acordo com o quanto disposto pelo parágrafo 1º deste mesmo dispositivo. Assim, estas empresas devem agir de forma complementar ao Sistema Único de Saúde, obedecendo-se às diretrizes por ele elaboradas. No Brasil, a despeito da Lei Maior do País erigir a saúde ao *status* de direito social e preconizar a relevância dos serviços que a englobem, as empresas privadas estruturadas no ramo suplementar violam, sem maiores preocupações, os preceitos constitucionais.

As empresas que atuam no setor de saúde suplementar desempenham atividades de grande importância para a sociedade como um todo, qualificadas como de relevância pública. São serviços direcionados para a satisfação de necessidades imperiosas dos contratantes, pois sem um estado de saúde equilibrado, os indivíduos não podem sobreviver e desfrutar de tantos outros bens. Tais serviços, quando prestados pelo setor privado, não podem ser direcionados ao atendimento exclusivo dos interesses daqueles que o dominam. Nestas circunstâncias, os aspectos que caracterizam o mercado devem ser mitigados com os interesses dos usuários, não imperando a mera vontade dos empresários do setor em detrimento das necessidades sociais.

As operadoras de planos e seguros de saúde não podem questionar que fazem parte do ramo de atividade privada e a sua autonomia assegurada na Constituição Federal está sendo desrespeitada. Isso porque os serviços privados de saúde são atividades que suplementam a atuação do poder estatal, e as empresas particulares que almejem integrar o setor devem ter a consciência exata de que são obrigadas a agir com base nos princípios que o norteiam, quais sejam: universalidade, igualdade e continuidade. O princípio da universalidade pressupõe o acesso de todos os interessados ao sistema privado de saúde, sem que sejam impostas quaisquer condições discriminatórias. Desta forma, as empresas de assistência à saúde suplementar não podem impor como requisito para a formalização dos contratos que os consumidores estejam vinculados a uma pessoa jurídica, quer seja empresa ou outra pessoa jurídica. Outrossim, com esteio no princípio da igualdade, todos os cidadãos que se predisponham a contratar um plano de saúde devem ser tratados com a mesma deferência, sem que sejam impostas condições discriminatórias, favoráveis aos indivíduos atrelados a uma certa entidade. Levando-se em consideração o princípio da continuidade dos serviços, será necessário ressaltar que se as operadoras do setor privado de saúde foram autorizadas a atuarem no mercado suplementar para ofertarem as modalidades de contratação previstas em lei e não apenas os planos e seguros coletivos, não podem fazer opção exclusiva pela espécie que melhor lhe aprouver. Desta maneira, para continuarem inseridas no âmbito da saúde suplementar, dando continuidade ao exercício das atividades autorizadas, tais empresas não podem restringir a oferta de apenas planos e seguros coletivos.

A maioria das operadoras de planos e/ou seguros de saúde, com o objetivo de reforçarem o propósito de não disponibilizarem mais contratos individuais, deixaram de apresentar mais qualquer publicidade neste sentido. Entretanto, mesmo que não haja divulgação para o conhecimento do público consumidor, estas empresas são obrigadas a prestarem os serviços de assistência à saúde suplementar para os que necessitam em caráter individual. Nelson Nery Júnior¹¹ afirma que, sendo a saúde uma necessidade essencial para os indivíduos na condição de consumidores, ainda que certa operadora ou seguradora especializada em saúde não realize publicidade sobre o assunto, terá o dever de contratar, já que incidirá o que se denomina “relação paracontratual (Savatier)”, caracterizando-se “a contratação forçada (do alemão *diktierter Vertrag*; do francês, *contrat imposé*)”.

A realidade do setor de saúde suplementar do País mostra que a Constituição Federal não tem obtido, no plano fático, a efetividade esperada. Inviabilizada a produção de efeitos concretos a partir das normas constitucionais, a lei, intitulada de fundamental, e que deveria ser suprema neste País, não passa de um simples “papel acoplado por diversas promessas”, que não consegue produzir efeitos na vida social. De um instrumento jurídico que carrega as normas que regem a estrutura básica do País e os direitos e garantias essenciais para a convivência social, a Constituição transforma-se em um mero simbolismo. Reputando a Constituição um mero simbolismo - em presença do que foi captado da realidade brasileira em termos de salvaguarda dos direitos individuais e sociais fundamentais -, Marcelo Neves¹² afirma que “Contraditoriamente, na medida em que se ampliam extremamente a falta de concretização normativa do documento constitucional e, simultaneamente, o discurso constitucionalista do poder, intensifica-se o grau de desconfiança no Estado. A autoridade pública cai em descrédito. (...) Desmascarada a farsa constitucionalista, segue-se o cinismo das elites e a apatia do público”.

Importante será resgatar a força normativa da Constituição Federal deste País para que a assistência suplementar à saúde, na condição de serviço de relevância pública, não continue sendo estigmatizada com as posturas

¹¹ NERY JÚNIOR, Nelson; *et al.* Código Brasileiro de Defesa do Consumidor, p. 348.

¹² NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 161.

iníquas das operadoras dos planos de saúde. Para a defesa dos usuários dos planos e seguros de saúde, mister será recorrer-se ao quanto disposto pelos arts. 5º, inciso XXXII, e 170, inciso V, Carta Magna Brasileira; o que demonstra a imperiosidade de que as normas constitucionais tenham plena efetividade. A Constituição Federal de 1988 enumera a defesa dos consumidores com um dos direitos essenciais para a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária e a elenca como um dos princípios gerais da atividade econômica, para seja ser concretizada a justiça social. Ao Estado, diante dos serviços de relevância pública, compete a tarefa primordial de observar a regularidade e a qualidade destes, exigindo o mínimo possível em prol da sociedade; razão pela qual o art. 197 da CF atribui ao Poder Público a competência de regulamentar, fiscalizar e controlar a execução dos serviços de saúde, sendo que a atuação estatal reguladora tem previsão, também, no art. 174, caput, da CF¹³. A saúde, por ser um serviço de alta relevância para a sociedade, exige do Estado “um poder de intervenção em nível mais elevado que em relação a outros serviços prestados por particulares”¹⁴.

2.3.2. As normas consumeristas violadas

No Brasil, a Política Nacional das Relações de Consumo tem por escopo atender às necessidades dos consumidores em geral, dentre as quais a obtenção de serviços de saúde adequados e eficientes. Para que seja respeitada a dignidade dos usuários dos planos de saúde e protegidos os seus interesses econômicos, as relações contratuais devem estar pautadas em condutas que primem pela harmonia dos direitos, conforme previsto no *caput* do art. 4º do Código de Proteção e Defesa do Consumidor. O princípio da harmonia nas relações de consumo - um dos baluartes na Política Nacional, previsto no inciso III daquele dispositivo normativo - pressupõe que as negociações estejam sempre baseadas na boa-fé e no equilíbrio entre os interesses dos fornecedores e consumidores.

Os contratos celebrados entre as operadoras de planos e seguros de saúde e os consumidores apresentam características específicas que os diferenciam dentro do universo contratual existente neste País¹⁵. Por tal razão, Cláudia Lima Marques¹⁶ afirma que constituem “contratos *sui generis*”, devendo ser analisados e interpretados com cautela, para a devida coibição das majorações praticadas. Lorenzetti argumenta que o contrato de “medicina prepaga”, mesmo celebrado no âmbito privado, tem por objetivo a proteção da saúde concebida como um direito fundamental. Desta forma, além de serem qualificados como contratos de duração extensa, os planos e seguros de saúde lidam com o direito essencial dos indivíduos - cujo tratamento indevido pode gerar a eliminação da vida - exigindo, portanto uma rigorosa fiscalização do conteúdo das normas que os garantem. Uma relação contratual desse tipo não pode ser tratada como um vínculo comum, devendo-se admitir que “A prestação de um direito fundamental pode desequilibrar a lógica contratualista, já que se concedem direitos e ações que seriam impensáveis em um contrato comum”¹⁷. Como bem salienta Antônio Joaquim Fernandes Neto, “a saúde, como objeto de direito, apresenta uma dimensão que transcende o indivíduo quando o objeto da proteção jurídica não é a saúde de um determinado indivíduo, mas a saúde de um grupo ou coletividade”¹⁸.

Clayton Maranhão (2003)¹⁹ formula interessante observação sobre o posicionamento das empresas que comercializam os planos e seguros de saúde ao estabelecerem as regras do jogo mercantil de acordo com os seus próprios interesses: “Note-se, por outro lado, que em vista da existência de apenas treze operadoras de planos de saúde em um país de capitalismo dependente e de dimensões geográficas como as do Brasil - sendo que apenas sete operadoras continuam ofertando planos de saúde individuais e familiares -, permite-se chegar à irrefutável constatação de se estar diante de oligopólio, a exigir medidas corretivas fundadas na Lei Antitruste, pois o aumento arbitrário dos lucros parece manifesto (arts. 20, III, 21, I, VIII, XXIV, e 69 da Lei 8.884/98). A tutela de remoção do (ilícito) abuso do

¹³ José Afonso da Silva, in Curso de Direito Constitucional positivo, 9 ed. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 707 e 708 afirma que: “Se a Constituição atribui ao Poder Público o controle das ações e serviços de saúde, significa que sobre tais ações e serviços tem ele integral poder de dominação, que é o sentido do termo controle, mormente quando aparece ao lado da palavra *fiscalização*”.

¹⁴ FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O conceito de ‘relevância pública’ na Constituição Federal. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana de Saúde, 1992, p. 38.

¹⁵ Segundo Ghersi, o contrato de prestação médica “prepaga”, denominado por alguns setores da doutrina e da jurisprudência de *contrato de seguro salud*, constitui aquele através do qual o fornecedor compromete-se perante o consumidor, designado de associado ou beneficiário, uma determinada assistência médica e recebe, a título de contraprestação, um pagamento periódico mediante a entrega de uma soma de dinheiro. Assim, não poderá haver discriminação entre o consumidor individual, ou seu grupo familiar, e aquele que esteja atrelado a uma pessoa jurídica contratante. (GHERSI, Carlos Alberto et al. *Contrato de Medicina Prepaga*. 2ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999).

¹⁶ MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 394.

¹⁷ LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 369.

¹⁸ FERNANDES NETO, Antônio Joaquim. *Op. cit.* Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 125.

¹⁹ MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

poder econômico não pode ser descartada, pois em microeconomia não é possível tutelar adequadamente o consumidor sem que se reprima eficazmente os desvios de concorrência em cada setor de mercado”.

O art. 39 do Código de Proteção e Defesa do Consumidor estabelece um rol de práticas abusivas com o objetivo de proteger os direitos dos consumidores em face dos interesses escusos dos fornecedores. Reza o inciso II deste dispositivo que constitui conduta indevida o fato de o fornecedor recusar atendimento às demandas dos consumidores, na exata medida de suas disponibilidades, e, ainda, em conformidade com os usos e os costumes. Esta regra aplica-se ao caso *sub oculis*, uma vez que as operadoras de planos e seguros de saúde foram estruturadas e organizadas para a prestação de assistência à saúde suplementar em prol dos consumidores que almejem aderir às suas propostas contratuais, não havendo qualquer previsão expressa, nos seus atos constitutivos, quanto à atuação restrita no que concerne aos contratos coletivos. Destaca-se também que os planos e seguros de saúde constituem, como bem salienta Cláudia Lima Marques²⁰, fundos mútuos instituídos pelos montantes pagos pelos consumidores, que não podem ser direcionados apenas para uma categoria específica – os que estejam vinculados a certa pessoa jurídica contratante. O inciso IX do citado artigo veda que os fornecedores recusem-se a vender bens ou a prestar serviços, diretamente a quem se disponha a adquiri-los mediante pronto pagamento. No caso dos planos e seguros de saúde, o consumidor terá que desembolsar imediatamente o pagamento da mensalidade inicial e, como se trata de “contratos relacionais” ou de execução diferida, terão que arcar as contraprestações mensais vindouras. Injusto será o posicionamento das operadoras em obstaculizarem o acesso dos consumidores aos planos ou seguros de saúde individuais e/ou familiares.

2.3.3. As disposições da Lei n. 9.656/98

A Lei n. 9.656/98, em nenhum dos seus dispositivos, autoriza as operadoras e seguradoras que atuam no ramo da saúde suplementar a operacionalizarem apenas contratos coletivos. Estando inseridas no mercado de saúde privada, tais empresas não podem apenas disponibilizar ao público consumidor os produtos que lhes sejam mais favoráveis em virtude da liberdade de fixação de preços e da ausência da fiscalização da autarquia reguladora. Autorizadas para ofertarem serviços de saúde, as operadoras e seguradoras não estão liberadas para agir sem freios e sem limites.

Os planos e seguros de saúde devem ser colocados à disposição de todo indivíduo que tenha interesse em contratá-los, sendo vedada qualquer discriminação. O art. 16, inciso I, da Lei n. 9.656/98, estabelece que a indicação das condições de admissão constitui um dos requisitos dos contratos, regulamentos ou condições gerais dos produtos. Entretanto, este dispositivo não deve ser interpretado no sentido de que as operadoras e seguradoras de saúde podem prever como requisito para o ingresso no plano ou seguro saúde que o consumidor esteja vinculado a uma certa pessoa jurídica. Admitir-se esta situação seria discriminar aquelas pessoas que vivam de rendas próprias, as que estejam desempregadas, e as que, mesmo sendo trabalhadoras, seus empregadores não concordam em contratar plano ou seguro de saúde. Haveria, portanto, uma violação aos ditames constitucionais que asseguram a todos os brasileiros o tratamento igualitário, isento de preconceitos e prejulgamentos. Os consumidores, quer integrem certa pessoa jurídica ou não, devem ser respeitados quanto ao propósito de contratarem um plano ou seguro de saúde. Todo e qualquer indivíduo pode ser admitido em um plano de saúde, desde que se predisponha a efetivar o pagamento da contraprestação prevista e concorde com os termos contratuais ofertados. Os estrangeiros naturalizados no Brasil e os que estejam aqui presentes com vistos temporários ou permanentes podem aderir a qualquer plano ou seguro saúde, caso assim desejem, não sendo admissível a imposição de óbices devido à nacionalidade. O art. 14 daquela Lei, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44/2001, proíbe, de forma expressa, a obstaculização de admissão de qualquer pessoa, mesmo que já tenha alcançado uma idade avançada, seja portadora de qualquer espécie de deficiência física ou mental, ou tenha doença preexistente²¹.

A manutenção da situação de regularidade do registro de produto pressupõe que todas as condições de operação, descritas no pedido inicial, permaneçam inalteradas, devendo a operadora, para tanto, de acordo com o art. 20, incisos I a VI da Resolução de Diretoria Colegiada nº 39, de 27 de outubro de 2000, garantir a uniformidade das condições de operação aprovadas pela ANS para todos os beneficiários vinculados a um mesmo plano de assistência à saúde. Seguindo-se a determinação contida nesta Resolução, as operadoras não podem restringir-se a ofertar apenas dos planos e seguros coletivos, uma vez que não foram autorizadas pela autarquia reguladora a atuar unicamente neste campo. Adotando esta conduta arbitrária, deverão ser punidas, sob pena de não poderem continuar inseridas no mercado de saúde suplementar.

²⁰MARQUES, Cláudia Lima. *Op. cit.*, mesma página.

²¹Antônio Joaquim Fernandes Neto, na obra já citada *Plano de saúde e direito do consumidor* (Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 138) assevera que: “As operadoras de planos de saúde que oferecem planos individuais ou familiares por meio de mensagens publicitárias dirigidas à coletividade de consumidores não podem recusar-se a contratar com aqueles que respondam a seus anúncios por dois motivos: a lei de planos de saúde veda a discriminação em razão de idade ou doença (art. 14 da LPS) e o Código do Consumidor atribui força executiva às obrigações assumidas por intermédio de mensagens publicitárias (CDC, arts. 30 e 35, I). Assim, o consumidor pode exigir que o contrato seja celebrado, nos termos anunciados, se a operadora vinculou-se a este por meio da mensagem publicitária”.

A criação de óbices ao acesso dos beneficiários aos planos e seguros de saúde constitui situação de grave conotação, prevista inclusive como infração de natureza assistencial na Resolução Normativa nº 124, de 30 de março de 2006. O acesso aos planos e seguros de saúde comercializados pelas empresas autorizadas a atuarem no setor de saúde suplementar deverá ser o mais amplo e irrestrito possível. Não se admite a prática de discriminações perante os consumidores interessados em contratá-los e nem o estabelecimento de exigências que restrinjam a possibilidade daqueles contratarem o produto ofertado. Assim sendo, qualifica-se como infração assistencial impedir ou restringir a participação de consumidor em plano privado de assistência à saúde. A prática de condutas irregulares pelos gestores das operadoras e seguradoras de saúde implicará na aplicação de penalidades, conforme previsto no art. 25, incisos I a VIII, da Lei nº 9.656/98. A Resolução Normativa nº 48, de 19 de setembro de 2003, dispõe sobre o processo administrativo para a apuração de infrações aos dispositivos legais ou infralegais disciplinadores do mercado de saúde suplementar e a aplicação de sanções administrativas, regulamentando o art. 25 da Lei nº 9.656/98. A obstaculização do ingresso dos usuários aos planos e seguros de saúde individuais ou familiares poderá ensejar também a decretação do regime especial de natureza técnica, conforme previsto na Resolução Normativa nº 52, de 14 de novembro de 2003.

4. Conclusão

Os aspectos singulares que caracterizam os contratos de planos e seguros de saúde exigem uma atuação fiscalizatória do Poder Público. A prestação de serviços de saúde por particulares apenas ocorre mediante a chancela do aparato estatal e exige um acompanhamento frequente por parte dos órgãos fiscalizatórios. A importância do objeto contratual, a presença de uma multiplicidade de consumidores, a extensividade temporal da relação contratual e ainda a submissão dos consumidores a propostas previamente elaboradas ao sabor dos interesses das empresas são peculiaridades que suscitam uma atenção redobrada do Estado. Ricardo Lorenzetti afirma que a presença estatal, ao executar a necessária tarefa fiscalizatória junto às operadoras e seguradoras, constitui medida fundamental, pois "Todos os sistemas tienen en común su masividad. Por esta razón el Estado está interesado en intervenir a fin de garantizar el interés público comprometido"²².

Em face deste panorama, medidas urgentes deverão ser adotadas. No campo administrativo, a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) deverá baixar resolução determinando que, toda e qualquer empresa autorizada a atuar no setor de saúde suplementar tem por obrigação disponibilizar para o público planos ou seguros individuais, na mesma proporção dos contratos coletivos estabelecidos. Esta Autarquia também deverá melhor reestruturar-se para fiscalizar os planos e seguros de saúde coletivos. No âmbito legislativo, importante será a alteração da LPS no sentido de vedar, de forma expressa, as práticas abusivas acima elencadas. Em sede judicial, ações civis públicas devem ser propostas para serem resguardados os interesses daqueles que tenham o objetivo, enquanto cidadãos brasileiros, de contratarem um plano ou seguro de saúde individual para não terem que passar pelas agruras e decepções impostas pelo sistema público. O Ministério Público, as Coordenadorias e Superintendências instituídas para a defesa dos interesses dos consumidores devem agir de forma enérgica diante da problemática.

No âmbito da saúde suplementar, os usuários dos planos e seguros existentes assistem atônitos às diversas irregularidades praticadas, reservando-se, apenas e às vezes, o direito de questioná-las perante os órgãos apropriados, sem que encampem luta maior. Nos dias atuais, os indivíduos esqueceram-se dos seus potenciais de questionamento e de mudança, acomodando-se com os fatos que lhes são apresentados. Não têm consciência de que podem refletir sobre o problema²³, discutir e buscar soluções que, muitas vezes, não são propostas pelos órgãos incumbidos da proteção e da defesa dos consumidores, por ferirem os interesses da classe empresarial. A sociedade convive com os valores legados pela modernidade - reinando o individualismo, a uniformidade²⁴, a perda do poder de enxergar a realidade como algo mutável e suprir a ausência de intercâmbio entre os cidadãos -; o que inviabiliza o poder de ação dos indivíduos²⁵. Qualquer mudança no panorama vigente da saúde suplementar do País exige uma

²² O trecho original apresenta-se da seguinte forma: "Todos os sistemas têm em comum a massificação. Por tal razão o Estado está interessado em intervir a fim de garantir o interesse público comprometido". (LORENZETTI, Ricardo. *Consumidores*. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2003, p. 326).

²³ Ernst Cassirer traz interessante abordagem sobre a capacidade humana de pensar e agir dos seres humanos. (*Ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*. Trad. Tomás Rosa Buero. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25).

²⁴ Salienta Boaventura de Souza Santos que "a modernidade confinou-nos numa ética individualista, uma microética que nos impede de pedir, ou sequer pensar, responsabilidades por acontecimentos globais". (SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 10ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 91).

²⁵ GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Jeremias Dantas. São Paulo: Zahar, 2004, p. 32.

postura ativa dos cidadãos, e para concretizá-la, aqueles valores negativos devem ser combatidos e substituídos pela interação, decisão e ação²⁶. Resulta, daí, a importância de não ser examinado o problema, ora exposto, tão-somente sob a ótica legalista e administrativista. A participação da sociedade apresenta-se premente, pois toda e qualquer mudança exige esforço e a presença dos interessados²⁷.

Os usuários dos planos de saúde não devem continuar de “braços atados” diante dos abusos cometidos pelas empresas do setor. Com fundamento na teoria do agir comunicativo de Habermas, propugna-se pela reunião de todos os interessados, sem que exclusões ocorram, formando-se grupos regionalizados, instituídos nas diversas localidades existentes, para ensejar as discussões. As idéias sobre as mudanças devem ser concretas e viáveis, sem ficarem retidas em um plano abstrato. Ao proporem alterações no sistema de saúde privado do País, os indivíduos necessitam de poder, e para consegui-lo, devem agir em conjunto. A atuação grupal dos usuários dos planos de saúde exige interesse e um diálogo efetivo²⁸. Dessa forma, compete aos consumidores fazerem uso do seu potencial lingüístico e agirem, não deixando que a inércia e a impotência predominem e que as coisas permaneçam como estão. As inovações não surgirão sem esforços e os usuários de planos de saúde devem exercer o controle social que lhes compete.

Referências

- ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: Forense Universitária, 2005, p. 17.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade e Ambivalência*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999, p. 15.
- BERGER, Peter L.; LUCKMANN, Thomas. *A Construção Social da Realidade*. Trad. Floriano de Souza Fernandes. Petrópolis: Vozes, 1973, p. 36.
- CASSIRER, Ernst. *Ensaio sobre o homem. Introdução a uma filosofia da cultura humana*. Trad. Tomás Rosa Buero. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 25.
- FERNANDES NETO, Antonio Joaquim. *Seguros e Planos de Assistência Privada à Saúde*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 96.
- FERRAZ, Antonio Augusto Mello de Camargo; BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcellos e. O conceito de ‘relevância pública’ na Constituição Federal. In: DALLARI, Sueli Gandolfi. *O conceito constitucional de relevância pública*. Brasília: Organização Panamericana de Saúde, 1992, p. 38.
- GHERSI, Carlos Alberto et al. *Contrato de Medicina Prepara*. 2ª ed. atual. e ampl. Buenos Aires: Astrea, 1999.
- GIDDENS, Anthony. *As consequências da modernidade*. Trad. Jeremias Dantas. São Paulo: Zahar, 2004, p. 32.
- HABERMAS, Jürgen. *O Discurso Filosófico da Modernidade*. Trad. Luiz Felipe Reza e Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 532.
- _____. HABERMAS, Jürgen. *Agir comunicativo e razão descentralizada*. Trad. Lúcia Aragão. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2000, p. 67.
- HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2003, p. 214.
- HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Fábio Konder. 7ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 75.
- Jornal A Tarde, de 11 de junho de 2007, p. 17.
- Jornal do Brasil, de 28 de outubro de 2001, p. 1 e 18.

²⁶ Sobre a questão do isolamento entre os homens, produzido pelo desenvolvimento do exacerbado individualismo, ressalta Luhmann que o indivíduo é uma ‘pessoa deslocada’ por definição: é o próprio fato de não poder se subordinar inteiramente a nenhum dos inúmeros subsistemas funcionais que apenas em combinação constituem a plenitude do seu processo de vida (o fato, em outras palavras, de não pertencer inteiramente a nenhum dos subsistemas e de nenhum subsistema poder reivindicar sua submissão exclusiva) (...). (LUHMANN, Niklas. *Love as passion: The Codification of Intimacy*. Trad. Jeremy Gaines e Doris L. Jones Cambridge, Mass: Hartad University Press, 1986, p. 106).

²⁷ Destaca Agnes Heller, a sociedade burguesa prometeu proporcionar aos indivíduos uma completa liberdade, mas, “essa mesma sociedade, ao subsumir o indivíduo sob sua classe, ao submetê-lo às leis econômicas como se essas fossem leis naturais, aboliu aquela grande possibilidade e fez dos indivíduos livres nada mais que escravos da alienação, até o ponto em que *de facto* os indivíduos se viram colocados num nível inferior àquele dos indivíduos de épocas anteriores.” (HELLER, Agnes. *O Cotidiano e a História*. Trad. Carlos Nelson Coutinho e Fábio Konder. 7ª. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2004, p. 75).

²⁸ A importância da linguagem - como instrumento que possibilita ao homem uma condição peculiar e o contato com os seus semelhantes - foi tratada por Heidegger. Segundo este filósofo, a presença faz do homem um ser distinto dos demais, pois ele tem a capacidade de comunicação diferenciada com os seus semelhantes e de construção de paradigmas singulares com relação aos demais animais. (HEIDEGGER, Martin. *A Caminho da Linguagem*. Trad. Marcia Sá Cavalcante Schuback. São Paulo: Vozes, 2003, p. 214).

LORENZETTI, Ricardo Luis. *Fundamentos de Direito Privado*. Trad. Vera Maria Jacob Fradera. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 369.

LUHMANN, Niklas. *Love as passion: The Codification of Intimacy*. Trad. Jeremy Gaines e Doris L. Jones Cambridge, Mass: Hartad University Press, 1986, p. 106.

MARANHÃO, Clayton. *Tutela Jurisdicional do Direito à Saúde*. Coleção Temas Atuais de Direito Processual Civil, volume 7. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, p. 230.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 4ª. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 394.

NERY JÚNIOR, Nelson; *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor*, p. 348.

NEVES, Marcelo. *A Constituição Simbólica*. São Paulo: Acadêmica, 1994, p. 161.

PASQUALOTTO, Adalberto. A regulamentação dos planos e seguros de assistência à saúde: uma interpretação construtiva. In: MARQUES, Cláudia Lima; PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Saúde e responsabilidade*. São Paulo: RT, 1999, p. 39.

Relatório Final da Comissão Parlamentar de Inquérito dos Planos de Saúde, finalizada em novembro de 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Pela mão de Alice*. 10ª ed. São Paulo: Cortez Editora, 2005, p. 91.

SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 9a. ed. São Paulo: Malheiros, 1994.

Site da Agência Nacional de Saúde Suplementar (www.ans.gov.br).

A NECESSIDADE DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA GARANTIR AO NEGRO O DIREITO AO ENVELHECIMENTO

Judith P. S. Borba

Promotora de Justiça/PE

Constitucionalmente, a República Federativa do Brasil tem como um de seus objetivos fundamentais a promoção do bem estar de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade, sendo formalmente garantida igualdade de direitos, sem distinção de qualquer natureza e a inviolabilidade do direito à vida (art. 3º, inc. IV c/c o art.5º "caput" da Constituição Federal).

Entretanto, ainda hoje, a segregação existe em quase todo o mundo e o Brasil não foge à regra, apesar de repudiar o racismo em suas relações internacionais e internas (art. 4º da Constituição da República).

A despeito de formalmente não se admitir qualquer forma de racismo, a nossa sociedade vê negros e brancos inseridos em realidades diferentes, associando-se o ser negro ao pior e o ser branco ao melhor.

A dicotomia bom-mau associada a brancos e negros, respectivamente, é reforçada pela sociedade e, desde cedo, as crianças aprendem a personificar princesas, bonecas, estrelas da novela, ricos, o bem, a paz, sempre sob a forma de brancos. Desta forma, diante da inexistência de um sistema etnicamente justo em nosso país, resta a muitas das pessoas negras apenas o ideal do embranquecimento a ser perseguido por toda a vida, inclusive na velhice.

Outrossim, o envelhecimento é um direito personalíssimo (art.8º do Estatuto do Idoso), tendo o Estado a obrigação de garantir a proteção à vida e a saúde, com políticas públicas que permitam um envelhecimento saudável e em condições de dignidade

A desigualdade, porém, está presente também nos índices de longevidade para negros e brancos, mesmo em um país como o Brasil que possui a segunda maior nação negra do mundo (atrás somente da Nigéria) e havendo melhoria na expectativa de vida geral da nossa população.

A partir de dados dos censos do IBGE de 1980, 1991 e 2000, trabalhados no Atlas Racial Brasileiro (do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas e da Universidade Federal de Minas Gerais), é possível depreender que existem diferenças entre os grupos raciais e homens/mulheres.

Desta forma, em 2000 as mulheres brancas tinham uma esperança de vida ao nascer de 73,8 anos, enquanto as mulheres negras esperavam viver, em média, 4,3 anos a menos.

Já para homens negros, a expectativa de vida de em 2000 era de 63 anos e está aquém daquela observada para os homens brancos cerca de dez anos antes.

Por outro lado, um menino negro, nascido em 2000, deve viver em média 5,3 anos a menos que um branco.

Neste sentido, caso permaneça o ritmo de crescimento da esperança de vida dos homens negros observado entre 1991 e 2000, eles ainda levarão cerca de 20 anos para alcançar a taxa das mulheres brancas em 2000.

Esta diferença de dados quanto à expectativa de vida tem como um dos fatores o racismo, que se observa cotidianamente, com muitos dos negros jovens sendo furtados do direito ao envelhecimento pela criminalidade e assassinados na mais tenra idade. Por outro lado, muitos dos brancos são invadidos pelo sentimento de perda de segurança, acarretando surtos de mais racismo.

Também, o racismo institucional é uma das faces cruéis desta realidade, com os próprios agentes do Estado muitas vezes já tratando pessoas negras como efetivos marginais, só em razão da cor.

Tal afirmação se comprova com a pesquisa "Discriminação Racial e Preconceito de cor no Brasil", citada por Amorim e organizada pela Fundação Perseu Abramo ao revelar que 51% dos negros declaram já sofreram discriminação por parte da polícia. Entre as pessoas brancas esse número cai para 15%.

Quanto à criminalidade, constatou-se que dos homicídios dolosos contra menores, 54% das vítimas eram menores negros e 33,9% eram brancas, inserindo-se as restantes a outras categorias. Da população dos presídios, 68% das pessoas presas têm menos de 25 anos de idade, sendo que 2/3 são negros.

Outro dado a ponderar é que 95% dos casos de violência racial não chegam à solução alguma, pois a agressão é produzida e legitimada pelo próprio Estado, que é omissor na apuração e condenação dos casos de racismo, que se tornam um problema crônico e constante.

Assim o racismo institucional mascara e emperra a agilização dos processos através da ambigüidade de seus conceitos, na qual os crimes racistas são qualificados como ameaça ou injúria qualificada, fugindo a pena de crime inafiançável.

Tais dados derrubam o mito da democracia racial brasileira, que tem sustentado uma atitude de neutralidade no momento da elaboração de políticas públicas, fazendo pensar erroneamente que estamos construindo uma nação justa, mas nunca contemplando a existência do negro e de suas variadas necessidades.

Para que se alcance verdadeiramente a igualdade, imperativo que se destruam os mitos e os espectros em que negros e brancos estão imersos, indo além da proibição do racismo e fixando culturalmente a idéia de que a diferença das raças não implica em superioridade de uma sobre a outra.

Assim sendo, o acesso dos dados de raça é importante para se conhecer como efetivamente se constitui a população brasileira e cabe a utilização deles, para haver um a mudança do perfil das políticas públicas, garantindo o acesso real de toda a população brasileira ao desenvolvimento social, com combate as desigualdades raciais e todos tendo o acesso à escola, saúde, coleta de lixo, esgoto, trabalho...

Formulando/implantando políticas públicas, sempre de forma transversal e potencializando a participação da população negra brasileira no desenvolvimento, a partir de sua história e cultura, deverão ser reorientados os investimentos para áreas onde está concentrada a população negra, de modo que os serviços públicos possam ser equalizados democraticamente.

Assim, precisamos de iniciativas capazes de dar conta das condições de vida, do acesso dos afro-descendentes aos direitos humanos, inclusive o de envelhecer de forma digna, que consistentemente lhes têm sido negados no Brasil, até mesmo nos breves períodos de organização política democrática.

Desta forma, com base nos arts. 127 e seguintes da Constituição Federal, compete ao Ministério Público atuar na defesa dos afro -descendentes, para que seja garantido o seu direito ao envelhecimento nos mesmos moldes do restante da população.

CONCLUSÃO:

Conclui-se que uma das formas de se conseguir mais rápida a igualdade racial é a implantação de um conjunto de medidas legais e de políticas públicas, que objetivem eliminar as diversas formas e tipos de discriminação que limitam oportunidades de determinados grupos sociais e a impunidade de muitos crimes, principalmente os de natureza racial, cabendo ao promotor de justiça promover ações para este fim.

Tais medidas têm amparo na nossa Constituição Federal, em seu art. 3º, incs. II, III e IV, impondo-se ao Estado a realização de ação positiva para erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais, além de promover o bem de todos, sem preconceito de raça, idade e outras formas de discriminação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

AMORIM, Marcelo S. *A constitucionalidade das cotas de inserção do negro no ensino superior*. Disponível no site jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4032&p=2

ATLAS RACIAL BRASILEIRO, PENUD/ Cedeplar- 2004. Disponível no site www.penud.org.br/publicacoes/atlas_racial/index.php;

BRASIL SEM RACISMO. Disponível no site <http://www.lpp-uerj.net/olped/documentos/ppcor/0154.pdf>;

BRASIL, *Constituição Federal* (1988) Disponível no site [planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituição](http://planalto.gov.br/CCIVIL_03/Constituicao);

BRASIL, *Lei 10741/2003*. Disponível no site planalto.gov.br/CCIVIL_03/LEIS;

SANTOS, José Rufino. *A Inserção do Negro e seus Dilemas*. Disponível no site mct.gov.br/CEC/revista/Parcerias6/rufino.pdf.

AS AÇÕES AFIRMATIVAS COMO INSTRUMENTO DE INCLUSÃO SOCIAL E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM FAVOR DAS MINORIAS

Lívia Maria Santana e Sant'Anna Vaz¹

Promotora de Justiça/BA

1. Síntese dogmática da proposição

A presente tese – resultante de estudos realizados pela autora por ocasião da redação de sua dissertação de mestrado em Direito Público, pela Universidade Federal da Bahia – insere-se na Área II (Área Cível e Especializada) do temário de teses do Congresso Nacional do Ministério Público, com o seguinte subtema: “Direitos humanos: minorias, desigualdades sociais e exercício dos direitos fundamentais” (subtema n° 11).

As ações afirmativas, enquanto instrumento de inclusão social, vêm sendo discutidas nacionalmente: nos meios de comunicação, nas universidades e nas Casas Legislativas de todos os entes federados. O tema tem gerado dúvidas quanto à sua adequação ou não aos interesses arraigados na Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, em especial ao princípio da igualdade.

Contemporaneamente, as ações afirmativas, configuram-se como mecanismos por meio dos quais os órgãos estatais, organizações ligadas ao setor público ou, até mesmo, instituições de cunho privado, de forma voluntária ou compulsória, realizam políticas de inclusão social, considerando fatores como sexo, cor/raça, orientação sexual, idade, limitações físicas e mentais, dentre outros, para a promoção de políticas garantidoras da igualdade de oportunidades. São, portanto, instrumentos de efetivação do princípio da igualdade material, tendo como finalidade a inserção social de grupos marginalizados, através da implementação de políticas de equalização de oportunidades.

Os destinatários das ações afirmativas são, pois, os grupos minoritários² (minorias) que, em virtude de suas peculiaridades, sofrem com a desigualdade de oportunidades em relação aos grupos ditos dominantes. A concepção de minorias depende da estrutura sócio-econômica e política do país, sendo certo que, somente a partir da análise estrutural de cada sociedade será possível indicar os grupos minoritários existentes.

Isto posto, pretende-se, a partir da tese apresentada, analisar os fundamentos jurídico-constitucionais para a adoção de políticas afirmativas em favor de grupos minoritários, como negros, mulheres, deficientes físicos, idosos etc., pontuando a importância da atuação do Ministério Público no campo das ações afirmativas, em favor das minorias.

Os fatores reais de poder que regem a sociedade submetem as minorias à marginalização e à desigualdade social – com delineamentos peculiares a cada grupo minoritário (desigualdades racial, de gênero, etária etc.) –, tolhendo, em muitos casos, o exercício dos direitos fundamentais mais básicos, como educação, saúde, moradia, trabalho, dentre outros.

Para que os direitos fundamentais – em especial os direitos de cunho social – tornem-se efetivos também entre as minorias, há que se garantir a igualdade de oportunidades para os grupos minoritários, discriminando-os positivamente, quando necessário. Tais prerrogativas não decorrem de uma justiça compensatória, mas sim de uma

¹ A autora é Bacharela em Direito pela Universidade Federal da Bahia, Bacharela em Comunicação Social pela Universidade do Estado da Bahia, Mestra em Direito Público pela Universidade Federal da Bahia e Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia.

² Equivocada é a idéia de se vincularem as políticas inclusivas à expressão “minorias”, no sentido literal do termo. Muitas ações afirmativas são voltadas para grupos que, embora não representem uma minoria quantitativa, são socialmente desfavorecidos. A expressão minorias denota os grupos marginalizados ou excluídos do processo social e econômico, sem que, necessariamente representem parcela menor da população. Trata-se, então, de uma expressão qualitativa e não quantitativa.

justiça distributiva, a partir da concessão ou outorga de direitos inspirados e determinados pela Constituição Federal, para todos os cidadãos brasileiros, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, CF)³.

A Constituição Federal de 1988 erigiu o princípio da igualdade a um dos valores primordiais do nosso sistema jurídico, permeando os dispositivos constitucionais com o teor igualitário e agregando à ordem constitucional a igualdade material, determinante para a aplicação de medidas afirmativas, tendentes a amenizar as desigualdades reais. Em outras palavras, nossa Lei Fundamental não se limitou a exarar normas proibitivas da discriminação, mas fez consignar em seu texto a determinação de atuação do Estado no sentido de erradicar as desigualdades.

Nesse sentido, as ações afirmativas são compatíveis com o ordenamento jurídico brasileiro e configuram-se como mecanismo essencial de inclusão social e efetivação dos valores constitucionais igualitários. Não obstante, as políticas públicas de discriminação positiva devem observar a composição da realidade social, a fim de respeitar, entre outros, os preceitos da proporcionalidade e da razoabilidade, sob pena de tornar-se discriminação ilegítima, ocasionando novas situações de desigualdade de fato.

Atualmente, não se trata mais de criar novos direitos, mas de aplicar medidas de concretização dos direitos já exaustivamente previstos pelo Legislador Constituinte. As ações afirmativas configuram-se justamente como instrumentos de efetivação equitativa dos valores constitucionais, em especial, dos direitos de viés social, possibilitando a aplicação das normas no mundo dos fatos, e evitando que a Constituição Federal permaneça letra morta (em muitos de seus aspectos), mera folha de papel.

O comprometimento dos operadores do direito – advogados, juízes, defensores públicos, promotores de justiça etc. – é de fundamental importância no sentido de promover a força normativa da Constituição e dos valores igualitários por ela assumidos. Além de vontade política, requer-se “vontade de constituição”.⁴ A implementação de políticas de ações afirmativas, em prol das minorias, requer esforços integrados dos diversos poderes, e não soluções exclusivamente extraídas do ordenamento jurídico.

Nesse contexto, o Ministério Público, enquanto instituição permanente, incumbida do poder/dever de salvaguardar a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, deve orientar-se no sentido de garantir às minorias o acesso à justiça e ao efetivo exercício dos direitos fundamentais, de forma equitativa.

É papel do Ministério Público a defesa de uma ordem jurídica inclusiva, distributiva dos bens e direitos, que não se preste apenas à preservação do *status quo* e, conseqüente, à manutenção dos excluídos fora do processo de desenvolvimento econômico, social e cultural.

Assim, como agente transformador da realidade social e mediador dos conflitos sócio-políticos, o Ministério Público não deve estar alheio às discussões acerca das ações afirmativas, utilizando-se dos instrumentos cabíveis – audiências públicas, recomendações, termos de ajustamento de conduta etc. – para ampla discussão do tema e identificação de medidas possíveis para a busca da inclusão social.

A análise interpretativa do comando do artigo 127, da Constituição Federal, em consonância com o sistema de normas constitucionais, em especial o art. 3º, revela a magnitude das atribuições ministeriais – que devem sempre estar articuladas para o cumprimento dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil –, impulsionando o exercício das funções institucionais para o campo das ações afirmativas e da defesa das minorias.

A amplitude das funções atribuídas ao *Parquet* – crescentes desde a Constituição Federal de 1988 – representa um desafio a ser vencido pela instituição, que para além da racionalização de suas atribuições, precisa, outrossim, especializá-las, garantindo a focalização e eficácia da atuação ministerial. A defesa dos interesses das minorias também requer que, respeitadas as demandas locais, sejam envidados esforços através da criação de Promotorias de Justiça Especializadas e Centros e/ou Grupos de Apoio, voltados para cada segmento minoritário.

2. Fundamentação

2.1 As ações afirmativas como mecanismo de efetivação do princípio da igualdade material

Com a paulatina evolução dos direitos fundamentais, há uma transcendência das prerrogativas de caráter individual, às quais são agregados os direitos de viés social – também denominados de direitos de segunda dimensão. A partir de então, nota-se que, embora juridicamente positivados e, portanto, formalmente assegurados a todos, os direitos de liberdade limitam-se diante do obstáculo da desigualdade social. Em outras palavras a liberdade não é a mesma para todos, já que muitos não têm acesso aos meios para exercê-la plenamente. Os direitos de liberdade, nos seus diversos aspectos, são exercidos de maneira mais ou menos ampla a depender do *status* social e econômico do indivíduo.

³ Importante salientar que a disciplina do art. 3º, inciso IV, da Constituição Federal, permite a identificação de algumas minorias (negros, índios, mulheres e idosos), sem, contudo excluir outros grupos minoritários (“e quaisquer outras formas de discriminação”), possibilitando, assim, a implementação de políticas públicas em favor de outros grupos marginalizados, como, por exemplo, os deficientes físicos.

⁴ HESSE, Konrad. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

Tendo em vista a complementariedade entre os direitos individuais e os direitos sociais, fica claro que a omissão estatal quanto à garantia destes afeta profundamente o exercício daqueles, que também não logram sua plena efetividade.

Desta forma, o direito à liberdade de profissão não é pleno para aqueles que não têm acesso ao trabalho, nem à qualificação profissional; o direito à propriedade não é efetivo para aqueles desprovidos de moradia; a liberdade de ir e vir torna-se lacunosa sem a garantia do direito à segurança; o direito à vida perde sua genuinidade, para os indivíduos que não têm garantido o direito à saúde.

Diante de tal realidade, passa-se a exigir do Estado não mais uma conduta passiva diante da vida social e econômica, mas uma atuação estatal promotora dos direitos sociais, através de uma atividade prestacional. Os direitos sociais são, pois, prerrogativas de caráter positivo, que outorgam ao indivíduo prestações estatais. Nessa conjuntura, dá-se especial ênfase ao direito à igualdade, que passa a ser um marco nos textos constitucionais modernos.

No entanto, até meados do século XX, a noção jurídica de igualdade limitava-se a um aspecto formal, de acordo com o qual a lei deveria tratar a todos igualmente, sem distinções ou privilégios de qualquer natureza. A inevitável percepção das desigualdades reais existentes entre os homens – nos mais diversos aspectos da vida em sociedade (econômico, social, racial, de gênero, etário etc.) – força a um avanço gradativo da concepção de igualdade formal. A este conceito soma-se a concepção material de igualdade, que ultrapassa uma visão homogeneizada do ser humano para reconhecer que, diante das especificidades e peculiares de certos grupos sociais, estes devem ser tratados de maneira diferenciada, na medida de sua desigualdade.

Assim, o Estado que antes desenvolvia políticas públicas de maneira indistinta, aos poucos começa a levar em consideração fatores como idade, sexo, cor/raça, classe social, compleição física, dentre outros, na implementação das ações governamentais, discriminando positivamente certos grupos marginalizados, a fim de garantir-lhes igualdade de oportunidades em relação aos grupos considerados dominantes ou socialmente privilegiados.

Inicia-se, então, a delinação das medidas de ação afirmativa, que surgem, portanto, com a função precípua de mitigar as desigualdades sócio-econômicas (muitas vezes acumuladas historicamente), através da adoção de políticas públicas e privadas de integração social, que busquem a outorga de direitos às minorias. Ao revés de novos direitos, as ações afirmativas surgem, na verdade, como mecanismos de efetivação dos direitos sociais já consagrados, através da busca pela igualdade de oportunidades por meio do tratamento diferenciado às minorias.

Ressalte-se, enfim, que as políticas de discriminação positiva, ao menos teoricamente, correspondem a medidas emergenciais, as quais devem ser adotadas em conjunto com medidas estruturais de cunho social, econômico e político, tendentes a amenizar as desigualdades de fato no seu cerne. As ações afirmativas não devem, portanto, ter caráter assistencialista, servindo de escusa para a inércia estatal diante de sérios problemas existentes no seio da sociedade.

2.2 A Constituição Federal de 1988 e a instituição de um Estado promotor: a constitucionalidade das ações afirmativas

Todas as constituições brasileiras, desde a Constituição Imperial de 1824, previam em seus textos o direito à igualdade. No entanto, a disciplina constitucional desta prerrogativa não ultrapassava o âmbito formal, “permitindo” um posicionamento neutro do Estado diante das desigualdades reais.

Apenas com o advento da Constituição Federal de 1988 é que o princípio da igualdade material surge enquanto valor indissociável do sistema normativo constitucional, agregando à ordem da igualdade formal, o mandamento da busca pela igualdade de fato. Assim, o Constituinte de 1988 erigiu o princípio da igualdade a um dos valores primordiais do sistema jurídico brasileiro, permeando os dispositivos constitucionais com o teor axiológico igualitário.

Vale ressaltar, ainda, que na atual Constituição da República Federativa do Brasil, o Legislador Constituinte não se limitou a proibir condutas discriminatórias, mas, além disso, determinou uma atuação estatal voltada para a erradicação das desigualdades.

Note-se que, já no preceito inaugural da vigente Lei Fundamental, reflete-se o anseio pela igualdade, aspiração essencial para uma sociedade pluralista e sem preconceitos. Já nesse elemento propedêutico começam a se delinear os contornos do valor supremo da igualdade substancial, determinante para a implementação das ações afirmativas no Brasil.

Em seguida, o artigo 3º, em complemento ao mandamento da igualdade perante a lei, estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, preconizando a igualdade de fato, da seguinte forma:

Art. 3º – Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II – garantir o desenvolvimento nacional;

III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

A leitura atenta desse dispositivo constitucional, associada à análise sistemática da Constituição Federal⁶, evidencia a constitucionalidade das medidas de ação afirmativa, como consectário lógico do princípio da igualdade material.

Os fatores reais de poder reinantes na sociedade brasileira devem servir de parâmetro para a interpretação constitucional, ou correr-se-á o risco de compreender apenas parcialmente a Constituição Federal.

Nesse sentido, a análise do texto constitucional, aliada à percepção dos meandros da realidade social brasileira, leva à conclusão de que há, pelo Legislador Constituinte, o reconhecimento das desigualdades que se pretende, como meta, *erradicar e reduzir*, para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária e para a promoção do bem de todos.

A linguagem estabelecida no dispositivo constitucional mencionado não permite uma atitude omissiva do Estado, diante das iniquidades de fato presentes na sociedade brasileira. Ao contrário, o Poder Constituinte, através de normas de caráter mandamental, institui um Estado participativo, atuante, que promova os objetivos e direitos fundamentais apregoados pela Constituição da República Federativa do Brasil.

Assim, nota-se que a Lei Fundamental, garantindo o princípio da igualdade substancial, determina a adoção de mecanismos – que devem ser extraídos da interpretação constitucional – para a concretização deste valor essencial. Prescindível, pois, a exigência de criação contínua de novos direitos, sendo que constitucionalmente, já os temos garantidos. Desta forma, as ações afirmativas não surgem como um novo direito, mas como um mecanismo de efetivação de diversas prerrogativas – em especial de normas programáticas – previstas na Constituição.

O reconhecimento das desigualdades de fato no texto constitucional representa o primeiro passo para a transformação da realidade social, restando, entretanto, aos poderes constituídos, aos juristas e aos operadores do direito a importante missão de colocar em prática as aspirações e metas estabelecidas.

2.3 Amplitude e limites das ações afirmativas

A implementação de medidas de discriminação positiva não deve abrir espaço para a adoção de políticas desarrazoadas e desviadas dos valores constitucionais, sob pena de criação de novas situações de desigualdade real. Assim, as ações afirmativas, sua amplitude, seus limites e seus critérios devem ser amplamente discutidos, nos mais diversos meios sociais, a fim de garantir sua compatibilidade com a realidade social do país e com as normas constitucionais.

Para Celso Antonio Bandeira de Mello,

(...) as discriminações são recebidas como *compatíveis com a cláusula igualitária apenas e tão-somente quando existe um vínculo de correlação lógica* entre a peculiaridade diferencial acolhida por residente no objeto, e a desigualdade de tratamento em função dela conferida, *desde que tal correlação não seja incompatível com interesses prestigiados na Constituição* (grifos do autor).⁷

Em outras palavras, o critério de diferenciação (racial, etário, de gênero etc.) deve guardar correlação lógica com o tratamento diferenciado conferido a este ou aquele grupo minoritário, harmonizando-se com as aspirações constitucionais. No entanto, não basta uma análise lógico-jurídica do princípio igualitário. Deve-se analisar os interesses constitucionais, estabelecendo-se uma conexão interativa entre estes e os fatores reais das relações sociais, políticas, econômicas, raciais, etárias e de gênero que constituem a sociedade brasileira.

Segundo Konrad Hesse, a ordenação jurídica e a realidade devem ser consideradas em sua relação e no seu condicionamento recíproco. Nas palavras do jurista, “faz-se mister encontrar, portanto, um caminho entre o abandono

⁵ Embora o art. 3º seja o mais diretamente associado às ações afirmativas, por explicitar a adoção do princípio da igualdade material, há outros dispositivos constitucionais permeados por tal valor, dentre os quais: artigo 5º, *caput*, e seus incisos XLI e XLII, artigo 7º, incisos XXX e XXXI, art. 170, inciso VII.

⁶ Além das normas constitucionais que autorizam a implementação de medidas afirmativas, vale mencionar algumas convenções internacionais, que envolvem a proteção das minorias, e que foram ratificadas pelo Brasil: a Convenção sobre Todas as Formas de Eliminação de Discriminação Racial, de 21 de dezembro de 1965.; a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, de 20 de novembro de 1989; a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, de 18 de setembro de 1979; Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, de 09 de junho de 1994); a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Deficientes Físicas, de 07 de junho de 1999.

⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *O Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 17.

da normatividade em favor do domínio das relações fáticas, de um lado, e a normatividade despida de qualquer elemento da realidade, do outro”⁸.

Desta forma, a norma constitucional não tem existência dissociada da realidade, sendo que a sua essência está umbilicalmente ligada à sua vigência. Em outras palavras, a situação disciplinada pela norma constitucional tem a pretensão de lograr aplicabilidade social, de ser efetivada no plano concreto, na realidade dos fatos. Tal pretensão de eficácia não pode ser separada das condições naturais, políticas, econômicas e sociais. E é justamente em função dessa pretensão de eficácia que a Constituição jurídica, ao mesmo tempo em que é determinada pela realidade, opera como elemento determinante desta, sem perder a força normativa que se lhe impõe atribuir, enquanto receptáculo dos valores mais supremos da sociedade.

Percebemos, então, que a busca da igualdade não pode restringir-se à defesa cega da igualdade jurídica formal. A ela devemos agregar a igualdade de fato, indissociável da realidade da estrutura sócio-econômica – e dos demais fatores reais de poder – de cada Estado.

A Constituição deve ser considerada no seu aspecto formal e material ou real, permeando-se constantemente das forças que regem as relações sociais, econômicas, políticas, raciais, dentre outras, sem perder de vista a sua força normativa.

Há, conforme já analisado, mandamento constitucional garantidor da igualdade substancial (norma). Por seu turno, a realidade sócio-econômica brasileira demonstra haver sérias desigualdades – por exemplo, no tratamento entre negros e brancos, homens e mulheres –, como consequência de um processo histórico (fato). A constatação e interpretação das diferenças reais e de suas decorrências permitem que se leve em consideração tais fatores (valor), angularizando os elementos constitutivos do fenômeno jurídico, o que autoriza a adoção de medidas de discriminação positiva tendentes a minimizar as desigualdades detectadas.

Por fim, em linhas gerais, os seguintes elementos devem ser respeitados pelas medidas afirmativas para que possam ser, à primeira vista, consideradas legítimas:

- a) Eleição de características ou especificidades relevantes como critérios de diferenciação;
- b) Pertinência da correlação entre o fator de discriminação e o tratamento diferenciado adotado;
- c) Idoneidade do mecanismo adotado quando relacionado à finalidade da discriminação positiva;
- d) Respeito à proporcionalidade no que tange à representatividade dos grupos minoritários;
- e) Combate às desigualdades verificadas no presente;
- f) Harmonia entre a medida afirmativa implementada e os valores absorvidos pela ordem constitucional.

2.4 O papel do Ministério Público em defesa dos direitos das minorias

O tensionamento das relações entre sociedade e Estado, decorrente da implementação insatisfatória dos direitos fundamentais, força à imposição de novas tutelas e novas formas de mediação, capazes de responder às demandas sociais por direitos concretos e não apenas escritos.

Nesse contexto, o Ministério Público vem se destacando enquanto de agente de transformação social, capaz de mediar conflitos em busca de soluções para a salvaguarda dos direitos e garantias mínimas da sociedade brasileira, nos mais diversos aspectos.

Nas palavras de Hugo Nigro Mazzilli,

“O Ministério Público brasileiro muito evolui: começou como defensor do rei, passou a defensor do Estado, depois a defensor da sociedade, e hoje, nos termos do perfil que lhe traçou a Constituição de 1988, como vimos, passou a ser defensor de uma sociedade democrática.”⁹

Este novo perfil marca a especificidade do Ministério Público brasileiro, que deve se modernizar para adaptar-se às novas exigências do direito contemporâneo, salvaguardando os interesses dos grupos sociais considerados mais fracos e, por isso, merecedores de proteção especial.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público o zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos nela assegurados, podendo, para tanto, promover as medidas necessárias à sua garantia (art. 129, inciso II, CF).

Nesse sentido, as desigualdades (social, econômica, racial, de gênero, física, etária etc.) a que estão submetidos os grupos minoritários afetam de maneira incontestante o acesso à justiça, aos direitos fundamentais e aos serviços de relevância pública, justificando a atuação ministerial, tanto processualmente – assegurando a proteção jurisdicional dos direitos dos hipossuficientes –, quanto na esfera extrajudicial – mediando conflitos, através dos

⁸ HESSE, Konrad. *Força Normativa da Constituição*, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14.

⁹ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 75/76.

instrumentos previstos legalmente, como recomendações, audiências públicas, inquéritos civis, termos de ajustamento de conduta etc.

Enquanto guardião da ordem jurídica, ao qual é atribuída a defesa de relevantes valores democráticos, o Ministério Público deverá officiar nos feitos em que figure como parte indivíduo (ou grupo de indivíduos) pertencente a grupo minoritário, se a natureza da lide mantiver relação com a hipossuficiência em questão e for compatível com as atribuições ministeriais (interesses indisponíveis, difusos, coletivos ou individuais homogêneos de grande relevância social).

A legislação ordinária, em consonância com a amplitude das funções atribuídas ao Ministério Público pela Constituição Federal, refere-se explicitamente à intervenção do *Parquet* na proteção de certas minorias, tais como: pessoas portadoras de deficiência¹⁰, idosos¹¹, minorias étnicas¹², mulheres¹³, necessitados em geral¹⁴.

Tratando do caráter político da função ministerial, Hugo Nigro Mazzilli afirma que

(...) embora na defesa da sociedade a instituição atue em áreas de interesse da população em geral, parece claro que sua ação deva atingir, sobretudo, os interesses das parcelas excluídas do acesso à Justiça, e causas que propiciem melhoria na qualidade de vida desse continente mais desassistido. A assunção dessa função social impõe a responsabilidade de provocar a aplicação da lei na perspectiva mais direta de atenuar os efeitos das desigualdades sociais.¹⁵

O reconhecimento paulatino das diversas formas de desigualdades de fato e a aglutinação das especificidades – através da formação de movimentos sociais organizados – permitem identificar cada vez mais grupos minoritários, que, diante das iniquidades a que estão sujeitos, necessitam de proteção especial e exigem atenção e atuação direcionada dos poderes constituídos. Tais fatores repercutem sensivelmente na ampliação das funções ministeriais, tornando flagrante a magnitude do papel jurídico, social e político do Ministério Público, que continuamente precisa rediscutir e remodelar sua atuação, a fim de superar os desafios que lhe são impostos.

Assim, diante da diversificação da atividade do Ministério Público brasileiro – em especial na área cível, na qual as funções do *Parquet* vêm crescendo significativamente – há necessidade de especialização da atuação ministerial, para garantia de maior eficiência. A criação de Promotorias de Justiça Especializadas e de Centros ou Grupos de Apoio voltados para o atendimento dos interesses das minorias é de extrema importância para o avanço da atuação institucional na esfera das ações afirmativas.

Nessa linha evolutiva, o Ministério Público do Estado da Bahia¹⁶, reconhecendo a importância da atuação focalizada na defesa dos interesses das minorias, criou, no âmbito do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Cidadania (CAOCI), os seguintes Grupos de Atuação: Grupo de Atuação Especial em Defesa dos Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência (GEDEF), Grupo de Atuação Especial em Defesa da Mulher (GEDEM), Grupo de Atuação Especial de Defesa da Saúde (GESAU), Grupo de Atuação Especial em Defesa dos Direitos dos Idosos e Grupo de Combate à Discriminação (GEDIS).

Vale ressaltar ainda o pioneirismo do Ministério Público do Estado da Bahia na implantação da primeira – e, infelizmente, ainda única – Promotoria de Combate ao Racismo, criada em abril de 1997, em atenção às reivindicações da comunidade afrodescendente. A Promotoria de Combate ao Racismo expandiu-se e atualmente integra o Grupo de Atuação Especial de Combate à Discriminação.

O Ministério Público do Estado de São Paulo¹⁷ destaca entre as áreas de atuação relacionadas ao Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Cidadania a inclusão social, envolvendo moradores de rua, igualdade racial, quilombolas e minorias. Aponta-se, ainda, uma comissão denominada “Ministério Público e as ações afirmativas em favor de carentes, afrodescendentes e demais minorias étnicas”.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro¹⁸ mantém uma Promotoria de Justiça Especializada de Proteção ao Idoso e à Pessoa Portadora de Deficiência.

Nessa mesma linha de defesa dos interesses das minorias, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais¹⁹ possui um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos e de Apoio Comunitário, e um Centro de Apoio Operacional de Defesa dos Direitos das Pessoas com Deficiência e Idosos.

¹⁰ Arts. 3º e 5º, da Lei nº 7.853/89; art. 25, inciso VI, da Lei nº 8.625/93.

¹¹ Art. 5º, inciso III, alínea “e”; art. 6º, inciso Lei Complementar nº 75/93, art. 74, da Lei nº 10.741/2003.

¹² Art. 6º, inciso VII, alínea “e”, da Lei Complementar nº 75/93.

¹³ Art. 25, da Lei nº 11.340/2006.

¹⁴ Art. 32, inciso II, da Lei nº 8.625/93.

¹⁵ MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 73.

¹⁶ Disponível em <<http://mp.ba.gov.br>>. Acesso em 15 de ago de 2007.

¹⁷ Disponível em <<http://mp.sp.gov.br>>. Acesso em 15 de ago de 2007.

¹⁸ Disponível em <<http://mp.rj.gov.br>>. Acesso em 15 de ago de 2007.

¹⁹ Disponível em <<http://mp.mg.gov.br>>. Acesso em 15 de ago de 2007.

O Ministério Público do Estado do Paraná²⁰ mantém os seguintes Centros de Apoio focados na garantia dos direitos de grupos minoritários: Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Proteção aos Direitos Humanos, Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Defesa do Portador de Deficiência, Centro de Apoio Operacional às Promotorias do Idoso.

Quanto ao Ministério Público do Estado de Pernambuco²¹, vale salientar a existência do Grupo de Trabalho contra o Racismo (GT Racismo), dedicado ao combate do racismo institucional, conceituado como “o fracasso coletivo de uma organização em prever um serviço profissional e adequado às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica”. A mesma instituição deflagrou recentemente uma Ação Estadual em Defesa do Idoso.

Apesar dos exemplos mencionados, ainda há muito que se avançar no âmbito dos Ministérios Públicos para alcançar uma proteção especial a outros grupos minoritários, que precisam, inclusive ser identificados em cada realidade local. A ampla discussão e a difusão de informação entre os membros do *Parquet* a respeito das medidas afirmativas devem ser priorizadas, permitindo a delimitação e aperfeiçoamento da atuação ministerial em prol das minorias.

Pesquisa de opinião sobre o Ministério Público no Brasil, realizada pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística (IBOPE)²², em fevereiro de 2004, constatou que o Ministério Público é a quarta instituição com maior credibilidade no país, superada apenas pela Igreja Católica, pelas Forças Armadas e pela Imprensa, que estão tecnicamente empatadas na liderança. Os entrevistados elegeram como áreas prioritárias da atuação do Ministério Público, na seguinte ordem: o combate ao crime organizado; o combate à corrupção; a defesa da infância e juventude, idosos e deficientes; o combate ao trabalho infantil; o combate ao trabalho escravo; a defesa do consumidor; a defesa do meio ambiente; a fiscalização dos processos de acidentes de trabalho; a fiscalização dos processos de família; e a defesa dos direitos dos indígenas. Outra revelação importante da pesquisa foi a constatação de que a maioria dos entrevistados não apenas aprova a atuação do Ministério Público, como também entende que ela deve ser ampliada.

Note-se que dentre as áreas prioritárias de atuação ministerial apontadas pelos entrevistados, muitas dizem respeito à proteção dos direitos e interesses das minorias, revelando uma grande expectativa da sociedade quanto aos resultados a serem atingidos pelo Ministério Público nesse setor. O atendimento dessas expectativas – que representam também a demanda social nessa esfera – é essencial para a manutenção da credibilidade adquirida pelo *Parquet* ao longo dos anos. E é essa credibilidade e apreço sociais que, em muitas circunstâncias, podem forçar a manutenção, e até o incremento, das garantias e investimentos públicos para o fortalecimento e melhor estruturação da instituição.

3. Conclusão

A presente tese preocupou-se com a argumentação jurídico-constitucional para aplicação de ações afirmativas – enquanto instrumento de inclusão social e de concretização do princípio da igualdade material –, pontuando a importância da atuação do Ministério Público na defesa dos interesses das minorias.

Em síntese, concluiu-se que:

- 1) As ações afirmativas – mecanismos de efetivação do princípio constitucional da igualdade material, que têm por finalidade a inclusão social dos grupos marginalizados (minorias) – respeitados certos requisitos, são compatíveis com a Constituição Federal de 1988, que, ao revés de um Estado omissivo diante das desigualdades sociais, impõe o estabelecimento de um Estado promotor dos direitos fundamentais;
- 2) A análise sistemática das normas constitucionais revela que a defesa dos direitos das minorias coaduna-se com a função ministerial, sendo de especial relevância institucional;
- 3) A intervenção do Ministério Público em defesa dos interesses dos grupos minoritários deve ser observada tanto processualmente – nos feitos em que figure como parte indivíduo (ou grupo de indivíduos) pertencente a grupo minoritário, se a natureza da lide mantiver relação com a hipossuficiência em questão, e for compatível com as atribuições ministeriais (interesses indisponíveis, difusos, coletivos ou individuais homogêneos de grande relevância social) –, quanto na esfera extrajudicial – mediando conflitos, através dos instrumentos previstos legalmente;
- 4) As políticas públicas de discriminação positiva devem ser discutidas no âmbito do Ministério Público – enquanto instituição defensora dos hipossuficientes e mediadora dos conflitos sócio-políticos –, a fim de delimitar e aperfeiçoar a atuação ministerial no âmbito das ações afirmativas;
- 5) A especialização das funções ministeriais quanto à proteção das minorias é fundamental para garantir a focalização e a eficiência da atuação nas diversas esferas que tal atribuição demanda, através da criação de Promotorias de Justiça Especializadas e Centros e/ou Grupos de Apoio, voltados para cada segmento minoritário, respeitadas as demandas locais.

²⁰ Disponível em <<http://mp.pr.gov.br>>. Acesso em 15 de ago de 2007.

²¹ Disponível em <<http://mp.pe.gov.br>>. Acesso em 15 de ago de 2007.

²² CONAMP. *Pesquisa sobre o Ministério Público no Brasil* – Pesquisa de opinião realizada pelo Ibope em 02/2004. Rio de Janeiro: CONAMP, 2004, p. vii/viii.

DIREITOS HUMANOS E MINISTÉRIO PÚBLICO: DA RETÓRICA À EFETIVIDADE

Westei Conde y Martin Júnior¹

Promotor de Justiça/PE

“O problema grave de nosso tempo no tocante aos direitos humanos não é fundamentá-los, mas sim protegê-los... não se trata tanto de saber quais e quantos são estes direitos, qual é sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, senão qual é o modo mais seguro para garanti-los, para impedir que, apesar das declarações solenes, sejam continuamente violados”. (Norberto Bobbio, palestra proferida no Instituto Internacional de Filosofia - Itália, em 1964).

Introdução

A presente reflexão pretende – sem descuidar da complexidade do tema e, desse modo, ter a intenção de esgotá-lo – identificar algumas dificuldades encontradas pelos Ministérios Públicos dos Estados, na assunção inequívoca do protagonismo na promoção e defesa dos direitos humanos. Obviamente, desde já, deve-se afastar qualquer visão redentora da sociedade pelo *Parquet*, reconhecendo sua “incompletude” institucional, bem como ressaltar que a árdua tarefa de efetivação dos direitos humanos na sociedade brasileira depende de um conjunto de atores sociais. Propõe-se, de igual maneira, apontar iniciativas institucionais recentes que podem contribuir à concretização dos direitos humanos.

O Ministério Público Brasileiro, à luz dos Princípios de Paris², constitui-se numa autêntica agência de direitos humanos. Contudo, o fazer institucional cotidiano na promoção e defesa desses direitos não tem contado com a visibilidade necessária — quer no âmbito interno, quer no externo à Instituição —, valer dizer, materializada na formulação e execução de política de direitos humanos capaz de possibilitar aos seus integrantes não só a real compreensão e desempenho da missão institucional, como permitir aos destinatários de sua intervenção o exercício do controle social sobre a Instituição.

2. Algumas Dificuldades do Ministério Público à Adoção de Políticas de Direitos Humanos

No tocante aos direitos humanos, o Ministério Público funciona como uma caixa de ressonância da sociedade e nesse sentido, reproduz muitas das vezes, ainda que involuntariamente, discursos produzidos acerca desses direitos. Não raras vezes de conteúdo negativo (associado à defesa de “bandidos”) e, por outras, esvaziado de qualquer significado (notadamente de sua dimensão jurídica), tão-somente assumindo uma postura de “politicamente correto”.

Quais seriam, portanto, algumas das dificuldades impeditivas ou limitadoras da explícita promoção e defesa dos direitos humanos pelo Ministério Público?

¹ Westei Conde y Martin Júnior, 7º Promotor de Justiça da Capital, com atuação na promoção e defesa dos Direitos Humanos.

² Adotados em 1992 pela ONU, através de Resolução nº1992/154 de sua Comissão de Direitos Humanos, Princípios esses relacionados com o status de instituições nacionais de direitos humanos.

2.1. A Crise de Identidade Institucional

A primeira questão a ser enfrentada diz respeito à crise de identidade institucional decorrente da identificação do lugar reservado ao Ministério Público na estrutura do Estado brasileiro. Como é sabido, a clássica “Tripartição dos Poderes” (entre Legislativo, Executivo e Judiciário), formulada por Montesquieu no século XVIII, não é suficiente, nos dias atuais, para explicar o *locus* ocupado pelo *Parquet* na estrutura do Estado brasileiro.

Por outro lado, apesar da crescente legitimidade social que vem alcançando, lamentavelmente ainda não se pode afirmar, com segurança, o pertencimento à sociedade civil, como pretende Marcelo Pedroso Goulart ao afirmar que: (...) “Integrando a Sociedade Civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, aliando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático”.³

2.2. A Vagueza Conceitual da Expressão Direitos Humanos

Uma outra dificuldade advém do emprego do termo “direitos humanos”. Esse vem sendo utilizado com significados muito diversos, a ponto de renomados doutrinadores falarem da vagueza conceitual e da “hipertrofia” do emprego da expressão. Curioso notar que a citada “hipertrofia” não é privativa da linguagem vulgar, isto é, aquela produzida e reproduzida na sociedade, vez que (...) “não existe, tampouco, caracterização doutrinal clara, unívoca e precisa do termo na linguagem empregada na teoria política, ética ou jurídica” (PÉREZ LUÑO, 1999, p.22).

A falta de precisão da maior parte das definições que costumam ser propostas sobre direitos humanos dificulta muito a determinação do seu alcance, caracterizando sua vagueza conceitual. Nesse sentido, Bobbio⁴ entende que “na maioria das vezes esta expressão ou não é realmente definida, ou é em termos pouco satisfatórios”, chegando a distinguir três tipos de definições dos direitos humanos:

- 1ª) Tautológicas - não aportam nenhum elemento novo que permita caracterizar tais direitos: “os direitos do homem são os que correspondem ao homem pelo fato de ser homem”;
- 2ª) Formais - que não especificam o conteúdo destes direitos, limitando-se a alguma indicação sobre seu estatuto desejado ou proposto: “os direitos humanos são aqueles que pertencem ou devem pertencer a todos os homens, e dos quais nenhum homem pode ser privado”;
- 3ª) Teleológicas - nas quais se apela a certos valores, suscetíveis de diversas interpretações: “os direitos do homem são aqueles imprescindíveis para o aperfeiçoamento da pessoa humana, para o progresso social, ou para o desenvolvimento da civilização”.

Logo, como observa o autor, nenhuma delas permite elaborar uma noção dos direitos humanos, com limites precisos e significativos.

2.3 A Paradoxal Negativa da Dimensão Jurídica dos Direitos Humanos

Obstáculo adicional às questões anteriores, refere-se à paradoxal negativa da dimensão jurídica dos direitos humanos pelo Ministério Público, acabando por ressonar no espaço institucional os discursos produzidos na sociedade sobre esses direitos.

A paradoxal postura reside no fato da instituição responsável constitucionalmente pelo cumprimento da ordem jurídica desconhecer ou ignorar, com frequência, Tratados Internacionais de direitos humanos incorporados ao ordenamento brasileiro. O que é facilmente verificado pela incipiente advocacia interna dos direitos humanos – na rara e insuficiente invocação da normativa internacional quando de sua manifestação processual em Juízo, ou mesmo na oportunidade da utilização de diversos instrumentos postos ao seu dispor pela legislação doméstica (recomendações, inquéritos civis, procedimentos de investigação preliminar, convocações de audiências públicas, proposições de ações civis públicas e ações penais).

Desse modo contribui-se, de forma não intencional, quando muito com a produção de uma retórica de promoção e defesa de direitos humanos, desprovida de pouca compreensão, com conseqüentes reflexos na “(in)visibilidade” do papel institucional de agência de direitos humanos.

³ Marcelo Pedroso Goulart. Ministério Público e Democracia, Teoria e Práxis. São Paulo : Editora de Direito, 1998, p. 96.

⁴ BOBBIO, 1964, L'illusion du fondement absolu, apud PÉREZ LUÑO, op.cit., p.25.

Em que pese a vagueza conceitual acerca dos direitos humanos, a instituição não pode perder de vista suas incumbências constitucionais de defesa do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis e, principalmente, a de defesa da ordem jurídica.

Nesse sentido deve – sem sentir-se obrigada a buscar um “conceito único” do que sejam os “direitos humanos” – incorporar e compreender dois pontos de vista quando do uso da expressão “direitos humanos”, assinalados por Gregório Peces-Barba Martínez⁵:

1º) a reflexão ética - que considera os direitos como um caminho para tornar possível a dignidade humana: “Direitos Humanos como uma pretensão moral que deve ser atendida para tornar possível uma vida humana digna”;

2º) a reflexão jurídica - que prevê a incorporação desses direitos ao Direito Positivo ou seja, a utilização do termo direitos humanos para fazer referência a um direito protegido por uma norma jurídica, por um Sistema de Direito Positivo.

Malgrado esforços empreendidos, temos assistido muito mais à produção retórica institucional de direitos humanos do que propriamente a sua efetivação, o que nos situa, nesse momento histórico, numa espécie de “travessia de uma ponte” edificada entre a retórica e a efetivação dos direitos humanos.

3. Iniciativas Recentes: Construindo Políticas Institucionais

Iniciativas institucionais recentes podem ser apontadas como possibilidades de “passagem pela ponte”, no sentido da concreção dos direitos humanos, vez que estão sendo construídas como políticas institucionais. Nacionalmente, merece destaque a criação, no ano de 2005, pelo Conselho Nacional de Procuradores – Gerais dos Ministérios Públicos dos Estados e da União, do Grupo Nacional de Promotores de Direitos Humanos “Rossini Alves Couto” e, no âmbito local, o surgimento, em 2006, do Núcleo de Promotores dos Direitos Humanos do Ministério Público de Pernambuco.

Ademais, a participação crescente e ativa de membros do Ministério Público nas diversas conferências municipais, estaduais e nacionais, a criação e instalação de promotorias de justiça e de várias promotorias especializadas na promoção e defesa dos direitos humanos (saúde, educação, agrária, habitação e urbanismo, da infância e juventude, idosos, pessoas com deficiência, meio ambiente) são demonstrações inequívocas do propósito de mudanças.

Conclusão

Diante do grave e persistente quadro de violações dos direitos humanos no Brasil, sejam esses civis, políticos, econômicos, sociais, culturais ou ambientais, o Ministério Público, na busca da efetivação desses direitos, deve intensificar a interlocução com órgãos públicos e a sociedade civil organizada, valorizando a interdisciplinariedade, a interdependência e a universalidade dos direitos humanos.

Por derradeiro, ainda que estejamos longe de fazer valer os fundamentos e os objetivos estruturais da República — cidadania; dignidade da pessoa humana; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais — as limitações e contradições institucionais não impedem a luta para que parcela significativa da sociedade brasileira constituída, entre outros grupos e segmentos, por crianças e adolescentes, idosos, mulheres, negros, homossexuais, índios, quilombolas, sem-terra, sem-teto, pessoas com deficiência, desempregados, encarcerados, tenha seus direitos civis, políticos, econômicos, sociais, culturais e ambientais efetivados.

Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 8ª ed., Rio de Janeiro, Editora Campus, 1992.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Ministério Público e Democracia, Teoria e Práxis, São Paulo: Editora de Direito, 1998.

PECES-BARBA, Gregório Martínez. Curso de Derechos Fundamentales – Teoria General, Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enríque. Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución, 6ª ed., Madrid: Editorial Tecnos, 1999.

⁵ Gregório Peces-Barba Martínez. Curso de Derechos Fundamentales – Teoria General, Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1995, p.23.

A EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS POR MEIO DO INQUÉRITO CIVIL E DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA: MINISTÉRIO PÚBLICO E A PROMOÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA

Marcelo Pedroso Goulart

Promotor de Justiça em Ribeirão Preto/SP

O Ministério Público e a promoção da reforma agrária

1. A propriedade no direito brasileiro contemporâneo

No direito constitucional brasileiro, a palavra propriedade tem dois diferentes sentidos. No primeiro deles, propriedade significa bem. No segundo, relação. Vejamos.

No *caput* do art. 5º da CR, a palavra propriedade é utilizada como sinônimo de bem. Trata-se, aqui, do **direito fundamental à propriedade**, ou seja, de apropriação e aquisição de bens. O direito à propriedade é informado pelo princípio da universalidade e, num modelo de Estado social como o projetado na Constituição brasileira, incumbe ao Estado, por meio de políticas públicas, corrigir as desigualdades na distribuição da riqueza e renda; portanto, cabe ao Estado implementar políticas que garantam a todos acesso à propriedade (aqui entendida como sinônimo de bem).

Nos incisos XXII e XXIII do mesmo art. 5º, a palavra propriedade tem outro significado, qual seja: relação. Aqui a situação é diversa. Não se trata mais de garantir o acesso ao bem, mas de garantir a proteção jurídica da relação que se estabelece entre o sujeito e o bem sobre o qual ele teve acesso e exerce o domínio. Em outras palavras: o **direito de propriedade** é o direito à proteção da relação de propriedade, não do objeto (bem) que a integra (DERANI, 2002, p.59).

No projeto de democracia econômica e social estabelecido na Constituição da República, só a relação de propriedade que preenche requisitos determinados pelo direito é passível de proteção. É por isso que o inciso XXIII do art. 5º só legitima a relação de propriedade que atende a sua função social.

A função social institui um ônus que recai sobre o desenvolvimento da relação de propriedade, determinando o conteúdo social dessa relação. Além de vantagens particulares, a atuação do sujeito-proprietário deve produzir também um resultado vantajoso para a sociedade, a fim de que o poder individualizado que ele exerce sobre o bem possa legitimar-se perante o ordenamento jurídico (DERANI, 2002, p. 59). No Estado social, a apropriação privada de bens só se legitima juridicamente se produzir benefícios à vida social. Somente é protegida juridicamente a relação de propriedade que se desenvolve no sentido de produzir vantagens sociais. Isso porque a função social é elemento integrante e legitimador da relação jurídica de propriedade (GRAU, 1991, p. 316).

A função social determina o conteúdo social da relação de propriedade, ou seja, o modo como o sujeito apropria-se do objeto e o transforma. Daí a necessidade de analisar-se o desenvolvimento da relação de propriedade e a forma de utilização do bem, levando-se em consideração: (i) a forma de apropriação do bem; (ii) a escolha do que realizar; (iii) a escolha dos meios empregados; (iv) a escolha da intensidade da atividade; (v) a destinação das vantagens obtidas. Como assevera Derani (2002, p. 60), “é na dinâmica da escolha dos meios, da sua disposição e do resultado obtido que é preenchido o princípio da função social da propriedade”.

Por um lado, o direito protege a relação entre sujeito e objeto; por outro, impõe ao sujeito uma conduta socialmente responsável, produtora, no desenvolvimento da relação de propriedade, de vantagens sociais. Por um lado, o direito faculta ao sujeito a possibilidade de garantir a relação de propriedade. Por outro, confere à sociedade o gozo de benefícios decorrentes dessa relação individualizada. Ou seja, o direito de propriedade, aqui entendido como direito de proteção da relação de propriedade, é, ao mesmo tempo, direito-garantia do proprietário e direito-garantia da sociedade.

Sobre a relação de propriedade incide o interesse de proteção do sujeito-proprietário, mas também incide o interesse difuso da sociedade em obter benefícios sociais decorrentes do cumprimento da função social. Esse interesse difuso deve ser objeto de tutela pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, inc. III, da Constituição da República.

2. A função social do imóvel rural e a reforma agrária

Na Constituição vigente, a função social do imóvel rural está assim definida:

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

I – aproveitamento racional e adequado;

II – utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

III – observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

IV – exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Da análise do citado artigo, verifica-se que a função social do imóvel rural é constituída por um *elemento econômico* (aproveitamento racional e adequado), um *elemento ambiental* (utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente) e um *elemento social* (observância das normas que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores). Basta a inobservância de um dos elementos para a caracterização do descumprimento da função social. Em outras palavras: a relação de propriedade que tenha por objeto o imóvel rural deve, no seu desenvolvimento, garantir a observância simultânea desse rol de elementos econômicos, ambientais e sociais, sob pena de, não atendendo a um deles, não se legitimar juridicamente e, conseqüentemente, não obter proteção jurídica. É por isso que o imóvel rural que não esteja cumprindo a função social é susceptível de desapropriação por interesse social, para fins de reforma agrária (Const., art. 184, *caput*).

A Constituição diz, todavia, que são insusceptíveis de desapropriação para fins de reforma agrária: (i) o pequeno e médio imóvel rural; (ii) o imóvel rural produtivo (art. 185, incs. I e II).

A interpretação isolada e apressada do art. 185, inc. II, da Constituição, poderia levar à conclusão de que o imóvel rural que atendesse tão-somente ao requisito econômico da função social (produtividade), desprezando os demais (aqueles correspondentes aos elementos ambientais e sociais), não poderia ser desapropriado. A interpretação sistemática das normas constitucionais não autoriza tal conclusão. Como observa Borges (1998, p. 308):

a propriedade cuja exploração não respeita a vocação natural da terra, degradando o seu potencial produtivo, que não mantém as características próprias do meio natural, que agride a qualidade dos recursos ambientais, não contribuindo para a manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade, nem é adequada à saúde e à qualidade de vida das comunidades vizinhas está sujeita a sofrer desapropriação ... O simples fato de ser a propriedade produtiva não garante sua proteção contra a desapropriação por interesse público para fins de reforma agrária. Se tal propriedade se mantém produtiva em discordância com as normas ambientais que sobre ela incidem, não se verifica, aí, o cumprimento de sua função social, conforme preceitua o art. 186 da Constituição. A exploração econômica não é intocável quando proporciona degradação ambiental.

A degradação ambiental — seja ela provocada pela utilização inadequada dos recursos naturais ou pela não preservação do meio ambiente — produz evidentes prejuízos ao aproveitamento racional e adequado da terra. Há, portanto, vinculação entre os elementos econômico e ambiental da função social, sendo impossível dissociá-los.

O mesmo raciocínio vale para a impossibilidade de dissociação do elemento econômico do elemento social. Não pode ser considerada produtiva a atividade que necessite desrespeitar as disposições que regulam as relações de trabalho para alcançar o grau de eficiência na exploração da terra. Ou que, para atingir esse grau de eficiência, venha prejudicar o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Ainda que a produtividade, do ponto de vista estritamente econômico, esteja presente, o imóvel rural poderá ser desapropriado para fins de reforma agrária se descumprido um dos demais requisitos caracterizadores da função social (elemento ambiental ou social).

3. O Ministério Público e a promoção da reforma agrária

A Constituição de 1988 confere ao Ministério Público a tarefa de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*). Cabe ao Ministério Público defender o projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição. No atual momento histórico, é necessário frisar que, mais do que defender, o Ministério Público deve colocar-se como parceiro privilegiado das forças sociais comprometidas com a *construção* da democracia de massas, difundindo e representando os valores democráticos, fazendo atuar os direitos sociais, coletivos e difusos.

A construção da democracia substancial no Brasil passa necessariamente pela profunda transformação da sua estrutura fundiária, o que implica implementação de uma política de reforma agrária massiva, com previsão na Constituição da República (arts. 184 a 191). A implementação da Política Constitucional de Reforma Agrária não dispensa a atuação do Ministério Público, que se dá de três formas: (i) defesa do interesse difuso à reforma agrária; (ii) fiscalização do cumprimento dos Planos de Desenvolvimento dos Assentamentos (PDAs) e dos Planos de

Desenvolvimento Sustentável dos Assentamentos (PDSs); (iii) intervenção como *custos legis* nos processos que versam sobre litígios coletivos pela posse da terra rural.

3.1 O Ministério Público e a defesa do interesse difuso à reforma agrária

Na defesa do interesse difuso à reforma agrária, o Ministério Público deve instaurar inquérito civil nos casos de: (i) manifesta omissão da União no dever de desapropriar o grande imóvel rural que não cumpre a função social; (ii) verificação, em determinado caso concreto, desse descumprimento pelo titular do domínio ou da posse.

Num ou noutro caso, cabe ao membro do Ministério Público que preside o inquérito recomendar ao INCRA a abertura do processo administrativo de desapropriação. No caso de não atendimento da recomendação, deverá pleitear judicialmente, por meio de ação civil pública, a condenação da União na obrigação de fazer a desapropriação e o assentamento de trabalhadores sem-terra nessas áreas.

3.2 O Ministério Público e a fiscalização dos Planos de Desenvolvimento dos Assentamentos (PDAs) e dos Planos de Desenvolvimento Sustentável dos Assentamentos (PDSs)

No acompanhamento e fiscalização dos Planos de Desenvolvimento dos Assentamentos, o Ministério Público deve instaurar inquérito civil nos casos de descumprimento das cláusulas desses Planos, mormente no que diz respeito ao apoio técnico e financeiro do Poder Público aos assentados e às práticas antiambientais.

Cabe ao membro do Ministério Público que preside o inquérito seguir um de dois caminhos possíveis. O primeiro: caso o Plano esteja adequado, deverá recomendar ao órgão público implementador e/ou à representação dos assentados a observância dos termos do Plano e de práticas consentâneas com padrões de produção social e ambientalmente sustentáveis, compatíveis com os princípios que informam uma política democrática de reforma agrária. No caso de não atendimento da recomendação, poderá pleitear, perante o Poder Judiciário, por meio de ação civil pública, a condenação dos interessados em obrigações de fazer ou de não-fazer que garantam o cumprimento do plano. O segundo: caso os termos do Plano não sejam adequados, deverá propor compromisso de ajustamento de conduta com o objetivo de promover a sua adequação socioambiental. Firmado o compromisso e descumprido, deverá executá-lo judicialmente.

3.3 A intervenção do Ministério Público como custos legis nos processos que versam sobre litígios coletivos pela posse da terra rural

Os litígios coletivos pela posse da terra rural são tratados, em regra, pelos operadores do direito à luz de princípios, normas e doutrinas jurídicas historicamente superados. Os operadores do direito não podem postar-se como instrumentos a serviço da manutenção de uma estrutura agrária perversa, inibindo o avanço do projeto democrático definido constitucionalmente.

A mudança do tratamento dos conflitos coletivos pela posse da terra rural implica, primeiramente, o reconhecimento da complexidade social, política e jurídica da questão, o que afasta a visão privatística do tema e impõe a utilização dos princípios constitucionais como critério diretivo das opções interpretativas. Desse modo, algumas premissas postas pelo direito material e processual contemporâneos e já consagradas no ordenamento jurídico brasileiro devem ser observadas: (i) *publicização* do regime jurídico da propriedade e da posse da terra; (ii) reforma agrária como instrumento fundamental de concretização da democracia econômica e social consagrada na Constituição da República; (iii) *publicização* do processo; (iv) Sistema de Administração da Justiça como espaço de acesso à ordem jurídica justa.

Observadas essas premissas, podemos concluir, com Garrido de Paula (1997), que:

- a posse que merece proteção jurídica é aquela que, nos termos do Código Civil, seja justa e de boa fé, e aquela que, em razão da Constituição da República e das leis que regulamentam a matéria, recaia sobre terras que cumpram a função social, em todos os seus elementos (econômico, ambiental e social), escapando da possibilidade de servir à reforma agrária;
- o ônus de provar que a posse carente de proteção judicial recai sobre terra que cumpra com sua função social é do autor.

O Ministério Público, enquanto ator do processo, ora atua como órgão agente (autor das ações civis públicas), ora como órgão interveniente (chamado tradicionalmente de *custos legis*). Nas hipóteses previstas no art. 82 do Código de Processo Civil, o Ministério Público atua como órgão interveniente, sempre na defesa de valores que, transcendendo a esfera jurídica individual, interessam à sociedade. Assim, os valores relacionados com a natureza da relação jurídica material posta em juízo ou relacionados com a condição peculiar da pessoa que figura como parte no processo (DINAMARCO, 1986, p. 322).

A intervenção do Ministério Público, como *custos legis*, só se justifica quando presente na relação jurídica de direito material objeto do processo um *interesse público qualificado*, compatível com a relevância das incumbências constitucionais do *Parquet* — defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (GUIMARÃES JÚNIOR, 1997, p. 155).

Não se pode perder de vista que, ainda como órgão interveniente, o Ministério Público não deixa de ser parte, pois, como ensina Dinamarco (1986, p. 326):

a qualidade de parte reside na titularidade dos deveres, ônus, poderes, faculdades, que caracterizam a relação processual: partes são os *sujeitos do contraditório instituídos perante o juiz* (...) Ora, o órgão do Ministério Público, uma vez no processo, é titular dessas posições jurídicas processuais inerentes à relação jurídica que se estabelece no processo, seja fiscal da lei ou não (...) O que caracteriza a figura do *custos legis* é (ao contrário do que sucede na caracterização do conceito de parte) uma circunstância completamente alheia ao direito processual: ele não é vinculado a nenhum dos interesses em causa. No plano do direito material, o fiscal da lei não se prende ao interesse de nenhuma das partes conflitantes: ele quer que a vontade estatal manifestada através da lei seja observada (mas, para buscar esse objetivo, a lei impõe que ele atue no processo como parte).

Com a alteração da redação do art. 82, inc. III, do CPC, dada pela Lei nº 9415/96, ficou expressamente prevista a intervenção do Ministério Público nos processos que versam sobre conflitos fundiários. O que justificaria a intervenção do Ministério Público nesse tipo de processo?

Enfrentando essa questão com rigor, Garrido de Paula (1997, p. 410) conclui que:

o Ministério Público, nas ações que envolvam litígios coletivos pela posse da terra rural, tem a qualidade de interveniente em razão da natureza da lide, reveladora do interesse público primário da República Federativa do Brasil de incrementar, em conformidade com a Constituição e com as leis, a reforma agrária.

É do interesse de toda a sociedade brasileira, a consecução dos objetivos fundamentais da República, dirigidos à construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento econômico deve estar voltado necessariamente para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a diminuição das desigualdades sociais e para a promoção do bem de todos (CR, art. 3º, incs. I a IV). Trata-se do projeto constitucional de democracia econômica e social, que não se compatibiliza com a estrutura agrária e com o padrão de produção agrícola concentrador e excludente hoje existentes no país.

Os conflitos coletivos pela posse da terra, que deságuam nos tribunais via ações possessórias, têm como pano de fundo a contradição entre o projeto constitucional de democracia econômica e social e a cruel realidade fundiária brasileira. O processo, enquanto um dos instrumentos de acesso à ordem jurídica justa, pode e deve ser o espaço de superação dessa contradição, impondo-se a intervenção do Ministério Público, enquanto instituição incumbida de defender o projeto democrático da Constituição. Esse projeto tem como meta a justiça social no campo, com a mudança da estrutura fundiária pela implementação do plano de reforma agrária (CR, 170, 184 a 191).

A participação do Ministério Público deve ocorrer desde o início do processo, mesmo antes da apreciação de eventual pedido liminar ou da apresentação da contestação. E assim deve ser, em razão das complexas questões sociopolítico-jurídicas que envolvem o conflito coletivo fundiário.

O conflito coletivo pela posse da terra rural tem peculiaridades que não podem ser desprezadas. O tratamento processual desse tipo de causa não pode seguir rigidamente o modelo proposto pelo individualista Código de Processo Civil, projetado para compor conflitos de natureza interindividual. Deve ser ressaltado o fato de que, nesse tipo de processo, o interesse público a ser tutelado não figura como mero adorno dos interesses privados das partes em litígio. Em decorrência da *publicização* do regime jurídico da posse e da propriedade rurais, os interesses das partes, mais do que em qualquer outra causa, estão subordinados ao interesse social. Esse interesse social deve preponderar e orientar as decisões judiciais.

Vimos que a posse merecedora de proteção jurídica é aquela que, além de ser justa e de boa fé, recai sobre terras que cumpram a função social, nos seus elementos econômico, ambiental e social. Esse último requisito — demonstração do cumprimento da função social — decorre do regime constitucional da posse e da propriedade rural. Cabe ao autor demonstrá-lo e ao juiz levá-lo em consideração quando da apreciação da existência do *fumus boni iuris* em pedido liminar e no julgamento do mérito. Como imperativo constitucional, o cumprimento da função social é do interesse de toda a sociedade e **está acima dos interesses das partes em litígio**. A tutela desse interesse social, no processo possessório, cabe ao Ministério Público, que, na condição de *custos legis* e **defensor do regime democrático**, não é mero coadjuvante, mas, sim, **sujeito do contraditório e parte interessada** na prevalência desse imperativo constitucional. Portanto, sua participação deve dar-se desde o início, para que apresente, antes de cada decisão (**antes, sobretudo, da decisão que aprecie pedido liminar**), os argumentos jurídico-constitucionais, de natureza pública, que permeiam a causa e devem formar a convicção do juiz.

CONCLUSÕES

- 1) O regime jurídico da propriedade tem seu fundamento na Constituição da República. Com a instituição constitucional da função social da propriedade, ocorreu a constitucionalização e a *publicização* do regime jurídico da propriedade.
- 2) O direito fundamental à propriedade, previsto no art. 5º, caput, da Constituição da República, diz respeito ao acesso, apropriação e aquisição de bens; é informado pelo princípio da universalidade e, no Estado social brasileiro, políticas públicas devem ser implementadas objetivando assegurar a todos o seu cumprimento.
- 3) O direito de propriedade, previsto no art. 5º, inc. XXII, da Constituição da República, é o direito à proteção da relação de propriedade, não do objeto (bem) que a integra.
- 4) No projeto de democracia econômica e social estabelecido na Constituição da República, só a relação de propriedade que preenche requisitos determinados pelo direito é passível de proteção. É por isso que o inciso XXIII do art. 5º só legitima a relação de propriedade que atende a sua função social.
- 5) A função social é elemento integrante e legitimador da relação de propriedade.
- 6) A função social determina o conteúdo social da relação de propriedade, ou seja, o modo como o sujeito apropria-se do objeto e o transforma. Daí a necessidade de analisar-se o desenvolvimento da relação de propriedade e a forma de utilização do bem, levando-se em consideração: (i) a forma de apropriação do bem; (ii) a escolha do que realizar; (iii) a escolha dos meios empregados; (iv) a escolha da intensidade da atividade; (v) a destinação das vantagens obtidas.
- 7) Somente é protegida juridicamente a relação de propriedade que se desenvolve no sentido de produzir vantagens sociais.
- 8) Sobre a relação de propriedade incide o interesse de proteção do sujeito-proprietário, mas também incide o interesse difuso da sociedade em obter benefícios sociais decorrentes do cumprimento da função social. Esse interesse difuso deve ser objeto de tutela pelo Ministério Público, nos termos do art. 129, inc. III, da Constituição da República.
- 9) Nos termos do art. 186, incs. I a IV, da Constituição da República, a função social do imóvel rural é constituída por um *elemento econômico* (aproveitamento racional e adequado), um *elemento ambiental* (utilização adequada dos recursos naturais e preservação do meio ambiente) e um *elemento social* (observância das normas que regulam as relações de trabalho e exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e trabalhadores). Somente cumpre a função social a propriedade rural que atenda simultaneamente aos elementos econômico, ambiental e social.
- 10) A degradação ambiental do imóvel rural, seja ela provocada pela utilização inadequada dos recursos naturais ou pela não preservação do meio ambiente, implica aproveitamento irracional e inadequado da terra. Há, portanto, vinculação entre os elementos econômico e ambiental da função social, sendo impossível dissociá-los.
- 11) Não pode ser considerada produtiva, do ponto-de-vista jurídico-constitucional, a atividade rural que necessite utilizar inadequadamente os recursos naturais e degradar o meio ambiente para alcançar o grau de eficiência na exploração da terra.
- 12) A inobservância das disposições que regulam as relações de trabalho e a exploração que desfavoreça o bem-estar dos trabalhadores implicam aproveitamento irracional e inadequado do imóvel rural. Há, portanto, vinculação entre os elementos econômico e social da função social, sendo impossível dissociá-los.
- 13) Não pode ser considerada produtiva, do ponto-de-vista jurídico-constitucional, a atividade rural que necessite desrespeitar as disposições que regulam as relações de trabalho e necessite prejudicar o bem-estar dos trabalhadores para alcançar o grau de eficiência na exploração da terra.
- 14) Ainda que a produtividade, do ponto-de-vista estritamente econômico, esteja presente, o grande imóvel rural poderá ser desapropriado para fins de reforma agrária se descumprido um dos demais requisitos caracterizadores da função social (elemento ambiental ou social).
- 15) Na defesa do interesse difuso à reforma agrária, o Ministério Público deve instaurar inquérito civil nos casos de: (i) manifesta omissão da União no dever de desapropriar o grande imóvel rural que não cumpre a função social; (ii) verificação, em determinado caso concreto, desse descumprimento pelo titular do domínio ou da posse. Num ou noutro caso, cabe ao membro do Ministério Público que preside o inquérito recomendar ao INCRA a abertura do processo administrativo de desapropriação. No caso de não atendimento da recomendação, deverá pleitear judicialmente, por meio de ação civil pública, a condenação da União na obrigação de fazer a desapropriação e o assentamento de trabalhadores sem-terras nessas áreas.
- 16) Cabe ao Ministério Público acompanhar a execução dos Planos de Desenvolvimento dos Assentamentos, devendo instaurar inquérito civil nos casos de descumprimento das cláusulas desses Planos, mormente no que diz respeito ao apoio técnico e financeiro do Poder Público aos assentados, e de práticas antiambientais.

- 16.1) Cabe ao membro do Ministério Público que preside o inquérito recomendar ao órgão público implementador e/ou à representação dos assentados a observância dos termos do Plano e de práticas consentâneas com padrões de produção social e ambientalmente sustentáveis, compatíveis com os princípios que informam uma política democrática de reforma agrária. No caso de não atendimento da recomendação, poderá pleitear, perante o Poder Judiciário, por meio de ação civil pública, a condenação dos interessados em obrigações de fazer ou de não-fazer que garantam o cumprimento do Plano.
- 16.2) Se os termos do Plano não forem adequados, deverá propor compromisso de ajustamento de conduta com o objetivo de promover a sua adequação socioambiental. Firmado o compromisso e descumprido, deverá executá-lo judicialmente.
- 17) Os conflitos coletivos pela posse da terra apresentam complexas questões sociopolítico-jurídicas e têm como pano de fundo a contradição entre o projeto constitucional de democracia econômica e social e a cruel realidade fundiária brasileira.
- 18) Nos processos possessórios que envolvam conflitos coletivos pela posse da terra, a defesa do cumprimento da função social (interesse difuso), como imperativo constitucional legitimador da posse, está acima dos interesses das partes em litígio (interesses privados em torno da posse do imóvel).
- 19) O tratamento processual dos conflitos coletivos pela posse da terra, pelas suas peculiaridades, não pode seguir rigidamente o modelo proposto pelo individualista Código de Processo Civil, projetado para compor conflitos de natureza interindividual.
- 20) Nos processos que envolvam conflitos coletivos pela posse da terra, o Ministério Público intervém em razão do interesse público qualificado presente na relação jurídica de direito material objeto do processo, qual seja: a defesa do interesse difuso ao cumprimento da função social do imóvel rural.
- 21) Nos processos possessórios, o Ministério Público, como *custos legis* e defensor do regime democrático, não é mero coadjuvante, mas sujeito do contraditório e parte interessada na prevalência do imperativo constitucional da função social do imóvel rural.
- 22) Nos processos possessórios, a intervenção do Ministério Público deve ocorrer desde o seu início, mesmo antes da apreciação de eventual pedido liminar ou da apresentação da contestação.
- 23) Nos processos possessórios, é do autor o ônus de provar que a posse carente de proteção judicial recai sobre terra que cumpra com sua função social.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BORGES, Roxana Cardoso Brasileiro. *Função ambiental da propriedade e reforma agrária*. In: SILVEIRA, Domingos S. D. da (org.). *O direito agrário em debate*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 1989.
- DERANI, Cristiane. *A propriedade na Constituição de 1988 e o conteúdo das "função social"*. In: Revista de Direito Ambiental, vol. 27, São Paulo: RT, 2002.
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Fundamentos do processo civil moderno*. São Paulo: RT, 1986.
- GARRIDO DE PAULA, Paulo Afonso. *A intervenção do Ministério Público nas ações possessórias envolvendo conflitos coletivos pela posse da terra rural*. In: II CONGRESSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO. São Paulo: 1997. Anais, p. 405-410.
- GOULART, Marcelo Pedroso. *Ministério Público e democracia: teoria e prática*. Leme: LED, 1998.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil*. In: FERRAZ, Antonio Augusto de Camargo (coord.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª ed. São Paulo: RT, 1991.

A LEGITIMIDADE DAS OCUPAÇÕES PACÍFICAS DE PROPRIEDADES RURAIS IMPRODUTIVAS COMO INSTRUMENTO DA DEMOCRACIA PARTICIPATIVA

Edson José Guerra

Promotor de Justiça/PE

I. Justificativa. II. A propriedade privada, a sociedade civil e a democracia. III. A cidadania como princípio republicano fundamental e a legitimidade das ocupações pacíficas de propriedades rurais improdutivas. IV. Conclusão.

Justificativa

As ocupações de propriedades rurais improdutivas, promovidas por alguns movimentos sociais como instrumento de manifestação política para acelerar o processo de reforma agrária no Brasil, têm levantado calorosas inquietações nos âmbitos jurídico, político, econômico e social, entre os defensores da livre iniciativa e os pregadores da intervenção do Estado, como instrumento controlador e regulador do mercado e promovedor dos direitos humanos fundamentais.

A questão que se coloca como fator preponderante para a solução dos conflitos entre proprietários de terras improdutivas e os trabalhadores rurais ligados aos movimentos sociais de luta pela reforma agrária, remonta à metodologia empregada, repudiada por grande parcela da sociedade, sob a alegação de que a ocupação de terras fere o princípio da legalidade¹, corolário do Estado de Direito, tido como o fundamento principal da democracia moderna.

O Poder Judiciário, insensível à luta dos trabalhadores pela implementação do programa de reforma agrária, expede medidas liminares *inaudita altera parte*, sem investigar o cumprimento da função social da propriedade, interpretando a ação de ocupação como afronta ao princípio da legalidade e ao direito de propriedade.

A posição majoritária dos juízes e promotores de justiça garante a propriedade rural sem levar em conta os valores constitucionais inseridos no contexto jurídico do Estado Democrático de Direito, que nos termos colocados pela dogmática constitucional moderna, para existir, efetivamente, precisa observar o princípio de constitucionalidade, princípio democrático, princípio da justiça social, sistema de direitos fundamentais, princípio da igualdade, princípio da divisão dos poderes, princípio da legalidade e da segurança jurídica².

A legitimidade das ocupações pacíficas de propriedades rurais improdutivas decorre do princípio da cidadania, incorpora-se ao sistema de liberdades públicas incluso no rol dos direitos humanos fundamentais, manifesta-se, sobretudo, através da participação da sociedade civil nas esferas legislativa, executiva e jurídica, servindo fundamentalmente para a construção gradativa da democracia, do desenvolvimento da personalidade, a promoção da ordem política e da justiça social, elementos componentes do Estado Democrático de Direito, se analisado sob o aspecto material.

Repudiar a mobilização social de luta pela reforma agrária, através da expedição de medidas liminares desprovidas da comprovação da função social da propriedade rural, significa deformar os postulados jurídicos formadores do Estado Democrático de Direito.

¹ Em regra, o MST tende a ser visto ora como um grupo de desordeiros e baderneiros, ora como um grupo subversivo organizado para a derrubada da democracia, ora ainda como defensor de idéias e propostas anacrônicas vinculadas a posições ideológicas historicamente superadas, composto por lideranças oportunistas e militantes de base ingênuos que defendem uma boa causa, mas por meios inaceitáveis. GARCIA, José Carlos – O MST Entre Desobediência Civil e Democracia - A Questão Agrária e a Justiça no Brasil, Editora Revista dos Tribunais, ano 2000, pág n° 149.

² DA SILVA, José Afonso, Curso de Direito Constitucional, 12a edição revista e atualizada, nos termos da Reforma Constitucional, 1996, Malheiros, p. 107/108.

A partir da análise dos princípios e objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, dos direitos e deveres individuais e coletivos e dos princípios da ordem econômica e social, defenderemos a legitimidade das ocupações pacíficas de propriedades rurais improdutivas como atributo do direito de cidadania decorrente da participação do cidadão no Estado e na sociedade civil.

Pretende-se demonstrar, de forma sucinta, a progressão dos direitos humanos desde a instituição do direito de propriedade e dos direitos civis, passando pelo alargamento dos direitos políticos, econômicos e sociais, considerados de segunda e terceira geração, até a consagração dos direitos de solidariedade, como exigências das necessidades humanas emergentes, segundo as modificações produzidas na sociedade em determinado momento histórico.

Do ponto de vista teórico, sempre defendi – e continuo a defender, fortalecido por novos argumentos – que os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.⁷ (...) A liberdade de religião é um efeito das guerras de religião; as liberdades civis, da luta do parlamento contra os soberanos absolutos; a liberdade política e as liberdades sociais, do nascimento, crescimento e amadurecimento do movimento dos trabalhadores assalariados, dos camponeses com pouca ou nenhuma terra, dos pobres que exigem dos poderes públicos não só o reconhecimento da liberdade pessoal e das liberdades negativas, mas também a proteção do trabalho contra o desemprego, os primeiros rendimentos da instrução contra o analfabetismo, depois a assistência para a invalidez e a velhice, todas elas carecimentos que os ricos proprietários podiam satisfazer por si mesmo.³ (SIC)

Também invocaremos como fonte de argumentação das idéias defendidas nesse trabalho os ensinamentos adotados no campo da sociologia política, como exigência da própria matéria em estudo e do emprego da interdisciplinaridade como técnica de pesquisa utilizada para a construção do conhecimento.

Reconhecendo a complexidade do tema e as limitações naturais impostas pelas circunstâncias pessoais e temporais, classificamos o presente trabalho como a elaboração de um esboço, sujeito a constantes alterações, segundo as necessidades funcionais, sociais e a agregação de novos conhecimentos.

A propriedade privada, a Sociedade Civil e a Democracia

A propriedade privada sempre esteve ligada à fonte de riqueza e de inspiração do poder e, segundo defendem alguns autores, foi a causa da formação da sociedade civil e do surgimento dos Estados de base contratualista.

Rousseau descreve, num primeiro tempo o estado de natureza, isto é, a condição do homem natural, que ainda não vive em sociedade por não lhe ser ela necessária, bastando-lhe a generosa natureza para a satisfação das necessidades essenciais, e feliz com seu estado; num segundo tempo, descreve o estado de corrupção em que o homem cai após a instituição da propriedade privada, que estimula, agudiza e perverte os instintos egoístas, e após a inversão da agricultura e da metalurgia, hoje se diga de técnicas que multiplicam o poder do homem sobre a natureza e são transformadas em instrumentos de domínio do homem sobre o homem por parte dos mais hábeis e dos mais fortes⁴.

O individualismo, pregado pelo estado liberal burguês, além de converter o direito de propriedade em direito natural, absoluto, sagrado e intocável, assume com Locke, segundo descreve Norberto Bobbio, a maior expressão da supremacia do interesse privado sobre o público.

1 – Com Locke a propriedade privada converte-se em verdadeiro direito natural, pois nasce do esforço pessoal no estado de natureza antes da constituição do poder político, e como tal deve ter o seu livre exercício garantido pela do Estado (que é a lei do povo).

Através de Locke a inviolabilidade da propriedade, que compreendia todos os outros direitos individuais naturais, como a liberdade e a vida, e indica a existência de uma esfera do indivíduo singular autônoma com respeito à esfera sobre a qual se estende o poder público,

³ BOBBIO, Norberto – A Era dos Direitos, Tradução Carlos Nelson Coutinho, ed. Campus, 11a Edição, ano 1999, pág. 5/6.

⁴ Idem, Estado, Governo e sociedade, Tradução Marco Aurélio Nogueira, ed. Paz e Terra, 9a Edição, ano 2001, pág. 48.

*tornar-se um dos eixos da concepção liberal do Estado, que nesse contexto pode então ser redefinida como a mais consciente, coerente e historicamente relevante teoria do primado do privado sobre o público*⁵.

Sob a égide da lei, o sistema político liberal limitou a interferência do Estado nos negócios privados e, ao mesmo tempo, garantiu a autonomia desejada pelos defensores dos direitos naturais de liberdade e propriedade a acumularem riquezas, sem qualquer preocupação com as consequências produzidas à classe dos despossuídos.

A ideologia liberal que justificava o acúmulo de riqueza com base no esforço e o trabalho individual de cada trabalhador acabou sendo contestada por Engels e Marx. Citando Aristóteles, Engels colocava como a causa do aumento da riqueza a soma do esforço individual de cada um.

*Com outras palavras, o máximo bem dos sujeitos é o efeito não da perseguição, através do esforço pessoal e do antagonismo, do próprio bem por parte de cada um, mas da contribuição que cada um juntamente com os demais dá solidariamente ao bem comum segundo as regras que a comunidade toda, ou o grupo dirigente que a representa (por simulação ou na realidade), se impôs através de seus órgãos, sejam eles órgãos autocráticos ou órgãos democráticos*⁶.

Engels e Marx introduzem a visão materialista dos meios de produção de bens, apontando o capital como o resultado do acúmulo de riqueza extraído da exploração do trabalhador, denominado por eles de mais valia. As idéias de Engels e Marx concorriam para a criação do estado de bem-estar social, através da ascensão da classe de trabalhadores ao poder, possibilitando apreender os meios de produção, tornando a sociedade desnecessária. A teoria de Engels aprofundada por Marx, considerada simplista, não teve sucesso nos países industrializados e concorreu para o desastre da ditadura do proletariado, tampouco foi capaz de prever as outras formas de transformações sociais, capazes de reduzir os poderes do capitalismo e propiciar a conservação de um estado democrático, compatível com a promoção do bem-estar social.

O Estado liberal propiciou o surgimento do capitalismo monopolizador, centrado na livre concorrência e na garantia da propriedade privada, alterando através de novas técnicas de produção a organização social, estimulando, assim, a luta pela instituição de novos direitos, agora de natureza social⁷.

No sistema político liberal, o estado de bem-estar social foi completamente abandonado, mas, como asseverou Norberto Bobbio, as modificações das relações sociais e dos meios de produção fomentaram o crescimento do Estado interventor, regulador e promovedor, forjando o novo modelo de democracia, iniciando a fase do Estado de Direito⁸.

No âmbito da sociologia política, os pensadores do século XIX retomaram a discussão do papel do Estado e do significado de democracia como sistema de garantia de direitos e tomadas de decisões políticas. Max Weber e Schumpeter negaram o sentido racional do indivíduo para influenciar no processo de tomada de decisão política. Idealizador do Estado patrimonialista, autoritário e burocrático, Weber, autor de "A Ética Protestante e o Espírito Capitalista", classifica o cidadão comum como detentor da soberania popular, inapto a exercer as atividades complexas da administração pública, como propuseram Marx e Engels. Partindo desse princípio, ele define o indivíduo como uma unidade em análise, fora da sociedade, sujeito às influências e manipulações do mercado e do Estado, assim, integrante de uma democracia formal, com o direito de eleger seus representantes, contudo, sem o poder de participar dos processos definidores das políticas públicas, afastando o conteúdo da forma. As teorias weberianas, de natureza estruturalista, baseada na força e coerção exercida pelos braços dos estados, favorece a apropriação do público pelo privado, assegura privilégios e interesses a determinados grupos, em detrimento do resto da sociedade, gerando conflitos entre o protegido pelo Estado e os excluídos.

Segundo Schumpeter, autor do Capitalismo, Socialismo e Democracia, não há como os indivíduos chegarem à definição precisa do valor de bem comum, devido à vaguez e indeterminabilidade do significado dessa expressão.

⁵ BOBBIO, Norberto - Estado, Governo e Sociedade, Tradução Marco Aurélio Nogueira, ed. Paz e Terra, 9a Edição, ano 2001, pág. 23/24.

⁶ BOBBIO, Norberto - Estado, Governo e Sociedade, Tradução Marco Aurélio Nogueira, ed. Paz e Terra, 9a Edição, ano 2001, pág. 25.

⁷ O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesses, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações sociais etc. Direitos que foram declarados absolutos no final do século XVIII, como a propriedade sacre et inviolable, foram submetidos a radicais limitações nas declarações contemporâneas; direitos que as declarações do século XVIII nem sequer mencionavam, como os direitos sociais, são agora proclamados com grandes ostentações nas recentes declarações. BOBBIO, Norberto - A Era dos Direitos, Tradução Carlos Nelson Coutinho, ed. Campus, 11a Edição, ano 1999, pág. 18.

⁸ É com o nascimento do Estado de direito que ocorre a passagem final do ponto de vista do príncipe para o ponto de vista dos cidadãos. No Estado despótico, os indivíduos singulares só têm deveres e não direitos. No Estado absoluto, os indivíduos possuem, em relação ao soberano, direitos privados. No Estado de direito, o indivíduo tem, em face do Estado, não só direitos privados, mas também direitos públicos. O Estado de direito é o Estado dos Cidadãos. BOBBIO, Norberto - A Era dos Direitos, Tradução Carlos Nelson Coutinho, ed. Campus, 11a Edição, ano 1999, pág. 18.

Duas críticas principais poderiam ser feitas a essa concepção, uma primeira de natureza técnica e uma segunda de natureza normativo-realista. A crítica técnica implica em entender que mesmo as questões que podem se constituir em objeto de consenso entre a população, como, por exemplo, a necessidade de um sistema público de saúde, envolvem discordâncias que são necessariamente passíveis de resolução racional. A crítica valorativa implica em perceber que não existe um homem, tal como supôs a teoria clássica da democracia, mas homens e mulheres diferentes. Tal pluralidade implica na existência de diversidade de valores e, tal como Weber, Schumpeter também sabe que os valores estão além do campo "da mera lógica" (Schumpeter, 1942:215). Em suma, a teoria clássica da democracia seria inadequada, técnica e normativamente por supor a possibilidade da unificação da pluralidade quando, na verdade, só é possível supor um procedimento para a convivência entre indivíduos diferentes.⁹

A teoria construída por Schumpeter assemelha-se à proposta por Weber. Abandona a perspectiva normativa de democracia, adota o realismo político e a formação de uma ordem econômica voltada para o livre mercado, de bases políticas extraídas sem a participação ampla dos indivíduos, afirmando a supremacia do Estado e do mercado em oposição à existência de uma sociedade civil, devido à irracionalidade das massas. Aponta os meios de comunicação como um entrave para a construção de uma esfera pública, alegando que os interesses dos produtores de informações associavam-se aos desejos do mercado e do Estado, conduzindo e desviando o conceito de opinião pública, eliminando as alternativas e tendências dos indivíduos. A indústria da imagem predomina sobre o conteúdo, favorecendo a construção de um poder hegemônico intelectual e moral sobre os indivíduos, com a finalidade de conservar os poderes e defender seus interesses.

Downs identifica, através de critérios empíricos, os requisitos empregados por um indivíduo para atingir um determinado fim, reintroduzindo na teoria democrática a percepção normativa de democracia. Para ele, o indivíduo é capaz de maximizar os benefícios e explorar o sistema político. O elemento racionalidade volta a ser citado na obra de Downs como justificativa de manter a prática democrática compatível com os interesses das elites, que buscavam na realidade individual as alternativas para continuar no poder, através da conquista do voto.

A transposição do Estado Liberal para o Estado de Direito produziu mudanças significativas nos cenários jurídico, político, econômico e social, gerando profundas desigualdades sociais entre a classe de proprietários e de trabalhadores urbanos e camponeses.

A disputa por bens escassos, o desemprego, a grande concentração de renda de uma minoria e o empobrecimento da maioria, intensificaram os conflitos de classe e de grupos contra o sistema de privilégios econômicos e favorecimentos políticos usurpados por determinados grupos, acarretando a implementação de leis capazes de assegurar a ampliação da participação dos cidadãos no processo político e na distribuição das riquezas, acumuladas com o sistema capitalista, inaugurando-se a era do Estado Democrático de Direito.

Marcada pela pluralidade política e contradições de inúmeras espécies, a nova e complexa realidade social propicia o desenvolvimento dos espaços públicos, como instrumento da cidadania para debater e encontrar soluções para as aspirações pessoais e coletivas emergentes da sociedade.

Através da introdução do axioma do auto-interesse cujo pressuposto é que cada indivíduo dá preferência à sua própria felicidade quando essa entra em conflito com a felicidade dos demais indivíduos, (Downs, 1956: 27), Downs elabora um conceito de democracia no qual os interesses dos indivíduos e dos grupos políticos estão permanentemente em conflito. Na verdade, o conflito passa a constituir a noção estruturante do sistema político na medida em que Downs inverte os termos da relação entre interesse, solidariedade e conflito. Para ele, os partidos políticos não têm como objetivo formular programas de governo, mas ganhar as eleições. Os governos tampouco visam à realização de qualquer tipo de bem comum. Pelo contrário, o objetivo dos governos é se manter no poder (Downs, 1956: 28-31). É da forma adversarial de funcionamento do sistema democrático que Downs deduz, portanto, a conexão entre racionalidade individual e racionalidade global do sistema democrático.¹⁰

Com Roberto Dahl, a teoria de Downs adquiriu desenvoltura rompendo completamente com a percepção de democracia eletiva, defendida pelos conservadores. Robert Dahl não vislumbra na obra "A Democracia e Seus Críticos" incompatibilidade entre idealismo e realismo, negado pelos teóricos elitistas. Na sua concepção, a democracia

⁹ AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática, Racionalidade e Participação: Uma Crítica Habermasiana ao Elitismo Democrático. Trabalho apresentado na XIX reunião anual da ANPOCS, em Caxambu - pág. 105/106.

¹⁰ AVRITZER, Leonardo. Teoria Democrática, Racionalidade e Participação: Uma Crítica Habermasiana ao Elitismo Democrático. Trabalho apresentado na XIX reunião anual da ANPOCS, em Caxambu. - pág. 111/112.

Constitui um processo de tomada de decisão coletiva'. Tal Processo pode ocorrer tanto no interior das associações civis quanto no interior do Estado, (...) Desse modo, Dahl sustenta não apenas que a participação democrática é afim ao desenvolvimento moral, recolocando na teoria democrática um elemento ausente desde Schumpeter, como deduz desse princípio uma crítica ao elitismo. Para ele, o princípio da autonomia moral traz, enquanto decorrência, a constatação de que 'todos os indivíduos são suficientemente qualificados para participar das decisões coletivas de uma associação que afete significativamente os seus interesses'¹¹ (Dahl, 1989:98).

Percebe-se na teoria de Dahl o reconhecimento da efetiva participação dos indivíduos no processo de decisão política, restando irrenunciável a reintrodução da normatividade na teoria democrática, caracterizada pela auto-realização moral dos indivíduos e pela capacidade de estabelecerem formas comuns de ação coletiva.

A identidade essencialista predominante na modernidade, progressivamente vai cedendo espaço para a concepção não essencialista, construída a partir da interação dos indivíduos com outros, no período da pós-modernidade. Cada vez mais a flexibilização da sociedade passa a influenciar o sistema político e o comportamento do mercado, criando um novo elemento de influência entre o poder e a sociedade civil, denominado por Habermas de mundo da vida. Habermas rebate as críticas feitas por Weber e Schumpeter ao sistema de democracia baseada na perspectiva normativa, apontando dois tipos de racionalidade: uma comunicativa e outra sistêmica, que nos permite resolver suficientemente o problema da burocratização e o fenômeno da pluralidade. A racionalidade sistêmica funcionaria dentro da esfera administrativa, de natureza impessoal, adotada para reduzir as influências exercidas sobre as ações do governo, enquanto a racionalidade comunicativa atuaria na esfera pública, colocada como uma arena discursiva, própria para formar e reproduzir os valores da democracia. A esfera pública funciona como um espaço de interação composto por diversos indivíduos, associações, movimentos sociais e grupos voltados para discutir o Estado, com a finalidade de formar opiniões e mercantilizar as informações¹².

O modelo de democracia pensado por Habermas coloca o Estado como variante dependente e a sociedade como variável independente. Identifica, igualmente, uma nova visão de mundo capaz de promover o entendimento, através da divisão do trabalho e da solução compartilhada dos problemas da sociedade, configurando uma forma de racionalidade de caráter instrumental capaz de viabilizar a realização substantiva do bem comum. Dentro desse sistema o Estado abandona a estrutura verticalizante, burocrática e centralizadora, para dar respostas às demandas baseadas nos diagnósticos sociais catalisadas pelos atores sociais, conforme as experiências de vida.

Cohen e Arato também defendem uma esfera sincrônica entre as instituições governamentais e a esfera pública, "Estudando as teorias liberais do século XIX, os autores identificam nessa tradição de pensamento, semelhante ao que fizera Taylor, dois matizes interpretativos: no primeiro caso, trata-se da variante utilitarista que vincula a integridade da sociedade civil à economia de mercado e garantia da propriedade privada; a segunda corrente enfatiza a participação ativa dos cidadãos por intermédio de suas associações voluntárias nos processos políticos. (...) Para tanto, faz-se necessária a presença tanto de atores políticos tradicionais (partidos e sindicatos) e de garantias constitucionais, quanto de movimentos e de associações de base que, apesar de representarem o elemento dinâmico para a renovação democrática da sociedade moderna, não estão aptos a assegurar, isoladamente, a preservação das conquistas liberal-democráticas.¹³

Conforme registra a história do homem, analisada por juristas, economistas, cientistas políticos, filósofos, antropólogos e outros estudiosos ligados ao mundo das ciências, a sociedade civil continua obedecendo a suas linhas imanentes, cultivando a liberdade individual como seu núcleo de fundamento e o bem-estar social, como elemento de contenção do capitalismo selvagem.

No Brasil, o processo de redemocratização concorre lentamente para a construção de um espaço público democrático discursivo, aparentemente adequado para viabilizar a implementação dos direitos fundamentais de liberdades públicas, sociais e de solidariedade, sem inviabilizar o desenvolvimento da livre iniciativa privada.

¹¹ Ibid, pág. 116/117.

¹² Recusa-se a fórmula rousseauísta, segundo a qual a virtude cívica dos cidadãos individuais proporcionará de per se a constituição de um conjunto de cidadãos orientados para o bem comum. A fonte da legitimidade política não pode ser, conforme Habermas, a vontade dos cidadãos individuais, mas o resultado do processo comunicativo de formação de opinião e da vontade coletiva. É esse o processo que, operado dentro da esfera pública, estabelece a mediação entre o mundo da vida e o sistema político, permitindo que os impulsos provindos do mundo da vida cheguem até as instâncias de tomadas de decisão instituídos pela ordem democrática (p. 37 e seg.). COSTA, Sérgio, As cores de Ercília. Esfera Pública, Democracia, configurações pós-nacionais – Editora UFMG, ano 2002, pág 24/25.

¹³ Idem. pág 47.

Em termos jurídicos, podemos afirmar que a sociedade brasileira convive com um sistema de democracia formal, com o reconhecimento de amplas garantias fundamentais no âmbito dos direitos civis e políticos e a negação dos direitos sociais, econômicos e de solidariedade, proclamados extensivamente no texto constitucional.

No contexto da reforma agrária, a sociedade brasileira depara-se com intensos conflitos sociais no campo, decorrentes de ocupações de propriedades rurais improdutivas, mantidas invioláveis, em flagrante contradição com o modelo de democracia e o sistema jurídico constitucional vigente.

A cidadania como princípio republicano fundamental e a legitimidade das ocupações pacíficas de propriedades rurais improdutivas

O Estado Democrático de Direito, construído depois de sucessivas lutas históricas, consagrado na atual Constituição Republicana, pressupõe, para a implementação de seus princípios políticos, sociais e econômicos, o funcionamento dos poderes da República, autônomos, independentes, impessoais e eficientes, ao lado de uma sociedade consciente de seus direitos e deveres.

O constituinte brasileiro considerou relevantes os princípios da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e o pluralismo político, positivando-os no art. 1º da Carta Magna, para diferenciá-los dos demais, quanto aos vínculos e valores representados no momento de criação e da aplicação da lei. Como fundamento do Estado Democrático de Direito, se seguidos corretamente, esses princípios concorrerão para atingir os objetivos da República Federativa do Brasil, no sentido de reduzir as desigualdades sociais e regionais, diminuir a pobreza e garantir o desenvolvimento nacional.

Entre esses princípios, o da cidadania assume posição de destaque por servir de instrumento para o alcance de outros princípios e direitos fundamentais. Do princípio fundamental da cidadania decorrem outros princípios, direitos e deveres, todos relacionados com os poderes políticos, econômicos e sociais.

A Carta Republicana confere ao cidadão brasileiro o direito de participar da vida política do país, elegendo seus representantes, aprovando os programas de governo, exercendo os direitos civis, manifestando e expressando seus pensamentos, circulando livremente, associando-se, participando de agremiações políticas, controlando os gastos públicos, exigindo a correta aplicação da lei, finalmente, ocupando os espaços democráticos do mundo da vida, conforme sua consciência, preferência e escolha, cabendo aos poderes constituídos respeitá-lo e tratá-lo, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A cidadania varia conforme o tempo e o espaço, significando dizer que não se trata de uma definição estática, mas de um conceito histórico, sujeito às circunstâncias de cada sociedade. Exerce a cidadania plena aquele que não só tem assegurado os direitos civis e políticos, mas vive dignamente com a garantia dos direitos básicos a trabalhar, habitar, estudar e alimentar-se.

O acesso à propriedade, para a classe de trabalhadores rurais sem terra, sem trabalho e sem opção para adquirir o mínimo necessário à subsistência, representa um direito humano fundamental, condicional para lhe assegurar o exercício da cidadania.

A condução da questão agrária no Brasil, pelos grandes e médios proprietários de propriedades rurais improdutivas, membros dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e integrantes do Ministério Público, afronta gravemente o compromisso da República com a cidadania, gerando intensos conflitos no campo pela posse da terra.

Os avanços conquistados no âmbito dos direitos econômicos e sociais, com o processo de redemocratização, não alteraram o modo de utilização da propriedade rural no país, sobretudo em determinadas regiões, marcadas por baixo índice de desenvolvimento humano.

A falta de investimentos públicos e privados nas regiões localizadas na zona rural submete o camponês a irreparáveis humilhações, sujeitando-o a se curvar ao recebimento de doações governamentais, migrar para centros urbanos desconhecidos, onde ficará exposto às complexidades sociais, ou a ingressar nos movimentos sociais de luta pela terra, com o risco de pagar com a própria vida, o desejo de conquistar um pedaço de terra e viver com o mínimo de dignidade moral e pessoal.

A convivência dos trabalhadores rurais sem-terra, sem trabalho, sem moradia e sem alimentação, com propriedades rurais improdutivas, estimula-os a se organizarem e ocupá-las, não com o propósito de usurpá-las ou retirar dos proprietários a capacidade de torná-las produtivas, como entendem alguns juízes e promotores, mas com o direito subjetivo de serem respeitados e tratados como gente, que integra uma sociedade, com uma constituição que garante a efetividade dos princípios da cidadania, da dignidade da pessoa humana, a busca do pleno emprego, erradicação da pobreza, cumprimento da função social da propriedade rural, tanto como direito humano fundamental, como princípio da ordem econômica e social; que garante o pluralismo político, eleições periódicas, o sufrágio universal, a independência e autonomia dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, orçamento destinado para a desapropriação de terras, para fins de reforma agrária, órgãos e funcionários especializados para implementá-la e um homem como destinatário da prestação de serviço público qualificado.

Finalmente, a Constituição garante ou não o direito do cidadão reivindicar perante o Estado e os detentores do poder político e econômico, a implementação das políticas públicas que lhe são outorgadas, como meio de garantir a efetivação de direitos humanos fundamentais?

A ocupação pacífica de propriedades rurais improdutivas integra o direito subjetivo do trabalhador rural. Faz

parte de seu universo político, jurídico e social, reconhecido e tolerado nas sociedades complexas, abertas, desiguais, divergentes, marcadas por intensos conflitos de interesses individuais, de grupos e coletivos.

Nas ocupações pacíficas de propriedades rurais improdutivas, os trabalhadores exercitam direitos de cidadania para pressionar o Estado a vistoriá-las e desenvolver as atividades administrativas necessárias a declará-las de interesse social, a integrarem o Programa Nacional de Reforma Agrária, exigido na Constituição Federal, como política pública de inclusão social e distribuição de renda.

Distingue-se de outras espécies de esbulho, pelos interesses perseguidos e as condições pessoais, políticas e sociais dos reivindicantes da propriedade rural improdutiva, pois esses se encontram em situação de desagregação social, necessitando da proteção do Estado. Daí a ação dirigida contra a propriedade de terceiro não visar incorporá-la ao seu patrimônio individual, com a finalidade exclusiva de obter um enriquecimento sem causa, em detrimento do patrimônio alheio. Sua destinação está dirigida ideologicamente contra a omissão do Estado que promete e não desenvolve satisfatoriamente as políticas públicas previstas na Constituição Republicana para implementar a reforma agrária no País.

Com a ocupação a miséria torna-se visível, gerando um conflito de interesse entre os que têm a propriedade e não a explora de acordo com sua função social e os que dela precisam e não podem acessá-la por falta de mecanismo estatal eficiente, embora a Carta Republicana ofereça os instrumentos legais para resolver o conflito caracterizado pela posse da terra.

A partir da ocupação, os trabalhadores rurais sem-terra provocam o Estado-Juiz, os demais integrantes do sistema de justiça e especialmente o INCRA, para se envolverem na questão social agrária, esperando uma solução justa para a situação de abandono sócio-econômico deles.

Entre os fundamentos da República Federativa do Brasil, a Carta Magna elenca a Cidadania como instrumento da democracia participativa e a dignidade da pessoa humana como o centro de todo o universo jurídico. A mobilização social materializada no ato de ocupação pacífica de propriedades rurais improdutivas constitui expressão do direito de cidadania, assegurado aos integrantes da sociedade civil, excluídos do sistema sócio-político-jurídico, figurando no ordenamento jurídico constitucional como direito público subjetivo utilizado para exigir o cumprimento dos princípios e normas constitucionais, segundo decidiu a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 5.574-SP, proferido em 8 de abril de 1997: *“movimento popular visando a implantar a reforma agrária não caracteriza crime contra o patrimônio. Configura direito coletivo, expressão de cidadania, visando a implantar programa constante da Constituição da República.”*

Decisões judiciais determinando o despejo sumário dos trabalhadores acampados, ameaçando-os de prisão por desobediência, imputando-lhes crimes contra o patrimônio, cumulado com o de formação de quadrilha, para justificar a decretação de prisão preventiva ou manter a prisão em flagrante, arbitrariamente executada, comprova a predominância de um sistema institucionalmente repressivo, montado para desagregar os movimentos sociais mobilizados na luta pela terra, e manter a estrutura fundiária prejudicial aos interesses do homem do campo.

Esse comportamento de alguns operadores do direito configura o preconceito jurídico-social, incompatível com propósitos republicanos, com as liberdades públicas, o direito de lutar por direitos, além de criar uma tensão social permanente no campo, gerando violência, assumindo desdobramentos prejudiciais à pacificação social.

O CPDA da Universidade Federal do Rio de Janeiro promoveu uma pesquisa de campo, junto a 15 mil famílias assentadas, utilizando a técnica de questionário, com as seguintes perguntas e respostas: “esse assentamento foi feito por iniciativa do INCRA sem conflito, ou foi feito pelo INCRA em resposta a um conflito com ocupação de terra”? As respostas confirmaram a causa da mobilização social de luta pela terra, assinalando: *“Dos 92 pesquisados, 88 assentamentos, em cinco regiões diferentes do Brasil, decorreram de ocupações de terras. Em apenas quatro casos a iniciativa foi tomada pelo INCRA. A conclusão do relatório original da CPMI da Terra, posteriormente substituído, por interesses políticos, aponta a inoperância do governo como causa das ocupações: “Então pergunto: quem causa a ocupação da terra? A ocupação de terra é causada pela inação do governo. Se o governo atuasse, não haveria ocupação em quatro diferentes regiões do país”*¹⁴.

Ouvido na CPMI da terra, Plínio de Arruda Sampaio, Presidente da Associação Brasileira de Reforma Agrária, imputou aos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário as causas da violência no campo:

A violência física que acompanha as ocupações tem duas origens: uma é a exclusão violenta por intermédio de jagunços; outra é o despejo feito ao arrepio da lei pelas polícias militares. Cheguei à seguinte conclusão que quero, respeitosamente, apresentar aqui: são três os culpados maiores. O primeiro é o Poder Executivo que só age provocado, não age se não houver um caso que o obrigue a fazê-lo. O segundo é o Poder Legislativo, porque permite que essa legislação absolutamente abusiva continue vigendo. O terceiro é o Poder Judiciário

¹⁴ MELO, João Alfredo Telles, Reforma Agrária Quando? CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil, Senado Federal, Brasília, 2006, p. 72.

*que tem dois pesos e duas medidas. Quando se trata de desapropriar uma terra é de um legalismo e de um rigor absoluto; quando se trata de fazer um despejo, é de uma rapidez fulminante; quando se trata de fixar a indenização, é de uma liberalidade incrível*¹⁵. (SIC)

Alguns cientistas políticos e juristas abordam a temática das ocupações coletivas de propriedades rurais improdutivas, por movimentos sociais de trabalhadores rurais sem terra, classificando o esbulho praticado pelos trabalhadores contra os proprietários, como ato de desobediência civil legítimo e tolerável, desde os primórdios da humanidade, pregado por Locke, no segundo tratado de direito civil¹⁶.

Suzana Figueiredo defende a legitimidade das ocupações coletivas de grandes e médias propriedades rurais improdutivas, sustentando que a ação constitui gestos de desobediência civil, impotente para quebrar a ruptura do sistema político, destinado a recompor o Estado Democrático¹⁷.

Baseado nos argumentos de Habermas, José Carlos Garcia, analisa as ocupações de propriedades rurais, para fins de reforma agrária feitas pelo MST, como uma ação integrativa do Estado Democrático de Direito, utilizada para defender a necessidade de construção de uma cultura democrática e de uma compreensão dinâmica da Constituição, que deve ser visto como projeto inacabado¹⁸.

Portanto, a ocupação pacífica de propriedades rurais improdutivas integra o rol dos direitos públicos subjetivos, de natureza política, do homem do campo, expressados nos arts. 1º e 2º da Constituição Federal, como direito de cidadania, que são empregados pelos movimentos sociais de luta pela reforma agrária, para exigir do Estado o desenvolvimento de políticas públicas previstas nos programas governamentais, para reduzir a pobreza e minimizar a má distribuição de renda.

Conclusão

O modelo jurídico constitucional vigente no país contempla o sistema capitalista, regulado pelos princípios republicanos fundamentais, os direitos humanos e os princípios da ordem econômica e social. O mesmo sistema normativo dota o Estado de poderes legislativos e instrumentais para combater o abuso do poder político e econômico, de modo a garantir o equilíbrio entre a livre iniciativa, o uso da propriedade e os primórdios da cidadania.

A concentração fundiária¹⁹, o mau uso do direito e a falta de política pública eficiente, voltada para garantir a desapropriação de propriedades rurais improdutivas, concorrem para o aprofundamento da crise social, mantendo o estado de pobreza, estimulando a violência no campo.

O Estado Democrático de Direito repele o capitalismo selvagem, o Estado autoritarista, patrimonialista e burocrático e, em contrapartida, garante aos indivíduos direitos civis, políticos, sociais, econômicos e de solidariedade, fundamentais para o desenvolvimento de espaços públicos comunicativos, essenciais para o desenvolvimento da sociedade civil e o alcance das transformações sociais aspiradas na pós-modernidade.

O modelo de gestão gerencial introduzido pela Emenda Constitucional nº 19/98 impõe ao poder público o dever de assegurar ao administrado o direito de participação na implementação de projetos e políticas públicas, como instrumento de compatibilização dos interesses do Estado com os interesses da sociedade.

A grande concentração de propriedades rurais improdutivas configura a ineficiência da administração pública, prejudicial aos interesses dos trabalhadores rurais sem terra, autorizando-os a utilizar o direito de mobilização social, como instrumento legítimo da democracia participativa e expressão da cidadania, indispensável para reclamar a promoção das políticas públicas, catalogadas na Constituição Federal como direitos humanos fundamentais.

Repudiar a mobilização social de luta pela reforma agrária, através da expedição de medidas liminares desprovidas da comprovação da função social da propriedade rural, significa deformar os postulados jurídicos formadores do Estado Democrático de Direito, instituídos na Constituição Federal, como instrumentos jurídicos para os trabalhadores rurais atingir a cidadania plena.

¹⁵ Idem, p. 73.

¹⁶ GARCIA, José Carlos – O MST Entre Desobediência Civil e Democracia - A Questão Agrária e a Justiça no Brasil, Editora Revista dos Tribunais, ano 2000, pag nº 154.

¹⁷ FIGUEIREDO, Susana Ângela Paim – As Ocupações dos Imóveis Destinados a Reforma Agrária. Da desobediência Civil e Do Estado de Necessidade - A Questão Agrária e a Justiça no Brasil, Editora Revista dos Tribunais, ano 2000, pag nº 456.

¹⁸ GARCIA, José Carlos – O MST Entre Desobediência Civil e Democracia - A Questão Agrária e a Justiça no Brasil, Editora Revista dos Tribunais, ano 2000, pag nº 172.

¹⁹ "Dados oficiais revelam que 1,6% dos proprietários com imóveis acima de mil hectares detêm 46,8% do total da área cadastrada pelo INCRA no País. Por outro lado, mais de três milhões de famílias de trabalhadores rurais não dispõem de terra para viver e trabalhar". MELO, João Alfredo Telles, Reforma Agrária Quando? CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil, Senado Federal, Brasília, 2006, p. 25.

Como ser dotado de racionalidade, o homem, inserido no contexto do Estado Democrático de Direito, dispõe da liberdade de escolher seus ideais republicanos e persegui-los como condição de sua própria natureza, cabendo ao Estado reconhecê-lo como unidade de valor, para a garantia de sua existência.

Evidentemente, a ocupação pacífica de propriedades rurais improdutivas constitui direito humano fundamental, catalogado entre os fundamentos da República, inserido no contexto da democracia participativa, utilizado necessariamente pelo homem do campo, para provocar a mobilização dos organismos estatais no sentido de promover a reforma agrária, caracterizando-se, sem dúvida, como um atributo de manifestação político-social, legitimado pela Constituição Federal.

O Ministério Público, na qualidade de defensor do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais fundamentais tem o dever institucional de estabelecer como missão essencial à pacificação social no campo, o desenvolvimento de ações voltadas para garantir a desapropriação de propriedades rurais improdutivas, reivindicadas pelos trabalhadores rurais ligados aos movimentos sociais de luta pela terra.

Fontes Bibliográficas

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático- para a relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*, Trad. Luís Afonso Heck. Revista de Direito Administrativo - 217. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ALFONSIN, Jacques Távora. *O Acesso à terra como conteúdo de Direitos Humanos Fundamentais à Alimentação e à Moradia*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris editor, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula de. *Normatividade dos Princípios e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na Constituição de 1988*. Revista de Direito Administrativo - 221. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARRETTO, Vicente. *Interpretação Constitucional e Estado Democrático de Direito*. Revista de Direito Administrativo 203. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico*, Trad. Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos. Brasília: Editora UBN, 10 ed., 1997.

_____, Norberto. *Estado, Governo e Sociedade – para uma teoria geral da política*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 9ª Edição, 2001.

_____, Norberto. *O futuro da Democracia*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Editora Paz e Terra, 9ª Edição, 2004.

_____, Norberto. *A Era dos Direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campus, 11ª Edição, 1992.

CINTRA JUNIOR, Dyrceu Aguiar Dias. *Direitos Humanos e a Função Social da Propriedade: O Papel do Judiciário*. A Questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

COSTA, Sérgio. *As cores de Ercília. Esfera Pública, Democracia, configurações pós-nacionais*. Editora UFMG, 2002.

DA SILVA, José Afonso. *Acesso à Justiça e Cidadania*. Revista de Direito Administrativo - 216. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1999.

_____, José Afonso. *A Dignidade da Pessoa Humana como Valor Supremo da Democracia*. Revista de Direito Administrativo - 212. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1998.

_____, José Afonso. *A Lei*. Revista de Direito Administrativo – 215. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 1999.

_____, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional*. 12ª edição revista e atualizada, nos termos da Reforma Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1996.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Os conflitos como processo de Mudança Social*. Revista de Direito Administrativo – 219. Rio de Janeiro: ed. Renovar, 2000.

FIGUEIREDO, Susana Ângela Paim. *As Ocupações dos Imóveis Destinados a Reforma Agrária. Da desobediência Civil e Do Estado de Necessidade - A Questão Agrária e a Justiça no Brasil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GARCIA, José Carlos. *O MST Entre Desobediência Civil e Democracia - A Questão Agrária e a Justiça no Brasil*. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2000.

MELO, João Alfredo Telles. *Reforma Agrária Quando? CPI mostra as causas da luta pela terra no Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2006.

MENDES, Candido. *Crise e Mudança Social*. Rio de Janeiro: Editora América Latina.

NAVARRO, Zander. *Política, protesto e cidadania no campo*. Porto Alegre: Editora da Universidade, 1996.

PEREIRA, Rosalinda P. C. Rodrigues. *A Teoria da Função Social da Propriedade Rural e seus Reflexos na Acepção Clássica de Propriedade*. A questão Agrária e a Justiça. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

REALE, Miguel. *A Sociedade Civil e a Idéia de Estado – O Estado da Civilização Cibernética*. Revista de Direito Administrativo 204. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 1996.

STROZAKE, Juvelino José. *A Questão Agrária e a Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

TÁCITO, Caio. *Do Estado Liberal ao Estado do Bem-Estar Social, in Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.

Outras fontes

AVRITZER, Leonardo. *Teoria Democrática, Racionalidade e Participação: Uma Crítica Habermasiana ao Elitismo Democrático*. Trabalho apresentado na XIX reunião anual da ANPOCS, em Caxambu.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Dioneles Leone Santana Filho

Promotor de Justiça/BA

“Os apetites humanos conceberam inverter a norma universal da criação, pretendendo não dar a cada um, na razão do que vale, mas atribuir o mesmo a todos, como se todos se equivalessem”. Rui Barbosa (Oração aos Moços).

Síntese dogmática

Falar sobre direitos fundamentais sociais é enveredar pela história da humanidade, e perceber a contínua luta histórica do ser humano pela sua liberdade e sobrevivência contra os abusos praticados por seus semelhantes ao longo do tempo, ou fazendo-se uso da linguagem “hobbesiana”: o homem, visto como o lobo do próprio homem, pois como dizia Montesquieu “todo aquele que detém o poder tende a dele abusar, até que encontre algum limite”.

Corroborar tal entendimento Radbruch, que assim se manifesta:

“O poder é em si mesmo essencialmente perverso, independentemente de quem o exerça. Infalivelmente cai-se nas mãos daquelas potências menos adequadas ao florescimento contínuo da cultura... O Estado por si nunca é um fim, mas sua importância reside em ser uma condição sob a qual se cumpre o fim de humanidade, e este não é outro senão o desenvolvimento de todas as forças do homem”¹.

Com o advento da Carta Política de 1988, o Ministério Público brasileiro obteve uma nova configuração em suas funções institucionais, com a missão de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública” aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, além da missão de preservar e proteger os interesses sociais e individuais indisponíveis, de acordo com a previsão estampada no Art. 129, III, CR.

Por outro lado, usando das palavras de Ihering “ao direito não lhe basta uma pretensão normativa é preciso que se lhe dê efetividade social”, devendo a efetividade social dos direitos fundamentais sociais listados na Lei Fundamental ser buscada dia a dia, com uma atuação eficiente dos membros do *parquet*, com parcimônia e prudência, para que não se banalize tais ferramentas, seja manejando ações coletivas, seja firmando termos de ajustamento de condutas, ou até mesmo, utilizando-se do valioso expediente da recomendação, em caso de violação ou ameaça de lesão aos direitos fundamentais sociais.

Os direitos sociais estão sedimentados, em sua maioria no Art. 6º, do Texto Supremo, ainda que haja previsão de tais direitos em outros dispositivos constitucionais espalhados em todo o corpo constitucional, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal.

Com o advento da pós-modernidade, e até mesmo da contestação da legitimidade dos princípios fundamentais que norteiam a Constituição, o “controle judicial das omissões do poder público”, e diria extrajudicial no caso do Ministério Público, é de fundamental importância para a implementação de direitos sociais como: a saúde, a educação, a segurança, a assistência aos desamparados, dentre outros.

Contestação essa calcada no fim do Estado de bem-estar social em todo o mundo, com a perda de prestígio da Constituição Dirigente², pela falta de recursos por parte Estado para suprir tais carências visando a concretizar tais direitos, resguardando-se tais argumentos pelo princípio da “reserva do possível”.

¹ RADBRUCH, Gustav. Filosofia do direito, Editora Martins Fontes, São Paulo, 2004, p. 83.

² Expressão cunhada por José Gomes Canotilho em obra de idêntico título.

Vale destacar, que a Constituição Federal lista como fundamentos da República Federativa do Brasil a cidadania e a dignidade da pessoa humana, Art. 1º, II e III. E, nessa seara, pode-se afirmar com grande tranquilidade, que não existe respeito à cidadania e à dignidade da pessoa humana sem a efetivação dos direitos fundamentais sociais, principalmente, num país onde a desigualdade econômica e a concentração de renda é uma das maiores do planeta.

Esse dilema parece não se resumir a mera controvérsia conceitual, mas aos novos rumos da sociedade brasileira. E o Ministério Público é um ator de fundamental importância na concretização de tais direitos fundamentais sociais, para que seja preservada a cidadania e a dignidade da pessoa humana, já que tais princípios fundam-se no “valor fonte de todos os valores”³.

Por tais razões, sem ter o intuito de inovar, mas de contribuir para o debate, entendo que o Ministério Público deve priorizar sua atuação na efetivação dos direitos sociais, para que se manifeste em cores mais nítidas a cidadania e a própria democracia em nosso país, cuja incumbência foi destinada ao Ministério Público por força do Art. 127, *caput*, da Carta de Outubro de 1988.

Fundamentação

I) Miradas da realidade

Sem embargo de embates doutrinários que se firmem em sentido contrário, comungo do entendimento firmado por Hely Lopes Meireles⁴ que o membro do Ministério Público é um agente político, pois sua atuação visa modificar o mundo real, bem como o comportamento humano em sociedade, ou melhor, traçar as diretrizes pelas quais deve trilhar a sociedade um caminho futuro⁵, visando-se atingir o bem-comum, por meio de uma atitude ética.

Fixada essa premissa como ponto de partida, o Ministério Público deve caminhar firme, sem saudosismos de suas atuações de outrora, como, por exemplo, defensor dos interesses sociais secundários, caracterizados por interesses patrimoniais do Estado, para uma nova via nesse admirável mundo novo, que exige trabalho com resultados rápidos, onde a globalização financeira impera, dando as cartas, forjando novas ideologias, que tentam se impor aos Estados Nacionais de uma forma única no mundo inteiro.

Entendo que o Direito é um fenômeno histórico, e que reflete a cultura⁶ de cada povo, em cada época, pois as verdades eternas e imutáveis, se é que um dia existiram, não podem ser esclarecidas objetivamente. Isso reflete claramente, o direito como campo de investigação científica, pois as verdades sociais são falseadas a cada momento em que se vive a realidade, prevalecendo sempre o melhor argumento, concatenado em um discurso, e o que é o direito senão um discurso imposto por uma parcela da sociedade e acatado por outra parte.

Embora reconhecendo o mundo do direito como extremamente conservador aos padrões vigentes na atualidade, pois quem desfruta de uma situação benéfica não quer dispor de tal prerrogativa, e justifico tal assertiva com Michel Foucault, pois “não há relação de poder sem resistência”, entendo que o único caminho aberto para enfrentar essa resistência e se implementar as normas programáticas asseguradas na Constituição como direitos sociais, é um discurso jurídico consistente, adequado aos tempos pós-modernos⁷, mas que não se esqueça que o sentido de existir do próprio direito é o ser humano.

³ REALE, Miguel. Lições preliminares de direito. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 377.

⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 74. “Nessa categoria encontram-se...; os membros do Ministério Público (Procuradores da República e da Justiça, Promotores de Justiça)”.

⁵ Como constatou Georg Hegel em seus estudos o homem é um ser histórico, porque o pensamento humano se encontra vinculado ao elemento tempo, motivo pelo qual o ser estaria em constante transformação, tendo por isso cada época, cada povo, sua própria verdade. A história determina como os homens agem e pensam em determinado período de tempo. Nesse ponto, cito, por oportuna, a lição consagrada de Martin Heidegger: “A interpretação temporal da presença cotidiana deve partir das estruturas constitutivas da abertura. São elas: compreensão, de-cadência e discurso. Os modos de temporalização da temporalidade, a serem liberados no tocante a esses fenômenos, propiciam a base para se determinar a temporalidade do ser-no-mundo. Isso levará, de novo, ao fenômeno do mundo e permitirá uma delimitação da problemática especificamente temporal da mundanidade. Esta deve se confirmar mediante a caracterização do ser-no-mundo cotidiano e imediato da ocupação de-cadente na circunvisão. É a sua temporalidade que possibilita a modificação da circunvisão em visualização preceptiva e em conhecimento teórico afundado” (Ser e tempo. Trad.: Marcia Sá Cavalcanti Schuback. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, parte II, 2004, p. 131).

⁶ No Brasil, capitaneia essa tese de constituição enquanto cultura o constitucionalista J. H. Meirelles Teixeira, que assim se manifesta: “o direito define-se, pois, como *produto humano, ou cultural, consistente em uma forma normativa da vida social, coativamente imposta mediante sanções sociais organizadas, tendo em vista realizar certos valores, especialmente a paz social e o Bem Comum*”. E continua o grande mestre “Esta concepção culturalista do Direito, tão fértil em consequências e sugestões, leva-nos ao conceito de *Constituição total*. Segundo esta concepção, a Constituição normativa apresenta-se, em primeiro lugar, como expressão da cultura total, em determinado momento histórico, e, em segundo lugar, como elemento configurante das demais partes da Cultura *influindo sobre a evolução cultural com determinados sentidos ou* como diz Burdeau, a Constituição vincula o poder à idéia de Direito, impondo-lhe exigências e diretrizes para a sua ação (Curso de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 77).

⁷ É o que prega Jürgen Habermas: “um paradigma só perde sua força na medida em que outro o negue” (O discurso filosófico da modernidade. Trad. Luiz Sérgio Repa. São Paulo: Martins Fontes, 2002).

O Ministério Público é peça fundamental para enfrentar essa mudança de paradigmas por que passa o direito e a própria sociedade. A razão está sendo posta em xeque, e como fiscal dos serviços públicos e de relevância pública, não pode quedar inerte diante de tal situação, sabedor que é o Ministério Público que seus principais inimigos são o poder político e o poder econômico.

O Poder Legislativo e o Poder Executivo são escolhidos na Democracia pela opção da maioria. Já o Poder Judiciário, para equilibrar a balança da justiça deve zelar, num sistema de freios e contrapesos, pelos interesses das minorias, dos menos favorecidos, e como a jurisdição é inerte, é fundamental o Ministério Público sentir os anseios sociais e viabilizá-los por meio de um discurso consistente, baseado numa atitude serena, pois todo poder busca legitimar-se enquanto tal, e no mundo ocidental a forma mais nítida seguindo a classificação elaborada por Max Weber, é a racionalidade técnica-burocrática, por meio de um procedimento estabelecido em lei, objetivando sempre o consenso, por meio da adesão do auditório universal, através da realização de audiências públicas, de termo de ajustamento de conduta, do uso das recomendações, e em último caso, em se mostrando frustradas as vias consensuais, seja adotado o caminho judicial, ante o princípio da inafastabilidade.

Nessa linha de pensamento, faz-se mister o Ministério Público buscar o trabalho conjunto e a consistência técnica dos demais órgãos estatais e não governamentais (ONGs) representativos da sociedade civil, que é questão fundamental para sustentação do próprio discurso que ora se prega. Sem o trabalho conjunto com o IBAMA, as Vigilâncias Sanitárias, os Tribunais de Contas, a Receita Federal, a Agência Nacional de Petróleo, o aparato Policial, os Conselhos Tutelares, as Secretarias de Saúde e Educação, no caso dos Municípios e Estados, os Conselhos Regionais de Farmácia e demais órgãos, não se poderá avançar na concretização dos direitos sociais, pois nessa seara de fiscalização o trabalho é árduo, e dificilmente se conseguirá resultados positivos caminhando sozinho.

Essa via de comunicação na sociedade pós-moderna⁸ é fundamental, pois nessa nova sociedade há misturas de tendências e valores sociais, há abertura e pluralidade de idéias. Esse conceito pós-moderno é algo inacabado, e cabe a nós operadores das ciências sociais construí-lo no curso histórico.

II) Repensando o Ministério Público na sociedade pós-moderna com a implementação dos direitos sociais

Muita divergência existe se os direitos sociais seriam fundamentais ou não. Respeitando-se posicionamentos em sentido contrário, em se entendendo aqui que são direitos fundamentais, seus caminhos vêm traçados como programas de governos (normas programáticas⁹) a serem executadas ao longo do tempo (dependendo da confecção de leis posteriores), como normas de eficácia limitada.

Com o alvorecer do século XX, formou-se um novo catálogo de direitos considerados de natureza econômica, sociais e culturais, direitos de segunda geração, para seguir a classificação consagrada na doutrina. Esses direitos, ao contrário, dos de primeira geração que tinha índole de prestação negativa, apresentam-se como de prestações positivas, tendo o Estado de assumir a providência de satisfazer as necessidades sociais. Mas como dar efetividade a esses direitos? Eis aqui nosso grande dilema.

Para José Gomes Canotilho, essa programaticidade constitucional ganha o rótulo de “Constituição Dirigente”, concebida como um “plano normativo-material global” do Estado e da sociedade, aberto ao Poder Público, que se acha vinculado constitucionalmente a realizar tais direitos de ordem econômica, cultural e social.

Considerando essas reflexões, a idéia de Constituição Dirigente, traz em si ínsita a idéia de vinculação política e vinculação dos órgãos estatais, pois a Constituição incorpora no seu texto diretrizes políticas do Estado, sempre visando o futuro, na feliz expressão de Dirley da Cunha Júnior “judicializando os fenômenos políticos”.

Para quem diz que a Constituição Dirigente está morte, desfecha Gomes Canotilho, com grande propriedade: “Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas “a linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das *políticas públicas* num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.”¹⁰

Dessa forma, a Constituição serve como um grande farol a iluminar o caminho futuro da sociedade, impondo

⁸ De acordo com o pensamento de Boaventura de Souza dos Santos a pós-modernidade pode ser caracterizada: “como cultura de fragmentação. A fragmentação maior e mais destrutiva foi-nos legada pela modernidade. A tarefa é agora a de, a partir dela, reconstruir um arquipélago de racionalidades locais, nem mínimas nem máximas, mas tão-só adequadas as necessidades locais, quer existentes quer potenciais, e na medida em que elas forem democraticamente formuladas pelas comunidades interpretativas” (Pela mão de Alice. O social e o político na pós-modernidade. São Paulo: Cortez, 1995, p. 110).

⁹ Sobre normas programáticas, trazemos à lúcida lição de José Afonso da Silva: “podemos conceber como programáticas aquelas normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, de direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos por seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programa das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado” (Aplicabilidade das normas constitucionais. 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 138).

¹⁰ GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Constituição dirigente e vinculação do legislador. 2ª ed. Coimbra: Coimbra, p. XXX.

aos órgãos estatais imperativos positivos e negativos, até mesmo como fundamento da legitimidade de seu poder. É um contra-argumento contra a negligência da política em concretizar tais direitos fundamentais sociais.

Quanto à eficácia normativa das normas programáticas, pode-se afirmar que a Constituição é o estatuto principiológico por excelência, não se pode olvidar disso, não proclama meros conselhos, mas deve ter eficácia normativa, sob pena de se negar vigência ao texto constitucional. O único problema da eficácia normativa das normas programáticas está calcado no fato da jurisdição constitucional de cada país, que nem sempre maneja os instrumentos disponíveis e necessários para efetivar tais direitos. O Supremo Tribunal Federal, como guardião da Carta Magna, sustentava, até recentemente, uma visão conservadora quanto a este posicionamento, até que sobreveio a decisão do Ministro Gilmar Mendes, estabelecendo prazo de dois anos para o legislativo elaborar lei que concretize os ditames constitucionais, e sem dúvida este é um precedente de grande valia.

Nossa Constituição Federal não adotou uma linha ideológica coerente, ela consigna princípios capitalistas como a livre concorrência ou a livre iniciativa, calcados na propriedade privada¹¹, mas por outro lado, abraça uma vertente social ao consignar como princípios a redução das desigualdades sociais e regionais, a busca do pleno emprego e a universalização de direitos como saúde e educação, tudo isso aliados a uma forte proteção da previdência e assistência social, indecisão oriunda dos *lobbies* que foram levantados, por ocasião da assembléia nacional constituinte, sustentados por grupos de pressão.

Dentro dessa perspectiva, uma corrente do pensamento defende a idéia que o Estado de bem-estar social está falido, pelo simples fato que as necessidades são infinitas e os recursos para provê-los escassos, não existindo previsão orçamentária suficiente para custear a universalização do ensino e do sistema de saúde, estando essas normas programáticas da Constituição fadadas ao insucesso, como tantas outras promessas não cumpridas pela Democracia.

Essa doutrina da “reserva do possível” encontra eco na jurisprudência tedesca, que entende para a implementação dos direitos sociais subjetivos há a necessidade da disponibilidade de recursos públicos orçamentários suficientes para satisfazerem as prestações positivas previstas no corpo constitucional (tais como: saúde, educação, assistência). Esse argumento, certamente que serve para a Alemanha, mas não subsiste no Brasil, posto que foi criada uma Contribuição (e repito Contribuição), que é vinculada, para suprir as necessidades da saúde e da educação.

Em que pese as grandes contribuições que o direito comparado tem legado ao direito pátrio, não convence o argumento da “reserva do possível”, posto que foi criado na Alemanha arrasada do pós-guerra, com as imposições severas ditadas pelo Tribunal de Nuremberg, estando hoje totalmente refeita, até mesmo porque sendo a terceira maior economia do planeta, o teto mínimo existencial dos seus cidadãos, para que tenham um vida digna já se encontra assegurado, como saúde, educação, moradia, assistência e previdência social, ao contrário do Brasil.

Assim, cabe imediata intervenção do Ministério Público na concretização desses direitos sociais, para que no Brasil se implemente a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Exemplar a lição do Prof. Dirley da Cunha Júnior:

“O entendimento de que a reserva do possível também obsta a competência do Poder Judiciário para decidir acerca da distribuição dos recursos públicos orçamentários não se aplica, igualmente, ao direito brasileiro, ante a vigência da Constituição de 1988. De feito, cabe ao legislador, a princípio, a deliberação acerca da destinação e aplicação dos recursos orçamentários. Todavia, essa competência não é absoluta, pois se encontra adstrita às normas constitucionais, notadamente àquelas definidoras de direitos fundamentais sociais que exigem prioridade na distribuição desses recursos, considerados indispensáveis para a realização das prestações materiais que constituem o objeto desses direitos. Assim, a liberdade de conformação do legislador nos assuntos orçamentários “encontra seu limite no momento em que o padrão mínimo para assegurar as condições materiais indispensáveis a uma existência digna não for respeitado, isto é, quando o legislador se mantiver aquém desta fronteira”¹².

Para que seja respeitada a cidadania e a dignidade da pessoa humana, é indispensável que a sociedade brasileira venha a se tornar consciente de seus direitos e deveres (cidadania ativa), o que só se faz com uma boa educação, de qualidade, como forma de libertação, para que se possa conseguir ocupar os melhores postos de trabalhos, e que se obtenha no futuro uma renda digna, tudo isso aliado a um bom sistema de saúde, visto que uma pessoa só está apta a estudar se estiver gozando de saúde plena, inclusive, assistindo assim aos máis desprotegidos, ajudando-se a romper o círculo vicioso da pobreza.

Aos que pregam que os direitos sociais não sejam fundamentais, percebe-se pelos argumentos sustentados, que o problema não é na origem quanto à fundamentalidade, mas sim de custo, o que é no mínimo ridículo.

Faço minhas as palavras de Norberto Bobbio, quando diz:

¹¹ Sob essa prisma, lapidar é a lição de Luiz Édson Fachin: “A história do Direito é, em boa medida, a história da garantia da propriedade” (FACHIN, Luiz Édson. Teoria Crítica do Direito Civil. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 75).

¹² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público. São Paulo: Saraiva. 2004, p. 311.

“O único modo de fazer com que um súdito transforme-se em cidadão é o de lhe atribuir aqueles direitos que os escritores de direito público do século passado tinham chamado de *activae civitatis* (cidadania ativa); com isso, a educação para a democracia surgiria no próprio exercício da prática democrática.”¹³

III) Conclusão

Como o Ministério Público tem a função de defender o regime democrático e a ordem jurídica, Art. 127, *caput*, do Texto Supremo, tendo legitimidade ativa para a propositura da ação civil pública, Art. 129, III, CR, deve fazer de tudo para resguardar tais direitos, propondo ações na área do consumidor, como recentemente o fez um promotor paulista contra a empresa Souza Cruz, que lesa a saúde de vários consumidores. E como fazem vários outros membros do *parquet* no Brasil para se prover os atendimentos hospitalares negados, por exemplo, em que se alega falta de leito em hospitais públicos, e por meio de ações judiciais o Poder Judiciário tem determinado o internamento em hospitais particulares custeados pelo Poder Público, expedindo ordens para que as pessoas não fiquem privadas de atendimento à saúde, sob a alegação de falta de verbas aos cofres públicos.

Penso que a mesma postura deve ser adotada pelos promotores de justiça que atuam na área da educação, sempre que por falta de verbas as escolas públicas estejam funcionando precariamente ou não estejam funcionando, podendo se usar dos instrumentos da recomendação, do termo de ajustamento de conduta, e até mesmo da ação civil pública, para que o repasse da verba seja feita por ordem judicial, sanando a situação de irregularidade demonstrada, atuando como agentes políticos que somos.

Acredito, por fim, que sempre que possível devemos esgotar a discussão da causa, convocando audiências públicas, para debater o direito fundamental social que está sendo violado, tentando sempre a possibilidade do consenso através do acordo. Somente esgotada a via consensual, que se parte para uma atuação no âmbito jurisdicional, embora sabedor que em situações emergenciais deva se propor a imediata ação judicial, como é o caso do padecimento de enfermidade grave que não possa esperar o desfecho de um possível acordo.

¹³ BOBBIO, Norberto. O futuro da democracia. Uma defesa das regras do jogo. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 4ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, p. 31.

O REGIME GERAL DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM MANDADOS DE SEGURANÇA E A OBRIGATORIEDADE DE INTERVENÇÃO NOS MANDADOS DE SEGURANÇA COLETIVOS

Hermes Zaneti Júnior e Marcelo Zenkner

Promotores de Justiça/ES

1. Quadro Geral da Intervenção do Ministério Público nos Mandados de Segurança

O mandado de segurança é remédio constitucional regulamentado especialmente pela Lei nº 1.533, de 31 de dezembro de 1951, e disciplinado no artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, sendo meio eficaz para salvaguardar direito líquido e certo, não amparado por *habeas corpus* ou *habeas data*, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

A certeza e a liquidez do direito alegado são pressupostos inafastáveis para a concessão da ordem pleiteada no *mandamus*, sendo que, nas sábias lições de Hely Lopes Meirelles¹, estes requisitos apresentam-se externados quando o direito tutelado apresenta-se “manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração”, quer dizer, prova pré-constituída, documental, não necessitando nenhuma dilação probatória para verificação do direito. Desse modo, qualquer direito, por mais complexo que seja no campo de sua configuração, poderá ser tutelado pela ação em tela (nesse sentido, Súm. 625).

A oitiva do Ministério Público em mandados de segurança, por força do disposto no artigo 10 da Lei nº 1533/51, em tese, seria obrigatória, sob pena de eventual nulidade do processo.

Por outro lado, como já observado e pacificado em toda a doutrina brasileira, somente será legítima a intervenção ministerial preconizada pela legislação ordinária, em juízo ou fora dele, quando houver compatibilidade material e vertical entre uma determinada norma infraconstitucional que estabeleça a necessidade da atuação processual do Ministério Público e o sobredito dispositivo constitucional, no qual encontram-se estabelecidas as funções institucionais conferidas ao Ministério Público.

Assim, o contexto histórico em que a lei nº 1.533 foi promulgada merece atenção para uma melhor reflexão em torno da obrigatoriedade da intervenção ministerial em ações dessa natureza. Como já afirmado nessa obra², vigia, à época, a Constituição de 1946, segundo a qual era atribuição do Ministério Público a representação da União em juízo, podendo a lei cometer esse encargo, nas comarcas do interior, ao Ministério Público local (vide artigo 126, parágrafo único).

José Frederico Marques³, em obra de 1958, explica:

Numa síntese primorosa, fornece-nos Seabra Fagundes impecável lição sobre o assunto, assim dizendo: ‘O órgão do Ministério Público atua no juízo civil, ora no exercício de representação judicial, ora como substituto processual, e, ainda, oficiando impessoalmente, em certas causas, na defesa da Constituição, das leis, tratados, regulamentos, etc. **Na qualidade de representante propugna em favor das pessoas jurídicas de direito público (via de regra, União e Estado; excepcionalmente Município e entes autárquicos);** interfere como substituto processual na

¹ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 35/36.

² Vide Marcelo Zenkner, *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*, São Paulo: RT, 2006, item 2.2.1.

³ MARQUES, José Frederico. *Instituições de Direito Processual Civil*, vol. II. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1958, p. 218.

atuação de interesses, que o Estado considera particularmente merecedores da tutela judiciária, não podendo esta ficar à mercê da vontade privada; enfim, quando oficia em certas causas, coopera imparcialmente, na discussão e aplicação do direito controvertido entre os litigantes. (grifos nossos)

E essa situação repetiu-se na Constituição de 1967 (vide artigos 126 e 95, § 2º), perdurando até 1988. Veja-se, a respeito, interessante trecho do voto do Ministro Antônio de Pádua Ribeiro⁴, proferido em julgamento realizado no ano de 1980 no antigo Tribunal Federal de Recursos:

Entendo que o § 2º do artigo 236 do Código de Processo Civil quando diz que a intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente, abrange o Ministério Público Federal, seja na qualidade de 'custos legis', seja na qualidade de representante judicial da União. [...].

Por outro lado, outros doutrinadores firmaram entendimento no sentido de que a verdadeira intenção do legislador de 1951 era de realmente forçar a intervenção ministerial em qualquer mandado de segurança, independentemente do objeto versado na ação.

Esse é o posicionamento defendido, por exemplo, por Hely Lopes Meirelles⁵, segundo o qual o Ministério Público é oficiante necessário no mandado de segurança, não como representante da autoridade coatora ou da entidade estatal a que pertence, mas como parte pública autônoma incumbida de velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo.

No mesmo sentido Ary Florêncio Guimarães⁶, em obra publicada ainda nos primórdios da Lei do Mandado de Segurança:

A interveniência do Ministério Público, segundo a regra do artigo 10 da Lei 1.533, situa-se, portanto, dentro daquele caráter, mencionado por Seabra Fagundes, e orientado apenas por uma cooperação imparcial, na aplicação do direito controvertido entre os litigantes. Encarna, nessa sua postura processual, como órgão do Estado, tão só o interesse da legalidade e da ordem jurídica, fiscalizando a pretensão das partes num plano inconfundível com os interesses das mesmas, no exercício, assim, de autêntico ofício desvinculado de quaisquer liames de sujeição a este ou aquele poder do Estado.

O certo é que, seja por um motivo ou outro, antes da entrada em vigor da atual Constituição, os Tribunais sempre reconheceram a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público em sede de mandado de segurança, sob pena de nulidade, senão vejamos: *No mandado de segurança é obrigatória a intervenção do órgão do Ministério Público (Lei nº 1.533/51, artigo 10)* (Ap. 84/80, **j. 3.3.1980**, TJMS, rel. Des. Jesus de Oliveira Sobrinho, in RT 541/258); **MINISTÉRIO PÚBLICO - MANDADO DE SEGURANÇA - NÃO INTERVENÇÃO NO PRIMEIRO GRAU - NULIDADE DO PROCESSO. I - Anula-se o processo quando há obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público, em face do interesse público evidenciado pela natureza da lide, e este nele deixou de atuar em primeiro grau de jurisdição, como deveria tê-lo feito, pouco importando a ausência de arguição da nulidade na segunda instância, diante do que prescreve o artigo 84 do CPC. II - Decreta-se a nulidade a partir do momento em que era devida a intervenção do Ministério Público** (Reexame de Sentença nº 42/80 - Coxim - Interessados: o Juiz Ex Officio, Pignatari, Rossi & Cintra Ltda. e o Delegado de Polícia de Coxim - Rel. Des. Nelson Mendes Fontoura - **j. 16.2.1981** - TJMS); **MINISTÉRIO PÚBLICO - NÃO ATUAÇÃO EM PRIMEIRO GRAU DE JURISDIÇÃO. Diante da prescrição do artigo 84, caso o Ministério Público não tenha atuado em processo em que deveria tê-lo feito, o processo é nulo, pouco importando a ausência de arguição, e não se aplicando, também, a previsão do artigo 249, § 2º, do CPC** (TJRJ - 8ª Câmara Cível - Apelação nº 1.608 - Rel. Olavo Tostes Filho - **v.u. em 8-6-1976** - citado em "Jurisprudência do CPC", Vol. II, p. 273, por Arruda Alvim, Clito Fornaciari Júnior e Gisela Zilsch).

Entretanto, com a promulgação da Constituição vigente, a situação passou a ser outra completamente diversa, pois o Ministério Público deixou de exercer atividades correlatas à defesa da União em juízo – e, no âmbito estadual, do Estado-membro –, não lhe cabendo também a assessoria jurídica de qualquer particular.⁷

Ao mesmo tempo, passou a se incumbir da "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis", na forma do *caput* do artigo 127 do texto constitucional.

⁴ Apelação Cível nº 47.160/RJ, 4ª Turma do TFR, j. 24.11.1980.

⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Mandado de Segurança*, 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.59.

⁶ GUIMARÃES, Ary Florêncio. *O Ministério Público no Mandado de Segurança*. Curitiba, 1959, p. 198.

⁷ A Constituição Federal, em seu artigo 129, inciso IX, vedou ao Ministério Público "a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas", passando tal responsabilidade à advocacia pública (artigos 131 e 132).

Assim, a partir de 1988, a análise por parte do órgão ministerial do cabimento do aludido remédio constitucional e das questões de mérito passou a exigir, no caso concreto, a constatação pelo *Parquet* da existência de interesse público primário na lide, ou seja, de toda a coletividade e não apenas do Estado.

No mesmo sentido a melhor doutrina: “[...] O Ministério Público, quando, oficial nos mandados de segurança, o fará em parecer, com a finalidade de defesa dos valores e interesses mencionados no artigo 127, e não em defesa da pessoa de direito público ré na ação”.⁸

Outro não é o entendimento do Ministro Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, em “voto vista” lançado no recurso especial nº 9.279 do qual foi relator o Ministro Pádua Ribeiro⁹:

Quer o Legislador que o Ministério Público tome conhecimento do pedido de Segurança e verifique se há necessidade de algum pronunciamento. No entanto, em nenhum momento a Lei diz que deste conhecimento deve resultar manifestação expressa do Fiscal da Lei. (...) Com efeito, imagine-se alguém, titular de pretensão de comprar um imóvel funcional. Esta pessoa terá a seu dispor dois caminhos - ambos, conduzindo a satisfação de seu direito: **O Mandado de Segurança e o procedimento ordinário. Se optar pela via expedita do Mandado de Segurança, haverá interesse público a reclamar pronunciamento do MP. Se, não obstante, preferir o procedimento ordinário, a manifestação do MP torna-se dispensável - como se o interesse público desaparecesse com a troca de ritos.** Ou como se o interesse público fosse no retardamento do remédio constitucional. [...] Registro, por derradeiro, que a rápida solução dos litígios é talvez o mais importante objeto do interesse público, perseguido pelo Ministério Público”.

Observe-se, a partir do aresto acima transcrito, que a imposição de efetiva manifestação ministerial em sede de mandado de segurança poderia dar ensejo a consequências um tanto quanto curiosas, como a manifestação do *Parquet* a respeito de determinada questão simplesmente por estar ela sendo tratada através da via mandamental e sua total omissão sobre o mesmo assunto fosse a ação manejada meramente declaratória ou anulatória, haja vista que é notória a dispensa de intervenção ministerial nestes feitos, salvo incidência de uma das hipóteses previstas no artigo 82 do CPC.

É na mesma linha a lição de Hugo Nigro Mazzilli¹⁰:

Suponham que uma autoridade cometa um ato ilegal, passível de correção por mandado de segurança e, dentro dos 120 dias de prazo de decadência, o lesado entre com a ação mandamental: lá irá o promotor dar o seu parecer. Mas suponhamos que o lesado ajuíze a ação em 121 dias ou mais: em vez de usar o mandado de segurança, terá de propor ação ordinária, com a mesma causa de pedir e o mesmo pedido, e o Ministério Público não irá nela necessariamente intervir. Assim, nesse caso, não será, no mais das vezes, a relação jurídica que trará o Ministério Público ao processo; terá sido apenas o rito processual escolhido... O que acaba trazendo o Ministério Público ao processo será o fato de o indivíduo ter ajuizado um mandado de segurança e não uma ação ordinária; não será necessariamente o direito que ele está discutindo que tornará necessária a presença da instituição no processo, até porque aquele mesmo direito, se for discutido fora do prazo de decadência do mandado de segurança, já não importará a presença do Ministério Público na ação ordinária. Então não é o direito discutido que traz o Ministério Público ao processo, mas é só o rito, o que é inadequado. Nem se diga que o mandado de segurança é uma garantia constitucional, pois o próprio direito de ação também é, e nem por isso o Ministério Público oficia em todas as ações.

É por isso que a prevalecer o entendimento de que o Ministério Público estaria atrelado ao mandado de segurança porque a ele incumbe “velar pela correta aplicação da lei e pela regularidade do processo”, como queria Hely Lopes Meirelles, ou porque ele deve realizar uma “cooperação imparcial, na aplicação do direito controvertido entre os litigantes”, como sugeriu Ary Florêncio Guimarães, o órgão ministerial estaria obrigado a intervir em toda e qualquer ação judicial, já que em qualquer demanda poderá ocorrer atos maculados por arbitrariedades, por abuso de poder ou por ilegalidades emanados de autoridades públicas, o que inviabilizaria sua atuação no processo civil.

Além disso, se buscarmos no direito comparado as regras do instituto que inspirou a inserção do mandado de segurança em nosso ordenamento jurídico – o “*juicio de amparo*” mexicano – sai ainda mais fortalecido o

⁸ BARBI, Celso Agrícola. *Do Mandado de Segurança*, 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1993, p. 205.

⁹ *Revista do Superior Tribunal de Justiça*, Brasília, janeiro de 1992, p. 446-447.

¹⁰ MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Intervenção do Ministério Público no processo civil*. In: SALLES, Carlos Alberto de (org.). *Processo civil e interesse público*. São Paulo: RT, 2003, p. 168/169.

entendimento acima defendido: no México, é obrigatória a intimação do Ministério Público em todos os feitos atinentes ao amparo, mas somente haverá manifestação de mérito quando houver evidente interesse público na causa.

É o que se extrai da lição de Hector Fix Zamudio¹¹:

En la práctica, no obstante que los artículos 113 y 157 de la referida Ley Reglamentaria establecen a cargo del Ministerio Público la obligación de vigilar tanto la prosecución de los juicios de amparo como la ejecución de las sentencias dictadas en ellos, su intervención rela se há reducido a la redacción de un dictamen, cuando estima que en el caso existe interés público, pues en caso contrario puede abstenerse de formular una opinión en el negocio, de acuerdo com el invocado artículo 5, fracción , del mismo Ordenamiento¹².

E nem no *writ of mandamus* americano, como um dos autores dessa tese esposou em trabalho recente, o Ministério Público atua como órgão interveniente.¹³

Parece-nos, assim, que o artigo 10 da Lei nº 1533/51, prescrevendo ainda hoje a necessária oitiva do órgão ministerial, implicaria apenas e tão-somente na obrigatória intimação do Ministério Público para aferição da presença (ou não) do interesse público primário no caso que se apresenta – exarando manifestação quanto ao mérito, em caso positivo – bem como para possibilitar a análise de eventual abuso de autoridade ou ilegalidade praticada pelo agente público e conseqüente responsabilização, se for o caso, inclusive em vista do que consta no artigo 11, *caput* e incisos I e II, da Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa)¹⁴.

Seria outro o quadro nos mandados de segurança coletivos? É o que passamos a analisar no item seguinte.

2. Direitos Coletivos *Lato Sensu*: A Função Institucional do Ministério Público e a Obrigatoriedade de Manifestação nos Processos Coletivos

O Ministério Público intervêm no processo civil em três situações bem determinadas pela doutrina, em razão da indisponibilidade pela qualidade da parte, em razão da indisponibilidade decorrente da relação jurídica litigiosa ou no interesse social.¹⁵ Cumpre determinar, aqui, a necessidade de intervenção do Ministério Público no pleito, frente à natureza dos direitos debatidos.

Entende o parágrafo único do art. 40 do CBPC-APG, na sua atual redação, que: “O Ministério Público, se não impetrar o mandado de segurança coletivo, atuará como fiscal da lei, em caso de interesse público ou relevante interesse social”.

Ora, tratando-se de mandado de segurança coletivo, espécie de mandado de segurança que, por ter características próprias de legitimidade e extensão subjetiva da coisa julgada, apresenta-se como ação coletiva. Aplica-se, como já se viu a disciplina geral dos processos coletivos. Como foi bem determinado pela doutrina e aceito pelos projetos de Código as ações coletivas tutelam direitos coletivos *lato sensu*, independentemente da postura que se adote, os direitos postos na ação coletiva são direitos coletivos. Consoante a jurisprudência unânime do STF:

¹¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *El Juicio de Amparo*. Cidade do México: Editorial Porrúa, 1964, p. 356/7.

¹² Ou seja, “na prática, não obstante os artigos 113 e 157 da referida lei regulamentadora estabelecerem que fica a cargo do Ministério Público a obrigação de intervir tanto na fase de cognição dos ‘juicios de amparo’, como na fase de execução das respectivas sentenças, tal intervenção está reducida simplesmente à redação de um ditame, aplicável aos casos em que se verifica a existência de um interesse público, pois, caso contrário, pode abster-se de apresentar uma opinião a respeito da lide, de acordo com o disposto no artigo 5º, fração, do mesmo ordenamento”.

¹³ Vide Marcelo Zenkner, *Ministério Público e Efetividade do Processo Civil*, São Paulo: RT, 2006. item 2.3.1.

¹⁴ Artigo 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente: I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência; II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício.

¹⁵ Daí a feliz síntese de Hugo Nigro Mazzilli: “Ora, qual a finalidade do Ministério Público? Segundo a própria Constituição, é a defesa da ordem jurídica, dos interesses sociais (sempre) e dos interesses individuais (apenas se indisponíveis)”. Cf. MAZZILLI, *Intervenção do Ministério Público no processo civil: críticas e perspectivas*, p. 160. Explicitando a lição aduz o autor: “Em suma, aponto três causas de atuação para o Ministério Público no processo civil: a) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à qualidade da parte; b) atuação em decorrência de uma indisponibilidade ligada à natureza da relação jurídica; c) atuação em decorrência de um interesse que, embora não seja propriamente indisponível, tenha tal abrangência ou repercussão social, que sua defesa coletiva seja conveniente à sociedade como um todo (expressão social do interesse)” Idem, p. 162. Esta também é a visão de Leonel: “Quanto à legitimação do Ministério público, anote-se que está habilitado a promover em juízo a defesa de toda e qualquer espécie de interesse metaindividual, seja difuso, coletivo ou individual homogêneo. Especificamente quanto aos coletivos e individuais homogêneos, é viável a atuação do *Parquet* em juízo, desde que a situação protegida seja ampla e relevante, ganhando conotação social.” LEONEL, *Manual do processo coletivo*, op. cit. p.433.

“4. **Direitos ou interesses homogêneos** são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei n 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em **subespécie de direitos coletivos**. 4.1. Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque **sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas.**” (RE 163231-SP, Rel. Min. Maurício Corrêa).

Cabe sempre, em decorrência da natureza do direito coletivo, que por sua especial configuração transindividual envolve a presença constante do interesse público primário, a intervenção no mérito nos mandados de segurança coletivos. Trata-se de função institucional do Ministério Público zelar pela tutela destes direitos. Tal é o mandamento constitucional: “Art. 129. São **funções institucionais do Ministério Público**: ...III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a **proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos**;”. Essa função promocional está albergada também pela Lei Complementar 75/93 que determina: “Art. 6º Compete ao Ministério Público: ... VII – promover o inquérito civil e a ação civil pública para: ... a) a proteção dos direitos constitucionais; ... d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;.”

Assim, a dicção não restou ausente na seminal Lei da Ação Civil Pública, que por expressa cominação do art. 90 do CDC e de seu art. 21 revela-se como parte do sistema de tutela coletiva de direitos. Vale mais uma vez a transcrição: “art. 5º... § 1º O Ministério Público, se não intervier no processo como parte, atuará obrigatoriamente como fiscal da lei.” (Lei 7.347/85).

Portanto, é obrigatória a intervenção do Ministério Público nas ações coletivas. E as razões para a expressa disposição legal são muitas, elencamos três que entendemos de maior valor para o Estado Democrático de Direito: *a)* a relevância da tutela coletiva para a efetivação dos direitos para além da fórmula credor/devedor; *b)* o impacto das decisões em ações coletivas (eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*) na vida da *polis* (da comunidade política do Estado); *c)* a função promocional dos direitos coletivos que é atribuída constitucionalmente à instituição e a experiência adquirida pela mesma, como promotora dos direitos coletivos *lato sensu*.

Não por outro motivo, a 1ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal no seu “II Encontro”, realizado no final de 2004, deliberando sobre a matéria referente à intervenção do Ministério Público Federal em mandados de segurança concluiu:

“Não se deve abrir mão da intimação pessoal nos autos do processo e da **intervenção no mandado de segurança**, cabendo a avaliação em relação ao seu conteúdo ao ministério Público Federal. - **Para que não haja a manifestação de mérito nos pareceres do Ministério Público Federal em mandados de segurança, deve haver uma análise individualizada de cada processo e o parecer deve conter relatório e a indicação dos motivos de fato e de direito que levem a uma não apreciação do mérito.** As razões de relevância para não-manifestação sobre o mérito ficam condicionadas à **fundamentação específica no caso concreto**, cuja análise individualizada da matéria central deve incluir: *a)* se o caso pode ter **repercussão geral**; *b)* se envolve **matéria que possibilite a legitimidade do Ministério Público** para mover Ação Civil Pública ou outra ação judicial, ou se é objeto de ação popular em curso; *c)* se há **obrigatoriedade constitucional ou legal de manifestação sobre o mérito** (art. 82 do CPC e outras disposições legais); *d)* se há **indícios de crime ou improbidade administrativa**; *e)* se há **interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos ou de hipossuficientes.**”

A alínea “e)”, com razão, solve a questão ao indicar a impossibilidade de se optar pela não intervenção na presença dos “interesses” difusos, coletivos e individuais homogêneos. Apenas não sendo o caso de ação coletiva poderá o Ministério Público opinar pela não intervenção frente à ausência de interesse público.

A intervenção decorre até mesmo da indisponibilidade destes direitos, com a necessidade de acompanhamento do MP em todas as fases do processo para “custodiar” inclusive a atuação do juiz (por exemplo, na atuação ativa da *defining function*). Consoante ficou asseverado em brilhante julgado da lavra do Min. Luiz Fux, os direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos são transindividuais, daí que o “**simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações.**”

“PROCESSO CIVIL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 129, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI 7.347/85. LEI 8.625/93. DEFESA. INTERESSES INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS. USUÁRIOS. SERVIÇO PÚBLICO DE SAÚDE. MORTES DE NEONATOS POR SEPTICEMIA. 1. É **cedido na Corte que o Ministério Público**

tem legitimidade ativa para ajuizar ação civil pública em defesa de direitos individuais homogêneos, desde que esteja configurado interesse social relevante (Precedentes). 2. In casu, o Ministério Público do Estado de Roraima propôs ação civil pública contra o Estado de Roraima para condená-lo a indenizar os usuários do serviço público de saúde prestado pelo Hospital-Materno Infantil Nossa Senhora de Nazaré desde o ano de 1994, pelos prejuízos de cunho material, consistentes nos danos emergentes e lucros cessantes, e pelos danos morais, na conformidade daquilo que cada um deles, individual e posteriormente, vier a demonstrar em decorrência de que muitos usuários, dentre eles vários nascituros, faleceram por deficiência de assepsia material e/ou humana no referido hospital. 3. Isto por 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. O novel art. 129, III, da Constituição Federal habilitou o Ministério Público à promoção de qualquer espécie de ação na defesa de direitos difusos e coletivos não se limitando à ação de reparação de danos. 5. Hodiernamente, após a constatação da importância e dos inconvenientes da legitimação isolada do cidadão, **não há mais lugar para o veto da *legitimatio ad causam* do MP para a Ação Popular, a Ação Civil Pública ou o Mandado de Segurança Coletivo**. 6. Em consequência, legitima-se o Parquet a toda e qualquer demanda que vise à defesa dos interesses difusos e coletivos, sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade). 7. Deveras, **o Ministério Público está legitimado a defender os interesses transindividuais, quais sejam os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos**. 8. Precedentes do STJ: AARESP 229226/RS, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07/06/2004; RESP 183569/AL, deste relator, Primeira Turma, DJ de 22/09/2003; RESP 404239 / PR; Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, DJ de 19/12/2002; ERESP 141491 / SC; Rel. Min. Waldemar Zveiter, Corte Especial, DJ de 01/08/2000. 9. Nas ações que versam interesses individuais homogêneos, esses participam da ideologia das ações difusas, como sói ser a ação civil pública. A despersonalização desses interesses está na medida em que o Ministério Público não veicula pretensão pertencente a quem quer que seja individualmente, mas pretensão de natureza genérica, que, por via de prejudicialidade, resta por influir nas esferas individuais. 10. A assertiva decorre do fato de que a ação não se dirige a interesses individuais, mas a coisa julgada *in utilibus* poder ser aproveitada pelo titular do direito individual homogêneo se não tiver promovido ação própria. 11. A ação civil pública, na sua essência, versa interesses individuais homogêneos e não pode ser caracterizada como uma ação gravitante em torno de direitos disponíveis. **O simples fato de o interesse ser supra-individual, por si só já o torna indisponível, o que basta para legitimar o Ministério Público para a propositura dessas ações**. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp 637.332/RR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 24.11.2004, DJ 13.12.2004 p. 242)”.

Muito embora não seja aconselhável a definição de “absolutos” em direito, a intervenção do Ministério Público deverá ocorrer obrigatoriamente, até para garantia dos titulares dos direitos individuais, **no mínimo e ao extremo, exarando parecer pela regularidade processual da adequada representação e dos demais imperativos da boa tutela coletiva**. Portanto, mesmo que seja possível identificar no mérito direitos disponíveis, sem um contexto social justificante da atuação do MP, sua não manifestação justificada no mérito indicará sempre a regularidade procedimental e fundamentadamente os motivos pelos quais deixa de versar sobre o fundo da questão.

Conclusões:

- o artigo 10 da Lei nº 1533/51, prescrevendo ainda hoje a necessária oitiva do órgão ministerial em mandados de segurança individuais, implica apenas e tão-somente na obrigatória intimação do Ministério Público para aferição da presença (ou não) do interesse público primário no caso concreto que se apresenta, devendo ser exarada manifestação quanto ao mérito apenas em caso positivo;
- Nos mandados de segurança coletivos será imprescindível a manifestação, no mínimo e ao extremo, exarando parecer circunstanciado sobre a regularidade processual e dos atos do juiz (controlar os poderes de conformação do processo, *defining functions*), bem como, dos demais imperativos da tutela coletiva, pelo menos, por três ordens de razões: a) a relevância da tutela coletiva para a efetivação dos direitos para além da fórmula credor/devedor; b) o impacto das decisões em ações coletivas (eficácia *erga omnes* ou *ultra partes*) na vida da *polis* (da comunidade política do Estado); c) a função promocional dos direitos coletivos que é atribuída constitucionalmente à instituição, reforçada pela experiência adquirida pelo Ministério Público, como promotor dos direitos coletivos *lato sensu*.

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE À VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL PRATICADA CONTRA O IDOSO

Ladya Gama Maio e Rebecca Monte Nunes Bezerra

Promotoras de Justiça/RN

I. Justificativa

Uma das principais funções do Estado é a de garantir a dignidade da pessoa humana. A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 226, estabelece que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado, devendo salvaguardar, na pessoa de cada um dos que a integram, a assistência necessária, especialmente para **coibir a violência no âmbito de suas relações**.

A dignidade da pessoa humana possui duas dimensões que lhe são constitutivas: uma negativa e outra positiva. Aquela significa que a pessoa não venha ser objeto de ofensas ou humilhações. A última, presume o pleno desenvolvimento de cada pessoa que supõe, de um lado, o reconhecimento da total auto-disponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos e das possibilidades de atuação próprias de cada homem; e, de outro, a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza.¹

SARLET (2001) entende por dignidade da pessoa humana *“a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover a sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos”*.

Os direitos fundamentais, portanto, são concretizações desta dignidade, uma vez que, direta ou indiretamente, visam à proteção, ao respeito e ao desenvolvimento das pessoas.

Além da dignidade da pessoa humana se constituir em um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (artigo 1º, inciso III, CF/88), o direito à vida, à liberdade e à segurança são direitos invioláveis, onde ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante, conforme reza o artigo 5º, *caput* e inciso III, da Constituição Federal.

Em relação aos idosos, a família, a sociedade e o Estado têm o dever de ampará-los, assegurando-lhes a participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida (artigo 230), pois o envelhecimento é um direito personalíssimo e sua proteção é um direito social (artigo 8º do Estatuto do Idoso).

No Brasil, o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE² constatou a existência, no ano de 2003, de contingente de aproximadamente 16,4 milhões de pessoas com 60 (sessenta) anos ou mais de idade, perfazendo um total de 9,6% (nove vírgula seis por cento) da população brasileira.

Os dados estatísticos também demonstram que o aumento quantitativo da população idosa no Brasil vem acompanhando o crescimento mundial. Em nosso País a proporção do número de idosos está crescendo mais do que a de crianças, o que se atribui a queda da taxa de fecundidade somada ao aumento da longevidade, esta graças aos avanços na saúde e no saneamento básico, entre outros fatores.

A Síntese de Indicadores Sociais 2004³ estima que, nos próximos 20 (vinte) anos, a população idosa do Brasil poderá ultrapassar o total de 30 milhões de pessoas, representando quase 13% (treze por cento) da população.

Não há, portanto, como se furtar a essa nova realidade brasileira. E, para garantir que o nosso povo envelheça

¹ PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 318.

² Vide www.ibge.gov.br.

³ *idem*.

com dignidade, mister se faz que a família, a sociedade e o Estado passem a enxergar a pessoa idosa como sujeito de direitos que é, sendo imprescindível que o último desenvolva, inclusive, políticas públicas para atenderem às necessidades do idoso, preservando-lhe a dignidade e proporcionando-lhe um envelhecimento saudável onde possa sentir-se respeitado e valorizado como ser humano.

II. Violência e maus-tratos contra idosos.

A violência e os maus-tratos contra idosos podem adotar muitas formas e se produzem em todas as esferas sociais, econômicas, étnicas e geográficas. Nenhum idoso deveria ser objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, sendo dever de todos zelar pela sua dignidade, colocando-o a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor (artigos 4º e 10, §3º, do Estatuto do Idoso).

Entretanto, não é essa a realidade encontrada. Pode-se afirmar que a violência contra a população de pessoas idosas é um problema universal.

Com efeito, ainda não se conseguiu alcançar a merecida atenção aos direitos do idoso, podendo-se, ainda hoje, encontrar uma grande parcela de pessoas idosas que são vítimas de violência e maus-tratos, em suas variadas formas: física, psicológica, sexual, institucional, abandono, negligência, abuso econômico, autonegligência⁴.

A Rede Internacional para a Prevenção dos Maus-Tratos contra os Idosos (INPEA, 1995) define que “*o mau-trato ao idoso é um ato (único ou repetido) ou omissão que lhe cause dano ou aflição e que se produz em qualquer relação na qual exista expectativa de confiança*”.

FALEIROS (2007), por sua vez, define a violência como um processo social relacional complexo e diverso. É a expressão real de uma relação de força que não só reprime os indivíduos, os instintos, uma classe ou grupo social, mas também a natureza. O impacto da violência é, pois, tanto o de reproduzir a desigualdade, assimetrias e dissemetrias, como provocar uma dinâmica de enfrentamentos. É uma desestruturação da regulação do conflito, da pactuação e das normas. A dinâmica violenta se constitui em prática social repetida seja pelo estado, grupos ou indivíduos, pelo jogo estratégico de busca de vantagens de uns sobre os outros, pela inferiorização do outro, pela negação das possibilidades, pela violação dos direitos do outro, pela diminuição da liberdade ou autonomia do outro, pela produção do medo, pela perversidade ou pela exclusão.

Como afirma ARANEDA (2006), ao tratar dos fatores relacionados aos maus-tratos contra a pessoa idosa e da tolerância da violência em nossa sociedade, “*más bien es un producto de la tolerância general de la sociedad y aceptación de la violencia, la cual penetra nuestra sociedad a través de los niños, de los juguetes, de las películas y deportes; la manera como aprendemos a resolver los conflictos. La aceptación de violencia crea un ambiente que, finalmente, contribuye al abuso y abandono de personas mayores*”.

MINAYO (2005) enfatiza que “*as violências contra idosos se manifestam de forma: (a) estrutural, aquela que ocorre pela desigualdade social e é naturalizada nas manifestações de pobreza, de miséria e de discriminação; (b) interpessoal nas formas de comunicação e de interação cotidiana e (c) institucional, na aplicação ou omissão na gestão das políticas sociais pelo Estado e pelas instituições de assistência, maneira privilegiada de reprodução das relações assimétricas de poder, de domínio, de menosprezo e de discriminação*”.

O Ministério da Saúde conceitua violência institucional como sendo aquela exercida nos/pelos próprios serviços públicos, por ação ou omissão, podendo-se incluir a dimensão mais ampla da falta de acesso à má qualidade dos serviços, abrangendo inclusive abusos cometidos em virtude das relações de poder desiguais entre usuários e profissionais dentro das instituições, até por uma noção mais restrita de dano físico intencional.

Pode-se verificar que a violência institucional contra o idoso aparece, portanto, nas instituições públicas ou privadas de atendimento coletivo, nas empresas prestadoras de serviços, nas empresas concessionárias de serviço público, nas instituições financeiras ou, ainda, nas entidades públicas ou privadas de longa permanência para idosos, de uma forma silenciosa, de difícil identificação, posto que as instituições geralmente protegem os seus membros que praticam a violência para manter a imagem perante o público e a legitimação.

Para FALEIROS (2007), a violência institucional se traduz de várias formas, como, por exemplo, pelo mau atendimento por parte de servidor público ou funcionário, realização de contratos discriminatórios, falta de acessibilidade e de atendimento preferencial, negativa de atendimento, infantilização e/ou hostilização, negligência no fornecimento de medicamentos e nos cuidados e procedimentos especiais nos centros de saúde, humilhação, atraso excessivo no atendimento, despreparo por parte da pessoa que está atendendo, entre outros.

Pode-se, então, detectar tal violência na peregrinação por diversos serviços que, muitas vezes, se impõe ao idoso até receber o atendimento devido, na falta de atendimento preferencial e nas longas filas para cadastramento ou percepção de benefícios ou aposentadoria, na burocracia para obtenção de direitos, na falta de acesso aos transportes e ao direito à gratuidade ou quando os motoristas “arrancam” sem aguardar que os idosos se acomodem

⁴ Classificação internacional adotada pela Política Nacional de Redução de Acidentes e Violências do Ministério da Saúde (2001).

em seus assentos, na omissão e inexistência dos serviços de saúde, educação, segurança e até mesmo de atendimento jurídico para aqueles idosos mais necessitados economicamente e, ainda, na falta de qualidade no atendimento, humanização e eficácia dos serviços públicos, entre tantas outras formas de mau atendimento que são dispensados àqueles, entre tantos outros que podemos observar.

Tamanha é a frequência em que aparece a violência institucional e diante do sofrimento que pode causar ao idoso, tanto na forma psicológica como física, que o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/03) estabeleceu diversos artigos visando a proteção do idoso contra a violência, instituindo medidas cíveis e administrativas a serem empregadas diante da ameaça ou lesão ao direito, além de tipificar como crime condutas que antes não eram consideradas como tal.

Com o intuito de se prevenir e reprimir a violência contra o idoso, bem como de se conhecer o número e as modalidades das agressões sofridas, foi que o Estatuto do Idoso estabeleceu a obrigação conferida a todo cidadão de comunicar à autoridade competente qualquer forma de violação à pessoa idosa que tenha testemunhado ou de que tenha conhecimento (artigo 6º. da Lei 10.741/03) e aos profissionais de saúde de comunicar os casos de suspeita ou confirmação de maus-tratos contra idoso à autoridade policial, ao Ministério Público e aos Conselhos Municipal, Estadual ou Nacional de Direitos do Idoso (artigo 19 e incisos). Tais dados são imprescindíveis para o desenvolvimento de Políticas Públicas voltadas para a proteção do idoso, tanto no que se refere à adoção de medidas preventivas, como repressivas, embora ainda hoje não reproduza a real situação de violência em que aqueles se encontram, diante da sub-notificação ainda existente.

É alto o índice de pessoas idosas que são submetidas à violência praticada por seus próprios familiares, o que dificulta a sua denúncia tanto pelos laços de afetividade que o idoso nutre por seu ofensor, como pelo medo de ser por ele novamente agredido quando chegar ao seu conhecimento de que o idoso o denunciou. Outro fator impeditivo é a vergonha sentida, pelo fato de não ter mais força física para se defender ou de ser agredido por seu próprio familiar. Some-se a isto a fragilidade física e emocional que o idoso pode apresentar e o desconhecimento ou a inexistência de uma rede de proteção àquele.

Já no que diz respeito à violência institucional, pode-se encontrar a banalização da violência praticada contra o idoso, que se resigna tanto com medo de uma represália no atendimento presente e no futuro, como por entender que o tratamento a ser-lhe dispensado é da maneira como foi dado, por sentir-se inferiorizado e sujeito de favores e não de direitos.

O Plano de Ação Internacional para o Envelhecimento, resultado da II Assembléia Mundial do Envelhecimento promovida pela ONU e realizada em Madri/Espanha, no ano de 2002, traz como medidas para o combate ao abandono, maus-tratos e violência contra idosos, a **criação de serviços de apoio** para atender aos casos de abusos contra aqueles praticados, consistindo na criação de serviços para as vítimas de maus-tratos e procedimentos de reabilitação de quem comete os abusos; estímulo aos profissionais de saúde e de serviços sociais e ao público em geral para que informem sobre os casos de suspeita de maus-tratos a idosos e que os informem sobre a proteção e o apoio de que dispõem; entre outras ações.

Urge ressaltar, por fim, que um importante passo foi dado, diante do reconhecimento da existência da violência institucional no Brasil, constante, inclusive, no Plano de Ação para o Enfrentamento da Violência contra a Pessoa Idosa, que *"A violência institucional no Brasil ocupa um capítulo muito especial sobretudo nas instituições públicas de prestação de serviços e nas entidades públicas e privadas de longa permanência de idosos. No nível das instituições de prestação de serviços, as de saúde, assistência e previdência social (as que pela Constituição configuram os instrumentos da seguridade social) são campeãs de queixas e reclamações, nas delegacias e promotorias de proteção aos idosos. Além de, freqüentemente, a assistência ser exercida por uma burocracia impessoal que reproduz a cultura de discriminação por classe, por gênero e por idade, a maioria dos serviços públicos não estão equipados e nem possuem pessoas preparadas e em número suficientes para o atendimento aos idosos"*.

Complementa, ainda, o citado documento, que: *"Muitas instituições de longa permanência, em que pesem exceções importantes, perpetram e reproduzem abusos, maus-tratos e negligências que chegam a produzir mortes, incapacitações e a acirrar processos mentais de depressão e demência. Em muitos asilos e clínicas, mesmo em estabelecimentos públicos ou conveniados com o Estado, freqüentemente, as pessoas são maltratadas, despersonalizadas, destituídas de qualquer poder e vontade, faltando-lhes alimentação, higiene e cuidados médicos adequados. No entanto, quase inexistente a necessária vigilância e fiscalização desses estabelecimentos, a não ser quando ocorre um escândalo ou alguma denúncia intensamente alardeada pela imprensa"*.

III. O Estatuto do Idoso e a proteção contra a violência institucional

O Estatuto do Idoso - Lei 10.741/03 - representou um avanço na legislação pátria no que diz respeito às pessoas idosas, consolidando e ampliando direitos, tendo o propósito de garantir a cidadania, em sua plenitude, àqueles com idade igual ou superior a 60 (sessenta anos), conferindo-lhes, inclusive, **proteção integral**⁵, estabelecendo que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas todas as

⁵ Artigo 2º da Lei n. 10.741/03.

oportunidades e facilidades para preservação de sua saúde física e mental e o seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condição de liberdade e dignidade, definindo, ainda, medidas de proteção, obrigações de entidades assistenciais, estipulando penalidades em caso de desrespeito aos seus direitos, entre outros assuntos.

Em seu artigo 4º estabeleceu **que nenhum idoso será objeto de qualquer tipo de negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, e todo atentado aos seus direitos, por ação ou omissão, será punido na forma da lei.** Dispõe, ainda, em seu parágrafo primeiro, que a prevenção à ameaça ou à violação aos direitos do idoso é dever de todos. Assim, adotou a obrigatoriedade de serem formuladas políticas de atendimento ao idoso nas esferas Federal, Estadual e Municipal, inclusive no que tange à oferta de serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade ou opressão (artigo 47, *caput* e inciso III).

Na área da saúde, o Estatuto assegurou a atenção integral à saúde do idoso, por intermédio do Sistema único de Saúde-SUS, garantindo o acesso aos serviços de promoção, proteção e recuperação. Nele há previsão de atendimento domiciliar, reabilitação, fornecimento de medicamentos, especialmente os de uso continuado, assim como próteses, órteses e outros recursos além de atendimento especializado aos idosos com deficiência. Assegurou, também, o direito a acompanhante e instituiu a obrigatoriedade das instituições de saúde em cumprir os critérios mínimos para o atendimento às necessidades do idoso, inclusive promovendo o treinamento e a capacitação de profissionais, ou seja, a humanização no atendimento (artigos 15 a 18).

Outra preocupação que teve o Estatuto do Idoso foi de assegurar a autonomia de decisão do idoso que esteja no domínio de suas faculdades mentais de escolher o tratamento de saúde que lhe for reputado mais favorável (artigo 17, *caput*), devendo-se inclusive respeitar a sua vontade de permanecer em sua casa, junto aos seus familiares, recebendo apenas medicamentos paliativos.

Na área da assistência social, previu a possibilidade do idoso com mais de 65 anos, que não tiver condições de prover sua subsistência, ou de tê-la provido por sua família, receber o benefício de prestação continuada-BPC, no valor de um salário mínimo (artigo 34). Da mesma forma, garantiu o direito à moradia digna, seja ela própria no seio de sua família ou em instituição pública ou privada.

Estabeleceu, ainda, diversas obrigações às Instituições de Longa Permanência, criando várias exigências para o regular funcionamento das entidades governamentais e não-governamentais de assistência ao idoso, as quais ficam sujeitas a inscrições de seus programas junto ao órgão da Vigilância Sanitária e ao Conselho de Direitos do Idoso (Municipal, Estadual ou Nacional, segundo tal ordem de preferência), especificando os regimentos de atendimento, devendo oferecer instalações físicas em condições adequadas de habitabilidade, higiene, salubridade e segurança; apresentar objetivos estatutários e plano de trabalho, demonstrar idoneidade de seus dirigentes, além de estar regularmente constituída (parágrafo único do artigo 48 da Lei 10.741/03).

Também previu a aplicação de medidas de proteção ao idoso, quando vítima de violência ou de ameaça, para a garantia de sua vida e da saúde física e mental, inclusive por ação ou omissão da sociedade ou do Estado, instrumentalizando o Promotor de Justiça de iniciativas efetivamente capazes de retirar o idoso de uma situação de risco ou de violência (artigo 43 a 45).

Podemos destacar a previsão de infrações administrativas e as respectivas penalidades de aplicação de multa, como a de deixar a entidade de atendimento de cumprir as determinações do artigo 50 do Estatuto do Idoso⁶, deixar o profissional de saúde ou o responsável por estabelecimento de saúde ou instituição de longa permanência de comunicar à autoridade competente os casos de crimes contra idoso de que tiver conhecimento⁷ e deixar de cumprir as determinações do Estatuto do Idoso sobre a prioridade no atendimento ao idoso⁸.

Mister destacar, ainda, que os crimes definidos no Estatuto do Idoso são de ação penal pública incondicionada⁹ e foram tipificadas as condutas de discriminar pessoa idosa, impedindo ou dificultando seu acesso a operações bancárias, aos meios de transporte, ao direito de contratar ou por qualquer outro meio ou instrumento necessário ao exercício da cidadania, por motivo de idade¹⁰; deixar de prestar assistência ao idoso, quando possível de fazê-lo sem risco pessoal, em situação de iminente perigo, ou recusar, retardar ou dificultar sua assistência à saúde, sem justa causa, ou não pedir, nesses casos, o socorro de autoridade pública¹¹; recusar, retardar ou dificultar atendimento ou deixar de prestar assistência à saúde, sem justa causa à pessoa idosa¹², entre outros.

IV. O Ministério Público no combate à violência institucional contra idosos.

O Ministério Público tem o dever constitucional e legal de tutelar os direitos e garantias assegurados ao idoso, tendo a Lei 10.741/03 ampliado as suas atribuições ao estabelecer que, encontrando-se aquele em **situação de risco**, deverá atuar o *Parquet*, também, como seu substituto processual.

⁶ Artigo 56 da Lei 10.741/03.

⁷ Artigo 57 da Lei 10.741/03.

⁸ Artigo 58 da Lei 10.741/03.

⁹ Artigo 95 da Lei 10.741/03.

¹⁰ Artigo 96 da Lei 10.741/03.

¹¹ Artigo 97 da Lei 10.741/03.

¹² Artigo 100, inciso III, da Lei 10.741/03.

No enfrentamento à violência institucional contra o idoso caberá ao Ministério Público exigir junto a órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população o atendimento preferencial imediato e individualizado a ser dispensado ao idoso¹³; o acesso preferencial aos locais em que estão ocorrendo eventos artísticos, culturais e de lazer¹⁴; a prioridade na aquisição de imóvel para moradia própria, nos programas habitacionais públicos ou subsidiados com recursos públicos, na forma da lei¹⁵; a prioridade de embarque no sistema de transporte coletivo¹⁶; a prioridade na tramitação dos processos e procedimentos e na execução dos atos e diligências judiciais em que figure com parte ou interveniente idoso interessado, em qualquer instância¹⁷, na tramitação dos processos e procedimentos na Administração Pública, empresas prestadoras de serviços públicos e instituições financeiras; atendimento preferencial junto às Defensorias Públicas em relação aos Serviços de Assistência Judiciária¹⁸; e, ainda, para fins de atendimento prioritário, o fácil acesso das pessoas idosas aos assentos e caixas que devem estar identificados com a destinação própria, em local visível e com caracteres legíveis¹⁹, levando-se em consideração que o atendimento imediato²⁰, no caso, consiste em serem aquelas atendidas antes de qualquer outra, depois de concluído o atendimento que estiver em andamento²¹, e que o tratamento diferenciado²² traduz-se das diversas maneiras inseridas no parágrafo único do artigo 6º do Decreto Federal 5296/04, entre as quais necessidade de pessoal capacitado para prestar o atendimento e a oferta de instalações acessíveis.

Deve, ainda, o Representante Ministerial exigir o cumprimento da legislação em vigor (Lei 10.048/00, Lei 10.098/00, Decreto 5.296/04, NBRs da ABNT, entre outras) no que tange a acessibilidade dos espaços e edificações públicos e de uso coletivo, de forma preventiva e repressiva, inclusive a das calçadas (ou passeios públicos).

O estímulo e o acompanhamento da criação e implantação dos Conselhos de Direitos do Idoso e do serviço de DISQUE IDOSO, a divulgação dos direitos da pessoa idosa por intermédio de palestras, entrevistas, e audiências públicas, também são formas de atuação ministerial.

Outro ponto que merece destaque é a fiscalização contínua das Instituições de Longa Permanência para Idosos e demais instituições públicas ou particulares de atendimento (artigo 74, inciso VIII), o que pode ser feito, inclusive, com o acompanhamento de várias instituições parceiras, como Vigilância Sanitária, Corpo de Bombeiros e representantes dos Conselhos de Direitos.

É necessário, ainda, que o Promotor de Justiça atue no sentido de garantir a criação de serviços especiais de prevenção e atendimento a vítimas de negligência, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão (artigo 47, inciso I, da Lei 10.741/03) e de serviços de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência (artigo 47, inciso IV, do Estatuto do Idoso), inclusive no que tange aos reflexos das mencionadas ações nas peças orçamentárias do Estado e do Município.

O Ministério Público ainda possui legitimidade concorrente para ingressar com ações cíveis fundadas em interesses difusos, coletivos, individuais indisponíveis ou homogêneos das pessoas idosas, principalmente, àquelas referentes à omissão ou ao oferecimento insatisfatório de acesso às ações e serviços de saúde; atendimento especializado ao idoso com deficiência ou com limitação incapacitante; atendimento especializado ao idoso com doença infecto-contagiosa; e serviço de assistência social visando ao amparo do idoso, conforme estabelecido no artigo 79 da Lei n. 10.741/03.

Por fim, não se pode esquecer das ações penais, das ações cíveis como substituto processual do idoso em situação de risco e da aplicação de medidas de proteção, como formas de instrumentos jurídicos colocados à disposição do Ministério Público para responsabilizar os agentes infratores ou garantir que não ocorram ameaças e violações aos direitos assegurados.

Como um dos maiores desafios que se apresenta atualmente, caberá ao *Parquet* trabalhar na construção de uma Rede de Serviços nas diversas áreas de atenção ao idoso, realizando reuniões e audiências públicas, expedindo recomendações, celebrando ajustamentos de conduta e ingressando com ações civis públicas, quando necessário. É preciso se criar serviços integrados de prestação de serviços sociais e de saúde às vítimas, dar ampla divulgação dos direitos assegurados, construir canais de denúncias de violência e maus tratos, garantir o atendimento prioritário e acessível pelos serviços públicos, proporcionar pesquisas e bancos de dados que serão muito úteis na criação de indicadores e na adoção de políticas eficazes para a diminuição de índices de violência e maus tratos praticados contra os idosos.

Neste diapasão, RAMOS (2006) sugere que a rede da qual se está falando deve ser formada, nos municípios maiores, por Promotoria do Idoso, Vara do Idoso, Defensoria do Idoso, Conselho de Direitos do Idoso, atendimento

¹³ § único do artigo 3º, inciso I, da Lei n. 10.741/03.

¹⁴ Artigo 23 da Lei n. 10.741/03.

¹⁵ Artigo 38 da Lei n. 10.741/03.

¹⁶ Artigo 42 da Lei n. 10.741/03.

¹⁷ Artigo 71, *caput*, da Lei n. 10.741/03.

¹⁸ §3º do artigo 71 da Lei n. 10.741/03.

¹⁹ §4º do artigo 71 da Lei n. 10.741/03.

²⁰ Artigo 2º, *caput*, da Lei n. 10.048/00 e artigo 6º, *caput*, do Decreto n. 5.296/04.

²¹ §2º do artigo 6º do Decreto n. 5.296/04.

²² §1º do artigo 6º do Decreto n. 5.296/04.

domiciliar ao idoso, residência temporária para idosos vítimas de violência, Centro-dia para atendimento de idosos que necessitam de atendimento diário especializado e contínuo, oficina abrigada de trabalho para que o idoso complemente a sua renda, casas-lares, capacitação de cuidadores de idosos e conselheiros, reserva de leitos em hospitais gerais, atendimento especializados nos consultórios dos hospitais públicos, os quais devem possuir médicos geriatras. E complementa: “a interlocução entre todos esses órgãos e instituições torna-se essencial para a garantia dos direitos dos idosos, bem como para inserção nos orçamentos dos recursos necessários para o atendimento das demandas das pessoas idosas”.

Nesse sentido a conclusão da reunião do “Proyecto Compromiso con la vida”, organizado pela Defensoría Del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires, la Sociedad Iberoamericana de Gerontología y otros com a presença de países da América Latina, recentemente realizada na referida cidade, em julho de 2007, fazendo constar na “Declaración de Buenos Aires sobre el Maltrato a Personas Mayores” que “*existe la necesidad de reconocer el cambio histórico en la configuración familiar, razón por la cual no se puede culpabilizar a la misma por la falta de cuidados de los mayores vulnerables, por el cuidado formal de la persona mayor, garantizando el acceso a una red integral de servicios acordes con las distintas necesidades de los mayores, sosteniendo abordajes continuos, personalizados y progresivos*”.

V. Conclusão

Por todo o exposto, pode-se concluir que:

a) O Estado precisa desenvolver e disponibilizar às pessoas idosas uma rede de serviços capaz de assegurar os seus direitos fundamentais;

b) Na omissão ou negligência do Poder Público, na falta de políticas públicas e de prestação de serviços, ou no caso de seu oferecimento insatisfatório, há de se reconhecer a existência de violência institucional praticada contra o idoso, com a indispensável atuação do Ministério Público no seu enfrentamento.

VI. Referências Bibliográficas

ARANEDA, Nelson Garcia. *Maltrato a las Personas Mayores. Una realidad oculta*. Universidad Del Bio-Bio. Programa de Políticas Públicas Area de Adulto Mayor. 2006.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. SECRETARIA DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. *Impacto da violência na saúde dos brasileiros*. Brasília, 2005.

BRASIL. PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA. SUBSECRETARIA DE DIREITOS HUMANOS. *Plano de ação para o enfrentamento da violência contra a pessoa idosa*. Brasília, 2005.

ESTATUTO DO IDOSO. Lei Federal nº 10.741, de 01 de outubro de 2003.

FALEIROS, Vicente de Paiva. *Violência contra a pessoa idosa. Ocorrências, vítimas e agressores*. Brasília: Universa, 2007.

MINAYO, Maria Cecília de Souza. *Violência Contra Idosos: O Averso de Respeito à Experiência e à Sabedoria*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2ª. edição, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Plano de ação internacional para o envelhecimento*. Brasília: Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2003.

PÉREZ LUÑO, Antonio E. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, p. 318.

PINHEIRO, Naide Maria (org.). *Estatuto do Idoso Comentado*. Campinas: LZN, 2006.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa Ramos. *Violência contra os idosos. Rede de proteção ao idoso*. www.mj.gov.br/sedh/ct/cndi/eixos_tematicos.doc. Acessado em 05 de agosto de 2007.

SARLET, Ingo. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

“A NECESSIDADE DO CONTROLE SOCIAL PARA A POPULAÇÃO IDOSA, PRINCIPALMENTE AS QUE MORAM NAS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA”

Judith Pinheiro Silveira Borba

Promotora de Justiça

INTRODUÇÃO

A população mundial, inclusive a brasileira, está envelhecendo.

Desta forma, deve ser lembrado que em 2015 o Brasil será o sexto país em número de idosos e precisamos nos preparar para este fato, lutando para o surgimento de serviços sérios, que respeitem os direitos humanos da pessoa idosa, até porque nem todos os idosos têm familiares com possibilidade de serem seus cuidadores e precisam morar em locais dignos.

Os antigos asilos, abrigos pareciam de fato depósitos de velhos estigmatizados, também conhecidos como instituições fechadas onde as pessoas eram encaminhadas para a morte e tratadas como objeto de lucro ou animais que só mereciam o sentimento de pena.

Não havia qualquer controle social e eram quase sempre invisíveis para os gestores públicos.

Hoje está havendo em todo país uma mobilização para reverter este quadro e para que os idosos tenham seus direitos respeitados, sendo sujeitos vistos pelos gestores públicos e por suas ações políticas.

Neste sentido, no Estatuto do Idoso tais moradias para idosos estão sendo tratadas como instituições de longa permanência, que entendo ser uma denominação fria e empresarial, pois com os direitos garantidos inclusive na Constituição Federal, deverão ser vistas sempre como um local onde pessoas, mesmo com mais idade, residem e têm os seus direitos de cidadão garantidos.

Assim, inclusive as entidades de atendimento ao idoso, principalmente as instituições de longa permanência, devem ser fiscalizadas pelo Ministério Público e Conselhos de Defesa dos Direitos da Pessoa Idosa, tendo o apoio dos familiares dos idosos, da comunidade em geral, do Estado e participação dos cidadãos com mais de sessenta anos em seus destinos.

Mas os idosos, muitas vezes, ainda hoje não se consideram cidadãos, comportando-se de forma apática e triste, como se estivessem sido transformados em zúbis.

Deve ser lembrado que não é porque uma pessoa envelhece que perde seus direitos de cidadania, nem pode ser institucionalizado sem ser ouvido, pois, para tanto só será possível através de decisão judicial ou aplicação de medida de proteção (conforme prevê o Estatuto do Idoso, em seus arts. 43 a 45).

Ou seja, para a efetiva melhoria dos serviços, principalmente os públicos e que os com mais de sessenta anos sejam respeitados, deve ser observado que se faz necessária a participação ativa da sociedade.

O QUE É CONTROLE SOCIAL

Desta forma, o controle social é, na história de democratização das políticas públicas no nosso país, um dos campos que construiu visibilidade aos movimentos populares, quer pela denúncia das ausências e omissões dos serviços instalados, quer pela luta em construir um espaço regular para o exercício do controle nas burocracias da gestão dos serviços e garantia dos direitos da população, inclusive a idosa.

Neste sentido, o papel das organizações populares é muito importante no processo, pois as mudanças sociais não decorrem apenas da criação de leis e mecanismos constitucionais, mas sobretudo, do uso de tais instrumentos para serem legítimas.

Como bem define Maria Helena Dinis em Dicionário Jurídico:

"legitimidade é homologação do poder governamental pelo consentimento popular... é a adequação do poder 'a idéia de direito predominante na coletividade'". Diniz

Ou seja, o controle social, sendo uma consequência do princípio da participação da sociedade civil na elaboração e na implementação de políticas públicas relativas aos direitos sociais, estabelecido na Constituição Federal, é a capacidade que tem a sociedade organizada de intervir nas políticas públicas, interagindo com o Estado na definição de prioridades e na elaboração dos planos de ação do Município, Estado ou do Governo Federal.

Um exemplo desta importância são os conselhos pelo seu papel de fortalecimento da participação democrática da população na formulação e implementação de políticas públicas, renovando o modelo de administração pública, tornando-a mais transparente, com tomadas de decisões racionais (legítimas, imparciais, morais, razoáveis, eficientes e publicas), melhorando, assim, o nível de consenso, adesão e colaboração de todos para a efetividade direitos fundamentais dos administrados, buscando a plena realização dos objetivos da função administrativa.

Então as pessoas podem participar das decisões políticas não só votando, mas também exercendo o controle social, entre outras nas seguintes atividades:

- Participando das conferências, das reuniões do orçamento participativo e fóruns de debates;
- Sendo membros dos conselhos de direito ou participando de suas reuniões;
- Associando-se;
- Reclamando e representando judicialmente e extra-judicialmente, inclusive propondo ações contra o poder público;
- Denunciando os atos arbitrários nas diversas ouvidorias e órgãos e serviços de defesa do consumidor criados.

Não pode ser esquecido que o Ministério Público, como aliado deste controle social, conforme estabelece a Constituição Federal em seu art.127, "*é a instituição é permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbida da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis*", cabendo-lhe zelar pela efetiva implementação e funcionamento dos referidos conselhos (verificando se existem e cumprem seus papéis, pois, tais órgãos paritários podem auxiliar inclusive na defesa do patrimônio público e apurar denúncias sobre uso inadequado de verbas públicas) e garantia dos direitos humanos para toda a população.

Assim, o papel dos conselhos, como espaços democráticos de participação e instrumento de ampliação das ações políticas do governo, é fundamental, por ter eles acesso às contas correntes dos fundos, podendo detectar irregularidades e acionar o Ministério Público, atuando na fiscalização dos gastos das verbas públicas destinadas aos Municípios quer pela União Federal, quer pelos Estados, e ainda dos próprios orçamentos municipais, para a efetivação de políticas públicas específicas.

Lembre-se ainda que muitas vezes há previsão legal de que tais verbas só poderão ser repassadas se os conselhos e fundos existirem e se os Municípios tiverem os planos municipais de políticas públicas em cada uma das áreas.

Outrossim, devem os conselhos verificar se as entidades, públicas e/ou privadas, que, eventualmente sejam beneficiadas por verbas públicas dentro de planos das administrações, se estão, de fato, aplicando-as na forma em que afirmaram que o fariam em seus planos de trabalho, aprovados anteriormente pelos órgãos da administração.

Cabe ainda aos conselhos convocarem conferências, mobilizando um grande número interessados, para haver um balanço das ações realizadas pelo gestor público, estabelecendo recomendações e zelando para que elas sejam cumpridas.

Mas, para se efetivar o controle social se faz necessário:

- a) superação de uma cultura política autoritária que faz parte da formação histórica do estado no Brasil;
- b) fortalecimento das instâncias intermediárias entre a sociedade civil e o poder público, como conselhos e fóruns, dando contornos mais claros sobre sua competência e responsabilidades no processo de formulação, deliberação, controle e avaliação das políticas públicas;
- c) a sociedade civil criar novos mecanismos e espaços institucionais de participação, transparência e controle social; e,
- d) reconstruir o valor ético do que se constitui a coisa pública.

Ou seja, especificamente nos conselhos deve haver, para que se tenha efetivamente a participação popular no processo de gestão política, administrativa, financeira e técnico-cooperativa, com caráter democrático e descentralizador:

- Um grau de autonomia em relação ao governo (inclusive quanto aos seus gastos);
- Um processo de renovação de seus membros (evitando-se a mera legitimação de decisões governamentais pelos conselheiros que não cumprem seu papel e formação de oligarquias no seu interior);
- Amplo processo de formação e capacitação de seus membros;
- Investimentos físicos e operacionais;
- Utilização de mecanismos para se evitar a produção de concepções clientelistas/ meramente assistencialistas e meros usuários dependentes e não detentores de cidadania.

Deve ser lembrado, todavia, em termos mundiais, que está havendo o retorno da Era dos Mercados, com o surgimento de políticas neo-liberais e a sua orientação central de retração do Estado e expansão das relações mercantis, sendo as políticas sociais focalizadas, emergenciais e setoriais.

Em resumo, nacionalmente vivemos, após a Constituição Federal, um crescente controle da sociedade nas políticas públicas, principalmente afetas ao idoso, mas, com a globalização, há a luta de alguns para a diminuição dos recursos estatais para políticas sociais e expansão dos serviços privados, com a restrição à parte da população ao acesso aos direitos e depende da participação popular para não haver retrocessos na garantia dos direitos humanos e na efetivação de políticas públicas principalmente para a população idosa.

A IMPORTÂNCIA DO CONTROLE SOCIAL NAS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO IDOSA

As políticas públicas, como bem lembra Bucci, *“funcionam como instrumento de aglutinação de interesses comuns, que passam a estruturar uma coletividade de interesses”* e tem como elementos *“o fim da ação governamental, as metas nas quais se desdobra esse fim, os meios alocados para a realização das metas e os processos de sua realização”*.

Como prevê o art. 47 do Estatuto do Idoso, são algumas linhas de ação da política de atendimento:

- As políticas sociais básicas, previstas na Política Nacional do Idoso;
- As políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para aqueles que necessitarem;
- Os serviços especiais de prevenção e atendimento às vítimas idosas, de serviço de identificação e localização de parentes ou responsáveis por idosos abandonados em hospitais e instituições de longa permanência.

Neste sentido, é especialmente previsto no Estatuto do Idoso a absoluta prioridade em seus arts. 3º, 8º e 9º a proteção à vida e a saúde, mediante a efetivação de políticas públicas que permitam o direito personalíssimo ao envelhecimento saudável ocorra e em condições de dignidade.

Ou seja, é obrigação da família, da comunidade da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso a efetivação dos direitos humanos fundamentais com absoluta prioridade, principalmente quanto ao atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população; destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso; preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas.

Mas, caso não se observe as determinações legais quanto a prioridade de atendimento ao idoso, é prevista no art. 58 do referido diploma legal a aplicação de multa pela prática de uma infração administrativa.

Contudo, para serem efetivadas as políticas públicas devem ser articuladas, principalmente as federais, estaduais e municipais das áreas dos idosos, da saúde, da assistência social, da educação, dos esportes, habitação, visando precipuamente, estabelecer prioridades, ouvindo-se o cidadão idoso e demais interessados, para uma sociedade que envelhece, na qual a cidadania das pessoas mais velhas seja não apenas um direito, mas realidade.

Ressalte-se nesta oportunidade que, atualmente, grande parte das verbas públicas relativas às políticas públicas são repassadas pela União Federal ou Estados aos Municípios no sistema conhecido como fundo à fundo, ou seja, são verbas carimbadas (exemplo: se destinadas à assistência social não podem ser usadas na educação e vice-versa), cabendo ao Ministério Público e aos vários conselhos de direito atuar na defesa do patrimônio público e social.

No que tange aos direitos dos idosos foram conquistados pelo seguimento desde a luta na década de 80, para haver a sua previsão em alguns artigos da Constituição Federal, após a promulgação da Política Nacional do Idoso-PNI, durante pelo menos por sete anos para a promulgação do Estatuto do Idoso e há pouco mais de dois anos para que o Conselho Nacional dos Direitos do Idoso-CNDI fosse um órgão atuante.

Inicialmente, com a Política Nacional do Idoso, criada através da Lei nº 8.842/94, em seu art. 5º, havia a previsão legal de que coordenasse nacionalmente a PNI, de forma articulada com outros ministérios, o órgão ministerial responsável pela assistência e promoção social, que era inoperante, só fazendo referência que as três esferas da Federação criariam Conselhos de Idosos.

Ao nível nacional o CNDI somente foi criado pelo Decreto nº 4227 (de 13/5/2002) como mero órgão consultor e efetivado como órgão deliberativo pelo Dec. nº 5109/ 2004.

Atualmente, cabe ao Conselho Nacional dos Direitos do Idoso – CNDI, elaborar as diretrizes para a formulação e a implementação da Política Nacional do Idoso, bem como acompanhar e avaliar a sua execução.

Todavia, o processo de democratização não se apresenta do mesmo modo em cada um dos Municípios.

Permanece a luta pela constituição dos conselhos locais, pela legitimidade, como da representação popular, pela discussão de sua formação paritária entre a sociedade civil e poder público.

Mas o controle social sobre as políticas públicas em nível local é de fundamental importância não somente pelo processo de municipalização das políticas públicas, mas, sobretudo pela possibilidade de maior participação das entidades da sociedade civil e cidadãos no uso de instrumentos de pressão e de ação política frente aos três Poderes do Estado Brasileiro.

Desta forma, uma das mais importantes no Brasil é a Política Nacional do Idoso, instituída pela Lei nº 8.842/94, regulamentada pelo Decreto nº 1.948/96 e garantida sua efetivação com absoluta prioridade pelo Estatuto do Idoso, constituindo-se infração administrativa a sua não priorização.

Tal Política, conforme previsto em seu art.1º, tem por objetivo assegurar os direitos sociais do idoso,

principalmente no que concerne à sua autonomia, integração e participação, prevendo como um dos grandes avanços a criação de rede de atendimento para este seguimento, que está se iniciando com a construção da Rede Nacional da Pessoa Idosa, sendo este o tema central das Conferências Nacional, Estaduais e Municipais da Pessoa Idosa, ocorridas em todo país, no ano de 2006, com o intuito de se cumprir as diretrizes legais.

Todavia, para serem cumpridas tais diretrizes, observa-se que o art. 74, inc.IV da Constituição Federal determina que os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário devem avaliar o plano plurianual quanto ao cumprimento das metas previstas, a execução dos programas de governo e dos orçamentos da União e se cumprem o princípio da legalidade, avaliando os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como a aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado; mantendo, de forma integrada, um sistema de controle interno com a finalidade de apoiar o controle externo no exercício de sua missão institucional.

O CONTROLE SOCIAL NAS INSTITUIÇÕES DE LONGA PERMANÊNCIA PARA IDOSOS.

Como vimos, principalmente com o Estatuto do Idoso, uma nova ordem jurídica está se constituindo em prol da população brasileira, criando-se mecanismos de garantias de direitos, superação de as barreiras que a idade lhes impõe, de modo que tenham oportunidades no campo político, econômico e social, para não serem atingidos pela discriminação.

A sociedade tem um papel fundamental nesta conquista, pois estabelece tal diploma legal, em seus arts. 3º, 10 e 58, que cabe a família, a comunidade, a sociedade e ao poder público garantir, com absoluta prioridade a efetivação dos direitos dos idosos, com preferência na formulação e na execução de políticas sociais específicas, destinação privilegiada de recursos nas áreas de proteção ao idoso, sendo infração administrativa a não observância desta prioridade, cabendo a todos assegurar a liberdade, o respeito e a dignidade, como sujeito de direitos civis, políticos individuais e sociais.

Inclusive as Instituições de Longa Permanência para Idosos devem observar as Políticas Públicas e normas de planejamento e execução emanadas pelos Ministérios e Secretarias, sempre acompanhadas pelos conselhos de assistência social e os de Direito (principalmente os da pessoa idosa).

Também, devem organizar e manter atualizados e com fácil acesso, os documentos necessários à fiscalização, avaliação e controle social para serem fiscalizadas, entre outros órgãos, pelo Ministério Público, pela Vigilância Sanitária e Conselhos de Idosos e tornar público suas prestações de contas (arts. 52 e 54 do Estatuto do Idoso, c/c a Resolução da Diretoria Colegiada nº283/2005, item 4.5.5), pelo Tribunal de Contas (se recebem verbas públicas) e pelos vários conselhos (se de fundo de assistência social; ex: Conselhos de Assistência Social, Saúde...).

Mas, em contra partida, cabe também ao gestor público, de forma prioritária, apoiar e criar serviços especializados para atendimento da população institucionalizada.

Inicialmente deverão ser previstos nos planos pluri- anuais: programas, ações, estratégias, metas, dotação orçamentária, rede de parceria, prazo de realização e indicadores de monitoramento, voltados à população idosa residente nas instituições de longa permanência para idosos, cabendo aos conselhos de direitos, Tribunal de Contas e Ministério Público o seu monitoramento.

Neste sentido, são outros exemplos de controle social que deveriam ser melhores exercidos:

- A previsão legal da participação de representantes não governamentais nos Conselhos de Direitos da Pessoa Idosa, que muitas vezes não estão motivados, não sabem da importância de seu papel, não representam de forma ética o seguimento;
- A fiscalização dos profissionais que trabalham nas instituições de longa permanência para idosos pelos seus respectivos conselhos não frequente e/ou não observadas as necessidades específicas do seguimento idoso;
- O acompanhamento dos trabalhos das entidades de atendimento pelas organizações não governamentais e pela imprensa que esquecem que idosos também são sujeitos de direito e não priorizam as suas atuações em prol do seguimento;
- As poucas visitas realizadas nas instituições de longa permanência por familiares e amigos dos idosos residentes muitas vezes sem observar o ambiente, as condições existentes e não exercendo o seu dever fiscalizador;
- As possibilidades, mas pouco utilizadas, de representações e denúncias apresentadas ao Ministério Público, ouvidorias, disques denúncia, serviços gratuitos de telefonia dos diversos órgãos para falar com o cidadão (os vulgarmente conhecidos por 0800);
- O voluntariado muitas vezes desqualificado que presta serviço e/ou apoio nas entidades de atendimento;
- As visitas realizadas por grupos de igrejas, com papel exclusivamente religioso e não com compromisso de cidadania;
- Utilização pelo Ministério Público do instrumento da recomendação para recomendar as diversas secretarias de governo que apresentem os programas, as ações, estratégias, meta, dotação orçamentária, rede de parceria, prazo de realização e indicadores de monitoramento, visando atender as demandas da

população idosa de Pernambuco conforme sua área de competência, que serão incluídas no Plano Plurianual e ao Conselho de Direitos do Idoso para acompanhar a construção do Plano Plurianual – PPA, dando conhecimento ao Tribunal de Contas do Estado; ao Ministério Público de Contas e ao Conselho Nacional dos Direitos do Idoso.

CONCLUSÃO

Ou seja, o Brasil está em pleno processo de conquista da cidadania do idoso e se faz necessário à participação de todos nesta empreitada, pois tal participação é fundamental para o Estado Democrático de Direito e para a concretização dos direitos sociais no nosso país.

Assim, iniciou-se um longo processo para que os gestores públicos tenham sua atuação plenamente legitimadas pela sociedade, quando as políticas públicas sejam criadas e efetivadas ouvindo-se sempre o cidadão, inicialmente prevendo nos PPAs: programas, ações, estratégias, meta, dotação orçamentária, rede de parceria, prazo de realização e indicadores de monitoramento, visando atender as demandas da população idosa de Pernambuco, conforme sua área de competência.

Neste sentido, unindo esforços com a sociedade civil organizada, cabe ao Ministério Público através de seus instrumentos institucionais (recomendações, TAC's, ações civis públicas) cobrar aos gestores que se efetivem as políticas públicas em prol das pessoas idosas residentes em instituições de longa permanência, não perdendo jamais o enfoque social a que se destina Constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCÂNTARA, Adriana de Oliveira. **Velhos Institucionalizados e Família: entre abafos e desabafos**. São Paulo. Alinea Editora. 2004;
- ALVARENGA, Laura Barros Freitas. **Direitos Humanos, Dignidade e Erradicação da Pobreza. Uma Dimensão Hermenêutica para a Realização Constitucional**. Brasília. Editora Brasília. 1998. p. 105 a 152;
- Anais da I Conferência Nacional e dos Direitos da Pessoa Idosa. Brasília. 2006.
- Anais da I Conferência Estadual dos Direitos da Pessoa Idosa. Pernambuco. 2006;
- AULIZIO, Juliana. **Cobertura especial - Congresso do Hospital Universitário Pedro Ernesto da UERJ**. www2.uerj.br/~agenc/agenciauerj/htm/materias/materias;
- BARBOSA, Ana Lúcia de Góes Monteiro. **Ambientes e Moradia para Vida Longa**. in Constituição Federal de 1988;
- BUCCI, Maria Paula Dalari. **Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos** in FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca e outros. **Direitos Humanos e Políticas Públicas**. Polis2. 2001;
- Constituição Federal;
- CORDEIRO, Rafael Álvarez. **Viver Mais e Melhor**. Ed. Vozes. Petrópolis. 2005;
- Decreto nº 5109 de 17 de junho de 2004;
- DEBERT, Guíta Grin. **A Reinvenção da Velhice**. Editora Universidade de São Paulo. 1999. p. 99 a 136;
- DINIZ, Maria Helena. **Dicionário Jurídico**. Editora Saraiva. 1998. Volume 3;
- FRANCO, Paulo Alves. **Estatuto do Idoso Anotado**. Servanda. 2005;
- JESUS, Damásio(org). **Estatuto do Idoso Anotado**. Editora Damásio de Jesus. 2005. Arts. 1º a 58;
- MARTINEZ, Wladimir Novaes. **Comentários ao Estatuto do Idoso**. Editora Ltr. São Paulo. 2004;
- MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Transparência Administrativa. Publicidade, motivação e participação popular**. Editora Saraiva. 2004. Capítulo IX;
- NEGREIROS, Teresa Creusa de Góes Monteiro (org). **A Nova Velhice**. Livraria e Editora Revinter LTDA. Rio de Janeiro. 2003. p.135- 145;
- RAMOS, Paulo Roberto Barbosa (org). **Estatuto do Idoso Comentado**. Obra Jurídica Editora. 2005;
- PINHEIRO, Naide Maria Pinheiro (org). **Estatuto do Idoso Comentado**. LZN Informática e Editora LTDA. 2006;
- Política Nacional de Assistência Social. RESOLUÇÃO Nº 145, DE 15/10/2004 do CNAS (DOU 28/10/2004);
- Política Nacional do Idoso. Lei nº 8.842/94;
- Política Nacional de Saúde do Idoso. Portaria do Ministério da Saúde. 2528/2006;
- PORTO, Mayla Yara. **Um Brasil para todas as idades**. www.avantecidadao.com.br/padrao_familia_unida.asp?id.24/09/2006;

- Resolução da Diretoria Colegiada da Diretoria Colegiada da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - RDC Nº 283, de 26 de setembro de 2005;
- SADER, Emir. **Direitos e Esfera Pública**. Artigos da Revista Serviço Social e Sociedade. 2004. p. 7 a 10;
- SOMBRA, Thiago Luis Santos Sombra. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas. A Identificação do Contrato Como Ponto de Encontro dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. 2004. p. 79 a 122;
- Transcrição do III Encontro Nacional de Conselhos de Direitos do Idoso."Cidadania e Controle Democrático. Maralhão. 2005;
- VIEIRA, Everaldo A. **As Políticas Sociais e os Direitos Sociais**. 1996;
- WIECZYNSKI, Marineide. **Envelhecendo com Cidadania**. <http://www.portalsocial.ufsc.br/publicacao/envelhecimento.pdf>. 22/09/2006.

UMA REFLEXÃO SOBRE A INTERVENÇÃO DO PARQUET NO ESTATUTO DO IDOSO FACE AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 75 E 77

Rozza Lina do Nascimento Maia

Promotora de Justiça/CE

1. SÍNTESE DOGMÁTICA

A Lei N.º 10.741, de 1.º de outubro de 2003 foi editada para assegurar os direitos fundamentais dos idosos, previstos no art. 5.º da CF/88, dando-lhes proteção jurídica, sócio-econômica, cultural familiar, trabalhista e previdenciária. Neste contexto o Ministério Público na qualidade de agente político, no exercício da função jurisdicional do Estado, encarregado da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, não poderia ficar omissos.

Questão a ser discutida neste trabalho é saber: é obrigatória à intervenção indiscriminada do representante do Ministério Público, como *custos legis*, consoante disciplina o art. 75 do Estatuto do Idoso? A falta de intervenção do Parquet acarreta a nulidade do feito, declarada de ofício ou a requerimento de qualquer interessado, como determina o art. 77 do referido Estatuto?

A nosso ver, os dispositivos *legais* que disciplinam a atuação do Promotor de Justiça na qualidade de *custos legis* devem ser interpretados em consonância com o novo perfil constitucional do Ministério Público. Portanto, nos feitos em que ajam interesses de idosos, somente se manifestará nos casos do art. 74 incisos II, parte final: “*promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco.*” (GRIFAMOS). ”

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. O NOVO PERFIL DO MINISTÉRIO PÚBLICO À LUZ DA CF/88

As mudanças políticas, sociais e econômicas que ocorrem no mundo contemporâneo repercutem diretamente nas relações jurídicas e sociais do indivíduo. No século passado, com o Advento da Lei 7.347 de 1985 (Lei de Ação Civil Pública) e com a promulgação da Constituição Federal de 1988, uma nova postura institucional foi conferida aos membros do Ministério Público. Considerado o guardião da sociedade, por força dos artigos 127, 129 da CF/88, a atuação funcional do representante do MP sofreu profunda transformação, isto porque, anteriormente, suas atribuições eram quase que exclusivamente voltadas para a função judiciária.

A ordem jurídica anterior permitia o exercício de funções denominadas atípicas quando promovia a ação civil ex-delito, na hipótese do art. 9.º incisos I, II, III do C.P.C., agia em defesa dos necessitados (art. 22, XIII da antiga Lei Complementar Federal 40 de 1981). O que na realidade não fazia parte do múnus ministerial, hoje essas tarefas são exercidas por outros órgãos como a Defensoria Pública e a Advocacia da União.

MAZZILLI (2002) ao se pronunciar acerca das atribuições não recepcionada pela Constituição Federal de 1988, in Regime Jurídico do Ministério, assevera:

“Entre os deveres da instituição, a LONMP (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público - Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993) não mais menciona o de prestar assistência aos necessitados, onde não houver órgão próprio – o que constou da Lei Complementar N. 40-81. Essas atribuições tinham sido cometidas ao Ministério Público antes da criação, em sede constitucional, da Defensoria Pública, instituição destinada à orientação jurídica e à defesa dos necessitados em todos os graus. Assim, desde que criadas e em funcionamento as Defensorias Públicas, a estas devem caber tais misteres”. (p. 536-537).

O art. 129 da Constituição Federal, nos quatro primeiros incisos, ao disciplinar as funções do M.P. usa de maneira sistemática o verbo PROMOVER: condutas que não devem ser confundidas com as funções da Defensoria e da Advocacia da União vejamos:

Art. 129 – São funções institucionais do Ministério Público:

I – promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

IV – promover ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, nos casos previstos nesta Constituição;

Com efeito, ao serem conferidas novas atribuições ao Ministério Público, seus membros não podem ficar vinculados exclusivamente à função de parecerista. Há de se evitar o parecerismo para que possamos preservar as garantias constitucionais e atingir as metas impostas pela nova ordem constitucional e leis extravagantes. É primordial aferir a intervenção do Ministério Público no Processo Civil em sua totalidade. Isto porque, na grande maioria das demandas cíveis, a tutela jurisdicional atinge apenas autor e réu, cujo julgado terá efeito somente entre eles sem nenhuma repercussão social.

O art. 77 do Estatuto do Idoso declara que: ***A FALTA DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACARRETA A NULIDADE DO FEITO, QUE SERÁ DECLARADA DE OFÍCIO PELO JUIZ OU A REQUERIMENTO DE QUALQUER INTERESSADO.*** Os processualistas, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery ao comentarem o art. 82, inciso III do C.P.C., entendem ser a intervenção indiscutível porque, expressamente determinada na lei, ***IN VERBIS***:

Hipóteses de Intervenção. O CPC 82 III contém norma de encerramento, no sentido de deixar aberta a possibilidade de o MP intervir nas demais causas que há interesse público. Quando a lei expressamente determina a intervenção, não se pode discutir ou questionar a necessidade de ela ocorrer. A norma ora comentada somente incide nas hipóteses concretas onde a participação do MP não se encontra expressamente prevista na lei. Caberá ao MP e ao juiz a avaliação da existência ou não do interesse público legitimador da intervenção do Parquet. (p. 503)

Data vênha ousamos discordar do entendimento dos eminentes processualistas supracitados, posto que a norma em questionamento possui uma peculiaridade, trata da pessoa idosa, de idade igual ou superior a 60 anos. O Código Civil Brasileiro, no Livro I, título I DAS PESSOAS NATURAIS, capítulo I DA PERSONALIDADE E DA CAPACIDADE, nos artigos 1º ao 10º, em momento algum trata o idoso como incapaz de gerir sua vida e seus bens, no que difere do Estatuto da criança e do adolescente (Lei N. 8.069, de 13 de julho de 1990), em que o menor é presumivelmente incapaz.

Com acuidade e perspicácia, Gonçalves, Carlos Roberto ao tratar da capacidade do idoso nos esclarece:

“Embora comum o pedido de interdição de pessoa idosa, a velhice ou senilidade, por si só, não é causa de limitação da capacidade, salvo se motivar um estado patológico que afete o estado mental e, em consequência, prive o interditando do necessário discernimento para gerir os seus negócios ou cuidar de sua pessoa. Neste caso, a incapacidade advém do estado psíquico e não da velhice”. (p.92).

Por conseguinte, aceitar passivamente a atuação do MP no processo civil, em especial nos feitos em que seja parte pessoa idosa, sem um pré-questionamento acerca do interesse público a ser preservado e uma afronta à capacidade jurídica do idoso e ao momento que estamos vivenciando, onde a expectativa de vida do idoso é maior. O que antes sequer era presente no imaginário coletivo, hoje é um problema social, que despertou a sociedade, os órgãos governamentais e não governamentais para relevância da questão da crescente população de idosos no Brasil e no mundo.

Paulo Roberto Barbosa Ramos (2002) ao discorrer sobre os fundamentos constitucionais do direito a velhice, sugere que sejam inscritas normas com clareza para a proteção do idoso, vejamos:

“Reconhecido pela própria declaração de todos os povos, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, no seu art. XXV. Assim, tendo a própria constituição dos povos, que infelizmente ainda não possui efetividade na maioria dos países, registrado que a velhice traduz a própria força do direito à vida, que precisa ser vivida com dignidade, alguns países

consideram adequado inscrever também em suas próprias constituições normas claras concernentes à proteção dessa etapa de vida". PAULO ROBERTO BARBOSA RAMOS – FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS DO DIREITO À VELHICE – Editora Obra Jurídica LTDA – (p. 53).

A interpretação literal do artigo 77 trará prejuízo incalculável à defesa do idoso. Isto porque, nas Promotorias do Idoso, além do trabalho processual, existem os atendimentos e o trabalho extra judicial, que demanda uma atenção maior as causas coletivas, levando o agente ministerial a abertura do inquérito civil público, promoção da ação civil, ajustamento de condutas, elaborar recomendações, dentre outras atribuições que atingem uma camada maior de idosos. Atuar como *custos legis* por serem litigantes ou interessados, partes idade igual ou superior a sessenta anos, capaz de gerir seus atos, para muitos seria uma intromissão em seus direitos e obrigações.

3. O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO IDOSO

O Estatuto do Idoso, Lei Federal 10.741, de 01 de outubro de 2003, sancionado pelo Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2004, após seis anos de tramitação no Congresso Nacional, possui 118 artigos que definem garantias legais aos idosos, tais como, direito: à saúde; ao trabalho; à igualdade; à educação; à participação política; ao desenvolvimento; ao reconhecimento; à valorização de sua condição econômica, a viver livre de violência, no meio ambiente acessível. Com ele foram beneficiados mais de 16 milhões de brasileiros com idade igual ou superior a 60 anos, conforme dados fornecidos pela Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Subsecretaria de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos (2006).

Arelado aos princípios da Constituição Cidadã de 1988, com destaque para o princípio da **DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA**, insito em seu preâmbulo e também no artigo 230 que dispõe: “*A família, a sociedade e o Estado tem o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.*” O Estatuto do Idoso consolida os direitos fundamentais do idoso e trata da sua tutela, como também, editou normas de organização, política de atendimento, dessa forma ampliando e aperfeiçoando os diplomas legais anteriores a sua edição, como a Lei 8.842, de abril de 1994, que trata da política nacional do idoso e criou o Conselho Nacional do Idoso.

Acerca do tema, Ana Paula Peres (2007) em seu livro **Proteção aos Idosos** destaca:

“Um dos objetivos fundamentais do Estado Brasileiro é o de promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, **idade** e outras formas de discriminação. A menção da idade coloca o idoso novamente a salvo de toda forma de discriminação”. (p.28-29)

Ademais como bem nos revela Maria Celina Bodin de Moraes: “*neste cenário, de um renovado humanismo, passaram a ser tutelados, com prioridade, as pessoas das crianças, dos adolescentes, dos idosos, dos portadores de deferências físicas e mentais (hoje chamados de portadores de necessidades especiais) dos consumidores, dos não proprietários, dos contratantes em situação de inferioridade, dos membros da família das vítimas de acidentes anônimos.*” (apud Peres, p.29)

Visando dar continuidade à defesa do idoso, o legislador editou o Estatuto em referência, em que considera **IDOSO**: homem ou mulher com idade igual ou superior a 60 anos, adotando assim, o critério cronológico para aferição da idade a ser protegida pelo Estado. Como também, o critério da vulnerabilidade em face da idade avançada.

O Capítulo II trata das atribuições do Ministério Público nos artigos 73 a 77 do Estatuto. Consoante a norma esculpida no Art. 73 – “*As funções do Ministério Público, previstas nesta Lei serão exercidas nos termos da Lei Orgânica*”.

Refere-se, portanto, ao Art. 2º parágrafo único da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Lei 8.645, de 12 de fevereiro de 1993, cuja função primordial do MP é a de órgão agente político, encarregado das ações cíveis públicas, do inquérito civil público, da defesa do patrimônio público, do meio ambiente, de outros direitos difusos e coletivos, bem como, zelar pela Constituição Federal, garantindo-lhe o respeito ao Poder Público e aos serviços de relevância pública promovendo ações de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados nos casos previstos.

O artigo 74 do Estatuto repete as funções e competências descritas no Art. 129 da Constituição Federal, considerando as peculiaridades da pessoa idosa, dentre elas: proteger os direitos e interesses difusos ou coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos, que estão elencados nos incisos I: II; III; IV; V alíneas a, b, c, VI; VII; VIII; IX; X §§ 1º ao 3º do mencionado artigo.

Art. 75 – Nos processos e procedimentos que não for parte atuará obrigatoriamente o Ministério Público na defesa dos direitos e interesses de que cuida esta Lei, hipóteses em que terá vista dos autos depois das partes, podendo juntar documentos, requerer, diligências e produção de provas, usando os recursos cabíveis.

Art. 76 – A intimação do Ministério Público, em qualquer caso, será feita pessoalmente.

Art. 77 - A falta de intervenção do Ministério Público acarreta a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado.

O Art. 77, ao determinar a nulidade do feito, pela não intervenção do Ministério Público, que, inclusive, deverá ser declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado, é impertinente ao espírito da Lei Maior, do Estatuto do Idoso e à finalidade de ambas e também a todas as demais normas jurídicas que protegem o idoso.

Com efeito, é fato notório nas Promotorias do Idoso que os maiores conflitos são os de ordem econômica e patrimonial, que em geral ocorrem no ambiente familiar, onde filhos e parentes dos idosos aproveitam a idade avançada dos mesmos para usurparem seus bens e finanças. Se numa dessas causas os interessados se acharem prejudicados, porque não houve a intervenção do MP e a prestação jurisdicional foi a favor do idoso, poderão requerer a nulidade do feito aproveitando-se de uma mera formalidade do artigo 77, o que macula a proteção legal do idoso, causando-lhe um transtorno jurídico, porque ficará a mercê de um novo julgamento, contrariando a Lei n. 10.173-2001 que acrescentou o artigo 1.121 –A ao Código de Processo Civil, o qual trata da prioridade na tramitação dos procedimentos judiciais em que figure como parte ou interveniente pessoa de idade igual ou superior sessenta e cinco anos, sendo reduzida pelo Estatuto do Idoso no art. 71 para sessenta anos.

Discorrendo acerca do tema, **O MINISTÉRIO PÚBLICO E AS PESSOAS IDOSAS**. MAZZILLI, 2002, assim se pronuncia.

“A atuação do Ministério Público na proteção da pessoa idosa visa, especialmente”:

a) assegurar e preservar seus direitos sociais; b) a criar melhores condições de para o desenvolvimento de sua autonomia, integração e efetiva participação na sociedade; c) a defender-lhes o direito à vida, à saúde, ao amparo, à cidadania, à liberdade, à dignidade, à segurança, ao lazer e ao bem estar; d) a buscar erradicar qualquer forma de desigualdade, discriminação, marginalização e preconceito decorrentes de sua condição”.

Acrescenta, adiante: “É verdade que grande parte do que se deve fazer em prol das pessoas idosas depende de política governamental fundada em sólidos investimentos, a começar pelo acesso aos tratamentos médicos adequados e pela rápida concessão de tratamentos médicos a aposentadorias condignas – o que o sistema previdenciário nacional está longe de buscar muito pelo contrário”. (p. 507).

Por conseguinte, é imprescindível que o **Parquet** haja em defesa do idoso usando do aparato jurídico que lhe é conferido, pelas ações elencadas no Art. 129 da CF-88 e repetida no artigo 74 do Estatuto do Idoso, para assegurar a implantação das políticas públicas que garantam ao idoso em situação de risco atendimento e acompanhamento especializado: como assistência médica geriátrica, programas ligados a gerontologia, fazendo com que o Estado disponibilize recursos para garantir os direitos da pessoa idosa.

Igualmente, merece atenção e cuidado por parte do Ministério Público o idoso que goza de boa situação financeira, posto que, muitas vezes é alvo de disputa na família para mantê-lo sob a guarda de filhos e parentes inescrupulosos, que se aproveita de seus recursos para manterem uma vida social incompatível com a renda que percebem, deixando o idoso, em situação de risco, não pela hipossuficiência e sim pela ausência de atenção e cuidados que lhe garanta o exercício da cidadania plena.

Em fim depreende-se que, o Estatuto do Idoso ao dispor sobre as atribuições do Ministério Público, criou uma nova causa de intervenção, em razão da qualidade da parte (pessoa idosa). Como também, confere-lhe a função de substituto processual (art. 74, III), que deve ser assumida quando realmente necessária, ou seja, quando o caso exige extrema urgência e impossível a atuação de outros legitimados, tais como, a Defensoria Pública, que conforme a dicção do Art. 134 da CF-88 *caput* “é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

3.2. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESTATUTO DO IDOSO A LUZ DA JURISPRUDÊNCIA

Após quase quatro anos de vigência do Estatuto e acalorado debate jurídico sobre a intervenção do Ministério Público, os doutrinadores e jurisdiconsultos pátrios caminham para um entendimento, de que a intervenção ocorrerá obrigatoriamente, quando se trata de questões que envolvam idoso em situação de risco e de direito indisponível, preservando a capacidade de agir do idoso na vida como ser capaz de dispor de seus direitos e interesses patrimoniais.

O Superior Tribunal de Justiça vem se posicionando nesse sentido, quando legitima o Ministério Público a agir em defesa do idoso nos casos que tratam sobre direitos indisponíveis, mesmo que se trate de um único idoso, como podemos constatar das ementas abaixo transcritas:

PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ESTATUTO DO IDOSO. DIREITO À SAÚDE.

1. Não viola o artigo 535 do CPC, nem importa negativa de prestação jurisdicional o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia posta.
 2. O Ministério Público possui legitimidade para defesa dos direitos individuais indisponíveis, mesmo quando a ação vise à tutela de pessoa individualmente considerada.
 3. 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.
 4. Tem natureza de interesse indisponível a tutela jurisdicional do direito à vida e à saúde de que tratam o arts. 5º, caput e 196 da Constituição, em favor de pessoa idosa que necessita de internação e pagamento de despesas médico-hospitalares. 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.
 5. Recurso especial a que se nega provimento.
- REsp 923008/RS; RECURSO ESPECIAL 2007/0031477-6 Ministro TEORIALBINO ZAVASCKI (1124) T1 - PRIMEIRA TURMA 05/06/2007 DJ 21.06.2007 p. 303

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. AÇÃO CAUTELAR INOMINADA. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ART. 127 DA CF/88. DIREITO À SAÚDE.

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 microsistema 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. *Legitimatío 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 Cautelar Inominada ajuizada pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, objetivando que o Município custeie avaliação de tratamento médico especializado a pessoa portadora de varizes nos membros inferiores com insuficiência venosa bilateral, e recurso especial interposto contra acórdão que decidiu pela ilegitimidade ativa do Ministério Público para pleitear direito de outrem que não idoso criança ou adolescente.
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. 6º 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).
10. Recurso especial provido para reconhecer a legitimidade ativa do Ministério Público Estadual. Resp 817710/RS – RECURSO ESPECIAL 2006/0027536-2 – Ministro Luiz Fux (1122) – T1 – Primeira Turma – 17/05/2007 – DJ 31.05.2007 P. 364.

PROCESSUAL CIVIL RECURSO ESPECIAL AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRATAMENTO MÉDICO IDOSO DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONFIGURAÇÃO PRECEDENTES DO STF E STJ DESPROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL.

1. A Primeira seção desta Corte Superior pacificou o entendimento no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para ajuizar medidas jurídicas para defender direitos individuais indisponíveis, ainda que em favor de pessoa determinada, EREsp 734.493/RS, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 16.10.2006, p. 279; EREsp 485.969/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ de 11.9.2006, p. 22.0.

2. Ademais, o art. 74, I, da Lei 10.741/2003, dispõe que compete ao Ministério Público “instaurar o inquérito civil e ação civil pública para a proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos, individuais indisponíveis e individuais homogêneos do idoso”.

3. Excepcionalmente, o rigor do disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 deve ser mitigado em face da possibilidade de graves danos decorrentes da demora no cumprimento da liminar, especialmente quando se tratar da saúde de pessoa idosa que necessita de tratamento médico urgente.

4. Desprovimento do recurso especial.

REsp 860840/MG; RECURSO ESPECIAL 2006/0126626-8 Ministra DENISE ARRUDA (1126) T1 - PRIMEIRA TURMA 20/03/2007 DJ 23.04.2007 p. 237.

4. DA RACIONALIZAÇÃO DA ATUAÇÃO DO PARQUET NO CÍVEL E DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE PROCESSUAL

Merece destaque na presente tese a racionalização do trabalho dos membros do Ministério Público em qualquer instância. Com a transformação do Ministério Público em órgão comprometido com os problemas sociais, encarregado da promoção da paz social, tarefa máxima imposta pelo constituinte de 1988, os representantes do Parquet deixaram seus gabinetes e foram até o povo em busca da defesa dos interesses transindividuais, coletivos, individuais homogêneos, e individuais indisponíveis.

No momento em que se questiona a atuação indiscriminada do Ministério Público por imposição de uma Lei Ordinária, cabe aos representantes do Ministério Público é essencial que façamos uma racionalização dos trabalhos processuais, os de **custos legis**, em feitos que muitas vezes são dispensáveis, porque ausente o interesse público e o direito indisponível, interesses difusos ou coletivos de grande repercussão social.

Para Hugo Nigro Mazzilli: “A razão da atual ausência de intervenção na maioria dos feitos parece-nos clara: na verdade, o Ministério Público sempre intervém no zelo de interesses sociais ou individuais indisponíveis, ou no zelo de interesses difusos ou coletivos, de larga abrangência social. Regime Jurídico do Ministério Público: análise da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, aprovada pela Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, 4ª edição, São Paulo – Saraiva, 2000 – Pág. 361.

A atual conjuntura sócio-econômica proclama uma profunda reflexão no que se refere às funções institucionais, pois passados quase 21 (vinte e um) anos de vigência da Constituição Cidadã, podemos constatar que a cada dia ao Ministério Público é imposta funções sociais mais relevantes voltadas para a comunidade, para oportunizar ao cidadão o pleno exercício de seus direitos ali amparados, tais como, um meio ambiente sadio, o direito a educação, a saúde, a moradia, e a uma velhice com dignidade.

Neste Contexto, o *Parquet* não pode nem deve atuar sem estabelecer uma estratégia de conduta que possibilite o maior alcance das questões sociais e coletivas, daí a importância da racionalização de seu mister nos processos cíveis. É razoável exigir-se intervenção ministerial incondicional, atendendo ao ESTATUTO, em todas as causas em que haja interesse do idoso em discussão, ou somente naquelas em que ocorrem face a uma situação especial (incapacidade, carência de recursos financeiros, situação de risco)?

5. CONCLUSÃO

Considerando que o Estatuto trouxe um grande avanço a política nacional do idoso, bem como, proporcionou aos membros do Parquet um momento de reflexão sobre a conduta daqueles na defesa dos interesses das pessoas de idade igual ou superior a 60 anos, notadamente na interpretação dos artigos 75 e 77 do mencionado diploma legal, o que não deve fugir da orientação do art. 127 da Constituição Federal/88, conclui-se, o que se segue:

1. Embora o Estatuto do idoso tenha criado uma nova causa de intervenção do MP em face da qualidade da parte (pessoa idosa), como disciplina o 75, a obrigatoriedade cabe somente nas causas em que estejam em jogo idosos em situação de risco e tratem de direitos individuais indisponíveis;
2. Atuação como órgão agente se dará sempre que figurar na lide hipótese de direitos individuais homogêneos, difusos, coletivos, individuais indisponíveis;

3. A intervenção do Ministério Público ocorrerá após um pré-questionamento acerca do interesse público a ser preservado, considerando-se os direitos descritos no item anterior, jamais nos feitos em que a parte ou interessado seja idoso capaz, fora da situação de risco e trate de direito disponível;
4. A interpretação literal do artigo 77 ao determinar a nulidade do feito, pela não intervenção do Ministério Público, que, inclusive, deverá ser declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado é impertinente ao espírito da Lei, que veio para resgatar a cidadania do idoso e para protegê-lo da prática discriminatória;
5. A aferição da intervenção ou não do Parquet nos feitos que tratem dos direitos e interesses das pessoas idosas, cabe exclusivamente a estes, para que não seja maculada sua independência funcional, devendo o mesmo fundamentar sua posição.

6. BIBLIOGRAFIA

FRANCO, Paulo Aves. **Estatuto do Idoso**. 2ª ed., Campinas, SP. Servanda Editora, p. 534, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, 2ª ed. Volume I – Parte Geral. Editora Saraiva. p. 92, 2006.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e as Pessoas Idosas – A defesa dos interesses difusos em juízo, meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses**. 15ª ed. Editora: Saraiva, p. 507, 2002.

PERES, Ana Paula Ariston Barion. **Proteção aos Idosos**. Editora: Juruá, Curitiba, p.128, 2007.

RAMOS, Paulo Roberto Barbosa. **Fundamentos Constitucionais do Direito à Velhice**. Editora: Obra Jurídica, p.53, 2002.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4619>. **Apontamento sobre o Estatuto do Idoso**. Acesso: 16/08/2007.

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10021>. **A intervenção do Ministério Público no processo civil à luz do Estatuto do Idoso**. Acesso em: 17/08/2007.

AMPLIAÇÃO DA DELAÇÃO PREMIADA AOS ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Karina Gomes Cherubini

Promotora de Justiça/BA

Síntese Dogmática

O presente trabalho tem por objetivo propor a aplicação da delação premiada no âmbito dos ilícitos de improbidade administrativa.

Isto porque aquele que colabora com as investigações e confessa o crime, no âmbito penal, poderá ter sua pena reduzida. Na improbidade administrativa, confessar não traz nenhum benefício ao agente público ou ao terceiro que com ele praticou o ato ilícito.

Por outro lado, por vezes o rumo da investigação e o seu deslinde só são alcançados, com êxito, pela colaboração de um dos participantes do ato de improbidade, que esclarece sua sistemática.

Assim, a utilização da delação premiada, para fixação de sanção mínima, redução ou até afastamento de algumas das sanções, além de poder contribuir com as investigações e a instrução processual, mostra-se princípio de equidade ou de igualdade jurídica, já que, em diversas outras situações legais, a renúncia ao direito constitucional de manter-se em silêncio converte-se em benefícios penais, com redução expressiva da resposta estatal.¹

Fundamentação

1) Valoração legal da confissão e da colaboração do agente nas infrações econômico-administrativas e nas ações penais.

O Código Penal permite a atenuação da pena ao agente que confessa espontaneamente a autoria do crime. Por confissão, entende-se a declaração ou admissão, pelo acusado, do crime que praticou.²

Há divergência quanto à necessidade de espontaneidade ou voluntariedade da confissão na doutrina e na jurisprudência³.

Cabe ressaltar, com base em Damásio Evangelista de Jesus, que voluntário é o ato produzido por vontade livre e consciente do sujeito, ainda que sugerido por terceiros, mas sem qualquer espécie de coação física ou psicológica. Ato espontâneo, por sua vez, constitui aquele resultante da mesma vontade livre e consciente, cuja iniciativa foi pessoal, isto é, sem qualquer tipo de sugestão por parte de outras pessoas.⁴

Não se exige seja a confissão resultante de “arrependimento” do agente.⁵ Destarte, não importa o motivo que levou o agente a admitir a autoria, se arrependimento ou propósito de se beneficiar em caso de futura condenação.⁶

¹ ARAS, Vladimir. Princípios do Processo Penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2416>>. Acesso em: 29 maio 2007

² Idem.

³ MALUF, Edison. O interrogatório e a confissão no processo penal. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 52, nov. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2366>>. Acesso em: 29 maio 2007.

⁴ _____. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal Brasileiro. Mundo Jurídico, [s.l.], 31 out 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 29 maio 2007.

⁵ Neste sentido STJ, HC 8.109-DF, DJU 14.8.00, p. 180, in RBCCR 32/334, apud DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto [et al.]. Código Penal Comentado, 6ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 132

⁶ DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto [et al.]. Ob.cit. p. 132.

Assim sendo, a confissão simples espontânea ou auto-declaração de culpabilidade conferirá ao réu o direito de redução da pena, em grau estabelecido pelo juiz, em virtude do reconhecimento de circunstância atenuante genérica, prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal: "são circunstâncias que sempre atenuam a pena, ter o agente confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime".⁷

Nota-se que o infrator não é obrigado a confessar. É garantia judicial internacional, no continente americano, por força do artigo 8º, §2º, alínea 'g', do Pacto de São José da Costa Rica, o direito que toda pessoa tem de "não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada".

Igualmente a Quinta Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América assegura a garantia contra a auto-incriminação ("*privilege against self incrimination*"), desde o século XVIII, ao gizar que nenhuma pessoa "*shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself*." ^{8/9}

Destarte, se mesmo a despeito de inexistência de obrigatoriedade o infrator resolver confessar, será beneficiado, no mínimo, com aplicação da atenuante genérica.

Neste sentido, o seguinte julgado:

CONFISSÃO ESPONTÂNEA - Circunstância atenuante - Favor legal que apresenta caráter objetivo, sendo dever do julgador aplicá-lo quando ocorrida aquela - Alegação simultânea de legítima defesa - Fato que não impede o reconhecimento da atenuante, por ser cindível a confissão - Inteligência do art. 65, III, "d", do CP e aplicação do art. 200 do CPP - Declaração de voto (STJ) RT 669/377

Outros diplomas legais igualmente premiam aquele que confessa ou coopera com as investigações. Assim, a Lei dos Crimes Ambientais prevê, em seu artigo 14, a atenuação da pena quando houver arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano, ou limitação significativa da degradação ambiental causada (inciso II), a comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental (inciso III) ou colaboração do réu com os servidores encarregados da vigilância e do controle ambientais (inciso IV).

Da mesma forma, o legislador introduziu, no Código Penal, o crime de sonegação de contribuição previdenciária, formando o tipo do artigo 337-A. Beneficiou com extinção de punibilidade obrigatória aquele que confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à Previdência Social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.¹⁰

Prosseguindo, cabe comentar sobre a delação premiada.

Para Damásio Evangelista de Jesus, enquanto delação é a incriminação de terceiro, realizada por um suspeito, investigado, indiciado ou réu, no bojo de seu interrogatório ou em outro ato, "**delação premiada**" configura aquela incentivada pelo legislador, que premia o delator, concedendo-lhe benefícios (redução de pena, perdão judicial, aplicação de regime penitenciário brando etc.).¹¹

A inspiração para tal benefício no Brasil credita-se oriunda dos Estados Unidos (*plea bargain*), que sempre se utilizou dessa prática durante o período que marcou o acirramento do combate ao crime organizado, e da Itália (*patteggiamento*), na famosa Operação Mãos Limpas, que resultou em um processo de investigação que permitiu ao país identificar e punir pessoas ligadas a todo tipo de escândalos envolvendo a máfia italiana e importantes políticos.¹²

Foi previsto na Lei de Crimes Hediondos (Lei nº. 8.072/90, art. 8º, parágrafo único¹³) e alcançou colocação também em outros diplomas legais, a saber: na Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492/86, art. 25, §2º, em redação dada pela Lei nº 9.080/95), na Lei de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei nº 8.137/90, art. 16, parágrafo único), na Lei do Crime Organizado (Lei nº. 9.034/95, art. 6º); no Código Penal (art. 159, 4º – extorsão mediante seqüestro), na Lei de Lavagem de Capitais (Lei nº. 9.613/98, art. 1º, §5º); na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei nº. 9.807/99, arts. 13 e 14) e na Lei Antitóxicos (Lei nº. 10.409/2002, art. 32, § 2º).

Há divergência de tratamento à delação premiada na legislação brasileira. A Lei do Crime Organizado, a Lei de Lavagem de Capitais e a Lei Antitóxicos expressamente exigem a espontaneidade da colaboração. A seu canto, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas contenta-se com a voluntariedade do ato.

⁷ ARAS, Vladimir. Ob. Cit.

⁸ Idem, ob.cit.

⁹ Em tradução livre, nenhuma pessoa poderá ser compelida, em nenhum "caso" criminal, a ser testemunha contra ela mesma.

¹⁰ FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Uma breve análise sobre a incongruência legislativa nas novas causas extintivas da punibilidade no crime de sonegação de contribuição previdenciária. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 5, n. 47, nov. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1499>>. Acesso em: 29 maio 2007.

¹¹ _____. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal Brasileiro. *Mundo Jurídico*, [s.l], 31 out 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 29 maio 2007.

¹² CRUZ, André Gonzalez. Voz do delator: Delação premiada é mal necessário que deve ser restrito. *Consultor Jurídico*. São Paulo, 30 out 2006 <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/49661,1>>. Acesso em: 29 maio 2007.

¹³ "O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu desmantelamento, terá a pena reduzida de um a dois terços".

Tanto a Lei de Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional como a de Crimes Contra a Ordem Tributária, Econômica e contra as Relações de Consumo exigem confissão espontânea que revele à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa.

Por fim, o Código Penal, no crime de extorsão mediante seqüestro, exige a eficácia da delação, sendo indiferente, pela omissão da lei, seja o ato espontâneo ou voluntário.¹⁴

Damásio Evangelista de Jesus entende que é possível, dado seu caráter geral, a aplicação subsidiária da Lei nº 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas) aos crimes praticados por organização criminosa ou lavagem de capitais. Destarte, se houver colaboração voluntária, embora não espontânea, tornar-se-á possível o perdão judicial ou a redução da pena mesmo para delitos tratados pelas Leis nº. 9.034/95 e 9.613/98, com base na Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, desde que preenchidos os requisitos de seus artigos 13 e 14.¹⁵

A delação premiada oferece benefícios ao infrator que confessa ou colabora com as investigações, predominando o entendimento de que a lei exige a espontaneidade, sem exigir a voluntariedade.¹⁶

É o que se extrai do seguinte julgado:

PENA - Delação premiada - Perdão judicial e causa de diminuição da reprimenda - Denúncia contra os demais partícipes ou co-autores do crime que deve ser feita de maneira voluntária pelo co-réu, de modo a dispensar a espontaneidade - Aplicação dos benefícios, no entanto, somente quando o delito for praticado por três ou mais agentes Interpretação dos arts. 13 e 14 da Lei 9.807/99 (TJMG) - RT 786/699.

O acordo de leniência, a seu turno, apontado como uma forma de delação premiada¹⁷, foi previsto na Lei nº 10.149/2000, a qual alterou e acrescentou dispositivos à Lei nº. 8.884/94. Permite a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável às pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte a identificação dos demais co-autores da infração e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. Já na área penal, permite a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia nos crimes contra a ordem econômica, tipificados nos artigos 4º, 5º e 6º da Lei nº. 8.137/90.¹⁸

Contudo, a delação premiada da área penal e sua variável da área econômico-administrativa, o acordo de leniência, têm despertado críticas, a começar pelo aspecto ético. Isto porque, em parte, traduzem-se em incentivos legais à traição.¹⁹

O criminalista Roberto Podval entende que, pela delação premiada, acaba-se valorizando o vício de caráter de ser delator, enquanto para o criminalista Laertes de Macedo Torrens a idéia foi copiada do Direito Italiano sem uma análise mais profunda. *"Temos de ter limites para o uso de uma lei como esta, criada na Itália em um momento excepcional, da Operação Mãos Limpas, de inspiração autoritária e fascista"*.²⁰

De outro canto, comenta-se que a adoção da delação premiada exponha o reconhecimento da incapacidade do Estado frente às mais variadas formas de ações criminosas e demonstre a aceitação de sua ineficiência ao apurar ilícitos penais, notadamente os perpetrados por associações criminosas.²¹

No entanto, nem sempre a colaboração premial demonstra a incapacidade do Estado no combate ao crime. Tanto que Juliana Conter Pereira Kobren recorda que, "nos Estados Unidos, que possui um Poder Judiciário extremamente ágil, apoiado por uma Polícia moderna, eficiente e cumpridora de leis enérgicas e duras, faz, constantemente, uso do instituto da delação premiada, inclusive transaciona com os acusados".²²

No que se refere aos acordos cíveis e administrativos, também denominados *settlement agreements*, igualmente têm sido adotados por um número cada vez maior de países, sejam eles de tradição jurídica anglo-saxônica ou continental, a exemplo de Nova Zelândia, África do Sul e França, sem que isso indique, necessariamente, desaparecimento do Estado para as investigações. A adoção do acordo de leniência ocorre por contribuir para a

¹⁴ JESUS, Damásio de. Ob.cit.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Neste sentido STF, RT 690/390, apud DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, DELMANTO JÚNIOR, Roberto [et al]. Ob.cit, p. 132

¹⁷ _____. Acordo de leniência. **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**, São Paulo, dez. 2000. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 19 jun 2007. No mesmo sentido BELLIBONI, Flávio Lemos, PUGLIESE, Paola R. Petrozziello. Mudança de rumo: Brasil segue tendência mundial de combate aos cartéis. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 6 out 2002. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br/static/text/9773,1>. Acesso em: 19 jun. 2007.

¹⁸ GOMES, Luiz Flávio. Você sabe o que é, em direito penal, acordo de leniência? **Ibccrim**, São Paulo, 25. nov 2000. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20050627120852310>. Acesso em: 20 jun 2007.

¹⁹ JESUS, Damásio de. Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal Brasileiro. **Mundo Jurídico**, [s.l], 31 out 2005. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 29 maio 2007.

²⁰ Delação vira moda e gera discussão sobre seu uso. **BlogsDireito**. Aracaju, 17-09-2005. Disponível em: <http://www.blogsdireito.blogspot.com.br/2005_09_11_archive.html>. Acesso em: 27 mai 2007.

²¹ CRUZ, André Gonzalez. Ob.cit.

²² _____. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>. Acesso em: 12 jun. 2007.

identificação de um número crescente de cartéis, em menor tempo e com menor dispêndio de recursos humanos e financeiros das autoridades antitruste. Pelo acordo o Estado “ganha eficiência sem perder eficácia no sentido de dissuadir práticas prejudiciais à concorrência”.²³

Outras razões são apresentadas para a aceitação da delação premiada pelos operadores do direito, as quais também podem ser aproveitadas, sob adaptações, para justificar o acordo de leniência.

Uma delas é que a pena, se entendida meramente como castigo pelo delito, não admitiria a delação premiada, já que se estaria concedendo um prêmio àquele que delinuiu. Em contrapartida, se entendida como forma de repreensão estatal para que não se voltasse a delinquir, inibindo a prática futura de crimes, alcançaria o seu fim, mesmo com a abdicação do Estado de aplicá-la em relação a um dos agentes, em virtude de sua contribuição com as investigações²⁴ ou pelo fato da confissão.

Outro argumento favorável à delação premiada é a constatação da profissionalização da atividade criminosa, com sua atuação hierárquica, sigilosa e a participação de vários membros. Nesta, necessariamente poucos conhecem o funcionamento, enquanto que os integrantes da cúpula da organização criminal, pessoas quase sempre bem sucedidas e com grande poder em suas mãos, raramente são descobertas pelos métodos ordinários de investigação.²⁵ A mesma dificuldade de obtenção de provas da existência do ilícito é percebida pelas autoridades antitrustes. Assim, pela colaboração do criminoso e/ou infrator, o Estado poderia romper a estrutura de maneira gradativa, conduta que somente com mais dificuldade conseguiria, sem o auxílio, face à estrutura de teia apresentada pelas organizações criminosas.²⁶

Celso Moreira Ferro Júnior, delegado de Polícia Civil do Distrito Federal, e George Felipe de Lima Dantas, tenente-coronel reformado da Polícia Militar do Distrito Federal, comentam com muita propriedade o disparate entre a estrutura, a forma de atuação e os instrumentos tecnológicos e, até mesmo, os legais colocados à disposição dos aparelhos repressivos do Estado, em comparação com os utilizados pelas organizações criminosas, mormente por não disponibilizar a legislação tradicional instrumentos ágeis e velozes de acesso à informação pelas organizações policiais, ainda que se acesse ou vivencie a “Era da Informação”. Tal desequilíbrio levaria “a uma baixa efetividade dos órgãos policiais, em sua capacidade de controle e supressão do crime organizado”.

Para eles, “se o crime não tem, objetivamente, a legislação como uma barreira para sua consecução perniciosa, já não se pode imaginar o mesmo em relação à investigação criminal. Na maior parte das vezes, o investigador policial deve pautar sua atividade coerentemente com uma série de obstáculos de ordem legal. Atualmente, os criminosos têm acesso à informação, tecnologias, comunicações, agem de forma diversificada, abrem empresas com facilidade e ocultam dinheiro. No Brasil, como em vários outros países, a globalização do crime se expressa hoje também em seu caráter trans-estadual, nacional, regional, internacional e finalmente transnacional, considerando o mundo como um todo. Grupos organizados agem, portanto, articuladamente, em diferentes unidades federativas, em países próximos ou globalmente, com conexões de múltiplas possibilidades (vínculos). Enquanto isso ocorre, a Justiça exige tramitação burocrática para concessão de mandados judiciais, necessidade de cartas precatórias, dificuldades para determinação judicial de prisões temporárias, demora na autorização de interceptações, além de uma cultura jurídica engessada em que, para todo acesso a dados, é necessário um mandado judicial específico”.²⁷

Assim sendo, como forma de fazer frente ao crime organizado²⁸, de combater a criminalidade²⁹ e amparado em um Direito Penal funcionalista, utilitário, pragmático³⁰ e menos idealista, a delação premiada vem ganhando a simpatia do legislador pátrio, inspirado, como dito, na ordem jurídica de outros países. Nessa situação, o benefício seria utilizado como forma de estímulo à elucidação e punição de crimes praticados em concurso de agentes (plurissubjetivos).³¹

²³ FARINA, Elizabeth. Acordos em casos de cartel: a experiência internacional. **Valor Econômico**, 08-11-2006. Disponível em <<http://clipping.planejamento.gov.br/Noticias.asp?NOTCod=318495>>. Acesso em: 18 jun 2007.

²⁴ FERRI, Willian Patric. Delação premiada no crime de extorsão mediante seqüestro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8104>>. Acesso em: 28 maio 2007.

²⁵ CRUZ, André Gonzalez. Ob.cit.

²⁶ KOBREN, Juliana Conter Pereira. Apontamentos e críticas à delação premiada no direito brasileiro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8105>>. Acesso em: 12 jun. 2007.

²⁷ FERRO JÚNIOR, Celso Moreira; DANTAS, George Felipe de Lima. A descoberta e a análise de vínculos na complexidade da investigação criminal moderna. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1441, 12 jun. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10002>>. Acesso em: 12 jun. 2007.

²⁸ JESUS, Damásio de. Estágio atual da “delação premiada” no Direito Penal Brasileiro. **Mundo Jurídico**, [s.l.], 31 out 2005. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br>>. Acesso em: 29 maio 2007.

²⁹ Justiça Brasileira ainda resiste em condenar aos ricos, diz o Procurador de Justiça Sammy Lopez. **Ministério Público do Acre**, 04-07-2006 em: <http://www.ac.gov.br/mp/imprensa/files/julho06/em_defesa_do_cidadao.pdf>. Acesso em: 20 jun 2007.

³⁰ Fábio Medina Osório sustenta que o Direito Penal está mais pragmático, por centrar-se mais na defesa de direitos constitucionais, incluindo a tutela de interesses difusos e coletivos, do que na justificação moral de seus preceitos proibitivos. —. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 124.

³¹ CRUZ, André Gonzalez. Ob.cit.

Enfim, seja pela delação premiada e/ou acordo de leniência, seja pela confissão espontânea, aquele que facilita o trabalho da investigação é tratado de forma diferente do que nega os fatos. Percebe-se que, em qualquer das situações acima analisadas, o réu preserva o seu direito ao silêncio e continua desobrigado de colaborar com as autoridades. Mas se resolver falar, cooperando será, no mínimo, premiado com a redução da pena.³²

2) Da fixação da sanção nos casos de procedência da ação de improbidade administrativa.

Ao lado dos instrumentos punitivos do direito penal, especialmente dos crimes contra a Administração Pública, o Estado tem ao seu dispor a Lei nº 8.429/92, que pune atos de improbidade administrativa que impliquem enriquecimento ilícito de agentes públicos, causam prejuízo ao erário, ou atentam contra os princípios da administração pública.

Possibilita solicitar o seqüestro e a indisponibilidade de bens cautelarmente e prevê a aplicação das sanções de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, perda dos bens adquiridos ilicitamente, pagamento de multa, ressarcimento do dano e proibição de contratar com o poder público ou receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios. Os sujeitos ativos da improbidade seriam os agentes públicos responsáveis, partícipes e particulares beneficiários.³³

Além da similitude do ilícito penal e do ilícito de improbidade administrativa em termos de conduta e suas consequências, de seus sujeitos ativos e passivos e até de tipologia, não sendo incomum a tutela de idênticos bens jurídicos, é de se ressaltar que a sanção em um e em outro tem a mesma finalidade, divergindo quanto ao foco de incidência.

No ilícito penal, a sanção geralmente incide sobre a liberdade pessoal, enquanto que, nas condenações por improbidade, sobre bens (indisponibilidade e seqüestro), comportamentos negociais (contratar com o poder público ou receber incentivos ou benefícios fiscais e creditícios) e direitos políticos (candidatar-se a cargos públicos, ou a cargos eletivos, ou de usufruir do direito-dever de voto³⁴). Contudo, continua sendo sanção, com finalidade repressiva e preventiva.

Como sustenta Fábio Medina Osório, o limite dogmático entre o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador é o de que não este não pode tipificar e punir condutas com penas privativas de liberdade³⁵, pois, quanto ao conteúdo ou qualidade das demais penas ou aos elementos morais e éticos, não haveria absoluta diferenciação, tanto que o legislador teria poderes discricionários na "administrativização de ilícitos penais ou na penalização de ilícitos administrativos".³⁶

Dentro desta visão, conceitua o autor que **"a sanção administrativa consiste em um mal ou castigo, com alcance geral e potencialmente *pro futuro*, imposto pela Administração Pública, considerada materialmente, pelo Poder Judiciário ou por corporações de direito público, a um administrado(r), agente público, indivíduo ou pessoa jurídica, expostos ou não a relações especiais de sujeição com o Estado, como consequência de uma conduta ilegal, tipificada em norma proibitiva, com uma finalidade repressora, ou disciplinar, no âmbito formal ou material do direito administrativo"**.³⁷

Em outras palavras, a sanção administrativa, tal qual a penal, tem caráter afliitivo, pela imposição de deveres e privação de direitos preexistentes, aliado a uma finalidade repressora da conduta e de restabelecimento da ordem jurídica.³⁸

A ação de improbidade administrativa é regida pelo processo civil. Segue o rito ordinário, após a fase diferencial própria, de notificação do demandado para apresentar defesa prévia. Sua tramitação mais se aproxima da processualística penal do que da civil, guardando muitos pontos em comum com o rito de instrução dos processos por crime de responsabilidade cometido por funcionário público.

Quanto à aplicação de sua sanção, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça inclina-se no sentido de sua fixação e dosagem segundo a natureza, a gravidade e as consequências da infração³⁹, com observância da lesividade e reprovabilidade da conduta do agente, do elemento volitivo e da consecução do interesse público. Posiciona-se, ainda, no sentido de individualização da sanção⁴⁰ em relação a cada réu, inclusive sob os princípios do direito penal.⁴¹ Como consequência, as sanções não têm de ser aplicadas, obrigatoriamente, de forma cumulativa, cabendo ao magistrado a sua dosimetria, aliás, como deixa entrever o parágrafo único do artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

³² ARAS, Vladimir. Ob.cit.

³³ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ministério Público e probidade administrativa. **Observatório da Imprensa**, [s.l], 31 out 2005. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid200198c.htm>>. Acesso em: 27 maio 2007.

³⁴ REsp 664.856/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 253.

³⁵ _____. Ob.cit. p. 85.

³⁶ Idem, p. 124.

³⁷ Idem. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p.227.

³⁸ RINCÓN, Jose Suay, apud OSÓRIO, Fábio Medina. Ob. cit., p. 84..

³⁹ REsp 513.576/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.11.2005, DJ 06.03.2006 p. 164.

⁴⁰ REsp 664.856/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 253.

⁴¹ REsp 513.576/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03.11.2005, DJ 06.03.2006 p. 164.

No entender reiterado do Superior Tribunal de Justiça⁴², o espectro sancionatório da Lei de Improbidade Administrativa induz interpretação que deve conduzir à dosimetria relacionada à exemplariedade e à correlação da sanção, critérios que compõem a razoabilidade da punição.

Levando esses aspectos em consideração, menciona-se que Lei de Improbidade Administrativa, mesmo considerada como um dos melhores instrumentos para punir a corrupção⁴³, apresenta dificuldades no seu trilhar investigatório, tal qual ocorre com processos criminais que envolvam organizações criminosas e lavagem de capitais, ou, ainda, nas investigações administrativas empreendidas pelos órgãos de defesa da concorrência, relacionadas a cartéis.

Roberto Livianu, Promotor de Justiça do Estado de São Paulo, cita o exemplo “onde o Ministério Público está investigando um mega-esquema de crime organizado e não consegue chegar ao topo da pirâmide. Fez uma investigação das pessoas que formam a base do esquema e percebe que elas podem contribuir para chegar ao topo. Mas não pode abdicar da acusação de quem está na base, em troca de informação, para chegar aos mentores. Essa barganha processual é proibida pela legislação brasileira”⁴⁴, em face dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade.

Há de se ponderar que, apesar da vontade institucional vinculada ao cumprimento das leis ou de estar imbuído de seu dever institucional de atender a sociedade quanto a seus anseios de ordem, moralidade e justiça social⁴⁵, o Ministério Público nem sempre é dotado de infra-estrutura adequada para exercer o combate da improbidade administrativa, valendo-se, muitas vezes, da colaboração de outros órgãos institucionais.⁴⁶ Com isto, mostra-se eficaz até certo ponto em sua atuação, considerando que a tarefa de se perscrutar todos os meios legais possíveis para que a Lei da Improbidade Administrativa se cumpra é das mais árduas.⁴⁷

Os óbices encontrados limitam a atuação dos membros do Ministério Público e os resultados estão aquém da expectativa dos cidadãos brasileiros. É fato que a sociedade anseia por leis que se objetivem em resultados facilmente perceptíveis, pois o livre acesso à informação isenta e ao conhecimento dos negócios públicos identifica uma ordem social autenticamente democrática.⁴⁸

Há similitude entre o ilícito penal e o de improbidade administrativa em todos os fatores já comentados. Fábio Medina Osório amplia o leque das semelhanças, ao apontar que se admite dolo ou culpa como pressupostos da responsabilidade por improbidade administrativa. Tal responsabilidade subjetiva acarreta a possibilidade de serem admitidas causas que excluam a culpabilidade administrativa ou a própria exclusão de tipicidade. Em face disto, vislumbra a arguição de teses como erro de tipo e de proibição no âmbito do direito administrativo sancionador, sem que se cometa uma ‘heresia’.⁴⁹

Se para o ilícito penal a confissão gera a atenuação da pena, não há razoabilidade em aplicar uma penalidade para o mesmo fato, agora visto sob seu prisma administrativo, com o único enfoque de gerar uma decisão de mérito, diminuindo a matéria probatória a ser examinada (CPC, art. 334, inc. II), sem qualquer repercussão na dosimetria sancionatória.

A jurisprudência criminal reconhece a confissão espontânea e a valora, já que sua realização beneficia a todos, serve de base para a fundamentação da condenação, facilita o trabalho do Estado na demonstração da culpa e, ao mesmo tempo, dá a certeza que não haverá uma injustiça.⁵⁰

Se a confissão nos processos cíveis, especificamente nos feitos de improbidade administrativa, fosse reconhecida como atenuante da sanção e mais, se fosse estendido a esse tipo de feito os demais benefícios da delação premiada, haveria um avanço na instrução do inquérito civil e na própria instrução processual, obtendo-se peças de um quebra-cabeça que, de outra forma, pode seguir incompleto, mesmo que se obtenha um deslinde condenatório.

Não se vislumbra empecilho legal, já que o artigo 126 do Código de Processo Civil autoriza expressamente o uso da analogia no julgamento da lide, ao gizar que “o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à

⁴² RESP 631.301/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12.09.2006, DJ 25.09.2006 p. 234. Precedentes: RESP 664856/PR, Relator Ministro Luiz Fux, DJ de 02.05.2006; RESP 507574/MG, Relator Ministro Teori Zavascki, DJ de 08.05.2006; RESP 513.576/MG, Relator p/ acórdão Ministro Teori Zavascki, DJ de 06.03.2006; RESP 291.747, Relator Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ de 18/03/2002; RESP 300.184/SP, Relator Ministro Franciulli Netto, DJ de 03.11.2003 e RESP 505.068/PR, Ministro Luiz Fux, DJ de 29.09.2003.

⁴³ HAIDAR, Rodrigo, MATSUURA, Lflian. Origens da corrupção: sigilo não pode servir de blindagem para infratores. **Consultor Jurídico**, São Paulo, dez. 2006. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/50881,1>>. Acesso em 27 mai 2007. No mesmo sentido MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ministério Público e probidade administrativa. **Observatório da Imprensa**, [s.l.], 31 out 2005. Disponível em: <<http://observatorio.ultimosegundo.ig.com.br/cadernos/cid200198c.htm>>. Acesso em: 27 maio 2007.

⁴⁴ HAIDAR, Rodrigo, MATSUURA, Lflian. Ob. Cit.

⁴⁵ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Improbidade administrativa e a atuação do Ministério Público. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2732>>. Acesso em: 29 maio 2007.

⁴⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ob. Cit.

⁴⁷ PALERMO, Fernanda Kellner de Oliveira. Ob.cit.

⁴⁸ Idem.

⁴⁹ _____. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública: corrupção : ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 240.

⁵⁰ Apelação Crime Nº 70010323319, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Sylvio Baptista Neto, Julgado em 10/03/2005, Publicação: Diário da Justiça do dia 04/05/2005.

analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito". Igualmente, a Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro (Decreto-lei n.º 4.657/42) estabelece, no seu artigo 4.º, que "**quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito**".

A aplicação da analogia com fundamento no princípio da igualdade jurídica é, de forma geral, consenso entre os doutrinadores⁵¹. Por outro lado, segundo MAXIMILIANO e CASTÁN TOBENAS, haveria duas situações em que não seria possível a aplicação da lei através da analogia: 1º) no caso das leis de caráter criminal; 2º) nas de **iure singulare**.⁵² Ora, nenhuma dessas limitações se aplica à extensão da delação premiada às ações de responsabilização por improbidade administrativa. Como visto, não têm caráter penal. Tampouco a Lei nº 8.429/92 trata-se de norma de direito singular ou excepcional, de modo a não poder comportar a decisão de semelhante para semelhante.

Veja-se que nas infrações econômico-administrativas regidas pela Lei nº 8.884/94, que constituem, a um só tempo, ilícito administrativo, punível por esse diploma, e crime contra a ordem econômica, cujos tipos são previstos pela Lei nº 8.037/90⁵³, à colaboração do autor, seja na esfera administrativa, seja na penal, tão similar, portanto, ao que ocorre com a Lei de Improbidade Administrativa, corresponde um tratamento suave, brando, da autoridade administrativa ou judicial.⁵⁴

Como a Lei nº 8.429/92 não fixa critério a ser obedecido na inflição da sanção⁵⁵, este seguirá a discricionariedade judicial e as fontes integradoras do Direito⁵⁶, que incluem, com visto, a analogia. Deve ter-se em mente que o Judiciário não deve ser um mero repetidor de fórmulas dadas pela legislação. Deve atuar na função de garantidor de direitos reconhecidos pela legislação, mas tem importante papel a desempenhar no desenvolvimento da luta pelo pleno resgate da cidadania, utilizando-se, quando necessário, da força criadora do direito, como, por exemplo, a utilização de experiências inovadoras para a solução de conflitos.⁵⁷

Se aceita a extensão da delação premiada aos atos de improbidade administrativa, a doutrina e a jurisprudência tratariam de elaborar suas regras ou requisitos, como têm feito nas situações criminais em que é aplicada.

À guisa de ilustração, serviria de orientação o entendimento de que a delação premiada nos atos de improbidade administrativa só poderia ser aplicada quando o delito fosse praticado por três ou mais agentes, por interpretação analógica dos artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99.⁵⁸ Da mesma forma, que a confissão seria incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas⁵⁹. Se houvesse retratação, não poderia servir como atenuante. Ainda, que o ilícito administrativo encontrasse correspondência naqueles em que o Direito Penal prevê a delação premiada.

Da mesma forma, por analogia aos ditames da Lei nº 8.884/94, com as alterações dadas pela Lei nº 10.149, de 21.12.2000, a delação premiada não seria aplicada aos agentes públicos ou terceiros que tenham estado à frente do ato de improbidade administrativa, na qualidade de líder, promovendo ou organizando a cooperação ao ilícito, ou dirigindo a atividade dos comparsas. Seria aplicada somente a um dos envolvidos no ilícito administrativo, não sendo admissível a habilitação de todos ao benefício ou sua extensão aos demais.

O acordo de colaboração para fins de delação premiada deveria ser realizado na fase extrajudicial, perante o Ministério Público, com posterior homologação judicial, em caráter sigiloso. Não haveria prevenção para a ação principal, até para manter a imparcialidade da autoridade judicial competente para o julgamento da ação de responsabilidade por ato de improbidade administrativa. O agente público, a pessoa jurídica ou pessoa física envolvida deveria, ainda, cessar completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo ao *Parquet*.

Se as informações fossem passadas somente em juízo, ainda assim serviriam como a atenuante da confissão, refletindo no apenamento mais brando. Quando o beneficiado fosse pessoa jurídica, os efeitos da delação estender-se-ia aos respectivos dirigentes ou administradores que, em conjunto com aquela, assinassem o instrumento na fase extrajudicial ou confessassem.

⁵¹ AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. As lacunas da lei e as formas de aplicação do Direito. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 5, n. 49, fev. 2001. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=30>>. Acesso em: 18 jun. 2007.

⁵² Apud AMARAL, Júlio Ricardo de Paula. Ob cit.

⁵³ No mesmo sentido BELLIBONI, Flávio Lemos, PUGLIESE, Paola R. Petrozziello. Ob.cit.

⁵⁴ JESUS, Damásio de. Acordo de leniência. **Complexo Jurídico Damásio de Jesus**, São Paulo, dez. 2000. Disponível em: <www.damasio.com.br>. Acesso em: 19 jun 2007.

⁵⁵ REsp 664.856/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 06.04.2006, DJ 02.05.2006 p. 253.

⁵⁶ "A analogia é meio de integração da ordem jurídica, através do qual, formulando raciocínios indutivos com base num dispositivo legal (analogia legis), ou em um conjunto de normas ou dispositivos legais combinados (analogia juris), se preenche a lacuna existente em determinada lei. Nesse caso, há criação de direito, ainda que o processo criador esteja vinculado à norma ou às normas preexistentes levadas em consideração." Amílcar de Araújo Falcão, apud PALHARES, Cinthia Rodrigues Menescal. A integração no Direito Tributário: considerações acerca do emprego da analogia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 58, ago. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3103>>. Acesso em: 18 jun. 2007.

⁵⁷ Combate à criminalidade: poder investigatório do MP deve ser formalizado, diz Ajufe. **Consultor Jurídico**, 24-10-2004. Disponível em <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30781,1>> Acesso em 06 jun 2007.

⁵⁸ TJMG - RT 786/699

⁵⁹ REsp 418341 / AC ; Recurso Especial 2002/0025733-4, Ministro Felix Fischer, T5 - Quinta Turma, julgado em 08/04/2003, DJ 26.05.2003 p. 374

A confissão e colaboração prestada seriam consideradas na gradação da sanção administrativa pela conduta que gerou enriquecimento ilícito e/ou foi lesiva ao erário e/ou aos princípios da Administração Pública. A confissão implicaria em redução do apenamento, sendo que o *quantum* da redução seria avaliado levando em consideração as variáveis da fase em que foi realizada, se desde a fase extrajudicial, durante o inquérito civil, ou somente em juízo. Quanto mais precedente a confissão, maior sua valoração como atenuante da sanção. Em relação à colaboração, seria avaliado o seu grau de efetividade, sendo que quanto mais eficaz para a descoberta de provas e identificação da autoria, mais repercutiria no abrandamento e até eventual afastamento das sanções, inclusive das mais gravosas. Havendo tanto confissão como colaboração para a elucidação do ato de improbidade, ambas teriam seu reconhecimento na dosimetria sancionatória administrativa.

Por fim, utilizando as possibilidades trazidas pela Lei nº 9.099/95, em seus artigos 76, §2º, inciso II, e 89, *caput*, que o réu não estivesse sendo processado ou não tivesse sendo condenado em outra ação de improbidade administrativa, bem como que não tivesse sido beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, com redução ou exclusão de algumas das sanções de improbidade administrativa, por força do reconhecimento de sua confissão espontânea e colaborativa com a investigação.

Para aqueles que focarem somente o aspecto ético da “traição”, cabe salientar que “não há ciência ou tecnologias puras, limpas ou boas (por mais que o seu processamento tenha sido ‘muito razoavelmente ético’), pois as imponderáveis alteram demais a subjetividade decorrente do uso político”⁶⁰

Por outro lado, recorda-se que mesmo a Ética desdobra-se em correntes, sendo que a ética utilitarista, também denominada consequencialista, por levar em consideração os efeitos reais produzidos, qualificando-os com base na utilidade⁶¹, representa uma das mais influentes teorias no campo da Filosofia Moral Contemporânea.⁶²

Por esta corrente⁶³, o maior valor ético deve consistir em procurar o maior bem possível para o maior número possível de pessoas⁶⁴, ou, em outros termos, já que não se pode beneficiar a todos, que se beneficie o maior número possível. Devido às vantagens gerais como teoria teleológica, com abordagem que substitui o idealismo pelo pragmatismo, a teoria utilitarista vem sendo aceita na discussão bioética brasileira⁶⁵.

Portanto, o utilitarismo seria a ética mínima, dentro da pretensão da universalidade inerente ao raciocínio ético. Seu ponto de partida pode ser indicado por aquilo que se denomina princípio da utilidade, a ser formulado da seguinte maneira: uma ação é útil e, portanto justa, ética e correta, quando traz mais felicidade do que sofrimento aos atingidos. Deste modo o prejuízo de alguns poderia ser justificado pelo benefício de outros, desde que estes estivessem em maior número (cálculo de maximização do bem).⁶⁶

Ainda que sob esse enfoque utilitarista, onde “uma ação é tanto melhor quanto mais positivas forem as consequências para o agente moral e para o maior número de pessoas”⁶⁷, onde se busca a maximização dos benefícios e minimização dos prejuízos⁶⁸, importa questionar se, para a sociedade, não é mais vantajoso premiar um colaborador ou fazer o uso negociado da confissão do que deixar de punir, por falta de provas, os demais infratores. Ao não se admitir a delação premiada na seara de improbidade administrativa, retrai-se a intenção de colaboração do agente público ou do terceiro e não se obtêm dados que somente seriam conhecidos com o completo esclarecimento do esquema da organização. Deixa-se, por vezes, de tutelar bem jurídico importante, como a moralidade administrativa,

⁶⁰ MARTINEZ, Vinício C.; MUCHERONI, Marcos Luiz. Estado-Ciência e biossegurança. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 898, 18 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7693>>. Acesso em: 18 jun. 2007.

⁶¹ BRYCH, Fabio. Ética utilitarista de Jeremy Bentham. *Data Vênia*, [s.l.], ano 9, nº 86, nov. 2005. Disponível em: <<http://www.datavenia.net/artigos/eticautilitaristajeremybentham.html>>. Acesso em: 18 jun. 2007.

⁶² RAKKEL. A Ética do Aborto. *Redepsi*, [s.l.], 18 mar 2007. Disponível em: <<http://www.redepsi.com.br/portal/modules/smartsection/item.php?itemid=403>>. Acesso em 20 jun 2007.

⁶³ Em Filosofia, o utilitarismo é uma doutrina ética que prescreve a ação (ou inação) de forma a otimizar o bem-estar do conjunto dos seres humanos; é uma forma de consequencialismo, por avaliar uma ação (ou regra) unicamente em função de suas consequências. Aponta ainda que antes de quaisquer outros, foram Jeremy Bentham (1748-1832) e John Stuart Mill (1806-1873) que sistematizaram o princípio da utilidade e conseguiram aplicá-lo às questões concretas – sistema político, legislação, Justiça, política econômica, liberdade sexual, emancipação das mulheres. Atualmente destaca-se Peter Singer. Coloca, por fim, que em Economia, o utilitarismo pode ser entendido como um princípio ético no qual o que determina se uma decisão ou ação é correta, é o benefício intrínseco exercido à coletividade, ou seja, quanto maior o benefício, tanto melhor a decisão ou ação. (Utilitarismo. *Wikipédia*. Desenvolvido pela Wikimedia Foundation. Apresenta conteúdo enciclopédico. Disponível em: <<http://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=Utilitarismo&oldid=6416936>>. Acesso em: 20 Jun 2007)

⁶⁴ VALLS, Alvaro L. M. Ética na Contemporaneidade. *UFRGS*, Porto Alegre, 28 jul 1997. Disponível em <<http://www.ufrgs.br/bioetica/eticacon.htm>>. Acesso em: 18 jun 2007.

⁶⁵ HUSSEINI, Maria Marta Guerra. Sobre a utilização de fetos humanos mortos em pesquisas científicas. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5451>>. Acesso em: 18 jun. 2007.

⁶⁶ ALVES, Rafael. F. Algumas considerações sobre a ética utilitarista. *FilosofiaSF*, São Paulo, [s.d.]. Disponível em <<http://www.geocities.com/filosofiasf/rafael03.htm>>. Acesso em: 20 jun 2007.

⁶⁷ RAINHA, Andréia, MARQUES, Ramiro. Ética e Deontologia da comunicação : Peter Singer e a Ética Prática. [s.n.t.]. Disponível em <http://www.eses.pt/usr/ramiro/docs/etica_pedagogia/Trabalho%20Peter%20Singer%20e%20%C3%A9tica%20utilitarista.pdf>. Acesso em: 18 jun 2007.

⁶⁸ RAKKEL. Ob.cit.

para garantir a impunidade de outros participantes.⁶⁹ E impunidade para quem desvia dinheiro público significa menos escolas, menos saúde, menos infra-estrutura viária, menos infra-estrutura elétrica, menos cultura, menos saneamento básico, impedindo, em última análise, o desenvolvimento do país.⁷⁰

Para Fábio Medina Osório, na "Era da Complexidade, ou na sociedade pós-capitalista da informação, os ilícitos assumem proporções tão agressivas que passam a exigir um Estado igualmente mais 'agressivo', (...) a demandar posturas funcionalistas e estratégias de aproximação das ferramentas inerentes ao Direito Punitivo".⁷¹

Por esta razão, a extensão da delação premiada aos atos de improbidade administrativa não é de todo rechaçada por Wallace Paiva Martins Junior.⁷² Ao contrário, sustenta que "a adequada penalização dos atos de improbidade administrativa, que têm o caráter de organização criminosa, está a merecer especial atenção do legislador pátrio no direito penal e processual penal e reclama inserção de instrumentos eficazes e proporcionais no combate a essa modalidade de crime organizado, exigindo um preparo mais efetivo, e igualmente organizado, do Ministério Público e do Poder Judiciário no exercício de suas funções constitucionais".⁷³

Igualmente a Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) defende a delação premiada, sugerindo que se promova a especialização técnica da Polícia e dos Poderes Legislativo e Judiciário no setor. Isso porque, para a entidade, não é "possível julgar com eficácia os agentes da criminalidade organizada sem conhecimento da dinâmica dessa modalidade delituosa, nem dos recursos tecnológicos de que dispõem".

Afinal, deve-se de ter em conta a medida da sanção e sua finalidade de proteção do bem jurídico. O Estado abdicará de punir integralmente um dos infratores, aceitando premiá-lo, em troca de informações que auxiliarão na elucidação do fato. E a finalidade de qualquer processo é descobrir a verdade dos fatos para que o juiz possa aplicar a decisão mais justa no caso concreto.⁷⁴

Por fim, a doutrina já começa a sustentar que "a superioridade teórica da dogmática penal pode e deve servir de inspiração garantista na seara do direito administrativo punitivo, eis que ambas constituem projeções do direito punitivo público".⁷⁵

Conclusões:

1. Por vezes, a investigação levada a cabo no inquérito civil para apurar ato de improbidade administrativa que tenha sido praticado de forma plurissubjetiva só consegue ser plenamente satisfatória com esclarecimentos advindos de um dos infratores.
2. Ocorre que o agente público e o terceiro que colaborarem com a investigação exercida no inquérito civil ou durante a instrução processual estarão formulando prova contra si e não receberão nenhum benefício, razão pela qual não lhes é vantajoso assumir a postura de colaboração.
3. Contudo, ainda que a Lei de Improbidade Administrativa não possua natureza penal, sua tipologia coincide, em muitos casos, com figuras penais, inclusive com aquelas que admitem o instituto da delação criminosa.
4. Assim sendo, sustenta-se que o benefício da delação premiada possa ser estendido às investigações de improbidade administrativa, beneficiando aquele que efetivamente colaborar e confessar a autoria com redução da sanção que seria cabível.
5. A colaboração deve ser voluntária ou espontânea, não precisando ser considerados os motivos subjetivos que a desencadearam, tal qual acontece com o reconhecimento da confissão penal como atenuante genérica.
6. A fixação da dosimetria, tal qual nos ilícitos criminais que admitem a delação premiada, continuaria sendo efetuada pelo Poder Judiciário, dentro dos parâmetros mínimo e máximo já apontados em lei, com redução ou exclusão de algumas das sanções de improbidade administrativa, por força do reconhecimento de sua confissão espontânea e colaborativa com a investigação.

⁶⁹ FERRI, Willian Patric. Delação premiada no crime de extorsão mediante seqüestro. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 987, 15 mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8104>>. Acesso em: 28 maio 2007.

⁷⁰ MATSUURA, Lílian, RONCAGLIA Daniel. Procuradores na luta: MP paulista abre campanha contra o foro privilegiado. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 28 mar 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/54090,1>>. Acesso em 08 jun 2007.

⁷¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Ob.cit, p. 143.

⁷² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Ob.cit.

⁷³ MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antônio de Campos. Seqüestro e indisponibilidade de bens na improbidade administrativa. In: II Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo, 1997. São Paulo. Anais... São Paulo : Imprensa Oficial, 1997. p. p.541.

⁷⁴ MOREIRA, Alexandre Magno Fernandes. Medo da Justiça : ineficiência penal favorece (sic) polícia, MP, juiz e criminoso. **Consultor Jurídico**, São Paulo, 16 mar 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/53735,1>>. Acesso em 07 jun 2007.

⁷⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa**: má gestão pública: corrupção : ineficiência. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 241.

7. A doutrina e a própria jurisprudência elaborariam os requisitos para a aplicação do benefício na seara da improbidade administrativa, podendo ser norteadores, entre outros, os seguintes:
- a) o ilícito administrativo deveria encontrar correspondência naqueles em que o Direito Penal prevê a delação premiada e ter sido praticado por três ou mais agentes;
 - b) a confissão seria incomunicável e incabível por extensão ou aplicação automática aos demais agentes, bem assim só serviria de atenuante, se não sofresse retratação;
 - c) maior seria a atenuação da sanção, em face do reconhecimento da confissão, se tivesse sido realizada desde a fase investigativa do inquérito civil;
 - d) a confissão geraria redução de pena, enquanto a efetividade da colaboração para com a investigação seria avaliada para fins de afastamento de sanções.
 - e) a colaboração com as investigações constaria de acordo firmado com o Ministério Público, em caráter sigiloso, o qual poderia ser homologado judicialmente, sem gerar prevenção em relação à ação de responsabilização por ato de improbidade administrativa;
 - f) o réu premiado, obrigatoriamente distinto do líder do ilícito, não poderia estar sendo processado ou ter sido condenado em outra ação de improbidade administrativa ou ter sido beneficiado anteriormente, pelo mesmo favor, no prazo de cinco anos.

CONTRATAÇÃO DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA PARA PRESTAR SERVIÇOS DE ADMINISTRAÇÃO / GESTÃO DA FOLHA DE PAGAMENTO DE SERVIDORES E EMPREGADOS PÚBLICOS – SUBSÍDIOS À ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. APONTAMENTOS E BREVES CONSIDERAÇÕES

Jean Cléber Cassiano Zamperlini e Ricardo Rangel de Andrade

Promotores de Justiça/GO

Sumário: Introdução. 1. Da obrigatoriedade de processo de licitação pública. Violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade. 2. Da inconstitucionalidade de leis municipais e estaduais que autorizam a celebração de contrato com instituição financeira para prestação de serviços de administração/gestão da folha de pagamento de servidores e empregados públicos. 3. Da ausência de critérios na estipulação dos valores contratuais a evidenciar a inexpressiva contrapartida oferecida pela instituição financeira e prejuízo ao erário. 4. Conclusão.

Introdução

Os Estados e Municípios, a pretexto e sob a justificativa de “reforço de caixa”, têm contratado serviços para a administração/gestão da “folha de pagamento” de seus servidores e empregados públicos junto a instituições financeiras, as quais têm demonstrado irrefreável ímpeto, ganância e ambição desmedida, na aquisição de exclusividade na prestação desses serviços.

Essas contratações - divulgadas nos órgãos de comunicação sob a denominação de “*alienação da folha de pagamento do funcionalismo público*” – são cada vez mais habituais e praticadas, não raro, em desrespeito às normas constitucionais e legais vigentes, sobretudo àquelas que dispõem sobre a obrigatoriedade de processo de licitação pública.

Trata-se, portanto, de assunto que requer maior atenção e percuente exame pelo Ministério Público, razão pela qual teceremos breves considerações e analisaremos, ainda que de maneira sucinta e sem a pretensão de esgotar o assunto, questões jurídicas pontuais: indevida dispensa de licitação, desrespeito a princípios basilares da Administração Pública, danos ao patrimônio público e inconstitucionalidade de leis municipais e estaduais que autorizam a celebração de contrato com instituição financeira.

Dessa maneira, a presente tese versa sobre as mais recorrentes violações a ordem jurídica praticadas pelo poder público na contratação de instituição financeira para prestar serviços de administração/gestão da folha de pagamento dos servidores e empregados públicos.

1. Da obrigatoriedade de processo de licitação pública. Violação aos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade

A denominada “*alienação da folha de pagamento*”, ou melhor, a contratação de serviços, pelos Estados e Municípios, para administração/gestão das respectivas “folhas de pagamento”, com o objetivo de “reforço de caixa”, deve observar as normas constitucionais e legais pertinentes, que, diante de tais casos, impõem a realização de processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes.

A Resolução n. 3.424, de 21 de dezembro de 2006, do Conselho Monetário Nacional, que prorroga, de forma discutível, o benefício da conta-salário aos servidores e empregados públicos, dispõe sobre a necessidade da realização de processo licitatório:

"Art 6º. O disposto na Resolução 3.402, de 2006, não se aplica à prestação de serviços de pagamento:

I- os beneficiários do Instituto Nacional do Seguro Social- INSS

II- até 31 de dezembro de 2011, os servidores e empregados públicos, cujos contratos sejam firmados em decorrência de procedimento realizado pelo Poder Público nos termos da lei 8.666, de 21 de junho de 1993, e estabeleçam vedação à cobrança de tarifas dos beneficiários para, no mínimo, os seguintes serviços:

a) transferência, total ou parcial, dos créditos para outras instituições

b) saques, totais ou parciais, dos créditos;

c) fornecimento de cartão magnético e de talonário de cheques para movimentação dos créditos".

O jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, com a precisão e clareza que lhe é peculiar, nos ensina que:

"No Estado de Direito, é uma garantia para os cidadãos, não apenas a segurança de que o Poder Público só pode buscar as finalidades estipuladas nas leis, mas também a de que, aos buscá-las, terá de cingir-se à utilização de meios que o Direito antecipadamente e adrede concebeu como sendo os adequados para o atingimento de cada uma delas".¹

A propósito, diz o artigo 37, *caput*, inciso XXI, da Constituição da República:

"Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamentos, mantidas as condições efetivas de propostas nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações."

É um dever da administração pública promover a licitação na aquisição de bens ou serviços como forma de promover o equilíbrio e a sadia concorrência daqueles que querem com ela contratar, bem como proporcionar aos entes governamentais possibilidades de realizarem negócios mais vantajosos.

Em atenção ao declinado acima, eis o escólio, mais uma vez, de Celso Antônio Bandeira de Mello:

"Destarte, (na licitação) atendem-se três exigências públicas impostergáveis: proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos no artigo 5º e 37º, caput) – pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclames da probidade administrativa, imposta pelos artigos 37, caput, e artigo 85, V, da Carta Magna brasileira"².

Trata-se, portanto, de exigência constitucional a realização de prévio processo de licitação pública destinado à contratação de instituição financeira para a prestação de serviços referentes à gestão/administração da folha de pagamento dos servidores ativos, inativos, pensionistas e estagiários. Essa "alienação" da folha de pagamento dos servidores e empregados públicos não se enquadra em nenhuma das hipóteses de dispensa e inexigibilidade previstas na Lei n. 8.666/93, que estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos.

Pondere-se que no Estado do Paraná foi anulada a prorrogação do contato de exclusividade do Banco Itaú S/A. sobre a administração da folha de pagamento. O governo informa que abrirá processo licitatório para a escolha de um novo banco. Por outro lado, o Estado de São Paulo "alienou", sem licitação, a folha de pagamento dos servidores estaduais a Nossa Caixa - Nosso Banco, sob a justificativa de que se tratava "de uma transação entre dois entes públicos, daí a dispensa de licitação". A *contrario sensu* e por força irresistível dos raciocínios lógicos, ao menos em se tratando de contratação de instituição financeira particular, imprescindível se mostra a necessidade de licitação.

Frise-se que até mesmo as pessoas jurídicas de direito privado estão "negociando" suas respectivas folhas salariais - por vezes, por meio de leilão. Não há qualquer justificativa, portanto, para a dispensa de licitação pública na contratação de serviços de administração/gestão da folha de pagamento de servidores e empregados públicos. De fato, se até mesmo o setor privado, que não está obrigado a promover tal certame, o promove, para obter maiores ganhos e benefícios, com muito mais razão devem os Estados e Município realizar o processo licitatório, não só para atender às exigências constitucionais e legais, como, também, para obter a proposta mais vantajosa e assegurar a igualdade de oportunidade àqueles que com eles desejam contratar.

¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. São Paulo: Malheiros. 2ª Ed. 2007.

² Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 17ª edição, p. 485

Dessa forma, além da ostensiva violação a ordem jurídica, as autoridades incorrem em desvio de poder ao se servirem de um ajuste – ou qualquer outra denominação que se adote: convênio, termo de cooperação técnica, parceria etc. – quando cabe, em razão de expressa determinação constitucional e legal, a utilização de processo de licitação pública, pois *“mesmo quando se trata de se buscar um objetivo juridicamente qualificado como prezável, cumpre fazê-lo pelo meio adrede definido pela lei como a via idônea para chegar a tal fim (...)”*³.

Conclui-se que a dispensa de licitação assim como a inexigibilidade são situações excepcionais. A regra geral impõe o dever de licitar. Trata-se de normas injuntivas ou cogentes, de obrigatoriedade imediata, insuscetíveis de transação ou derrogação pelas partes. A própria licitação constitui um princípio a que se vincula a Administração Pública, sendo uma decorrência do princípio da indisponibilidade do interesse público.

A imposição constitucional de prévio processo de licitação pública deve-se, por consequência, à primazia em favorecer a licitude, ao respeito ao dinheiro público e aos interesses primário e secundário da Administração Pública.

2. Da inconstitucionalidade de leis municipais e estaduais que autorizam a celebração de contrato com instituição financeira para prestação de serviços de administração/gestão da folha de pagamento de servidores e empregados públicos

É patente e indiscutível a inconstitucionalidade de leis municipais e estaduais, que autorizam a celebração de contrato ou qualquer outro ajuste (convênio, termo de cooperação técnica etc.) com determinada instituição financeira, visando à prestação de serviços de administração/gestão da folha de pagamento de servidores e empregados públicos, conforme restará demonstrado.

Por se tratar de normas de reprodução obrigatória, as Constituições Estaduais devem prescrever que compete ao Estado, sem prejuízo de outras competências que exerça isoladamente ou em comum com a União ou com os Municípios, exercer a competência legislativa plena, atendidas as peculiaridades estaduais, em caso de inexistência de lei federal, e legislar sobre normas gerais e questões específicas das matérias relacionadas nos artigos 22 e 24, § 2º da Constituição da República. Da mesma forma, devem (as Constituições Estaduais) dispor que compete aos Municípios suplementar a legislação federal e estadual, no que couber.

Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre *“normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III.”* (artigo 22, inciso XXVII, da Constituição da República).

Aos Estados compete legislar sobre questões específicas de licitação e contratação, independentemente de Lei Complementar, tendo em vista que a competência privativa da União se restringe às *“normas gerais”* enquanto aos Municípios, repita-se, compete suplementar a legislação federal e estadual, no que couber (art. 30, inciso II, da Constituição da República).

Da análise desses preceitos constitucionais, pode-se concluir que pertence aos Estados a competência legislativa específica para legislar sobre licitação, a qual deve ser exercida em consonância com as normas gerais editadas pela União. A competência conferida aos Municípios sobre essa matéria, por sua vez, somente pode ser exercida quando preponderar o interesse local e, desde que, respeitadas as normas gerais da União, bem como eventuais normas específicas do Estado. Em nenhuma hipótese, o Município pode legislar de forma desarmonizada com as normas gerais da União e eventuais normas estaduais, de modo a contraditá-las, sob pena de invadir seara normativa que não lhe é própria.

Dessa maneira, leis estaduais e municipais não podem permitir a celebração de qualquer contratação de instituição financeira para prestar serviços de administração/gestão da folha de pagamento de servidores e empregados públicos, em clara e ostensiva violação às normas gerais de licitação editadas pela União: Lei n. 8.666/93, denominada Lei de Licitações.

Vale dizer, os Estados e Municípios, ao legislar sobre licitação e contratação – sobretudo inovando ao estabelecer nova hipótese de dispensa de processo de licitação pública – com inobservância aos ditames da Lei Federal n. 8.666/93 (Lei de Licitações), exorbitam os limites de sua competência legislativa suplementar, incorrendo, dessa forma, em patente inconstitucionalidade.

Diante disso, é correto afirmar que novas hipóteses de dispensa de licitação – assim consideradas e enumeradas no artigo 24 da Lei n. 8.666/93 (Lei de Licitações) – somente poderiam ser previstas por lei – formal e específica – emanada do mesmo ente da federação, ou seja, por meio de outra lei federal, pois os Estados e Municípios não possuem competência legislativa para alterar ou derrogar normas gerais ditadas pela União.

Repita-se, à exaustão, leis estaduais e municipais dessa jaez revelam-se inconstitucionais, pois desobrigam, indevidamente, o poder público a realizar licitação pública, ou seja, estabelecem hipótese de dispensa não prevista na Lei n. 8.666/93, norma geral de observância obrigatória pelos legisladores estaduais e municipais. Exorbitam os poderes legislativos estaduais e municipais, no exercício da respectiva competência legislativa, ao invadirem seara alheia.

³ Curso de Direito Administrativo, Editora Malheiros, 17ª edição, p. 485

Não só por isso essas leis estaduais e municipais são inconstitucionais. Trata-se de norma constitucional de reprodução obrigatória pelo constituinte estadual aquela que prescreve a obrigatoriedade da administração pública direta, autárquica e fundacional e a indireta do Estado e dos Municípios obedecerem aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e determina que, ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações deverão ser contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes,

Ao estabelecerem hipóteses de dispensa de licitação em desacordo com a Lei de Licitações, resta indubitável, conforme já minuciosamente exposto, que leis estaduais e municipais dessa natureza frustram a realização de processo de licitação pública, em detrimento do patrimônio e interesses públicos e da higidez dos princípios da legalidade, impessoalidade e moralidade.

De fato, há evidente ofensa aos princípios da impessoalidade e da moralidade. Não raro, consta o nome da instituição financeira no próprio texto dessas leis estaduais e/ou municipais. Privilegia-se, descarada e ostensivamente, uma instituição financeira privada, em detrimento de outros bancos privados e, até mesmo, oficiais, como o Banco do Brasil e a Caixa Econômica Federal. O interesse público, que já restara ofendido pela “alienação” da folha de pagamento por meio impróprio e inidôneo em desvio de poder (modalidade de “abuso de direito”) pela autoridade, é relegado a segundo – ou último – plano, ao se verificar esse tratamento preferencial.

Essas leis estaduais e municipais – inovam – exorbitando os limites de sua competência legislativa – ao prescreverem nova hipótese de dispensa de licitação, de maneira que frustram a realização de certame licitatório de exigência compulsória, e violam, de conseqüência, os princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade, razões pelas quais padecem de inequívoca inconstitucionalidade.

Vale ressaltar que a controvérsia constitucional qualifica-se como simples questão prejudicial. Constitui-se em causa pedir, ou seja, não se identifica como objeto único da demanda e tampouco se confunde com a persecução do bem jurídico concreto e perfeitamente definido, razão pela qual não há óbice à declaração de inconstitucionalidade *incidenter tantum* da Lei Municipal n. 2.966/2006.

Esse é o entendimento já pacificado pelo Supremo Tribunal Federal:

“ACÃO CIVIL PÚBLICA. CONTROLE INCIDENTAL DE CONSTITUCIONALIDADE. QUESTÃO PREJUDICIAL. POSSIBILIDADE. INOCORRÊNCIA DE USURPAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de qualificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal. Precedentes. Doutrina”. (Rcl 1733 MC/SP Relator(a) Min. CELSO DE MELLO).

Aliás, *ad argumentum*, ainda que admitíssemos como constitucionais tais leis, é comum contratos e ajustes extrapolarem os limites da previsão legislativa. Ademais, aditivos, instrumentos de perfunctória legalidade, que costumam causar danos ao erário, são realizados sem justificativa e de maneira desregrada.

Por outro lado, não verifica-se na maioria das leis – e muito menos nos contratos e/ou ajustes – vinculação dos recursos aportados pela instituição financeira como contrapartida para administração/gestão da folha de pagamento. A destinação dos valores auferidos fica, assim, ao livre arbítrio dos governantes. Desse modo, a celebração dessas avenças dão azo à ilegalidades e arbitrariedades, já que não há, como repisado, controle sobre as verbas recebidas.

3. Da ausência de critérios na estipulação dos valores contratuais a evidenciar a inexpressiva contrapartida oferecida pela instituição financeira e prejuízo ao erário

A corroborar e, sobretudo, fundamentar todo o alegado, consigna-se a existência de manifesto prejuízo ao erário, decorrente dessas desditosas avenças, as quais, em tempo de dinheiro público escasso, evidenciam descaso com o patrimônio público.

Destarte, uma singela análise comparativa com dados de alguns Estados e Municípios, a título de exemplificação – que também “negociaram” suas respectivas folhas de pagamento – não deixa dúvidas acerca da disparidade e inexpressiva contrapartida oferecida pela instituição financeira ao poder público, em relação à relevante e crescente expressão econômica que tem assumido a folha de pagamento dos servidores e empregados públicos. Nesse sentido, fartas e notórias são as informações e notícias veiculadas, notadamente pela imprensa (cf. doc. anexos). A ver.

O Estado de São Paulo recebeu da Nossa Caixa-Nosso Banco a quantia correspondente a R\$ 1.960,00 por conta, enquanto que o Estado do Rio de Janeiro, cuja administração da folha salarial de aproximadamente 400 mil servidores ativos e inativos cabe ao Banco Itaú S/A., recebeu uma primeira contraproposta no valor de R\$ 500 milhões – correspondente a R\$ 1.250,00 por conta – e, mesmo assim, houve recusa pelo governo, sob a alegação de

que o valor ainda estava bem abaixo do que o mercado tem pago em operações semelhantes. Diante dessa recusa, o Banco Itaú S/A. pagou mais de R\$ 700 milhões, o que totaliza a quantia de R\$ 1,1 bilhão de reais e corresponde a R\$ 2.750,00 mil reais por conta.

A administração da folha de salários dos servidores do Estado de Minas Gerais também cabe ao Banco Itaú S/A., que para manter a exclusividade do “serviço”, o qual envolve salários de cerca de 430 mil servidores, pagou aproximadamente R\$ 600 milhões, ou seja, aproximadamente R\$ 1.400,00 mil reais por conta. Ainda assim, o governo do Estado encomendou estudo da Universidade de São Paulo para obter um valor mais próximo da realidade.

Recentemente o Estado de Goiás prorrogou o contrato para manter no Banco Itaú S/A. a folha de pagamento de seus aproximadamente 210 mil servidores públicos. A avença, devido à ausência de licitação, recebeu parecer contrário do procurador-geral do Tribunal de Contas do Estado – TCE, Fernando Carneiro. O Estado receberá R\$ 46 milhões até 2010, equivalente a R\$ 219,04 reais por conta.

No Estado de Santa Catarina houve definição da aquisição – suspensão pelo STF por motivos estranhos ao objeto da presente tese – por instituição bancária privada, da conta-salário de 116 mil servidores estaduais pelo valor de 210 milhões de reais, o que corresponde a R\$ 1.810,00 por conta. Já o município de Florianópolis-SC, que possui aproximadamente R\$ 7 mil servidores, recebeu do Banco Santander a importância de 25,55 milhões de reais, equivalente a R\$ 3.650,00 por conta.

Em setembro de 2005, o Banco Itaú S/A. pagou R\$ 510 milhões ao Município de São Paulo-SP pela folha de 210 mil funcionários ativos e inativos da prefeitura, o que corresponde a aproximadamente R\$ 2.428,00 por conta, enquanto que o Município do Rio de Janeiro recebeu do Banco Santander R\$ 2.000,00 por conta. Por fim, o Município de Luziânia-GO recebe do Banco Itaú S/A. R\$ 444,00 por conta, enquanto o Município de Santa Rosa-RS, que possui 1.631 servidores e cuja folha de pagamento movimentada aproximadamente R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) por mês, realizou licitação vencida pelo Bradesco que pagará R\$ 3,1 milhões, o que corresponde a R\$ 1.900,67 por conta.

Além disso, empresas nacionais e multinacionais estão leiloando suas folhas de salários entre grandes bancos ávidos em granjear, num só lance, um pacote de milhares de correntistas. Suas folhas de salários valem muito e obtêm entre R\$ 833 e R\$ 2.300 por conta nos seus leilões. Verifica-se que o valor mínimo é superior ao valor “por conta” pago a muitos Municípios e Estados, em que pese o “deságio” no preço *per capita* da folha salarial das empresas, dado o risco de demissão do setor privado.

O grupo Votorantim, que centralizou a folha de pagamento dos aproximadamente 28 mil empregados da Votorantim Industrial, recebeu do ABN Amro a quantia de R\$ 1.789,00 por conta. Em outra licitação realizada pelo grupo Arcelor Brasil, que possui aproximadamente 14,5 mil empregados, a folha de pagamento foi disputada por oito bancos (Banco do Brasil, Bradesco, Caixa Econômica Federal, HSBC, Itaú, Unibanco, ABN Amro e Santander Banespa). Mediante o desembolso de R\$ 35 milhões – que corresponde a R\$ 2.413,79 por conta, a instituição financeira Santander Banespa adquiriu a exclusividade para administrar a referida folha de pagamento.

A Philip Morris todos os anos faz licitação para fornecimento de serviços bancários. O grupo JBS-Friboi recentemente fez licitação da folha de pagamento da empresa – de aproximadamente 12 mil funcionários – entre os maiores bancos brasileiros, sendo que o Unibanco pagará a quantia de R\$ 10 milhões – o que corresponde a quantia de R\$ 833,00 por conta – para ter os funcionários da referida empresa como correntista.

Temos o quadro-resumo abaixo, em ordem decrescente de valores – ainda que sejam aproximados e suscetíveis, portanto, a variações – recebidos “por conta”, a demonstrar, de forma exemplificativa, a expressiva discrepância entre os valores cotejados relativos à contratação de serviços para administração/gestão da folha de pagamento dos servidores públicos.

Florianópolis – SC	R\$ 3.650,00 por conta
Estado do Rio de Janeiro	R\$ 2.750,00 por conta
Município de São Paulo-SP	R\$ 2.428,00 por conta
Grupo Arcelor Brasil	R\$ 2.413,79 por conta
Município do Rio de Janeiro	R\$ 2.000,00 por conta
Estado de São Paulo	R\$ 1.960,00 por conta
Município de Santa Rosa-RS	R\$ 1.900,67 por conta
Estado de Santa Catarina	R\$ 1.810,00 por conta
Grupo Votorantim	R\$ 1.789,00 por conta
Estado de Minas Gerais	R\$ 1.400,00 por conta
Grupo JBS-Friboi	R\$ 833,00 por conta
Município de Luziânia	R\$ 444,00 por conta
Estado de Goiás	R\$ 219,04 por conta

Essa expressiva disparidade, não só confirma a inafastável exigência de processo de licitação pública para a realização de serviços de administração/gestão da folha de salários dos servidores, como, também, evidencia a falta de transparência e absoluta ausência de critérios e parâmetros objetivos na fixação correta de valores que condizem

com a realidade, o que têm provocado insaciável investida das instituições financeiras, as quais tiram proveito e vantagem da precária - e muitas vezes insustentável - situação econômico-financeira dos Estados e Municípios administrados, não raro, por incautos e mal informados governantes.

4. Conclusão

- a) a contratação de instituição financeira para prestar serviços de administração/gestão da “folha de pagamento” de servidores e empregados públicos deve ser precedida de processo de licitação pública.
- b) leis municipais e estaduais, que autorizam a celebração de contrato ou qualquer outro ajuste (convênio, termo de cooperação técnica etc.) com determinada instituição financeira para prestação de serviços relacionados à administração/gestão da folha de pagamento de servidores e empregados públicos, são manifestamente inconstitucionais, pois invadem seara normativa alheia ao prescreverem nova hipótese de dispensa de licitação, em desrespeito às normas gerais (Lei n. 8.666/93) editadas pela União. Exorbitam, dessa forma, os limites da respectiva competência legislativa, bem como frustram a realização de processo de licitação pública de exigência compulsória, e violam, por conseguinte, os princípios da legalidade, impessoalidade e da moralidade.
- c) a falta de transparência e a absoluta ausência de critérios e parâmetros objetivos na fixação correta dos valores pactuados, evidenciam prejuízo ao erário, tendo em vista indiscriminado tratamento entre Estados e Municípios, sem a observância do preceito isonômico.

DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA NO CONTROLE DA CONTRATAÇÃO DE EMPRESA PARA REALIZAÇÃO DE CONCURSO PÚBLICO

Rita Tourinho¹

Promotora de Justiça/BA

1. Introdução

Sabe-se que a investidura em cargo ou emprego público é precedida de prévia aprovação em concurso público. Assim, o art. 37, incisos I e II, da Constituição Federal garante aos brasileiros a acessibilidade aos cargos, empregos e funções públicas, desde que atendam aos requisitos previstos em lei, condicionando a investidura à aprovação em concurso público de provas ou de provas e títulos, realizado em consonância com a complexidade do cargo ou emprego.

Quando a Administração Pública recorre à realização de concurso público a primeira decisão administrativa a ser adotada é: o concurso será realizado por um dos seus órgãos ou deverá ser contratada empresa especializada para tal fim? Normalmente os entes administrativos escolhem a segunda opção.

Assim, decidindo contratar empresa para realização do certame, o segundo questionamento que se lança é voltado a saber qual a modalidade e o tipo de licitação que serão utilizados, quando não houver caminho que leve à contratação direta.

Observa-se que a Administração Pública, principalmente no âmbito municipal, vem utilizando a licitação na modalidade convite, tipo menor preço, sob argumento de que a remuneração da empresa será efetuada diretamente pelo candidato, que depositará o valor da taxa da inscrição na conta daquela empresa, ou seja, sem custos para o erário.

Este trabalho tem por finalidade demonstrar que o recolhimento da taxa de inscrição diretamente pela empresa contratada é irregular, que tal procedimento, por si só não justifica a escolha da modalidade de licitação "convite", que o tipo de licitação "menor preço" é incompatível com o serviço a ser prestado e que, ocorrendo tais situações, o Ministério Público poderá ingressar com Ação Civil Pública visando a declaração de nulidade do contrato e, consequentemente, do certame concursal.

2. Do processo licitatório: antecedente necessário aos contratos administrativos

Sabe-se que a Administração Pública direta e indireta para atender as expectativas sociais realiza obras e serviços, faz compras e aliena bens. Porém para exercer tais atividades precisam contratar. Ocorre que tais contratos dependem, em regra, de processo seletivo prévio denominado licitação. Com efeito, define-se licitação como procedimento administrativo mediante o qual a Administração Pública seleciona a proposta mais vantajosa para o contrato de seu interesse².

Em regra, todos os contratos firmados pela Administração Pública são precedidos de processos licitatórios, conforme preceitua o art. 37, XXI, da Constituição Federal³. Por outro lado, o inciso XXVII, do art. 22, da Carta

¹ Promotora de Justiça do Estado da Bahia, Coordenadora do Grupo Especial de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa, mestre em Direito Público pela UFPE, professora de Direito Administrativo.

² Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 27.

³ Jacoby Fernandes apresenta informações quanto ao número de contratações diretas realizadas pela União no ano de 1999. Segundo o autor, naquele ano, 51% dos contratos firmados a nível federal não foram precedidos de licitação, enquadrando-se em hipóteses de dispensa ou inexigibilidade. Conclui-se, deste dado apresentado, que diferentemente do ponto de vista legislativo, no qual a licitação é a regra e a contratação direta a exceção, a prática vem demonstrando o contrário (Cf. *Contratação Direta sem Licitação*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 188).

Constitucional estabeleceu que compete privativamente à União legislar sobre “normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, indiretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, parágrafo 1º, III;”.

A Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, instituiu o novo estatuto jurídico das licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Em verdade tal diploma é aplicado na sua inteireza à União, deixando para os demais entes federados a possibilidade de dispor sobre pontos que não possuam a característica de *norma geral*.

Costuma-se definir *normas gerais*, em matéria de licitações e contratos administrativos, como aquelas indispensáveis à implementação dos princípios constitucionais. Segundo Alice Gonzalez são “normas necessárias para tornar pacífica e uniforme, em todo território nacional, a integral realização dos princípios que emanam ou decorrem da Constituição Federal”⁴. Além disso, para que determinada norma tenha tal natureza, necessário se faz que não viole a autonomia dos entes federados.

Desta forma, os entes federados podem dispor sobre licitações e contratos administrativos desde que não quebrem os princípios regedores da licitação, nem retirem seu caráter competitivo. Assim, nada impede que as exigências mínimas sejam ampliadas no âmbito estadual e municipal, mas não pode ser relegada nem dispensada a licitação fora dos casos enumerados na lei federal.

Quando a Administração Pública decide realizar concurso público deverá decidir se o fará através de um dos seus órgãos ou contratará uma empresa especializada para tal fim. Normalmente os entes administrativos escolhem a segunda opção.

Assim, decidindo contratar empresa para realização do certame, o segundo questionamento que se lança é voltado a saber da efetiva necessidade de realização de processo licitatório, qual a sua modalidade e tipo, observando-se, ainda, a forma de pagamento da empresa.

3. A contratação direta e a realização de concurso público

Sabe-se que na Administração Pública a regra é que todos contratos sejam precedidos de processos licitatórios. Porém, a Lei nº 8.666/93 traz alguns dispositivos que tratam da contratação direta. São situações em que a licitação formal seria impossível ou traria prejuízos ao interesse público.

A contratação direta não pressupõe a inobservância dos princípios administrativos, nem, tampouco, caracteriza uma livre atuação administrativa. Em verdade, há um procedimento administrativo que antecede a contratação, no qual deve ficar demonstrado o tratamento igualitário a todos os possíveis interessados, bem como a realização da melhor contratação possível. Se a Administração pode escolher o particular no caso da contratação direta, é bom que fique claro que isso não significa autorizar escolhas meramente subjetivas.

Assim a Lei de Licitações, no art. 17 aborda a licitação dispensada, para casos específicos de alienação de bens públicos. Segundo alguns, ocorrendo uma das hipóteses prevista nesse artigo, a contratação direta torna-se imperiosa⁵. No art. 24, por sua vez, a lei apresenta hipóteses taxativas de licitação dispensável e, por fim, no art. 25 trata da licitação inexigível, apresentando três situações exemplificativas. Interessa-nos neste momento a análise do art. 24 e 25 da Lei nº 8.666/93.

Quanto à licitação dispensável - art. 24 - esta ocorre nas situações em que, embora viável a competição entre os possíveis interessados, a licitação afigura-se inconveniente aos objetivos norteadores da atuação administrativa. Assim, pensando-se na equação custo-benefício, a realização de processo licitatório traria maiores custos à Administração Pública do que benefícios. Confere razão a Jessé Torres Pereira Júnior quando afirma que “lei estadual, municipal ou distrital, bem assim regulamento interno de entidade vinculada, não poderá criar hipóteses de dispensabilidade”⁶. Percebe-se, então, que o dispositivo que aborda os casos de licitações dispensáveis possui natureza de norma geral.

Voltando à contratação de empresa para realização de concurso público, percebe-se que dentre as vinte e seis hipóteses de licitações dispensáveis previstas no mencionado dispositivo legal, duas são seguramente as mais utilizadas para justificar a contratação direta de ente destinado à realização de concurso público de provas ou provas e títulos. O inciso II e o inciso XIII.

⁴ Gonzalez Borges, Alice Maria. *Normas Gerais de Licitação para Sociedades de Economia Mista e Empresas Públicas*. In: Temas do Direito Administrativo Atual. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2004. p. 88.

⁵ Não corrobora com este entendimento Marçal Justen Filho. Aliás, o mesmo autor aduz que as hipóteses previstas no art. 17, da Lei nº 8.666/93 não possuem natureza de norma geral, uma vez que fere o princípio da autonomia federativa a União dispor sobre requisitos de alienação de bens dos demais entes federados (Cf. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 171).

⁶ Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 259.

Desta forma, quando a estimativa de custo para realização do certame não ultrapassar R\$ 8.000,00 (oito mil reais) à nível federal, ou seja, 10% (dez por cento) do valor máximo para realização da licitação, destinada a compras e serviços, na modalidade convite, poder-se-á contratar diretamente, com fulcro no art. 24, II, da Lei nº 8.666/93. Obviamente que esta situação é de difícil incidência por menor que seja o possível número de inscritos no concurso, diante dos custos que envolvem o procedimento, que vai desde da confecção de edital e provas até a manutenção de equipe especializada para condução do certame. Cumpre acrescentar que a norma contida no art. 23, referente aos valores estipulados para cada modalidade de licitação, não possui natureza de norma geral, devendo cada ente da federação estabelecer seus próprios limites. Assim, no Estado da Bahia os limites de valores estipulados para cada modalidade corresponde a 70% (setenta por cento) dos limites traçados na Lei nº 8.666/93. Por outro lado, acrescenta-se que não se fundamenta em tal hipótese os casos em que a Administração Pública contrata diretamente empresa para realização do concurso público, sob argumento de que não há gastos para o contratante se a remuneração de tal empresa for feita exclusivamente com os valores das taxas de inscrição recolhidos. Ora, **a taxa de concurso tem natureza de receita pública, logo o valor arrecadado deve ser computado para fixação da modalidade de licitação cabível**, conforme veremos adiante.

Muitos entes administrativos têm utilizado o disposto no art. 24, XIII, para contratação direta de “instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino, do desenvolvimento institucional ou da recuperação social do preso”. Segundo Marçal Justen Filho instituição corresponde a “uma organização de recursos materiais e de esforços humanos que se autonomiza em face dos seus próprios fundadores, passando a gozar de um acentuado grau de independência”⁷. Para incidência de tal dispositivo, o fim da instituição deverá abranger pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional ou a recuperação social do preso. Além disso, a instituição deve ter uma inquestionável capacidade para o desempenho da atividade objetivada e não possuir fins lucrativos.

Quanto aos fins institucionais, dúvidas não existem no que concerne ao alcance das atividades de ensino e recuperação social de preso, porém cabe esclarecer o que se entende por *atividades de pesquisa e desenvolvimento institucional*. A doutrina classifica a *atividade de pesquisa* como aquela voltada ao desenvolvimento de soluções inovadoras e desconhecidas. Porém não deve possuir uma vinculação entre a atividade do pesquisador e a obtenção de um resultado prático e imediato, pois a atividade tanto pode produzir efeitos satisfatórios como não. Quanto ao *desenvolvimento institucional*, segundo Marçal Justen Filho⁸, o dispositivo se refere às instituições sociais e políticas, que promovam o desenvolvimento de outras instituições.

Em pesquisa mais remota, observava-se que o Tribunal de Contas da União admitia a legalidade da contratação de instituição sem fins lucrativos, destinada à pesquisa, ensino ou desenvolvimento institucional para realização de concurso público, sem maiores contestações⁹. Verificava-se, apenas os atributos da entidade contratada. Ocorre que, em pronunciamentos mais recentes percebe-se uma divergência em torno da matéria. Assim, a Corte emitiu seguidas decisões restringindo o caráter amplo da interpretação da norma, passando a se manifestar no sentido de que somente aquelas atividades estritamente ligadas ao ensino, à pesquisa ou ao desenvolvimento institucional, dentro de suas devidas concepções, podem ser objeto de contratação direta, o que não é o caso de promoção de concurso público¹⁰.

Entretanto, há aqueles que se posicionam favoráveis à contratação direta para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII, arguindo que a realização de concurso público tem pertinência com o desenvolvimento institucional da Administração Pública. Nesse sentido já decidiu o Tribunal Regional Federal da 1ª Região:

Ação Popular. Dispensa de Licitação na contratação de instituição nacional. Legitimidade. Litigância de má-fé. Não-caracterização.

(...)

2- Inexistência de ofensa ao disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, uma vez que a Fundação Universidade de Brasília (FUB) é instituição nacional sem fins lucrativos, que se dedica ao ensino e de reconhecida idoneidade, reputação ético-profissional e capacidade na realização de concursos públicos por intermédio do CESPE _ Centro de Seleção e Promoção de Eventos, já tendo realizado dezo-

⁷ Junten Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 252.

⁸ Junten Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 253.

⁹ Decisão 470/93 - Plenário

¹⁰ O Tribunal de Contas da União recomendou: limite-se a efetuar contratações com dispensa de licitação fundamentada no art. 24, inciso XIII, da Lei n. 8.666/93 quando houver comprovadamente nexos entre o dispositivo, a natureza da instituição contratada e o objeto contratual. (TCU. Processo n. 009.713/2000. DOU, 14 nov 00, pp. 103-104).

nas de certames para admissão de pessoal em diversos órgãos e instituições, tais como, a título exemplificativo, o Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Contas da União, O Instituto Nacional do Seguro Social, o Ministério Público do Trabalho, o Senado, o Ministério Público do Estado de Pernambuco, a Câmara Legislativa do Distrito Federal e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, dentre outros, todos com dispensa de licitação na forma do dispositivo legal acima referido.

(...)

6- Apelação provida em parte. Remessa não provida (Processo AC 1998.01.00.084552-3/DF; Relator Juiz Federal Leão Aparecido Alves; Órgão Julgador Terceira Turma Suplementar; DJ 30/10/03).

Nesse ponto, concordamos com aqueles que entendem não ser adequada a utilização do disposto no art. 24, XIII, da Lei n. 8.666/93, para contratação de ente privado voltado à realização de concurso público. Inicialmente, cumpre salientar, que o referido dispositivo não deve ser utilizado como válvula de escape para a realização de contratações diretas. Logo, de início deve-se verificar se o objeto do contrato insere-se no âmbito de atividade inerente da instituição, dentre aquelas estabelecidas explicitamente no texto legal. Tal pertinência deve ser absoluta. Logo o objeto do contrato precisa se adequar ao conceito de pesquisa, ensino, desenvolvimento institucional e recuperação de presos. Ora, a realização de concurso público não se adequa a nenhuma das atividades constantes do mencionado dispositivo, razão pela qual não cabe a utilização do mesmo na contratação de instituição para tal finalidade.

Quanto à inexigibilidade de licitação, prevista no art. 25, da Lei n.º 8.666/93, esta ocorre quando há inviabilidade de competição. É difícil sistematizar todos os eventos que podem conduzir à inviabilidade de competição, tanto assim que o dispositivo em comento traz três hipóteses exemplificativas. Marçal Justen Filho¹¹ enumera situações que caracterizam a inviabilidade de competição, quais sejam, ausência de pluralidade de alternativas de contratação, ausência de mercado concorrencial entre possíveis interessados, impossibilidade de seleção com base em critérios objetivos e a falta de definição objetiva da prestação a ser executada.

O conceito de inexigibilidade de licitação coloca os autores em duas vertentes. Para alguns, ocorrendo uma das hipóteses exemplificativas do art. 25 estará caracterizada a inexigibilidade de licitação, independentemente de, no caso concreto, ser ou não viável a competição. Para outros, ocorrendo uma das situações do art. 25, somente se estará diante da inexigibilidade de licitação se, na situação fática, a competição for inviável. De acordo com Jessé Torres Pereira Filho¹² as inspetorias e procuradorias que funcionam junto aos Tribunais de Contas têm, na sua maioria, adotado posicionamento que, na opinião do autor, é mais correto, tomando como base três fundamentos principais: 1º - a competitividade é da essência da licitação, logo somente será inexigível a licitação se impossível a competição; 2º - as hipóteses arroladas no art. 25 não geram presunção *juris et de jure*, uma vez que, na prática, a situação além de se enquadrar aos ditames de um dos incisos, estão também submetidas ao núcleo conceitual fixado na cabeça do artigo, que exige a “inviabilidade de competição”; 3º as hipóteses dos incisos não possuem autonomia conceitual, subordinado-se assim ao *caput* do artigo.

Dentre as hipóteses exemplificativas do art. 25, cabe-nos analisar neste trabalho aquela constante do inciso II, uma vez que há os que defendam a contratação direta de empresa para realização de concurso público, utilizando como fundamento tal dispositivo¹³. O art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93 trata da inexigibilidade de licitação, que para ser utilizado necessita do preenchimento de alguns requisitos, quais sejam, ser o serviço de natureza técnica - dentre os enumerados no art. 13, do referido diploma legal - ser também de natureza singular e o contratado precisa ser portador de notória especialização. Segundo Marçal Justen Filho, tal causa de inviabilidade de competição “consiste na inexistência de mercado de serviços concorrencial homogêneo”¹⁴.

Referindo-se ao serviço de natureza técnica, Marçal afirma que “refletem atuação pessoal de um ser humano, com cunho de transformação do conhecimento teórico-geral ou da inventividade em solução prática-concreta”¹⁵. Assim, a natureza da prestação produzida tem que refletir a habilidade subjetiva de produzir a transformação de

¹¹ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 273.

¹² Pereira Júnior, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 295.

¹³ Este é o posicionamento exposto por Diógenes Gasparini (Diógenes. *Concurso Público – Imposição Constitucional e Operacionalização*. In *Concurso Público e Constituição*. Coord. Fabrício Motta. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2005. p.67).

¹⁴ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 280.

¹⁵ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p. 281.

conhecimento teórico em solução prática. Quanto à singularidade do serviço, esta se refere a sua natureza, independente do número de pessoas capacitadas para executá-lo. Para o preenchimento desse requisito não basta reconhecer que o objeto do contrato é diverso daquele usualmente executado pela própria Administração, também se deve examinar se aquele objeto necessita de um profissional que foge aos padrões comuns do mercado. Com efeito, a análise da singularidade dependerá de circunstâncias históricas e geográficas. Segundo Marçal

sua identificação, no caso concreto, depende das condições generalizadas de conhecimento e de técnica. Algo que, em um certo momento, caracteriza-se como sendo de natureza singular pode deixar de ser assim considerado no futuro. Um certo serviço pode ser reputado como de natureza singular em certas regiões do Brasil e não ser assim qualificável em outras¹⁶.

A notória especialização, o terceiro dos três requisitos, vem definida no parágrafo 4º, do mencionado art. 25 e consiste no reconhecimento da qualificação do interessado no contrato por parte de um certo setor da comunidade.

Com efeito, busca a Administração o desempenho pessoal de ser humano dotado de capacidade especial de aplicar conhecimento, o conhecimento teórico para solução de problema. Nessa linha de entendimento, a contratação de empresa para realização de concurso público não se adequaria àquela hipótese, constante do artigo 25, II, do diploma legal antes citado.

Ora, nos dias atuais, não somente a Constituição Federal exige, para o ingresso em cargo ou emprego público, a realização de concurso, como também há uma intensa fiscalização realizada tanto pelos Tribunais de Contas, como pelo Ministério Público voltada à observância de tal norma. Em consequência, diversas são as empresas que oferecem serviços para efetivação de certames dessa natureza, portadoras de notoriedade e reconhecimento no mercado. Logo, não se pode falar em inviabilidade de competição, podendo a escolha ser estabelecida através de critérios objetivos, fato que leva a imposição de abertura de processo licitatório, como garantia aos princípios da isonomia e de seleção da proposta mais vantajosa. Acrescente-se que tal entendimento já foi manifestado pelo Tribunal de Contas da União¹⁷.

Mesmo aqueles que admitem a contratação direta, sabem que muitas vezes a contratação de empresa para realização de concurso público se faz através de processo licitatório. Aliás, esta é uma prática que vem sendo observada por diversos entes federados, principalmente no âmbito municipal. Nesse ponto discute-se a modalidade e o tipo de licitação a serem utilizados.

4. Da Licitação para Contratação de Empresa voltada à realização de concurso público

4.1 Aspectos Gerais

Dentre as modalidades de licitações previstas no art. 22, da Lei n. 8.666/93, temos a concorrência, a tomada de preço, o convite, o concurso, o leilão. Tem-se, ainda, o pregão estabelecido na Lei n. 10.520/02, para aquisição de bens e serviços comuns.

Os parágrafos do art. 22 definem cada modalidade de licitação. Sabe-se que, em regra, o critério utilizado para escolha da modalidade de licitação dentre a concorrência, a tomada de preço e o convite, como regra, é o econômico¹⁸. A Lei n. 8.666/93 condicionou a escolha da modalidade de licitação em função do valor do contrato, porém possibilitou que a contratação de valor relativamente diminuto seja antecedida de licitação em modalidade superior ao valor econômico cabível. Assim, nada impede que seja realizada licitação na modalidade concorrência para formalização de contrato cujo valor se adequa à modalidade convite.

4.2 Da inadequada utilização da modalidade convite em virtude da remuneração da empresa contratada através de taxas recolhidas diretamente dos candidatos

No que concerne à licitação para contratação de empresa destinada a realização de concurso público, a princípio deverá o ente licitante apresentar uma planilha de custos dos serviços englobados em tal contratação. Assim, saberá estimar o valor aproximado do contrato, estabelecendo, por conseguinte, a modalidade de licitação a ser utilizada.

¹⁶ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p.283.

¹⁷ Tomada de contas. TRT 21. Região. Contratação de empresa para a realização de concurso público sem licitação sob alegação de notória especialização. Ausência de malversação, desvio, locupletação ou dano. Contas regulares com ressalvas. Quitação. Determinação (Acórdão 62/998 – Plenário. Rel. Ministro Carlos Átila Álvares da Silva).

¹⁸ Vale ressaltar a exceção constante do art. 23, parágrafo 3º, segundo o qual “a concorrência é a modalidade de licitação cabível, qualquer que seja o valor do seu objeto, tanto na compra ou alienação de bens imóveis, ressalvado o disposto no art. 19, como nas concessões de direito real de uso e nas licitações internacionais, admitindo-se neste último caso, observados os limites deste artigo, a tomada de preço, quando o órgão ou entidade dispuser de cadastro internacional de fornecedores ou convite, quando não houver fornecedor do bem ou serviço no país”.

Percebe-se, no entanto, que muitas vezes o edital prevê como forma de pagamento o recolhimento das taxas de inscrição diretamente pela empresa contratada, procedimento este que vem sendo corretamente contestado pelo Tribunal de Contas da União¹⁹. Assim, no momento da formalização do vínculo não se sabe ao certo qual será o valor exato do contrato. Ora, se não há uma previsão precisa do valor da remuneração do contratado, o ideal é que se adote a modalidade de licitação destinada a contratos de valores mais altos, qual seja, a concorrência, que garante de forma mais eficaz os princípios da universalidade e da publicidade. No entanto, tem-se observado que os entes públicos em tal situação vêm adotando a modalidade convite, sob argumento de que não há custos para a Administração Pública.

4.3 Da irregularidade do recolhimento das taxas de inscrição pelas empresas contratadas para a realização do concurso público.

A taxa de inscrição, na visão de Diógenes Gasparini²⁰, possui natureza tributária, caracterizando-se como taxa de serviço, para a Administração Direta, Autárquica e Fundacional. Em consequência deverá estar prevista na legislação tributária. Em contrapartida, quando o valor da inscrição é cobrado pelas entidades paraestatais – sociedade de economia mista ou empresa pública – possui natureza de preço.

Jorge Ulisses Jacoby Fernandes manifesta-se pela natureza não-tributária da taxa de inscrição, porém acrescenta que “não deixa de ter natureza de recurso público devendo integrar os haveres do Estado”²¹.

Nesse diapasão, não resta dúvida que a taxa cobrada na inscrição do concurso tem natureza de receita própria do ente contratante. Considerada receita pública, deverá obedecer ao regime das despesas e receitas instituído pela Lei Federal nº 4.320/64, devendo ingressar e sair dos cofres públicos obedecendo as regras estabelecidas pelo referido diploma²².

Tanto a doutrina²³ como a jurisprudência do Tribunal de Contas da União²⁴ vem criticando os contratos de riscos que entidades interessadas no concurso firmam com empresas, estabelecendo como remuneração das mesmas os valores arrecadados na inscrição. Com efeito, as taxas de inscrição são depositadas em uma conta bancária própria da empresa contratada. Tal procedimento não encontra respaldo legal, violando as regras previstas na Lei Federal antes referida. Ademais, quanto a tal matéria o TCU já consolidou entendimento através da Súmula nº 214, segundo a qual

Os valores correspondentes às taxas de inscrição em concursos públicos devem ser recolhidos ao Banco do Brasil S. A., à conta do Tesouro Nacional, por meio de documento próprio, de acordo com a sistemática de arrecadação de receitas federais previstas no Decreto-lei nº 1.755, de 31/12/79, a integrar as tomadas ou prestações de contas dos responsáveis ou dirigentes de órgãos da Administração Federal Direta, para exame e julgamento pelo Tribunal de Contas da União.

Esta prática, no entanto, é admitida por alguns quando o ente contratante possuir personalidade jurídica de direito privado, quando não se aplicaria a mencionada lei.

Logo, entende-se irregular a cobrança de taxa realizada diretamente pela empresa contratada.

4.4. Do tipo de licitação utilizado na licitação para contratação de empresa destinada à realização de concurso público

O art. 45, da Lei n. 8.666/93 apresenta quatro tipos de licitações: a de menor preço, a de melhor técnica, a de técnica e preço e a de maior lance. Não há discricionariedade na escolha do tipo de licitação. Conforme afirma Marçal Justen Filho “a natureza do objeto e as exigências previstas pela Administração condicionam o procedimento licitatório e definem o tipo de licitação”²⁵. A Administração Pública deve se revestir de cuidados na observância do tipo de licitação, para que não se frustre o atendimento do interesse público.

O preço é fator relevante na seleção de qualquer proposta. É certo que a Administração sempre visa obter a

¹⁹ Decisão nº 683/97

²⁰ Gasparini, Diógenes. *Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

²¹ Fernandes, Jorge Ulisses Jacoby. *Os Tribunais de Contas e o Controle Sobre as Admissões no Serviço Público*. In Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais. Edição 2002. nº 02.

²² Gasparini, Diógenes. *Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

²³ Gasparini, Diógenes. *Concurso Público - Imposição Constitucional e Operacionalização*. In: Concurso Público e Constituição. Belo Horizonte: Fórum, 2005. p.69.

²⁴ Decisão nº 683/97.

²⁵ Justen Filho, Marçal. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. São Paulo: Dialética, 2005. p.436.

melhor proposta pelo menor custo possível. Ocorre que, nas licitações do tipo menor preço, o menor valor apresentado, dentre aqueles com padrão de qualidade mínima exigido no ato convocatório, definirá o licitante vencedor. Conclui-se então que a licitação de menor preço admite exigências técnicas na configuração do objeto licitado, porém não serão verificadas como critério de seleção da proposta. A licitação do tipo menor preço vem prevista no art. 45, parágrafo 1º, I, da Lei nº 8.666/93.

As licitações melhor técnica e técnica e preço, estabelecidas nos incisos II e III, do parágrafo 1º, do art. 45, da Lei de Licitações, foram reservadas para situações especiais. O art. 46, da lei de Licitações e Contratos Administrativos, determina que tais tipos de licitação serão utilizados “exclusivamente para serviços de natureza predominantemente intelectual, em especial na elaboração de projetos, cálculos, fiscalização, supervisão e gerenciamento e de engenharia consultiva em geral e, em particular, para a elaboração de estudos técnicos preliminares e projetos básicos e executivos”. Percebe-se que tais tipos de licitação são escolhidos quando o serviço a ser realizado pressupõe uma atividade predominantemente intelectual, trazendo o artigo algumas situações específicas a título exemplificativo. São hipóteses em que há uma atuação peculiar do ser humano. Será colocada em disputa a forma ou o meio de executar a prestação.

Na licitação melhor técnica o edital deverá fixar o limite máximo de preço dentro do qual será escolhida a proposta tecnicamente mais vantajosa. Neste tipo de licitação os participantes deverão apresentar três envelopes, um contendo a documentação de habilitação, outro com a proposta técnica e, por fim, um terceiro com a proposta de preço. A proposta técnica é que desclassificará ou pré-classificará os licitantes para o julgamento final. Assim, aqueles que não oferecerem uma técnica aceitável serão desclassificados, devolvendo-lhes os envelopes de preços intactos. Por outro lado, as propostas técnicas aceitas serão classificadas em ordem decrescente, passando, então, a Administração Pública para a abertura dos envelopes contendo as propostas de preços. Posteriormente, passa a negociar o preço com o primeiro colocado (aquele que apresentou a melhor proposta técnica), tendo em vista o menor preço oferecido. Não havendo acordo, a negociação segue com o segundo classificado e assim sucessivamente até a formalização do ajuste. Percebe-se, então, que o limite de negociação exigida pela lei será sempre a proposta de menor preço apresentada entre os licitantes aptos tecnicamente a executar o objeto pretendido pela Administração.

Muitas das considerações acima expostas aplicam-se à licitação técnica e preço. Na fase de exame das propostas técnicas, o procedimento é similar ao da licitação melhor técnica, principalmente no que diz respeito à estipulação de notas técnicas, desclassificando-se aqueles que não alcançaram pontuação mínima exigida. Neste tipo de licitação há também a atribuição de notas proporcionais aos preços oferecidos. Difere-se, basicamente, do tipo melhor técnica em virtude da escolha recair sobre aquele que apresentar a melhor média ponderada, obtida com a nota da proposta técnica e a nota da proposta de preço. Os critérios para apuração das notas e para o cálculo da média são estabelecidos no ato convocatório. Pertinente a observação lançada por Edite Hupsel e Leyla Bianca, segundo as quais

Cada fator a ser pontuado, no que diz respeito à técnica, deve ter estreita correlação com o objeto desejado pela Administração. Atribuir pontuação ao número de empregados da licitante, à especificações relativas a sede física da empresa, ao local do seu funcionamento e outras situações que não se traduzem na melhor técnica desejada pela Administração é, no mínimo, desarrazoado e gera um desvio da nota técnica²⁶.

Por fim, na licitação maior lance ou oferta, utiliza-se como critério de julgamento da melhor proposta o maior valor oferecido pelo licitante. Este tipo de licitação é utilizado para alienação de bens, móveis ou imóveis²⁷, sendo realizado para a modalidade leilão, que ocorre em sessão pública.

Ora, envolvendo o concurso público atividade predominantemente intelectual, seja na elaboração do edital, seja na criação das questões das provas, seja na correção das provas ou, ainda, no julgamento dos recursos, é inegável a necessidade de um corpo técnico especializado na realização do certame. Consequentemente, pode-se afirmar que o tipo de licitação adequada para contratação de empresa voltada à realização de concurso será o de melhor técnica ou técnica e preço. Acrescente-se que esses tipos de licitação são cabíveis mesmo na modalidade convite. Nesse sentido, José Ribeiro Mathias Duarte aduz que “o aspecto em questão não oferece maiores dificuldades para sua definição, sendo certo que a modalidade convite, a exemplo do que ocorre com a tomada de preço e a concorrência, pode perfeitamente adotar o TIPO melhor técnica ou técnica e preço, inexistindo qualquer proibição legal para tanto”²⁸.

²⁶ Hupsel, Edite Mesquita e Lima da Costa, Leyla Bianca Correia. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia*. Belo Horizonte: Fórum. 2006. p. 148.

²⁷ No caso de bens imóveis pertencentes à União a alienação através da oferta do maior lance somente ocorrerá na hipóteses do art. 19, da Lei nº 8.666/93, quais sejam, se o bem tiver sido adquirido em dação em pagamento ou através de processo judicial. A Lei de Licitações e Contratos do Estado da Bahia, nº 9.433/05, admite a alienação de imóveis tanto pela concorrência, como pelo leilão, art. 34, I.

²⁸ Duarte, João Ribeiro Mathias. *Desenvolvimento do Procedimento Licitatório*. São Paulo: Editora UNESP, 2004. p. 59.

A utilização de licitação do tipo menor preço, para o caso em análise, pode acarretar efeito negativo, consubstanciado na adoção de parâmetro insuficiente, imperfeito e inadequado para satisfazer a necessidade estatal. Daí a Administração desembolsará o menor preço, mas receberá prestação destituída de aptidão para satisfazer às necessidades coletivas.

5. Da ação civil pública como forma de controle da contratação de empresa voltada à realização de concurso público

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, “disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e dá outras providências”, segundo consta do seu preâmbulo. A norma constitucional que contempla a ação civil pública e por tal razão é fonte primária desse específico instrumento protetivo, encontra-se no art. 129, III, que reafirma a função institucional do Ministério Público, através desse instituto, “para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

A ação civil pública revela-se o instrumento adequado para reprimir ou impedir danos morais e patrimoniais ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, por infração da ordem econômica e da economia popular, à ordem urbanística e a qualquer outro interesse difuso ou coletivo (art. 1º). Legislação posterior assegurou também o uso desta ação em defesa dos deficientes físicos, dos investidores no mercado de capitais, das crianças e adolescentes, dos idosos, dos torcedores de modalidades esportivas, dentre outros. Aliás, como bem salienta José dos Santos Carvalho Filho, a redação do art. 129, III, da Constituição Federal tornou mais amplo o objeto da tutela da ação civil pública. Segundo o autor “além de alcançar a proteção ao patrimônio público, converteu em simplesmente enumerativa a relação taxativa que a lei contemplava, já que se referiu a *outros* interesses coletivos e difusos”²⁹.

É patente que a defesa do patrimônio público material e moral da Administração Pública constitui interesse difuso. Logo, a ação civil pública torna-se meio processual adequado para o Ministério Público não somente exigir a realização de concurso público, quando este se mostra necessário³⁰, como também para impugnar contratação de empresas destinadas à realização do certame, quando tal negócio jurídico viola princípios consagrados no nosso ordenamento jurídico, protegendo-se, assim, o patrimônio público moral do Estado³¹.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 7.347/85 que “a ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro, ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer”. Nesta linha, o art. 11 acrescenta que “na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor”. Percebe-se, então, que o ideal é a execução específica, repondo-se o bem ou interesse lesado ao *status quo ante*, mas não sendo esta possível a solução será a condenação em dinheiro, revertido em favor do fundo, destinado à reconstituição dos bens lesados, abordado no art. 13 da Lei. O art. 11 reporta-se também à cominação de multa diária pelo não cumprimento da obrigação estabelecida. Assim, sendo o réu condenado a determinada obrigação de fazer, o juiz pode fixar o *quantum* da multa, estabelecendo ao mesmo tempo prazo para o cumprimento da obrigação, caso não seja efetivada tal obrigação até o término do prazo estipulado, começará a ser contabilizada a multa.

Houve uma ampliação do objeto da ação civil pública com a Lei nº 8.625, de 12/02/1993 – Lei Orgânica do Ministério Público – que ao dispor sobre as funções gerais atribuídas ao *Parquet*, estabeleceu no art. 25, IV, alínea *b*, caber ao órgão o ajuizamento de ação civil pública “*para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem*”. Assim, além da tutela jurisdicional de conteúdo condenatório prevista na lei nº 7.347/85, passou-se a admitir, a partir da Lei nº 8.625/93, pedido de conteúdo constitutivo na ação civil pública, ou seja, poder-se-á buscar a desconstituição da relação através da declaração de nulidade do ato lesivo ao patrimônio público, material ou moral.

²⁹ Carvalho Filho, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 07. Em sentido contrário manifesta-se Hely Lopes Meirelles (Cf. *Mandado de Segurança*. São Paulo: Malheiros: 2006. p. 265).

³⁰ Tal situação se daria na hipótese, por exemplo, de contratação temporária de pessoal, com fundamento no art. 37, IX, da Carta Constitucional, para exercício de funções típicas de cargos públicos, revelando burla à regra de obrigatoriedade do certame concursal.

³¹ Assim, já decidiu o STJ: “Ação civil pública. Concurso para professor universitário. Legitimidade do Ministério Público. 1. O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação civil pública em defesa dos princípios que devem reger o acesso aos cargos públicos por meio de concurso, configurando o interesse social relevante. 2. embargos de divergência conhecidos e providos” (EREsp 547704/RN. Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito. DJ 17/04/2006. p. 160). Na mesma linha manifestou-se também o TRF, da Primeira Região: “Ação Civil Pública. Concurso público que teria sido realizado com irregularidades. Legitimidade do Ministério Público Federal, mérito – inexistência de vícios no concurso. 1- O MPF tem legitimidade para ajuizar ação civil pública visando questionar a lisura de concurso público, pois assim agindo defende o patrimônio público contra possível contratação irregular, além de defender a probidade administrativa, tudo dentro de sua missão institucional, a teor do art. 129, III, da Constituição.(...)” (Apelação Cível nº 1999.38.02.001253-6/MG. Rel. Des. Fagundes de Deus, data de julgamento: 21/03/2007).

Não há divergência jurisprudencial quanto à possibilidade de utilização da ação civil pública para pleitear nulidade de atos administrativos. Nesse sentido, pode-se citar decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE, POSSIBILIDADE JURÍDICA E INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. ILEGITIMIDADE DA UNIÃO. DENÚNCIAÇÃO À LIDE. IMPOSSIBILIDADE. SUS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE. UNIDADE DA FEDERAÇÃO E EMPRESA PRIVADA. NECESSIDADE DE LICITAÇÃO PRÉVIA. ANULAÇÃO E ABSTENÇÃO DE CONTRATAR.

1. O Ministério Público é parte legítima à propositura de ação civil pública visando à declaração de nulidade da contratação, fora das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, de entidades privadas que, em caráter complementar, participem do sistema único de saúde (Lei n. 8.080/90, art. 24, parágrafo único; CF art. 37, XXI; e Lei n.º 8.666/93, art. 25). Precedentes.

2. O pedido de anulação de contrato é juridicamente possível em face da exigência legal de contratação de serviços pela Administração mediante licitação, segundo dispõe a Lei 8.666/93 c/c art. 37, II, da CF/88, bem como se revela o interesse de agir a fim de anular contrato de prestação de serviço médico com repasse de verba da União para pagamento do contrato.

3. Não deve a União integrar o feito como litisconsórcio necessário, pois não participou do contrato e não será atingida por qualquer que seja o desfecho do processo, o que não retira a competência da Justiça Federal para a causa em face do interesse do Ministério Público Federal em proteger o patrimônio público federal por meio da ação civil pública.

4. (...)

5. (...)

6. Comprovado que o contrato celebrado não foi procedido do necessário procedimento licitatório, em desatenção aos princípios da moralidade, da impessoalidade e da legalidade, e lesão ao patrimônio público federal, impõe-se a anulação, com a conseqüente abstenção do Estado na contratação de serviços de saúde, sem prévia licitação, ressalvados os casos de dispensa e inexigibilidade.

7. apelação e remessa oficial improvidas. (TRF, 1ª Região, AC 2001.01.00.013403-1/MA; Apelação Cível, Rel. Des Fed. Selene Maria de Almeida, Quinta Turma, DJ 16/10/06, p. 97.

Logo, é perfeitamente cabível a utilização da ação civil pública para pleitear a nulidade do contrato firmado com empresa voltada à realização de certame concursal, quando não forem observados a modalidade e tipo adequados da licitação que antecede o contrato, bem como a correta forma de pagamento da empresa, nos termos já expostos neste trabalho.

José dos Santos Carvalho Filho³² relaciona limitações do objeto constitutivo da ação civil pública. Assim, estabelece em primeiro lugar que a lei admitiu o objeto de conteúdo constitutivo na ação civil pública apenas para o Ministério Público. Depois, o pedido dessa natureza somente poderá ser realizado em face de pessoas administrativas ou ligadas, de algum modo, à Administração Pública. Por fim, o autor da ação somente poderá socorrer-se desse tipo de objeto, quando pretender a tutela de interesses coletivos e difusos relacionados com patrimônio público e com a moralidade administrativa.

Desta forma, pretende-se demonstrar neste trabalho que o Ministério Público dispõe de instrumento eficaz para impedir que a regra da obrigatoriedade do concurso público sirva apenas como mais uma forma para desvios no âmbito da Administração Pública, quando da contratação de empresas destinadas à realização do certame concursal, sem qualquer idoneidade, comprometendo a qualidade dos servidores públicos selecionados.

Conclusões

- 1- A contratação direta de empresa para realização de concurso público, com fundamento no art. 24, XIII, da Lei n.º 8.666/93, não se mostra regular, uma vez que o objeto do contrato não guarda adequação às finalidades do ente privado previstas no referido dispositivos, quais sejam: pesquisa, ensino e desenvolvimento institucional;
- 2- A contratação direta de empresa para realização de concurso público, com fundamento no art. 25, II, da Lei n.º 8.666/93, esbarra no requisito exposto no *caput* do artigo, qual seja, a inviabilidade de competição, uma vez que atualmente existem no mercado diversos entes privados voltados a tal fim, que podem ser escolhidos através de critérios objetivos;

³² Carvalho Filho, José dos Santos. *Ação Civil Pública: Comentários por Artigos*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 81.

- 3- Não cabe a dispensa de licitação em razão do valor ou a escolha da modalidade de licitação *convite* para a contratação de empresa voltada à realização de concurso público, utilizando-se como argumento único a ausência de despesas para o ente público, diante do pagamento realizado com o recolhimento da taxa de inscrição para pelos candidatos diretamente à empresa;
- 4- Tendo a taxa de inscrição natureza de recurso público, deve ingressar nos cofres públicos obedecendo às regras constantes da Lei nº 4.320/64, não cabendo o seu recolhimento diretamente pela empresa contratada para a realização do certame concursal;
- 5- Envolvendo o concurso público atividade predominantemente intelectual, o tipo de licitação adequado para contratação de empresa destinada à realização do certame será melhor técnica ou técnica e preço;
- 6- A contratação irregular de empresa voltada a realização de concurso público pode ser contestada pelo Ministério Público, através de ação civil pública, com pedido de natureza constitutiva, qual seja, a declaração de nulidade do contrato e conseqüente nulidade do certame concursal.

DA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CONTRATAÇÃO DE ESCRITÓRIOS DE ADVOCACIA SEM LICITAÇÃO POR ÓRGÃOS PÚBLICOS

Antonio Celso Campos de Oliveira Faria e Sérgio Turra Sobrane

Promotores de Justiça/SP

SÍNTESE DOGMÁTICA: Da improbidade administrativa na contratação de escritórios de advocacia sem licitação por órgãos públicos - inexigibilidade de licitação em temas genéricos constitui ato de improbidade administrativa - tutela dos interesses difusos - combate à corrupção - tema imprescindível à promotoria especializada da cidadania.

I. INTRODUÇÃO

A presente tese decorre de várias ações por ato de improbidade administrativa intentadas pela Promotoria da Cidadania da Capital do Estado de São Paulo contra escritórios de advocacia e agentes públicos que, em nome da Administração, contratam as mais renomadas bancas para o exercício de advocacia relativo a fatos genéricos ou a fatos que, ao contrário dos interesses do órgão público contratante, visam à defesa do interesse do próprio agente público ímprobo.

Destacamos a importância da tese porque, além de polêmica, a situação exposta vem sendo tratada como fato de menor importância na Administração e com certa falta de atenção pelo Ministério Público diante das muitas promoções de arquivamento elaboradas pelos próprios promotores de Justiça, assim como pela freqüente aprovação de tais contratações pelos Tribunais de Contas dos Estados.

Costuma-se argumentar que a Lei de Licitações é expressa ao permitir a contratação de serviço advocatício por força do art. 25, inciso II, da Lei 8.666/93. Além do equívoco dessa interpretação, o que se tem constatado é que cada vez mais o administrador público releva a prestação do serviço de advocacia pelo departamento jurídico próprio e opta pela contratação de grandes escritórios de advocacia, muitas vezes a honorários altíssimos ou distantes da tabela de honorários da Ordem dos Advogados do Brasil. Essa prática nociva ao interesse público deve ser objeto de combate pelo Ministério Público.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A Constituição Federal determina que *a administração pública direta e indireta de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade*, e também que – erigindo o instituto da licitação em princípio constitucional¹ – *“ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”* (art. 37, caput e inc. XXI).

A norma constitucional transcrita dita como regra a exigibilidade da licitação. As hipóteses de contratação sem a prévia realização da licitação autorizadas pela lei são exceções e como tais, por princípio básico de hermenêutica, devem receber tratamento restritivo.

¹ Adilson de Abreu Dallari, *Aspectos jurídicos da licitação*, Ed. Saraiva, 3ª ed., p. 23.

A Lei n. 8.666/93, diploma legal que regulamenta a licitação, expressão do poder conformador das normas constitucionais destituídas de plena eficácia confiado ao legislador ordinário, reafirma a regra ao estabelecer as hipóteses em que ela é dispensável ou inexigível. Diz a Lei:

“Art. 2º. As obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações, concessões, permissões e locações da Administração Pública, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas nesta lei.

“Parágrafo único. Para os fins desta lei, considera-se contrato todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontade para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada.”

...

“Art. 6º. Para os fins desta lei, considera-se:

“(…)”

“II – Serviço – toda atividade destinada a obter determinada utilidade de interesse para a administração, tais como: demolição, conserto, instalação, montagem, operação, conservação, reparação, adaptação, manutenção, transporte, locação de bens, publicidade, seguro ou trabalhos técnico-profissionais;”

...

“Art. 13. Para os fins desta lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

“(…)”

“II – pareceres, perícias e avaliações em geral;

“(…)”

“V – patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

“(…)”

“§ 3º. A empresa de prestação de serviços técnicos especializados que apresente relação de integrantes de seu corpo técnico em procedimento licitatório ou como elemento de justificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, ficará obrigada a garantir que os referidos integrantes realizem pessoal e diretamente os serviços objeto do contrato.”

...

“Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

“(…)”

“II – para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

“(…)”

“§ 1º. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa, cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

“§ 2º. Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

“Art. 26. As dispensas previstas nos §§ 2º e 4º do art. 17 e nos incisos III a XX do art. 24, as situações de inexigibilidade referidas no art. 25, necessariamente justificadas, e o retardamento previsto no final do parágrafo único do art. 8º desta lei deverão ser comunicados dentro de três dias à autoridade superior, para ratificação e publicação na imprensa oficial, no prazo de cinco dias, como condição para eficácia dos atos.

“Parágrafo único. O processo de dispensa, de inexigibilidade ou de retardamento, previsto neste artigo, será instruído, no que couber, com os seguintes elementos:

“I – caracterização da situação emergencial ou calamitosa que justifique a dispensa, quando for o caso;

“II – razão da escolha do fornecedor ou executante;

“III – justificativa do preço.”

...

“Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

“§ 1º. Os contratos devem estabelecer com clareza e precisão as condições para sua execução, expressas em cláusulas que definam os direitos, obrigações e responsabilidades das partes, em conformidade com os termos da licitação e da proposta a que se vinculam.

“§ 2º. Os contratos decorrentes de dispensa ou de inexigibilidade de licitação devem atender aos termos do ato que os autorizou e da respectiva proposta.”

Para o caso em análise interessa-nos a exceção substanciada no art. 25, inc. II, base da contratação geralmente levada a efeito pelos órgãos públicos, que estabelece ser “*inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial ... para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação*”.

Não se trata, evidentemente, de qualquer serviço técnico especializado, como não basta que o mesmo esteja arrolado na lei. A lei exige mais dos que as *habilitações técnica e profissional normalmente encontradas em profissionais do ramo*.

Interpretação diversa a essa afronta a Constituição Federal, especialmente os arts. 5º, *caput* e 37, *caput*, inc. XXI, e § 4º, que impõem a necessidade da licitação em obediência aos princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade e moralidade administrativas.

Basta, a tanto, uma superficial análise das hipóteses relacionadas no invocado art. 13 da Lei 8.666/93. A prevalecer tese oposta, seria inexigível a licitação, por exemplo: para a contratação de qualquer estudo técnico ou planejamento; para qualquer avaliação em geral e qualquer perícia; para qualquer fiscalização de obras ou serviços ou treinamento e aperfeiçoamento de pessoal, **ou seja, a licitação tornar-se-ia a exceção e não a regra e a contratação direta a regra**. Invocável, neste ponto, a lição de Carlos Maximiliano², no sentido de que o **Direito deve ser interpretado inteligentemente, não de modo que a ordem legal envolva um absurdo, prescreva inconveniências, vá ter a conclusões inconsistentes ou impossíveis. Também se prefere a exegese de que resulte eficiente a providência legal ou válido o ato, à que torne aquela sem efeito, inócua, ou este, juridicamente nulo**.

Nesses termos, não é qualquer *patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas* que tornará inexigível a licitação. A lei também exige que a especialização seja notória, fornecendo elementos objetivos por meio dos quais se pode avaliar a notoriedade da especialização do profissional: “*desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica ou (...) outros requisitos relacionados com suas atividades*” que permitam “*auferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato*” (§ 1º do artigo 25).

Outro pressuposto exigido pela lei, normalmente não obedecido pelos agentes públicos e certamente o mais relevante, é a *natureza singular* do objeto a ser contratado, que deve estar obrigatoriamente conjugada com a natureza do serviço e com a notória especialização do contratado.

O legislador objetivou intensificar a idéia: o serviço técnico profissional especializado, quando exige conhecimentos profundos, pouco difundidos entre os demais técnicos do ramo, deve ser extraordinário, raro, incomum, de natureza tão singular que só possa ser feito por uma única pessoa, como diz CELSO BASTOS.³ É a singularidade do objeto do serviço que justifica, por inviável, a inexigibilidade da licitação: é ela de tal monta que impede qualquer competição entre os profissionais.

É a singularidade do objeto do serviço que justifica, por inviável, a inexigibilidade da licitação. À evidência, o patrocínio de que trata a lei há de ser de *natureza singular*.

Em síntese, pois, a contratação de serviços técnicos profissionais especializados, como o patrocínio de causas judiciais ou administrativas (artigo 13, V), só pode, em princípio, realizar-se diretamente sem licitação (artigo 25, inciso II, e § 1º), “*quando o profissional for de notória especialização e o objeto do contrato revelar-se de tal singularidade que não dê condições a que se proceda a qualquer competição entre os profissionais existentes no ramo*” (grifos nosso).

Em muitos casos, os objetos dos contratos pela Administração não possuem natureza singular, pois nada existe que exijam mais do que *as habilitações técnica e profissional normalmente encontradas em profissionais do ramo*.

O artigo 25 da Lei n. 8.666/93, ao enumerar os casos de inexigibilidade de licitação, por inviabilidade de competição, não o fez de forma exaustiva, mas exemplificativa, o que outorga ao administrador uma margem de discricionariedade para agir, visando, única e exclusivamente, ao interesse público que deve, sempre, estar em primeiro lugar.

Não se pode perder de vista que discricionariedade é a *margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair, objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente*⁴.

Daí resulta que o fato da Administração contar com quadro próprio de advogados não constituir, por si só, impedimento legal à contratação de advogado particular para prestar-lhe serviços específicos, **desde que a natureza**

² Carlos Maximiliano, *Hermenêutica e aplicação do direito*, 6ª edição, Freitas Bastos, RJ, 1957, p. 210.

³ *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo, Saraiva, 1992, v. 3, t. III, p. 2.

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, São Paulo, Malheiros, 1993, p. 48.

e as características de singularidade e de complexidade dos serviços se comprovem e não poderem ser normalmente prestados pelos que compõem seus próprios quadros.

Também não é possível contratar sem a realização de um certame público, arrimado na excepcionalidade da “notória especialização”, da singularidade do objeto ou na “inviabilidade de competição”, quando o próprio quadro de advogados da empresa ou órgão público faz – porque sempre fez – o serviço.

Sendo assim, afastada a singularidade do objeto e havendo possibilidade fática de outros profissionais ou empresas prestarem os serviços contratados, inclusive por preços mais módicos, a realização da competição é imprescindível.

Após nortear a conduta administrativa no *caput* do art. 37, o § 4º da mesma norma da Constituição Federal estabelece que:

“Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.”

O comando constitucional foi regulamentado pela Lei n. 8.429/92 que, em seu artigo 10, *caput* e inc. VIII, dispõe:

“Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, **dolosa ou culposa**, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta Lei, e notadamente:

“(…”)

“VIII. **frustrar a licitude de procedimento licitatório ou dispensá-lo indevidamente.**”

A licitação decorre da igualdade e da impessoalidade. Consiste no único meio de se garantir a oportunidade de igualdade a todos os interessados em contratar com o Poder Público, na busca da moralidade e eficiência nas contratações procedidas entre a Administração Pública e o particular.

A frustração da licitude do procedimento licitatório é preceito bem amplo, podendo ocorrer tanto pela violação aos princípios específicos (art. 3º da Lei 8.666/93), quanto pela inserção de cláusulas incompatíveis com a normatização constante da Lei Federal n. 8.666/93, todos descendentes do princípio do art. 37 inc. XXI, da Constituição Federal.

Inexistindo o procedimento licitatório, na medida em que parte da falsa premissa da singularidade do objeto para declarar-se inexigível o certame pela inviabilidade de competição, implica na ocorrência de improbidade administrativa.

Também é passível de ser invocado na espécie o artigo 11, *caput* e o inciso I, da Lei 8.429/92:

“Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições, e notadamente:

“I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência;”

Todo aquele que gasta dinheiro público em desacordo com a lei incorre em evidente lesão, devendo arcar com o completo ressarcimento do erário. Essa é a regra. Daí a lei 8.429/92 estabelecer que:

“Art. 5º - Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”.

III. PROPOSIÇÕES

Ao contrário do que muitos pensam, inclusive quanto à interpretação das normas mencionadas no corpo da tese, é a inexigibilidade de licitação na contratação de serviços advocatícios ato grave de improbidade administrativa, pois, além de ofensa ao princípio da licitação, gera a sangria de recursos públicos com o único fim de defesa em procedimentos administrativos que mereceriam apenas o acompanhamento do corpo jurídico do órgão público. Em outros casos, ainda mais graves, invoca-se o escritório especializado para defesa do próprio ato de improbidade administrativa. Vale dizer que o corrupto se vale da própria Administração para contratar a melhor defesa em seu benefício.

Ante o exposto, propomos as seguintes conclusões:

1- contratação de escritório de advocacia por inexigibilidade de licitação em temas genéricos constitui ato de improbidade administrativa;

2- é inadmissível a contratação de escritório de advocacia pelo órgão público para a defesa de ato do agente público e que constitui improbidade administrativa, cabendo-lhe exclusivamente o ônus de sua própria defesa em Juízo;

3- só é admissível a contratação de escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação quando restar evidenciada, concomitantemente, a natureza singular do objeto e a notória especialização do profissional contratado;

4- o Ministério Público deve envidar esforços no combate a contratações de escritórios de advocacia por inexigibilidade de licitação quando não restarem absolutamente claros os requisitos autorizadores de tais contratações.

DA NECESSÁRIA PUBLICIDADE OFICIAL DAS CONDENAÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcelo Zenkner

Promotor de Justiça/ES

1 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA CONTEMPORÂNEA

1.1 Introdução

(...) É o que disse o outro pirata a Alexandre Magno. Navegava Alexandre em uma poderosa armada pelo Mar Eritreu a conquistar a Índia; e como fosse trazido a sua presença um pirata, que por ali andava roubando os pescadores, repreendeu-o muito Alexandre de andar em tão mau ofício; porém ele que não era medroso nem lerdô, respondeu assim: "basta, Senhor, que eu porque roubo em uma barca sou ladrão, e vós porque roubais em uma armada, sois imperador?" Assim é. O roubar pouco é culpa, o roubar muito é grandeza: o roubar com pouco poder faz os piratas, o roubar com muito os Alexandres. Mas Sêneca, que sabia bem distinguir as qualidades e interpretar as significações, a uns e outros, definiu com o mesmo nome: "Eodem loco pone latronem, est piratam, quo Regem animus latronis, est piratae habentem". Se o Rei de Macedônia, ou qualquer outro, fizer o que faz o ladrão e o pirata; o ladrão, o pirata e o Rei, todos têm o mesmo lugar, e merecem o mesmo nome.

A citação, apesar de demasiadamente atual, é trecho do "Sermão do Bom Ladrão", pregado pelo Padre Antônio Vieira na Igreja da Misericórdia de Lisboa, há quase quatro séculos atrás. Mas sobre as questões suscitadas, ainda é possível acrescentar: em relação ao pirata, aquele que presencia os fatos criminosos por ele praticados e os leva ao conhecimento das autoridades é uma testemunha, pessoa cumpridora do dever de cidadania; no que diz respeito ao imperador, é sempre um desqualificado ou um caluniador, em que pese sua coragem de estabelecer um confronto com o poder constituído, em prejuízo pessoal e familiar.

Para o imperador, mesmo diante de uma situação de clareza meridiana, há a tão decantada presunção de inocência; para aquele que o acusa, sequer existe a presunção de idoneidade, e o pior: ainda lhe é jogado sobre as costas o fardo de comprovar aquilo que está dizendo, como se o próprio testemunho já não fosse uma prova e como se autoridades outras, remuneradas pelos cofres públicos, não tivessem a obrigação de investigar.

É verdade que a corrupção precisa ser combatida pelo aperfeiçoamento das leis e dos mecanismos públicos de fiscalização e controle. Reformas legislativas se fazem imperiosas e urgentes para que a corrupção deixe de ser estrutural, para que as instituições funcionem e para que a impunidade seja sufocada. Se isto não for feito no mais breve espaço de tempo possível, um honesto poderá até vir a governar por quatro ou oito anos, mas, se for novamente substituído por um corrupto, tudo voltará a ser como era antes.

Com a Constituição de 1988 erigiram-se normas-princípio com força imperativa e normas-regra por toda a esfera de atuação pública e privada. Exigiu-se do agente público o respeito ao Estado Democrático de Direito, com o anúncio de severas consequências aos seus injuriadores. Neste sentido, além das opções constitucionais esboçadas em outros preceitos, delineadoras dos princípios e objetivos da República Federativa Brasileira, assim restou lavrado o artigo 37, § 4º:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (*de acordo com a redação dada pela Emenda Constitucional 19/98):

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

O constituinte obrou com intensa preocupação a formação do novo regime, o democrático. Fica nítida a intenção constitucional de superar mazelas do passado, como o arbítrio, o abuso, a prepotência, a desigualdade de tratamento por qualquer razão; e também evidente a idéia da imperatividade da ordem jurídica, como preceitos para todos, em especial aos que exercem função pública.

Em 1989, na primeira eleição direta para presidente pelo PRN (Partido da Reconstrução Nacional), Collor é eleito o mais jovem presidente do Brasil, com 35 milhões de votos, cujo mandato acabou interrompido por denúncias de corrupção. Neste contexto histórico, de imensa pressão da opinião pública, foi gerada e publicada a Lei nº 8.429, de junho de 1992, alcinçada *Lei de Improbidade Administrativa*, assinada exatamente por aquele que veio a se tornar sua primeira vítima: o ex-presidente Fernando Collor. O fato é que, a partir daí, autoridades de todo o país passaram a ter suas gestões investigadas pelo Ministério Público.

Hoje, os maus gestores se sentem pressionados, políticos tiveram sua credibilidade abalada por estarem respondendo a processos em que se pede a condenação pela prática de ato de improbidade administrativa e os “esquemas” utilizados para desviar valores dos cofres públicos tiveram que ser aperfeiçoados, diminuindo sua “lucratividade”.

Por isso essa nova situação não agrada a muitos, que resistem em se amoldar à nova ordem e se voltam contra ela: pessoas enraizadas a práticas clientelistas, patriarcais, assistencialistas; pessoas que foram financiadas ou corrompidas com o fito de defender interesses de determinados grupos ou até mesmo de organizações criminosas (prática bastante corriqueira na caracterização de tais entidades por definição ilícitas); etc.

1.2 Histórico de ataques à Lei nº 8.429/92

O primeiro ataque claro à Lei de Improbidade Administrativa (LIA) ocorreu em dezembro de 2000, com a edição da Medida Provisória nº 2.088-35¹. Por uma ação forte da CONAMP, com apoio da imprensa e da opinião pública, na reedição dessa medida provisória essas excrescências acabaram sendo eliminadas nas reedições sucessivas da mesma medida provisória. Entretanto, em razão da Medida Provisória nº 2.225-45, de 2001, e da Emenda Constitucional nº 32/2001, acabou incorporando ao procedimento da ação por ato de improbidade administrativa o chamado “juízo de prelibação”.

O segundo ataque à Lei de Improbidade Administrativa envolve o ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADIn nº 2182), proposta pelo extinto Partido Trabalhista Nacional, ainda em tramitação no Supremo Tribunal Federal. O partido requerente sustenta, em síntese, que a norma atacada “*não resultou de um trabalho bicameral, ofendendo, assim, o artigo 65 da Constituição Federal*”. Alega que a Câmara dos Deputados não poderia ter encaminhado à sanção presidencial o projeto substitutivo apresentado pelo Senado Federal, em razão de supostas alterações substanciais que teriam sido introduzidas naquela Casa, então revisora. Nessa linha, afirma que a Câmara dos Deputados teria elaborado “*uma terceira e nova redação para o projeto de lei destinado a regular os atos de improbidade*”, a qual não teria sido examinada pelo Senado Federal.

Outro ataque veio com a edição da Lei nº 10.628, de 24 de dezembro de 2002, que acrescentou os parágrafos primeiro e segundo do artigo 84 do Código de Processo Penal². Seguramente, ao que se deixa transparecer, o intuito era o de deixar impunes atos de improbidade, cuja investigação e promoção de ações não mais poderia, em tese, ser feita com a mesma eficiência que as realizadas por centenas de membros do Ministério Público, nem tampouco julgadas com celeridade pelos Tribunais, que seriam inundados por outros processos, por vezes de complexa solução jurídica. Outra razão aparente seria a idéia de que a limitação do número de autoridades da Justiça facilitaria a tentativa de intervenção política, aproveitando-se de uma brecha no sistema jurídico nacional que assegura a nomeação de membros de Tribunais e da chefia do Ministério Público diretamente pelo chefe do Executivo.

Mais uma vez a CONAMP entrou em ação e ajuizou a ADIn nº 2797 no Supremo Tribunal, cujo pedido acabou sendo julgado procedente, eliminando-se, então, a previsão de foro privilegiado nas ações por ato de improbidade administrativa, sob o argumento de tal somente poderia ser dar por emenda à Constituição, e não por lei ordinária.

¹ Essa medida provisória criou mais uma modalidade de ato de improbidade administrativa, que estaria prevista no inciso VIII do artigo 11 da Lei nº 8.429/92: Art. 11. (...) VIII - instaurar temerariamente inquérito policial ou procedimento administrativo ou propor ação de natureza civil, criminal ou de improbidade, atribuindo a outrem fato de que o sabe inocente. A mesma medida provisória ainda alterava o procedimento da ação por ato de improbidade administrativa, prevendo o seguinte: Art. 17. (...) § 10. O réu poderá, em reconvenção, no prazo da contestação, ou em ação autônoma, suscitar a improbidade do agente público proponente da ação configurada nos termos do art. 11, incisos I e VIII, desta Lei, para a aplicação das penalidades cabíveis. § 11. Quando a imputação for manifestamente improcedente, o juiz ou o tribunal condenará nos mesmos autos, a pedido do réu, o agente público proponente da ação a pagar-lhe multa não superior ao valor de R\$ 151.000,00 (cento e cinquenta e um mil reais), sem prejuízo do disposto no parágrafo anterior.

² § 1º A competência especial por prerrogativa de função, relativa a atos administrativos do agente, prevalece ainda que o inquérito ou a ação judicial sejam iniciados após a cessação do exercício da função pública.

§ 2º A ação de improbidade, de que trata a Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.

Um quarto ataque efetivado contra o combate dos atos de improbidade administrativa envolve a tese de que os atos de improbidade descritos na Lei nº 8.429/92 são “crimes de responsabilidade”, argumento este que, se acolhido, acarretaria na suspensão ou mesmo na extinção de mais 14 mil processos que atualmente tramitam nas Justiças Federal e Estadual contra agentes e ex-agentes políticos acusados da prática de atos de improbidade.

O Supremo Tribunal Federal, exercendo sua competência para julgar crime de responsabilidade contra o ex-ministro Ronaldo Mota Sardemberg, decidiu que não caberia o seu julgamento pela justiça comum. A dúvida sobre a ocorrência ou não de foro por prerrogativa de função a ex-ministro de Estado foi levantada na Reclamação nº 2138, proposta pela União Federal, em agosto de 2002, contra o Juiz da 14ª Vara do Tribunal Regional Federal da 1ª Região. A tese pela procedência da Reclamação, do ministro-relator Nelson Jobim, acabou prevalecendo por maioria de votos do Plenário (6 votos a 5). Não votaram nesse julgamento os ministros Carlos Ayres Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e a ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, por sucederem os ministros aposentados que já haviam proferido seus votos.

Entretanto, no julgamento subsequente, a atual composição do Supremo Tribunal Federal, ao julgar uma questão de ordem em Petição (PET nº 3923) ajuizada pelo Ministério Público de São Paulo contra o deputado federal Paulo Maluf, rejeitou a pretensão do parlamentar³ que pretendia que ao seu caso fosse aplicado o entendimento de que agentes políticos não podem responder por atos de improbidade, mas só por crimes de responsabilidade (tese vencedora no julgamento de Reclamação ajuizada em favor do ex-ministro Ronaldo Mota Sardemberg). Assim, prevaleceu o entendimento de que caberá ao Juízo da 7ª Vara da Fazenda Pública do Tribunal de Justiça de São Paulo realizar a execução de decisão judicial que condenou Paulo Maluf por ato de improbidade administrativa.

Por fim, o ataque que mais preocupa atualmente: a Proposta de Emenda Constitucional (PEC) nº 358 de 2005 (2ª parte da “Reforma do Judiciário”), que prevê foro privilegiado por prerrogativa de função em atos de improbidade administrativa, alterando-se a Constituição Federal.

Se tal proposta vingar, certamente estaremos diante de imenso retrocesso no combate à corrupção e à improbidade administrativa, por todos os motivos já considerados.

1.3 Principais problemas atualmente enfrentados na persecução judicial

Sabemos que as ervas daninhas só crescem dada a negligência do homem, que deveria tratar da terra. Deixando de lado todas as mazelas do sistema judiciário e a absurda morosidade na tramitação processual no Brasil, que gera imensa sensação de impunidade, temos que admitir que todos esses ataques que recaem sobre a Lei nº 8.429/92 se devem principalmente ao fato de não haver uma quantidade expressiva de condenações baseadas na citada legislação.

Segundo o jornal “O Globo”⁴, “*embora não haja estatísticas oficiais, um cruzamento de dados inédito revela que menos de 7% das autoridades processadas por improbidade administrativa foram condenadas - quase sempre políticos de pouca expressão. Desde 1992, foram movidas cerca de 14 mil ações desse tipo em todo o país, a grande maioria ainda sem decisão final. O resultado foi a condenação de pelo menos 1.035 agentes públicos, hoje com seus direitos políticos suspensos*”.

E o Ministério Público, que até apresenta bons resultados nas investigações e no ajuizamento de ações por ato de improbidade administrativa, mesmo com pouca ou nenhuma estrutura administrativa para tanto, praticamente não acompanha as respectivas tramitações, parecendo haver uma “transferência total de responsabilidade” para o Judiciário no tocante ao impulso oficial e à conclusão dos feitos, em total prejuízo da efetividade e da eficácia do processo.

A palavra efetividade advém do latim “*efficere*”, o qual significa produzir, realizar, estar ativo de fato. Relacionando-a ao processo, a efetividade corresponderia, nos dizeres de Egas Moniz de Aragão⁵, “à preocupação com a eficácia da lei processual, com sua aptidão para gerar os efeitos que dela é normal esperar”. Assim, se processo é o instrumento pelo qual o Estado exerce a jurisdição, atrelando uma expressão à outra temos que “processo efetivo” é aquele que desempenha com eficiência o papel que lhe compete no ordenamento jurídico, qual seja, a prestação da tutela jurisdicional, com a justa composição da lide.

Entretanto, dependendo das circunstâncias, pode o processo efetivo não ser eficaz. Isso porque há casos em a sentença de mérito transitada em julgado acaba não produzindo efeitos no plano concreto, como no daquela que reconhece o direito do autor em receber determinada coisa e, posteriormente, verifica-se que tal coisa desapareceu ou não existe mais.

³ Em 1995, Maluf foi condenado a ressarcir aos cofres públicos a verba pública gasta, no valor de R\$ 68.726 mil, atualizada, e pagar multa equivalente a duas vezes o valor do dano. Em 2001, após o trânsito em julgado da condenação, o MP-SP ajuizou a ação de execução da condenação. Segundo informações da ação de execução, o total do ressarcimento, para o município de São Paulo, seria de pouco mais que R\$ 492 mil. Com a sua eleição como deputado federal, em 2007, Maluf obteve decisão judicial favorável, determinando a remessa do processo para o Supremo.

⁴ Edição do dia 16.6.2007, p. 3.

⁵ ARAGÃO, Egas Moniz de. Efetividade do processo de execução. In: ASSIS, Araken de & OLIVEIRA, Carlos Alberto A. de. O processo de execução, estudos em homenagem ao professor Alcides de Mendonça Lima. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1995, p. 127.

Então, quando se parte em busca dos resultados, das consequências ou dos efeitos que o processo deve operar, o que se pretende, em verdade, como muito bem explica Willian Couto Gonçalves⁶, é alcançar a “eficacidade do processo”, ou a efetividade em seu terceiro estágio:

Prefere-se, então, tripartir o sentido do termo efetividade fazendo-o compreender o direito à jurisdição, porque esta realmente existe como proposta, hodiernamente, do Estado Constitucional e de Direito (efetividade em seu primeiro estágio); o direito a um processo onde são garantidas as liberdades públicas do cidadão, porque de igual modo este também existe, garantindo a jurisdição (efetividade em seu segundo estágio), entendendo-se por liberdades públicas – no sentido técnico-jurídico – os direitos subjetivos do cidadão, ou seja, aqueles identificados nos poderes de agir reconhecidos e protegidos pela ordem jurídica a todos os seres humanos [...].

E completa o autor:

[...] por fim, o direito a que se faça cumprir aquilo que se pediu e que o Estado concedeu, por meio de um comando quer declaratório, quer condenatório, quer mandamental (efetividade em seu terceiro estágio), que, quando atua na situação fática que fez provocar a jurisdição, mais se identifica com eficácia, ou seja, produz o efeito desejado (sem grifos no original).

O processo deve se prestar, portanto, não apenas a dar solução à lide, tutelando o direito violado, mas, principalmente, deve buscar a produção dos efeitos desejados pelo comando jurisdicional, pois só assim será ele realmente efetivo.

E essa não tem sido uma preocupação do Ministério Público, pelo menos no âmbito das ações por ato de improbidade administrativa. Se esquecem os membros da Instituição que o que importa é o resultado, ou seja, a condenação com todos os seus efeitos, já que o simples ajuizamento de uma ação por ato de improbidade apenas desperta a ira do demandado diante da repercussão na mídia, fazendo com que o mesmo, continuando a ocupar cargo público de destaque e influência, volte suas armas para o Ministério Público, criando enormes embaraços às administrações superiores⁷.

Nas palavras de Emerson Garcia, em recente encontro realizado no Ministério Público do Estado do Espírito Santo para debater o tema, “*a Lei de Improbidade Administrativa não tem sido efetiva, mas, como possui uma perspectiva de efetividade, são inúmeros os ataques que ela vem sofrendo*”.

Se tivesse havido uma quantidade maior de condenações nesses quinze anos de vigência da Lei de Improbidade Administrativa, certamente o Ministério Público não estaria agora tendo que partir para a defesa de tão importante legislação, pois muitos dos agentes políticos que hoje tentam “dinamitar” a Lei nº 8.429/92 estariam com os direitos políticos suspensos por força de sentenças condenatórias transitadas em julgados e afastados da vida pública.

Deve-se ressaltar que não bastam condenações nas sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, pois é preciso que elas produzam efeitos concretos. Para o corrupto, basta uma simples comunicação ao TSE de que ele foi sancionado com a suspensão de seus direitos políticos. Mas e para o corruptor? Como implementar a sanção de proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios?

Apesar de o setor privado contribuir ativamente com o desvio de recursos públicos, a corrupção é vista apenas do lado do corrompido, já que o corruptor raramente aparece. O pior é que, ainda que condenado por improbidade administrativa (art. 3º da LIA), empresários desonestos continuam fraudando licitações e celebrando contratos superfaturados com o Poder Público, pois não há a mínima fiscalização do cumprimento da sanção imposta.

⁶ GONÇALVES, Willian Couto. *Garantismo, finalismo e Segurança Jurídica no Processo Judicial de Solução de Conflitos*. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2004, p. 38/39.

⁷ De acordo com matéria publicada no jornal “O ESTADO DE MINAS”, edição de 15.7.2007, p. 8, sob o título “DE RÉUS A ALGOZES DO MP”, “Os deputados estaduais têm motivos de sobra para não querer que promotores possam ajuizar ações contra eles. Pelo menos 30 dos 77 parlamentares são réus em ações por improbidade administrativa movidas pelo Ministério Público. Não é à toa que a maioria dos integrantes da lista de processados faz parte do time favorável ao Projeto de Lei Complementar 17/07, aprovado quinta-feira, que restringe a atuação dos promotores. Eles também são os principais responsáveis por cerca de 70 emendas que a proposta recebeu na tentativa de cercar a atuação do Ministério Público e de dificultar as investigações. (...) Há quase um mês a tribuna da Assembléia tem sido usada pelos deputados para atacar os promotores, que, segundo os deputados, cometem ‘excessos e injustiças’. O deputado Rêmolo Aloise (PSDB), que apresentou seis emendas ao projeto, chamou os promotores de ‘canalhas, corruptos e pedófilos’. O deputado responde a ações movidas na Justiça pelo Ministério Público Estadual e também Federal e chegou a ser condenado em primeira instância por causa de uso da extinta verba de subvenção para equipar o Hospital Sagrado Coração de Jesus, de sua propriedade, localizado em São Sebastião do Paraíso, no Sul de Minas. O processo agora está em fase de recurso na segunda instância”.

2 PUBLICIDADE E PROBABILIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 O princípio constitucional da publicidade

A publicidade está inserida dentre os princípios que regem a Administração Pública não apenas no já citado *caput* do artigo 37 da Constituição Federal, mas também no artigo 4º da própria Lei nº 8.429/92 e também no artigo 3º da Lei nº 8.666/93. É a chamada exigência legal de “máxima transparência” que, de acordo com Juarez Freitas⁸,

Quer significar que a Administração há de agir de sorte a nada ocultar e, para além disso, suscitando a participação fiscalizatória da cidadania, na certeza de que nada há, com raras exceções constitucionais, que não deva vir a público.

Nesse sentido, a orientação constitucional se estabelece no sentido de se abrir todos os canais de acesso à informação para que os administrados possam se servir da Administração Pública da melhor forma possível, ressaltados os casos e hipóteses em que a própria Constituição confere o caráter sigiloso.

A regra guarda perfeita sintonia com o artigo 5º da Lei Maior que afirma, em seu inciso XXXIII, que “todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral”, regra esta que resulta em inexorável compromisso da Administração Pública informar ao administrado o que está sendo feito da coisa pública.

2.2 A publicidade como forma de se efetivar sanções por ato de improbidade administrativa

Nessa linha, os participantes da 2ª Pesquisa de Líderes Empresariais Brasileiros – “*Globalização e Gestão de Complexidades: questões inevitáveis em um cenário econômico em transformação*”, realizada em abril de 2006 pela consultoria internacional PricewaterhouseCoopers, consideraram que a falta de transparência nos atos do Poder Público é um dos fatores críticos indicados como causador ou encorajador de atos de corrupção no Brasil.

Essa conclusão se torna uma verdade plena diante da inexistência de um cadastro nacional de condenados por improbidade administrativa, que se prestaria não apenas para levantamentos estatísticos imediatos e atualizados, mas também para atenuar um pouco a sensação de impunidade que se abate sobre os cidadãos.

A medida ainda poderia servir para implementar de forma prática e concreta a sanção de “*proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios*”, prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92 e própria para os corruptores, que produzem na sociedade efeitos tão deletérios quanto os corruptos.

Destaque-se que, em caso de condenação, a apontada sanção já pode produzir efeitos práticos a partir do julgamento em segundo grau de jurisdição, ainda que haja a interposição de recurso especial ou extraordinário, que não possuem efeito suspensivo (art. 497 do CPC), diante da clareza meridiana da previsão contida no *caput* do artigo 20 da Lei nº 8.429/92.

Por isso, a 8ª Promotoria Cível de Vitória, que possui atribuições para investigação e ajuizamento de ações por ato de improbidade administrativa, tomou a iniciativa de organizar uma listagem dos condenados, que pode ser acessado pela Internet no endereço www.condenadosimprobidade.adv.br, estando o cadastramento ainda em uma fase incipiente.

2.3 Necessidade de oficialização das informações

Entretanto, é sabido que os regramentos derivados do princípio da publicidade estão diretamente correlacionados à oficialidade da divulgação, ou seja, somente por meios oficiais pode ser operada a plena observância ao princípio. Nesse sentido, a Lei nº 9.784/92 (art. 2º, parágrafo único, inc. V) estabelece a necessidade de “divulgação oficial” dos atos administrativos, que se “constitui requisito de eficácia e moralidade do ato administrativo”, ressalvadas as hipóteses de sigilo previstas na Constituição.

É por esse motivo que leis, atos e contratos administrativos só produzem consequências jurídicas fora dos órgãos que os emitem e adquirem validade universal a partir de sua publicação oficial.

Por isso, é imperiosa a edição de legislação regulamentando o cadastro oficial dos condenados por ato de improbidade administrativa. Publicidade nesse sentido já seria suficiente para, por exemplo, para o administrador público, com uma rápida consulta, inabilitar empresa em determinado procedimento licitatório ou evitar a celebração de contrato com aquele que esteja impedido para tanto por força de determinação judicial.

Com a medida se tornariam totalmente ineficazes, também, quaisquer tentativas de imigração do empresário

⁸ O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais. São Paulo : Malheiros, 1997, p. 70.

corruptor, condenado por improbidade administrativa, para outra localidade ou Estado da Federação com o objetivo de continuar participando de '(i)licitações' para se locupletar às custas dos cofres públicos.

Com o cadastro oficial, certamente ganhariam eco as palavras de Mateus Bertoni⁹:

É mediante a publicidade que se poderá controlar e avaliar se os atos e negócios celebrados pela Administração foram legais, morais, impessoais e eficientes. Sem a incidência do princípio, a 'cultura de improbidade' se alastra e se refestela, porque é à sorrelfa, à socapa que a corrupção costuma agir. O princípio da publicidade é, portanto, indispensável condição para a imposição da ideologia constitucional de probidade e moralidade pública.

É urgente, pois, a implementação da medida, devendo o Ministério Público Brasileiro se movimentar no sentido de elaborar e encaminhar projeto de lei ao Congresso Nacional para regulamentação da matéria.

CONCLUSÕES

1. Apesar de a Lei de Improbidade Administrativa ainda não ter alcançado todos os resultados que dela se espera no enfrentamento da corrupção, pela sua simples "perspectiva de efetividade" vem ela sofrendo inúmeros ataques;
2. O Ministério Público, como principal legitimado da Lei nº 8.429/92 e pelas ações por ato de improbidade ajuizadas nos últimos anos, acaba, por via reflexa, também sendo atacado por aqueles são demandados em juízo e permanecem detentores do poder político;
3. Os membros da Instituição precisam se conscientizar de que, principalmente no trato da improbidade administrativa, o que importa realmente é o resultado prático, ou seja, a almejada condenação nas sanções previstas em lei, com todos os efeitos dela decorrentes;
4. Para fazer valer na prática a sanção de proibição de contratar com o Poder Público e receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, prevista no artigo 12 da Lei nº 8.429/92, é urgente a criação de um cadastro oficial dos condenados por ato de improbidade administrativa, de âmbito nacional, devendo a CONAMP empreender esforços no sentido de elaborar e encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei regulamentando a matéria.

⁹ Ato de Improbidade Administrativa – 15 anos da Lei 8.429/92. São Paulo : Editora RT, 2007, p. 184.

DA RETENÇÃO LIMINAR DOS VENCIMENTOS DE AGENTE PÚBLICO DEMANDADO PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcelo Zenkner

Promotor de Justiça/ES

1. A DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO EM JUÍZO

1.1 O direito difuso à preservação do Erário

O artigo 127, *caput*, da Constituição Federal diz incumbir ao Ministério Público “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”. Também incumbe ao Ministério Público “promover o inquérito civil e a ação civil pública, para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos” (CF, art. 129, inc. III).

O dispositivo constitucional, ao fixar a legitimação do Ministério Público para promover a ação civil pública, também deixa patente que esse tipo de ação é apropriado para a “proteção do patrimônio público e social”, inclusive porque a doutrina consagra a tese de que a preservação do erário e a probidade administrativa são valores que se inserem no contexto dos direitos e interesses difusos, pois constituem bem de todos, indivisível, cuja violação afeta a sociedade como um todo. Paulo de Tarso Brandão¹, por exemplo, afirma:

É inegável o caráter preponderantemente difuso do interesse que envolve a higidez do erário público. Talvez seja o exemplo mais puro de interesse difuso, na medida em que diz respeito a um número indeterminado de pessoas, ou seja, a todos aqueles que habitam o Município, o Estado ou o próprio País a cujos Governos cabe gerir o patrimônio lesado, e mais todas as pessoas que venham ou possam vir, ainda que transitoriamente, desfrutar do conforto de uma perfeita aplicação ou os dissabores da má gestão do dinheiro público – grifos nossos.

Ao comentar as disposições do art. 25, inciso IV, letra “b”, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, Pedro Roberto Decomain² professa idêntico entendimento. Assim é que, reportando-se à expressão “patrimônio público e social”, inserida no art. 129, inciso III, da Constituição Federal, assevera:

Interessante salientar que, segundo a dicção do aventado dispositivo constitucional, o patrimônio público e social seria interesse difuso. Com certeza o patrimônio público e social acha-se personalizado em determinada pessoa jurídica de direito público. Mesmo assim, contudo, abstraindo-se da personalidade jurídica da União, dos Estados, Distrito Federal, Municípios e entidades de suas administrações indiretas e fundacionais, chega-se à conclusão de que a preservação de seus patrimônios realmente constitui interesse difuso, na medida em que não se trata de interesse deste ou daquele particular, mas sim de toda a coletividade. Mesmo que a alínea “b” do inciso IV deste artigo na dissesse a respeito da preservação do patrimônio e da moralidade pública por intermédio da ação civil pública, tal proteção teria por fulcro a própria Constituição Federal e ainda o artigo 1º, inciso IV, da Lei nº 7.347/85, com a redação que lhe foi dada pelo Código de Proteção ao Consumidor – grifos nossos.

¹ Ação Civil Pública. 2 ed. Florianópolis :
Obra Jurídica, 1996, p. 122.

² Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público. 1 ed. Florianópolis : Obra Jurídica, 1996, p. 151/152.

Não há dúvidas, portanto, de que o direito a uma administração proba e à conservação do erário, exercitável tendo em vista a utilização dos escassos recursos da sociedade para o bem comum e não para a obtenção de vantagens e privilégios de uma minoria, se insere no contexto dos chamados “direitos metaindividuais”, passíveis de proteção através da ação civil pública.

1.2 Instrumentos de defesa do patrimônio público

Mas a ação civil pública não é o único instrumento de tutela coletiva, pois, se os interesses em questão são “difusos”, não se pode falar em instância ou órgão que os devesse representar em termos de exclusividade. Na linha dos ensinamentos de Rodolfo de Camargo Mancuso³,

(...) estamos hoje a caminho de superar a concepção de democracia representativa, para ascendermos à chamada ‘democracia participativa’, onde a existência de representantes eleitos não exclui a participação dos cidadãos em geral, isoladamente ou em grupos. A gestão da coisa pública é, significativamente, uma ‘res publica’, de modo que todos os integrantes da comunidade têm título para dela participarem. Acresce a essa tendência a constatação dos reiterados desmandos e arbitrariedades na gestão da coisa pública, que vêm levando os indivíduos a descreverem da eficácia do modelo-político institucional estabelecido. Daí a propensão popular, cada vez mais justificada, à participação direta na gestão da coisa pública.

Por isso, de acordo com o inciso LXXIII do artigo 5º da Constituição Federal, “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”.

E, naquilo que se batizou como “legitimação concorrente e disjuntiva”, a legitimidade do cidadão para a ação popular não exclui a do Ministério Público ou de outro legitimado da Lei nº 7.347/85 para a ação civil pública, e vice-versa, ou seja, qualquer dos legitimados pode agir de modo autônomo, independentemente da concordância ou atividade do outro. Aliás, não seria plausível que um único indivíduo pudesse impugnar judicialmente ato administrativo lesivo ao erário e não o Ministério Público, agindo como órgão de defesa de toda a coletividade.

Para espantar de vez quaisquer dúvidas decorrentes da intercomunicação dos objetos das duas ações, registre-se que o artigo 25, IV, alínea “b”, da Lei Federal nº 8.625/93, além de corroborar a legitimação do *Parquet* para as ações ressarcitórias de danos ao erário (CF, art. 129, III; Lei 7.347/85, art. 1º, IV), também alarga o âmbito dessa legitimação, permitindo-lhe também o ajuizamento de ações e medidas cujo objeto seja simplesmente “a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa”, exatamente como na ação popular.

E essa interpenetração existente entre as Leis nº 4.717/65 (ação popular) e nº 7.347/85 (ação civil pública) fica ainda mais evidente diante do fato de que o Ministério Público, órgão interveniente necessário na ação popular, pode assumir sua titularidade ativa em caso de abandono ou desistência por parte do autor originário (art. 9º da LAP), passando a conduzi-la como se fosse uma verdadeira ação civil pública, mas com plena possibilidade de utilizar os ditames da Lei da Ação Popular.

Vale, a respeito, mencionar arestos do Superior Tribunal de Justiça:

ACÇÃO POPULAREACÇÃO CIVIL PÚBLICA. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DANO AO ERÁRIO. Interpretação histórica justifica a posição do Ministério Público como legitimado subsidiário do autor na ação popular quando desistente o cidadão, porquanto se valoriza o *parquet* como guardião da lei, entreendo-se conflitante a posição de parte e de *custos legis*. Se a lesividade ou a ilegalidade do ato administrativo atinge o interesse difuso, passível é a propositura da ação civil pública fazendo as vezes de uma ação popular multilegitimária. As modernas leis de tutelas dos interesses difusos completam a definição dos interesses que protegem. Assim é que a LAP define o patrimônio e a LAP dilargou-o, abarcando áreas antes deixadas ao desabrigo, como o patrimônio histórico, estético, moral, etc.⁴

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE. DANO AO ERÁRIO. O entendimento predominante é o de que a ação popular subsumiu-se no bojo da ação civil

³ Interesses difusos – conceito e legitimação para agir. 3 ed. São Paulo : RT, 1994, p. 102.

⁴ STJ, REsp. nº 401.964-RO, rel. Min. Luiz Fux, j. 22.10.2002.

pública, visto que se expandiu a legitimidade do Ministério Público (CF/88) na defesa dos interesses patrimoniais ou materiais do Estado, entendendo-se como patrimônio não apenas os bens de valor econômico, mas também o patrimônio moral, artístico, paisagístico e outros. Obra pública sem licitação, ou com licitação ilegal, pode sofrer a censura judicial, via ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público.⁵

PROCESSUAL CIVIL. MINISTÉRIO PÚBLICO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. DANO AO ERÁRIO. LEGITIMIDADE. 1. Impossível, com base nos preceitos informadores do nosso ordenamento jurídico, deixar de se reconhecer ao Ministério Público legitimidade para propor ação civil pública com o objetivo de proteger patrimônio público, especialmente, quando baseia o seu pedido em prejuízos financeiros causados a ele por má gestão (culposa ou dolosa) das verbas orçamentárias. 2. “Com efeito, não poderia a Ação Civil Pública continuar limitada apenas aos interesses difusos ou coletivos elencados em lei ordinária, quando preceitua a Carta de 1988, que é função do MP promover ‘Ação Civil Pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses coletivos ou difusos’ (art. 129, III), ‘tout court’ (e não os ‘interesses coletivos e difusos indicados em lei’)” (Milton Flacks, in Rev. For. v. 32, Pp. 33 a 42). 3. Nem mesmo a ação popular exclui a ação civil pública, visto que a própria lei admite expressamente a concomitância de ambas - art. 1º (Hely Lopes Meirelles, p. 120, Mandado de Segurança, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, RT - 12ª edição). 4. Precedentes jurisprudenciais entre tantos outros: REsp 98.648D MG, Rel. Min. José Arnaldo, DJU de 28.04.97; REsp 31.547-9D SP, rel. Min. Américo Luz, DJU de 8.11.93, pg. 23.5.46. (...).⁶

1.3 Ação por ato de improbidade como instrumento preferencial de atuação do Ministério Público

Mas é claro que, diante do enunciado do princípio da obrigatoriedade mitigada, que rege a atuação do Ministério Público no processo civil⁷, frente à constatação da ocorrência de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, é claro que deverá o Órgão Ministerial utilizar o instrumento legal que, pelo menos em potencial, produzirá melhores resultados em prol do interesse público primário.

Daí porque o ajuizamento de ação por ato de improbidade administrativa, objetivando a aplicação das sanções previstas na Lei nº 8.429/92, prefere ao ajuizamento de simples ação civil pública ressarcitória, pois a primeira, além de buscar a reparação dos danos causados ao erário (objetivo único da segunda), ainda possibilita a aplicação de uma série de outras medidas, tais como a imposição de multa civil, a perda da função pública, a suspensão dos direitos políticos, etc.

É a própria Lei de Improbidade Administrativa que leva a conclusão nesse sentido ao estabelecer, no § 1º de seu artigo 17, vedação para transação, acordo ou conciliação em torno de seu objeto – e se este não pode ser objeto de transação, por muito mais razão não pode o Ministério Público, diante da ocorrência de ato de improbidade administrativa, optar por ajuizar ação onde não seja formulado pedido de condenação nas sanções previstas no artigo 12 da Lei nº 8.429/92.

Verificada a ocorrência de danos causados ao erário, ficaria a ação civil pública ressarcitória reservada apenas para as hipóteses de decurso do prazo prescricional para as ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas na Lei nº 8.429/92, de acordo com as regras de seu artigo 23.

Constata-se, portanto, que, diante da ocorrência de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa, três ações diferentes podem ser ajuizadas: ação popular, ação civil pública e ação por ato de improbidade administrativa, o que pode levar, inclusive, à reunião de processo por haver identidade entre as causas de pedir (art. 103 do CPC). São nesse sentido as letras de Sérgio Shimura⁸:

Em outras palavras, a ação popular e a ação civil de responsabilidade por ato de improbidade não se repelem, nem se excluem. Ambas servem de veículo de exercício da cidadania e, portanto, de controle jurisdicional sobre atos lesivos ao erário.

2 MICROSSISTEMA DE DIREITO PROCESSUAL COLETIVO

Em verdade, com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, foram introduzidas importantes modificações no âmbito do processo coletivo, aperfeiçoando-se as regras que já existiam desde 1985 na

⁵ STJ, REsp. nº 151.811-MG, rel. Min. Eliana Calmon, j. 16.11.2000.

⁶ STJ, REsp. 167.783-MG, rel. Min. José Delgado, DJ. 17.08.1998.

⁷ Para maiores detalhes confira-se, sobre o assunto: ZENKNER, Marcelo. Ministério Público e Efetividade do Processo Civil. São Paulo : RT, 2006, p. 113.

⁸ Tutela coletiva e sua efetividade. São Paulo : Método, 2006, p. 68.

Lei da Ação Civil Pública. Assim, pode-se dizer que a conformação constitucional da tutela coletiva somada às regras próprias da Lei da Ação Popular, da Lei da Ação Civil Pública, do Código de Defesa do Consumidor, da Lei de Improbidade Administrativa, dentre outras, constitui um regramento comum a todo processo coletivo.

Registre-se que a Lei nº 8.078/90 incluiu na Lei nº 7.347/85 o artigo 21, segundo o qual “*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*”. Por coerência, o artigo 90 do Código de Defesa do Consumidor também deixa claro que se aplicam às ações coletivas nele previstas as disposições da Lei da Ação Civil Pública, estabelecendo uma perfeita integração entre as duas legislações.

A partir daí a doutrina e a jurisprudência passaram a reconhecer a existência de um sistema integrado de tutela dos interesses metaindividuais, ou seja, um “microssistema processual para as ações coletivas”, sendo aplicáveis entre si, no que for compatível, os regramentos da ação popular, da ação civil pública, da ação por ato de improbidade administrativa e mesmo do mandado de segurança coletivo.

Assim, pela interpenetração de suas regras (salvo disposição em sentido contrário), esse microssistema deve servir de parâmetro para toda e qualquer ação coletiva, podendo seus instrumentos processuais ser utilizados para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Mais particularmente no que toca à tutela do patrimônio público, temos no âmbito coletivo três tipos de ações que podem ser prestar a tal finalidade, a saber: a ação popular, a ação civil pública e a ação por ato de improbidade administrativa. Essa identidade de objetivos também gera uma interpenetração entre seus regramentos, falando a jurisprudência em um “microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública”:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. ATO DE IMPROBIDADE. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ARTIGO 25, IV, “B”, DA LEI 8.625/93. LEGITIMATIO AD CAUSAM DO PARQUET. ARTS. 127 E 129 DA CF/88. PATRIMÔNIO PÚBLICO. DEVER DE PROTEÇÃO. 1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status 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 (artigo 129, caput). 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, *legitimatío ad processum* e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. (...) 4. 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 Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas. 5. Destarte, é mister ressaltar 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. 6. *Legitimatío ad causam* do Ministério Público à luz da dicção final do disposto no art. 127 da CF, que o habilita a demandar em prol de interesses indisponíveis, na forma da recentíssima súmula nº 329, aprovada pela Corte Especial em 02.08.2006, cujo verbete assim sintetiza a tese: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”. (...) 10. Deveras, o Ministério Público, ao propor ação civil pública por ato de improbidade, visa a realização do interesse público primário, protegendo o patrimônio público, com a cobrança do devido ressarcimento dos prejuízos causados ao erário municipal, o que configura função institucional/típica do ente ministerial, a despeito de tratar-se de legitimação extraordinária. (...) 12. Recurso especial desprovido” – grifos nossos.

3 A RETENÇÃO DOS VENCIMENTOS DE AGENTE PÚBLICO, TOTAL OU PARCIALMENTE, EM AÇÕES POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO MEDIDA DE URGÊNCIA

Nessa linha, de acordo com o § 3º do artigo 14 da Lei da Ação Popular, *Quando o réu condenado perceber dos cofres públicos, a execução far-se-á por desconto em folha até o integral ressarcimento de dano causado, se assim mais convier ao interesse público.*

⁹ STJ, REsp. nº 749.988/SP, rel. Min. Luiz Fux, j. 08.08.2006, DJ 18.09.2006, p. 275.

Temos, assim, no procedimento previsto para a ação popular, mais uma forma de se alcançar a satisfação do direito de crédito, além da clássica expropriação de bens: o desconto em folha de pagamento, que pode perfeitamente ser aplicado também nas ações civis públicas e nas ações por ato de improbidade administrativa, pelos motivos já consignados. É exatamente nesse sentido, aliás, inclusive com expressa referência ao dispositivo invocado, a lição de Fredie Didier Jr. e Hermes Zaneti Jr.¹⁰:

Para solucionar um problema de processo coletivo, em uma ação civil pública, o caminho deve ser mais ou menos o seguinte: a) buscar a solução no diploma específico da ACP (Lei Federal nº 7.347/85). Não sendo localizada esta solução ou sendo ela insatisfatória: b) buscar a solução no Tít. III do CDC (Código Brasileiro de Processos Coletivos). Não existindo solução para o problema: c) buscar nos demais diplomas que tratam sobre processos coletivos identificar a *ratio* do processo coletivo para melhor resolver a questão. Podemos referir, entre muitas hipóteses, a três situações passíveis de demonstrar a unidade de tratamento: a) efeitos em que a apelação é recebida nos processos coletivos (art. 14 da LACP); b) conceito de direitos coletivos *lato sensu* (direitos difusos, coletivos *stricto sensu* e individuais homogêneos, art. 82 do CDC); c) possibilidade de execução por desconto em folha de pagamento (art. 14, § 3º, da LAP) – sem grifos no original.

Aqui deixa a lei claro que tal modalidade deve ser utilizada a bem do interesse público, pois o mais importante é reparar os danos causados ao erário, não podendo prevalecer, *in casu*, os interesses do particular que se locupletou ilicitamente usando recursos públicos.

É sabido que, no âmbito de ação por ato de improbidade administrativa, aplicando-se os regramentos do microsistema de Direito Processual Coletivo, é lícito ao juiz conceder liminar, a título de antecipação da tutela, quando for relevante o fundamento da demanda e houver justificado receio de ineficácia do provimento final (art. 12, *caput*, da Lei nº 7.347/85 c/c art. 84, § 3º, da Lei nº 8.078/90).

Demonstrado *prima facie* o desvio de verbas públicas, a relevância do fundamento da demanda fica mais do que patente, não apenas em razão da repercussão dos fatos, mas também pelo prejuízo social gerado pelo rombo nos cofres públicos, já que são escassos os recursos destinados a projetos que atendam as necessidades básicas da população. Também o justificado receio de ineficácia do provimento final se fará presente, pois a prática demonstra que, no futuro, dificilmente serão encontrados bens em quantidade e valor suficiente para reparar os danos causados ao erário. Ademais, em caso de procedência integral do pedido formulado na inicial, é forte a possibilidade de o requerido da ação por ato de improbidade administrativa sofrer a sanção da “perda da função pública” (art. 12 da Lei nº 8.429/92), o que inviabilizaria a efetivação do julgado através do desconto em folha de pagamento após o trânsito em julgado da sentença (§ 3º do artigo 14 da Lei nº 4.717/65).

Esse panorama possibilita ao Juízo, a qualquer tempo, conferir condições de eficácia plena ao seu conteúdo, principalmente pela via da antecipação de tutela, posto que a hipótese analisada induz à presença dos requisitos da urgência e da verossimilhança da alegação¹¹. Na ação por ato de improbidade de nada adiantaria esse poderoso instrumento sem a concessão da antecipação de tutela, pois, como dito, a decretação da perda do cargo impediria a utilização dessa modalidade executiva.

Pela redação dada ao § 3º do artigo 273 do CPC pela Lei nº 10.444/02, a efetivação da tutela antecipada se dará no mesmo processo já em curso e nos moldes da execução provisória da sentença, observando-se a previsão contida nos artigos 588, 461, §§ 4º e 5º e 461-A do Estatuto Processual Civil. Fica o Magistrado, assim, autorizado a adotar todas as medidas necessárias à implementação da medida, resguardando-se, obviamente, a reversibilidade da providência com o depósito dos valores em conta judicial remunerada até o trânsito em julgado da sentença. Vale, aqui, o ensinamento de Luiz Fux¹², perfeitamente ajustável à tese aqui defendida:

Até mesmo quando, excepcionalmente, compreenderem imposições de pagamento de somas de dinheiro (como, v.g., nos alimentos provisionais, outros pensionamentos similares, participações em rendas comuns, etc.), as medidas antecipatórias, se possível, dispensarão o rito das

¹⁰ Curso de Direito Processual Civil, vol. 4, Processo Coletivo. Salvador : Podium, 2007, p. 53.

¹¹ Há entendimentos no sentido de que a hipótese configuraria “tutela cautelar” e não “tutela antecipada”. Nesse sentido: (...) a antecipação dos efeitos da tutela de soma em dinheiro não visa à segurança do juízo ou do direito de crédito, porquanto o autor não pode esperar, sem dano grave, a realização do direito de crédito. Contrariamente ao que ocorre na execução provisória, na antecipação de tutela ‘parte-se da premissa certa de que a espera produzirá prejuízos, não sendo suficiente a mera cautela do direito de crédito’ (cf. MARINONI, Luiz Guilherme. A antecipação da tutela. 8 ed. São Paulo : Malheiros, 2004, p. 264-266). DELFINO, Lúcio. Execução de tutela antecipada para o pagamento de soma em dinheiro. In Revista de Processo nº 148, ano 32, junho/2007. São Paulo: RT, 2007, pp. 15/16. Por isso, sendo ambas espécies do gênero “tutela de urgência”, deve ser sempre invocado, em caso de formulação de pedido liminar, a regra do § 7º do artigo 273 do CPC.

¹² Tutela de segurança e tutela de evidência. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 129.

execuções por quantia certa, e, conforme o caso, poderão ser efetivadas por meio de averbação em folha de pagamento, retenção de receitas, ou bloqueio de somas junto a devedores do responsável pela prestação envolvida na medida antecipatória – grifos nossos.

Mas há, ainda, uma outra vantagem decorrente da providência proposta: com a retenção de parcela ou de totalidade dos vencimentos, conforme o caso, seriam evitadas manobras e chicanas processuais tão utilizadas pelos requeridos em processos quem envolvem a apuração das responsabilidades por ato de improbidade administrativa, pois o demandado, assim como o Ministério Público, passaria a estar diretamente interessado na solução do litígio no menor lapso temporal possível, mitigando os efeitos deletérios decorrentes do chamado *dano marginal*¹³. É nesse sentido a lição de Luiz Guilherme Marinoni¹⁴,

No caso de tutela antecipatória de soma em dinheiro fundada em cognição sumária aplicam-se as normas do processo de execução como ‘parâmetro operativo’, porém prescindindo-se da necessidade de citação. (...) É preciso que se perceba que a antecipação, exatamente porque o réu deixará de ter a seu favor a demora do processo, inibirá as defesas abusivas (usadas, comumente, para a obtenção de vantagens econômicas) e favorecerá a conciliação, efeito benéfico que foi notado, por Roger Perrot, na França. No caso de abuso do direito de recorrer, a antecipação, mais do que acelerar, em cada caso concreto, a realização do direito do autor, terá efeito pedagógico importante, pois desestimulará os recursos meramente protelatórios, que não só são muito comuns como, também, muito custosos – grifos nossos.

Ressalte-se, por derradeiro, que a medida poderá ser aplicada independentemente da formulação de pedido de afastamento do agente público requerido do exercício do cargo que ocupa, podendo, se for o caso, até coincidir com tal postulação, hipótese em que não prevalecerá a regra prevista no parágrafo único do artigo 20 da Lei nº 8.429/92 quanto à manutenção da remuneração.

CONCLUSÕES

1. A preservação do erário constitui espécie de direito difuso, passível de defesa, via de consequência, por qualquer das modalidades de ação coletiva, ou seja, por via de ação popular, de ação civil pública e de ação por ato de improbidade administrativa;

2. A legislação em vigor que trata dos direitos metaindividuais gerou um sistema integrado de tutela desses direitos, ou seja, um “microssistema processual para as ações coletivas”, sendo aplicáveis entre si, no que for compatível, os regramentos da ação popular, da ação civil pública e da ação por ato de improbidade administrativa;

3. Em ação por ato de improbidade administrativa é possível a formulação de pedido de tutela de urgência consistente na retenção total ou parcial de vencimentos do agente público requerido, com desconto em folha de pagamento, tomando-se por base o disposto no § 3º do artigo 14 da Lei da Ação Popular;

4. Preenchidos os requisitos de lei e deferido o pedido liminar, a efetivação da tutela de urgência se dará no mesmo processo já em curso e nos moldes da execução provisória da sentença, ficando o Magistrado autorizado a adotar todas as medidas necessárias à implementação da medida, resguardando-se, obviamente, a reversibilidade da providência com o depósito dos valores em conta judicial remunerada até o trânsito em julgado da sentença.

¹³ Sobrevém ao prejuízo decorrente do descumprimento do dever jurídico pela parte faltosa e é causado ou agravado pela falta de zelo com o tempo de duração do processo.

¹⁴ A antecipação da tutela. 5 ed. São Paulo : Malheiros, 1999, pp. 190 e 215.

DESAFIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE LICITATÓRIA COMO FORMA DE OBSTÁCULO À CORRUPÇÃO

Maurício Gomes de Souza

Promotor de Justiça/PI

Licitações. Lei n.º 8.666/93. Limites financeiros. Proibição administrativa. Princípio Gerais da Administração Pública. Princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Princípio da capacidade financeira. Corrupção. Recursos públicos. Ministério Público.

1. Introdução

Com a edição da Carta Magna de 1988, ciente das irregularidades constantemente noticiadas referente a utilização indevida de erário público, bem como do desvio deste, quando da aquisição de bens ou serviços pelo administrador para a prestação de tais serviços públicos, o constituinte originário expressamente impôs o dever de licitar aos setores estatais da administração direta ou indireta, fazendo nascer, portanto, o princípio da obrigatoriedade de licitar, imposto a todos os segmentos políticos da República, vez que tal dever infere-se, além da União Federal, aos Estados, Municípios e ao Distrito Federal.

Consoante assesta a Professora Odete Medauar¹, o processo licitatório *visa, portanto, selecionar quem vai contratar com a Administração, por oferecer proposta mais vantajosa ao interesse público*, a qual deve ser analisada em seus aspectos macro e microscópico, vez que o processo de licitação tem como fim resguardar, macroscopicamente, os princípios magnos regentes da Administração, feixes diretivos dispostos na cabeça do art. 37 da Constituição da República, bem como, microscopicamente, o patrimônio público resguardado para a aquisição do bem ou serviço, vez que sem se analisar propostas de entes capazes de prestar referido bem ou serviço, poderá a Administração adquirir-los por valor acima do praticado no mercado, despendendo, portanto, dinheiro público além do necessário para a aquisição de tais produtos no mercado.

Não obstante estas razões objetivas do processo licitatório, Celso Antônio Bandeira de Melo, ao se deparar com o tema, diz que a *"licitação visa a alcançar duplo objetivo: proporcionar às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso (pois a instauração de competição entre ofertantes preordena-se a isto) e assegurar aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares"*².

Vê-se, pois, o princípio da impessoalidade como um dos propulsores da obrigatoriedade de licitar junto à Administração; pois sem sua observância pelos entes públicos resta facilitado favorecimento, pelo administrador público, de protegidos e conhecidos seus, quicá em troca de benesses, vicissitude esta que condena ao infortúnio, tão somente, o erário público, o qual resta empregado em favor de poucos e em descrédito de milhares.

Cediço, pois, a importância para o resguardo e proteção dos valores públicos a obrigatoriedade de licitar, com ninho na Carta da República e regulamentação infraconstitucional na Lei n.º 8.666, de 25 de junho de 1993, norma esta que traz em seu bojo, conforme determina o art. 22, XXVII, da CRFB, normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecendo ao disposto no art. 37, XXI, e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, todos da CRFB.

¹ Direito Administrativo Moderno, 10ª edição, RT, São Paulo, 2006, p. 179;

² Curso de Direito Administrativo, 19ª edição, Malheiros, São Paulo, 2005, p. 494;

2. Do princípio da proporcionalidade e razoabilidade

Foi-se o tempo em que a vontade Estatal não tinha freios, estava alheia a limites, notadamente, no que pertine ao cidadão, destinatário final de todos os atos comissivos ou omissivos do Estado que compõe.

Com a queda dos regimes absolutistas, deu-se início a um novo conceito de Estado, no qual o povo passou a ser seu destinatário direto, advindo deste mesmo povo a vontade pública.

Ultrapassadas as etapas de evolução publicistas (Estado Liberal, Neoliberal, *Welfare State*, Estado controlador x Estado Regulador, etc.), não se pode relegar que todos estes conceitos conferidos à abstração de direito público denominada “Estado”, sempre tiveram em comum o bem coletivo de seu povo como fim maior, denotando um arraigamento dos princípios humanistas advindos desde a revolução francesa, os quais impregnaram todas as civilizações modernas com a supremacia do ser humano frente ao Estado.

Como bem diz Kildare Gonçalves Carvalho, “*pode-se dizer que o Estado, como sociedade política, existe para realizar a segurança, a justiça e o bem-estar econômico e social, os quais constituem seus fins*”³.

Inseriu-se, como princípio geral do Direito, portanto, a dignidade da pessoa humana, a qual deveria guiar o Administrador Público em suas decisões cotidianas, corolário este erigido a princípio fundamental da República Federativa do Brasil, pela CRFB/88, em seu art. 1º, III, o que impõe o dever a todos os entes federativos, seja o federal, estadual, distrital ou municipal, de sempre fundamentarem, explícita ou implicitamente, seus atos públicos em prol da dignidade da pessoa humana, verdadeiro limite inexorável ao poderio público.

Com a consagração da dignidade da pessoa humana como um dos alicerces do Estado moderno, outros princípios, corolários daquele surgiram, dentre estes, o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o qual se consubstancia na análise quanto à possibilidade de excesso de poder na prática dos atos públicos.

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração ⁴.

J.J. Gomes Canotilho ao discorrer sobre o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, o qual denomina de *princípio da proibição do excesso*, reconhece sua existência, bem como sua veemência na formação de uma postura pública judicante, de controle dos atos administrativos. Segundo o constitucionalista português “*a convergência dos sistemas de common law e de direito administrativo, no ordenamento europeu, vem realçar que o princípio da proporcionalidade ou da proibição do excesso é, hoje, assumido como um princípio de controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos (sobretudo coactivos) à prossecução do escopo e ao balanceamento concreto dos direitos ou garantias em conflito*” ⁵.

Evidencia-se por estas lições que o princípio da proporcionalidade visa assegurar equilíbrio lógico-jurídico ao caso concreto em litígio, frente a uma ação pública executiva, devendo o Poder Judiciário realizar a análise conceitual formalística e decidir se a ação guerreada mostra-se desproporcional.

Para tanto outros três subprincípios deverão ser vislumbrados. São eles: 1) o princípio da conformidade ou adequação; 2) o princípio da exigibilidade ou da necessidade; e, 3) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

O princípio da conformidade ou adequação impõe que a medida pública executada para a realização do alegado interesse público seja apropriada à consecução dos fins almejados, ou seja, deverá haver correlação entre a ação executiva estatal, a realidade a ser alterada e o fim a ser logrado, o que pressupõe, segundo J.J. Gomes Canotilho, uma investigação e a prova de que o ato do poder público é apto “para” e “conforme” os fins justificativos de sua adoção.

O princípio da exigibilidade ou da necessidade infere que o cidadão tem direito à menor desvantagem possível, devendo o ato estatal sob análise, ser o que, dentre outros possíveis, menor dano cause ao jurisdicionado por ele atingido, vicissitude que revela a necessidade de se vislumbrar a exigibilidade material, espacial, temporal e pessoal do ato executivo em tela. Ausente qualquer destas circunstâncias haverá excesso de poder na prática administrativa, quedando, portanto, de inconstitucionalidade o ato.

O princípio da proporcionalidade em sentido estrito tem como escopo a análise final, uma vez ultrapassadas as etapas que englobem os princípios da adequação e da exigibilidade, devendo-se, pois, se vislumbrar se a medida tomada pela Administração, ainda que adequada e exigível, mostrou-se razoável frente ao resultado obtido, considerados os danos gerados. É a “justa medida”. *Meios e fim são colocados em equação mediante um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcional em relação ao fim. Trata-se, pois, de uma questão de “medida” ou “desmedida” para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim.* ⁶

³ Direito Constitucional – Teoria do Estado e da Constituição Direito Constitucional Positivo, 12ª edição, Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 135;

⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo, 12ª edição, Lumem Júris, Rio de Janeiro, 2005, p. 27;

⁵ Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, Almedina, Coimbra, p. 268;

⁶ CANOTILHO, idem, p. 270;

Vistos estes contidos argumentos, se denota que o princípio da proporcionalidade, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, deve sempre ser observado pelos administradores públicos quando de seus atos executivos potencializadores de danos. O princípio da proibição de excessos, continua Canotilho, *aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos. Vincula o legislador, a administração e a jurisdição.*

3. Princípio da Igualdade x Regras Gerais de Licitação: art. 22, XXVII da CRFB e art. 1º da Lei n.º 8.666/93.

O art. 22, XXVII, da CRFB, é incontestável em exortar que compete privativamente à União, legislar sobre as **normais gerais de licitação e contratação**, impostas a todas as esferas administrativas públicas, seja em sede federal, estadual, distrital ou municipal, seja pela administração direta ou indireta, vicissitude que fez o legislador infraconstitucional legislar a norma n.º 8.666, de 21 de junho de 1993, que “regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências”.

Logo em seu art. 1º, referida lei denota seus propósitos, quais sejam, o de **estabelecer normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios**, normas estas a que se subordinam, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

O fato desta norma ditar regras gerais a todas as esferas da Administração Pública, significa dizer que os conceitos por ela trazidos são aplicáveis a todas as mencionadas esferas, sendo esta a interpretação obtida dos arts. 1º, 2º, 118 e 119 da Lei n.º 8.666/93.

Contudo, não se pode relegar que caso se considere friamente tal ditame estar-se-ia igualando, p.e., a União Federal, cujo orçamento previsto para o ano de 2006 foi estimado em R\$ 1.702.917.694.437,00 (um trilhão, setecentos e dois bilhões, novecentos e dezessete milhões, seiscentos e noventa e quatro mil, quatrocentos e trinta e sete reais), nos termos da Lei n.º 11.306/06, com um município interiorano piauiense como Manoel Emídio/PI, cujo orçamento anual não ultrapassa os R\$4.000.000,00(quatro milhões de reais).

Nota-se, pois, a necessidade de se aplicar o princípio da igualdade quando da feição de procedimentos licitatórios, sob pena de lhes frustrar o objeto, vez que, nas palavras do professor Kildare Gonçalves Carvalho⁷, parafraseando Aristóteles, “*igualdade significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de suas desigualdades*”.

Somente as regras aplicáveis isonomicamente a todos os entes de direito público da República, independentemente de suas condições financeiras e patrimoniais, podem ser consideradas de observação obrigatória pelos entes estaduais, distrital e municipais, cujos recursos e despesas são muito aquém dos impostos à União Federal, esta sim capaz de tomar para si, integralmente, todas as regras ditadas pela lei em referência.

Diz a professora Odete Medauar⁸ que “*a competência da União para fixar normas gerais de licitação e contratos possibilita que os Estados, Municípios e Distrito Federal legislem sobre normas específicas, para seus respectivos âmbitos de atuação*”, e continua a ilustre administrativista, assertando que “*o problema está na separação precisa entre normas gerais e normas específicas*”.

Medauar entende que os Estados, Municípios e o Distrito Federal ou editam leis sem dispositivos que contrariem a lei da União ou não editam lei específica e pautam suas licitações por aquela, o que, em tese, afronta o princípio da igualdade e, por conseguinte, frustra os fins colimados pelo processo licitatório em sede de Estados, Municípios e Distrito Federal, pois estes entes, inobstante a possibilidade de legislar regras próprias adequadas a suas realidades financeiras, mantêm-se inertes, adotando *in totum* as regras dispostas na lei n.º 8.666/93, notadamente, os limites previstos no art. 23 e ss. desta norma.

Dá a incongruência: ditos limites referem-se à realidade federal, não às realidades Estaduais, Municipais e Distrital, cujas receitas e obrigações são infinitamente menores que a da União.

O patamar de R\$15.000,00(quinze mil reais) para se viabilizar a dispensa de realização de licitação, para a aquisição de bens ou serviços de engenharia, p. e., conforme prevê o art. 23, I, “a”, e 24, I, da Lei n.º 8.666/93, torna dito procedimento verdadeira falácia no combate à corrupção e ao descaso com o erário público, vez que muitos são os municípios que percebem como receita principal o FPM – Fundo de Participação dos Municípios, o qual poucas vezes ultrapassam R\$200.000,00(duzentos mil reais)⁹.

Ora, tendo como referência os valores vistos no art. 23 da Lei das Licitações, tornam-se parcos os recursos disponibilizados aos municípios, sendo que os bens e serviços a serem adquiridos por estes entes, em face de tal

⁷ CARVALHO, op.cit., p.527;

⁸ MEDAUAR, op.cit., p.180;

⁹ Fonte: <http://www.portaltransparencia.gov.br>;

receita municipal, em regra, sempre terão dispensadas suas licitações, viabilizando, pois, arranjos espúrios atentatórios contra o patrimônio público, a legalidade e a moralidade administrativa, bem como contra a eficiência da licitação.

Os limites vistos no art. 24, I e II da lei n.º 8.666/93 torna a dispensa de licitação o procedimento mais adotado, junto às municipalidades, para a aquisição de bens ou serviços, tornando o instituto da licitação imprestável ao controle probo dos gastos públicos, vez que nenhum controle quanto a impessoalidade e moralidade se faz, com eficácia, havendo dispensa de licitação.

Nota-se, portanto, que o critério adotado pelos entes estaduais, municipais e distrital, de igualar-se à União Federal, quando da realização de procedimento licitatório fere de morte os fins por este pretendidos, bem como o princípio da igualdade, vez que municípios adotam para si os patamares financeiros de dispensa de licitação praticados pela União, situação esta acatada, formalmente, pelos Tribunais de Contas Estaduais, não obstante serem os erários mirins infinitamente aquém do federal.

Esta esdrúxula situação somente favorece aqueles gestores ímprobos, que adotando os limites federais de dispensa de licitação, quase que dispõem totalmente das receitas públicas municipais a seu bel-prazer, vez que sem a obrigatoriedade formal de realizarem um dos tipos de licitação (carta-convite, tomada de preço, concorrência, pregão, etc.), podem escolher, com a pessoalidade repudiada por lei magna, as pessoas com as quais a Administração contratará, independente dos preços praticados e das condições de qualidade e entrega dos bens e serviços.

4. Do princípio da proporcionalidade x critérios de dispensa utilizados.

Não resta dúvida que a situação aventada demonstra um afastamento materialmente ilegal de entes públicos dos ditames normativos, notadamente, dos fins ontologicamente almejados pelo art. 37, XXVII, da CRFB, instituidor do princípio da obrigatoriedade de licitar, quais sejam, *proteção aos interesses públicos e recursos governamentais – ao se procurar a oferta mais satisfatória; respeito aos princípios da isonomia e impessoalidade (previstos nos arts. 5º e 37, caput)– pela abertura de disputa do certame; e, finalmente, obediência aos reclamos de probidade administrativa, imposta pelos arts. 37, caput, e 85, V, da Carta Magna brasileira*.¹⁰

Quando o constituinte originário fez contar, p.e., no art. 22, XXI, e 146, III, da CRFB, que compete a União, mediante lei ordinária ou complementar, respectivamente, estabelecerá normas gerais sobre a organização das polícias e corpo de bombeiros militares, bem como sobre matéria de legislação tributária, não impediu os Estados, Municípios e Distrito Federal e o fazê-lo, na medida de suas competências, apenas assertou que a União ditará as regras básicas, necessárias à uniformização da atuação policial e tributária em todos os demais entes, os quais legislarão conforme suas realidades regionais.

Este é o entendimento de Kildare Gonçalves Carvalho quando tece comentários a respeito da competência legislativa concorrente não-cumulativa ou limitada, a qual se dá *“quando a União fixa princípios, diretrizes, normas gerais, e os Estados estabelecem normas de aplicação, ou específicas, detalhando as normas gerais da União”*.¹¹

Assim, quando a CRFB assevera que a União editará lei complementar estabelecendo normas gerais com a definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados na CRFB, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes¹², nada mais faz que dizer à União que a ela compete editar norma-diretriz aplicável a todos os entes federados, a fim de que haja uma unificação no trato tributário nacional, podendo cada Estado, Município e Distrito Federal legislar como lhes aprouver, conforme suas realidades, desde que não deixe de observar as regras e princípios trazidos pela lei federal diretriz.

Da mesma forma, pois, deve ser interpretado o termo “normas gerais”, disposto no art. 22, XXVII, da CRFB/88, quando impõe a União a competência privativa para legislar normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais dela, União, dos Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido ao disposto no art. 37, XXI, da CRFB e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do art. 173, § 1º, III, da CRFB.

A interpretação conferida a expressão “normas gerais” deve ser a mesma disposta em outras passagens constitucionais, sob pena de erro de hermenêutica, prejudicial a toda legalidade e moralidade administrativa, assim como ao patrimônio público, cuja gestão poderá ser eivada de pessoalismo e favorecimentos inconstitucionais.

Assim, o ato administrativo “licitar”, como todo e qualquer outro ato público, deve observar o princípio da proporcionalidade, quando da sua realização, notadamente, quanto aos limites monetários fixados e regentes da escolha do tipo licitatório e ser praticado.

Consoante se evidenciou, o princípio da proporcionalidade tem como finalidade limitar a atuação administrativa, via atuação jurisdicional, fazendo com que esta satisfaça os fins públicos pretendidos com o ato administrativo, impondo quando da realização deste, os menores danos possíveis aos patrimônios envolvidos, tudo, desde que seja justa a medida, ou seja, que os prejuízos sejam menores que os benefícios advindos da ação administrativa.

¹⁰ MELO, op. cit., p. 494;

¹¹ CARVALHO, op. cit., p. 653;

¹² Código Tributário Nacional – Lei n.º 5.172/66, recepcionada como Lei Complementar pela CRFB/88;

Para tanto, os subprincípios da adequação, exigibilidade e da proporcionalidade no sentido estrito devem guiar a análise jurisdicional, bem como o ato guerreado, conferindo a este a força constitucional exigida para sua manutenção no mundo jurídico validamente.

No que pertine ao tema em comento, de logo se vê que falta nos atos licitatórios comumente perpetrados, principalmente nos municípios nacionais, adequação aos mencionados subprincípios formadores da proporcionalidade constitucional, vez que a adoção pelas edilidades mirins dos limites estipulados no art. 23 da Lei n.º 8.666/93, afronta a moralidade administrativa e a proporcionalidade isonômica necessária ao logro dos fins de proteção do erário, propostos pelo procedimento licitatório.

5. As Soluções Transitórias: proporcionalidade patrimonial magna (princípio da capacidade financeira – art. 100, §5º da CRFB e 87 dos ADCT da CRFB)

Não resta, pois, qualquer dúvida que Municípios, Estados e Distrito Federal não podem se comportar, em sede de limites financeiros licitatórios, como a União Federal, devendo, portanto, adequarem-se às suas realidades a fim de que o princípio da obrigatoriedade de licitar não reste frustrado em seus fins ontológicos.

A Carta de Outubro, quando tratou da necessária diferenciação patrimonial dos entes federados o fez genericamente, igualando, municípios e estados independentemente de suas condições financeiras, providencia que apesar de não ser a mais profícua, deixa claro o intuito legiferante de tratar igualitariamente todos os entes, diferenciando-os quando necessária for a diferenciação para nivelá-los.

É o que se vislumbra no art. 87 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, norma magna perfeitamente auto-aplicável enquanto perdurar a situação pela mesma regida.

Nota-se, portanto, que a própria Constituição Federal, em sede patrimonial, nivela seus entes federados gerais através de diferenciação de trato dado aos mesmos, pois Estados, em regra, mais ricos que Municípios, suportam a dispensa de precatório em valores maiores que os municípios, denotando patamar principiológico hermenêutico de cunho obrigatório e auto-executável.

Dessume-se, pela norma em comento, que enquanto os entes de direito público não editarem normas próprias, conforme suas capacidades financeiras, restarão obrigados aos limites constitucionalmente estabelecidos, no artigo retro, limites estes que devem ser aplicados, proporcionalmente, a todas as demais regras gerais patrimoniais legalmente impostas aos municípios, estados e distrito federal, enquanto estes não editarem suas próprias normas.

O STF recentemente julgou improcedente a ADIN n.º 2868/PI, cujo foco meritivo foi a constitucionalidade da Lei Estadual n.º 5.250/02, editada pelo Estado do Piauí, na qual este regulamentou a definição de obrigações de pequeno valor, sendo que referida norma impôs como tal patamar, ao Estado do Piauí, montante igual ou inferior a 05(cinco) salários mínimos, ou seja, quantia esta equivalente a 1/8 (um oitavo) daquilo que magnamente restava permitido para os Estados(40 salários mínimos).

Tal providencia estadual demonstra que, conforme a realidade patrimonial do Estado do Piauí, o mesmo suporta e entende como de pequeno valor, alheios aos ditames procedimentais do regime de precatório judicial, quantias de até 05 (cinco) salários mínimos, e assim o faz em razão das parcas condições financeiras de tal ente federado.

Doutra banda, conforme se evidencia pelo art. 3º e 17, §1º, da Lei n.º 10.259/01, a União Federal considera como de pequeno valor montante até 60 (sessenta) salários mínimos, conclui-se, pois, que seu patrimônio financeiro suporta referido patamar, o qual, diga-se, é 12 (doze) vezes maior que o do Estado do Piauí (05 salários mínimos), relação esta que deve ser observada quanto a outros institutos financeiros, notadamente, o licitatório.

Se o Estado do Piauí entende ter capacidade financeira para, tão somente, dispensar precatórios em valor 1/12 (um doze avos) menor que o patamar federal, a mesma proporção deve ser utilizada quando da prática licitatória, vez que os limites dispostos no art. 23 da Lei n.º 8.666/93 têm como base, não outra coisa, mas sim as condições financeiras do ente de direito público federal.

Queda-se, pois, por concluir que para o procedimento licitatório, no Estado do Piauí, lograr seus fins magnos, consoante as receitas e despesas deste, devem os limites dispostos no art. 23 da Lei n.º 8.666/93 serem lidos pelas autoridades estaduais sempre em 1/12 (um doze avos) aquém do estipulado no mencionado art. 23, guardando-se, assim, proporcionalidade e razoabilidade entre a realidade financeira estatal e os fins principiológicos visados pelo processo licitatório.

Da mesma forma o município pertencente ao Estado do Piauí, caso não possua lei própria e proporcionalmente constitucional a respeito do tema, deve atentar à razão matemática magnamente estipulada, contudo frente à realidade Estadual, pois sendo município piauiense, proporcionalmente, é menos abonado que o Estado do Piauí.

Assim, município pertencente ao Piauí, p.e., deve quando da efetivação de processo licitatório, praticar 75%(setenta e cinco por cento) dos patamares devidos ao Estado do Piauí, lembre-se, 1/12(um doze avos) dos limites disposto no art. 23 da lei n.º 8.666/93.

Resume-se referidas proporções no quadro seguinte:

Desta feita, consoante a proporção constitucionalmente imposta a todos os entes federados, a fim de se resguardar trato igualitário entre estes, nota-se que os municípios pertencentes ao Estado do Piauí, ao adotar para a realização de seus procedimentos licitatórios, os limites financeiros dispostos no art. 23 da lei n.º 8.666/93, igualam-se à União Federal, postura pública que afronta o princípio da proporcionalidade e razoabilidade.

Consoante retro se exortou, o alicerce da proporcionalidade materializa-se com a observância de 03(três) subprincípios: 1) o princípio da conformidade ou adequação; 2) o princípio da exigibilidade ou da necessidade; e, 3) o princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Município, quando da realização licitatória, deve agir adequadamente à sua realidade financeira, vez que, como todo ente de direito público, tem como dever primário preservar as leis e a CRFB, notadamente, no que pertine aos fins colimados pelo procedimento licitatório.

Assim, não pode alinhar-se à União Federal quanto aos limites financeiros vistos no art. 23 da Lei n.º 8.666/93, pois estes estão muito além da realidade financeira municipal e, assim procedendo a edilidade mirim, desrespeita ontologicamente os princípios regentes da licitação, a qual passa a ser, em regra, letra morta, vez que, materialmente, não proporciona às entidades governamentais possibilidade de realizarem o negócio mais vantajoso à sua realidade, nem muito menos, assegura aos administrados ensejo de disputarem a participação nos negócios que as pessoas governamentais pretendam realizar com os particulares, pois os institutos da dispensa de licitação inviabiliza referidos fins.

Deve, portanto, estados e municípios adequarem-se aos limites licitatórios que lhe são devidos e justos, consoante quadro *supra*, pois somente assim, quando da aquisição de materiais ou serviços estarão a antolhar os ditames magnos referentes ao tema licitação.

Quanto ao princípio da exigibilidade ou da necessidade, nota-se que uma vez traçada a proporcionalidade quanto à capacidade financeira de cada ente federado, nos termos do art. 100, §5º da CRFB e do art. 87 dos ADCT da CRFB, estes restam vinculados a dita proporção normativa maior, sob pena de afronta à legalidade e à proporcionalidade, não se podendo relegar que o poder executivo somente age se autorizado por lei, nos parâmetros e limites desta.

Ainda. Não se pode relegar que não se adequando município ou estado membro à proporcionalidade retro mencionada, constantemente estará a desrespeitar, não formalmente, mas material e ontologicamente, os fins pretendidos pelo processo licitatório, notadamente, no que pertine à impessoalidade buscada pelo mesmo e à melhor aquisição pública pelo menor preço, pois restando diminuídos os limites licitatórios hodiernamente praticados, em regra, procedimentos licitatórios (convite, tomada de preço, concorrência, etc.) deverão ser constantemente efetivados pela edilidade para a aquisição de bens e serviços, garantindo, assim, um melhor negócio para a mesma, pois terá diminuída a incidência de dispensa de licitação.

Por fim, a proporcionalidade em sentido estrito também aponta para a veracidade dos argumentos em lume, vez que não se mostra razoável que os demais entes federados além da União pratiquem os patamares licitatórios efetivados por esta, ente de direito público dotado de incomensurável capacidade financeira frente àquelas edidades.

Consoante se evidenciou alhures, a mera comparação entre os orçamentos financeiros de tais entes de direito público já torna visível a incongruência de ambos perpetrarem licitação com os limites do art. 23 da Lei n.º 8.666/93 de modo igual, pois o que é de pequeno monte e, portanto, de dispensável licitação frente aos seus custos para a União, não o será para a maioria dos municípios e estados brasileiros, cujos orçamentos são infinitamente inferiores ao do ente federal.

Igualdade é tratar desiguais desigualmente e iguais de idêntica forma, argumento este que deve ser antolhado *in casu*, vez que não podem os demais entes da federação, diante de suas desigualdades frente à União, praticar os limites por esta adotados para procedimentos licitatórios.

Resta incontestável a inconstitucionalidade da prática corrente de Estados e Municípios brasileiros, quando da realização de feitos licitatórios, ao adotarem os limites federais para tanto, por afronta aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

6. Conclusão

Constata-se diante dos argumentos acima expostos, que a praxe atualmente efetivada por Estados e Municípios brasileiros de praticarem idênticos limites licitatórios aos efetivados, por ordem legal, pela União Federal, fere de morte todos os fins magnamente pretendidos pela imposição de procedimento licitatório aos entes de direito público e assemelhados, pois referidos patamares financeiros não correspondem a suas realidades orçamentárias, estas muito aquém da federal.

Desta feita, o instituto da dispensa de licitação, visto no art. 24 da Lei n.º 8.666/93, é constantemente utilizado pelos gestores públicos, que diante do elevado patamar previsto por tal tomo de lei para a União Federal, quase sempre optam por não efetivarem o processo licitatório, evitando-se assim a impessoalidade e livre concorrência entre interessados em contratar com o erário público, vez que competirá aos gestores diretamente, em razão da dispensa, contratar com quem lhes aprouver.

O princípio da capacidade financeira é corolário do princípio da proporcionalidade, norma mãe que sempre deve ser observada pelos aplicadores do Direito, seja do Poder Executivo, Legislativo ou Judiciário, tendo, em texto maior, estipulado inconteste e necessária diferença financeira entre os entes federados, pois, em regra, não se pode igualar financeiramente nenhum município ou estado brasileiro à União Federal, em face de sua nímia competência tributária.

Agir de forma diversa é, p.e., *mutatis mutandi*, proporcionar a estados e municípios desvalidos de meios financeiros o mesmo crédito monetário possuído pela União Federal, em razão de seu patrimônio, sendo que aqueles não dispõem de meios para adimplir as vultosas dívidas logradas em razão do pseudo status financeiro, ocorre que o credor lesado sempre será o erário e a moralidade pública, vítimas estas perpétuas de tal comportamento licitatório espúrio e desigualmente lesivo à ordem constitucional instituída.

ESTUDO SOBRE O DOLO NO DIREITO ADMINISTRATIVO E NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Carlos Alberto Hohmann Choinski

Promotor de Justiça/PR

Resumo: Dolo – conceito geral – aplicação no direito administrativo – peculiaridades que o diferenciam do dolo no direito civil e no direito penal – requisitos necessários para a avaliação do dolo: tipicidade, legalidade, boa-fé – Prova do Dolo – Elementos incidentes para a avaliação probatória e determinação do dolo – Conclusão

1) Conceito do dolo e sua aplicação em diferentes ramos do direito

O objeto central da fonte de significação denominada “dolo” está vinculada ao conceito de má-fé. Originariamente, o conceito de dolo (do latim *dolus, doli*) não era sinônimo de “má-fé”, sendo que a carga pejorativa que atualmente possui foi adquirida, através dos tempos, notadamente pela sua conceituação jurídica. Era sim expressão que significava *artifício, maquinação, engenho, esperteza*, tanto que os romanos distinguiam o dolo “bom” do dolo “mau”, onde o primeiro seria o artifício “legítimo” e o segundo seria artifício “perverso”, coligado ao negócio entre duas partes.¹

A palavra “dolo” ganhou significado negativo, alçada a esta condição, exatamente pelo conceito jurídico-normativo que ganhou do direito civil² e, especialmente, do direito penal³. Foi a partir do direito penal que a termo “dolo” adquiriu notável carga semântica e, deixando de ser palavra substantiva, passou a adjetivar tudo aquilo que é “querido por má-fé”, e o que era sinônimo de “*artifício de má-fé*”, passou a significar a própria “má-fé”.

No direito penal, é comum vermos o conceito de dolo como o “*querer do resultado típico*”⁴, ou “*a vontade dirigida à realização do tipo penal*”⁵. Verifica-se que há uma justaposição do elemento subjetivo (vontade) ao elemento objetivo (resultado típico lesivo a bem jurídico), cuja integração se dá exatamente pelo vínculo dirigido pelo agente, através do dolo. Esta integração, todavia, não impede apontar que o dolo esteja situado na “vontade”. Para isso, Zaffaroni e Pierangeli⁶, reconhecem o dolo como uma estrutura de vontade baseada no conhecimento pressuposto ao querer (elemento cognoscitivo do dolo) e o próprio querer (elemento volitivo do dolo). Sua teoria, em síntese, afirma que, para que o ato seja efetivamente doloso, o agente deve conhecer efetivamente como pode realizar a conduta proibida e também deve querer realizar a conduta proibida. Os dois momentos, enfeixados, são o que se chamou de “representação” e “vontade”.

No direito civil, por não haver uma correlação direta da expressão de vontade com uma norma tipicamente proibida, como no direito penal, o conceito de dolo tem uma visão mais aberta e mais próxima da origem romana. Caio Mário da Silva Pereira conceitua dolo como “*a infração do dever legal ou contratual, cometida voluntariamente, com a consciência de não cumprir*”⁷.

Percebe-se, claramente, que a idéia de dolo, tal qual no direito penal, se aproxima do elemento volitivo do agente e, partindo desta vontade, se espalha no ato juridicamente relevante, sob a forma de infração ou falta (ilícito).

¹ SARAIVA, Vicente de Paulo. Expressões latinas e forenses. Ed. Saraiva, São Paulo – SP, 1999, p. 327/328/329.

² O Código Civil não conceitua o dolo, mas o prevê como causa de anulabilidade do negócio jurídico, conforme art. 145: “São os negócios jurídicos anuláveis por dolo, quando este for a sua causa.”, dando a noção clara de se tratar de um engenho visando prejuízo de outrem.

³ O Código Penal Brasileiro, ao contrário, definiu claramente o que é dolo no art. 18, inserindo-o na manifestação de vontade do agente: “Diz-se o crime doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”.

⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raul e Pierangeli, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, SP, 1997, p. 482.

⁵ MIRABETE, Julio Fabrini. Direito Penal Interpretado. Ed. Atlas Jurídico, São Paulo, SP, 2000, p. 166.

⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique, op. cit., p. 484.

⁷ SILVA PEREIRA, Caio Mario. Instituições de direito civil, vol. II (teoria geral das obrigações), 8ª ed. Ed. Forense, Rio de Janeiro – RJ, 1986, p. 223.

Neste aspecto, o único elemento aparentemente diferenciador é que o direito civil, por não estar vinculado diretamente a um rol de tipos proibidos, é mais rigoroso no sentido de estabelecer a imprescindibilidade do “conhecimento da ilicitude”, como elemento caracterizador⁸.

Esta conclusão não é diferente no direito administrativo. Ao se buscar estabelecer uma parametrização dos conceitos do dolo, recorrendo-se à doutrina, percebe-se que, em muitos casos, há equiparação dos conceitos de dolo no direito administrativo, ora ao direito penal, ora ao direito civil. Em alguns casos, o elemento “dolo” somente foi situado como elemento integrativo do ato administrativo juridicamente relevante.⁹

Marçal Justen Filho, em sua recente obra “Curso de Direito Administrativo”, ao avaliar a responsabilidade por improbidade administrativa, afirma que *“a configuração da improbidade depende da consciência e da intenção de promover as condutas ímpias. Não há improbidade culposa, o que não significa exigir dolo específico nem equivale a negar a diversidade de graus de consciência e reprovabilidade”*.¹⁰

Adotou, portanto, a mesma postura desenhada por Zaffaroni e Pierangeli quando falavam dos aspectos de consciência (ou representação ou aspecto cognoscitivo do dolo) e de intenção (ou vontade ou aspecto volitivo do dolo), bem como da idéia defendida para o direito civil.

Fábio Medina Osório também ressalta o aspecto volitivo atinente ao dolo afirmando que *“o dolo, em direito administrativo, é a intenção do agente que recai sobre o suporte fático da norma legal proibitiva. O agente quer realizar determinada conduta objetivamente proibida pela ordem jurídica. Eis o dolo. Trata-se de analisar a intenção do agente especialmente diante dos elementos fáticos – mas também normativos – regulados pelas leis incidentes à espécie.”*¹¹

Há, portanto, uma raiz comum ao conceito de dolo, baseado na idéia de “representação e vontade” e que, independentemente da forma de aplicação, estes elementos deverão ser levados em conta não somente como forma de apontar o dolo, mas como, incidentalmente, encontrar causas de justificação do ilícito para excluir a incidência dele.

2) Parametricidade do conceito do dolo nos direitos civil, penal e administrativo.

Os núcleos conceituais do dolo são idênticos a qualquer ramo do direito. Ainda que se objete que, historicamente, a doutrina realizou investigação mais profunda, neste ou naquele ramo normativo, não há que se negar que estes núcleos se enfeixam num mesmo conteúdo significante.

Entendemos que a diferença gradual do dolo é de aplicação. É o conteúdo normativo e a finalidade da norma que elegem a necessidade de aplicação destes núcleos normativos com maior ou menor intensidade, de acordo com o bem jurídico posto a salvo. Não se pode olvidar que toda norma jurídica é composta de valor e estes valores representam as escolhas sociais que, por sua vez, determinam a própria eficácia da norma e a imprescindibilidade da aplicação do direito.

Estas diferenças parecem ficar mais claras à medida que se faça uma leitura teleológica da divisão do Direito: cada ramo do direito tem um escopo, uma finalidade e a garantia de realização destas finalidades passa pela necessidade de se definir, para cada um deles, o que é ilícito e de que forma deva ser punido tal ilícito. No interior da noção do dolo, portanto, há identidade de valores e sua aplicação, ou seja, o caminho a que se destina este dolo é que delimitará sua maior ou menor irradiação.

Para o direito penal, o conceito de dolo é imprescindível para a sua própria funcionalidade, isto é, este conceito está inserido diretamente nos tipos penais, de forma a categorizar que a aplicação do direito penal induza a avaliação concreta do dolo. Tal importância está estampada no art. 18 do Código Penal que define textualmente o que são crimes dolosos e o que são crimes culposos.

Não se nega, também, que, em razão do caráter fragmentário do direito penal e da relevância essencial do dolo, a tarefa de compreensão fica indicada pelo próprio conteúdo da norma, isto é, o direito penal diz quais são as condutas tipicamente imputáveis e as classifica de modo a definir se a aplicação se dará em caráter de dolo ou caráter de culpa, de acordo com a importância do bem jurídico protegido.

No direito civil, de outra forma, o dolo, muitas vezes, está contido na mesma idéia da culpa. É o que se chama genericamente de ‘responsabilidade subjetiva’. Os ilícitos civis não se enquadram em tipos: eles serão identificados a partir da ocorrência de um prejuízo patrimonial ou interesse legitimamente protegido pelo direito civil¹². Mas o

⁸ No direito penal, o desconhecimento da lei é, de regra, inescusável, sendo admitida como exceção a justificativa para desconhecimento inevitável do ilícito.

⁹ Percebe-se, claramente, esta preocupação em parte da doutrina, especialmente aquela que concebe que a improbidade administrativa possui “forte conteúdo penal”, expressão forjada pelo Ministro do STF, Nelson Jobim, em seu voto no processo de Reclamação n.º 2138-STF, conclusão esta que induz a aceitação clara do conceito de dolo equiparado ao direito penal.

¹⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. Ed. Saraiva, São Paulo, 2005, p. 687.

¹¹ OSÓRIO, Fábio Medina. Improbidade Administrativa. Ed. Síntese, Porto Alegre, 1998, p. 135.

¹² Por óbvio que há direitos extra-patrimoniais que se valem dos conceitos de dolo e culpa para definir responsabilidades: a separação judicial (art. 1572, CC) é um dos exemplos, onde a culpa pode ser considerada relevante para definir a guarda dos filhos, retira o direito do uso do sobrenome do cônjuge culpado, entre outros..

conceito jurídico de ilícito demonstra que, muitas vezes, não há qualquer importância em diferenciar o dolo da culpa para fins de responsabilização, bastando para a caracterização do ilícito que *tenha sido causado prejuízo ou dano a outrem*.

Ainda assim, há relevância jurídica para definir dolo (e culpa), tanto é que tais conceitos vêm contemplados em diversos artigos do atual Código Civil. Em razão das finalidades estruturadas normativamente e da própria finalidade do direito civil em compor conflitos de ordem e caráter particular, a exigência destes conceitos pode, ou não, ocorrer. Nos casos legais de responsabilidade civil objetiva, por exemplo, sequer há preocupação em fazer avaliação destas noções, visto que é elemento despidendo para caracterizar o dever de indenizar.

O direito administrativo, por sua vez, integra-se através de um conjunto de regras e princípios que incide diretamente sobre a ação administrativa. Esta ação administrativa compreende a atuação interna da Administração Pública, submetendo o administrado a respeitar o corpo burocrático definido para o funcionamento da máquina¹³ e compreende também a necessidade de se impor, externamente, força coativa aos serviços prestados e aos deveres estatais. A imposição dos deveres se dá através de regramentos específicos para cada tipo de serviço prestado ou cada exercício de direito que deva ser protegido¹⁴.

A amplitude de textos legais que compõe o direito administrativo é infundável. Não há um "código administrativo", mas várias normatizações que prevêm as sanções aplicáveis pela ordem do direito administrativo. A norma administrativa, por vezes, buscar atingir toda a coletividade; às vezes, se destina a apenas um grupo de indivíduos (os servidores públicos, alguma categoria de profissionais, etc.); a norma, às vezes, repreende, outras vezes, pune.

Justamente por ser composta de vários subsistemas de normas específicas, cada uma voltada para o cumprimento de um desiderato estatal, a tarefa de definir qual a identidade comum do Direito Administrativo em seu aspecto sancionador, é mais complexa. A par destas dificuldades, é o **interesse público lato sensu** que move os interesses da Administração Pública e a justificativa para a existência e aplicação de sanções.

A focalização da incidência da noção de dolo e culpa, no âmbito do direito administrativo, portanto, deve ser lida sempre sob a égide do conceito de *interesse público*, isto é, a lei elege prioritariamente que tipo de condutas qualifica a incidência (ou não) do elemento doloso.

Diferentemente do direito penal, o direito administrativo não está adstrito a uma tipologia exauriente e fechada, mas possui uma tipologia conceitual e aberta, o que demandará um esforço maior do intérprete e do aplicador do direito. Não se nega, todavia, que ainda que aberta, o direito administrativo exigirá tal tipologia, conforme esclarece Fábio Medina Osório:

"O princípio da tipicidade das infrações administrativas decorre, genericamente, do princípio da legalidade, vale dizer, da garantia de que 'ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei' (art. 5.º, II, CF/88), sendo que a Administração Pública, ademais, está submetida à exigência da legalidade administrativa (art. 37, caput, CF/88), o que implica necessária tipicidade permissiva para elaborar modelos de condutas proibidas e sancioná-los." ¹⁵

A vinculação ao princípio da legalidade e ao princípio da tipicidade, por outro lado, representa a diferença causal da abordagem sobre o dolo entre o direito administrativo e o direito civil, visto que, para este último, interessa mais aplicar as noções de dolo de acordo com o interesse litigado, do que com a ruptura ou não do direito.

Exemplo claro disso, é a regra do art. 150 do Código Civil, que dispensa a avaliação, sob o enfoque do dolo, quando ambas as partes assim tiverem agido: *"Se ambas as partes procederem com dolo, nenhuma pode alegá-lo para anular o negócio, ou reclamar indenização"*.

No direito administrativo, *contrario sensu*, a avaliação sob o enfoque do dolo será imprescindível para fins de reconhecimento da responsabilidade, tal qual no direito penal, o que evidencia a exigência incidental dos princípios da tipicidade e da legalidade.

Percebe-se, portanto, que embora haja zonas de convergência entre aplicação do conceito de dolo no direito penal, no direito civil e no direito administrativo, há diferenças essenciais, baseadas nos interesses e objetos protegidos por cada um dos ramos.

¹³ Compreendido pelo regime administrativo disciplinar que impõe deveres aos servidores públicos federais e a proteção aos direitos patrimoniais da pessoa jurídica de direito público interno, em caso de dano causado por terceiro.

¹⁴ Compreendido por diversas classes de regulamentos que estabelecem direitos e deveres e que, pela importância de determinadas tutelas impõe sancionamento, como ocorre com as regras de trânsito, os direitos do consumidor, os direitos da criança e do adolescente e os corporações profissionais cuja normatização estabelecem sanções (advogado, médico, engenheiro, enfermeiro, etc.). A cada um desses serviços que devem ser protegidos pelo Estado há uma correlata legislação que prescrevem normas de conduta e normas de proibição: para o funcionamento do trânsito, o Código Brasileiro de Trânsito (Lei n.º 9.503/97), para os direitos do consumidor, o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90), para a garantia de proteção aos direitos da criança e adolescente através de sanções administrativas, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n.º 8.069/90) e para cada categoria profissional uma normatização prévia e específica (v.g. Estatuto do Advogado).

¹⁵ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 207/208.

3) Requisitos essenciais para aferição do dolo no direito administrativo

No direito administrativo, não existe o conceito positivo de dolo, isto é, este conceito não habita os textos legais administrativos. A menção expressa¹⁶ à caracterização de dolo, vem importada da textura legal provida do art. 18 do Código Penal. Sua aplicação, no direito administrativo, no entanto, deve ser mensurada no sentido de sua finalidade, visto que sua aplicação não é idêntica e não se aplica da mesma forma como é projetado para o direito penal.

Um dos elementos que diferencia o dolo em direito administrativo do dolo no direito penal é a questão da tentativa. As infrações administrativas se baseiam na consumação de um resultado. Não há qualquer relevância jurídica para a aplicação da responsabilidade administrativa de agente que tentou desviar dinheiro da Administração Pública e não consumou o fato¹⁷. Responderá, eventualmente, por uma infração, de caráter formal, de menor intensidade, mas nunca responderá pela “possibilidade de prejuízo”, porque, para o direito administrativo, isto é juridicamente irrelevante.

Alguns autores que afirmaram conceitos de dolo em direito administrativo, estabeleceram tais conceitos baseados na significação dos conceitos de “representação” e “vontade”. Há que se ressaltar, todavia, que a abordagem sobre o dolo¹⁸ somente ocorrerá, desde que haja a obtenção positiva do resultado pretendido, isto é, deve haver a consumação do ilícito, para justificar a avaliação da responsabilidade subjetiva.

Hugo Nigro Mazzilli afirma que “o dolo (para fins de aplicação da lei de improbidade) que se exige é o comum; é a vontade genérica de fazer o que a lei veda ou não fazer o que a lei manda.”¹⁹

Fábio Medina Osório, também, sobre a improbidade administrativa, afirmou que “O dolo é a vontade e a consciência de realizar a conduta, ou seja, o caminho intencional percorrido pelo agente. A intenção pressupõe a consciência.”²⁰

Rita Tourinho também esboçou a aplicação do conceito do dolo em direito administrativo:

“Dolo e culpa são espécies de vínculo de aspecto psicológico que liga o autor ao fato por ele praticado. (...) Age com dolo quem atua visando que seu ato contrarie o direito ou quer contrariar o direito e atua para isso. (...) Transportando esta noção para o direito administrativo, age com dolo o agente que voluntariamente realiza determinada conduta proibida pela ordem jurídica.”²¹

O modelo do dolo no direito administrativo ganhará contornos próprios, uma vez que não se resume a uma releitura da doutrina penalista do dolo e, também, não se vincula a ser mera qualidade do ilícito, como definido pela doutrina civilista.

O dolo em direito administrativo deve obediência ao **princípio da tipicidade** (não existe hipótese legal de sanção administrativa, sem prévia previsão de sua ilegalidade), mas não se vincula restritivamente ao tipo, como é voz corrente no direito penal. Basicamente, o princípio conceitual do dolo, em direito administrativo se baseará em uma contraposição ao “tipo” administrativo, se baseará no desrespeito à legalidade exigida para o ato e se baseará na necessária conclusão de que tal desrespeito baseou-se em uma vontade dirigida contra a boa-fé estatal (princípio reitor da finalidade administrativa).

¹⁶ São exemplos de textos normativos que prevêem responsabilidade dolosa, sem contudo, haver um conceito jurídico do que caracteriza tal dolo:

- A lei federal n.º 7889/89, em seu art. 2º menciona o dolo quando houver infração à legislação referente aos produtos de origem animal, como forma de minimizar a sanção, apenas com advertência, sem cominação de multa ou apreensão de produtos.
- A lei federal n.º 8.158/91 que regula a defesa da concorrência, em seu art. 22, afirma que, independe de apuração de dolo e culpa, mas sim dos efeitos econômicos negativos a apuração e aplicação de medidas aos atos contrários àquela lei.
- A lei federal n.º 9.605/98, que trata das infrações administrativas relativas ao meio ambiente, estabelece aplicação de multa para que, dolosa ou culposamente, impedir ou embarçar a atividades de fiscalização dos órgãos do SISNAMA.
- A lei federal n.º 8.906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil) estabelece a responsabilidade profissional do advogado quando agir com dolo ou culpa.
- A lei federal n.º 8.112/90 que trata do Regime Jurídico dos Servidores Públicos Civis da União, estabelece em seu art. 122 a responsabilidade civil do servidor: A responsabilidade civil decorre de ato omissivo ou comissivo, *doloso* ou culposo, que resulte em prejuízo ao erário ou a terceiros, fazendo a ressalva que os prejuízos causados dolosamente ao erário público poderão ser liquidados sob a forma de descontos em folha de pagamento, em parcelas que não excedam 10% (dez por cento) dos salários.

¹⁷ Mesmo a Lei n.º 8.429/92, a lei de improbidade administrativa, baseou a estrutura de suas sanções, baseados na consecução de resultados. Não se pode afirmar, tampouco, que a tentativa de desvio de verba pública, em determinados casos, acarretaria em lesão aos princípios administrativos (art. 11 do mesmo texto), visto que aqui a punição se dará em razão do caráter autônomo da ação administrativa descompassada dos lineamentos principiológicos e não por se tratar de uma “tentativa de desvio”.

¹⁸ Esta abordagem ainda não está claramente dimensionada na doutrina. No entanto, é necessária tal afirmação porque a avaliação da responsabilidade subjetiva se dará sempre que o ato tenha produzido o resultado danoso o que, circunstancialmente, afasta a hipótese de admissibilidade de aplicação da sanção administrativa por “tentativa”.

¹⁹ MAZZILI, Hugo Nigro, A defesa dos interesses difusos em juízo, 7. ed. Saraiva, São Paulo, p. 162.

²⁰ OSÓRIO, Fábio Medina. Direito Administrativo Sancionador, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2000, p. 326.

²¹ TOURINHO, Rita. Discricionariedade Administrativa. Ed. Juruá, Curitiba, 2004, p. 173.

O dolo, em direito administrativo, não se localiza no tipo, como na teoria finalista para o direito penal. Tal constatação decorre da falta de previsão de aplicação de sanção por “tentativa de ilícito administrativo”.

Tampouco, o dolo se compõe na mera ilegalidade do ato, visto que, nas hipóteses de infração administrativa juridicamente relevante, há que se fixar, além da mera transgressão aos vínculos da lei a necessária avaliação do dolo. Assim, **não basta a ilegalidade do ato**, mas também a **avaliação subjetiva do ato do agente** para se formar juízo claro de reprovabilidade.

4) Tipicidade

O professor Celso Antônio Bandeira de Mello defende claramente a aplicação do princípio da tipicidade ao Direito Administrativo, no que é seguido, sem embargos, por outros estudiosos do fenômeno da sanção administrativa:

“O pressuposto inafastável das sanções implicadas nas infrações administrativas é o de que exista a possibilidade de os sujeitos saberem previamente qual a conduta que não devem adotar ou a que devem adotar para se porem seguramente a salvo da incursão na figura infracional (...). A ser de outro modo, além de as sanções estabelecidas para a incursão neles não terem como cumprir a função que lhes é própria, os sujeitos viveriam em álea permanente, por ignorarem como deveriam proceder para estarem ajustados ao Direito, pois tanto poderiam incorrer como não incorrer nelas ao sabor do acaso, isto é, independentemente de suas próprias vontades de escolherem o comportamento conforme ou não ao Direito – o que, a final, seria a própria negação da ordem jurídica.”²²

A tipicidade dos ilícitos administrativos é condicionante da aplicabilidade da sanção. Não é a mera transgressão da tipicidade que determina a aplicação da sanção: diferentemente do direito penal, onde o cometimento do ilícito sugere imediata sanção, o direito administrativo deverá reclamar uma segunda etapa de interpretação. É que os “tipos” administrativos não contêm em si o dolo como no Direito Penal. Sua existência é vetor da ocorrência de ilegalidade, ou seja, de transgressão à lei. O exame da aplicabilidade da sanção deverá percorrer, além da avaliação da ilegalidade (requisito objetivo), a avaliação subjetiva, ou seja, o atuar do agente público, de modo a apurar o elemento volitivo que impulsionou o ato.

5) Legalidade

No direito administrativo, porque a avaliação do dolo está vinculada à ocorrência do resultado e, também, porque a responsabilidade subjetiva incide nos casos em que se faz necessária a aplicação de sanção ao administrador, está claro que o dolo não integra o tipo: sua apreciação se dará em momento posterior, ante a visível ocorrência da ilegalidade e, nos casos em que sua avaliação seja imprescindível.

Enquanto o direito penal visa a proteção de bens jurídicos, não é esse, também, o objetivo principal do direito administrativo; sua missão circunda na administração dos interesses e obrigações estatais e na garantia do funcionamento de sua máquina burocrática; assim, o aspecto sancionador erigido no direito administrativo servirá como elemento de repressão à desobediência, visando garantir a continuidade dos serviços e garantia dos interesses incumbidos à Administração Pública.

Neste ambiente, a noção de ilegalidade e a noção de intenção de desobedecer a lei embora sejam faces da mesma moeda não se confundem: exige abordagem interpretativa distinta. Por isso, o tipo administrativo, que, muitas vezes, se apresenta aberto, propenso a ser avaliado mediante ponderação valorativa de princípios, não comporta intrinsecamente a noção da intenção de agir. O que ocorre é que, em muitos casos de infração administrativa, a investigação sobre a intenção do agente não é requisito necessário à aplicação da sanção, porque presume a responsabilidade subjetiva, sem distinguir, sequer, o dolo da culpa.

6) Boa-fé no direito administrativo

A boa-fé representa, em verdade, um elemento de caráter aberto que tem uma força normativa mínima que é a de impedir o vicejamento do ato negativo contrário à moral comum e ao direito compreendido sistematicamente. Ainda que se discuta a força eficaz positiva do princípio da moralidade, há um resíduo existencial presente em tal princípio que é a força eficaz negativa, que visa a impedir a realização jurídica do ato mal-intencionado ou desprovido de finalidade pública.

²² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, op. cit, p. 749.

Marcelo Figueiredo, em sua obra "O Controle da Moralidade na Constituição" também tem conclusão semelhante no que tange à norma legal (que pode perfeitamente, ser aplicado, analogicamente, ao ato ou atividade administrativa):

*"Entendemos que o legislador tem o dever de observar e auscultar as regras morais vigentes na sociedade em dado tempo e lugar e observá-las, não editando regras que contrariem o sentido de aludidos padrões de comportamento."*²³ (grifos nossos)

A grande incidência do princípio da moralidade é indicar por que caminho deve seguir a vontade de agente público: não se admitem atos contrários à lei, mas também não se admitem atos contrários à razoabilidade, ao bom senso, ao interesse público, à finalidade pública. E, se o princípio da moralidade serve como um limitador do desvio de atitude do agente público, há que se notar que sua compreensão depende da avaliação do ato do agente e de seu aspecto subjetivo: a vontade do agente.

Por isso, a **violação à moralidade e à boa-fé** representa indicativo claro da presença do elemento subjetivo de desvio: dolo. Violação à legalidade pode ensejar a anulação do ato, mas pode absolver o agente caso se comprove erro sobre as circunstâncias do fato. Violação à moralidade, porque é um princípio que exige a expressão volitiva do agente em prol da finalidade pública é elemento eficaz para imputar o desvio de conduta, notabilizado pelo dolo ou pela culpa.

Já se disse antes que há tipos administrativos que, simplesmente, ignoram a necessidade de perscrutar o elemento subjetivo. Mas, para aqueles que expressamente impõem tal exigência, a avaliação da moralidade do ato é instrumento indicativo eficaz para a responsabilização subjetiva.

O Supremo Tribunal Federal Brasileiro caracteriza, claramente, a indicação do princípio da moralidade, como um princípio de característica jurídica e ética.

*"O princípio da moralidade administrativa – enquanto valor constitucional revestido de caráter ético jurídico – condiciona a legitimidade e a validade dos atos estatais. - A atividade estatal, qualquer que seja o domínio institucional de sua incidência, está necessariamente subordinada à observância de parâmetros ético-jurídicos que se refletem na consagração constitucional do princípio da moralidade administrativa. Esse postulado fundamental, que rege a atuação do Poder Público, confere substância e dá expressão a uma pauta de valores éticos sobre os quais se funda a ordem positiva do Estado. O princípio constitucional da moralidade administrativa, ao impor limitações ao exercício do poder estatal, legitima o controle jurisdicional de todos os atos do Poder Público que transgridam os valores éticos que devem pautar o comportamento dos agentes e órgãos governamentais." (Parte da ementa do acórdão proferido na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 2661, rel. Celso de Mello, j. 05/06/2002)*²⁴

7) Prova do Dolo. Elementos incidentes para a avaliação probatória e determinação do dolo

Dolo e culpa são a face subjetiva da responsabilização pelo desvio da atividade administrativa. A perquirição do dolo e da culpa, em direito administrativo, somente ocorrerá quando houver determinação legal, como requisito para aplicação da sanção.

O dolo no direito administrativo subsume-se a uma tipologia, assim como o direito penal, todavia de caráter aberto e principiológico, obrigando a realização de processos de interpretação autônomos, em função da realidade concreta. Para gerar efeitos jurídicos, porém, o dolo, além de ser realizado como manifestação de vontade está ligado ao resultado produzido, porque o que interessa ao direito administrativo é a lesividade causada e a proporção desta lesividade em si (lesão ao patrimônio, lesão aos interesses e valores protegidos pela Administração). Por tal pensamento, é inadmissível a tentativa como elemento eficiente da responsabilização subjetiva.

Ainda que se ocupe de elementos identificados com o direito penal ou do direito civil, está claro que o exame do dolo no direito administrativo observa características peculiares. E, neste ponto, há identificação própria do exame do dolo em direito administrativo.

Resgatando as lições de Celso Antônio Bandeira de Mello, e seu rico material a respeito da teoria do desvio do poder alertava ele para a dificuldade da identificação probatória deste desvio, lição está que pode importada para enaltecer a dificuldade de apontamento do dolo:

²³ FIGUEIREDO, Marcelo. O princípio da moralidade na Constituição. Ed. Malheiros, São Paulo, 1999; p. 124.

²⁴ <http://gemini.stf.gov.br/cgi-bin/>

*"É preciso identificar a má intenção e fazer-lhe a prova. (...) Jean Rivero expressa bem esta dificuldade dizendo: "A segunda dificuldade se situa no terreno da 'prova'. A intenção é um elemento psicológico, difícil de ser determinada, salvo quando o autor se explica abertamente o que será tanto mais raro quanto mais inconfessável for ela". (...) Quando uma autoridade administrativa comete um desvio de poder ela está frequentemente de má-fé; sabe muito bem que traiu a intenção do legislador; assim, não tem a ingenuidade de indicar as razões inconfessáveis que inspiraram o seu ato; dissimula seus verdadeiros móveis que o juiz deve procurar, em vista de todas as circunstâncias em que o ato foi praticado."*²⁵

A técnica de comprovação do dolo deve ser realizada com os mesmos mecanismos com que se aborda a observação da ilegalidade do ato ou atividade administrativa, como asseverado pelo grande mestre administrativista: levam-se em conta diversos elementos para a caracterização da responsabilidade subjetiva²⁶. Deverá ser uma abordagem de constatação, baseada na regra de proibição tipificada normativamente somada a uma avaliação interpretativa da realidade concreta (avaliação dos fundamentos, meios e fins que justificaram o ato).

O resultado da avaliação probatória, portanto, aceita os elementos normativos e os elementos interpretativos e deve operar no sentido de afirmar se houve ou não desvio de intenção do agente. Juarez Freitas aponta para esta soma de fatores afirmando que *"sem uma visão sistemática e substancialista do Direito, faz-se impossível dar conta das características funcionais do sistema"*.²⁷

A prova do dolo não pode depender da evidência escancarada da vontade, visto que, como afirmou Caio Tácito, *"a ilegalidade mais grave é a que se oculta sob a aparência de legitimidade. A violação maliciosa encobre os abusos de direito com a capa da virtual pureza."* Assim é, que quem age por má-fé certamente tomará o cuidado de evitar que permaneçam evidências graves de sua conduta soez. A avaliação da intenção viciada deve levar em conta a realidade concreta e a consequência imediata do ato abusivo, elementos implícitos à vontade do agente.

Quem tem vontade de agir por má-fé arquiteta sua realização, ou seja, faz uma transposição intelectual do plano das idéias para o plano real, buscando identificar todas as consequências e tomando todos os cuidados para que não se extraia o seu fim ilícito. Por isso, como o exercício de identificação do dolo parte do resultado ou da projeção do resultado para a avaliação do aspecto volitivo, há que se enxergar qual a intenção planeada pelo agente no momento da execução do ato, utilizando técnicas jurídicas de detecção.

Estas técnicas jurídicas de identificação das reais intenções do agente devem provir, evidentemente, de observação sistemática dos princípios incidentes à atividade administrativa e, repita-se, à vinculação objetiva da legalidade, do interesse público e da finalidade pública²⁸. A inexistência de qualquer destes elementos é indiciária do desvio da vontade do agente e, também, da má-fé que a impulsionou.

Além disso, servem de indicadores algumas observações extrínsecas que sempre são convenientes à avaliação fática.

Os **tipos administrativos que contenham correlação lógica com tipos penais**²⁹ aproveitam, na sua interpretação, a teorização do dolo, inclusive com a repercussão da sentença penal como indicador da responsabilidade subjetiva. Assim, a técnica penal servirá de elemento orientador, nestes casos, para a imputação do dolo na infração administrativa.

A evidente verificação da **irrazoabilidade da medida** também demonstra cabalmente a intenção desviada, visto que se for impossível ao exercício lógico-abstrato deduzir alguma finalidade pública na medida administrativa, estará evidente o elemento subjetivo *contra legem*. Concorrem, da mesma forma, como evidências do dolo do agente, a *incoerência entre as premissas lógicas ou jurídicas* firmadas na justificativa e na conclusão dos atos, evidências claras de *indisposições de caráter pessoal ou de ordem política* para a realização ou omissão do ato e a *desproporcionalidade do conteúdo do ato e os fatos* que os embasou.

²⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, Discricionariedade e Controle Jurisdicional, p. 77/78.

²⁶ Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, em sua obra "A prova no processo administrativo" identifica o processo de inteligência das provas no processo administrativo afirmando que *a verdade probatória sempre que formal, em face do pressuposto da certeza, confunde-se com a verdade probatória material, ambas movendo-se num mesmo plano de formação de convencimento*: (Ed. UFPR, p. 43)

²⁷ FREITAS, Juarez. O princípio jurídico da moralidade e a lei de improbidade administrativa, in Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho, Belo Horizonte: Fórum, 2004, p. 136.

²⁸ Ainda JUAREZ FREITAS, em notável crítica faz defesa da interpretação concretista da lei da improbidade administrativa, a despeito das severas ambigüidades que se encontram naquela lei: *" (...) Nestes moldes, a lei n.º 8.429/92 veio a lume sob o signo da dubiedade quanto a seus fins maiores, o que representa uma distorção. Portanto, na dúvida, deve-se decidir a favor da concretização sensata do princípio da probidade. (...) Realizando um controle sistematizante, naturalmente respeitados os limites impostos pelo próprio sistema, sem nunca decidir 'contra legem', senão que a favor do direito. (...) Em suma, faz-se necessário interpretar a lei de improbidade à base da inteligência conducente, com realismo, à efetivação do princípio em pauta, obrando por sua máxima afirmação."* (FREITAS, Juarez, op. cit. p. 141, nota de rodapé n.º 97)

²⁹ JEAN RIVERO afirma que *"o ilícito penal cometido no exercício das funções constitui, em geral, em culpa pessoal"*. (RIVERO, Jean. Direito Administrativo, trad. Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981)

A **atividade completamente discrepante à conduta habitual da Administração** em casos similares, serve, também, como instrumento indiciário para a responsabilização do agente.

Por fim, em razão das consequências materiais do ato, pode-se inferir a existência do elemento volitivo desviado, como a **prova material de que o agente obteve vantagem** de índole pessoal ou patrimonial ao realizar tal ato. Neste caso, embora haja necessidade de se comprovar o vínculo causal entre o ato e a obtenção da vantagem é elemento que pode indicar claramente a existência do dolo. Aliás, esta hipótese (obtenção de vantagem pessoal ou patrimonial para o agente) é tratada apenas na forma dolosa pela lei da improbidade administrativa (art. 9º da Lei n.º 8.429/92), visto que considera impossível que alguém vá obter, culposamente, vantagem pessoal a partir de um ato ilícito.

Outro elemento que pode ensejar a comprovação do dolo é a **inexistência de causa justificável para a realização do ato ilícito** (ausência de excludentes de responsabilidade subjetiva, situadas nas hipóteses de erro, que estão discorridas em tópico a seguir)

A avaliação, portanto, do conjunto probatório demonstrativo do dolo leva em conta a análise conjuntural das circunstâncias mediatas e imediatas relacionados ao ato ou atividade administrativa. Vale como técnica de interpretação e valoração que deve ser adequada construtivamente pelo aplicador do direito e esta técnica deve ser adequada construtivamente pelo aplicador do direito e esta técnica deve estar exaustivamente motivada na decisão aplicadora da sanção (seja por julgamento administrativo ou sentença judicial).

8. Conclusão

Diante deste estudos, concluímos que o dolo, no direito administrativo, possui características semelhantes ao tratamento jurídico do dolo no direito penal e no direito civil, mas não se equipara a nenhum deles. Isto se deve aos pressupostos legais da tipicidade, legalidade, moralidade e finalidade pública que obrigatoriamente devem compor o ato administrativo. Por estes estudos, percebe-se que a prova do dolo se faz mediante ponderação de valores levando-se em conta o caráter principiológico que o direito administrativo carrega e algumas técnicas de observação como a prova material do conduta (penal ou não), a irrazoabilidade da medida, a excepcionalidade da conduta, a falta de motivação e transparência possibilitam uma interpretação coerente e jurídica a respeito da responsabilidade subjetiva do agente público.

Bibliografia

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe (organizador). **Direito Administrativo Contemporâneo. Estudos em memória ao Professor Manoel de Oliveira Franco Sobrinho**. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. 2.ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 17ª ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

BUSATO, Paulo César et HUAPAYA, Sandro Montes. **Introdução ao Direito Penal. Fundamentos para um sistema penal democrático**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CAETANO, Marcelo. **Princípios Fundamentais do Direito Administrativo**. Coimbra: Almedina, 1996 (reimpressão).

FERRAZ, Sérgio et DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003.

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.

FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. **A prova no processo administrativo**. Curitiba, Ed. UFPR.

FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.

GARCIA, Emerson et ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo: Saraiva, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Curso de Direito Administrativo**. 14.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo Sancionador**. São Paulo: RT, 2000.

_____. **Improbidade Administrativa**. Porto Alegre: Síntese, 1997.

REALE JR. Miguel. **Teoria do delito**. 2.ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

- RIVERO, Jean. **Direito Administrativo**. Trad. Rogério Erhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.
- ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. **Princípios Constitucionais da Administração Pública**. Belo Horizonte: Del Rey. 1994.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **Teoria do Crime**. São Paulo: Editora Acadêmica. 1993.
- SARAIVA, Vicente de Paulo. **Expressões latinas jurídicas e forenses**. São Paulo: Saraiva, 1999.
- SILVA PEREIRA, Caio Mario. **Instituições de Direito Civil. Vol. I e II**. 8ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1986.
- TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**. São Paulo: RT. 1985.
- TOURINHO, Rita. **Discrecionalidade Administrativa. Ação de Improbidade & Controle Principiológico**. Curitiba: Juruá, 2004.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELLI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro, parte geral**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PROVA EMPRESTADA EM AÇÃO CIVIL POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Lara Peplau e Analú Librelato Longo

Promotora de Justiça/SC e Promotora de Justiça Substituta/SC

Síntese dogmática:

O texto do artigo 5º da Constituição Federal (CF), que limitou o uso de interceptação telefônica aos casos de investigação, ignorou outros bens jurídicos igualmente relevantes, citando-se, como exemplo, a higidez da Administração Pública (art. 129, inc. III, da CF), que podem ser tutelados em processo não-penais.

Havendo contraditório no processo criminal originário, identidade de partes e de fatos, é possível o uso da interceptação telefônica (Auto Circunstanciado, art. 6º, §2º da Lei n. 9296/06) como prova emprestada em ação civil pública que visa à apuração de ato de improbidade administrativa (Lei n. 8429/92).

No caso de fatos fortuitos que não constituam crimes, o Auto Circunstanciado será utilizado como indício, após cessado o sigilo, para instauração ou instrução de Inquérito Civil.

O membro do Ministério Público atuante na esfera criminal, visualizando indícios de ato de improbidade nas comunicações telefônicas judicialmente interceptadas, deve requerer ao magistrado que remeta cópia do Auto Circunstanciado ao órgão Ministerial com atribuição na defesa da moralidade administrativa.

Fundamentação

A prova emprestada é atípica, haja vista não vir regulamentada em dispositivo legal; contudo, muito embora não esteja especificada em códigos ou leis extravagantes, sua utilização é largamente aceita, tanto pela doutrina quanto pelos juízos e tribunais, desde que preenchidos certos requisitos.

Com efeito, em face da busca da verdade ou porque muitas vezes torna-se impossível reproduzir prova anteriormente colhida (v.g., testemunha que vai a óbito), admite-se o uso de prova produzida em outro feito, seja de natureza semelhante ou não, como, por exemplo, o intercâmbio entre prova do âmbito criminal para o cível, em ações de improbidade administrativa, desde que versem sobre o mesmo fato.¹

Para Moacyr Amaral Santos:

Na sua estrutura e na sua função, a prova no processo criminal é idêntica a do processo civil. **A verdade que ali a prova produz, relativamente a um fato, é a mesma que produziria no processo civil.** Por outro lado, num e noutro processo, rege-se a produção da prova pelos mesmos princípios, de tal modo, tudo que se disse quanto à eficácia da prova emprestada de um processo civil tem inteira aplicação à emprestada de um processo criminal.² (sem grifo no original).

¹ GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004, p. 795.

² SANTOS, Moacyr Amaral. Primeiras Linhas de Direito Processual, 2º vol. 18. ed. São Paulo : Saraiva, 1997, p. 367.

Guilherme de Souza Nucci define prova emprestada como:

[...] aquela produzida em outro processo e, através da reprodução documental, juntada no processo criminal pendente de decisão. O juiz pode levá-la em consideração, embora deva ter a especial cautela de verificar como foi tomada no outro feito, de onde foi importada, para saber se houve o indispensável devido processo legal. Essa verificação inclui, naturalmente, o direito indeclinável ao contraditório, razão pela qual abrange o fato de ser constatado se as mesmas partes estavam envolvidas no processo onde a prova foi efetivamente produzida.³

Analisando especificamente a escuta telefônica como prova emprestada cabe, em primeiro lugar, citar o disposto art. 5º, inciso XII, da CF, que, em respeito ao direito constitucional à intimidade e à vida privada,⁴ determinou:

Art. 5º [...]

XII – é inviolável o sigilo da 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.

Vê-se que nem mesmo a intimidade e a vida privada são direitos absolutos, pois cedem espaço quando se trata de descobrir e punir condutas ilícitas, desde que, evidentemente, sejam respeitadas as exigências constitucionais e legais. É o velho conflito entre os interesses público e privado.

Do dispositivo supratranscrito percebe-se que os primeiros limitadores à interceptação telefônica são de caráter constitucional, consistentes na exigência de decisão judicial e na finalidade da prova, ou seja, a quebra do sigilo somente pode ser decretada em feitos criminais.

Concorda-se com Grinover, Fernandes e Gomes Filho quando criticam a opção constitucional de que somente o juiz criminal esteja autorizado a determinar a escuta telefônica, aduzindo que “[...] também no processo não-penal pode haver relações controvertidas de direito material que envolvam valores relevantes”.⁵

Aliás, em outro estudo, denominado **O regime brasileiro das interceptações telefônicas**, Grinover denuncia que o texto aprovado pela Assembleia Nacional Constituinte é diverso do que fora afinal promulgado:

[...] A redação aprovada em segundo turno, no plenário, foi a seguinte: “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações de dados, telegráficas e telefônicas, salvo por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer, para fins de investigação criminal ou instrução processual.”

Foi a Comissão de Redação que, exorbitando de seus poderes, acrescentou ao texto as palavras “comunicações”, “no último caso” e “penal”, limitando consideravelmente o alcance da norma constitucional legitimamente aprovada em plenário.

Esta, da forma como o fora, permitia a quebra do sigilo – observadas a ordem judicial e a reserva legal – não apenas com relação às comunicações telefônicas, mas também às telegráficas e de dados, bem como quanto ao sigilo da correspondência; e, ademais, não restringia o objeto da prova ao processo penal, possibilitando fosse ela produzida em processos não penais.

No meu sentir, a redação restritiva do inc. XII do art. 5º da CF é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.⁶

O registro da autora pode ser comprovado pela consulta à obra **Diário da Assembleia Nacional Constituinte da República Federativa do Brasil**⁷, da qual se extrai que por 484 (quatrocentos e oitenta e quatro) votos SIM, contra 5 (cinco) votos NÃO, além de 4 (quatro) abstenções, a Assembleia Nacional Constituinte votou que deveria prevalecer a redação da Emenda 2P 01932-3, destacada sob n. 1.489, para o § 12 do art. 6º do Projeto ou § 13 do art. 6º do substitutivo. A citada Emenda 2P 01932-3, de 13/1/88, de autoria do Deputado José Guedes, possuía a seguinte redação:

³ NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. São Paulo : RT, 2004, p. 332.

⁴ A intimidade, segundo Alexandre Moraes, “[...] relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa, suas relações familiares e de amizade, enquanto vida privada envolve todos os demais relacionamentos humanos, inclusive os objetivos, tais como relações comerciais, de trabalho, de estudo etc.” (In MOARES, Alexandre. Direito constitucional. 20. ed.. atual... São Paulo : Atlas, 2006. p. 48).

⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antônio Scarance e GOMES FILHO, Antônio Magalhães. As nulidades no processo penal. 8. ed. rev. e atual. São Paulo : RT, 2004. p. 214.

⁶ GRINOVER, Ada Pellegrini. O regime brasileiro das interceptações telefônicas. Revista brasileira de ciências criminais. V. 5, n. 17, p. 113, jan./mar.. 1997.

⁷ BRASIL. Ata da 193ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte, em 3 de fevereiro de 1988. Diário da Assembleia Nacional Constituinte da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, v.2, n. 177, 4 fev. 1988. p. 6837-6939.

É inviolável o sigilo da correspondência e o das comunicações telegráficas, de dados e telefônicas, salvo neste último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal e instrução processual.

Com razão, portanto, a processualista, quando afirma que a redação restritiva do inciso XII do art. 5º da CF é formalmente inconstitucional, por vício de competência e afronta ao processo legislativo.

A informação é relevante ao presente estudo, pois, demonstra que a opção do constituinte foi a de permitir a quebra do sigilo telefônico também em processos não-penais.

A Lei n. 9296/96, que regulamentou a interceptação telefônica, como não poderia ser diferente, seguiu a restrição constitucional definindo-a meio de investigação criminal, de natureza cautelar, agregando outros três requisitos: a) que o crime a ser investigado seja apenado com reclusão; b) que existam indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal; c) que a prova não possa ser colhida por outros meios disponíveis.

A conclusão a que se chega, destarte, é que a decretação da escuta telefônica nas ações de improbidade esbarra já no primeiro requisito: o constitucional. Por outro lado, entende-se que é possível carrear o Auto Circunstanciado para tais ações como prova emprestada. Veja-se que não se trata de decretar a quebra do sigilo em procedimento civil, mas, sim, de utilizar nesta esfera prova produzida em total consonância com a normativa constitucional e infraconstitucional atinente à matéria.

Recorde-se que o direito fundamental protegido pelo sigilo das comunicações telefônicas é a intimidade. Daí se conclui que dois interesses entram em choque e um deles deve prevalecer: interesse social relevante em punir o ímprobo, realizando efetivamente a justiça, e o interesse individual em proteger a intimidade e a "honra" de particulares ou agentes públicos envolvidos na prática de atos ofensivos à moral da Administração Pública.

A nosso ver, não há qualquer dúvida, a moralidade administrativa é o valor que deve preponderar, porque coletivo, e não a expectativa particular dos investigados em manter sua intimidade protegida.

Na doutrina, autores como Ada Pellegrini Grinover⁸ e Nelson Nery Júnior⁹ admitem a transposição do material obtido por meio da interceptação telefônica como prova emprestada em ações civis por ato de improbidade administrativa, cujos requisitos são:

a) Identidade de partes

A identidade de partes deve se concentrar na parte requerida, a fim de ser resguardado o direito a contraditar aquela prova.

Quanto a este aspecto, os tribunais, reiteradas vezes, decidiram pela admissão desta prova em processos disciplinares, reforçando o entendimento de que a identidade de partes deve ocorrer no pólo passivo do processo ou do procedimento.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Mandado de Segurança n. 7024/DF, cujo relator foi o Ministro José Arnaldo da Fonseca, assentou:

MANDADO DE SEGURANÇA. ADMINISTRATIVO. MINISTRO DE ESTADO DA JUSTIÇA. POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS. DEMISSÃO. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. ATO DE COMPETÊNCIA DO MINISTRO DE ESTADO. DELEGAÇÃO DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE. REVOLVIMENTO DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. DILIGÊNCIA. NEGATIVA FUNDAMENTADA. ART. 156, § 1º DA LEI Nº 8.112/90. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. REQUERIMENTO NOS TERMOS LEGAIS - PROCEDIMENTO CRIMINAL. OBEDIÊNCIA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA.

[...]

A interceptação telefônica foi requerida nos exatos termos da Lei nº 9.296/96, uma vez que os impetrantes também respondem a processo criminal.

Ordem denegada.¹⁰

⁸ [...] É que, observado o requisito de a pessoa contra quem se pretenda aproveitar a prova, produzida em processo anterior, ter participado deste processo como sujeito do contraditório, a transferência é, em regra, possível. Suponha-se, então, que, num processo civil, alguém invoque a prova produzida em processo penal anterior, entre as mesmas partes (v.g., vítima e acusado, ou Ministério Público e acusado), resultado de interceptação telefônica lícita. Será o caso, por exemplo, de processo-crime em que se apurem fatos relevantes para a dedução da pretensão relativa às sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de improbidade (Lei 8.429, de 02.06.1992). Poderá, em casos como esse, ter eficácia a prova emprestada, embora inadmissível sua obtenção em processo não-penal? Penso que sim. E, concordo, aqui também, com a posição sugerida por Barbosa Moreira. O valor constitucionalmente protegido pela vedação das provas ilícitas, no caso das interceptações telefônicas, é a intimidade. Rompida esta, legitimamente, em face do permissivo constitucional, nada mais resta a preservar. Seria uma demasia negar-se a recepção do resultado da prova assim obtida, sob a alegação de que estaria sendo obliquamente vulnerado o comando constitucional. Ainda aqui, mas uma vez, deve prevalecer a lógica do razoável. GRINOVER, op. cit., p. 125-126.

⁹ [...] entendemos ser admissível a produção da prova obtida lícitamente (porque autorizada pela CF) para a investigação criminal ou instrução processual penal, como prova emprestada no processo civil. A natureza da causa civil é irrelevante para a admissão da prova. Desde que a escuta tenha sido determinada para servir de prova direta na esfera criminal, pode essa prova ser emprestada ao processo civil. NERY JÚNIOR, Nelson. Princípios do processo civil na Constituição Federal. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 1996, p. 159-160.

¹⁰ Disponível em <<http://www.stj.gov.br/SCON/>>, acesso em: 23 de maio de 2007.

b) Respeito ao contraditório

Para o uso da interceptação telefônica como prova emprestada, é imprescindível que tenha havido o contraditório na esfera criminal.

Atente-se para o fato de que no caso da interceptação telefônica, “em face da natureza cautelar (assecuratória da prova) da ordem de interceptação”¹¹ o contraditório é diferido, ou seja, somente após a gravação e transcrição possibilitar-se-á ao investigado ou acusado o direito de impugná-la e oferecer contra-prova.

A Lei n. 9.296/96 não faz referência expressa ao momento em que o contraditório poderá ser exercido pelas partes. Entretanto, é no incidente de apensamento, previsto no art. 8º, quando os autos da diligência são apensados aos do inquérito ou processo criminal, o momento em que a defesa:

[...] poderá levantar a questão da licitude ou ilicitude da prova e, neste caso, pedir seu desapensamento. Poderá discutir a idoneidade técnica da operação de interceptação, a autenticidade da prova documental, a própria identificação da voz. Nele poderá surgir a necessidade de perícias, a serem acompanhadas pelas partes, em contraditório pleno, tudo de acordo com o disposto no art. 383, parágrafo único, CPC, segundo o qual a reprodução mecânica (como a fotográfica, fonográfica ou de outra espécie, a teor do *caput* do dispositivo), quando impugnada em sua autenticidade, impõe ao juiz a realização do exame pericial.¹²

Registre-se que, muito embora o art. 8º diga que o apensamento ocorrerá imediatamente antes do relatório ou da conclusão do processo ao juiz para o despacho decorrente do disposto nos arts. 407, 502 ou 538 do CPP, com razão Grinover, Fernandes e Gomes Filho, quando afirmam que o contraditório deve ser permitido tão logo “se considere que o conhecimento do resultado da diligência não importará em prejuízo ao prosseguimento das investigações ou do processo [...]”, até porque “[...] após o apensamento, não pode haver sigilo para as partes, e muito menos para a defesa”.¹³

c) Identidade de fatos

Discute-se, no âmbito criminal, o que fazer quando a interceptação fornece às autoridades indícios da prática de outros fatos, distintos daqueles que estavam sendo investigados e, muitas vezes, apenados com detenção.

Chama-se esta ocorrência de encontro ou conhecimento fortuito de fatos, o que é comum na atividade investigativa, a exemplo do cumprimento de mandado de busca e apreensão de substância entorpecente, em que a polícia encontra arma de fogo e a apreende.

Sobre os fatos fortuitos, veja-se a manifestação do Ministro Joaquim Barbosa, na “Operação Anaconda”:

Resolvida essa primeira questão, enfrente a segunda tese do impetrante. Sustenta ele que a prova produzida pelas escutas telefônicas é ilícita, na medida em que os supostos fatos criminosos imputados ao paciente se tornaram conhecidos de forma fortuita, estranha, portanto, ao objeto das investigações que autorizaram as interceptações telefônicas.

Também não acato essa causa de pedir. Com efeito, as interceptações telefônicas realizadas na “Operação Anaconda” tiveram, conforme exposto, o objetivo de apurar suspeita de envolvimento de policiais federais e magistrados em práticas delituosas, notadamente a venda de sentenças.

Foi por meio das conversas mantidas entre o ora paciente e um de seus co-réus, CÉSAR HERMAN RODRIGUEZ (fls. 45-48), que se descobriu o possível envolvimento daquele na organização criminosa.

Repita-se: o objeto das interceptações era justamente o suposto envolvimento de magistrados em atos de corrupção. E quais são os fatos que o Ministério Público atribuiu ao paciente? O primeiro foi a participação em interceptação telefônica ilícita em favor, supostamente, de amigo do paciente. O segundo diz respeito à falsa declaração do local onde se encontraria determinada quantia de moeda estrangeira, o que, em princípio, seria de interesse para a comprovação de outros fatos relativos à “Operação Anaconda”.

Assim, não há nada que possa tornar ilícita a prova produzida. O objetivo daquelas interceptações telefônicas não está dissociado dos crimes supostamente cometidos pelo paciente, não se podendo falar em conhecimento fortuito de fato em tese criminoso, estranho, portanto, ao objeto das investigações.

Pelo contrário, o objetivo das investigações era apurar o envolvimento de policiais federais e

¹¹ Idem, p. 121.

¹² GRINOVER, FERNANDES e MAGALHES FILHO, op. cit., p. 227-228.

¹³ Op. cit., p. 227.

magistrados em crimes contra a Administração. Ora, consoante narra a denúncia, essa apuração teria ocorrido por meio da gravação de conversas entre o paciente e o co-réu CÉSAR HERMAN RODRIGUEZ, também investigado¹⁴. (sem grifo no original)

É importante ter em mente que fatos fortuitos são aqueles que destoam totalmente do objeto investigado.

A discussão existente na esfera penal é relevante porque a transposição da interceptação telefônica para uma ação de improbidade somente será possível quando essa for considerada lícita.

Dessa forma, no presente estudo, a aludida identidade de fatos nada mais significa do que a exigência de que os fatos descobertos por meio da interceptação telefônica encontrem subsunção simultaneamente nos tipos penais e na Lei de Improbidade Administrativa.

Neste sentido, o alerta de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves:

Não obstante, deve-se estar atento, conforme alertado pelos autores indicados, às hipóteses nas quais a interceptação telefônica é produzida a ou maliciosamente em processo criminal, restando claro que o seu escopo é a instrução do inquérito civil ou da ação civil por improbidade administrativa. Isto pode ocorrer, exemplificativamente, relativamente a condutas ímprobas que não encontrem correspondência na esfera criminal, o que ocorre em muitas hipóteses de violação de princípios (art. 11 da LIA) ou mesmo quando a pretensão punitiva estatal já estiver extinta ao tempo da produção da prova no crime, por prescrição por exemplo.¹⁵

Em se tratando, então, de fatos fortuitos, a prova emprestada não poderá, por si só, ser utilizada para comprovar uma conduta que não tenha tipificação penal, ainda que encontre amparo em algumas das formulações genéricas ou específicas dos artigos 9º, 10 e 11 da Lei n. 8429/92, sendo lícito, contudo, que a prova do ato se dê por outros meios, servindo o Auto Circunstanciado como indício hábil à instauração de Inquérito Civil ou reforço de indícios e provas já existentes.

Para que haja a transposição, é necessário que o juiz do âmbito criminal envie o Auto Circunstanciado ao membro do Ministério Público com atribuição para atuar na defesa da moralidade administrativa. Por outro lado, cumpre ao Promotor de Justiça criminal, visualizando indícios de atos de improbidade nas comunicações telefônicas judicialmente interceptadas, solicitar ao magistrado que remeta cópia do Auto Circunstanciado ao órgão Ministerial atuante na Promotoria de Justiça de combate à improbidade administrativa.

Conclusão

Conclui-se, portanto, que:

- a) o texto do artigo 5º da Constituição Federal (CF), que limitou o uso de interceptação telefônica aos casos de investigação, ignorou outros bens jurídicos igualmente relevantes, como a higidez da Administração Pública (art. 129, III, da CF), que podem ser tutelados em processos não-penais;
- b) havendo contraditório no processo criminal originário, identidade de partes e de fatos, é possível o uso da interceptação telefônica (Auto Circunstanciado, art. 6º, §2º, da Lei n. 9296/06) como prova emprestada em ação civil pública que visa à apuração de ato de improbidade administrativa (Lei n. 8429/92);
- c) no caso de fatos fortuitos que não constituam crimes, o Auto Circunstanciado será utilizado como indício, após cessado o sigilo, para instauração ou instrução de Inquérito Civil;
- d) o membro do Ministério Público atuante na esfera criminal, visualizando indícios de ato de improbidade nas comunicações telefônicas judicialmente interceptadas, deve requerer ao magistrado que remeta cópia do Auto Circunstanciado ao órgão Ministerial com atribuição na defesa da moralidade administrativa.

¹⁴ Disponível em

¹⁵ Idem p. 798-799.

A RELAÇÃO ENTRE INÉRCIA JUDICIAL E FALTA DE EFETIVIDADE DAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS NA ÁREA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

ESTUDO DE CASO NA COMARCA DE ILHÉUS/BAHIA

Karina Gomes Cherubini, Ediene dos Santos Lousado

Promotoras de Justiça/BA

Síntese Dogmática

O presente trabalho, que tem por objetivo demonstrar a falta de efetividade das ações civis públicas na área de improbidade administrativa, na Comarca de Ilhéus(BA), no período de 1996-2007, foi realizado a partir de estudo de caso, utilizando-se como fonte o banco de dados existente na 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus, consulta ao SAIPRO¹ e ao cartório da Vara da Fazenda Pública².

Inicialmente idealizado para verificar a evolução da Promotoria Especializada em Direitos Difusos e sua recepção pelo Poder Judiciário da Comarca de Ilhéus, tomou corpo próprio, já que o grave comprometimento da efetividade das ações civis públicas, ocasionado pela falta de audiências e de julgamentos do Poder Judiciário e constatado nas áreas do meio ambiente e consumidor, em nada se comparava às geleiras do esquecimento em que foram introduzidas as ações de improbidade administrativa.

A partir da análise dos dados, irá ficar demonstrado que o Ministério Público do Estado da Bahia promoveu a defesa do patrimônio público e da probidade administrativa, através do aforamento das ações cabíveis. Sua função institucional foi cumprida, já que, cabe recordar, a Lei de Improbidade Administrativa não admite transação, de sorte que, obrigatoriamente, o *Parquet* deve submeter a questão ao Poder Judiciário, não podendo valer-se da resolução extrajudicial do conflito.

Porém, a missão constitucional dos julgamentos cabe ao Poder Judiciário e se esta não se realiza reiteradamente, sobretudo em um tipo específico de ação civil pública, há mais do que falta de desincumbência de dever, há negativa de prestação jurisdicional frente ao direito subjetivo público de defesa da probidade administrativa.

Ficou comprovado, pelo estudo, que a criação de Promotorias de Direitos Transindividuais ou especializadas tem repercussão positiva na quantidade de ações civis públicas aforadas, ampliando a busca da tutela aos bens difusos. No entanto, qualquer tipo de ação civil pública, notadamente as ações que combatem improbidade administrativa, só tem efetividade se for julgado. Sem a prestação jurisdicional, há notória perda da efetividade das ações civis públicas. E por mais paradoxal que possa ser, a falta de julgamento das ações, ao invés de ser cobrada do Poder Judiciário, passa a repercutir negativamente na imagem do *Parquet* perante ele próprio e perante a sociedade.

Ainda que a situação possa não estar sendo repetida em outras comarcas, quiçá seja caso único na Bahia e no Brasil, constata-se que a ação civil pública contra ato de improbidade e os demais instrumentos legais colocados à disposição para defesa do patrimônio público e moralidade administrativa, só terão efetividade se houver envolvimento dos diversos operadores ou atores sociais, em atuação interinstitucional, desde a sociedade civil, passando pelos legitimados ativos até atingir-se e motivar-se, imprescindivelmente, o Poder Judiciário, conclamando-o aos julgamentos tão esperados.

¹ Sistema de consulta processual do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, disponível no domínio www.tj.ba.gov.br.

² Consultas ao Saipro até 28-07-2007 e pesquisa em cartório até a data de 23-03-2007.

Fundamentação

1. Introdução

A sociedade precisava de mecanismos legais que lhe permitissem proteger o patrimônio público e cobrar dos seus administradores probidade e zelo no trato dos seus bens. Embora desde as décadas de cinquenta e sessenta já existissem remédios processuais, no âmbito cível, para o cidadão ingressar em juízo contra agentes públicos por enriquecimento ilícito, tais medidas eram restritas ao ressarcimento ao erário do que lhe foi tirado, sem que existissem outras sanções. Por outro lado, o cidadão, por si só, não tinha meios de investigação para apurar o dano e a sua extensão, o que levava muitas vezes à improcedência da ação popular por falta de provas.

A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92), seguindo o caminho que lhe foi traçado pela Constituição de 1988, veio ocupar o espaço legislativo da norma de eficácia limitada prevista no artigo 37, § 4º daquela Carta. Partindo dessa nascente, o objeto da lei é a tutela da probidade administrativa, através do atendimento aos princípios consignados no *caput* do artigo 37, quais sejam, de *legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência*. Nesse contexto, o legislador outorgou ao Ministério Público e às pessoas jurídicas interessadas (que tenham tido o patrimônio público lesado) a legitimidade para a propositura de ação civil, pelo rito ordinário, com a finalidade de obter reparação do dano ao erário e/ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente e/ou perda da função pública e/ou suspensão dos direitos políticos.

Feitas tais observações, necessárias ao entendimento do tema proposto, segue-se o estudo da falta de efetividade das ações civis públicas para a defesa da probidade administrativa na comarca de Ilhéus (BA), ocasionada pela ausência de julgamentos pelo Poder Judiciário local.

Notadamente a partir do ano de 1996, o Ministério Público em Ilhéus colheu provas e ajuizou ações na Vara da Fazenda Pública da Comarca, tendo como objeto a prática de atos de improbidade administrativa, com ou sem prejuízo ao erário público. Entretanto, se por um lado, os meios de comunicação divulgam as ações ajuizadas pelo *Parquet* contra os gestores públicos, por outro são desconhecidos os desfechos dos processos, até porque, na maioria das vezes, ao menos em Ilhéus (BA), durante o período da pesquisa, sequer houve audiências nas ações de improbidade administrativa, quanto mais falar-se em julgamentos. Essa inércia e sua relação com efetividade das ações civis públicas é que será analisada neste trabalho.

2. A Improbidade Administrativa e a Inércia Judicial em Ilhéus

As ações movidas contra agentes públicos, ainda que não estejam mais vinculados à administração pública, são processadas e julgadas pela Vara da Fazenda Pública da Comarca onde ocorreu o ato de improbidade administrativa, pelo critério do local do dano, prescrito na Lei n.º 7.347/85. Por conseguinte, aquelas varas especializadas, que já se achavam sobrecarregadas, ganharam uma atribuição a mais: o julgamento dos processos de improbidade administrativa. Tais processos, pela sua natureza política, vez que a maior parte das ações são movidas contra detentores de cargo eletivo, ou que já ocuparam tais cargos (como Prefeitos e Vereadores), são os mais polêmicos em trâmite nas Varas da Fazenda Pública, de modo geral, por preverem, dentre outras sanções, a perda dos direitos políticos, culminando na inelegibilidade do agente público causador do dano ao erário ou que tenha infringido princípios constitucionais que velam a administração pública.

Com efeito, alguns juízes se sentem intimidados a proferirem decisões que culminem na perda de mandato de cargo eletivo, ou na inelegibilidade de alguns políticos. Exemplo claro foi o julgamento da Reclamação n.º 2138, proposta pela União Federal perante Supremo Tribunal Federal, com o intuito de preservar a competência originária daquela Corte para julgar ação de improbidade aforada pelo Ministério Público Federal contra o então Ministro de Estado de Ciência e Tecnologia, Ronaldo Mota Sanderberg. Na data de 13-06-2007, a reclamação foi julgada procedente, por seis votos a cinco, ocasionando a extinção da ação de improbidade administrativa atribuída ao ex-ministro.³

Na Bahia, comenta-se que o Tribunal de Justiça habitualmente reforma as sentenças de procedência, o que se “justifica” em face da sua ligação histórica com oligarquias políticas, comandadas por lideranças comprometidas na manutenção do poder a qualquer preço. Daí, em adotando posicionamento contrário ao entendimento do Tribunal, além de ter sua decisão reformada, o juiz de primeiro grau fica em situação desconfortável, a despeito do seu dever de levar justiça com imparcialidade.

E é nesse contexto que a improbidade administrativa ficou excluída da apreciação judicial, na Comarca de Ilhéus, no período de 1996 a 2006, como se fosse matéria irrelevante para a sociedade. Ainda que o fosse, o juiz não pode deixar de julgar os processos que se acham na esfera de sua competência. Como afirmado por J.J. Calmon de

³ 13/06/2007 - 20:10 - STF julga procedente reclamação e extingue ação de improbidade administrativa atribuída a ex-ministro. <http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=235673&tip=UN&param=>. Captura em 14-06-2007.

Passos, “*sentir-se injustiçado é experimentar carência de algo de que se necessita e de que se foi privado*”⁴ Assim, a injustiça da inércia do judiciário – que não julga – não é menor que a dilapidação do patrimônio público, já que também é uma forma de negar-se atendimento ao direito subjetivo público, entendendo-se este como uma forma consciente da sociedade organizada exigir que o Poder Judiciário responda às suas demandas⁵.

A omissão do Poder Judiciário no julgamento dos processos de improbidade administrativa em Ilhéus é um fato observado objetivamente nos livros do Cartório da Vara da Fazenda Pública e no seu sistema de consulta processual eletrônico (SAIPRO). Verifica-se, *in casu*, que das ações ajuizadas pelo Ministério Público em face da Lei nº. 8.429/92, nenhuma logrou sentença. Por evidente, outras ações foram ajuizadas pelo Ministério Público a partir de 1996, tendo como objeto matéria diversa daquela tutelada no diploma legal referido, e, por seu turno, obtiveram julgamento final, até favorável. Podemos concluir, portanto, que a matéria objeto das ações ajuizadas é determinante da destinação de cada processo, no que se refere ao andamento regular ou paralisação.

Conquanto a Vara da Fazenda Pública em Ilhéus também tenha competência para processar e julgar ações de natureza cível, incluindo-se, aí, alimentos, família, investigação de paternidade, execuções diversas, etc, observa-se que as que têm por objeto a apuração de improbidade administrativa são minoritárias. Por conseguinte, do universo de ações em curso naquela Vara, apenas quarenta e nove são em defesa do patrimônio público, tendo por base a Lei nº. 8.429/92. Parece-nos estranho que tais ações estejam aguardando julgamento, algumas há mais de sete anos, enquanto outras mais recentes – com objetos diversos e não tão relevantes para a sociedade – já tenham sido sentenciadas.

2.1- Ações por Improbidade Administrativa ajuizadas pelo Ministério Público a partir de 1996

No banco de dados da Promotoria Especializada, o registro de ações ajuizadas com base na Lei nº. 8.429/92 principia do ano de 1996. Tem-se pesquisa anterior⁶, efetuada nos livros do Cartório da 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública de Ilhéus, indicando o aforamento de ações de improbidade no ano de 1993 (uma), 1994 (duas), 1995 (quatro), 1996 (três), 1997 (duas), 1998 (quatro), 1999 (duas) e 2000 (seis), totalizando 24 ações. Contudo, para esta tese partiu-se do registro existente no Ministério Público da Bahia, formado a partir de ações de que teve vista e de que detém cópia da petição inicial.

Os registros consignados no quadro abaixo refletem a iniciativa do Ministério Público na busca da defesa do patrimônio público,:

ano	númerode ações	julgamentos	ano	númerode ações	julgamentos
1996	01	Sem julgamento	2004	05	Sem julgamento
1998	02	Sem julgamento	2005	05	Sem julgamento
2000	01	Sem julgamento	2006	19	Sem julgamento
2001	07	Sem julgamento	2007	05	Sem julgamento
2002	01	Sem julgamento			
2003	02	Sem julgamento	TOTAL	49	

Observa-se, assim, que nos primeiros anos foi tímida a atuação do Ministério Público, até mesmo em face da instrução dos inquéritos civis, que exigem tempo e conhecimento da matéria. Por outro lado, os anos seguintes marcaram um número maior de ajuizamento de ações, até porque, a sociedade, informada da existência da Promotoria Especializada e mais esclarecida sobre os mecanismos de combate à improbidade administrativa, sobretudo, através da mídia, passou a levar ao *Parquet* material de investigação, representações, documentos e provas testemunhais. Além disso, como notoriamente ocorre na política, o Prefeito eleito sempre encontra inúmeras provas desfavoráveis ao ex-prefeito, geralmente seu adversário, encaminhando-as ao Ministério Público, fato que acontece em ano de mudança de governo.

Destarte, o ano de 2001 demonstra um número bastante diferenciado de ações ajuizadas, fato creditado à implantação da Promotoria Especializada em Direitos Difusos, Coletivos e Individuais Homogêneos, onde se insere a atribuição de apuração de improbidade administrativa. Pode-se afirmar, a partir dos dados, que com a criação de uma Promotoria voltada aos chamados direitos de terceira geração, tornou-se mais eficaz a atuação ministerial, com todo o aparelhamento voltado às investigações específicas de determinados fatos.

⁴ Direito, Poder, Justiça e Processo, julgando os que nos julgam, Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 60.

⁵ BASTOS, Aurélio Wander, *Conflitos Sociais e Limites do Poder Judiciário*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 240.

⁶ LOUSADO, Ediene Santos. *A inércia do Poder Judiciário no julgamento dos processos de improbidade administrativa na Comarca de Ilhéus*. Monografia apresentada ao Professor Luciano Oliveira, como exigência da disciplina de Sociologia Jurídica no Curso de Mestrado em Direito Público pela UESC-UFPE, 2001.

Entretanto, ao exemplo do Ministério Público não se seguiu o do Judiciário, que não se estruturou para atender às demandas sócio-coletivas. Essa estrutura não é restrita ao aparelhamento cartorial, mas, sobretudo, à independência de cada magistrado. Embora estejamos tratando do caso isolado de Ilhéus, comenta-se que em toda a Bahia existe uma “tendência” natural para esquecer-se dos processos de improbidade administrativa nas prateleiras empoeiradas dos cartórios, aguardando julgamento. O que causa irrisignação – por se caracterizar injustiça – é que o lapso de esquecimento chega a superar sete anos, como ocorre na Vara da Fazenda Pública de Ilhéus.

Ademais, a inércia judicial é um ponto de desestímulo ao trabalho do Ministério Público. Promotores e comunidade sentem-se sem incentivo na tutela do patrimônio público. Ao Judiciário cabe a decisão, e não há dissenso em relação à sua última palavra. Aliás, o que se pretende é, justamente, a última palavra, pois desta caberão recursos às instâncias superiores, ainda que se tenha que passar pelo Tribunal de Justiça da Bahia para atingir o STJ e o STF. Mas sem a tão esperada última palavra do magistrado, as ações que o Ministério Público investigou e preparou, ficam sem rumo; o patrimônio público, dilapidado, órfão, enquanto a sociedade, desacreditada das instituições, passa a responsabilizar o Parquet local pela ausência de providências, comparando-o, em termos de eficiência, seriedade e confiabilidade, ao de outras comarcas onde foi lograda a obtenção da tutela jurisdicional.

2.2 A situação processual na Vara da Fazenda Pública de Ilhéus e a paralisação dos processos de Improbidade Administrativa

Na Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ilhéus estão em tramitação mais de 5.000 (cinco mil) processos. A equipe de apoio consiste em oito serventuários, sendo dois oficiais de justiça, um escrivão, um subscritor e quatro escreventes.

Esteve sob o comando de uma juíza, com experiência de dez anos de carreira, sendo três deles na Vara da Fazenda Pública, até o ano de 2002. A Vara ficou sem juiz titular, só vindo a ser provida no final de 2003. A nova juíza foi removida no final de 2004, ficando a Vara novamente sem titular até 2006. Tanto a promoção como a remoção ocorreram sem a realização de julgamento de ações de improbidade.

Outro dado, mais grave, pode ser acrescido. Com a mudança na Lei nº 8.429/92, com a redação dada pela Medida Provisória nº 2.225-45, de 04 de setembro de 2001, passou a ser exigida a notificação prévia do demandado, antes do recebimento da ação civil pública por ato de improbidade. Sem o recebimento da inicial, não se pode afirmar que o agente público está sendo processado, apenas que contra ele existe uma ação aforada, com relação processual não triangularizada.

Assim, cumpria ao membro do Poder Judiciário após 2001, ao menos, determinar a notificação prévia do demandado e se pronunciar, no sentido de receber ou não a ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Nem isso foi feito.

Após período sem juiz titular, a 2ª Vara Cível e da Fazenda Pública passou ao comando de uma juíza substituta, ainda em estágio probatório, egressa do recente concurso realizado pela Magistratura. Somente então foi percebida movimentação processual nos feitos de improbidade administrativa, em que pese ter recebido todos os feitos de improbidade administrativa aforados na época das magistradas antecessoras, todos sem julgamento e a maioria deles sem qualquer providência, composta cada autuação somente pela petição inicial e o inquérito civil ou procedimento administrativo. Determinou a magistrada a notificação prévia dos demandados e recebeu, expressamente, a primeira ação civil pública por ato de improbidade, que tem o nº 975867-5/2006, na data de 14-05-2007.

O comprometimento da juíza com sua missão constitucional pode ser evidenciado por outro dado concreto. Foram marcadas as primeiras audiências em ações civis públicas da história da 2ª Vara da Fazenda Pública de Ilhéus, no período estudado – 1992-2007⁷. Embora ainda não sejam audiências referentes a ações de improbidade, a mudança de postura da magistratura local – pelo menos dessa representante do Poder Judiciário – deve ser retratada.

Saliente-se que a situação da Vara da Fazenda Pública, em Ilhéus, não é tão diferente das demais em número de processos e de recursos humanos. Dessa forma, não se pode imputar a uma situação genérica, como falta de serventuários ou condições de trabalho, o fato de alguns processos permanecerem paralisados. Ademais, há um fator, no mínimo curioso para a paralisação processual: todos são movidos pelo Ministério Público, em face de Improbidade Administrativa praticada por agentes públicos. Logo, o óbice que impede o julgamento destas ações não parece ser oriundo de condições operacionais.

O quadro abaixo revela o número de processos julgados no período de 1997-2001, separando-se pela natureza das ações. Em relação ao ano de 2001, os números são parciais, correspondentes apenas ao primeiro semestre do ano. Todos os dados foram obtidos no Cartório, em consulta ao Livro de Registro de Sentenças. Não separamos sentenças com julgamento de mérito ou sem julgamento de mérito, porque o objetivo cinge-se ao desfecho processual, independente da natureza da sentença.

⁷ Feitos nº 401258-1/2004, 365316-8/2004 e 415413-3/2004.

QUADRO Nº 02

Natureza da ação	Nº de sentenças p/ ano					Nº de processos
	1997	1998	1999	2000	2001	Conclusos para sentença em 2001
Separação e divórcio	101	85	93	110	40	13
Alimentos	38	34	25	40	09	09
Investigação de Paternidade	12	10	04	16	02	33
Execuções diversas	95	103	120	151	52	132
Improbidade Administrativa	-	-	-	-	-	26
Diversas	21	14	25	33	16	12

É interessante observar-se que até 2001 havia uma regularidade no número de sentenças proferidas pela magistrada, registrando-se que em relação aos processos de alimentos, separação e divórcio, a grande maioria das sentenças era proferida em audiência. Convém explicar que tais sentenças, em geral, são apenas homologatórias de acordos celebrados pelas partes, inexistindo questões de grande indagação, ou que requeiram estudo mais aprofundado. Também em relação aos processos de investigação de paternidade, a ciência tem facilitado o trabalho do direito, vez que a perícia médica, especialmente através dos testes de D.N.A., antecipam o teor da sentença. De igual sorte, os processos de execução são padronizados, recebendo também sentenças padronizadas. Em processos diversos, tem-se as ações cautelares, guarda, tutela, busca e apreensão, etc., cujas sentenças também são simples, sem grandes questionamentos jurídicos.

As ações de Improbidade Administrativa, em sua maioria, não requerem a produção de provas em audiência, tratando-se de comprovação eminentemente documental. Por outro lado, a matéria tratada em tais processos possui amplo tratamento doutrinário, e o texto da Lei de Improbidade Administrativa é de fácil interpretação, sendo poucas as questões polêmicas. Seu diferencial é a fase de defesa preliminar, anterior ao recebimento da própria ação. Ultrapassado esse momento, segue o rito ordinário, onde, normalmente deveria ocorrer o julgamento antecipado da lide. Efetivamente, até o ano de 2002, muitos dos processos que apuravam improbidade administrativa foram colocados em conclusão para sentença sob argumento da desnecessidade de produção de outras provas. Estranha-se, portanto, que processos prontos para julgamento fiquem sem sentença até o corrente ano.

A paralisação dos processos de Improbidade Administrativa, antes da chegada da atual Magistrada, é fato reconhecido pelos serventuários da Vara da Fazenda Pública de Ilhéus. Aliás, eles foram também grandes colaboradores para aquela situação, já que nenhuma prioridade concederam a tais feitos. Os mandados de citação e intimação foram extraídos após meses do despacho da magistrada, o que não ocorria, tão significativamente, com outra classe de processo. E esta situação foi praticamente constante no período da pesquisa de campo. De igual sorte, o oficial de justiça demorava para localizar partes facilmente encontráveis, e até o Ministério Público, cuja intimação deveria ser pessoal, era chamado a manifestar-se nos autos somente através de publicação no Diário Oficial, o que desconsiderava sua prerrogativa de intimação pessoal. Observe-se, por oportuno, que em todas as demais ações com intervenção do *Parquet*, sua intimação era realizada de forma pessoal, inclusive na Vara da Fazenda Pública.

Para ilustração, apontamos a situação detalhada das ações por ato de improbidade, atualizada pelo SAIPRO até a data de 16-08-2007, esclarecendo que não se declina da situação de todas, neste trabalho, em função da limitação de tamanho da tese. Cabe consignar que, no mês de junho de 2007, a nova Magistrada mudou sensivelmente o quadro, movimentando quarenta e seis ações civis públicas, entre elas, as de improbidade. Foram repassados ao Oficial de Justiça vinte e cinco mandados de citação e intimação, sendo que destes, dezessete eram para notificação para apresentação de defesa preliminar em feitos de improbidade. Seis processos de improbidade foram conclusos, enquanto três outros foram para publicação. Abriu-se vista ao Ministério Público em duas ações de improbidade, ficando outra em aguardo de prazo. Por fim, houve o segundo recebimento formal de ação civil pública por ato de improbidade administrativa, no feito nº 393166-1/2004⁸.

⁸ R2cpess Agência de Notícias, Ilhéus (BA), 25 de junho de 2007, A Justiça pisou no acelerador. Disponível em: < http://www.r2cpess.com.br/modules.php?name=News&new_topic=30>, acesso em 19 de agosto de 2007.

	Nº do feito	Réu	Objeto	Situação pelo Saipro
01	98000661-3Novo nº 607036-1/2005	Ex-Prefeito	Contratação sem concurso de Servidores	05-01-05. Ofício expedido
02	20011219-1Novo nº 1549562-4/2007	Ex-Prefeito	Idem	08-01-03. Pilha do oficial de Justiça. 11-07-07 - Mandado juntado. Armário ações civis públicas.
03	20011220-9Novo nº 1418652-3/2007	Ex-Prefeito	Idem	12-01-07. Mandado juntado. 05-06-07. Conclusos na sala de audiências. Mandado juntado.
04	20014575-3Novo nº 365399-8/2004	Ex-Prefeito	Idem	09-09-05. Contestação apresentada. 29-06-07. Publicado pelo DPJ06-07-07. Manifeste-se o MP sobre a contestação. Inclua-se o Município no pólo ativo
05	20014576-1Novo nº 419689-2/2004	Ex-Prefeito	Idem	27-07-04. Juntada petição do autor. 06-07-07 Publicado. Incluir Município no pólo ativo. Oficiar Município para informações.
06	20014608-2Novo nº 429163-6/2004	Ex-Prefeito	Dação de Títulos	27-12-01. Processo autuado. 06-07-07 Publicado. Incluir Município no pólo ativo. Oficiar Município para informações.
07	20025693-1Novo nº 576541-7/2004	Agente Público Estadual	Enriquecimento ilícito	14-05-07. Mandado. Expeça-se. 04-06-07. Mandado expedido. Armário do Oficial .
08	20034880-3Novo nº 464536-3/2004	Agente Público Municipal	Quebra de sigilo bancário	15-09-06. Publicado no DPJ. Mesa de (...). 11-07-07. Mandado juntado. Armário ações civis públicas
09	20036778-7Novo nº 338546-8/2003	Vereadores	Verba de Gabinete	04-10-04. Informações prestadas. 05-06-07. Conclusos sala de audiências
10	390209-6/2004	Ex-prefeito e agente público municipal	Improbidade-desvio de finalidade-tributo	31-05-06. Juntada petição réu. Concluso. 25-05-07. Vista ao Ministério Público.
11	393166-1/2004	Ex-secretário Municipal	Certidão de interesse de seu escritório.	21-06-06. Defesa prévia apresentada. Concluso. 04-06-07. RECEBIDA A AÇÃO DE IMPROBIDADE. Ordenada contestação. 18-06-07. Conclusos sala de audiência.
12	467841-6/ 2004CAUTELAR	Ex-prefeito e agente público municipal	Liberação de Verba para o Esporte	29-08-06. Mandado expedido. Armário do. Oficial.

13	464536-3/2004(Principal da 467841-6/2004)	Ex-prefeito e agente público municipal	Liberação de Verba para o Esporte	15-09-06. Publicado no DPJ. Mesa de (...)11-07-07. Mandado juntado. Armário ações civis públicas
14	404023-9/2004Nº original na 4ª Cível20028488	Ex-prefeito	Enriquecimento Ilícito. Contrato sem cumprimento.	29-08-06. Mandado expedido. Armário do Oficial. 05-06-07. Conclusos sala de audiência.
15	668730-2/2005	Ex-prefeito, vereador e terceiro.	Casa de Amparo-liberação de verbas	29-08-06. Mandado expedido. Armário do Oficial. 11-07-07. Mandado juntado. Armário ações civis públicas.
16	678150-2/2005	Ex-Prefeito e ex-secretário municipal	Sem Licitação-Creche Dom Eduardo	28-02-07. Promoção do Ministério Público pedindo recebimento da inicial. Defesas já apresentadas. 19-06-07. Mandado expedido. Pilha do oficial.
17	751506-8/2005	Ex-secretário municipal, agente público municipal e terceiro.	Limpeza dos cemitérios por contrato sem licitação.	29-08-06. Mandado expedido. Armário do Oficial. 14-06-07. Réu citado. Na pilha contestação
18	813956-1/2005	Agente público estadual	Demora nos laudos do DPT	08-09-05 - Juntada petição autor. Conclusos. 11-07-07. Mandado juntado. Armário ações civis públicas.
19	871014-9/2005	Ex-prefeito.	Contratações por prazo determinado	28-12-06. Aguardando providências. Notifique. Mesa de (...)06-06-07. Mandado de notificação expedido.
20	975867-5/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Contratação irregular de Manoel Fagundes	14-05-07. Mandado. Expeça-se. RECEBIMENTO DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Determinada citação. 18-07-07. Ofício expedido pelo malote.
21	975937-1/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Contratação irregular de Arnaldo.	08-08-06. Carga ao advogado. 18-06-07. Publicação no DPJ. Para o autor se manifestar sobre as contestações.
22	999028-1/2006	Ex-prefeito.	Falta de pagamento a servidores	10-03-06. Autos conclusos. 20-07-06. Notificação para defesa prévia. 09-07-07. Na pilha aguardando contestação
23	999024-5/2006	Ex-prefeito e terceiros	Locação do Chevy e outras irregularidades	10-03-06. Inicial para despachar. 09-07-07. Na pilha, aguardando contestação
24	1016670-4/2006	Ex-prefeito e terceiros	Fotocópias sem licitação – fragmentação de despesas	23-02-07. Concluso ao juiz. Com resposta dos réus. 05-06-07. Vista ao MP para falar das contestações.
25	1025450-1/2006	Ex-prefeito	Falta de repasse dos duodécimos em dez/2004	18-07-06. Mandado juntado. Réu citado. Pilha. 18-06-07. Publicação. MP falar da contestação.

26	1061088-6/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Contratação Irregular de Wallace e outros	04-07-06. Mandado. Expeça-se. Mesa de (...) para expedir Mandado. 18-07-07. Manifeste-se a autora sobre a contestação. Publicação no DPJ
27	1065119-0/2006	Ex-prefeito e terceiros	Ausência de licitação transportes	07-03-07. Mandado juntado. Na caixa civil pública. 06-06-07. Mandado expeça-se. Expediente de máquina.
32	1084434-9/2006	Ex-prefeito e terceiros.	Auxílio a entidade sem prestação de contas.	15-09-06. Publicado no DPJ. Notifique-se. Mesa de (...).05-06-07. Mandado expedido. Pilha do oficial.
33	1116053-9/2006	Prefeito, vereador e agente público municipal.	Cooptação de Vereador mediante propina	15-10-06. Publicado no DPJ. Notifique-se. Mesa de (...) para fazer mandado. 05-06-07. Expedido mandado.
34	1132283-8/2006	Ex-secretário municipal.	Uso indevido de verba de adiantamento	27-10-06. Publicado DPJ. Notifique. Mesa de (...).12-07-07. Autos vista ao MP.
35	1244769-4/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Contratação irregular	23-02-07. Publicado pelo DPJ. Despacho para notificação prévia. 05-06-07. Expedido mandado notificação. Armário do oficial.
36	1244764-9/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Contratação irregular	21-02-07. Despacho do Juiz. Notifique-se. Mesa de (...).17-07-07. Aguardando resposta.
37	1244755-0/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Idem	21-02-07. Despacho do juiz. Notifique-se. Mesa de (...).05-06-07. Expedido mandado notificação. Armário do oficial.
38	1275357-6/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Idem	23-02-07. Publicado pelo DPJ. Despacho para notificar. 05-06-07. Expedido mandado notificação. Armário do oficial.
39	1272063-8/2006	Ex-prefeito e ex-secretário municipal.	Idem	10-11-06. Autos conclusos. Inicial para despachar no gabinete. 19-06-07. Mandado expedido. Pilha do oficial.
40	1321043-8/2006	Ex-secretário municipal	Uso de servidor para fins particulares	19-12-06. Mandado expedido. Mandado na pilha do oficial. 11-06-07. Conclusos.
41	1339271-3/2006	Ex-prefeito e Prefeito atual.	Contratações irregulares em vigência	09-02-07. Publicado pelo DPJ. Notifique-se. 05-06-07. Mandado de notificação expedido. Pilha do oficial.

2.3- O crescimento do número de ocorrências de prática de improbidade administrativa na Comarca de Ilhéus

A inércia da justiça no julgamento dos processos de improbidade administrativa não é um fato isolado, pois gera conseqüências na administração pública. É que, sabendo que sua conduta não é objeto de nenhuma sanção jurídica, o agente público sente-se à vontade para agir em desacordo à moralidade e legalidade administrativas. Logo, o crescimento de Inquéritos Cíveis na Promotoria de Justiça Especializada de Ilhéus tem sido bastante significativo assim como o número de ações civis públicas contra ato de improbidade administrativa.

Evidentemente, nem todas as denúncias encaminhadas à Promotoria de Justiça são procedentes, já que as brigas político-partidárias motivam acusações algumas vezes infundadas. Todavia, quando a improbidade administrativa refere-se ao desvio de verbas resultantes de convênios celebrados entre o município e órgãos estaduais e federais, o Tribunal de Contas ou os próprios órgãos que repassam os recursos encaminham representação ao Ministério Público, apresentando as provas referentes ao assunto. Outrossim, são também inúmeros os casos de irregularidades em licitações, cujas representações são apresentadas pelas empresas preteridas, e a análise do processo de licitação, pela Promotoria de Justiça, confirma os fatos denunciados. Assim, o número de inquéritos cíveis arquivados em face da inexistência de provas são ínfimos em relação aos que motivam a preparação de Ação Cível Pública e seu ajuizamento perante o Poder Judiciário.

Atualmente encontram-se em tramitação na 8ª Promotoria de Justiça de Ilhéus quarenta e cinco procedimentos administrativos para apurar supostas práticas de atos de improbidade administrativa. Desde sua instalação, foram instaurados cento e dez expedientes e finalizados sessenta e cinco, através de declínio de atribuição para o Ministério Público Federal e outras Promotorias de Justiça, arquivamentos e posterior remessa ao Conselho Superior do Ministério Público para homologação, além do aforamento das ações civis públicas.

Verifica-se, portanto, que a partir de 1999 houve um crescimento em percentuais superiores a 100% (cem por cento) no número de procedimentos administrativos ou inquéritos cíveis instaurados pela Promotoria de Justiça Especializada. Tal fato só pode ser imputado à crença de impunidade, vez que o agente público sabe que o Ministério Público investiga e até consegue as provas necessárias, mas não terá uma sentença para confirmar seu trabalho. Por outro lado, há uma grande reincidência na prática de atos de improbidade administrativa, inclusive de mesma tipologia, como, por exemplo, a dispensa indevida de licitação ou a contratação irregular de servidores, sem concurso público, que acentua, ainda mais, o efeito negativo gerado pela inércia do Poder Judiciário.

3- Considerações Finais

A cultura jurídica brasileira tem assimilado com indiferença a inércia do Poder Judiciário no tratamento de questões relacionadas à Improbidade Administrativa. Tal fato pode ser verificado nas inúmeras ações ajuizadas pelos Promotores de Justiça de todo o país, inclusive em São Paulo, onde o ex-Prefeito Celso Pitta, malgrado provas irrefutáveis do desvio de dinheiro público, foi afastado e reconduzido ao cargo pelo próprio Poder Judiciário. Por outro lado, são muitas as ações que se arrastam, sem nenhuma prioridade na instrução ou julgamento.

Na Comarca de Ilhéus o fato é alarmante porque nunca houve nenhum julgamento de agente público pela prática de atos de improbidade administrativa. Conquanto o Tribunal de Justiça da Bahia possa não confirmar as sentenças prolatadas pelo juiz de primeiro grau, em algumas comarcas do Estado os magistrados cumprem sua função independente da vontade do Tribunal. Entretanto, em Ilhéus há uma prioridade aos demais processos, inclusive sem interesse social, em detrimento daqueles que têm como partes políticos, seja em exercício de cargo eletivo ou não.

Na verdade, há os que defendem o Poder Judiciário, sob a alegação de que houve uma ampliação dos direitos coletivos, sem que houvesse capacitação de pessoal para atendimento da demanda. Ora, o mesmo argumento poderia ser utilizado pelo Ministério Público, além do que a sociedade não pode pagar o preço da ausência de organização administrativa de um Poder que tem a função constitucional de aplicar a Justiça. Seria o que Aurélio Wander Bastos define como crise política do Poder Judiciário, onde sua fragilização estaria conduzindo para um processo entrópico. O próprio autor afirma que *"no quadro de crise política, o que o Poder Judiciário precisa é reconhecer os seus próprios limites e programar as suas reformulações, tendo em vista as suas tradicionais competências, os efeitos residuais dos fatos sociais novos, os fatos consuetudinários que necessitam de proteção legal, as próprias relações sociais juridicamente desprezadas, o envolvimento judicial nos conflitos em processo de complexificação e, especialmente, o seu papel nos conflitos de poderes."*

Evidentemente, há necessidade também de renovação dentro da própria magistratura, seja em atitudes, ou nos quadros. O Tribunal de Justiça da Bahia, por exemplo, necessita de urgente renovação, inclusive para que haja uma desvinculação dos seus desembargadores aos atuais e antigos líderes políticos. Não se quer julgamento político. Quer-se julgamento. Indicativo de que a renovação dos quadros pode repercutir em atitudes mais aguerridas e em consonância com a missão constitucional está na postura que principia a ser adotada pela nova magistrada (nova na Vara, na carreira e até em idade).

Por outro lado, a existência de uma crise no Poder Judiciário é indiscutível. Em Ilhéus, essa crise traz sérios danos ao erário público, vez que não julga aqueles que retiram do patrimônio público o que deveria ser aplicado na saúde, educação, moradia, etc. Ademais, permite que os agentes ímprobos continuem a candidatar-se ao exercício de mandato eletivo ou a ocupar outros cargos públicos, vez que só a sentença transitada em julgado tem o condão de suspender-lhes os direitos políticos, tornando-se inelegíveis por determinados períodos, que variam de três a dez anos, a depender da natureza do ato de improbidade.

A gravidade maior da inércia judicial é a sensação de impunidade que transmite aos agentes, incentivando-os à continuidade na dilapidação do patrimônio público. Por outro lado, deixa o Ministério Público também em situação de descrédito frente aqueles que representaram pela apuração do fato motivador da ação.

E o Ministério Público, ressalte-se, tem sido um grande instrumento popular na consolidação da democracia. O texto constitucional vigente atribuiu-lhe novas funções e instrumentos que respondem a graves problemas emergentes da sociedade e da democracia contemporâneas (SALLES, 1999:178). A sociedade organizada e desorganizada credita-lhe confiança na apuração dos desmandos praticados pelos agentes públicos, e a inércia do Poder Judiciário pode representar também perda daquela confiança.

De qualquer forma, cabe ao Ministério Público denunciar a omissão do Poder Judiciário à sociedade, infrutíferos os pedidos de andamento dos processos e as comunicações à Corregedoria-geral de Justiça, inclusive através da Procuradoria-geral de Justiça do Estado da Bahia, até o ano de 2007. Ademais, a realização deste trabalho tem também por escopo a sua apresentação à magistrada, para que tome conhecimento da posterior publicação, inclusive nos meios de comunicação, o que, acreditamos e almejamos, sirva de agradecimento e estímulo ao trabalho que iniciou de movimentação dos processos paralisados.

Por fim, reportamo-nos a Norberto Bobbio, que parafraseando Kant, defendeu que *“um sinal premonitório não é ainda uma prova. É apenas um motivo para que não permaneçamos espectadores passivos e para que não encorajemos, com nossa passividade, os que dizem que ‘o mundo vai ser sempre como foi até hoje; estes últimos contribuem para fazer com que sua previsão se realize’, ou seja, para que o mundo permaneça assim como sempre foi. Que não triunfem os inertes!”* (1992:140).

Conclusões:

- I. Ainda que a Lei nº 8.429/92 confira legitimidade ao Ministério Público para as ações de reparação de dano por improbidade administrativa, a proteção ao patrimônio público não é dever isolado dessa instituição. É dever das próprias pessoas jurídicas interessadas e do próprio Poder Judiciário, como julgador do conflito.
- II. A efetividade da Lei de Improbidade Administrativa depende das ações intentadas pelo Ministério Público ou dos demais legitimados, mas necessita, sobretudo, da atuação do Poder Judiciário no julgamento das medidas propostas, eis que tais questões, por força de lei, não comportam transação, tornando-se imprescindível a solução judicial do conflito.
- III. O julgamento das ações de improbidade serve como forma de prevenção, já que a sanção e o próprio processo têm caráter educativo, além de repressivo. Ao contrário, a ausência de julgamentos acarreta, além da perda da efetividade das ações civis públicas, a impunidade dos agentes públicos ímprobos, o estímulo às atividades ilícitas e a falta de ressarcimento ao erário (se for o caso).
- IV. A existência de um controle *on-line* do andamento processual, desde que efetivamente utilizado pelo Magistrado e pela Corregedoria do Tribunal de Justiça para vigilância e cobrança, quanto ao cumprimento dos despachos, decisões e sentenças, pode refletir na aceleração da instrução e julgamento de ações civis públicas e conseqüente resposta à sociedade.

A POSSIBILIDADE DE FORMALIZAÇÃO DE TERMO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA EM MATÉRIA RELACIONADA À IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fabrício José Cavalcanti

Promotor de Justiça/SC

SÍNTESE DOGMÁTICA

O membro do Ministério Público pode formalizar termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, desde que não disponha sobre as sanções do artigo 12, da LIA, pois a vedação do §1º, do artigo 17, do mesmo diploma legal, não é absoluta.

FUNDAMENTAÇÃO

O presente trabalho está inserido no âmbito do subtema "II – Áreas Cíveis e Especializada – O Ministério Público repensando o papel do custos legis. A Tutela dos interesses difusos coletivos e individuais homogêneos em busca da Efetividade dos Direitos Fundamentais", cujo item 72, do Regimento Interno do XVII Congresso Nacional prevê o título: "Possibilidades e limites de negociação em sede de Termo de Ajustamento de Conduta".

Como se sabe, a grande vantagem do firmamento de termos de compromisso de ajustamento de conduta é a sua característica jurídica de título executivo extrajudicial, o que equivale afirmar ser desnecessário que o representante do Ministério Público tenha que intentar ação ordinária e evita, assim, o processo de conhecimento, este, na maioria das vezes, demorado e complexo.

Este instrumento é novel no Direito pátrio, mas que atualmente é amplamente utilizado, em todo o país, sobretudo pelos representantes do Ministério Público.

Ele surgiu como inovação na Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e Adolescente). Prevê o artigo 211: **os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, o qual terá eficácia de título executivo extrajudicial.**

Posteriormente, com a edição da Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor), em seu artigo 113, alterou a Lei nº 7.347 (Lei da Ação Civil Pública), onde restou inserido o §6º, do artigo 5:

...§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.

Embora possa parecer um acordo mútuo, a verdade é que o causador do dano é quem se ajusta, comprometendo-se em adequar sua conduta às exigências legais.

Por outro lado, o órgão público legitimado, o que é o caso do Ministério Público, não se obriga a nada, somente, de forma implícita a não propor ação civil pública, pelo fato apurado.

Aliás, Hugo Nigro Mazzilli¹ esclarece:

Embora tenha o caráter necessariamente consensual, o compromisso de ajustamento não tem nem a natureza contratual, típica do Direito Privado, nem chega a ser propriamente uma transação de Direito Público. Trata-se, antes, de concessão unilateral do causador do dano, que acede em ajustar sua conduta às exigências legais, sem que o órgão público que toma seu compromisso esteja a transigir em qualquer questão ligada ao direito material, até porque não o poderia fazer, já que, em matéria de interesses trasindividuais, o órgão público legitimado e o Estado não são titulares do direito lesado.

¹ MAZZILLI. Op. Cit. p.362.

Ao contrário, pois, de uma transação vera e própria do direito civil, na qual as partes transigentes fazem concessões mútuas para terminarem o litígio, já na área dos direito transindividuais temos o compromisso único e exclusivo do causador do dano (compromitente), que acede voluntariamente em ajustar sua conduta de modo a submetê-la às exigências legais, sob cominações ajustadas no próprio termo (objeto). De sua parte, o órgão público legitimado que toma compromisso (compromissário), não se obriga a conduta alguma, exceto, como decorrência implícita, a não agir judicialmente contra o compromitente em relação àquilo que foi objeto do ajuste, enquanto este venha a ser cumprido, exceto se sobrevier alteração da situação de fato (cláusula *rebus sic stantibus* implícita), ou se o caso envolver interesse público indisponível.

Os legitimados para tomarem compromisso de ajustamento de conduta são os previstos no artigo 5º, da Lei nº 7.347/85 e no artigo 82, da Lei nº 8.078/90, ou seja, Ministério Público, União, Estados, Municípios e Distrito Federal, bem como órgãos públicos, ainda que sem personalidade jurídica, desde que especificadamente destinados à defesa de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Cabe esclarecer, no caso do Ministério Público ser o tomador do compromisso de ajustamento de conduta, uma vez que celebrado o acordo será encerrado o inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar e consequentemente arquivado, deverá ser o mesmo submetido à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, o qual homologará ou não (art. 9º, § 1º, da LACP).

Vale lembrar, ainda, o legislador deu ao termo de compromisso de ajustamento de conduta natureza jurídica de título executivo extrajudicial, o que induz afirmar que em hipótese de descumprimento de suas cláusulas desnecessário será propor ação de conhecimento, e, sim, a deflagração da competente ação de execução, conforme a natureza da obrigação.

Por sua vez, em uma análise direta ao que prevê a Lei nº 8.249/92, em seu artigo 17, § 1º, pode-se cogitar ser completamente inviável a formalização de termo de compromisso de ajustamento de conduta em casos relacionados com improbidade administrativa, em face da vedação de transação, acordo ou conciliação nesta matéria.

Art. 17. A ação principal, que terá o rito ordinário, será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar.

§ 1º É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput

O dispositivo em questão é plenamente justificável, pois estamos diante de interesses indisponíveis, como a probidade administrativa e o patrimônio público, os quais não podem ser transacionados.

Entretanto, durante o inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar, desde que não haja configuração de evidente má-fé por parte do agente público, nem se cogite em dispor sobre as sanções do artigo 12, da Lei anticorrupção, o Ministério Público poderá sim utilizar-se de termo de compromisso de ajustamento de conduta.

Segundo Suana Henrique da Costa²:

Na verdade, uma leitura mais atenta do art. 12, da LIA, responde a essa pergunta. Lá estão previstas uma série de sanções restritivas de direitos e pecuniárias ao agente ímprobo. Percebe-se, portanto, que a Lei de Improbidade Administrativa prevê não somente a tutela aos interesses por ela tratados, mas também, a punição do réu, nos casos de procedência da demanda. Estão em jogo, portanto, nas ações de improbidade, não somente questões referentes aos interesses metaindividuais do patrimônio público e da probidade administrativa, mas também o direito de punir do Estado. O direito de punir do Estado, por sua vez, segundo nosso ordenamento jurídico, somente se efetiva mediante decisão judicial, não havendo espaço para acordo entre as partes. Trata-se de espécie de jurisdição necessária...

Assim, nas demandas de improbidade, mesmo que o agente supostamente ímprobo concorde com a aplicação das sanções de improbidade, não é possível o acordo, sendo necessária a existência de processo judicial e da sentença condenatória.

O raciocínio acima desenvolvido, porém, não vale para o ressarcimento do dano ou para a devolução da quantia indevidamente percebida pelo agente ímprobo. Isso porque eventual condenação do réu ao ressarcimento ou a devolução de quantias não configuram sanções, mas sim decorrência natural da aplicação das regras de responsabilidade civil. Destarte, tais condutas podem ser ajustadas em sede de compromisso de ajustamento, pois dispensam a tutela jurisdicional nos casos em que hajam acordo entre as partes, não se tratando de hipótese de jurisdição necessária.

² COSTA, Suzana Henrique (coordenação). Comentários à Lei de Ação Civil Pública e Lei de Ação Popular. São Paulo: Quartier Latin, 2006, p. 424.

Como se observa, a vedação do §1º, do artigo 17 da LIA, não é absoluta, o que autoriza o Ministério Público a formalizar termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, desde que não disponha sobre as sanções do artigo 12, da LIA.

Nesse sentido Mazzili³ assevera:

Como dissemos, a Lei de Improbidade Administrativa vedou, expressamente, a transação nas ações de responsabilização civil dos agentes públicos em caso de enriquecimento ilícito. Com maior razão, não se há de admitir transação nos inquéritos civis relacionados com a matéria. Entretanto, deve-se ter em conta que o escopo da lei é impedir que o órgão público legitimado disponha do direito material controvertido, ou seja, que aceite receber menos do que lhe seja devido. Entretanto, a nosso ver, nada impede que, tanto na fase extrajudicial como em juízo, seja em autos de inquérito civil ou de ação civil pública, o causador do dano ao patrimônio público assuma o compromisso formal de ajustar sua conduta às exigências legais, desde que isso não importe renúncia a direitos nem dispensa de seu exercício da parte de qualquer co-legitimado ativo à ação coletiva, pois estes co-legitimados não são titulares do direito material, sobre o qual não podem transigir nem dispor.

O que se pode admitir, por exemplo, é o parcelamento de obrigações, sem dispensa de juros legais e feita a correção monetária pelos índices oficiais.

Ainda, há casos, em que não importam enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário, mas o administrador (agente público) incorreu em desrespeito aos princípios constitucionais, que podem ser resolvidos por meio de termo de ajustamento de conduta.

Mencionam-se como exemplos: situação onde um administrador municipal, por ato que não se pode afirmar como de má fé, deixa de prever determinada condição em edital de concurso público; deixa de garantir certo valor obrigatório no orçamento anual; faz publicidade irregular de órgão ou ente público; dispensa ou inexistência irregularmente processo licitatório, enfim, pode, nestes casos, atendidas as condições anteriormente narradas, desde que não disponha sobre as sanções do artigo 12º, da Lei anticorrupção, ser formalizado pelo Ministério Público termo de compromisso de ajustamento destas condutas.

Portanto, conclui-se que a vedação do §1º, do artigo 17 da LIA, não é absoluta, o que autoriza o membro do Ministério Público a formalizar termo de compromisso de ajustamento de conduta em matéria de improbidade administrativa, quando o mesmo deverá ser submetido à análise do Conselho Superior da instituição, para homologação ou não do arquivamento do inquérito civil ou procedimento administrativo preliminar.

³ MAZZILI. Op. Cit. p.394.

A SUBSIDIARIEDADE DA INTERNAÇÃO PROVISÓRIA E TRANSFERÊNCIA ESCOLAR

Frederico Augusto de Oliveira Santos

Promotor de Justiça/GO

I. EXPOSIÇÃO

O art. 122, § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), sede do princípio da subsidiariedade das medidas de privação de liberdade, dispõe que em nenhuma hipótese será aplicada a internação, havendo outra medida adequada. Embora esse dispositivo se vincule à internação definitiva na sentença, a medida de internação provisória pressupõe a mesma regra por ser instrumental à internação aplicada por meio da sentença, sem prejuízo de atender aos requisitos indicados no art. 174 do ECA.

Na perspectiva do disposto no art. 174 do ECA devem ser ponderadas as circunstâncias dos antecedentes e comportamento do adolescente como preponderantes em relação à configuração da grave repercussão social do ato infracional, notadamente quando seus responsáveis, instados pelo Ministério Público, já retiraram o agente da escola, transferindo-o para outro estabelecimento educandário. Constituinte dessa transferência medida bastante e suficiente para prevenir novas hostilidades, atenderá excelentemente ao princípio da subsidiariedade da internação provisória. Em se tratando de conceito indeterminado, não podemos mais falar em discricionariedade, sobretudo quando a interpretação da expressão grave repercussão do fato sofre o influxo do art. 122, § 2º, do ECA de modo a diluir o motivo de ordem pública sob o pano de fundo de preservação da integridade física e moral do adolescente infrator subjacente ao princípio da subsidiariedade e ao caráter sócioeducativo da internação. Logo, quando da análise do conceito indeterminado *grave repercussão social* deverá ser considerada a dinâmica de que no caso de eventual detenção do adolescente por tempo prolongado ficará comprometido seu progresso escolar, podendo de outro modo alcançar o mesmo efeito sem excluir o jovem infrator da convivência comunitária e escolar.

No tocante a excepcionalidade da internação provisória cumpre ressaltar, como expressamente já admite o direito europeu para a regra da prisão preventiva, que essa medida de constrição da liberdade deve atender ao princípio do Estado Democrático de Direito, desdobrando-se na cláusula de não-culpabilidade insculpida no art. 5º, LIII, da Constituição da República, que enuncia o princípio da subsidiariedade das providências cautelares coercitivas da liberdade. O próprio art. 80, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público, que autoriza a aplicação subsidiária da Lei Orgânica Nacional, sustenta com base no art. 26, alínea 'c', inciso V, da Lei Orgânica Nacional, a possibilidade do Ministério Público "praticar atos administrativos executórios, de caráter preparatório". Esse dispositivo seria, no direito pátrio, um sub-rogado do art. 201, VIII c/c XI, ambos do ECA correspondendo à extensão do poder geral de cautela ao processo penal, ao teor do art. 3º do Código de Processo Penal c/c arts. 798 e 799 do Código de Processo Civil.

Como matriz do poder geral de cautela, que corresponde à adoção de medidas extrajudiciais pelo Ministério Público, encontramos no direito comparado o princípio da subsidiariedade da prisão preventiva que permite a potencialização de medidas alternativas à prisão cautelar como no caso da proibição da saída da residência na hipótese de crimes afiançáveis.¹ Nesse caso, o poder geral de cautela sofrerá restrição em razão do princípio de não-culpabilidade, que enuncia que a custódia cautelar não pode ser pena antecipada, à medida que cumpre uma função processual cautelar especificada pela lei.

A medida extrajudicial de transferência escolar do adolescente infrator adotada incontinentemente pelo Ministério Público atende ao propósito de segurança das adolescentes e manutenção da ordem pública, mitigando-se a

¹ MAIA GONÇALVES, Manuel Lopes. *Código de processo penal anotado*, p. 43.

repercussão social do fato ao se afastar agente e vítima do mesmo ambiente e do círculo social de convivência estabelecido em torno da escola. Previne-se, então, a recidiva da rixa entre eles, cujo pivô muitas vezes envolve um terceiro colega. Esta solução extrajudicial de natureza cautelar responde aos desígnios sócio-educativos da Doutrina da Proteção Integral.

Ora, quando se fala em fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários como circunstância preponderante para a aplicação das medidas específicas de proteção, o art. 100 do ECA remete novamente à estratégia, que também é de cunho pedagógico, concernente ao acesso e à permanência na Escola. Essa verificação de ordem genética das medidas sócio-educativas com a educação formal, ou seja, ministrada em instituição oficial ou reconhecida pelo sistema de ensino de cada esfera de Poder, vem expressa no art. 53, V, da Lei nº 8.069/90, no qual a idéia de fortalecimento dos laços familiares e comunitários está assentado no princípio da subsidiariedade da internação provisória. À medida que se restringe a constrição cautelar tendo em vista o fomento da convivência na comunidade social e familiar onde se inscreve o indivíduo, percebe-se uma dimensão espacial do princípio da subsidiariedade em que a intervenção da instância formal de controle judicial é precedida pela inoperância do controle social dos demais círculos concêntricos: a família e a comunidade.

A Doutrina da Proteção Integral ocupa-se primordialmente da implementação de medidas protetivas específicas, além daquelas aplicáveis diretamente pelo Conselho Tutelar ao adolescente, como as previstas no art. 129 do ECA, destinadas aos pais, ao mesmo tempo em que se reporta à consciência do titular do poder familiar como aquela constante do inciso V do art. 101 do ECA, núcleo do controle social que precede ao controle exercido pela escola ou comunidade. Como se vê, a reinserção do adolescente no sistema regular de ensino, antes de ser uma medida protetiva cuja cumulação com a medida sócio-educativa não é uma mera faculdade do magistrado (ECA, art. 99), constitui condição para a eficácia das providências judiciais aplicadas na internação provisória, notadamente quanto a previsão da escolaridade pelo art. 124 do ECA. Circunstância, esta, reforçada pelo art. 113 do ECA que faz alusão aos arts. 99 e 100 também do ECA, consistente em um esforço permanente das agências de controle de se evitar a estigmatização do adolescente em situação de risco seja por força de sua condição peculiar, seja em decorrência de seus atos.

O acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo do cidadão, como expressamente prevê o art. 5º da Lei de Diretrizes e Base da Educação. Sendo um direito subjetivo do adolescente não pode ser violado caprichosamente, por exemplo, com a interrupção do ano letivo pelo interregno de 45 dias, calcado apenas na gravidade dos fatos.

Outrossim, em recente julgado do STJ – Primeira Turma, Relator Min. Humberto Gomes de Barros, referente ao Recurso Especial n. 212.961 –, originário de Minas Gerais, ficou consignado no acórdão que o Ministério Público não só é legitimado a impetrar mandado de segurança como “é competente”, isto é, tem o encargo legal de defender em substituição processual os interesses sociais e individuais indisponíveis afetos à criança e ao adolescente. Nas razões de apelo do Ministério Público mencionadas no acórdão, constou que a educação é o primeiro dos direitos sociais não apenas na enunciação da Constituição, como na ordem natural das coisas. Nesse mesmo acórdão foi assinalado como competência do Ministério Público prevista no art. 201 do ECA “zelar pelo efetivo respeito aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes, promovendo as medidas judiciais e extrajudiciais cabíveis”. Por isso, a medida extrajudicial de transferência escolar não pode ser postergada, principalmente se ao adotá-la atingi-se não só os objetivos da Doutrina de Proteção Integral como também se sobrepuja a necessidade de internação provisória como expressamente prevê o art. 122, § 2º do ECA, refletindo teleologicamente no perfil das medidas cautelares de captura e detenção provisória. Confirma-se, a propósito da transferência escolar, como providência inscrita no círculo concêntrico que delimita o âmbito periférico de incidência da internação submetido à instância formal de controle social, o disposto no art. 124, XI, do ECA:

Art. 124 - São direitos do adolescente privado de liberdade, entre outros os seguintes:
XI - receber escolarização e profissionalização;

Como se vê, direitos básicos do adolescente infrator, tais como “receber escolarização e profissionalização”, notadamente quando se verifica que a segregação da liberdade importaria no descumprimento do próprio regime de internação, quando a medida sócio-educativa de semiliberdade não se apresenta como uma alternativa para internação provisória no caso concreto, podem ser tutelados mediante uma atuação extrajudicial do Ministério Público.

Não se confunda o princípio da subsidiariedade da privação de liberdade, quando a medida de internação não estiver aperfeiçoada por irregularidade da apreensão, desafiando a pronta liberação do adolescente aos representantes legais se não tiver havido antes a intervenção judicial. A internação em situação de flagrância constitui figura complexa composta pelo ato inicial *manu militari* de captura e a apreensão. O adolescente infrator somente encontrar-se-ia sob medida de internação em razão de flagrante se da captura completar-se a apreensão com a detenção em local que atenda às exigências do art. 124 do ECA. Se o adolescente infrator não estava em nenhum alojamento dotado de ventilação e instalações sanitárias, não se pode dizer que do auto de apreensão em flagrante decorreu medida de internação, a que se refere o art. 174 do ECA. Nesse caso não se tratará de aplicação do princípio da subsidiariedade da internação, o auto de apreensão em flagrante, documentando a captura em circunstâncias que façam crer que o agente seja o autor do crime – continuou constituindo meio de prova,² desempenhando a mesma função do Boletim de Ocorrência.

Assevere-se que, tal qual a lavratura do auto ou boletim de ocorrência (ECA, art. 173, parágrafo único), o parágrafo único do art. 69 da Lei nº 9.099/95 não aboliu a possibilidade de captura do agente quando estiver na

flagrância do cometimento do delito, apenas não se lavrará o auto, mas, sim, o termo circunstanciado.³ A hipótese dos autos não é diversa daquela em que a detenção provisória, em virtude do estado de flagrância, torna coativo seu encaminhamento para a audiência preliminar, e, uma vez realizada, será o agente colocado em liberdade ou beneficiado com a concessão da liberdade provisória, conforme seja celebrada ou não conciliação ou transação.⁴ Da mesma maneira que ocorre nessa dinâmica da Lei nº 9.099/95, no ECA a captura e a detenção provisória não se convola em medida de internação provisória quando o adolescente infrator não se encontra em local assemelhado àquele previsto no art. 124 do ECA.

Nessa hipótese, deve o Promotor de Justiça entregar o adolescente infrator para os representantes legais sob termo de responsabilidade a fim de não incorrer nos crimes previstos nos arts. 232 e 234 do ECA, principalmente quando se observa que existe uma prática irregular referente a tramitação dos autos ou boletins de ocorrência, pois por força do art. 107 do ECA a “apreensão de qualquer adolescente e o local onde se encontra recolhido serão incontinentemente comunicados à autoridade judiciária competente e à família do apreendido ou à pessoa por ele indicada”, oportunidade na qual a autoridade judicial deverá examinar, desde logo e sob pena de responsabilidade, a possibilidade de liberação imediata. Se, ao contrário, antes da manifestação do Ministério Público houver intervenção judicial no caso de apreensão em flagrante de modo a avalizar o ato administrativo praticado pela autoridade policial, revestindo a decisão de caráter judicial, então deverá o Ministério Público pedir a desinternação, mesmo que a captura ou a detenção fossem ilegais (art. 107, parágrafo único, c/c art. 184). Nesse caso, a responsabilidade penal seria do juiz que prefiguraria ao Promotor de Justiça como sujeito ativo dos crimes previstos nos arts. 232 e 234 do ECA.

Adotando-se essa ordem de precedência nada impede que o Promotor de Justiça adote medida extrajudicial de transferência escolar para depois pleitear a desinternação do adolescente infrator, invocando nesse caso o princípio da subsidiariedade, pois com a aquiescência da autoridade judiciária a medida de internação legal ou ilegal se torna respaldada com ordem judicial, dependendo a liberação do adolescente infrator no contexto de controle judicial do ato de apreensão de sua ordem

II. CONCLUSÃO

Em suma, sendo adotada imediatamente medida de transferência do adolescente para outra escola ou outra cidade, revela-se desproporcional a decretação ou manutenção da internação provisória. Cumpre ao Ministério Público oferecer representação pelo ato infracional praticado, funcionando o auto de apreensão em flagrante como boletim de ocorrência, desde que o ato de apreensão não tenha sido chancelado pela autoridade judiciária e por ocasião da oitiva do adolescente seja reconhecido seu bom comportamento e a grave repercussão social não resista à eficácia sócio-educativa da medida extrajudicial considerada suficiente para prevenir novas hostilidades, atendendo ao princípio da subsidiariedade da internação, como requisito implícito do art. 174 do ECA.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E EXECUÇÃO DAS MEDIDAS SOCIO EDUCATIVAS

Mônica Louise de Azevedo

Promotora de Justiça/PR

1. INTRODUÇÃO

A experiência histórica demonstra que a privação da liberdade não é a única nem é o melhor instrumento de repressão e prevenção do desvio, em especial quando o autor do fato reprovado é um ser humano em desenvolvimento. A privação da liberdade corrompe, estigmatiza e isola o jovem do seu meio social e, da forma que é executada na grande maioria das vezes, ao invés de proporcionar as condições de recuperação e reinserção social do indivíduo punido, tão somente o torna ainda mais vulnerável ao desvio e à exclusão social. Nesta perspectiva, deve-se privilegiar a aplicação das medidas em meio aberto como resposta ao ato infracional, desde que efetivamente executadas poá partir de diretrizes comprometidas com a inserção social, escolar e familiar do jovem em conflito com a lei.

Com esta proposta de trabalho, o tema aqui exposto pretende inscrever-se como uma contribuição ao debate em torno da execução das medidas sócio-educativas, apresentando algumas idéias em torno de diretrizes construídas a partir da prática cotidiana na Promotoria de Justiça de Proteção à Infância e Juventude de Maringá, somada à anterior experiência na Central de Execução de Penas Alternativas da Comarca de Curitiba e no Juizado Especial Criminal de Curitiba.

2. DIRETRIZES PARA A ATUAÇÃO NA EFETIVAÇÃO DAS MEDIDAS SÓCIO-EDUCATIVAS EM MEIO ABERTO

2.1 Atuação integrada do Ministério Público com os órgãos executores das medidas: as equipes multidisciplinares, os Centros de Referência e os Conselhos Tutelares

A experiência demonstra que é possível ganhar agilidade e celeridade processual, bem como qualidade de atendimento aos adolescentes a partir da integração do Ministério Público com os órgãos encarregados da execução das medidas sócio-educativas, de acordo com a realidade de cada comarca.

O ideal seria a integração não apenas física dos diversos órgãos, o que já ocorre em alguns locais, onde o adolescente é atendido desde o momento em que é entregue pela autoridade policial e apresentado ao Promotor de Justiça (artigo 174 do ECA), evitando o estigma policial e carcerário, mas especialmente a integração dos ideais que devem nortear todos os envolvidos no atendimento ao jovem, dentro da proteção integral preconizada pelo ECA e em respeito aos princípios constitucionais de primazia, prioridade e preferência nas políticas públicas.

Assim, tão logo recebido o autor do ato infracional e realizada a oitiva informal, em sendo o caso de aplicar a remissão, seu imediato encaminhamento para o órgão executor da medida em meio aberto é imprescindível para a efetividade do caráter sócio educativo da medida.

Para tanto, requer-se o concurso de equipes multidisciplinares aptas a conceber, implantar, operacionalizar, fiscalizar e avaliar os programas necessários para a execução das medidas em meio aberto, em propostas individualizadas, sejam sócio-educativas, sejam de proteção, em complemento àquelas, numa ótica *interdisciplinar*, onde os profissionais colocam à disposição de outras áreas o seu saber específico, para uma prática que promova a integração social do jovem em conflito com a lei, atendendo assim aos interesses de toda a coletividade, que reside sem dúvida na constituição de uma sociedade mais justa e igualitária.

Por outro lado, essa atuação deve ser coerente com a realidade de cada município e comarca, seja a partir da rede de atendimento psicossocial existente, seja através dos Conselhos Tutelares ou equipes especialmente destacadas para este fim¹, acolhendo e integrando os jovens em suas dinâmicas institucionais, na condição de prestadores de serviços ou em liberdade assistida, através de programas individualizados de inserção escolar e capacitação profissional², etc...

Os órgãos encarregados da execução das medidas sócio-educativas devem prever, de início, critérios para o credenciamento das entidades que deverão atender os jovens, prevendo mecanismos que permitam a verificação da idoneidade da entidade, a adequação à legislação que regula o setor onde atua, bem como a disposição para assumir suas responsabilidades e investir na qualificação do jovem e sua capacitação ao mercado de trabalho e ao mundo adulto. Da mesma forma devem ser fomentadas estratégias que visem a capacitação dos dirigentes, funcionários e corpo técnico de tais órgãos, de maneira que estes possam aumentar sua compreensão acerca das medidas sócio-educativas, ampliando também a consciência da importância de seu papel nesse processo, bem como o aprimoramento dos procedimentos a serem adotados em seu trato com os adolescentes em conflito com a lei e com a comunidade.

Também importante a fiscalização da execução das medidas sócio-educativas, condição *sine qua non* para que estas atinjam plenamente seu potencial educativo e socializador, além de pô-las à salvo dos críticos que as associam à impunidade. De fato, sem uma fiscalização sistemática, contínua e rigorosa do seu cumprimento, corre-se o risco de que as medidas sócio-educativas sejam deslegitimadas, quer pela demora na resposta adequada aqueles que as descumprem, quer pela lentidão na proposição de soluções para as possíveis dificuldades de sua execução.

Desse modo, i.e., verificando-se que o ato infracional é consequência da dependência química do adolescente, que também está em situação de evasão escolar e em conflito familiar, deve ser desde logo garantido o encaminhamento para período de desintoxicação, para posterior submissão a tratamento médico e psicológico, reinserção familiar e somente após período de acompanhamento, o início da execução da medida sócio-educativa aplicada, seja em sede de remissão, seja em decorrência de sentença condenatória, tudo com a ciência e participação do Ministério Público.

2.2 Garantia da participação da família, da comunidade escolar e do mundo do trabalho na execução das medidas sócio-educativas

A participação da comunidade é fator fundamental para que a execução das medidas sócio-educativas atinjam plenamente seus objetivos. Tanto a família, como a comunidade escolar, o mundo do trabalho, os órgãos de atendimento à saúde e assistência social, todos devem estar envolvidos na execução das medidas sócio-educativas, pois a participação da comunidade aumenta a confiança e assegura o comprometimento do jovem com o cumprimento das medidas. Para o sucesso das medidas sócio-educativas em meio aberto é indispensável o apoio e a participação ativa dos grupos e indivíduos envolvidos com o jovem e interessados no seu desenvolvimento saudável na comunidade.

Se as ações necessárias à correta execução das medidas sócio-educativas forem construídas e discutidas conjuntamente – numa relação horizontal entre os corpos técnicos dos órgãos executores, as famílias dos jovens em conflito com a lei ou entidades que os abrigam, as entidades receptoras do trabalho dos jovens, a comunidade escolar, as instâncias de saúde física e mental, entre outras, com a participação do Ministério Público da área da Infância e Juventude – o sistema de justiça juvenil se apresentará como adequado como resposta à prática do ato infracional.

2.3 Atuação integrada do Ministério Público com a rede de atendimento às crianças e adolescentes, bem como a articulação com os diversos conselhos de defesa de direitos, nas três esferas de governo

Visando atingir o potencial das medidas sócio-educativas em meio aberto, faz-se necessário a atuação em rede tanto por parte dos órgãos encarregados de sua execução quanto o seu reconhecimento pelos conselhos de direitos e demais instâncias que dão efetividade aos direitos abstratamente previstos pelo ECA (saúde, alimentação, educação, capacitação profissional, entre outros), nas três esferas de governo, debatendo soluções para os problemas de comunicação, sobreposição de ações existentes e pontos de estrangulamento do sistema.

Merece destaque a articulação entre os órgãos encarregados da execução das penas e medidas alternativas com os movimentos sociais e as entidades da sociedade civil interessados na defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes e na valorização das soluções alternativas aos conflitos.

¹ Em Maringá existe o Centro de Referência Sócio Educativo que executa as medidas sócio-educativas em meio aberto, que atual com ligação direta com o Ministério Público, dando efetividade às medidas.

² Vale destacar o Programa Adolescente Aprendiz, do governo estadual do Paraná, através da Secretaria de Estado da Criança e executado em parceria com o município de Maringá.

Também importante é a produção de conhecimento em torno das medidas sócio educativas, com a participação do mundo acadêmico, com a função realimentar teoricamente os envolvidos no atendimento ao jovem em conflito com a lei (agregando qualidade às práticas desenvolvidas e possibilitando a superação dos obstáculos encontrados) e tornar visível à sociedade as vantagens do sistema sócio-educativo em comparação com o sistema penal, sem negar seus problemas e limitações. Nestas ações devem estar previstos seminários, audiências públicas, debates, participação nas diversas conferências setoriais, bem como outras atividades que estimulem a construção de um saber crítico, com a participação da sociedade, que passa a participar da reflexão sobre as medidas em meio aberto, sua potencialidade, suas vantagens em relação à privação de liberdade, bem como os desafios que ainda devem ser enfrentados, superando o estigma da impunidade e a sempre presente proposta da redução da idade de imputabilidade penal.

Esta atuação articulada torna visível à todos a existência da rede de atendimento, suas conexões e novas possibilidades, com o objetivo de construir práticas mais justas, adequadas e racionais que possam enfrentar a complexa questão da criminalidade infanto-juvenil.

3. CONCLUSÕES

Na esteira do que foi exposto até aqui, submetemos à aprovação do Congresso Estadual do Ministério Público, para posterior apresentação no XVII Congresso Nacional, as seguintes conclusões:

- 3.1 O Ministério Público deve promover a atuação integrada dos órgãos de atendimento dos adolescentes em conflito com a lei e dos órgãos executores das medidas sócio-educativas e de medidas de proteção, de acordo com a realidade social de cada comarca;
- 3.2 O Ministério Público deve fomentar a atuação de equipes multidisciplinares na execução das medidas sócio educativas e de proteção, dando efetividade ao seu caráter educativo e socializador;
- 3.3 O Ministério Público deve fiscalizar de forma rigorosa a imediata execução das medidas sócio educativas em meio aberto após sua aplicação em sede de remissão ou sentença condenatória, de maneira que seja dado efetividade ao seu potencial preventivo;
- 3.4 Ministério Público deve promover a participação da sociedade, em suas diversas instâncias de controle social – escola, família, mundo do trabalho, conselho de direitos, bem como os movimentos sociais, na execução das medidas sócio-educativas e de proteção às crianças e adolescentes;
- 3.5 O Ministério Público deve promover a atuação coordenada da rede de atendimento às crianças e adolescentes, com articulação nos diversos conselhos de defesa de direitos e nas três esferas de governo;
- 3.6 O Ministério Público deve investir na produção de conhecimento e divulgação das medidas sócio-educativas e de proteção às crianças e adolescentes.

A FAMÍLIA DO MENOR INFRATOR – ASSISTÊNCIA E PUNIÇÃO COM A FINALIDADE DE INTERRUPTÃO DE UMA CARREIRA CRIMINOSA EM SEU NASCEDOURO

Calixto Oliveira Souza

Promotor de Justiça/MG

SUMÁRIO

- 1 – Introdução**
- 2 – A necessidade de ação imediata**
- 3 – O momento adequado de se iniciar a abordagem da família**
 - 3.1 – Busca de soluções materiais**
 - 3.2 – Verificação da necessidade de medidas judiciais contra os pais ou responsáveis**
- 4 – A expectativa de resultados**
- 5 – Conclusão**

SÍNTESE DOGMÁTICA

Diante da notícia de prática de ato infracional por criança ou adolescente, deverá o Promotor de Justiça, a seu critério e observada a independência funcional, requerer a realização de estudo social ou psicossocial com a finalidade de detectar as dificuldades materiais e a necessidade de aplicação de medidas judiciais aos pais ou responsáveis, tomando, após o resultado do estudo, as iniciativas necessárias para orientar a família ou exigir do Estado eventuais direitos previstos em lei e que não estejam sendo por ela usufruídos, além da aplicação de medidas judiciais aos pais ou responsáveis para que estes passem a cumprir suas obrigações legais, sob pena de sujeitarem-se às sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

FUNDAMENTAÇÃO

1 – INTRODUÇÃO

O tema do XVII Congresso Nacional do Ministério Público – Os Novos Desafios do Ministério Público – é provocador. Instiga o participante a elevar o pensamento às mais tormentosas questões, ousando nominar os desafios a enfrentar. E um dos maiores desafios dentre aqueles que se situam na realidade diária do Ministério Público encontra-se inserido na questão do menor infrator. A matéria, registre-se, vem deixando os meios forenses para situar-se entre os mais acalorados debates sociais e legais.

Um ponto, pelo menos, pode ser considerado de consenso nesses debates: os estudos psicossociais são muito parecidos, eis que retratam, em quase sua totalidade, famílias desestruturadas. São conhecidos os casos de menores que não estudam e, se o fazem, apenas freqüentam a escola, na maioria das vezes em séries aquém de suas idades e com notas baixas, além de pais despreparados, usuários de bebidas alcoólicas ou omissos e de mães que criam sozinhas seus filhos, sem autoridade sobre eles. O objetivo do presente trabalho é o de propor a tentativa de mudança desse quadro, obviamente no que se refere aos reflexos de tais situações sobre a realidade das famílias.

A tarefa aqui proposta é árdua. Trata-se de um dos grandes desafios a ser enfrentados pelo Ministério Público.

2 – A NECESSIDADE DE AÇÃO IMEDIATA

É do conhecimento geral que grande parte dos menores comete uma infração análoga a crime isolada e não mais volta a fazê-lo; é provável que a grande maioria desses menores seja constituída de crianças e adolescentes que cometeram um deslize em vidas bem direcionadas e que continuam recebendo o apoio de suas famílias.

Há uma parcela, porém, muito significativa, que comete grandes quantidades de atos infracionais, chegando em muitos casos a dezenas de infrações; esses, em sua maior parte, não têm o respaldo de uma boa estrutura familiar.

É possível, destarte, que melhoradas minimamente as condições sociais e psicológicas da família ou exigida desta o cumprimento das obrigações pertinentes ao poder familiar, o menor venha a ser mais bem orientado e vigiado e redirecione sua vida.

As medidas, para que não se espere pelo pior, deverão ser tomadas com rapidez.

2.1 – O MOMENTO ADEQUADO DE SE INICIAR A ABORDAGEM DA FAMÍLIA

O presente trabalho propõe que o primeiro estudo da família (social ou psicossocial) seja feito logo após a apresentação da representação ou da remissão pelo Ministério Público, para a verificação da existência de motivos que tenham levado o menor a cometer o ato, seja por ausência de autoridade dos pais, falta de freqüência à escola, carência de educação em razão de falta de suprimento das necessidades básicas etc.

Detectado o problema, passa-se à fase de busca de sua resolução ou redução.

3 – A ORIENTAÇÃO E O APOIO À FAMÍLIA

3.1 – BUSCA DE SOLUÇÕES MATERIAIS

Diz o senso comum que deve-se buscar primeiro o caminho mais fácil para a solução de problemas; no caso em foco, devem ser buscadas primeiro, se necessárias, as soluções materiais previstas em lei, que não dependem de mudança de atitude nem de convencimento pela persuasão ou pela coerção.

Segundo o inciso I do artigo 129 da Lei 8.069/90, os pais ou responsáveis poderão ser encaminhados a programas oficiais ou comunitários de apoio à família, como o Bolsa Família, o Bolsa Escola, assistência médica, orientação para obtenção de vagas em escolas para os filhos, creches etc., viabilizando alguma melhora social. Obtida essa melhora, eleva-se a auto-estima da família e melhoram-se as condições para que os pais possam redirecionar suas preocupações, acrescentando à luta pelas condições mínimas de sobrevivência a educação e a retomada da autoridade.

3.2 – VERIFICAÇÃO DA NECESSIDADE DE MEDIDAS JUDICIAIS CONTRA OS PAIS OU RESPONSÁVEIS

O mesmo estudo deverá apontar a necessidade de aplicação de uma ou mais das medidas previstas nos incisos II a X do mencionado artigo 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, a ser aplicadas imediatamente após a detecção de sua necessidade. Assim, poderão os pais ou responsáveis ser convencidos ou compelidos judicialmente a freqüentar programas de tratamento de alcoolismo ou de dependência de outras drogas, a acompanhar os estudos do filho, incluindo freqüência e aproveitamento, além de ser advertidos a respeito da possibilidade de perda da guarda ou do poder familiar, que poderão eventualmente ocorrer, para o bem do filho.

Feitas as recomendações ou as determinações judiciais, passa-se ao acompanhamento da família, cientes os pais ou responsáveis de que qualquer das medidas acima mencionadas poderá ser-lhes aplicada no caso de descumprimento das obrigações afetas ao poder familiar, o que deverá efetivamente ser posto em prática, tudo na forma preconizada no Estatuto da Criança e do Adolescente.

4 – A EXPECTATIVA DE RESULTADOS

O que ora se propõe não constitui um projeto totalmente novo. Há vários exemplos de iniciativas da sociedade e do Ministério Público no sentido de se incluir o jovem, dando-lhe ocupação e lazer, inclusive com a abertura de escolas aos domingos para o lazer e cursos alternativos, todas de sucesso. A novidade consiste em dirigir novo foco às famílias que já apresentam dificuldades na criação e educação das crianças e adolescentes, buscando-lhes eventuais condições materiais negligenciadas e exigindo dos pais ou responsáveis o cumprimento de suas obriga-

ções legais. Os resultados deverão ser conhecidos em médio prazo, após as comparações entre os índices de recidiva dos menores em práticas infracionais com os de anos anteriores. Somente se obterá sucesso, porém, se houver a tentativa.

5 – CONCLUSÃO

Diante da notícia de prática de ato infracional por criança ou adolescente, deverá o Promotor de Justiça, a seu critério e observada a independência funcional, requerer a realização de estudo social ou psicossocial com a finalidade de detectar as dificuldades materiais e a necessidade de aplicação de medidas judiciais aos pais ou responsáveis, tomando, após o resultado do estudo, as iniciativas necessárias para orientar a família ou exigir do Estado eventuais direitos previstos em lei e que não estejam sendo por ela usufruídos, além da aplicação de medidas judiciais aos pais ou responsáveis para que estes passem a cumprir suas obrigações legais, sob pena de sujeitarem-se às sanções previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente.

A BUSCA E APREENSÃO NO ÂMBITO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE ¹

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática

O princípio constitucional da *prioridade absoluta* ou do “melhor interesse da criança”² (art. 227 da CF³) propicia que certas medidas protetivas no âmbito da infância e da juventude possam ser tomadas legitimamente fora dos paradigmas ortodoxos de atuação da autoridade judiciária e mesmo da autoridade administrativa (cf., p. ex., art. 136, I, c/c o art. 101, VII, e art. 153 do ECA⁴).

Introdução

A discussão levantada na presente tese girará, basicamente, em torno da aplicação do art. 153⁵ do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990 –, o qual assegura certa margem de liberdade na atuação do magistrado, nas hipóteses em que expressamente o legislador não tenha exigido o estabelecimento de procedimento próprio e/ou contraditório, cuja norma se assemelha em muito àquela do art. 1.109⁶, c/c o art. 1.111⁷ do Código de Processo Civil – Lei n. 5.869 de 11/01/1973.

Fundamentação

É muito comum, na seara da infância e da juventude, o recebimento de denúncias graves consubstanciadas em notícias anônimas, além do endereçamento ao Juízo de representações do Conselho Tutelar, envolvendo atos de maus-tratos contra crianças e adolescentes por parte de membros da família, ressaltando-se espancamentos, abusos sexuais ou a privação dos cuidados necessários.

Naqueles municípios onde haja Conselho Tutelar em funcionamento, geralmente o referido órgão é instado a agir, quer por populares, quer por familiares da vítima, de sorte que, conforme a situação concreta, o referido órgão costuma proceder diretamente ao abrigo de tal vítima, podendo ainda, eventualmente, entregá-la a alguém da família, sob termo de responsabilidade: tudo de acordo com o disposto no art. 136, I, c/c o art. 101, I e VII, da Lei n. 8.069/90.

¹ Esta tese foi aprovada em congresso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no ano de 2007.

² A expressão “melhor interesse da criança”, segundo vários autores, provém da legislação internacional, estando associada, ademais, à doutrina da proteção integral.

³ CF – Abreviatura de Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988.

⁴ ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 13/07/1990.

⁵ Art. 153. Se a medida judicial a ser adotada não corresponder a procedimento previsto nesta ou em outra lei, a autoridade judiciária poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público.

⁶ Art. 1.109. O juiz decidirá o pedido no prazo de 10 (dez) dias; não é, porém, obrigado a observar critério de legalidade estrita, podendo adotar em cada caso a solução que reputar mais conveniente ou oportuna.

⁷ Art. 1.111. A sentença poderá ser modificada, sem prejuízo dos efeitos já produzidos, se ocorrerem circunstâncias supervenientes.

É curioso notar que esse mesmo art. 101⁸, ao especificar e vincular as *medidas específicas de proteção* às hipóteses do art. 98, dentre as quais, aquela relativa à ameaça ou à violação de direitos legalmente reconhecidos à criança e ao adolescente, “por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável”, deixou implícito, ao mesmo tempo, que as medidas de natureza administrativa e que não modificarem o “status quo ante” de maneira *irremediável*, poderão ser aplicadas sem maiores formalidades por outra autoridade que não seja a judiciária, mais especificamente por membros do Conselho Tutelar.

Não é sem razão, portanto, que o legislador tenha usado no citado art. 101 a expressão “autoridade competente”, de forma a englobar nesta locução os conselheiros tutelares, devendo os mesmos serem compreendidos como “autoridade administrativa” com a missão institucional de agir direta e prontamente na proteção integral de crianças e de adolescentes cujos direitos estejam sendo violados ou ameaçados por quem quer que seja, ressalvados, obviamente, os casos de competência exclusiva da autoridade judiciária.

Tem-se como exemplo de competência exclusiva da autoridade judiciária a colocação em família substituta (art. 101, VIII, do ECA), porquanto aqui poderá haver a modificação irremediável do “status quo ante”, vale dizer, inexistirá remédio jurídico para o restabelecimento da situação anterior. É o caso da adoção – uma das formas de colocação em família substituta –, a qual, segundo o art. 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez deferida, se tornará irrevogável.

Então, a medida em causa (adoção) somente poderá ser tomada em sede de procedimento específico, em que sejam observadas fórmulas sacramentais, com destaque para a exigência de petição inicial, iniciativa de quem possua legítimo interesse, contraditório, ampla defesa e decisão proferida pela autoridade judiciária competente.

De fato, em se tratando de *medidas específicas de proteção*, os arts. 24 e 169 da Lei n. 8.069 restringem a exigibilidade do procedimento contraditório à colocação em família substituta, excluindo, tacitamente, a guarda, enquanto medida excepcional, deferida fora dos casos de adoção e de tutela.

É que tal espécie de guarda, de natureza transitória e, segundo a lei, “para atender a situações peculiares ou suprir a falta eventual dos pais ou responsável” (art. 33, § 2º, do ECA), mantém similitude com a situação prevista no art. 101, incisos I e VII, do ECA, em que, neste último caso, outra pessoa, por iniciativa do Conselho Tutelar, se encarregará transitoriamente de velar pela proteção da vítima, criança ou adolescente.

Com efeito, inexistirá aí a obrigatoriedade da observância do contraditório e da ampla defesa, assim como ocorre nos procedimentos em geral de competência do Conselho Tutelar. Sem contar que o art. 35 do Estatuto prescreve expressamente que a guarda poderá ser revogada a qualquer tempo, mediante ato judicial fundamentado, ouvido o Ministério Público⁹.

Por conseguinte, não será criada uma situação imutável para os pais ou responsável, o que fez com que o legislador tenha dispensado tacitamente o procedimento contraditório na espécie, exigindo-o apenas e de forma expressa, conforme afirmado alhures, em relação à ação de suspensão ou de perda do poder familiar, e bem assim quando se tratar de apuração de irregularidades em entidades de atendimento (arts. 191 a 193) e apuração de infração administrativa às normas de proteção à criança e ao adolescente (arts. 194 a 197).

Daí, pois, falar o legislador em “autoridade competente” (art. 101 do ECA), que tanto pode ser administrativa quanto judiciária, a depender das circunstâncias de cada momento. E mais, a regra de fixação de competência territorial de uma autoridade e outra está positivada no art. 147 da Lei n. 8.069/90.

Enfim, o Conselho Tutelar pode, legitimamente, retirar dos pais ou responsável crianças e adolescentes vítimas de sérios maus-tratos e encaminhá-los a abrigo, não exigindo o legislador, para isso, procedimento específico, tampouco a observância do contraditório e da ampla defesa, sob pena de ser inviabilizada a atuação eficaz do órgão.

A mesma lógica acima citada há de ser utilizada em relação ao juiz da infância e da juventude, consistente na possibilidade de ser determinada a busca e apreensão nos autos de *procedimento verificatório*, nos autos de *medida de providência* ou nos autos de *sindicância judicial*, cuja medida, via de regra, tem por objetivo o abrigamento de vítimas de maus-tratos, até que seja apurada a possibilidade de seu retorno ao convívio com os pais ou responsável.

⁸ Art. 101. Verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas:

- I - encaminhamento aos pais ou responsável, mediante termo de responsabilidade;
- II - orientação, apoio e acompanhamento temporários;
- III - matrícula e frequência obrigatórias em estabelecimento oficial de ensino fundamental;
- IV - inclusão em programa comunitário ou oficial de auxílio à família, à criança e ao adolescente;
- V - requisição de tratamento médico, psicológico ou psiquiátrico, em regime hospitalar ou ambulatorial;
- VI - inclusão em programa oficial ou comunitário de auxílio, orientação e tratamento a alcoólatras e toxicômanos;
- VII - abrigo em entidade;
- VIII - colocação em família substituta.

Parágrafo único. O abrigo é medida provisória e excepcional, utilizável como forma de transição para a colocação em família substituta, não implicando privação de liberdade.

⁹ A referida exigência legal se justifica pelo fato de que a modificação da medida deverá levar em conta o interesse superior da criança ou do adolescente, jamais o interesse do guardião ou dos pais.

Note-se que o magistrado poderá ainda, nos mesmos autos, deferir a guarda de que cuida o art. 33, § 2º, do ECA, com vistas, portanto, a evitar o dano maior, ou seja, a institucionalização do paciente dos maus-tratos, até que ele possa retornar ao seu lar.

Vê-se, assim, que, em princípio, a medida (busca e apreensão) terá caráter essencialmente transitório (art. 101, parágrafo único, do ECA), mesmo porque, do contrário, deverá ser proposta a ação de perda do poder familiar, conforme o caso, dando ensejo ao contraditório e à ampla defesa.

A propósito, como se sabe, é freqüente na prática e, especialmente por força de lei (art. 19 da Lei n. 8.069/90), que a criança ou adolescente submetidos à busca e apreensão sejam devolvidos à família de origem, tão logo haja a constatação da possibilidade de seu retorno ao lar, não sem antes da realização de estudos pelas equipes técnicas do Juizado.

Por outro lado, a busca e apreensão poderá estar fundamentada nas disposições dos arts. 240, § 1º, “e”, “g” e “h”, e 241, ambos do Código de Processo Penal, subsidiariamente, por força do disposto no art. 152 da Lei n. 8.069/90. Isto porque não se determina a medida sem que esteja devidamente evidenciada a ocorrência de situações deveras graves, configuradoras, em tese e paralelamente, de infrações penais. Então, cuidando-se de situação configuradora de ameaça ou de lesão a direitos de criança ou de adolescente, colocando-os na condição de pacientes de delitos, o ato em questão (busca e apreensão) passa a ser da competência do Juízo da Infância e da Juventude, por força do disposto no art. 148, IV, do Estatuto, subsidiariamente.

Não bastasse isso, o art. 153 da Lei n. 8.069/90, de forma taxativa, outorga amplos poderes à autoridade judiciária, para, ouvido o Ministério Público, investigar diretamente os fatos e adotar as providências pertinentes, dentre elas – diga-se de passagem –, a busca e apreensão, se necessária, senão vejamos:

Ementa:

MEDIDA DE PROVIDÊNCIA - MENOR - BUSCA E APREENSÃO - PROCEDIMENTO RESPALDADO NO ART. 153 DO ECA - AUSÊNCIA DE PERDA DO PÁTRIO PODER - MEDIDA DE PROTEÇÃO - DECISÃO MANTIDA. Poderá ser adotado pelo Juiz da Infância e Adolescência, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado, não estando sujeito ao princípio dispositivo, respaldado pelo art. 153 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Admite-se iniciativa do magistrado de instaurar procedimento e investigar os fatos, culminado na busca e apreensão e medida de abrigo dos menores em instituições especializadas, sem que haja perda do pátrio poder. Recurso a que se nega provimento. AGRAVO N. 000.253.875-9/00.

Tribunal de Justiça de Minas Gerais

Comarca: BELO HORIZONTE

Agravante: DALVA LEVI CRUZ – Agravado: (S) JD DA VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE BELO HORIZONTE - RELATOR: EXMO. SR. DES. KILDARE CARVALHO.

Acórdão:

(SEGREGO DE JUSTIÇA) Vistos etc., acorda, em Turma, a TERCEIRA CÂMARA CÍVEL do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM NEGAR PROVIMENTO. Belo Horizonte, 08 de agosto de 2002. DES. KILDARE CARVALHO - Relator

Fonte “on-line”: <http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/frmDocumento> [Tribunal de Justiça de Minas Gerais – 08/08/2002 (base TJMG – Inteiro Teor)] – Acesso em 13/03/2007.

Enfim, o princípio constitucional da *prioridade absoluta*¹⁰ propicia que certas medidas protetivas no âmbito da infância e da juventude possam ser tomadas legitimamente fora dos paradigmas ortodoxos de atuação da autoridade judiciária e mesmo da autoridade administrativa¹¹.

Conclusão

Na seara da infância e da juventude, a busca e apreensão de crianças e de adolescentes cujos direitos legalmente reconhecidos estejam sendo ameaçados ou violados por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável, poderá

¹⁰ Art. 227 [Constituição da República Federativa do Brasil]. 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.

¹¹ Vide, a propósito, decisões do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal estabelecendo que, apesar da separação clássica das funções estatais, o Poder Judiciário pode determinar ao Poder Executivo que assegure o atendimento em creche, em número suficiente à demanda.

ser decretada de ofício pela autoridade judiciária, ouvido o Ministério Público, nos autos de *procedimento verificatório*, nos autos de *medida de providência* ou nos autos de *sindicância judicial*, sem que para isso sejam necessárias a existência nos autos de petição inicial, bem como a instauração de relação processual (art. 153 do ECA, c/c o art. 227, “caput”, da CF, dentre outros dispositivos legais). De qualquer modo, é indispensável que, posteriormente, o(s) requerido(s) tenha(m) assegurado o contraditório e a ampla defesa, especialmente no curso na ação de perda do poder familiar, por exemplo.

Uberlândia, 27 de dezembro de 2006

Anexo

NOTAS TAQUIGRÁFICAS [do acórdão referido nesta tese]

OSR. DES. KILDARE CARVALHO

Voto:

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto por DALVA LEVI CRUZ contra decisão proferida pela MMª Juíza da Vara da Infância e Juventude de Belo Horizonte que, no procedimento verificatório ou medida de providência, determinou-se a busca e apreensão dos menores Charles Alves da Cruz e Davi Alves da Cruz, sobrinho e filho da agravante, que foram levados a instituições especializadas. Insurge-se a agravante contra a decisão, alegando que o procedimento foi iniciado através de denúncia anônima, sem petição inicial, não tendo sido instaurada a relação jurídico-processual. Aduz, ainda, que não há citação, não há contraditório e ampla defesa, requerendo assim a nulidade dos atos praticados. Por fim, menciona que a medida adequada seria a ação de suspensão do pátrio poder. Conheço do recurso, presentes os pressupostos para sua admissão. O procedimento de pedido de providência foi instaurado em razão de denúncia de que o menor Charles Alves da Cruz estava sendo utilizado por sua genitora, irmã da agravante, para a prática da mendicância na cidade de Belo Horizonte, sendo o mesmo abrigado em instituição nesta cidade. Realizado estudo social juntamente com a família do menor, apurou-se a deficiência mental dos adultos, a péssima condição de higiene na residência, sendo determinado também a medida de abrigo de outro menor, filho da agravante. Primeiramente, não vejo qualquer irregularidade no procedimento adotado. A MM. Juíza, na decisão combatida, menciona o respaldo do art. 153 da Lei 8069/90, que dispõe: “Art. 153 - Se a medida judicial a ser adotada não corresponde a procedimento previsto nesta ou em outra Lei, a autoridade judicial poderá investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias, ouvido o Ministério Público”. Comentando o referido artigo, leciona Kazuo Watanabe: “À inexistência de procedimento específico, a regra não é a da aplicação subsidiária do procedimento ordinário previsto no Código de Processo Civil. Poderá ser adotado pelo juiz, ouvido o Ministério Público, o procedimento que lhe parecer mais adequado. Por outro lado, não está ele sujeito ao princípio dispositivo na instrução da causa, não tendo aplicação estrita, no regime do Estatuto, o princípio da iniciativa das partes em matéria de prova (“*judex secundum allegata et probata patium judicare debet*”). Cabe ao magistrado adotar a iniciativa para “investigar os fatos e ordenar de ofício as providências necessárias”, como é explícito o dispositivo comentado, o que bem revela que o Estatuto perfilhou a tendência doutrinária que procura conferir ao juiz, cada vez mais, um papel mais ativo no processo. Isso conduz, por outro lado, à atenuação do formalismo processual”. (Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado, coord. Munir Cury, 3ª edição, Ed. Malheiros, p. 482). Destarte, o procedimento instaurado pela MMª Juíza encontra-se respaldado no acima transcrito, e a medida adotada, de abrigo dos menores, foi tomada tendo em vista tudo o que foi apurado pelo estudo social junto à família deles e os relatórios que atestam a necessidade de que fossem mantidos em instituições especializadas. Ainda, ressalte-se que não se trata de medida que implica em perda do pátrio poder ou mesmo suspensão deste, visto tratar-se de medida de cunho transitório, visando o bem estar e proteção dos menores. Diante do exposto, nego provimento ao agravo de instrumento. Sem custas. OSR. DES. ISALINO LISBÔA: VOTO De acordo. O SR. DES. SCHALCHER VENTURA: VOTO De acordo. SÚMULA: NEGARAM PROVIMENTO.

Data do Documento: Belo Horizonte, 08/08/2002.

Fonte “on-line”: <http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/frmDocumento> [Tribunal de Justiça de Minas Gerais - 08/08/2002 (base TJMG - Inteiro Teor) - Acesso em 13/03/2007].

EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA E IMPUTABILIDADE PENAL SUPERVENIENTE ¹

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática

É possível a extinção do processo de execução de medida de meio aberto, no âmbito da Infância e da Juventude, tendo em vista a perda da pretensão socioeducativa, no caso concreto. Isto porque não se admitem atos judiciais inócuos no curso do processo, mormente em face do dever que o juiz possui de velar pela rápida solução do litígio, e bem assim de prevenir ou reprimir qualquer ato contrário à dignidade da justiça² (art. 125 do Código de Processo Civil - Lei n. 5.869 de 11/01/1973).

Introdução

Razões de ordem prática costumam, não raro, ditar a necessidade de o Juízo da Infância e da Juventude exonerar-se do dever legal de persistir no acompanhamento de ex-adolescentes em conflito com a lei, quando a máquina judiciária muitas vezes passa a ser movimentada sem qualquer utilidade, a não ser meramente *pro forma*.

Refere-se aqui mais especialmente às situações em que o então adolescente, ao se tornar imputável por ocasião do cumprimento da liberdade assistida, por exemplo, passe a cometer crimes, inclusive com a possibilidade da decretação de sua prisão preventiva.

A propósito, os tribunais e a doutrina pátrios têm ensinado que o simples fato de o autor do ato infracional se tornar imputável não constitui motivo legítimo para a extinção da medida socioeducativa, mormente à luz do disposto no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente.

Diante disso, tem sido usual a concessão de remissão ulterior com vistas à extinção do processo de execução da correspondente medida socioeducativa, o que, em princípio, encontra óbice no art. 188,³ parte final, da referida Lei.

Fundamentação

A imposição de medida pedagógica/socioeducativa ou “protetiva” em relação a representado que tenha se tornado imputável se afigura, em certo sentido, inócua, porquanto a hipótese não mais estará a envolver a apreciação da condição peculiar de adolescente como pessoa em desenvolvimento. Isto constitui um dos fatores justificadores da imposição da medida socioeducativa, e não o seu caráter “retributivo” ou sancionatório, como querem alguns; tanto assim que o art. 121, “caput”, do Estatuto da Criança e do Adolescente condicionou que a opção judicial pela medida mais grave – a de internação –, leve em conta justamente o princípio da brevidade e da excepcionalidade da medida, o que não se coaduna com a idéia de retributividade.

Ademais, não é sem razão que o parágrafo único do art. 2º da Lei n. 8.069, de 1990 prescreve que, somente nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente o Estatuto da Criança e do Adolescente a pessoas com idade superior a dezoito anos, e até vinte e um anos, no máximo.

A propósito, um desses casos se refere à possibilidade de aplicação, em caráter excepcional, da medida de

¹ Esta tese foi aprovada por unanimidade em congresso do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, no ano de 2007.

² Obs.: tem-se como atentatório à dignidade da justiça qualquer ato que afete o prestígio e/ou a respeitabilidade da função judicial. Confira-se, à guisa de exemplo, o disposto nos arts. 599, II, e 600 do Código de Processo Civil.

³ Art. 188. A remissão, como forma de extinção ou suspensão do processo, poderá ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença.

internação até a idade de 21 anos, ficando implícito, porém, no § 5º do art. 121 do ECA⁴, a noção de que o autor do ato infracional esteja em cumprimento da medida privativa de liberdade no momento do advento da imputabilidade, sendo então posto em liberdade compulsoriamente nessa idade-limite. Tal situação, portanto, é diversa daquela em que, à guisa de ilustração, o representado esteja cumprindo a medida em meio aberto e porventura tenha que retornar a um centro de internação, por causa do descumprimento reiterado e injustificável da liberdade assistida.

Não bastasse isso, a “regressão”⁵ da medida de meio aberto para a de internação, dentre outros aspectos negativos que daí podem surgir, importará o comprometimento inexorável do trabalho pedagógico e psicoterápico de ressocialização dos adolescentes em cumprimento da medida privativa de liberdade, os quais passarão a conviver com agentes maiores, normalmente de intensa periculosidade e sem perspectivas de recuperação moral; estes últimos, portanto, agirão no sentido de corromper os seus colegas de alojamento.

É que, normalmente, não há espaço físico adequado para a necessária separação entre adolescentes e ex-adolescentes autores de atos infracionais, e bem assim em razão da natureza do ato cometido.

De mais a mais, o então adolescente que passe a cometer crimes, especialmente infrações penais graves, naturalmente estará sujeito à constrição de sua liberdade de maneira mais vigorosa, havendo assim manifesta incompatibilidade fática entre as medidas do Juízo da Infância e da Juventude e as do Juízo Criminal.

Alie-se a isso o fato de que a medida socioeducativa de internação, por força de lei, deve ser aplicada apenas em caráter excepcional e sob os auspícios da brevidade, diferentemente do que ocorre na esfera criminal, cujos princípios legais são obviamente outros. Sem contar a existência do princípio jurídico, segundo o qual, no concurso de infrações/sanções mais leves com infrações/sanções mais graves, estas últimas absorverão aquelas, de regra.

Deve-se considerar ainda que os estabelecimentos destinados ao cumprimento da medida de internação caracterizam-se, normalmente, pela precariedade de seu espaço físico, bem como em termos de recursos humanos e do efetivo cumprimento da proposta pedagógica, não bastassem as freqüentes superlotações em muitos deles. Isto faz com que somente em situações muito excepcionais a internação possa ser aplicada na prática, mesmo que haja o descumprimento reiterado e injustificável de medida anteriormente imposta em relação a agentes inimputáveis.

Noutros termos, a realidade administrativa vigente em nosso País tem determinado a prioridade da aplicação da medida privativa de liberdade em relação a jovens cuja “personalidade ainda não tenha sido formada totalmente”, de tal sorte que a extinção da execução de medidas socioeducativas em relação a ex-adolescentes tem o condão de impedir que o Judiciário seja desafiado a “regredir” medida de meio aberto, sem a menor condição material de fazê-lo efetivamente.

Ora, a falsa expectativa gerada no meio social quanto à aplicação da medida mais grave acaba ensejando o recrudescimento do sentimento de impunidade, desmoralizando assim todo o sistema de justiça e/ou de segurança pública.

Por outro lado, conforme sublinhado anteriormente, o parágrafo único do art. 2º, bem como o art. 121, § 5º, do Estatuto da Criança e do Adolescente desautorizam, “a contrario sensu”, que haja a extinção da medida socioeducativa pelo simples fato de o autor do ato infracional ter se tornado imputável.

A remissão, por sua vez, segundo o texto legal, poderá ser concedida de regra – repita-se: enquanto não houver nos autos sentença que determine a extinção ou a suspensão do processo; neste último caso, para o cumprimento da medida socioeducativa imposta pelo Juízo (art. 188 do ECA).

Por conseguinte, quando se mostrar sem qualquer utilidade a persecução dos objetivos estratégicos da medida socioeducativa aplicada em meio aberto, isto é, a prevenção da reincidência, o fundamento para a extinção do correspondente processo de execução estará irremediavelmente ligado ao perecimento da pretensão socioeducativa, no caso concreto.

Essa situação assemelha-se em muito àquela da lei nova – considerada como capaz de rescindir sentença judicial com trânsito em julgado -, já que, num caso e noutro, fatos relevantes, supervenientes, determinam nova direção ao processo de execução em curso contra alguém.

Diga-se de passagem que esse raciocínio está consubstanciado, analogicamente, no enunciado da Súmula 611 do Supremo Tribunal Federal⁶, o qual autoriza que, na fase de execução, sentenças condenatórias transitadas em julgado possam ser rescindidas em benefício do réu e, indiretamente, em favor da sociedade, contanto que isso decorra de fatos supervenientes relevantes, consubstanciados em lei nova. Então, não será a falta de norma expressa na legislação consolidada que impedirá a extinção do processo em hipóteses tais.

Conclusão

É possível a extinção do processo de execução de medida de meio aberto, no âmbito da Infância e da Juventude, tendo em vista a perda da pretensão socioeducativa, no caso concreto.

Uberlândia, 04 de janeiro de 2007

⁴ ECA – Abreviatura de Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069, de 1990.

⁵ Muitos autores condenam a utilização da palavra “regressão” de medida no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, uma vez que tal vocábulo está associado a instituto próprio da Lei de Execução Penal – Lei n. 7.210 de 1984 -, não se coadunando, assim, com o espírito do referido Estatuto, o qual, no campo sancionatório, diz respeito a pessoas inimputáveis. Então, deve-se utilizar a expressão “substituição/revogação de medida” (cf., p. ex., arts. 99 e 118, § 2º da Lei n. 8.069 de 1990).

⁶ Súmula 611. Transitada em julgado a sentença condenatória, compete ao Juízo das execuções a aplicação de lei mais benigna. Em DJUSTF DE 29/10/1984.

A MATERIALIZAÇÃO DO ESTATUTO ATRAVÉS DA GARANTIA DO DIREITO À EDUCAÇÃO DE QUALIDADE

Maria Cristina Rocha Pimentel

Promotora de Justiça/ES

I. Justificativa

Para se refletir sobre educação, tema esse muito divulgado na mídia, mas pouco aplicado na prática, exponho sugestões para debate, através das práticas desenvolvidas no dia-a-dia, com o fito de materializar o Estatuto da Criança e Adolescente e a garantia de uma educação de qualidade.

Para que isso ocorra realmente, é preciso buscar essa garantia através da aplicação atenta da legislação, que está sempre a nossa disposição.

Essa educação de qualidade tão desejada por todos, vêm dispor através das leis, normas, portarias, etc. aos Órgãos Públicos, por seus gestores e membros do Ministério Público, por atribuição do cargo, uma verdadeira política pública e social favorecendo, não só aos alunos, mas aos profissionais da educação e magistério, e por via conseqüente, aos pais e responsáveis, além de toda a comunidade de entorno da escola.

II. Introdução

Partindo da pura e simples caracterização da palavra Educação, que pode ser entendida como instrução, ensino, doutrinação, catequização ou propriamente educação, acreditamos em seu sentido duplo, ensejando ida e volta de conhecimentos, emoções, dedicação e esperança.

A Educação de qualidade é um desafio, tanto para nós Promotores de Justiça com atribuições na área da Educação e Infância e Juventude, quanto para os Gestores e todos os envolvidos na rede, cujo centro está a Escola.

III. A Educação de ontem x hoje

Fazendo um breve passeio pelas Constituições de nosso País, a Constituição Federal de 1824, considerava o "ensino primário" dever do Estado, sem dar qualquer explicação ou indicação de como faria isso. A de 1934, a educação passou a ser tratada como algo que se exigisse responsabilidade e aplicação da União, do Estado e dos municípios, o que na época, não significou em democracia.

Aliás, naquela época, o Brasil estava passando por mudanças que necessariamente exigiam maior escolaridade da mão-de-obra. Entendia-se que lavradores não precisavam saber nada que a escola formal podia lhes dar para auferir lucros ao seu patrão, operários necessitavam de um pouco mais de escolaridade formal, nem que seja para não estragar as máquinas dos patrões. A União era incumbida em traçar as diretrizes da educação nacional, afirmando que a educação era direito de todos e dever da família e dos poderes públicos.

A Constituição Federal de 1937 coloca a educação sob a responsabilidade da família, entrando o Estado como colaborador. Seu interesse era apenas o de assistencialismo do governo populista, com alvo na colaboração às famílias numerosas. É aqui que se inclui no currículo escolar a Educação Física, o Ensino Cívico e o de trabalho (art. 131 da C.F/37).

Em setembro de 1946, foi aprovada a versão final da nova Constituição do Brasil, cuja base foi a Constituição de 1934, contendo todos os receios que acompanhavam um País que acabou de sair de uma ditadura e a II Guerra Mundial.

A de 1967, era nada mais que a de 1946, extraídos os pontos democráticos e incluídos os Atos Institucionais. Finalmente, com a Constituinte de 1987 e o estabelecimento da Constituição de 1988, que se tornou em esperança o aumento da participação do povo nas questões políticas, econômicas e sociais. Chamada de "constituição cidadã",

este foi o momento de remoção de uma série de leis e atos da ditadura que limitavam o exercício da cidadania, vendo a educação como um dos eixos principais de uma sociedade em crescimento e livre.

Todavia, a escola pública brasileira de ontem e de hoje, viveu e vive em total descompasso com a modernidade de sua época. Hoje ela é vista como "arcaica" e "antiquada" aos olhos dos países do 1º. mundo.

O sistema educacional implantado no Brasil há muito, deveria ser revisto na perspectiva de implantação de uma educação voltada para o contexto global do século XXI, tomando como ponto o local aonde se encontra a escola e o fim que se destina. Sua clientela e o fim almejado pelos alunos.

Para onde quer ir essa escola nos moldes educacionais seguidos atualmente, em que o aluno é obrigado a passar quatro ou cinco horas por dia, sentados, inertes e em silêncio à frente de quadro, ouvindo monólogos, ouvindo e ouvindo ...

Historicamente, a escola foi implantada baseada na educação através de ritos, exercícios, invocação de autoridade, silêncio e imobilidade, relações impessoais, formais e burocráticas, visando à despersonalização dos papéis dos atores sociais, produzindo a alienação do professor e do aluno com relação aos fins do seu trabalho, ferindo frontalmente os artigos 205, 206, VII da Constituição Federal, artigo 53 do Estatuto da Criança e Adolescente e artigo 61 da L.D.B.

A escola, englobando profissionais da educação, do magistério e alunos, enquanto não interagir com a comunidade e suas famílias, pensar e agir em REDE, não há como buscar a sua transformação em educação de qualidade.

A escola não pode ser concebida como uma parte homogênea do sistema educacional, que seja analisada e vivida em sua singularidade, mas sim, precisa buscar práticas alternativas e homogeneizadoras, considerando o interior da escola como ente plural, onde se habitam seres de diversas classes sociais, raças, credo, etnia, cultura, etc.

Tem que se pensar e agir de forma que a Escola possa ser entendida como um espaço público e diversificado, e como tal, compreendido como "espaço de mediação" para um novo paradigma educacional, compartilhando todos os entes num objetivo comum - EDUCAÇÃO DE QUALIDADE, como bem estabelece o art. 4º., X, da LDB que impõe ao Estado o dever de efetivar a educação escolar pública mediante "*padrões mínimos de qualidade de ensino, definidos como a variedade e quantidade mínimas, por aluno, de insumos indispensáveis ao desenvolvimento do processo de ensino-aprendizagem*".

IV. Educação:

Partindo desse princípio, a educação deve ser pensada a partir da 1ª. infância (de zero a seis anos), pois, é nessa fase que a criança desenvolve sua capacidade intelectual, social e emocional que será acionada a cada momento de sua vida.

As crianças pequenas são relegadas pelo gestor público, que em muitos casos, são excluídas das unidades de ensino, privando-as dos seus direitos fundamentais previstos no Estatuto da Criança e Adolescente, pela simples alegação de "inexistência de vaga".

Nessas circunstâncias, a criança deixa de ser inserida no meio escolar, ante a ausência de vagas nas creches e escolas de educação infantil, oportunizando somente a inclusão do seu nome em listas de espera 'quilométricas' perante o Conselho Tutelar, Diretor(a) do Estabelecimento, além de agrupá-las às Estatísticas da Secretaria de Educação, na esperança de um dia, se conseguir a tão disputada vaga, ante a desistência de uma outra criança ou por ordem de qualquer Autoridade.

Fato gerador é de que seus familiares, não sabendo aonde deixar seus filhos, acabam por desistir do exercício de suas atividades laborativas, indo para a informalidade profissional, preocupados em não verem seus filhos a mercê do tráfico e violências em geral.

Entendendo a Educação como mão dupla de sentimentos e ações, as crianças da 1ª. infância, são colocadas à margem da sociedade, faltando-lhes os cuidados necessários e imprescindíveis mais exigidos em virtude da faixa etária, quer na atenção, afeto, alimentação e respeito, posto que a partir daí, pode-se perpetuar o ciclo de exclusão de futuras gerações, culminando em traumas irreparáveis para o ser humano em sua vida adulta.

A exclusão da Criança e Adolescente no âmbito escolar ocorre desde a 1ª. infância, e é nessa fase que vemos com mais ênfase seu direito constitucional sendo ferido. É aqui de devemos iniciar nosso trabalho através da prevenção ou/é infelizmente da "remediação".

Não podemos jamais esquecer do estatuído no art. 54, inciso VII, parágrafo 2º. do ECRID, onde é colocado à disposição do Ministério Público a possibilidade de responsabilizar civilmente a autoridade pública que não oferece vaga em estabelecimento de ensino.

Já na fase do Ensino Fundamental, também é comprovado o desinteresse das autoridades governamentais e gestores públicos no trato da educação, passando a caracterizar, sob a ótica do gestor, na justificativa do abandono do adolescente da escola, em virtude de trabalho precoce, desinteresse da família, falta de perspectiva ou envolvimento com tráfico. Como na maioria dos Estados todo o Ensino Fundamental ainda é de responsabilidade do município, esta esfera se encontra desamparada, pois o Governo Estadual pouco se preocupa com a gestão e acompanhamento desses Estabelecimentos de Ensino, culminando por uma Educação sem rumo, e consequentemente, sem qualidade.

V. Magistério

Há grande desrespeito à classe do magistério, através dos baixos salários e a não valorização do cargo por meio de cursos de aperfeiçoamentos e enquadramentos funcionais, em total afronta ao estatuído no artigo 67 e incisos da Lei 9394/96- LDB e artigo 206, inciso V e VII da Constituição Federal.

Descaso ainda maior é a observação da estrutura física das escolas, estas se encontram, em sua maioria, sujas e descuidadas, obras internas e externas inacabadas, computadores não instalados em rede ou desligados, bibliotecas inexistentes ou que são utilizadas como sala de aula por inexistência de espaço para acomodar uma turma de alunos, tudo isso, e muito mais, caracteriza total abandono e pouco caso do gestor público para a educação com qualidade.

Há comprovadamente falta de materiais didáticos, recursos pedagógicos e incentivos aos profissionais, para que a educação possa valer-se nos moldes previstos no art. 205 da Constituição Federal, promovendo o pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Os dirigentes de Estabelecimentos de Ensino precisam colocar as questões educacionais numa escala de prioridades. Tem que se ater, de um lado pelo seu Plano Educacional (Projeto Político-Pedagógico) e de outro, o cidadão que pretende formar.

Atualizar-se sempre e conhecer profundamente todas as normas que envolvem o meio escolar, não só àquelas oriundas da Secretaria de Educação, mas as mais profundas e atinentes à espécie como a LDB e o Estatuto da Criança e Adolescente. Conhecer os papéis dos agentes do Conselho Tutelar e do Ministério Público, nos quais vemos temer ou odiar quando intercedido ou interceptado, por puro desconhecimento.

Na hipótese das ocorrências no interior da escola envolvendo seus alunos, o corpo docente não sabe qual a providência a ser tomada, ou pede apoio ao padre, pastor, vigilante, policial, ou dão "aquele jeitinho maternal" ante ao desconhecimento do verdadeiro papel e do momento de atuação junto ao Conselho Tutelar (art. 56, I, II, III e 98, I, II, III, do ECRID).

VI. Educação de qualidade x Escola Pública

Política Pública e Gestão da Educação não podem ser analisadas separadamente, porque a primeira coloca em prática os objetivos da segunda, fazendo com que as direções traçadas no "papel" se tornem concretas e realizadas.

A gestão democrática da Escola Pública como estabelece a LDB, alguns dilemas são visíveis, como a quantidade x qualidade; centralização x descentralização; público x privado; educação superior x educação básica e questões políticas x questões pedagógicas.

Não há como primar pela educação de qualidade, se não a considerarmos como sendo de absoluta prioridade, como estabelece o art. 227 da Constituição Federal e art. 53 e seguintes do Estatuto da Criança e Adolescente.

O Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, no exercício de seu mister, precisa primeiramente, sensibilizar-se pela causa da educação, para depois sensibilizar infinitamente todos os agentes envolvidos na questão.

Vejo a importância de lembrar em tecer a rede da educação, mantendo-se contato permanente com o Conselho Tutelar e Conselhos Municipais e Estaduais de Educação, Diretores de Escolas e Equipe Técnica-Pedagógica para se fazer valer os limites da lei.

Como Órgão Ministerial, na função de agente e interveniente, o Promotor de Justiça é capaz de materializar as normas do Estatuto da Criança e Adolescente combinando-as com as descritas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, com marco na Constituição Federal, e contribuir para a garantia do direito à educação de qualidade, partindo para a cobrança de investimentos efetivos em políticas públicas voltadas para atendimento da criança a partir do nascimento postergando até a adolescência.

Para a garantia da qualidade do ensino e sua eficácia, é preciso entender a educação pública sobre três aspectos, adotando e agindo da seguinte forma: 1- defender a escola pública, a qual se encontra "sucateada", reafirmando seus valores fundamentais; 2- debater em sociedade e comunidade em sentido mais estrito, sobre a escola pública, colocando em evidência a complexidade dos problemas com que vivenciam os professores e alunos, a violência que ronda a sala de aula e o entorno escolar, o uso e tráfico de drogas que é presenciado por todos, que se calam e se contaminam com essa tortura; 3- promover a escola pública, afirmando sua importância como ente escolar que garanta a universalidade do acesso, a igualdade das oportunidades e a continuidade das fases escolares.

Estamos diante de um quadro negativo da Educação, caso não haja compromisso para a melhoria da qualidade, nada será modificado. É preciso, com isso, resgatar o sentido público da prática social da educação; pensar na construção de uma educação cuja qualidade seja para todos, e não só para os carentes ou de baixa renda; tomar a educação como uma ação democrática, tanto na possibilidade de acesso de todos à educação, como na garantia de permanência e sucesso dos alunos (por interesse próprio), além de uma gestão que situe o homem(aluno e profissional da educação) numa prática democrática constante, em dimensões pessoal e global, como centro e prioridade de sua "gerência".

Enquanto a escola pública não for valorizada por todos, em seus espaços, movimentos e projetos político-pedagógicos, colocando em evidência o sujeito-aluno- professor e suas relações sociais, não há que se falar em promoção da qualidade do ensino.

VII. Ações:

A política educacional do nosso País prima pelo Princípio Constitucional do artigo 206, onde se estabelece, entre outros itens, que o ensino deve ser ministrado com base na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; garantia do padrão de qualidade entre outros, o que nos torna responsáveis solidários na aplicação e eficácia desse direito.

Dáí vemos que, não é o bastante o Poder Público ofertar vagas em escolas ou creches, é imprescindível que se garanta a permanência da criança e adolescente no meio escolar, observando, por exemplo, a proximidade com sua residência para se evitar a evasão escolar, participação dos alunos nos movimentos estudantis e/ou representatividade de classe, participação no conselho de escola, para que possa ter vez e voz perante o meio escolar, integração das famílias e Conselhos Tutelares em dias especiais, são uma das hipóteses de se pensar em qualidade.

Não é demais, também, se pensar na busca alternativa para os problemas locais, envolvendo crianças, jovens, adultos, idosos, professores, alunos, escola e comunidade, todos do entorno participando na criação, evolução e solução da questão, objetivando-se priorizar a qualidade do ensino.

Não adianta acharmos que estando o aluno dentro da escola, está a salvo de todos os males. Ao sair de seu turno, encontrará o problema a sua espera, quer na esquina mais próxima à escola ou quer em sua residência, no convívio com seus familiares envolvidos em droga, alcoolismo, desemprego, etc.

O Promotor de Justiça, conhecedor das funções e atribuições do cargo, diante de inúmeras constatações de descumprimento ao Texto Constitucional/88, à Lei 9.394/96- LDB e à Lei 8.069/90-ECRIAD, deverá agir amparado no artigo 201 do ECRIAD, promovendo o Inquérito Civil e Ação Civil Pública, sem esquecer-se das medidas já constantes do próprio Estatuto, para garantia dos direitos, quer individual ou coletivo à criança e ao adolescente.

Como se não bastassem as leis e os meios judiciais para materializar o direito à educação de qualidade, há de se convir que é preciso, além da ação em função do cargo, muita reflexão e estudo constante, posto que os fatos estão sempre em constantes mudanças, e a cada dia surgem situações diferenciadas envolvendo-nos em idas e vindas aos estabelecimentos de ensino, contatos com Equipe Pedagógica, diálogos longos com Diretores que descarregam suas mágoas do meio escolar, reuniões infundáveis que se prolongam noite a dentro, reuniões com Conselheiros Tutelares, enfim, e além disso tudo, é preciso dedicação e paixão pela causa da educação ...

VIII. Conclusão

- a) Os membros do Ministério Público com atribuições perante a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude e Promotoria Cível, todos com atribuições na área da Educação, preferencialmente em conjunto e periodicamente, devem refletir sobre a qualidade da educação e o seu reflexo na comunidade estudantil e fora dela.

Conscientizar-se da gravidade na qual se encontram os estabelecimentos públicos e o resultado do ensino no País, levando-se em conta os baixos índices do saber e conhecimento demonstrado pelos alunos nos provões e concursos. Alguns instrumentos para a qualidade da educação são políticos em face do mandato do gestor, mas para a transformação dessa realidade é preciso ações urgentes, para uma reconstrução imediata dessa educação, cujo ápice deverá ser a qualidade.

- b) Incorporados pela obrigação estabelecida no artigo 129, II da Constituição Federal, os membros do Ministério Público com atribuições perante a Promotoria de Justiça da Infância e Juventude e Promotoria Cível, todos com atribuições na área da Educação, preferencialmente em conjunto e periodicamente, além de fiscalizarem as Instituições de Ensino primando pela qualidade da educação, também devem atuar como verdadeiros e efetivos fiscais dos Poderes Públicos, no que tange aos recursos financeiros destinados à educação, quer pela União, Estados e municípios (art. 73 da LDB c/c art. 212 da C.F. e art. 60 do Ato das Disposições Transitórias), promovendo o cumprimento integral ao Princípio Constitucional da Prioridade Absoluta, previsto no art. 227 da C. F., através da adoção de medidas administrativas e judiciais pertinentes.

IX. Fundamentos Jurídicos:

Constituição Federal de 1824, 1934, 1937, 1946;

Constituição Federal/88, artigos 129, 205, 206, 208, 212, 227;

Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional - Lei 9394/96, artigos 4º., 61, 67, 73;

Estatuto da Criança e Adolescente - Lei 8.069/90 - artigos 53, 54, 56, 98, 200, 201.

CRIANÇA E ADOLESCENTE COM DEFICIÊNCIA: IMPOSSIBILIDADE DE OPÇÃO PELA SUA EDUCAÇÃO EXCLUSIVAMENTE NO ATENDIMENTO EDUCACIONAL ESPECIALIZADO

Patrícia Albino Galvão Pontes

Promotora de Justiça/RN

1. Considerações Iniciais

A Constituição Federal de 1988 reconhece a importância do direito fundamental à educação ao prescrevê-lo, em seu artigo 205, como um direito de todas as pessoas, considerando-o como imprescindível ao pleno desenvolvimento da pessoa, ao seu preparo para o exercício da cidadania e à sua qualificação para o trabalho¹.

A educação é o primeiro dos direitos sociais a ser elencado pela nossa Constituição Federal², tendo este diploma legal reconhecido a sua importância na formação do homem enquanto cidadão. Em razão da fundamentalidade desse direito, não é possível admitir que ele seja negado a qualquer pessoa, independentemente do motivo.

Ao tratar do direito à educação, está a Carta Magna a se referir especialmente à educação escolar, responsável pelo desenvolvimento da base nacional comum prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educacional Nacional (Lei nº 9.394/96). Esta lei, em seu artigo 21, estabelece que a educação escolar compõe-se da Educação básica, formada por três etapas, quais sejam: educação infantil, ensino fundamental e ensino médio; e Educação Superior. Portanto, esta é a educação regular que deve ser oportunizada a todas as pessoas, não se confundindo com o atendimento educacional especializado.

Interpretações equivocadas são levadas a efeito em razão da redação do artigo 208, III da Constituição Federal, onde se afirma que “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, **preferencialmente**, na rede regular de ensino” (grifamos). Tal dispositivo tem sido utilizado para justificar que a frequência dos alunos com deficiência na rede regular de ensino é uma preferência e não uma obrigatoriedade. Todavia, apesar de uma leitura desatenta do referido dispositivo poder levar a esta errônea conclusão, o que o legislador constitucional está a afirmar, na verdade, é que há uma preferência em que o *atendimento educacional especializado* (e não a educação regular) seja prestado na rede regular de ensino.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional deixa clara a distinção feita entre os níveis de ensino e as suas modalidades. No que se refere ao atendimento educacional especializado, este é prestado pela educação especial, referindo-se a esta o art. 58 da LDB³ como sendo ela uma modalidade educacional e, portanto, não se confunde com os níveis da educação escolar (educação básica e superior). Esta conclusão se extrai da própria estrutura tópica e organizacional da mencionada LDB. Em seu Título V são apresentados os Níveis e as Modalidades de Educação e Ensino, sendo a educação especial tratada em capítulo destacado da Educação Básica e Superior.

A denominação ‘escola especial’ tem relação com a expressão ‘educação especial’. Assim, a escola é definida como ‘especial’ em razão do serviço nela prestado, qual seja, o oferecimento do atendimento educacional especi-

¹ Art. 205: A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

² Art. 6º da Constituição Federal: “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 social aos desamparados, na forma desta Constituição”.

³ Art. 58 da LDB: Entende-se por educação especial, para os efeitos desta lei, a modalidade de educação escolar, oferecida preferencialmente na rede regular de ensino, para educando portadores de necessidades educacionais especiais (grifo nosso).

alizado. Todavia, apesar de nominada de escola, a matrícula do aluno na escola especial não dispensa a frequência à rede regular de ensino, pois o papel da primeira é o de complementação à escolarização para os alunos que necessitem de atendimento educacional especializado.

Sendo uma modalidade educacional, o atendimento educacional especializado perpassa por todos os níveis escolares, desde a educação infantil até o ensino superior. Desta forma, tal atendimento diferencia-se substancialmente da escolarização, devendo ser oferecido em horário diverso do desta, justamente para possibilitar que os alunos nela atendidos possam frequentar as turmas de ensino regular, não podendo o mesmo funcionar como um substitutivo da educação escolar.

O atendimento educacional especializado (ou educação especial) não se constitui em um sistema paralelo de ensino com níveis e etapas próprias. Tal modalidade educacional deve ser entendida como um instrumento, um complemento que deve estar sempre presente na Educação Básica e Superior para os alunos que dela necessitem, visando à melhoria da qualidade das respostas educativas que a escola pode oferecer e a conseqüente facilitação do processo de aprendizagem.

Desta forma, o atendimento educacional especializado não pode ser utilizado como aula de reforço. O seu objetivo não é repassar o conteúdo ministrado na classe regular, mas sim possibilitar aos alunos com necessidades educacionais especiais o acesso pleno ao conhecimento, oferecendo os instrumentos necessários para que ele desenvolva todas as suas potencialidades, seja no ambiente escolar, seja na vida diária, eliminando-se as barreiras que àqueles alunos têm para relacionar-se com o ambiente externo. Por exemplo: ensino e interpretação da Língua brasileira de sinais (Libras) e do sistema Braile, ensino da língua portuguesa para surdos, uso de recursos de informática e outras ferramentas tecnológicas, além de linguagens que precisam estar disponíveis nas escolas comuns para que elas possam atender com qualidade aos alunos com e sem deficiência, bem como orientação para atividades da vida autônoma e social.

Tal atendimento é uma garantia constitucional (artigo 208, III) que serve para ser somada aos direitos das pessoas com deficiência, e não para excluir outras garantias previstas no mesmo artigo da Constituição (FÁVERO, 2004, p. 64-65). Portanto, **não é admissível que o atendimento educacional especializado substitua a escolarização nas classes comuns da rede regular de ensino**, não se podendo aceitar a prática de encaminhamento do aluno que não "consegue aprender" para uma escola especial, a fim de que esta se encarregue do papel do ensino regular.

2. Responsabilidade da família e/ou dos responsáveis legais na garantia do direito à educação das pessoas com deficiência

A Constituição Federal, reforçada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, inova ao colocar esta parcela da população como sujeitos de direitos que podem ser opostos, inclusive, contra os seus próprios pais ou responsáveis. Mais que isto, o respeito a tais direitos deve ser exigido especialmente dos pais e responsáveis dos seus titulares.

A família tem total responsabilidade no tocante à implementação do direito à educação de suas crianças e adolescentes. A Constituição Federal enfatizou, no Art. 227, a obrigação da família, da sociedade e do Estado, de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à educação⁴. Tal obrigação foi reforçada no Art. 229⁵ da Carta Magna, reafirmando-se o dever dos pais de educar os seus filhos menores. O Estatuto da Criança e do Adolescente repete tal incumbência, ressaltando a obrigação dos pais ou responsáveis de matricular os seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino (Art. 22 e 55⁶), sob pena de perda ou suspensão do poder familiar, nos termos do Art. 24 do mencionado diploma⁷. Neste mesmo sentido, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) afirma o dever dos pais ou responsáveis de efetuar a matrícula dos menores, a partir dos seis anos de idade, no ensino fundamental (Art. 6º).

Diante da normativa constitucional e legal, não cabe aos pais o direito de escolha no que se refere à matrícula de seus filhos com deficiência na rede regular de ensino, se constituindo em uma obrigação, não podendo os mesmos optar apenas pelo atendimento educacional especializado (ou educação especial).

O titular do direito que aqui se pretende resguardar é a criança e o adolescente e não os seus pais. Estes são apenas os representantes legais daqueles e, por conseqüência, têm a obrigação de efetivar a realização do mencionado

⁴ 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, 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".

⁵ Art. 229: "Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade".

⁶ Art. 22: "Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes a obrigação de cumprir a fazer cumprir as determinações judiciais".

Art. 55: "Os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino".

⁷ Art. 24: "A perda e a suspensão do pátrio-poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22".

direito. Sendo a educação um direito da criança e do adolescente, corresponde aos seus pais o dever de matriculá-los na rede regular de ensino.

A educação é direito que se impõe a todos, e a sua violação, por parte dos pais, pode acarretar sanções de natureza civil (destituição ou suspensão do poder familiar) e penal (crime de abandono intelectual⁸).

Estamos a tratar de direito fundamental que, por sua própria natureza, possui como umas de suas características a irrenunciabilidade. Neste sentido, José Afonso da Silva (1995, p. 176/177) ensina que:

No qualitativo fundamental, acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive; fundamentais do homem no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados. Do homem, não como o macho da espécie, mas no sentido de pessoa humana.

Desta forma, **a frequência do aluno com deficiência unicamente ao atendimento educacional especializado implica na violação do direito fundamental à educação**, fato este de extrema gravidade. Impedir o seu exercício pleno implica em condenar alguém a viver à margem da sociedade, privando-o do crescimento pessoal que apenas o convívio social, com toda a diversidade que lhe é inerente, é capaz de oferecer.

Sendo tal conduta praticada em desfavor de uma criança, esta se reveste de especial crueldade, pois a infância é o momento em que o indivíduo está mais apto ao aprendizado. A simples negação deste direito, nesta fase da vida, significa retirar-lhe toda e qualquer oportunidade de desenvolver-se como pessoa. A criança não pode esperar pelo momento da escola, pois este é o seu momento. Amanhã, será tarde demais e, todos os esforços porventura empreendidos já não farão mais tanto sentido.

Sobre a necessidade de atenção imediata deste direito na infância, vale transcrever as sábias palavras da poetisa Gabriel Mistral, ganhadora do prêmio Nobel de Literatura em 1945:

Nós somos culpados de muitos erros e muitas faltas, mas nosso maior crime é abandonar as crianças, negligenciando a fonte da vida. Muitas coisas que nós precisamos fazer podem esperar: a criança não pode. Exatamente agora é o tempo em que os seus ossos estão sendo formados, seu sangue está sendo feito e seus sentidos estão sendo desenvolvidos. Para ela, não podemos responder “amanhã”. Seu nome é hoje.

3. Argumentos contrários

Os defensores da idéia de que cabe aos pais ou responsáveis a escolha pela frequência dos alunos com deficiência à rede regular de ensino ou ao atendimento educacional especializado baseiam-se em premissas da integração escolar, justamente por entenderem que existem alunos que, em razão de suas limitações, não possuem condições de se integrar na classe comum da rede regular de ensino.

Os principais argumentos utilizados para se negar a possibilidade da efetivação da educação inclusiva são os seguintes:

1. O despreparo dos professores para lidar com as diversidades é um empecilho para a efetivação da inclusão, devendo esta ser realizada de forma responsável, sob pena de prejuízo ao restante dos alunos.

2. No tocante aos alunos com deficiência mental, se justifica a preferência pelo atendimento educacional especializado em razão de que aqueles não conseguiriam acompanhar a turma e, por isto, a escola regular não teria nenhum benefício para os mesmos.

Inicialmente, vale lembrar que o movimento de integração, no Brasil, esteve bastante forte nas décadas de 1970 e 1980, daí a existência de normas dessa época reconhecendo direitos de forma condicionada: “*sempre que possível*”, “*desde que capazes de se adaptar*”, e assim por diante.

Todavia, quem dirá se é possível a inclusão ou quem é capaz de se adaptar? A Constituição Federal, quando prescreve o direito à educação, não confere a ninguém o poder de decidir quem dela poderá desfrutar. Não se pode conceber um critério subjetivo de escolha dos alunos onde, no período de matrícula, será feita uma triagem: esse tem condições, esse não tem...

O processo de integração não favorece a todas as pessoas, mas somente as que possuírem condições pessoais de se integrar. Porém, para estas últimas, se exigirá um esforço unilateral para que possam ser inseridas na classe comum da rede regular de ensino. Já aquelas que não se adaptarem aos padrões exigidos, terão o seu direito fundamental à educação negado, cabendo-lhes, unicamente, o atendimento segregado.

⁸ Art. 246 do Código Penal: “Deixar, sem justa causa, de prover à instrução primária de filho em idade escolar: Pena – detenção de 15 (quinze) dias a 01 (um) mês, ou multa”.

Diferentemente, na inclusão, a escola tem que se modificar para incluir a pessoa com deficiência, pois é aquela que precisa ser capaz de atender às necessidades de todos os alunos e não o contrário. Portanto, a integração é a contraposição do atual movimento de inclusão. Neste, o esforço é bilateral, mas é principalmente a escola quem deve impedir que a exclusão ocorra.

A inclusão é total e incondicional, significando, antes de tudo, deixar de excluir. Já a integração é parcial e condicionada às possibilidades de cada pessoa.

As alegações de que a escola se encontra despreparada para a inclusão e, por isso, não tem como promovê-la, isentam o estabelecimento de ensino da sua real responsabilidade, punindo os alunos com deficiência, pois, somente quando 'for possível e desejado' por aquela, poderão os mesmos ser incluídos nas classes regulares.

Até quando se aceitará a alegação de que as escolas estão despreparadas? E quando vão começar a se preparar? Tal justificativa já não é mais cabível nos dias atuais. Estamos falando de uma filosofia que nasceu no início dos anos 90 e foi, implicitamente, adotada por nossa Constituição Federal de 1988. Contamos com quase vinte anos de atraso. E enquanto as escolas se preparam, o que faremos com as crianças com deficiência em idade escolar? O tempo passará, e este dano será irreversível. Já bastam os prejuízos causados àquelas que tiveram o seu acesso negado ao ensino regular.

É claro que é necessária uma qualificação dos profissionais, bem como a inserção nos currículos dos cursos de magistério e de pedagogia de uma disciplina que aborde as diferenças em sala de aula e o atendimento educacional especializado. Mas enquanto isso não ocorre? Continuará sendo negado o direito à educação às pessoas com deficiência?

Mantoan (*In: Caminhos Pedagógicos da Inclusão*) afirma com propriedade que os professores esperam aprender uma prática inclusiva, ou melhor, uma formação que lhes permita aplicar esquemas de trabalho pré-definidos às suas salas de aulas, garantindo-lhes a solução dos problemas que presumem encontrar nas escolas inclusivas.

Ora, não existe uma capacitação capaz de conferir a um professor um certificado de que ele saberá lidar com todas as situações que poderão surgir em sala de aula. Ainda que seja oferecido um curso bastante amplo em que se abordem 100 situações, por exemplo, poderá o professor se deparar no dia seguinte com a 101ª. Trata-se, aqui, de convivência humana e não de uma ciência exata. Não há como se ensinar a prática na teoria.

A preocupação do professor deve a ser a de vislumbrar as dificuldades dos alunos (quaisquer que sejam eles) e não as suas deficiências, pois os alunos não precisam de diagnóstico. É preciso que se aborde, nos cursos de capacitação ou de aperfeiçoamento, uma mudança de postura frente às diferenças, mostrando que todos são partes integrantes do sistema educacional.

Passemos agora à análise do segundo argumento: a escola regular não serve aos alunos com deficiência mental, tendo em vista que os mesmos não conseguiriam apreender todos os conteúdos ministrados em sala de aula, sendo para eles suficiente o atendimento educacional especializado.

Esta idéia errônea desconsidera completamente os objetivos da educação prescritos no artigo 205 da Constituição Federal. Este dispositivo constitucional estabelece que tal direito visa ao pleno desenvolvimento da pessoa, o seu preparo para o exercício da cidadania e a sua qualificação para o trabalho.

Desta forma, as escolas não podem ter como única preocupação a transmissão dos conteúdos curriculares, pois a missão educacional vai muito além disto. Assim, não se pode restringir os objetivos da educação apenas à habilitação para o ingresso na Universidade e/ou a qualificação para o trabalho. Existe um aspecto muito mais abrangente, que é o do pleno desenvolvimento das potencialidades de cada um, além da formação do cidadão.

As ressalvas para a aceitação de todos os alunos como parte integrante do sistema regular de ensino refletem um pensamento preconceituoso na medida em que se confunde deficiência com incapacidade, como se esta fosse uma consequência daquela, imaginando que aquela expressão traduz o antônimo de eficiência, quando na verdade o oposto desta última é a ineficiência.

É preciso compreender a idéia de 'escola para todos' no seu sentido mais abrangente, de forma a não excluir ninguém do sistema educacional. Werneck (1999, p. 195) atenta que pode até parecer absurdo que toda criança tenha o direito de freqüentar a escola regular, incluindo aquela cuja única forma de comunicação seja piscar os olhos, mas esta é a proposta da sociedade inclusiva. Por que se retirar dessas crianças a oportunidade de convívio social? A simples alegação de que não irão apreender os conceitos ministrados em sala de aula não convence, posto que este não é o único objetivo da educação. Ora, esta criança, dentro das suas limitações, pode, certamente, evoluir. Se ela, ao chegar à escola, era incapaz de responder a qualquer estímulo e, ao final do ano, em decorrência da convivência e do contato com os outros alunos, ela sorri sempre quando alguém se aproxima, é preciso reconhecer que, dentro das suas limitações, houve uma significativa evolução. Com este resultado, pode-se afirmar que a escola cumpriu com a sua função social de fornecer respostas a todos os alunos.

Tratando-se de pessoas sem quaisquer condições de interação com o meio externo, estas também não são sequer públicos das chamadas escolas especiais, necessitando, no momento, de cuidados de saúde que as impeçam, ao menos temporariamente, de receberem educação em sala de aula. Caso ocorra uma melhora dessa condição de saúde, ainda que pequena, por direito, essas pessoas deverão freqüentar as classes comuns da rede regular de ensino. Nesses ambientes educativos, certamente elas terão melhores oportunidades de se desenvolver no aspecto social e, quanto aos aspectos educacionais escolares, esses alunos poderão aprender o que lhes for possível (MINISTÉRIO PÚBLICO, 2004, p. 22).

4. Considerações finais

Apesar da Constituição Federal Brasileira de 1988 não ter se utilizado da expressão *inclusão*, são os princípios dessa filosofia que se encontram albergados no texto constitucional, e não os da integração. Veja-se bem: Está elencado como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (art. 3º), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, onde as desigualdades sociais devem ser reduzidas, promovendo-se o bem de todos sem qualquer tipo de preconceitos. Além disso, preconiza a Carta Maior como princípios fundamentais: a dignidade da pessoa humana, a cidadania e a igualdade. Portanto, não há margem no texto constitucional para que qualquer pessoa tenha negado o direito de fazer parte da sociedade e, por consequência, da rede regular de ensino.

É interessante mencionar que os documentos legislativos, internacionais e nacionais, por vezes utilizam a expressão integração como sinônimo de inclusão⁹. Apesar disso, a ONU, através da Resolução 45/91¹⁰, consagrou a expressão uma 'sociedade para todos', demonstrando qual o objetivo a se perseguir.

A verdadeira escola é aquela para onde todos os alunos daquele bairro, daquela comunidade, vão estudar. Esse é o espaço privilegiado de preparação para a cidadania e para o pleno desenvolvimento humano, objetivos previstos na Constituição Federal, que devem ser alcançados pelo ensino (FÁVERO, 2004, p. 53).

A inclusão educacional pretende o que se deseja de uma escola: o favorecimento da convivência com a diversidade, a instituição do respeito e da fraternidade entre as pessoas, sem excluir ninguém do ensino regular. Somente dessa forma, preparar-se-ão verdadeiros cidadãos, construindo uma escola livre de preconceitos.

A escola inclusiva é benéfica para todas as pessoas, devendo o convívio com as diferenças ser estimulado desde o início, desde a mais inicial das formas de convivência social: a educação infantil. A partir do momento em que se favorece o convívio com a diversidade desde cedo, se ganha na construção da cidadania, pois o modo eficaz de combater o preconceito é na infância, impedindo que o mesmo apareça. O convívio plural formará adultos conscientes de que o processo inclusivo é salutar e necessário, pois aqueles que na infância desfrutaram da presença de crianças e adolescentes com deficiência em sua escola, não duvidarão da capacidade destas pessoas e, com certeza, estimularão a inclusão de todos em um mesmo ambiente (seja escola, trabalho, lazer...).

Mittler (2003, p. 17) acredita que o maior obstáculo para a mudança está dentro de nós mesmos, seja nas nossas atitudes, seja nos nossos medos. A nossa tendência é a de superestimar as dificuldades que podem enfrentar as pessoas com deficiência, assim como temer os desapontamentos que eles podem experimentar se "falharem".

É tempo de mudar as escolas, as atitudes, os pensamentos, o ambiente como um todo. Inclusão significa transformação. Sem este redimensionamento no atual panorama escolar, poder-se-á falar em outra coisa, mas não de inclusão.

Os professores precisam se conscientizar de que o seu papel é educar os seus alunos. Não os que ele escolhe, mas os que a ele chegam. Os diretores das escolas públicas também têm que assumir a sua função, cobrando do Executivo os suportes necessários para a concretização deste novo paradigma educacional. As Secretarias de Educação têm que incluir em suas prioridades a formação continuada dos docentes, pois não se deseja transferir o desafio unicamente para o professor. Este desafio é de todos! Do mesmo modo, os pais ou responsáveis precisam reivindicar o direito de suas crianças e adolescentes sem se conformar com as rejeições praticadas. Todos têm que se envolver nesse processo, que não é fácil, diga-se de passagem, mas que é necessário e irreversível.

5. Conclusões

- a) O artigo 208, III, da Constituição Federal de 1988 não autoriza que a educação regular das pessoas com deficiência seja prestada em escolas especiais, mas sim que o atendimento educacional especializado possa também ser oferecido fora da rede regular de ensino.
- b) Não há permissivo constitucional e nem legal para que o ensino seja prestado unicamente em escolas especiais ou em classes especiais (ainda que nas escolas regulares), pois o atendimento educacional especializado, não sendo nível de escolarização, não é suficiente para garantir a plenitude do direito à educação nos termos previstos na Constituição Federal de 1988.
- c) Sendo a educação um direito da criança e do adolescente, corresponde aos seus pais o dever de matriculá-los na escola regular, não cabendo a estes optar, unicamente, pelo atendimento educacional especializado em detrimento da escolarização nas classes comuns da rede regular de ensino.

⁹ A Resolução 49/153 (1995) tem em seu título: Em direção à plena integração de pessoas com deficiência na sociedade (grifo nosso).

¹⁰ Assembléia Geral das Nações Unidas, 68ª Sessão Plenária em Nova York, 14 de dezembro de 1990.

Referências Bibliográficas:

- CARVALHO, Rosita Edler. A nova LDB e a Educação Especial. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. WVA, 2000.
- GRIBOSKI, Cláudia Maffini (Org.). et. al. Direito à Educação: subsídios para a gestão dos sistemas educacionais: orientações gerais e marcos legais. Brasília: MEC, SEESP, 2004.
- MANTOAN, Maria Teresa Égler. Caminhos Pedagógicos da Inclusão. Disponível em: <http://www.educacaoonline.pro.br/art_caminhos_pedagogicos_da_inclusao.asp>. Acesso em: 10 ago 2005.
- _____. Ensinando a Turma Toda: As Diferenças na Escola. Disponível em: <http://intervox.nce.ufrj.br/~elizabet/turma.htm>.
- MITTLER, Peter. Educação Inclusiva: Contextos Sociais. Traduzido por Windyz Brazão Ferreira. Porto Alegre: Artmed, 2003.
- MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular. 2ª edição. Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 4. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.
- SASSAKI, Romeu Kazumi. Inclusão: Construindo uma Sociedade para Todos. 3. ed. Rio de Janeiro: WVA Editora, 1997.
- SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 10. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 1995.
- WERNECK, Claudia. Sociedade Inclusiva: Quem cabe no seu todos? Rio de Janeiro: WVA Editora, 1999;
- _____. Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva. 2. ed. Rio de Janeiro: WVA Editora, 2000.

EDUCAÇÃO INCLUSIVA COMO O VERDADEIRO DIREITO FUNDAMENTAL

Maria Izabel do Amaral Sampaio Castro

Promotora de Justiça/SP

1. JUSTIFICATIVA

A Constituição Federal previu dentre os direitos fundamentais, o direito à educação (art. 6.º, “caput”), estabelecendo em seu art. 205, serem seus objetivos o “pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, da Constituição Federal).

Ao mesmo tempo, a Constituição Federal estabeleceu como fundamentos da República Federativa do Brasil, a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, incisos II e III) e como objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a garantia do desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais e regionais e, por fim, a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3.º).

Analizando esses dispositivos constitucionais, verificamos que os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil somente serão alcançados por meio da garantia do direito fundamental à educação, e educação inclusiva, pois, por meio dela, a pessoa humana exercerá a cidadania, atingirá seu pleno desenvolvimento e será qualificada para o trabalho, dedicando-se, futuramente, à pesquisa ou ao exercício da profissão escolhida, e com os rendimentos e conhecimentos que isso lhe trará, propiciará a si próprio uma vida digna e à sociedade, a erradicação da pobreza e da marginalização, contribuindo para a redução das desigualdades sociais e regionais. A sociedade, então, será livre, justa e solidária e o Estado, por certo, alcançará o desenvolvimento nacional.

Todavia, não podemos nos esquecer que a sociedade brasileira é feita por pessoas humanas e, dentre estas, a diversidade é enorme. Há pessoas de diferentes etnias, cores, sexo, origem, ideologia, religião, dentre outras diferenças, das quais fazem parte as pessoas com e sem deficiência.

Da sociedade brasileira não pode ficar de fora ninguém, até porque a Constituição Federal também baniu a discriminação ou preconceito (art. 3.º, IV), prevendo, inclusive, que todos são iguais perante a lei, (art. 5.º, “caput”) e que a pessoa com deficiência deve ser integrada à vida comunitária (art. 203, IV).

Se a educação é direito de todos, nesse “todos” está **incluída** a pessoa com deficiência; se é dever do Estado, deve este promovê-la de modo que **todos** tenham acesso à educação (educação inclusiva); se a escola é o “espaço no qual se deve favorecer a todos os cidadãos, o acesso ao conhecimento e o desenvolvimento de competências, ou seja, a possibilidade de apreensão do conhecimento histórico produzido pela humanidade e de sua utilização no exercício efetivo da cidadania”¹, deve essa escola estar adaptada e equipada com recursos arquitetônicos, humanos e pedagógicos para receber **todas** as pessoas que compõem a diversidade dessa sociedade.

Diante desse contexto, coloco a seguinte indagação: o que quis dizer o legislador constituinte com a regra estampada no art. 208, III, da Constituição Federal, cujo teor é o seguinte: “o dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”?

Quis o legislador constituinte atribuir às pessoas com deficiência tratamento diferenciado quanto ao direito à educação, colocando-as, preferencialmente na rede regular de ensino **se isso for possível e não o sendo**, que permaneçam nas escolas especiais, “melhores equipadas e adaptadas” para recebê-las? A quem cabe essa escolha? Essas escolas especiais estão atualmente dando educação de qualidade às pessoas com deficiência? E se a Constituição Federal fala que todos têm, em igualdade de condições, direito à educação, por que grande parte das pessoas com deficiência continuam fora da escola regular?

¹ “A Escola” - Programa Educação Inclusiva - Direito à Diversidade - volume 3, MEC - Secretaria de Educação Especial, 2004, pág. 07.

Qual o papel do Ministério Público, diante das atribuições constitucionais previstas no art. 127, da C.F., quanto à garantia do direito fundamental à educação da pessoa com deficiência ?

Esse trabalho, então, terá como desafio fazer uma interpretação sistemática da Constituição Federal, para tentar dar respostas a essas indagações, não tendo como objetivo ser verdade absoluta quanto ao tema em discussão, mas sim meio de instigar o debate a respeito desse assunto tão delicado e trabalhoso que é a concretização do direito fundamental à educação da pessoa com deficiência.

2. EXPOSIÇÃO DA TESE

Por que incluir a pessoa com deficiência no ensino regular?

Passemos à análise do que diz a nossa Carta Magna a respeito:

A cidadania e a dignidade da pessoa humana são fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1.º, inciso II e III, da C.F.).

José Afonso da Silva diz que “todo ser humano se reproduz no outro como seu correspondente e reflexo de espiritualidade, razão por que, desconsiderar uma pessoa significa, em última análise, desconsiderar a si próprio”².

Diz ele, ainda, 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*”³.

Só ao Homem, considerando-se a diversidade do gênero humano, é possível atingir a dignidade, mas para isso, é indispensável que seus direitos fundamentais, concedidos pela Carta Constitucional, sejam-lhe, necessariamente, assegurados e respeitados pelos seus pares.

Já a cidadania, tal qual como posta no inciso II, do art. 1.º, da Constituição Federal, está “num sentido mais amplo do que o titular de direitos políticos..... consiste na consciência de pertinência à sociedade estatal como titular dos direitos fundamentais, da dignidade como pessoa humana, da integração participativa no processo do poder, com a igual consciência de que essa situação subjetiva envolve também deveres de respeito à dignidade do outro, de contribuir para o aperfeiçoamento de todos. Essa cidadania é que requer providências estatais no sentido da satisfação de todos os direitos fundamentais e igualdade de condições”⁴.

Interessante a idéia da cidadania ligada ao pertencimento do ser humano à sociedade, o que, para acontecer, é necessário que a TODOS, em igualdade de condições, sejam reconhecidos os direitos fundamentais previstos na Constituição Federal. Quando a pessoa humana tem seus direitos fundamentais concretizados por quem de direito, ela, com certeza, sente-se parte da sociedade, sente-se incluída, e, conseqüentemente, sente-se cidadã.

A sociedade brasileira, podemos assim dizer, é uma só, porém formada pela pluralidade de pessoas, com suas características próprias e peculiares, as quais, apesar de diferenciarem-se entre si, devem ser tratadas igualmente, já que a lei não faz diferença entre elas. Se dessa pluralidade de pessoas faz parte também a pessoa com deficiência, para ela sentir-se cidadã, ou seja, para ela sentir-se pertencente à sociedade da qual faz parte, os direitos fundamentais que são de todos, a ela também devem ser estendidos e garantidos, sob pena de lhe serem tirados os direitos de cidadania e dignidade.

Dentre os direitos fundamentais está o direito à educação, que, como dito, é dever da família e do Estado e direito de todos.

Se a educação tem por uma das finalidades o preparo para o exercício da cidadania, se para ser cidadão eu preciso pertencer à sociedade em que vivo, sendo nela e por ela incluído, se essa sociedade é formada pela diversidade humana, dela não podem fazer parte somente as pessoas sem deficiência, já que as com deficiência também são pessoas, titulares dos direitos à dignidade e à igualdade. Por via de conseqüência, deve o Estado, a sociedade e a família respeitarem os direitos fundamentais conferidos a todos, dentre os quais o direito à educação.

“A educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais” (art. 1.º, Lei das Diretrizes e Bases da Educação Nacional - LDB).

Essa educação escolar se desenvolve, predominantemente, por meio do ensino, em instituições próprias (art. 1.º, § 1.º, da LDB) e o ensino, segundo o art. 206, I, da Constituição Federal, deve ser ministrado em igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Assim, notamos que a educação é processo de formação da pessoa, que começa na família, mas continua no convívio social, na escola, no trabalho e no lazer. Ela vai, portanto, além dos portões da escola, aqui considerada o espaço físico em cujo interior acontece a transmissão do conhecimento e o desenvolvimento das competências de cada educando.

A educação se desenvolve, também, no convívio social e humano e se a sociedade é formada pela diversidade humana, às pessoas com e sem deficiência deve ser garantida a convivência social na diversidade.

² Comentário Contextual à Constituição, Malheiros, 2.ª edição, 2006, pág. 37, destaquei.

³ Obra citada, pág. 38, destaquei.

⁴ Cf. José Afonso da Silva, obra citada, pág. 36.

Afinal, a integração da pessoa com deficiência na vida comunitária é também preceito constitucional (art. 203, IV) e se a escola é também espaço de convivência social, além de transmissão de conhecimento, deve incluir todos, inclusive as pessoas com deficiência.

Ademais, o art. 21, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei n.º 9.394/96), que está inserido no Título V, mais precisamente dentro do Capítulo I, que trata da composição dos níveis escolares, dispõe que a educação escolar é composta pela educação básica e superior, sendo naquela compreendida a educação infantil, a fundamental e a média.

Encontramos aí, mais um fundamento para a inclusão da pessoa com deficiência na escola regular.

A educação especial, que é aquela direcionada aos educandos com necessidades especiais, dentre os quais se encontram algumas pessoas com deficiência física, mental, sensorial ou múltipla, foi tratada no Capítulo V, da LDB, mais precisamente do art. 58 ao 60. Está fora, portanto, do art. 21. Logo, não foi considerada nível escolar.

Aliás, a própria Constituição Federal, no art. 208, III, fala em atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência e não em educação especial.

“Atendimento” nada mais é do que o ato ou efeito de atender⁵, que, por sua vez, significa “dar atenção a, responder a, receber, dar solução a, resolver, prestar socorro, acudir”⁶. Assim, se a pessoa com deficiência tem direito a atendimento educacional especializado, o Estado deverá garantir-lhe todos os recursos arquitetônicos, tecnológicos, pedagógicos e humanos que forem necessários ao seu aprendizado, nos dois níveis de educação escolar, ou seja, na básica e a na superior, sob pena dos objetivos da educação traçados no art. 205, da C.F., não serem alcançados pela pessoa com deficiência.

Fica claro, então, que a Constituição Federal não instituiu uma educação especial para o educando com deficiência, ela somente conferiu-lhe o atendimento educacional especializado, ou seja, a garantia de ter, em todos os níveis de ensino (infantil, fundamental, médio e superior), os recursos educativos de que necessitar para conseguir aprender e se desenvolver como pessoa humana, que tem direito à educação de qualidade (art. 206, VII, C.F.).

Errou, então, a LDB ao referir-se no Capítulo V à educação especial. A meu ver, o melhor teria sido que o título desse Capítulo V fosse “Do Atendimento Educacional Especializado”, harmonizando-se com o texto constitucional. A leitura dos arts. 58 a 60, da LDB, leva-nos a concluir que eles se referem ao atendimento especializado na educação escolar da pessoa com deficiência, pois fala em currículos, métodos, técnicas, recursos educativos, terminalidade específica para aqueles que não puderem atingir o nível exigido para a conclusão do ensino fundamental, em virtude de suas deficiências, aceleração para concluir em menor tempo o programa escolar para os superdotados; professores com especialização adequada em nível médio ou superior, para atendimento especializado, bem como professores do ensino regular capacitados para a integração desses educandos nas classes comuns; educação especial para o trabalho, visando a sua efetiva integração na vida em sociedade, inclusive condições adequadas para os que não revelarem capacidade de inserção no trabalho competitivo, mediante articulação com os órgãos oficiais afins, bem como para aqueles que apresentam uma habilidade superior nas áreas artística, intelectual ou psicomotor e acesso igualitário aos benefícios dos programas sociais suplementares disponíveis para o respectivo nível do ensino regular (art. 59). Ou seja, os recursos necessários para que a pessoa com deficiência, na escola regular, possa receber a educação de qualidade juntamente com as demais pessoas sem deficiência.

Esse atendimento especializado deve ser dado, **preferencialmente**, na escola regular e o verbo preferir, conforme anotou Rosita Edler Carvalho, “em nossa língua, significa dar primazia a, determinar-se por, escolher, achar melhor isto em vez daquilo, gostar mais de, etc. Em qualquer dessas conceituações, subentende-se que há uma escolha. Parece fora de dúvidas que, no caso específico da educação especial, essa escolha seria entre o atendimento educacional segregado e o integrado na escola do ensino regular. Com essa conotação, “preferencialmente” é um advérbio afirmativo que evidencia a escolha ou a prioridade conferidas às escolas de ensino regular em vez das escolas especiais. Esta proposição corrobora o entendimento que se tem acerca da escola para todos, sem discriminações ou segregação de alunos, por suas características”⁷.

Como o termo “preferencialmente”, tal qual disposto no art. 208, III, C.F., induz a uma escolha (receber o atendimento especializado – e não a educação – na escola regular ou na especial), indaga-se a quem é direcionada essa escolha. Tenho para mim, que o é ao próprio educando com deficiência, pois o direito subjetivo à educação é dele e não do Estado, que, conforme mandamento constitucional, tem o **dever** de fornecer-lhe educação de qualidade (art. 205 e 206, VII, C.F.). Para tanto, **deve** o Estado adequar o ensino e o local onde ele é ministrado, a fim de que estejam preparados para receber o aluno com e sem deficiência, fornecendo àquele todos os recursos educativos de que necessitar para apreender todo conhecimento que for passado aos demais alunos com os quais estará convivendo socialmente na escola.

Assim, sustentamos que o atendimento educacional especializado em nada diz respeito à educação especial. A Constituição Federal não previu educação especial para as pessoas com deficiência, mas educação para todos com atendimento educacional **especializado** para aquelas.

⁵ Cf. Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, em “Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa”, Nova Fronteira, 2.ª edição, pág. 192.

⁶ Em “Mini Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa”, Ed. Objetiva, 2.ª edição, 2004, pág. 72.

⁷ “A Nova LDB e a Educação Especial”, WVA, 2.ª edição, 1998, pág. 94.

“Educando todos os alunos juntos, as pessoas com deficiências têm oportunidade de preparar-se para a vida na comunidade, os professores melhoram suas habilidades profissionais e a sociedade toma a decisão consciente de funcionar de acordo com o valor social da igualdade para todas as pessoas, com os conseqüentes resultados de melhoria da paz social. Para conseguir um ensino inclusivo, os professores em geral e especializados, bem como os recursos, devem aliar-se em um esforço unificado e consistente”⁸.

A escola inclusiva, portanto, será, no dizer de Lauro Luiz Gomes Ribeiro, “aquela que se constrói, a partir da permanente interação entre os vários atores educacionais, partilhando responsabilidades e estimulando a colaboração e o convívio fraterno e solidário, empenhada em mudar para atender a toda gama de necessidades educacionais identificadas, sem levar em conta as condições sociais, físicas, mentais e de saúde de seu alunado”⁹.

Concluímos, então, que o direito fundamental previsto no art. 6.º, “caput” e no art. 205, ambos da Constituição Federal, nada mais é do que a **educação inclusiva** e de qualidade, ou seja, aquela que é dever do Estado e da família e direito de todos e a todos deve ser oferecida em igualdade de condições, sem preconceito e discriminação, com garantia de acesso e permanência na escola **regular** e atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência, em todos os níveis de escolaridade.

Diante da educação inclusiva como direito fundamental, é bem verdade que atualmente o Poder Público tem aceitado a matrícula do aluno com deficiência no ensino regular. E nem poderia ser diferente, porque o mandamento constitucional, como dissemos, é nesse sentido e também porque a recusa, sem justa causa, da matrícula da pessoa com deficiência no ensino regular é tida como crime, conforme art. 8.º, inciso I, da Lei n.º 7.853/89. Porém, o que temos verificado, é que esse aluno chega até a escola, ainda que com dificuldade, devido à falta das adaptações arquitetônicas, mas não tem participado satisfatoriamente do aprendizado, pois lhe faltam os recursos pedagógicos e humanos (atendimento educacional especializado) para que consiga interagir com o professor, com os colegas de classe, com os funcionários da escola e com os demais alunos.

Mesmo sendo dever do Estado, este delegou às escolas particulares a incumbência de educar. Todavia elas devem observar as condições fixadas pelo art. 209, da Constituição Federal, que, em seu inciso I, aponta o dever de cumprirem as normas gerais da educação nacional, dentre as quais aquelas que apontam o direito da pessoa com deficiência em estudar na escola regular, ainda que privada. Na prática, porém, o que vemos é resistência de boa parte do ensino privado quanto à inclusão da pessoa com deficiência na escola regular, utilizando, dentre outros argumentos, o de que essa obrigação pertence tão somente ao Poder Público, o que, às vezes, é cancelado por representantes deste.

Ou seja, há falta ou precariedade de investimento público e privado (quanto às escolas particulares) no oferecimento do atendimento educacional especializado às pessoas com deficiência para que elas possam ser incluídas no ensino regular, tal qual determinou a Constituição Federal que, repetimos, estabeleceu como direito fundamental a educação inclusiva.

Em razão das dificuldades que as escolas regulares enfrentam hoje em dia, diante do desafio da inclusão da pessoa com deficiência, seus pais ou responsáveis e mesmo muitos diretores de escolas, acabam defendendo a idéia de que o melhor para o aluno com deficiência é estudar nas escolas especiais, posto que elas estão melhores equipadas com recursos materiais e humanos para os acolherem, embora em grande parte, não ofereçam conteúdo pedagógico, limitando-se a ensinar noções de higiene, alimentação e comunicação, sem preocuparem-se em qualificá-los para vida em comunidade e para o trabalho.

Não podemos, porém, nos esquecer de que o direito fundamental à educação **inclusiva** é do educando e não do Estado, da sociedade ou da família (art. 205, C.F.). Não podemos nos esquecer, também, que as escolas especiais, como escolas que são, devem ter conteúdo pedagógico e se preocuparem com a transmissão da educação de qualidade. Elas têm importante papel no processo de transposição da fase de educação “exclusiva” para a da educação inclusiva, pois o conhecimento técnico específico que possuem podem e devem servir como rede de apoio às escolas regulares e às pessoas com deficiência para que isso aconteça com sucesso.

Ademais, “em geral, locais segregados são prejudiciais porque alienam os alunos. Os alunos com deficiência recebem, afinal, pouca educação útil para a vida real, e os alunos sem deficiência experimentam fundamentalmente uma educação que valoriza pouco a diversidade, a cooperação e o respeito por aqueles que são diferentes. Em contraste, o ensino inclusivo proporciona às pessoas com deficiência a oportunidade de adquirir habilidades para o trabalho e para a vida em comunidade. Os alunos com deficiência aprendem como atuar e interagir com seus pares no mundo “real”. Igualmente importante, seus pares e também os professores aprendem como agir e interagir com eles”¹⁰.

“Sem dúvida, a razão mais importante para o ensino inclusivo é o valor social da igualdade. Ensina-mos os alunos através do exemplo de que, apesar das diferenças, todos nós temos direitos iguais. Em contraste com as experiências passadas de segregação, a inclusão reforça a prática da idéia de que as diferenças são aceitas e

⁸ Cf. Susan e Willian Stainback, em “Inclusão – Um Guia para Educadores”, Artmed Editora, 1999, pág. 21.

⁹ Em texto escrito para a entidade “Mais Diferença”, como colaboração ao projeto sobre inclusão e educação – Caixa de Formadores – Prefeitura Municipal de Osasco.

¹⁰ Cf. Susan e Willian Stainback, obra citada, pág. 25.

respeitadas. Devido ao fato de as nossas sociedades estarem em uma fase crítica de evolução, do âmbito industrial para o informacional e do âmbito nacional para o internacional, é importante evitarmos os erros do passado. Precisamos de escolas que promovam aceitação social ampla, paz e cooperação".¹¹

"É simplesmente discriminatório que alunos com deficiências devam conquistar o direito ou estar preparados para serem incluídos na educação regular. Não é absurdo esperar que os pesquisadores educacionais provem que eles podem ser beneficiados da educação em turmas regulares, enquanto outros alunos têm acesso irrestrito ao ensino simplesmente porque não têm esse rótulo. Nenhum aluno deveria precisar ser aprovado em um teste ou esperar resultados de pesquisa favoráveis para viver e aprender como membros regulares da vida escolar comunitária. O ensino inclusivo faz sentido e é um direito básico – não é algo que alguém tenha de conquistar. Quando as escolas incluem todos os alunos, a igualdade é respeitada e promovida como um valor na sociedade, com os resultados visíveis da paz social e da cooperação..... Quando as escolas são excludentes, o preconceito fica inserido na consciência de muitos alunos quando eles se tornam adultos, o que resulta em maior conflito social e em uma competição desumana".¹²

Convivendo com as pessoas que são diferentes de nós teremos oportunidade de conhecer sua realidade, seu modo de agir, de pensar, de desejar, suas dificuldades, suas habilidades, pois a sociedade é formada por pessoas que se diferenciam entre si e essa diversidade é exatamente o que a enriquece. Com ou sem deficiência, todos temos potenciais para serem desenvolvidos em prol de si próprio e da sociedade, da qual fazemos parte. Basta que nos dêem oportunidades para que consigamos deixar aflorar as nossas capacidades. E a educação, na diversidade, é o grande "ponta-pé" inicial para que isso aconteça, pois ela gera desafios a serem vencidos e são esses desafios que acabam produzindo o desenvolvimento humano e social.

O pleno desenvolvimento da pessoa humana, na educação inclusiva, virá com o aprendizado do respeito à igualdade e à diversidade, livre do preconceito e da discriminação. Trará conquistas dos valores morais, pessoais, espirituais e culturais, bem como a troca de experiências e a convivência social e comunitária, culminando com a capacitação intelectual e profissional. Propiciará ao aluno sem deficiência a convivência com as diferenças, cooperando para o aprendizado da tolerância e do respeito às limitações do outro. Convém, aqui, mencionar que a LDB, em seu art. 3.º, inciso IV, prevê dentre os princípios do ensino o respeito à liberdade e apreço à tolerância. O enriquecimento pessoal, com a inclusão, não é, portanto, só da pessoa com deficiência, mas também da que não a tem.

A educação inclusiva, capacitando intelectual e profissionalmente a todos, inclusive as pessoas com deficiência, possibilitará a inclusão de todos no mercado de trabalho e este, como direito social e fundamental (art. 6.º, "caput"), no dizer de José Afonso da Silva, "é o meio mais expressivo de se obter uma existência digna"¹³.

Importante mencionar, ainda, que um dos fundamentos da ordem econômica é a valorização do trabalho humano, tendo como finalidade a existência digna, baseando-se nos princípios da soberania nacional e da redução das desigualdades regionais e sociais (art. 170, da Constituição Federal), ou seja, tudo isso coincide com os objetivos da República Federativa do Brasil.

Só que para que a pessoa consiga trabalho (direito social), necessário se faz que ela receba a educação e a educação tal qual disposta como direito fundamental, ou seja, a educação inclusiva (na diversidade), pois somente por meio dela é que todos (pessoas com e sem deficiência) serão qualificados para o trabalho (art. 205, CF) e todos (pessoas com e sem deficiência) terão oportunidade de encontrarem trabalho e com ele alcançarão a dignidade e, automaticamente, levará à erradicação da pobreza e da marginalização, à formação de uma sociedade livre, justa e solidária, contribuindo para que o país alcance o desenvolvimento e a soberania nacional e reduza as desigualdades regionais e sociais.

A educação inclusiva, por fim, efetiva a cidadania, pois, conferindo à pessoa humana, com e sem deficiência, todos os direitos fundamentais, fará com que ela faça parte de uma sociedade livre, justa e solidária para cuja formação contribuiu.

Eis aí a importância da educação na diversidade.

Diante de tudo isso, fica evidente que ao Ministério Público cabe o dever de lutar pela implementação do direito fundamental à educação inclusiva, ou seja, a educação de todos em um só lugar: na escola regular.

Assim o é porque, se o Ministério Público tem por incumbência constitucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, "caput", da C.F.), sendo uma de suas funções a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II, C.F.), não se questiona que, sendo o direito à educação, direito fundamental (art. 6.º, "caput", C.F.) e considerando que a Constituição Federal estendeu esse direito a TODOS os brasileiros **indistintamente**, inegável que desse TODOS

¹¹ Idem, pág. 27.

¹² Idem, pág. 27.

¹³ Obra citada, pág. 186.

fazem parte as pessoas com deficiência, que têm assegurado o direito de frequentar o ensino regular (art. 208, III, C.F.) sem sofrer qualquer tipo de preconceito e discriminação (art. 3.º, IV, C.F.).

Logo, ao Ministério Público cabe a defesa do direito à educação da pessoa com deficiência no ensino regular, devendo isso ser prioridade de atuação de toda a instituição, pois por meio da educação inclusiva todos os demais direitos fundamentais serão alcançados.

Todavia, não podemos esquecer que os representantes do Ministério Público são seres humanos, na maioria "sem deficiência" - o que reforça a idéia da exclusão social - e, por não terem convivido ao longo de sua formação pessoal e educacional com pessoas com deficiência, não é difícil que tragam incutido em suas mentes pré-conceitos que atingem a grande parte da população formada pelas pessoas ditas "normais" ou "sem deficiência", como por exemplo: a inclusão do deficiente no ensino regular talvez não seja o melhor para ele e para os alunos que não têm deficiência: para estes, porque verão diminuir o ritmo escolar, já que terão que conviver com pessoas "especiais" em sua sala de aula, as quais demandarão maior atenção do professor que, por sua vez, não avançará tanto nas aulas para poder possibilitar que o aluno com deficiência acompanhe os ensinamentos. Para estes, porque, como os professores não estão preparados para recebê-los, não acompanharão as aulas e acabarão sofrendo o isolamento.

Isso faz com que não acreditando na relevância da convivência com a diversidade, haja certa fragilidade da instituição em lutar com afinco em prol da educação inclusiva.

Daí a importância dos membros do Ministério Público serem capacitados para poderem trabalhar na defesa da educação inclusiva. Não são somente os professores que necessitam da capacitação para conviverem com a diversidade. Nós, profissionais do Direito, também necessitamos do contato com as pessoas com deficiência para que sintamos as suas reais necessidades. Precisamos, também, buscarmos parceria com a área da educação para que melhor compreendamos como deve acontecer a inclusão da pessoa com deficiência no ensino regular, lutando para que alcancem o ensino de qualidade.

A mudança do paradigma da não inclusão da pessoa com deficiência deve acontecer também no Ministério Público para que assim ele possa, efetivamente, indicar, dentre suas prioridades, a defesa desse direito fundamental, cobrando dos Poderes Públicos e da sociedade a efetividade da educação inclusiva, possibilitando às pessoas com e sem deficiência de conviverem entre si na escola regular, que, para incluir e dar educação de qualidade, deverá rever seus conceitos e métodos de ensino e avaliação, deixando de estimular a competição para se preocupar com a formação de cidadãos.

As dificuldades para concretização da inclusão educacional são muitas, mas elas não podem servir de pretexto para não avançarmos. Mas não podemos desanimar com as dificuldades encontradas para efetivação da educação inclusiva, pois não se muda, de uma hora para outra, o paradigma da exclusão para o da inclusão. O importante é que temos visto movimentos frequentes e propulsores para a implementação da educação para todos na escola regular. Os avanços têm acontecido, mas muito há ainda que ser feito para que os objetivos da educação previstos no art. 205, da Constituição Federal, sejam alcançados por todos, em especial, pelas pessoas com deficiência, que há décadas permaneceram segregadas do convívio social.

Tenho para mim que a inclusão da pessoa com deficiência no ensino regular, como implicará na mudança do ensino como um todo, poderá contribuir para a melhoria da qualidade da educação no Brasil e para isso, o Ministério Público tem papel fundamental, necessitando, contudo, acreditar, de fato, nas vantagens que o ensino inclusivo oferece a TODOS.

3. CONCLUSÕES

a) Se a educação especial não é nível escolar, tanto que não foi tratada no art. 21, da LDB; se a sociedade é formada pela diversidade humana; se a igualdade é direito de todos (art. 5.º, "caput", C.F.), vedando-se o preconceito e qualquer forma de discriminação (art. 3.º, IV, C.F.), atribuindo-se à pessoa com deficiência, o direito à convivência social e comunitária (art. 203, IV, C.F.); se a escola, além de espaço de apreensão de conhecimento, é também espaço de convivência social na diversidade, forçoso reconhecer que o direito fundamental previsto no art. 6.º, "caput", da Constituição Federal é o direito à educação inclusiva.

b) Se a educação tem como objetivo o pleno desenvolvimento da pessoa humana, o exercício da cidadania e a qualificação para o trabalho; se somente com a educação que o ser humano tem condições de ser capacitado para o trabalho, que é direito social e fundamental (art. 6.º, C.F.) e por meio do qual terá assegurada a existência digna (art. 170, C.F.), contribuindo com o pleno desenvolvimento nacional (art. 3.º, II, C.F.), com a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3.º, III, C.F.), possibilitando a formação de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3.º, I, C.F.), a todos, em igualdade de condições, não podendo ficar de fora a pessoa com deficiência, deve ser direcionado o direito à educação.

c) A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional aponta apenas dois níveis de educação: básica (infantil, fundamental e médio) e superior (art. 21). Logo, a educação especial não é considerada nível escolar, mas sim **atendimento educacional especializado** (art. 208, III), que nada mais é do que recursos arquitetônicos, tecnológicos, materiais e humanos (art. 59, LDB), que os alunos com necessidades especiais, dentre os quais os com deficiência,

necessitam, em qualquer dos dois níveis escolares, para poderem ter garantido o acesso e permanência no ensino regular, com educação de qualidade.

d) A norma constitucional prevista no art. 208, III, da Constituição Federal, prevê o direito da pessoa com deficiência de receber, preferencialmente na escola regular, o atendimento educacional especializado (recursos pedagógicos) e não o direito à educação, que, como dito, deve, pela igualdade e convivência social e comunitária, ser-lhe prestada na escola regular, juntamente com as pessoas sem deficiência.

e) Embora o art. 205, da Constituição Federal fale em dever do Estado, à iniciativa privada foi aberto o direito ao ensino, desde que cumpra as normas gerais da educação nacional (LDB), que, por ser infra-constitucional, deve respeitar o direito fundamental à educação inclusiva.

f) Às escolas públicas e privadas, portanto, cabe, por dever constitucional (art. 205, CF) providenciar a adaptação arquitetônica e pedagógica, a fim de que acolham, obrigatoriamente, as pessoas com deficiência, a quem também é dado o direito ao acesso e permanência no ensino regular (art. 206, I, C.F.).

g) As escolas especiais, como escolas que são, devem ter conteúdo pedagógico e oferecer educação de qualidade (art. 206, VII, C.F.).

h) As escolas especiais, em razão das inúmeras dificuldades por que passam as escolas regulares, públicas e privadas, que até então não eram inclusivas e com o advento da Constituição Federal de 1988 devem ser, terão papel de grande importância na transição do ensino excludente para o ensino inclusivo, uma vez que, pelos recursos humanos e materiais especializados que possuem, poderão auxiliar os profissionais das escolas regulares na prestação do atendimento educacional especializado aos alunos com deficiência (art. 208, III, C.F.).

i) O Ministério Público, em razão de ter recebido a incumbência constitucional de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, "caput", da C.F.), sendo uma de suas funções a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição Federal, promovendo medidas necessárias a sua garantia (art. 129, inciso II, C.F.), deve ter como prioridade a defesa do direito à educação inclusiva, pois somente por meio dela que os fundamentos e objetivos da República Federativa do Brasil serão atingidos.

j) O Ministério Público deve capacitar seus membros para as questões ligadas à deficiência, pois, em razão da exclusão que perdurou por décadas, muitos deles não conviveram com a diversidade e, portanto, precisam quebrar pré-conceitos e percorrer os caminhos da educação para que possam lutar pela sua real e eficaz implantação da inclusão, cooperando para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da qual todos, sem exceção, façam parte com igualdade de direitos, dignidade e cidadania.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A TUTELA DO DIREITO À INCLUSÃO ESCOLAR DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

Naide Maria Pinheiro e Rebecca Monte Nunes Bezerra

Promotoras de Justiça/RN

1. EXPOSIÇÃO

A Constituição Federal Brasileira, que elege como fundamentos da República a cidadania e a dignidade da pessoa humana (art. 1º, incisos I e III, CF/88), trazendo como um dos seus objetivos fundamentais a promoção do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (art. 3º, inc. IV, CF/88), e, ainda, que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza (artigo 5º, *caput*), estabelece, em seu artigo 6º, *caput*, a educação como um dos direitos sociais do indivíduo.

Como se é por demais sabido, está inserida na própria Constituição Federal a garantia da educação para **todos** (artigo 205), bem como os seus principais objetivos, não podendo a escola regular deixar de receber qualquer aluno em razão de sua deficiência, devendo preparar efetivamente os seus alunos para o exercício da cidadania.

Então, cristalino é o direito do aluno com deficiência à educação, o qual deve frequentar a escola comum da rede regular de ensino, juntamente com outros colegas que não tenham qualquer deficiência, na mesma sala de aula e participando de todas as atividades culturais e sociais da escola, fazendo com que ele desenvolva o máximo do seu potencial, restando respeitado o seu direito à diversidade. Por consequência, não pode a escola regular deixar de receber qualquer aluno em razão de sua deficiência.

Em alguns casos, pode ocorrer que o aluno com deficiência, além de frequentar a sala de aula de sua escola, também necessite de atendimento educacional especializado, visando ao seu melhor desenvolvimento e aprimoramento de suas habilidades, devendo este ser oferecido preferencialmente na rede regular de ensino, como assegura a Constituição Federal, em seu artigo 208, inciso III, o qual aparece como um instrumento ou um complemento para o aluno com deficiência (nele podendo ser oferecido ao aluno o ensino do sistema Braille, da Língua Brasileira de Sinais - LIBRAS, orientação e mobilidade para o aluno cego, entre outras atividades).

Tamanha a importância do direito à educação que deve ser ela assegurada pelo Poder Público, por meio da oferta de seus próprios serviços ou por terceiros, tudo por intermédio da criação e manutenção de estabelecimentos de ensino adequados, sendo dever da família, de modo supletivo, promover e incentivar a educação. Daí porque, com fundamento de validade na própria Lei Maior, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/90), em seu artigo 55, determina que os pais ou responsáveis têm a obrigação de matricular seus filhos ou pupilos na rede regular de ensino.

Outro aspecto que merece destaque é a colaboração da Sociedade na promoção e no incentivo aos direitos de todos à educação, trazida pela Constituição Federal, em seu artigo 205, de onde emerge a obrigação da sociedade (e, portanto, também de cada um individualmente) de contribuir de forma ativa para a promoção da educação, que pode se dar desde a oferta de uma calçada acessível (possibilitando a utilização por todas as pessoas), até mesmo pela não discriminação do aluno com deficiência na escola regular.

Quanto à norma infraconstitucional já citada, a Lei n. 8.069/90 - Estatuto da Criança e do Adolescente -, que também reproduz o citado artigo 205 da Constituição Federal, em seu artigo 53, assegura à criança e ao adolescente igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, o direito de serem respeitados por seus educadores, o direito de contestar critérios de avaliação, o direito de organização e participação em atividades estudantis e o acesso à escola pública e próxima à sua residência.

Importante registrar que, embora apenas o Ensino Fundamental seja obrigatório pela Constituição Federal, não se pode recusar a matrícula da pessoa com deficiência na escola comum em qualquer nível escolar, sendo inclusive tipificado como crime a conduta de "recusar, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar, sem justa causa, a inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, por motivos derivados da deficiência que porta" (Lei n. 7.853/89, art. 8º, inciso I).

Para atender aos alunos com deficiência, necessário se faz que os estabelecimentos de ensino estejam livres de barreiras arquitetônicas, pedagógicas e de comunicação, sem olvidar a necessária e contínua capacitação de professores.

Mister destacar, ainda, que a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência ou Convenção de Guatemala (ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 198, de 13 de junho de 2001, e promulgado pelo Decreto n. 3.956, de 08 de outubro de 2001, da Presidência da República) reafirma que as pessoas com deficiência

“têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que as outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo o ser humano”.

E, tendo sempre como norte a dignidade do ser humano, pode o Ministério Público tutelar o direito das pessoas com deficiência à educação por intermédio de diversas ações.

Com efeito, a Constituição de 1988 incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*), também cabendo a ele promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei, para a proteção, prevenção e reparação de danos causados a interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos.

Ressalte-se, ainda, que tem o Ministério Público a função constitucional de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia, consoante ilação do artigo 129, inciso III, da Constituição Federal. Em decorrência desse comando constitucional o Promotor de Justiça deve atuar de diversas maneiras visando assegurar um dos mais nobres direitos fundamentais do ser humano que é a educação.

Para tanto, deve o Representante Ministerial fiscalizar a efetivação das políticas públicas relacionadas com a educação e seu reflexo na programação orçamentária (Plano Plurianual, Lei de Diretrizes Orçamentárias e Lei Orçamentária Anual) do Município e do Estado; observando, ainda, se na Comarca em que atua as crianças e adolescentes estão tendo acesso à escola mais próxima a suas residências; se o Poder Público está ofertando transporte escolar acessível; se os professores estão sendo capacitados e se estão realmente incluindo os alunos com deficiência em suas salas de aula; se há oferta de atendimento educacional especial de modo complementar, em horário diferente das atividades escolares regulares, por meio das salas de apoio, entre outras medidas.

Quanto à acessibilidade das edificações escolares, esta deve ser exigida no menor espaço de tempo possível, ainda mais diante do esgotamento do prazo conferido pelo parágrafo segundo do artigo 24 do Decreto Federal 5.296/04 para que os prédios públicos (inclusive os escolares) se tornassem acessíveis também às pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, observando-se que os estabelecimentos de ensino de qualquer nível, etapa ou modalidade, público ou privado, deverão proporcionar condições de acesso e utilização de todos os seus ambientes ou compartimentos para pessoas com deficiência ou com mobilidade reduzida, inclusive salas de aulas, bibliotecas, auditórios, ginásios e instalações desportivas, laboratórios, áreas de lazer e sanitários (artigo 24, *caput*, do Decreto n. 5.296/040). Em se tratando de estabelecimento de ensino privado, o prazo conferido pelo já mencionado Decreto é de 48 (quarenta e oito) meses após a sua publicação, ou seja, 02.12.2008. Portanto, é necessário que as escolas encontrem-se livres de obstáculos arquitetônicos, inclusive com a necessária sinalização tátil vertical e horizontal; além de oferecer mobiliário e comunicação também acessíveis, tudo isso no sentido de possibilitar o seu acesso e uso por todos, podendo o Órgão Ministerial celebrar um ajustamento de conduta com o Chefe do Poder Executivo no intuito de que sejam eliminados os obstáculos arquitetônicos e providenciado os demais equipamentos que se fizerem necessários, o que também pode ser buscado pelo ajuizamento de uma ação civil pública.

Outro aspecto de fundamental importância diz respeito ao atendimento do serviço de saúde, pois não há como alguns alunos com deficiência se desenvolverem satisfatoriamente na escola se eles não tiverem acesso a órteses (uma cadeira de rodas que atenda às suas necessidades, por exemplo), próteses, aos serviços de fonoaudiologia, fisioterapia, neurologia, psicologia, entre vários outros. Assim, o Promotor de Justiça também deve ficar alerta à prestação dos serviços de saúde pelos Municípios e pelo Estado, atuando no caso de inexistência ou insuficiência do serviço.

Também deve o Promotor de Justiça garantir o acesso e a permanência do aluno na escola, por intermédio de ações (medidas extrajudiciais ou judiciais) que visem à garantia da oferta regular do número de vagas suficientes para a demanda escolar, o envolvimento efetivo do aluno com deficiência em todas as atividades escolares – pois não basta que o aluno com deficiência seja recebido pela escola, a ele deve ser garantida a permanência e a efetiva participação nas aulas e demais atividades escolares (recreativas, cívicas, religiosas, entre outras) -, sendo constantemente estimulado a desenvolver o seu potencial.

O recenseamento da população em idade escolar, nos moldes da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, igualmente deve ser alvo de preocupação pelo Órgão do *Parquet*. E chegando ao seu conhecimento a recusa ou a falta de acesso à educação de alguma pessoa com deficiência, deverá o Promotor de Justiça providenciar o encaminhando o aluno para matrícula na rede regular de ensino, diretamente ou por intermédio do Conselho Tutelar, sem descuidar do aspecto criminal que deverá ter a devida atenção.

Pode o Representante Ministerial, ainda, contribuir de forma decisiva para a divulgação de direitos, ministrando palestras para a sociedade, diretores de escolas, professores, alunos e pais, ocasião em que serão tratados os aspectos legais da inclusão escolar e os principais direitos do aluno com deficiência; realizando audiências públicas, concedendo entrevistas ou elaborando material informativo a ser distribuído junto à população, entre outras ações.

É grande, portanto, a importância a existência de Promotorias especializadas na área de Direitos das Pessoas com Deficiência, bem como dos respectivos Centros de Apoio Operacional às Promotorias que atuam na área, os quais devem contar, inclusive, com uma equipe multidisciplinar mínima onde conste Arquiteto, Psicólogo, Assistente Social e Pedagogo para subsidiar a atuação ministerial pelo oferecimento de pareceres técnicos, estudos sociais de caso e outras perícias que se fizerem necessárias.

2. CONCLUSÃO

As atribuições conferidas ao Órgão Ministerial pela Constituição Federal de 1988 e legislação vigente impõem uma atuação efetiva do Membro do Ministério Público em defesa da educação escolar da pessoa com deficiência na rede regular de ensino.

3. BIBLIOGRAFIA

BRASIL. MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL, *Anais do III Seminário Nacional de Formação de Gestores e Educadores – Ensaios Pedagógicos*. Brasília, 2006.

MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, SECRETARIA DE EDUCAÇÃO ESPECIAL. *Inclusão: Revista da Educação Especial*. Ano 02, n. 03, dezembro/2006.

IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE TEMPO DE SERVIÇO PARA FINS PREVIDENCIÁRIOS, OBJETO DE SENTENÇAS E ACORDOS TRABALHISTA

Zélia Luiza Pierdoná¹

Procuradora da República/SP

Justificativa:

Muitos segurados e dependentes buscam o Poder Judiciário (Federal e Estadual, haja vista os preceitos do art. 109, I e seu §3º da CF) para ver modificada a decisão do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS que não concede benefícios previdenciários quando a única fundamentação é a sentença ou o acordo homologado junto à Justiça Laboral. Assim, considerando que os membros do Ministério Público Federal e Estadual atuam sobre referida questão, a presente tese tem por objetivo demonstrar que o ordenamento jurídico impossibilita o reconhecimento do tempo de serviço, objeto de sentenças e acordos homologado pela Justiça do Trabalho, para fins previdenciários.

Síntese dogmática:

A legislação previdenciária (art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91) exige início de prova material para comprovação de tempo de serviço, o que não ocorre na legislação trabalhista. Por outro lado, a Constituição Federal estabelece a competência jurisdicional de cada Órgão do Poder Judiciário, sendo que compete à Justiça do Trabalho julgar as lides entre empregadores e empregados (art. 114 da CF), enquanto as lides previdenciárias (entre beneficiários da Previdência Social e a Autarquia Previdenciária) são julgadas pela Justiça Comum: Federal e Estadual (art. 109, I e § 3º da CF). Assim, as sentenças e acordos trabalhistas não podem ser opostos ao INSS para fins de comprovação da qualidade de segurado, sob pena de violar as disposições constitucionais e legais referidas acima.

Fundamentos jurídicos:

A Constituição Federal estabeleceu regras sobre a competência de cada um dos órgãos do Poder Judiciário. Nesse sentido, as lides laborais entre empregadores e empregados são dirimidas pela Justiça Especializada (Justiça do Trabalho, art. 114 da CF) e, as lides entre beneficiários da Previdência Social e a Autarquia Previdenciária são de competência da Justiça Comum: Federal e Estadual (art. 109, I e § 3º da CF).

Além disso, a legislação previdenciária (art. 55, § 3º, da Lei n.º 8.213/91) exige início de prova material para comprovação de tempo de serviço. Referida exigência não é aplicada na legislação do trabalho. A prestação de serviço e o correspondente recolhimento das contribuições são requisitos para a qualidade de segurado, a qual é necessária para a concessão de benefícios previdenciários.

Segurados e dependentes (no caso de pensão por morte) da Previdência Social, muitas vezes, requerem benefícios previdenciários, demonstrando a qualidade de segurado, apenas com cópia de sentença ou acordo homologado junto à Justiça Trabalhista. Nesses casos, o INSS nega o benefício requerido, sob o argumento da ausência de início de prova material. No nosso entendimento, conforme será demonstrado abaixo, citada negativa encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico.

A questão apresentada acima deve ser analisada sob dois aspectos: a obrigatoriedade ou não de o INSS

¹ Procuradora da República em São Paulo; Professora da Graduação e Pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Mestre e Doutora pela PUC/SP.

aceitar o registro na CTPS de tempo de serviço objeto de sentença ou acordo homologado na Justiça do Trabalho, em razão do preceito do art. 472 do Código de Processo Civil e, a prova tarifada, prevista no art. 55, § 3º da Lei n.º 8.213/91 (Lei de Benefício).

Entendemos que a análise do primeiro aspecto passa, obrigatoriamente, pela análise do segundo, uma vez que as sentenças e os acordos homologados na Justiça Trabalhista, sobre a existência ou não de relação empregatícia, não exigem início de prova material, como o faz a legislação previdenciária.

Assim, antes de analisarmos se o INSS pode ser obrigado a aceitar o registro da Carteira de Trabalho, decorrente de uma sentença ou um acordo trabalhista, em razão das disposições do art. 472 do CPC, devemos verificar se as disposições do § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91 não autorizam, por si só, que a Autarquia Previdenciária negue o mencionado registro.

Outro aspecto que precisa ser analisado é se as disposições do § 3º acima citado aplicam-se a todos os benefícios previdenciários ou somente à aposentadoria.

O § 3º, do art. 55 da Lei 8.213/91, assim dispõe:

A comprovação do tempo de serviço para os efeitos desta Lei, inclusive mediante justificação administrativa ou judicial, conforme o disposto no art. 108, só produzirá efeito quando baseada em início de prova material, não sendo admitida prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de motivo de força maior ou caso fortuito, conforme disposto no Regulamento.

O texto legal acima transcrito estabelece a designada prova tarifada, uma vez que exige início de prova material. Analisando o preceito, observamos que o início de prova material estende-se a todos os benefícios que têm como pressuposto a comprovação de tempo de serviço.

Nesse sentido, entendemos que no caso do benefício previdenciário de pensão por morte também é aplicada a prova tarifada, haja vista que a qualidade de segurado do segurado obrigatório pressupõe o exercício de atividade remunerada, com a correspondente contribuição.

Assim, se o exercício da atividade é decorrente da comprovação de tempo de serviço e, se referido exercício garante a qualidade de segurado, a qual é necessária para fins de recebimento do benefício de pensão por morte, para fins previdenciários, obrigatoriamente, a comprovação, mesmo que objetivando o benefício de pensão, somente produzirá efeito quando baseada em início de prova material.

Quanto aos meios de produção de provas, bem como, quanto à apreciação da prova produzida em juízo, há regras estabelecidas no Código de Processo Civil. No que tange aos meios probatórios, o art. 332 do Estatuto Processual, como regra geral, admite todos os meios de prova, desde que idôneos e moralmente legítimos. Quanto à apreciação das provas produzida, o art. 131, do referido diploma legal, adotou o princípio da livre convicção motivada, o qual estabelece a liberdade de apreciação.

Entretanto, as regras gerais, quanto aos meios e quanto à avaliação da prova, devem ser interpretadas à luz dos preceitos do direito material específico. Nesse sentido é a lição da doutrina², abaixo transcrita:

Uma advertência faz-se necessária, neste ponto, acerca do tema da apreciação judicial da prova. Cabe ao direito processual, em princípio, estabelecer o sistema a ser seguido, o que, no caso do processo civil brasileiro, vem definido no art. 131 do CPC, em que consagrado o princípio do livre convencimento motivado (ou da persuasão racional); essa interpretação, todavia, não é na verdade inteiramente livre, mas sujeita-se justamente às regras de direito material que ao direito processual incumbe fazer observar.

Tem o juiz, dessa forma, liberdade para valorar a qualidade e a credibilidade das provas disponíveis nos autos, de acordo com sua convicção íntima (pode, por exemplo, recusar o laudo de seu próprio perito, ou dar credibilidade à testemunha única de uma parte, em detrimento de cinco arroladas pela parte adversa); não pode fugir, entretanto, aos postulados do direito substancial sobre a forma obrigatória ou sobre requisitos mínimos de provas aplicáveis a certos atos ou fatos, como também não pode ignorar os preceitos de admissibilidade próprios de cada meio de prova e finalmente a força probatória a eles atribuída pelo direito substancial em determinados casos, ou ainda as presunções ali fixadas. Em outras palavras, o livre convencimento se exerce quanto às provas juridicamente admissíveis e nos limites em que toleradas caso a caso, não podendo ser invocado para justificar a adoção pelo juiz de critério próprio de admissibilidade e valor jurídico para as provas. (grifo nosso)

Nesse sentido, o § 3º do art. 55 da Lei 8.213/91, estabelece a prova tarifada, exigindo início de prova material para fins de comprovação de tempo de serviço, excluindo, portanto, a prova exclusivamente testemunhal, salvo na ocorrência de caso fortuito ou força maior.

² Código de processo civil interpretado / Antonio Carlos Marcato, coordenador. - São Paulo: Atlas, 2004, p. 992.

O STF tem admitido, reiteradamente, a prova tarifada. Reconheceu a legitimidade do preceito do §3º do art. 55 da Lei 8.213/91, no RE nº 226.588-9/SP, conforme se pode observar abaixo:

RE 226588 / SP - SÃO PAULO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO

Julgamento: 15/08/2000 Órgão Julgador: Segunda Turma

Publicação DJ 29-09-2000 PP-00098 EMENT VOL-02006-03 PP-00553

Parte(s)

RECTE. : DORSOLINA ALVES BEZERRIL

ADVDO. : LUIZ ANTÔNIO SPOLONE OUTRO

RECDO. : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

ADVDO. : JURANDIR FREIRE DE CARVALHO

Ementa

APOSENTADORIA - TEMPO DE SERVIÇO - PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL - INADMISSIBILIDADE COMO REGRA. A teor do disposto no § 3º do artigo 55 da Lei nº 8.213/91, o tempo de serviço há de ser revelado mediante início de prova documental, não sendo admitida, exceto ante motivo de força maior ou caso fortuito, a exclusivamente testemunhal. Decisão em tal sentido não vulnera os preceitos dos artigos 5º, incisos LV e LVI, 6º e 7º, inciso XXIV, da Constituição Federal.

Também na ADI nº 2.555-4/DF, o STF reconheceu a constitucionalidade do início de prova material.

ADI 2555 / DF - DISTRITO FEDERAL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

Relator(a): Min. ELLEN GRACIE

Julgamento: 03/04/2003 Órgão Julgador: Tribunal Pleno

Publicação DJ 02-05-2003 PP-00025 EMENT VOL-02108-02 PP-00241

Parte(s)

REQTE. : PARTIDO TRABALHISTA BRASILEIRO - PTB

ADVDO. : ITAPUÃ PRESTES DE MESSIAS

REQDO. : PRESIDENTE DA REPÚBLICA

REQDO. : CONGRESSO NACIONAL

Ementa

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ART. 54 DO ADCT. PENSÃO MENSAL VITALÍCIA AOS SERINGUEIROS RECRUTADOS OU QUE COLABORARAM NOS ESFORÇOS DA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. ART. 21 DA LEI Nº 9.711, DE 20.11.98, QUE MODIFICOU A REDAÇÃO DO ART. 3º DA LEI Nº 7.986, DE 20.11.89. EXIGÊNCIA, PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, DE INÍCIO DE PROVA MATERIAL E VEDAÇÃO AO USO DA PROVA EXCLUSIVAMENTE TESTEMUNHAL. A vedação à utilização da prova exclusivamente testemunhal e a exigência do início de prova material para o reconhecimento judicial da situação descrita no art. 54 do ADCT e no art. 1º da Lei nº 7.986/89 não vulneram os incisos XXXV, XXXVI e LVI do art. 5º da CF. O maior relevo conferido pelo legislador ordinário ao princípio da segurança jurídica visa a um maior rigor na verificação da situação exigida para o recebimento do benefício. Precedentes da Segunda Turma do STF: REs nº 226.588, 238.446, 226.772, 236.759 e 238.444, todos de relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. Descabida a alegação de ofensa a direito adquirido. O art. 21 da Lei 9.711/98 alterou o regime jurídico probatório no processo de concessão do benefício citado, sendo pacífico o entendimento fixado por esta Corte de que não há direito adquirido a regime jurídico. Ação direta cujo pedido se julga improcedente.

O STJ, por meio da Súmula 149, assim se pronunciou: “a prova exclusivamente testemunhal não basta a comprovação da atividade rurícola, para efeito de obtenção de benefício previdenciário”.

Dessa forma, a questão já teria uma solução, uma vez que o acordo firmado na Justiça do Trabalho não tem a produção de qualquer prova, nem mesmo a testemunhal, a qual, para fins previdenciários, somente seria aceita na ocorrência de força maior ou caso fortuito.

A sentença trabalhista, por outro lado, também não exige início de prova material, podendo ser proferida apenas com base em prova testemunhal. Assim, se eventualmente há início de prova material, referida prova poderá ser utilizada (prova emprestada), tanto na esfera Administrativa como na Judicial (Justiça Comum, Estadual ou Federal), não bastando, portanto, a juntada da Carteira de Trabalho, devidamente anotada, em razão da decisão da Justiça laboral.

O argumento freqüentemente apresentado, de que se estaria negando efetividade a decisão judicial deve ser afastado. Primeiro porque a decisão tem eficácia para fins trabalhistas (o problema é que a ação trabalhista, muitas vezes, é proposta com outros fins, que não os trabalhistas); segundo que a aceitação da decisão judicial – sentença ou a homologação do acordo, proferidos junto à Justiça do Trabalho – para fins previdenciários, tornaria letra morta

o dispositivo legal do § 3º do art. 55 da Lei nº 8.213/91; e, terceiro, porque isso violaria a distribuição da competência jurisdicional, estabelecida na Constituição: conflitos envolvendo a Previdência Social são julgados na Justiça Federal Comum e Justiça Estadual, nos termos do art. 109, *caput* e § 3º da Constituição e não na Justiça do Trabalho.

Não pode ser ignorado o fato de que muitas ações propostas na Justiça do Trabalho têm por objetivo exclusivo a obtenção de benefício previdenciário. Nesse sentido são as palavras de Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior³:

na verdade, muitas reclamações trabalhistas são ajuizadas com desvirtuamento de finalidade, ou seja, não visam dirimir controvérsia entre empregador e empregado, mas sim obter direitos perante a previdência Social. Em alguns casos há uma verdadeira simulação de reclamação, com o reconhecimento do vínculo empregatício por parte do empregador, em acordo. (grifos nosso).

A observação dos autores de que em muitos casos há verdadeira simulação para fins previdenciários, não pode ser ignorada. Muitos acordos proferidos junto à citada Justiça especializada acobertam crimes em face da Previdência Social.

A possibilidade de fraudes ocorre principalmente no caso do benefício de pensão por morte, uma vez que a legislação atual dispensa a carência. Assim, mesmo quando o *de cujus* efetivamente tenha trabalhado, acordos são feitos com um período bem inferior àquele efetivamente trabalhado. Esta subscritora, no ano de 2003, participou de uma audiência no Juizado Especial Federal em São Paulo, na qual foi constatado que o *de cujus* havia trabalhado por aproximadamente dez (10) anos e o acordo trabalhista foi firmado com período inferior a um ano. O empregador recolheu as contribuições do período acordado, deixando de recolher mais de nove (9) anos. Em uma situação como a descrita, não há prejuízo para o dependente, uma vez que o benefício é calculado pela média das contribuições recolhidas. Inclusive, a fraude pode ser ainda maior: recolhe por um período menor, sobre valores maiores. A média será maior e o dependente receberá uma pensão maior. Entendemos que o benefício previdenciário, assim como as contribuições recolhidas devem refletir a realidade.

Nem se pode apresentar o contra-argumento da presunção de inocência, pois, além de comprometer a imagem da Justiça brasileira, em matéria previdenciária, a lei exige início de prova material.

Temos observado que muitos aplicadores do direito defendem o direito à previdência e esquecem do dever correlato. Entretanto, mencionado direito social é concedido se cumprido o dever previsto na Constituição (art. 201). Nesse sentido, conceituamos⁴ previdência social como:

direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, que garante recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral. É, no entanto, direito fundamental que depende do cumprimento de um dever fundamental correlato: necessidade de contribuição do segurado.

A ausência de carência garante o recebimento do benefício de pensão, com o reconhecimento de qualquer período, desde que presente a qualidade de segurado. Assim, mesmo na hipótese de um longo período de trabalho, o reconhecimento de um tempo reduzido, permite o recebimento do citado benefício.

Em razão disso, a ausência de carência deve ser interpretada no conjunto dos preceitos da legislação previdenciária: ao mesmo tempo que a lei dispensa a carência, exige o início de prova material para comprovar tempo de serviço. Do contrário, o Poder Judiciário poderá ser palco de legitimação de fraude contra o conjunto dos beneficiários da Previdência Social, já que seus recursos, segundo o art. 167, XI da Constituição, somente poderão ser utilizados para o pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

Dessa forma, diante da ausência de início de prova material, não há que falar em considerar os períodos objeto de acordos ou sentenças trabalhistas, para fins previdenciários.

A argumentação apresentada acima já seria suficiente para impedir o reconhecimento do tempo de serviço reconhecido em sentenças e acordos homologados junto à Justiça Especializada. Entretanto, o art. 472 do CPC dispõe que a sentença faz coisa julgada às partes entre as quais é dada, não beneficiando, nem prejudicando terceiros”.

Diante do referido dispositivo, perguntamos: como pode o INSS ser obrigado a aceitar os termos de uma sentença ou acordo trabalhista? Entendemos que não se pode alegar que a execução de ofício das contribuições

³ in Comentários à lei de benefícios da previdência social, 6. ed. Rev. Atual. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed.: Esmafe, 2006, p. 232.

⁴ in Dicionário Brasileiro de Direito Constitucional / Coordenador geral Dimitri Dimoulis, São Paulo : Saraiva, 2007

previdenciárias na Justiça do Trabalho o tornaria parte, uma vez que, além de o INSS não poder desfazer o acordo ou a sentença, pois ambos têm validade jurídica para fins trabalhistas.

Nesse sentido, concordamos com Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, para os quais⁵ “sua admissibilidade como meio de prova de tempo de contribuição para fins previdenciários possui, a nosso ver, um óbice intransponível: a eficácia subjetiva da coisa julgada. Não tendo o Instituto integrado a lide, não poderá sofrer os efeitos da decisão nela proferida”.

Os autores, assim como nós defendemos acima, sustentam ainda que “a competência para conhecer de questões relativas à contagem do tempo de serviço destinado à obtenção de benefícios é da Justiça Federal”. Sustentam, ainda, que os documentos juntados no processo trabalhista poderão ser utilizados como elementos de convicção pela autoridade administrativa ou na ação previdenciária proposta na Justiça competente. Isso, é obvio, quando há documentos juntados na ação trabalhista, o que raramente ocorre nas hipóteses de acordo. Mesmo quando é proferida sentença, ela pode basear-se apenas em prova exclusivamente testemunhal.

Assim, a negativa da autarquia previdenciária em aceitar o tempo de serviço, objeto de sentença ou acordo firmados junto à Justiça do Trabalho, encontra fundamento de validade no ordenamento jurídico. Referidas sentenças e acordos têm eficácia na esfera trabalhista. Para fins previdenciários, os beneficiários deverão apresentar início de prova material, tanto no âmbito administrativo quanto no judicial (Justiça Comum: Federal e Estadual).

⁵ in Comentários à lei de benefícios da previdência social, 6. ed. Rev. Atual. - Porto Alegre : Livraria do Advogado Ed.: Esmafe, 2006, p. 233.

PROTEÇÃO SOCIAL BRASILEIRA: DIFERENÇAS ENTRE PREVIDÊNCIA E ASSISTÊNCIA SOCIAL

Zélia Luiza Pierdoná¹

Procuradora da República/SP

Justificativa

A Constituição de 1988 instituiu um importante instrumento de proteção social, que tem como característica principal a universalidade. Referida proteção foi denominada “seguridade social”, a qual é formada por três direitos sociais, sendo que, cada um dos direitos componentes, dentro de sua área de atribuição, protege seus destinatários e, no conjunto, todos são protegidos, atingindo, dessa forma, a mencionada universalidade (proteção de todos).

Nesse sentido, temos afirmado² que a seguridade social apresenta duas faces: uma delas visa garantir a saúde a todos; a outra, objetiva a garantia de recursos para a sobrevivência digna dos cidadãos, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Nesta segunda face encontramos a previdência e a assistência, sendo que neste trabalho pretendemos justamente apontar as diferenças entre os dois últimos direitos, com o objetivo de contribuir para que os aplicadores do direito, em especial, os membros do Ministério Público brasileiro, possam, no exercício de suas atribuições, estabelecer as diferenças entre a previdência e assistência e, assim, dar efetividade à proteção social na forma instituída pela Constituição de 1988.

Muitos aplicadores do direito têm entendido a previdência social como assistência, contribuindo, não somente para o desenvolvimento de um Estado assistencialista, como principalmente, para a implementação da proteção social defendida pelo Banco Mundial, o qual prevê um benefício mínimo a todos os cidadãos, sem a diferenciação da proteção destinada aos trabalhadores, sendo o restante da proteção destinada à previdência privada. Ou seja, quando, na prática diária, defendemos a implementação dos direitos previdenciários como se fossem assistenciais, estamos contribuindo, indiretamente, para a extinção da previdência social e implementação generalizada da previdência privada.

Síntese dogmática

A seguridade social apresenta duas faces: uma delas visa garantir a saúde a todos; a outra, objetiva a garantia de recursos para a sobrevivência digna dos cidadãos, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Nesta segunda face encontramos a previdência e a assistência.

A previdência social visa proteger o trabalhador quando diante da incapacidade laboral. De forma diversa das demais áreas da seguridade, a previdência exige contribuição para que os beneficiários tenham acesso à proteção social, a qual tem correspondência com a remuneração recebida na atividade laboral, garantindo, dessa forma, o padrão médio do trabalhador.

A assistência social, por outro lado, independe de contribuição, e diferentemente da previdência, visa à garantia do padrão mínimo àqueles que não são protegidos pela previdência, nem pela assistência privada (família). Referido direito social garante a universalidade da seguridade social e tem como destinatários os necessitados.

Assim, os requisitos para a concessão de benefícios previdenciários e assistenciais são diversos. Aqueles dependem de contribuição do segurado, enquanto que os assistenciais não a exigem. A previdência destina-se aos

¹ Procuradora da República em São Paulo; Professora da Graduação e Pós-graduação da Universidade Presbiteriana Mackenzie; Mestre e Doutora em Direito pela PUC/SP.

² Em diversos artigos de nossa autoria, dentre os quais, “A proteção previdenciária da mulher como exercício de cidadania”, in Trabalho de Mulher: mitos, riscos e transformações, Org. Adriane Reis de Araujo e Tânia Fontenele-Mourão, São Paulo, Ltr, 2007.

trabalhadores (segurados que têm o dever de contribuir) e seus dependentes. A assistência social tem como destinatário os necessitados, os quais precisam demonstrar referida condição.

1. O sistema de seguridade social na Constituição de 1988

O art. 194 da CF preceitua 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. Em seu parágrafo único estabelece os princípios aplicáveis à seguridade social, ao qual devem ser acrescidos outros enunciados, como o *caput* do art. 195, seus §§ 5º e 9º. O financiamento está previsto no art. 195, também, da CF.

A partir dos dispositivos constitucionais, conceituamos seguridade social como o sistema de proteção social previsto na CF/88 que tem por objetivo a proteção de todos, nas situações geradoras de necessidades, por meio de ações de saúde, previdência e assistência social, constituindo-se no principal instrumento criado pela atual Constituição para a implementação dos objetivos do Estado brasileiro, em especial, a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais. Sua efetivação tem como base o princípio da solidariedade, uma vez que o financiamento do referido sistema está a cargo de toda sociedade.

A seguridade social, assim como as demais áreas da Ordem Social, tem como base o primado do trabalho e como objetivos o bem-estar e a justiça sociais (art. 193 da CF). Referido dispositivo introduz a ordem social, na qual a seguridade social está inserida. O enunciado do art. 193 tem estrita relação com os fundamentos (art. 1º, III e IV) e os objetivos (art. 3º, I e III) do Estado brasileiro.

O fundamento “valor social do trabalho”, expresso no inciso IV do art. 1º, foi, também, determinado pela Constituição como a base da “Ordem Social” – “o primado do trabalho”³, bem como, fundamento da “Ordem Econômica.

1.1. Responsabilidade pelas ações de seguridade social

Além de determinar as áreas que compõem referido sistema, o *caput* do art. 194 da CF estabelece que as iniciativas das ações de seguridade são de responsabilidade dos poderes públicos e da sociedade, demonstrando, com isso, que a responsabilidade pela sua efetivação não é exclusiva do Estado, embora quando este atue, o faça em nome da coletividade.

Com isso, o nosso sistema de seguridade social inclui também a assistência privada (como por exemplo, a família). Nesse sentido, podemos, em poucas palavras, sustentar que a seguridade social apresentou quatro fases: assistência privada, assistência pública, seguro social (previdência social) e seguridade social. Isso não significa que a cada nova fase foi extinta a fase ou fases anteriores. Ao contrário, o processo deu-se de forma cumulativa, uma vez que a seguridade social congrega a assistência privada e pública, o seguro social, bem como a saúde.

Dessa forma, como a sociedade também é responsável pelas ações de seguridade social, podemos afirmar que o sistema de proteção social implantado pela CF/88 abrange também a assistência privada.

O parágrafo único do art. 194 da CF estabelece os princípios específicos da seguridade social, aos quais devem ser acrescidos outros enunciados, como o *caput* do art. 195 e seu § 5. Abaixo, apresentaremos os referidos princípios.

1.2. Princípios específicos de seguridade social

Princípio da universalidade da cobertura e do atendimento: O princípio enunciado no art. 194, parágrafo único, inciso I da CF, revela a adoção de um sistema protetivo amplo, o único capaz de atingir o bem-estar e a justiça sociais, que são objetivos da ordem social, conforme art. 193, já comentado. O princípio em apreço está em consonância com o sistema adotado - seguridade social, uma vez que esta amplia a idéia de seguro social, o qual é dirigido apenas aos trabalhadores.

Conforme vimos, a proteção social passou por diversas fases: assistência privada, assistência pública, previdência social ou seguro social e seguridade social.

A seguridade social, fruto do constitucionalismo social que conferiu dignidade constitucional à questão social, é o instrumento utilizado pelo Estado para realizar o bem-estar e a justiça sociais, o que somente será realidade

³ Mas mesmo que não estivesse expresso no art. 193 da Constituição Federal, por ser fundamento da República Federativa do Brasil, conforme inciso IV do art. 1º, o valor social do trabalho é diretriz para todos os preceitos constitucionais.

⁴ O mínimo indispensável a uma vida digna foi objeto da Convenção 102 da Organização Internacional do Trabalho, aprovada na XXXV Conferência Internacional do Trabalho, em 1952, denominada norma mínima de seguridade social, a qual já foi citada neste trabalho, – por sua própria denominação revela seu conteúdo: estabelece o mínimo que cumpre aos Estados prestar em matéria de seguridade social, que já foi mencionada no presente trabalho.

quando todos tiverem acesso a um padrão mínimo. Por isso, o princípio da universalidade é intrínseco à seguridade, na medida em que cabe ao Estado e à sociedade garantir a todos o mínimo⁴ necessário.

O princípio em comento prevê a universalidade da cobertura e do atendimento. A universalidade da cobertura corresponde às situações de riscos (objetos da seguridade social). É o elemento objetivo da universalidade. Constitui um vir a ser, uma vez que somente haverá a universalidade propriamente dita quando todas as situações de risco forem atendidas.

Já a universalidade do atendimento, que é a dimensão subjetiva do princípio, está ligada aos destinatários das prestações de seguridade social.

A universalidade deve ser entendida no sistema de seguridade social como um todo: em relação à saúde, todos são seus destinatários. Já no que tange aos recursos para a sobrevivência, quando diante da incapacidade de auferi-los por conta própria, temos a previdência, a qual é dirigida aos trabalhadores e seus dependentes, e a assistência que é destinada aos necessitados. O mencionado princípio relaciona-se às prestações e aos beneficiários da seguridade social.

A universalidade é o primeiro princípio específico; a partir dele, devem ser compreendidos os demais. É também pela universalidade que haverá a efetividade da isonomia.

Princípio da uniformidade e equivalência das prestações às populações urbanas e rurais: o inciso II do parágrafo único do art. 194 estabelece a uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais. Historicamente, o tratamento dado ao trabalhador rural foi inferior àquele dispensado ao trabalhador urbano. Somente em 1963 foi iniciada a proteção aos trabalhadores rurais, e apenas por meio do Serviço Social Rural, com atividades assistenciais de serviços. Em 1971, a proteção foi ampliada, mas ainda muito inferior à prestada aos trabalhadores urbanos. A Constituição de 1988 uniformizou o tratamento protetivo para os trabalhadores urbanos e rurais.

O referido princípio também consagra a equivalência dos benefícios e serviços. Isso significa que as regras infraconstitucionais que não atendam ao conteúdo do princípio, tanto no que se refere aos tipos de prestações concedidas, quanto aos critérios para apuração do seu valor, não encontram fundamento de validade na Constituição. No entanto, deve-se observar que a equivalência dos benefícios e serviços deve ser isonômica, ou seja, se o trabalhador rural contribui de forma diversa do urbano, os benefícios deverão ter relação a sua forma de custeio. A própria Constituição, no § 8º do art. 195 estabeleceu forma diversa do segurado especial⁵ contribuir.

Princípio da seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços: acima, verificamos que a seguridade social tem como objetivo a universalização, sendo que o princípio ora em discussão revela uma contenção provisória. No caminho de sua efetivação, o legislador infraconstitucional, discricionariamente, deverá escolher etapas, selecionando os riscos sociais que serão cobertos por prestações. Porém, a discricionariedade não é total, pois, além de a própria Constituição ter apresentado vetores como doença, velhice, invalidez, etc., nos incisos do art. 201, o segundo comando do princípio - distributividade - determina que a escolha dos riscos a serem cobertos recaia sobre prestações que concretizem os objetivos da ordem social.

Princípio da irredutibilidade do valor dos benefícios: a irredutibilidade do valor dos benefícios, prevista no art. 194, parágrafo único, IV, está relacionada ao seu valor nominal. Ou seja, um benefício de R\$ 1.000,00 não pode ser reduzido a R\$ 950,00. Esse princípio também é aplicado à remuneração dos trabalhadores em atividade (art. 7º da CF), salvo acordo ou convenção coletiva de trabalho.

Outra questão é a manutenção do valor real dos benefícios previdenciários, a qual está prevista no § 4º do art. 201 da Constituição, assegurando "o reajustamento dos benefícios para preservar-lhes, em caráter permanente, o valor real, conforme critérios definidos em lei". Referido dispositivo, relaciona-se ao poder aquisitivo que deve ser observado no reajuste dos benefícios de previdência social. Ressaltamos que os critérios são fixados em leis e não podem afetar a preservação do valor real. Com efeito, não encontrará fundamento de validade, na Constituição, o indexador fixado pelo legislador que não preservar o valor real do benefício. Mas, por outro lado, na determinação do percentual de reajuste, deve ser considerado o enunciado do § 5º do art. 195, o qual contém o princípio da contrapartida.

Importante frisar que a manutenção do valor real é dirigida apenas a uma das áreas da seguridade (previdência social), enquanto a irredutibilidade do valor dos benefícios destina-se a toda a seguridade social.

Princípio da equidade na forma de participação no custeio: os princípios da equidade na forma de participação no custeio e da diversidade da base de financiamento referem-se ao custeio da seguridade.

Na equidade deve ser considerada a capacidade contributiva do sujeito passivo da obrigação, uma vez que o art. 193 traz como objetivo da ordem social a justiça social.

Mas a equidade na forma de participação no custeio não se reduz apenas na apreciação da capacidade contributiva. A ela devem ser acrescentadas as especificidades relacionadas com o sistema de seguridade social.

A primeira especificidade a ser considerada é a observância da relação entre a contribuição e as prestações,

⁵ Agricultor e pescador que trabalham em regime de economia familiar.

devendo ser estabelecidas contribuições segundo o risco⁶ apresentado pelo contribuinte. Se maior o risco social, maior a contribuição.

Outra especificidade, do princípio em comento, é a utilização da mão-de-obra, a qual não deixa de ser um desdobramento da especificidade acima comentada (produção de riscos sociais), uma vez que se a atividade utiliza pouca mão-de-obra estará contribuindo para a produção do risco social que a Constituição já determinou, no art. 201, III, que deve ser coberto com benefício previdenciário (proteção ao trabalhador em situação de desemprego involuntário). A Constituição de 88 já sinalizou nesse sentido, no § 4º do art. 239. Também, o § 9º do art. 195, com a redação que lhe fora atribuída pela EC nº 20/98, explicitou a possibilidade de “alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, em razão da atividade econômica ou da utilização intensiva de mão-de-obra”. Entendemos que, mesmo antes da referida emenda, era possível a adoção de alíquotas ou bases de cálculo diferenciadas, dados os princípios que regem a matéria.

Princípio da diversidade da base de financiamento: o princípio da diversidade da base de financiamento deve ser entendido a partir da história do financiamento do sistema protetivo. No modelo alemão de seguro social, concebido por Bismarck, o financiamento estava relacionado à remuneração do trabalho, contribuindo tanto o empregador como o trabalhador, constituindo-se em modelo de seguro social.

O Brasil, historicamente, adotou o modelo acima, sendo que a remuneração era o fator de produção que tinha maior expressão econômica. Entretanto, houve alteração desse quadro, decrescendo o fator trabalho em face do aumento do capital, diminuindo proporcionalmente a receita sobre aquele fator. Além disso, o sistema protetivo foi ampliado com a Constituição de 1988, passando de modelos isolados, que visavam proteger determinados setores da população, para um sistema de seguridade social, o qual objetiva atender a todos os cidadãos nas situações geradoras de necessidades (no ordenamento anterior tínhamos a previdência social; com a Constituição de 88, o sistema protetivo foi ampliado para seguridade social, abrangendo, além da previdência, a saúde e a assistência). Para tanto, necessita-se de outros sinais de riqueza.

Assim, a Constituição determinou a diversificação de bases de financiamento, o que significa utilizar outras fontes, além da folha de pagamento, uma vez que somente esta já não é suficiente para custear a totalidade das prestações de seguridade.

A própria Constituição já diversificou, ao preceituar, nos incisos do art. 195⁷ e no art. 239⁸, bases de cálculo distintas e diversos contribuintes. Além disso, permitiu que a instituição de outras fontes, conforme preceito do § 4º do art. 195. Emendas à constituição também têm sido utilizadas para ampliar as fontes de custeio, como, por exemplo, a que atribuiu competência à União para instituir a CPMF — Emendas Constitucionais nºs 12/96, 21/99, 37/02 e 42/03, diversificando, ainda mais as bases de financiamento.

Princípio da gestão da seguridade social: o inciso VII, do parágrafo único do art. 194, da Constituição vigente estabelece o “caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados”. Com isso, a Constituição determinou que a gestão da seguridade social deve ter caráter democrático e descentralizado, o que concretiza, no âmbito da seguridade social, o Estado Democrático de Direito, instituído no art. 1º da Constituição Federal, pois exige a participação, nos órgãos de poder, dos destinatários do sistema.

A referida participação é também enunciada no art. 10 da Constituição: “é assegurada a participação dos trabalhadores e empregadores nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação”.

A participação dos destinatários na gestão da seguridade social, referidas no parágrafo anterior, é uma das formas do exercício direto do poder a que se refere o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal.

A descentralização deveria abranger a arrecadação das receitas da seguridade e sua aplicação, uma vez que

⁶ A contribuição prevista no art. 22, II da Lei 8.212/91 (SAT) tem alíquotas que variam de 1% a 3%, conforme o risco apresentado pelo contribuinte. Além delas, o art. 57 da Lei 8.213/91 e a Lei 10.666/03 prevêm, acréscimo à alíquota de 20% paga pelas empresas sobre a remuneração dos trabalhadores sujeitos à aposentadoria especial.

⁷ O art. 195, com redação dada pela EC nº 20/98, preceitua que a forma direta de financiamento se dá pelas contribuições:

I – do empregador, da empresa e da entidade a ela equiparada na forma da lei, incidentes sobre:

a) a folha de salário e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço, mesmo sem vínculo empregatício;

b) a receita ou faturamento;

c) o lucro;

II – do trabalhador e dos demais segurados da previdência social;

III – sobre a receita de concursos de prognóstico;

IV – do importador ou quem a lei a ele equiparar.

⁸ O art. 239 estabelece que as contribuições do PIS (Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 07/70) e do PASEP (Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 08/70), passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono destinado aos empregados que percebam até dois salários mínimos de remuneração mensal.

⁹ Art. 195, § 4º: “a lei poderá instituir outras fontes destinadas a garantir a manutenção ou expansão da seguridade social, obedecido o disposto no art. 154, I”.

o art. 165, § 5º, da Constituição Federal determina orçamentos distintos do tesouro e da seguridade. No entanto, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário de nº 146.733-9, cujo relator foi o Ministro Moreira Alves, estabeleceu que a Constituição não veda; ao contrário, admite a arrecadação de contribuição social para o financiamento da seguridade social pela administração direta da União, por intermédio da Receita Federal. Atualmente, com a criação da Super Receita, todas as contribuições de seguridade social são arrecadadas diretamente pela União.

Princípio da contrapartida: o enunciado do § 5º, do art. 195, da Constituição Federal determina: “nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total”.

Constatamos, no preceito constitucional em referência, que não há saída (prestações de saúde, previdência e assistência), sem que haja entrada (receitas que possibilitem os pagamentos das referidas prestações), ou seja, poderão ser criadas, majoradas ou estendidas prestações de seguridade social somente se houver recursos para tanto. Isso significa que o sistema protetivo não proporcionará benefícios sem que haja a contrapartida financeira.

Assim, podemos afirmar que o princípio revelará, ao mesmo tempo, a capacidade de financiamento da comunidade no que tange às prestações de seguridade social, bem como sua decisão política, efetivada através dos seus representantes, para a ampliação do sistema protetivo.

Princípio da solidariedade: os *caputs*, tanto do art. 194 como do art. 195, trazem enunciados que demonstram a existência do princípio da solidariedade. Aquele artigo afirma que as ações de seguridade social são de responsabilidade, tanto dos poderes públicos como da sociedade¹⁰, revelando, assim, a existência do princípio da solidariedade no que tange à execução do sistema.

O art. 195, por sua vez, estabelece que o financiamento da seguridade social é encargo de toda a sociedade, que o efetivará de forma direta¹¹ e indireta¹², o que demonstra a solidariedade do sistema.

Assim, o princípio da solidariedade desempenha papel fundamental nas relações de seguridade social, a qual, por ter um caráter universal, proporciona proteção a todos aqueles que estão em situação de risco.

2. Áreas da seguridade social

O art. 194 da Constituição pátria enuncia que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde (arts. 196-200), à assistência social (arts. 203 e 204) e à previdência social (arts. 201, 202 e 40), formando um sistema de proteção.

Visando a proteção de todos, o constituinte uniu os três direitos sociais fundamentais (art. 6º da CF) acima mencionados, os quais, cada um dentro de sua área de atuação, protege seus destinatários e, no conjunto, todos são protegidos.

Para tanto, a seguridade social apresenta duas faces: uma delas visa garantir a saúde para todos. A outra face tem por objetivo a garantia de recursos para a sobrevivência digna das pessoas, nas situações de necessidade, os quais não podem ser obtidos pelo esforço próprio. Esta segunda face divide-se em previdência social e assistência social, sendo que esta é subsidiária daquela, ou seja, teremos assistência apenas quando o indivíduo não está protegido pela previdência, a qual, em sua essência, visa à garantia de recursos ao trabalhador e seus dependentes quando da ausência de capacidade laboral. Já a assistência objetiva a proteção aos necessitados, ou seja, os que não são nem segurados nem dependentes da previdência e, além disso, não possuem a proteção familiar (assistência privada).

Nesse sentido, o artigo 196 da Constituição Federal preceitua que a “saúde é direito de todos e dever do Estado”; o art. 203 estabelece que “a assistência social será prestada a quem dela necessitar, independente de contribuição à seguridade social”; e, no que se refere à previdência, as disposições do art. 201¹³, bem como do art. 40¹⁴, tanto em sua redação original, como na redação atribuída pela EC nº 20/98, exigem contribuição para que o segurado ou seus dependentes façam jus às prestações previdenciárias, enquanto os direitos relativos à saúde e à assistência independem de contraprestação direta dos beneficiários.

A seguir, dado o objeto do presente trabalho, abordaremos apenas uma das faces da seguridade social, aquela que visa garantir recursos para uma vida digna, quando diante de eventos geradores de necessidades sociais.

¹⁰ A sociedade participa da execução da seguridade social através da promoção da saúde e da assistência privada (assistência familiar e caritativa).

¹¹ Por meio de contribuições de seguridade social, cuja competência para sua instituição está no art. 149, “caput”, art. 195, incisos I a IV, 239 da CF e nas EC nºs 12, 21, 37 e 42 (CPMF).

¹² A forma indireta dá-se através de dotações do orçamento fiscal e da destinação de recursos dos concursos de prognósticos realizados pelo poder público.

¹³ Art. 201 da CF: “A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”.

¹⁴ Art. 40 da CF: “Aos servidores titulares de cargos efetivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, é assegurado regime de previdência de caráter contributivo, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial (...)”.

2.1 – Previdência social

A previdência social é direito fundamental social assegurado a todos os trabalhadores e seus dependentes, o qual visa à garantia de recursos nas situações em que não poderão ser obtidos pelos próprios trabalhadores, em virtude de incapacidade laboral (efetiva ou presumida). No entanto, reveste-se também em dever, uma vez que exige a contraprestação direta do segurado para que ele e/ou seus dependentes possam fazer jus às prestações previdenciárias.

Apresenta proteção obrigatória e facultativa. Aquela abrange todos os trabalhadores que estarão vinculados ao regime geral ou aos regimes próprios. O regime geral é abrangente e residual e tem por finalidade proteger todos os trabalhadores, excetuando apenas aqueles vinculados aos regimes próprios, os quais são instituídos pelos respectivos entes federativos para dar proteção previdenciária aos seus servidores titulares de cargos efetivos.

Assim, a proteção obrigatória se dá pelo regime geral e pelos regimes próprios dos entes federativos, sendo que os citados regimes excluem-se mutuamente. Por meio dos dois regimes o Estado viabiliza a todos o acesso à previdência e, com isso, o trabalhador estará protegido das contingências geradoras de necessidades, uma vez que será garantido recurso quando o trabalhador, em virtude de sua incapacidade laboral, não os obtém com o fruto de seu trabalho.

O trabalhador, por meio da previdência social, compulsória e antecipadamente, faz seu planejamento para as situações de riscos, geradoras de necessidades, as quais serão cobertas pelas prestações previdenciárias. Dessa forma, por intermédio deste ramo da seguridade social, o Estado garante aos cidadãos que as situações de necessidades serão amenizadas pelos benefícios previdenciários. Para isso, o poder público exige contribuições, num determinado período de tempo, garantindo ao segurado e/ou a seus dependentes prestações previdenciárias (benefícios e serviços).

A proteção previdenciária acima referida apresenta limites, os quais são diversos no regime geral e nos regimes próprios. Os mencionados limites são fixados pela sociedade, por meio da ordem jurídica positiva.

O art. 201 traz o desenho do regime geral de previdência social, o qual é aplicado, obrigatoriamente, a todos os trabalhadores, excetuando-se os servidores públicos titulares de cargos efetivos¹⁵ da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que possuem preceito específico no art. 40, e os militares, que também são excetuados do regime geral, haja vista os incisos IX e X, do art. 142 da CF e art. 42, §§ 1º e 2º.

Todos os preceitos constitucionais mencionados no parágrafo anterior (arts. 40, 42, §§ 1º e 2º, 142 IX e X e 201), referem-se à previdência obrigatória, a qual tem como pressupostos o exercício de atividade remunerada e a contraprestação direta do segurado¹⁶. Temos o regime geral no art. 201, os regimes próprios no art. 40 (da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, para seus respectivos servidores), além dos preceitos específicos dirigidos aos militares, arts. 42, §§ 1º e 2º; e, 142 IX e X.

Além da proteção previdenciária obrigatória, a Constituição prevê uma proteção complementar, prevista em seu art. 202. De caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social, o regime de previdência privada apresenta como característica a facultatividade. Tem como objetivo possibilitar a continuidade do padrão de vida do trabalhador, complementando a aposentadoria dos regimes obrigatórios. Citado regime é estruturado pelas Leis Complementares 108 e 109/01.

2.2. Assistência social

Os preceitos constitucionais relativos à assistência social estão nos artigos 203 e 204, sendo ela regulada pela Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93), além de outras que visam atingir políticas sociais.

A Constituição dirige a assistência aos necessitados, o que por si só já afastaria a exigência de contraprestação direta por parte dos beneficiários, conforme expressamente prescreve o texto constitucional (*caput* do art. 203).

A Assistência Social é um importante instrumento da seguridade social, no que se refere à efetividade do princípio da universalidade enunciado no art. 194, parágrafo único, inciso I, uma vez que o Estado, independentemente de qualquer contraprestação, proporciona cobertura às situações de necessidade.

A assistência nacional tem por objetivo atender todas as necessidades que não são cobertas pelo seguro (previdência social). Referidas necessidades deverão ser atendidas adequadamente, garantindo-se o nível de subsistências. Entretanto, a necessidade precisa ser provada, de acordo com os requisitos legais.

¹⁵ Os servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações, estão excluídos do regime geral, desde que amparados por regimes próprios de previdência social, ou seja, desde que a pessoa pública de direito público interno o tenha criado.

¹⁶ Tanto o art. 40, como o art. 201, ambos da CF, estabelecem o caráter contributivo da previdência social.

A mencionada comprovação está expressa na Constituição¹⁷ e na Lei n.º 8.742¹⁸, de 07/12/1993. Assim, o assistido deverá fazer a comprovação da necessidade, ou seja, deve ele provar que está impossibilitado de prover sua subsistência ou de tê-la provida pela família.

Por meio da assistência social, objetiva-se erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais¹⁹, na medida em que implementa um benefício para aquelas pessoas que se encontram em estado de necessidade social.

Um dos importantes instrumentos da assistência encontra-se preceituado no inciso V, do art. 203, da Constituição Federal, o qual assegura aos deficientes e aos idosos, que não possuem meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida pela sua família, benefício assistencial de prestação continuada. A concessão do mencionado benefício tem como pressuposto a ausência da capacidade laborativa e, portanto, de recursos provenientes do fruto do trabalho. Aqueles não adquirirão a capacidade para o trabalho, dada a deficiência, e estes, já a perderam, em razão da idade avançada.

Vimos no item anterior que o objetivo precípua da previdência social é a proteção aos trabalhadores nas situações de riscos que geram necessidades. Como a previdência protege o trabalhador e aqueles que dependem do trabalhador, e como a seguridade social visa proteger a todos nas situações de necessidade, verificamos que por meio do benefício previsto no inciso V, acima transcrito, há a universalidade de atendimento, quando se está diante de uma situação geradora de necessidade, pois se a pessoa é deficiente e isso a incapacita para o trabalho ou já não possui a capacidade de trabalho em razão da idade avançada, o sistema de seguridade social a protege, com a concessão do benefício assistencial mencionado.

Pode-se alegar que a realidade não é essa, uma vez que os trabalhadores não conseguem postos de trabalho, mesmo depois de cessar o seguro-desemprego. Mas, quanto a isso, entendemos que as políticas a serem adotadas, principalmente as econômicas e tributárias, deverão buscar a efetivação dos princípios da ordem econômica, preceituados no art. 170 da Constituição Federal, especialmente o inserto em seu inciso VIII – busca do pleno emprego. Dessa forma, podemos afirmar que no sistema normativo todos os cidadãos brasileiros estão protegidos nas situações de necessidade.

3. Diferenças entre a previdência e a assistência social

A previdência social tem como pressuposto o trabalho: sua remuneração, como uma das modalidades de financiamento direto e a ausência da capacidade laboral na concessão de suas prestações (benefícios e serviços) demonstra que a própria Constituição conferiu tratamento peculiar aos trabalhadores, na medida em que destinou uma das áreas componentes da seguridade social a proteger o trabalhador quando diante de uma necessidade causada por riscos sociais. De forma diversa da assistência social, exige contraprestação para que o beneficiário tenha acesso à proteção social, a qual tem correspondência com a remuneração recebida pelo trabalho (o cálculo do benefício tem por base a remuneração): garante o padrão médio do trabalhador, quando diante da incapacidade laboral.

Já a assistência social, independe de contribuição, e diferentemente da previdência, visa a garantia do padrão mínimo àqueles que não são protegidos pela previdência, nem pela assistência privada (família). Referido direito social garante a universalidade da seguridade social.

4. Financiamento da seguridade social

Conforme vimos, a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinado a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Para garantir a proteção social referida acima, a Constituição prevê meios que correspondem ao financiamento da seguridade social, cuja responsabilidade, conforme o *caput* do art. 195, é de toda a sociedade de forma direta e indireta.

A forma indireta é efetivada por meio dos recursos que as pessoas jurídicas de direito público interno destinam dos seus orçamentos, compostos de receitas provenientes da tributação, a qual é suportada pela sociedade, o que motiva a denominação “indireta”. As parcelas dos recursos dos concursos de prognósticos promovidos pelo poder público também constituem financiamento indireto.

Já na forma direta de financiamento, a participação da sociedade efetua-se por meio das contribuições

¹⁷ Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar.... (grifo nosso)

¹⁸ Art. 1.º A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é política de seguridade social não contributiva, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas. (grifo nosso)

¹⁹ Objetivo da República Federativa do Brasil, preceituado no art. 3º, III da Constituição Federal.

sociais, as quais estão arroladas nos incisos do art. 195 e no art. 239, ambos da Constituição Federal, além de outras fontes, que poderão ser instituídas via competência residual, prevista no § 4º do art. 195, e por meio de previsão decorrente do poder constituinte reformador²⁰. Ressalta-se que o sistema de seguridade exige a previsão de custeio prévio (art. 195, §5º da CF).

Considerações finais

As disposições constitucionais relacionadas à seguridade social nos permitem afirmar que, por meio das três áreas que a compõem – saúde, previdência e assistência, todos os brasileiros estão protegidos e, assim, mencionada forma de proteção social está em consonância com o tipo de Estado adotado pela Constituição de 1988, o qual tem como valor-fonte a dignidade da pessoa humana.

Os direitos de seguridade (saúde, previdência e assistência social) têm como contrapartida o dever de toda a sociedade brasileira de financiá-los, uma vez que a seguridade social é custeada por toda a sociedade, de forma direta e indireta. Assim, o constituinte, além de prever uma proteção social que atende aos fundamentos e aos objetivos do Estado brasileiro, preocupou-se com sua efetividade, pois estabeleceu diversos meios de financiamento, garantindo, com isso, a dignidade de todos os brasileiros.

Embora fazendo parte da seguridade social, as três áreas possuem regime jurídico diverso, sendo que a previdência, diferente da saúde e da assistência, exige contribuição do segurado para que ele e seus dependentes tenha acesso às prestações previdenciárias. A previdência garante o padrão médio de vida do trabalhador e, a assistência visa a concessão do mínimo vital.

²⁰ Emendas constitucionais foram utilizadas como instrumento para ampliar a receita da seguridade social, no caso da CPMF, bem como, no caso da contribuição do importador (PIS/PASEP – importação e COFINS – importação, conforme art. 195, IV da CF, acrescido pela EC nº 42/2003).

RACIONALIZAR OU SUCUMBIR: DA CRISE À OTIMIZAÇÃO DAS ATIVIDADES MINISTERIAIS.

Millen Castro Medeiros de Moura

Promotor de Justiça/BA

*Síntese Dogmática: A necessária racionalização das atividades na área cível deve ocorrer não só quanto à espécie de matéria em que o Ministério Público deve deixar de intervir como **custos iuris**, mas também quanto à forma como o faz. Em princípio, o membro ministerial se limitará a uma proteção silenciosa, consistente em acompanhar a tramitação processual, dando ciência dos atos; atuará, entretanto, com interferência efetiva, por meio de manifestações nos autos, quando observar ameaça ou lesão ao direito indisponível sob exame.*

“Desconfiai do mais trivial, na aparência singelo. Examinai, sobretudo, o que parece habitual. Suplicamos expressamente: não aceiteis o que é de hábito como coisa natural, pois, em tempo de desordem sangrenta, de confusão organizada, de arbitrariedade consciente, de humanidade desumanizada, nada deve parecer natural, nada deve parecer impossível de mudar.” (Bertold Brecht)

1. O Ministério Público e o caos institucional: agressões externas e inação interna

Indiscutível a relevância que o Ministério Público assumiu na distribuição da justiça, na defesa da democracia e na implantação dos direitos sociais. De mero representante dos interesses da Administração Pública, tornou-se autônomo, passando a desempenhar o papel de defensor dos direitos do povo. Com isso, seus membros tornaram-se verdadeiros agentes políticos, que não se subordinam a qualquer órgão ou entidade.

Como se vê, longe de se limitar ao papel a ele reservado na persecução criminal e ao contrário de sustentar interesses individuais ou dos governantes, o Ministério Público está hoje consagrado, pela nova ordem constitucional, com liberdade, autonomia e independência funcional da instituição e de seus órgãos, à defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, à defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático (MAZZILLI, 1993, p. 59).

Considerado uma das instituições de maior credibilidade pela população, que o tem como referência de trabalho sério e eficiente na defesa dos direitos sociais, o Ministério Público está permanentemente exposto à mídia, do que decorre a sua preocupação com o efetivo cumprimento de suas atribuições. Vozes isoladas, que começam a se expandir, questionam se não terá sido grande demais o poder que se atribuiu à instituição; chegam ao ponto de afirmarem que é excessiva a carga colocada sobre os seus ombros; duvidam de que ela conseguirá abarcar todas as atividades, inclusive as que já exercia; propagam que sucumbirá, não atendendo aos anseios da Carta Magna. Muitos, inclusive representantes eleitos pelo povo,¹ numa visão retrógrada, querem desmoralizar o Ministério Público para desvinculá-lo de sua faceta pró-ativa fiscalizadora, verdadeiramente promotora, tentando retornar a

¹ O Ministério Público não desperta a ira dos mais poderosos no Senado, mas tem inimigos na Câmara, onde se discute a Reforma do Judiciário. A tucana Zulaiê Cobra (SP) está entre as mais empenhadas em reduzir o poder dos procuradores e promotores. Em solenidade com prefeitos realizada na semana passada no Palácio dos Bandeirantes, ela discursou: “O Ministério Público está acabando com as prefeituras; vamos agora acabar com ele.” Foi aplaudidíssima... (O Estado de São Paulo, 12.04.1999, p. A-6).

tempos ultrapassados em que ele ou era mero interveniente nos feitos cíveis ou, quando ator, incomodava apenas aos réus de ações penais, que, em geral, não têm voz nem poder. Tudo isso preocupa por demonstrar o quanto os insatisfeitos com a devida atuação ministerial podem fazer para cercear sua atividade, principalmente desacreditando-a, fazendo-se necessária “uma verdadeira estratégia de ação, senão o Ministério Público vai perder atribuições até mesmo antes de exaurir todo o potencial de atuação que a Constituição de 1988 pôs em suas mãos.” (MAZZILLI, 2003, p. 166). Um bom indício da incipiente insatisfação da sociedade com a ainda pequena atuação ministerial na defesa dos direitos coletivos é a Lei n.º 11.448/2007, que concedeu legitimidade ativa a outro órgão público para também ingressar com a ação civil pública (a Defensoria Pública).

Há até quem já brade contra o Ministério Público, afirmando que ele muito pode e pouco faz, taxando-o de omissivo quanto a questões de maior relevância social (interesses coletivos e difusos). Em que pese o aparente absurdo, tais afirmações possuem certa razão de ser. O risco de a instituição ministerial sucumbir ou perder grande parte do seu prestígio é iminente e real, pois se mostra grande a demanda advinda das novas tarefas, ainda não totalmente absorvidas por muitos membros, seja por falta de tempo e de recursos humanos e materiais, seja por resistência a abandonar determinadas atividades que não mais se harmonizam com a instituição. Por mais que se criem cargos de Promotores e Procuradores de Justiça, a demanda da população pela defesa de seus direitos sociais cresce geometricamente e tende a aumentar à medida que o Ministério Público se torne mais conhecido e que a população compreenda integralmente a atribuição deste. Agravando este quadro, convive o Ministério Público brasileiro com rubrica orçamentária defasada, incapaz de suportar o custeio e o aporte financeiro necessário para a reengenharia de sua máquina administrativa. A desordenada criação de vagas, numa tentativa de atender a demanda, não será a solução por muito tempo, por conta da Lei de Responsabilidade Fiscal.² A tendência, pois, é que atual crise institucional leve-o ao caos, por não conseguir cumprir satisfatoriamente sua principal função: defender a democracia e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Sua eventual falta de eficiência lhe acarretará, evidentemente, perda de credibilidade e gerará uma possível perda de seu *status quo*. A manutenção deste ou a ampliação dos seus poderes está intimamente ligada ao sucesso no cumprimento de sua função constitucional: proteger o verdadeiro interesse público, consistente nos direitos coletivos, difusos e individuais indisponíveis. Para sua própria sobrevivência, a instituição deve assumir seu perfil, zelar pela adequação de suas tarefas às demandas sociais. Se não o fizer, “perderá a utilidade social, tornando-se irrelevante e descartável, assim como outras instituições que, por se negarem a acompanhar os avanços do mundo e a dar respostas que a sociedade almeja e precisa, passaram a cumprir papel menor no cenário político” (GOULART, 2000, p. 37).

Se é certo que nossa Instituição beneficiou-se de circunstâncias históricas que reclamaram sua relevante presença na vida política do País, é certo também que a mudança dessas mesmas circunstâncias poderá implicar na diminuição de sua relevância. (...) A falta de definição de um formato ideal para a Instituição, eleito a partir da consciência de seu papel político e do acompanhamento das mudanças na sociedade, poderá comprometer sua importância nos próximos anos (GUIMARÃES JÚNIOR, 2001, p. 133).

2. O descompasso entre o perfil constitucional e a efetiva atuação ministerial

Como recebeu a atribuição constitucional de agir como guardião do interesse público, cabe ao Ministério Público definir o que significa essa expressão a reclamar sua atividade, a qual deverá estar adstrita somente à vontade da Carta Magna, responsável por ter traçado seu perfil. Dessa forma, todos os dispositivos que abordam atribuições ministeriais devem ser interpretados de acordo com o retrato constitucional. Caccuri (2003, p. 759) já alertava que “toda e qualquer atuação do Ministério Público no Processo Civil somente se faz em nome do interesse público”. Em obediência à hierarquia das leis, quando o legislador cita interesse público, o aplicador deve amoldá-lo ao interesse social reclamado pelo art. 127 da norma suprema; nenhuma lei ordinária poderá atribuir-lhe a defesa de interesses individuais disponíveis sem relevância social, sob pena de incorrer em flagrante inconstitucionalidade. “Assim, reafirme-se que o interesse público pelo qual deve zelar o Ministério Público há de ser uma categoria especial de interesse público, correlata a sua destinação institucional” (MAZZILLI, 1987, p. 223).

O Ministério Público somente deve agir para defender (ou na perspectiva de defender) alguns daqueles valores cuja salvaguarda o constituinte lhe confiou, nos termos do art. 127, caput, da Carta (...). Não são todos os valores, ainda que juridicamente relevantes, que podem ser objeto de defesa pelo Ministério Público, mas somente aqueles compreendidos dentro dos parâmetros demarcados pelos conceitos de ordem jurídica, regime democrático, interesses sociais e

² Segundo o Diagnóstico Ministério Público dos Estados, realizado em 2006, a despesa líquida com pessoal do MP de algumas unidades federativas, como Sergipe, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Ceará e Piauí, já se aproxima do limite de 2% sobre a receita do Estado, fixado pelo art. 20, II, “d”, da Lei Complementar n.º 101/2000.

interesses individuais indisponíveis, tal como delimitado pelo caput do art. 127 da Constituição Federal. Defender valores estranhos a esse universo axiológico pode significar atuação desarmonizada com a ordem constitucional, já que ele própria, além de preconizar racionalidade e eficiência no desempenho dos serviços estatais (CF, art. 37), instituiu órgãos e instrumentos específicos (a Advocacia – pública e privada – e a Defensoria Pública, por exemplo) para a tutela de interesses não contemplados no rol daqueles cuja guarda confiou ao Ministério Público. Localizados fora do campo somente podem (e devem) por ele ser defendidos aqueles inerentes às categorias axiológicas previstas no caput do art. 127, que são, reprisando, a ordem jurídica, o regime democrático, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis (ALBERTON, 2007).

Ao traçar uma nova feição ministerial, a Constituição consolidou a posição da doutrina e os anseios da classe por uma atitude pró-ativa na defesa da sociedade. Considerando-o guardião da coletividade, determinou-lhe uma postura mais atuante, ao usar, como núcleo dos quatro primeiros incisos do art. 129, o verbo promover³. Ainda assim, persiste, na prática, a equivocada visão do Ministério Público Demandista, considerado como tal aquele que “tem como horizonte a atuação perante o Poder Judiciário, um mero agente processual” (GOULART, 2000, p. 35). Tendo em vista a importância de demonstrar sua independência funcional e sua autonomia institucional e levando-se em consideração a morosidade da máquina judiciária, o Ministério Público precisa buscar a solução dos problemas sociais com base em seus típicos instrumentos de trabalho⁴, recorrendo ao Judiciário como *ultima ratio*.

Tendo como padrão um Ministério Público Resolutivo, conseqüentemente, a função *custos iuris* precisa ser revista. Inúmeras manifestações, audiências, pareceres e recursos tomam valiosas horas de trabalho dos Promotores de Justiça, que poderiam estar atuando nas áreas que lhe foram conferidas pela Constituição Federal. Muito há de se questionar, inclusive, na distribuição de atribuições e na nomenclatura das vagas a serem criadas.⁵

Até mesmo o atendimento ao público, arma de relevante valor por colocar a instituição em contato com a sociedade, vem sendo subutilizado. Muitos Promotores, dada a ausência de Defensores Públicos na maioria das Comarcas, propõem-se a servir de mediadores em disputas individuais que envolvem direitos disponíveis,⁶ no entanto, enquanto dispensa seu tempo caro e precioso em ofício de outrem, suas próprias atividades ficam relegadas. A maioria dos Promotores de Justiça, principalmente nas Comarcas de atribuição plena, reclama da falta de tempo e, quando surgem denúncias relativas a direitos metaindividuais, tais como improbidade e meio ambiente, limita-se, muitas vezes, a tomar as declarações por termo e guardar os documentos para posteriores averiguações. Alegam que “tarefas mais urgentes” exigem seu tempo, tais como os processos judiciais ou as audiências designadas, e que, quando houver disponibilidade, aquelas outras questões serão “devidamente examinadas”.

Aos órgãos superiores assiste parcela de culpa quanto à perpetuação dessa prática. Enquanto a sociedade exige um Ministério Público de resultados (número de efetivas mudanças sociais), as Corregedorias, cujos mapas estatísticos focam principalmente a atuação em processos judiciais, demonstram preocupação com um Ministério Público de meios (número de feitos). O costume ainda tem sido, institucionalmente, valorizar o Promotor de Justiça que consiga esvaziar as prateleiras, que não possua feitos com vista e que participe de todas as audiências judiciais a que é intimado, independente da matéria, mesmo que ele já houvesse designado audiência interna ou reunião pública para desenvolver um trabalho na área extrajudicial para a mesma data.⁷ Da análise de dados extraídos de

³ Art. 129. “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, (...); II - zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia; III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos; IV - promover a ação de inconstitucionalidade ou representação para fins de intervenção da União e dos Estados, (...);”

⁴ Inquérito civil e demais procedimentos investigatórios ministeriais, audiências públicas, recomendações, termos de ajustamento de conduta, entre outros instrumentos de trabalho a serem desenvolvidos na própria Promotoria de Justiça.

⁵ Nas Comarcas em que existe somente um Promotor de Justiça, este deverá continuar participando de audiências de divórcio/separação, interrogatório de interditando ou retificação de profissão em registros públicos, enquanto os inquéritos civis e representações permanecem hibernando nas estantes? Naquelas onde há mais de um membro, a defesa dos direitos transindividuais em geral permanece sendo uma atribuição a mais ao lado de tantas outras, ou, em cidades de grande porte, todas as áreas dessa espécie ainda ficam sob a responsabilidade de uma só pessoa, ao tempo em que se estabelecem três, quatro Promotorias para atuarem, com prioridade, junto às Varas de Família...

⁶ A mediação em dívidas, posse de terra, brigas de vizinhos, crise conjugais e divisão de bens extrajudicial, entre outras questões menores, possuem, sim, algum cunho social, pois, muitas das vezes, se o Promotor não intervier naquelas questões, os envolvidos não terão seus conflitos solucionados, dada a carência financeira que os impede de contratar advogados para recorrer ao Judiciário bem como a ausência de Defensores Públicos na maioria das Comarcas. Ocorre, porém, que, ao tentar oferecer o mínimo de apoio a essas pessoas, buscando realizar acordos extrajudiciais referentes a direitos disponíveis entre pessoas capazes, o Promotor está apenas “tapando o sol com a peneira”, pois, caso o acerto não logre êxito, não poderá ingressar com ações judiciais em tais casos, por falta de legitimidade.

⁷ Enquanto esse *promotor de gabinete* se limita a exarar extensos pareceres em separações litigiosas que, às vezes, nem envolvem incapazes e nas quais se discute apenas a partilha de bens, ou em mandados de segurança relativos a direitos disponíveis, tais como discussão de tributos ou remoção de funcionário público, permanece relegada a segundo plano a demanda social pela instalação de Conselhos Tutelares, pela fiscalização das verbas públicas, pela defesa do meio ambiente, entre tantas outras determinadas pela Carta Magna.

relatórios apresentados ao órgão correicional pelos membros, pode-se deduzir que a maior parte do tempo destes é despendido em intervir como *custos iuris* em processos iniciados por terceiros, ou seja, em participar de audiências ou exarar parecer em feitos judiciais. Embora se possa considerá-la implícita no inciso IX do art. 129 da Carta Magna, essa não é, com certeza, a sua mais importante atribuição, logo não se pode priorizá-la, como se tem feito, a ponto de serem-lhe concedidos grandes esforços e dedicação. Há de serem compatibilizadas as disposições legais que impõem a função de fiscal do direito ao novo perfil constitucional, devendo-se modificar sua intervenção no processo civil.

O *promotor de gabinete* considera que sua principal responsabilidade é dar conta dos processos legais e pareceres ligados à sua área. (...) A quantidade de processos e de trabalho burocrático no gabinete, a falta de recursos da administração pública e os limites impostos pela via judicial acabam levando o *promotor de gabinete*, portanto, a centrar sua atuação na resolução de problemas específicos que são objeto de clara determinação da lei, ou daqueles trazidos por denúncias (...). A defesa destes interesses ocorre mais em função das demandas postas ao promotor do que em função dos problemas que o mesmo elegeu como prioritários na sua área de atuação. O *promotor de gabinete* não se vê, pois, como autoridade que deve cobrar continuamente do poder público a implementação de políticas e programas sociais. (SILVA, 2001).

3. A racionalização do *custos iuris* como meio de priorizar a defesa dos direitos sociais

Por conta desse descompasso entre o ideal da Carta Magna e a realidade vivida nas Promotorias de Justiça, tem crescido, na última década, o número de adeptos da racionalização das atribuições ministeriais na área cível como *custos iuris*, a qual nada mais é do que uma releitura crítica das atribuições como estratégia apta a determinar a consolidação e o amadurecimento de uma nova consciência e mobilização do papel que a sociedade espera do Ministério Público: otimizar a intervenção para obter melhores resultados com o maior aproveitamento dos recursos humanos disponíveis. Em muitos Estados, os órgãos de administração superior editaram atos orientando seus membros a deixarem de intervir no mérito de determinadas matérias abordadas em processos judiciais; em outros, os próprios membros, isoladamente, assim têm agido numa tentativa de restar-lhes mais tempo para dedicarem-se às demandas coletivas.

(...) diante da urgência de se atacar os problemas sociais pela raiz e de se libertar do burocracismo que nos prende a cada caso, racionalizar a atuação é necessidade que, pelo princípio da independência funcional, em grande parte está vinculada ao entendimento e à atitude do membro do Ministério Público (ALVES, 2000, p. 36).

Alguns membros ainda são contrários à racionalização por entenderem que o Ministério Público não deve abrir mão de qualquer atribuição que a lei lhe concedeu sob pena de vir a enfraquecer, no entanto esse grupo vem diminuindo progressivamente, pois a própria realidade mostra que o *Parquet* precisa evitar seu crescimento desordenado e o caótico alargamento de suas hipóteses de atuação, preparando-se para um trabalho de resultados qualitativos em consonância com seu perfil constitucional, em vez de preocupar-se apenas com uma resposta quantitativa. Em comparação com a reação demonstrada no IX Congresso Nacional, no ano de 1992, em Salvador, quando teses sobre esse tema, à época revolucionárias, defendidas por Antônio Augusto Mello de Camargo Ferraz e João Lopes Guimarães Júnior⁸, receberam reduzida aceitação dos congressistas, pode-se dizer que hoje a classe já entende como certa e necessária essa racionalização⁹. Nota-se, todavia, que essa vontade ainda não se concretizou de forma efetiva e eficaz, a ponto de solucionar o excesso de trabalho; apenas mitigou o problema. Em algumas unidades federativas, os atos de racionalização, apesar de, inicialmente, terem sido considerados um avanço, mostraram-se, na prática, pouco úteis para redução do volume de serviço, porque, em geral, sempre se discute o assunto objeto da intervenção, pouco se preocupando sobre a *forma* como se deve dar essa manifestação, por medo de se ferir a independência funcional de cada membro.

Não podemos, entretanto, furtar-nos a esse debate. A questão sobre quais as matérias merecem intervenção ministerial já se encontra amplamente discutida e praticamente superada. Cabe, agora, ultrapassada essa fase sobre o que racionalizar, estabelecer parâmetros para se definir como se exercerá a atuação ministerial como fiscal do direito.

⁸ "O delineamento constitucional de um novo Ministério Público" e "Ministério Público: proposta para uma nova postura do processo civil", respectivamente.

⁹ Cite-se, como exemplo, consulta realizada pelo Ministério Público de São Paulo em 2001, quando, dentre os 698 membros que a responderam, 94,84% consideraram que a atuação do Ministério Público como órgão interveniente deve ser objeto de racionalização.

3.1 – A racionalização do *custos iuris* quanto à forma de atuação ministerial

Ao receber um processo iniciado por terceiro, o primeiro cuidado do membro ministerial é analisar o caso concreto, para aferir a presença de um interesse coletivo, difuso ou individual indisponível, não se limitando a cotejá-lo com as hipóteses infraconstitucionais. Entendendo inexistente o interesse público, exarará simples manifestação quanto à desnecessidade de sua permanência, fundamentando-se naquele motivo. Não se pode obrigá-lo a oferecer parecer quanto ao mérito, não só por conta do princípio da independência funcional, como também porque a lei não exige a efetiva manifestação ministerial, mas sua intimação, por isso, realizada esta, não se poderá anular o feito por falta de sua participação.¹⁰

A intervenção do Ministério Público em processo no qual deva atuar é sempre obrigatória, por força da função que exerce; o que não significa nem importa a necessidade de sua efetiva atuação no processo para que essa intervenção se considere consumada. As omissões do Ministério Público quanto a sua atuação resolvem-se institucionalmente, na linha hierárquica, sem repercussão, contudo, sobre a validade do processo (CALMON DE PASSOS, 1979, p. 94). O que enseja nulidade nas ações em que há obrigatoriedade de intervenção do Ministério Público é a falta de intimação de seu representante, não a falta de efetiva manifestação deste (Ac. un. da 4ª T. do STJ de 20.10.1992, RT 694/183).

Constatada a presença de um direito indisponível, o segundo passo é averiguar se o feito lhe foi encaminhado na fase adequada. O Promotor de Justiça deve manifestar-se apenas nos momentos devidos, qual seja, nunca antes de ambas as partes fazerem-no, nem quanto a liminares ou preliminares, atividades tipicamente judiciais, afinal o processo se desenvolve pelo impulso oficial, competindo ao magistrado a sua direção (arts. 125 e 262 do CPC). A atuação como *custos legis* deve limitar-se à defesa dos interesses sociais ou individuais indisponíveis em jogo, não podendo ser estendida a ponto de tornar o Promotor de Justiça um assessor do magistrado, o qual possui qualificação para dirimir as controvérsias processuais, para verificar o cumprimento das diligências das partes, para dirigir o processo. Ademais, a remessa dos autos ao Ministério Público em momento impróprio¹¹ não só é dispensável, como danosa ao bom andamento e à celeridade do feito, causando prejuízos ao Judiciário, por contribuir para a morosidade na prestação de seus serviços, e às partes, pelo atraso em receberem a resposta da Justiça.

Mesmo nos casos em que compete ao Ministério Público, por uma questão de política legislativa, zelar para que não haja disposição dos interesses que a lei lhe determina proteger, nem sempre se faz necessária sua efetiva manifestação, pois a fiscalização, durante a instrução de certos feitos, poderá ocorrer com a mera intimação dos atos processuais, devendo resguardarem-se os pareceres para situações de maior complexidade. Como *custos iuris*, o *Parquet* não deve ser um segundo advogado da parte, ainda que a indisponibilidade do direito seja subjetiva; precisa apenas analisar se há equilíbrio processual, ou seja, observando que o advogado do incapaz se encontra exercendo seu mister satisfatoriamente, não há por que interferir efetivamente, fazendo-o somente na inércia ou no equívoco evidente do defensor.

Essa finalidade é nitidamente contrariada por inúmeros dispositivos infraconstitucionais que, de modo assistemático e contraproducente, referem-se ao Ministério Público como opinante, parecerista, fiscal da lei, zelador dos interesses de incapazes, interventor nas questões relativas ao estado das pessoas ou em que haja interesse público qualificado. Ademais, ao delimitar as funções do Ministério Público, a Constituição Federal (art. 129) não menciona a intervenção processual civil, mencionando uma única função de proteção *intuitu personae* (populações indígenas) e advertindo que outras eventuais funções conferidas pelo ordenamento infraconstitucional devem ser compatíveis com a finalidade da instituição. Portanto, os próprios dispositivos constitucionais impõem um novo paradigma à intervenção ministerial no processo civil, já que a defesa da ordem jurídica é um plus em relação à fiscalização da aplicação da lei e não existe sinonímia entre defesa dos direitos sociais e intervenção em questões relativas ao estado das pessoas, nem entre defesa de interesses individuais indisponíveis e zelo de interesses de incapazes (ALVES, 2000-A, p. 36).

¹⁰ A doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que o feito não pode ser anulado por ausência de efetiva manifestação ministerial desde que se deu ao órgão a oportunidade de participar do processo, por isso, quando a lei prevê hipóteses de sua convocação ao feito, evita-se aquela penalidade pela sua simples intimação. Ao Ministério Público é que competirá, no caso concreto, após lhe serem enviados os autos, analisar se é necessária sua intervenção no feito e como esta se dará, pois, a teor do art. 26, VIII, da Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, o membro, no exercício de suas funções, irá “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.” (Os grifos não são do original)

¹¹ O art. 83 do Código de Processo Civil estabelece que “o Ministério Público terá vista dos autos depois das partes, sendo intimado de todos os atos do processo” (grifos nossos). Na prática, freqüentemente, esta regra é desobedecida: antes da citação, dá-se vista ao Promotor de Justiça, como se fosse sua função verificar os requisitos da inicial; ou pede-se que se manifeste quanto à conveniência de diligências solicitadas pelas partes ou remete-se-lhe a documentação juntada para que observe se a diligência foi corretamente atendida; ou encaminham-se-lhe os autos para sugerir o impulso processual; ou, quando se instala uma balbúrdia processual, dá-se-lhe vista para que faça a análise processual e requeira as medidas de chamamento do feito à ordem.

Em outras palavras, nos processos cíveis iniciados por terceiros, o membro ministerial deverá defender os direitos indisponíveis, portanto, se, durante a tramitação do feito, pela atuação dos demais envolvidos na relação jurídica (juiz e representantes das partes), ele observar que a indisponibilidade está sendo preservada, não há por que intervir diretamente no feito, sob pena de sua atuação deixar de ser uma fiscalização e passar a ser interferência indevida. Somente quando o interesse pelo qual ele vela estiver sendo ameaçado ou desrespeitado, seja pela omissão do causídico ou do magistrado, seja pela atuação errônea de qualquer um destes, o Ministério Público deverá intervir efetivamente, manifestando-se quanto ao mérito da questão.

Em síntese, a atividade do *custos iuris* diferencia-se conforme a atuação dos demais sujeitos do processo: a) agindo estes com respeito à indisponibilidade do interesse pelo qual deve velar, o *Parquet* limitar-se-á a acompanhar a tramitação processual, dando ciência dos atos, sempre atento à preservação do direito merecedor de abrigo especial pela ordem jurídica, ao que se chama de *proteção silenciosa*; b) quando, entretanto, notar que, por conta da atividade ou inação de qualquer dos outros sujeitos processuais, há ameaça ou lesão ao direito indisponível em jogo, intervirá diretamente no processo, por meio de promoções, requerimentos ou recursos, conforme o caso, praticando a denominada *interferência efetiva*.

Com isso, busca-se manter a prática da tradicional intervenção do Ministério Público como fiscal do direito, adequando-a ao seu perfil constitucional. Assim, ao mesmo tempo em que esse órgão vela pela proteção somente dos direitos sociais e individuais indisponíveis, fá-lo sem interferência indevida no feito, o que agiliza a tramitação deste. Deixa, pois, de assumir a incômoda posição de consultor jurídico do Poder Judiciário, inadequada à sua autonomia institucional, e resta-lhe mais tempo para dedicar-se à sua atividade pró-ativa em defesa dos direitos constitucionais. Não se trata de “esvaziar” a pauta do Ministério Público para permitir maior comodidade aos seus membros, mas sim *redesenhar* as prioridades institucionais para permitir que se cumpra a missão confiada pela Constituição Federal.

4. Conclusão

Para otimizar o trabalho do Ministério Público e adequá-lo à identidade atribuída pela Carta Magna, deve-se racionalizar sua atuação. Isso implica, acima de tudo, estabelecer prioridade e compromisso em somente dar atenção àquilo que realmente interessa, àquilo que, notadamente, destaca-se pela natureza indisponível do conflito sob disputa, medida que, fatalmente, reduz atividades processuais forenses em favor de um notável incremento naquelas atribuições extrajudiciais preventivas e repressivas imprescindíveis. Impõe-se uma revisão da atuação desses agentes políticos que, de uma vez por todas, precisam abandonar a cômoda posição de assépticos assessores-pareceristas para, a partir daí, assumirem compromisso e maior responsabilidade pela implementação e controle das políticas públicas e dos direitos fundamentais voltados ao melhor exercício da cidadania e ao firmamento do Estado Democrático de Direito.

Apesar do novo perfil constitucional de defensor dos direitos sociais, a intervenção em processos iniciados por terceiros que envolvem os interesses de reduzido número de pessoas ainda tem sido a tarefa que consome o maior tempo do membro ministerial, tradição que precisa ser rompida imediatamente, e não de forma tímida, mas séria, atacando a questão na raiz. Isso implica dizer que as manifestações ministeriais como *custos iuris* devem ser a exceção, ocorrendo somente quando o interesse que move o processo seja indisponível e de repercussão social e quando efetivamente estiver correndo risco de ser lesado, limitando-se a acompanhar o feito nos demais casos.

5. Proposições

1. Tendo em vista o seu perfil constitucional, o Ministério Público deve assumir, preferencialmente, uma postura pró-ativa, motivo pelo qual a sua atuação como agente assume posição privilegiada diante da atividade como fiscal do direito, a qual precisa ser racionalizada, tanto quanto à matéria como quanto à forma.
2. Para otimizar seu tempo, o Ministério Público, como *custos iuris*, deve, preferencialmente, optar por uma *proteção silenciosa*, ou seja, limitar-se a acompanhar a tramitação processual, com ciência dos atos, reservando a *interferência efetiva* apenas para quando observar que, por conta da atividade equivocada ou inércia de qualquer dos outros sujeitos processuais, há ameaça ou lesão ao direito indisponível em jogo, casos em que, então, intervirá diretamente no processo, por meio de promoções, requerimentos ou recursos.

6. Referências Bibliográficas

ALBERTON, José Galvani. *Parâmetros da Atuação do Ministério Público no Processo Civil em face da Nova Ordem Constitucional*. Disponível em http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&idmateria=123. Acesso em 17.08.2007, às 23:15.

- ALVES, José Lourenço. A Racionalização possível e necessária. *APMP Revista*, São Paulo, 31, fev./mar. 2000.
- _____. Buscando adequar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil. *APMP Revista*, São Paulo, 34, ago./set. 2000-A.
- CACCURI, Antonio Edving. O Ministério Público e as causas de interesse público. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 92, n. 814, ago. 2003.
- CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Intervenção do Ministério Público nas causas a que se refere o art. 82, III, do Código de Processo Civil. *Justitia*, São Paulo, v. 41, n. 107, out./dez. 1979.
- DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. FABBRINI, Renato Nascimento (Coord.). *O Ministério Público na visão de seus membros: consulta sobre temas institucionais*. São Paulo: APMP, 2001.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Um Novo modelo de gestão para o Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2003.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. FABBRINI, Renato Nascimento. *O Ministério Público e a crise orçamentária*. In: FABBRINI, Renato Nascimento (Coord.). São Paulo: APMP, 2002.
- _____. O delineamento constitucional de um novo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 55, n. 161, 1993.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*. São Paulo: APMP, 1992.
- GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 3, 2000.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil*. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- _____. O Futuro do Ministério Público: o desafio da profissionalização, Congresso Nacional do Ministério Público, XIV, 2001, Recife, *Livro de Teses*: Associação do Ministério Público de Pernambuco, 2001, v 2, tomo II.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Ministério Público 500 anos depois do Descobrimento, 2000. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 6, t. 1, p. 324-335, 2000.
- _____. Proposta de racionalização da intervenção do Ministério Público no cível a partir do conceito de interesse social. *APMP Revista*, São Paulo, v. 4, n. 36, dez./fev. 2001.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. O art. 82, III, do Código de Processo Civil e o interesse público. *Revista do Ministério Público do Estado do Paraná*, Curitiba, ano 15, v. 11, n. 678, 1987.
- _____. *Regime Jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.
- _____. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: críticas e perspectivas. in SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.
- SADEK, Maria Tereza. LIMA, Fernão Dias. *Diagnóstico Ministério Público dos Estados*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- SILVA, Cátia Aida. *Promotores de Justiça e Novas Formas de Atuação em Defesa de Interesses Sociais e Coletivos*. Disponível em http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=102. Acesso em 30.07.2007, às 01:20.

A CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Robson Renault Godinho

Promotor de Justiça/RJ

Sumário: 1. Introdução; 2. Capacidade postulatória e pressupostos processuais; 3. A capacidade postulatória do Ministério Público para suas atividades finalísticas; 4. A capacidade postulatória do Ministério Público para a defesa de suas prerrogativas; 5. Conclusão

Síntese Dogmática: a capacidade postulatória é um dado normativo que não se confunde com monopólio profissional e, no que se refere ao Ministério Público, estará presente sempre que a Instituição estiver no exercício de suas atividades finalísticas ou na defesa de suas prerrogativas.

1. Introdução

O perfil constitucional do Ministério Público o consagra como uma Instituição destinada à realização de direitos e como um canal de amplo acesso à justiça.¹ Por meio do Ministério Público, direitos que não seriam tutelados ou que o seriam de maneira precária – e tutelar direitos precariamente é, em última análise, o mesmo que não os tutelar – passaram a contar com uma possibilidade efetiva de realização. Não soa excessivo afirmar que o Ministério Público otimizou o acesso a uma adequada tutela dos direitos, fortalecendo a democracia e contribuindo para a realização do Estado de Direito.

Conjugando o perfil constitucional do Ministério Público com a teoria sobre o acesso à justiça desenvolvida por Mauro Cappelletti e Bryant Garth², veremos que a Instituição possui instrumentos para a realização das célebres “três ondas” renovatórias do processo: a) a “primeira onda” consiste na assistência jurídica aos hipossuficientes e, apesar de o Ministério Público evidentemente não se confundir com a Defensoria Pública, é inegável que a defesa de direitos indisponíveis de crianças, adolescentes, portadores de deficiência e idosos, por exemplo, pode ser incluída nessa categoria, já que indubitavelmente a atuação da Instituição se dá, por definição, em prol de pessoas socialmente desassistidas. Tanto isso é verdade que, onde não há assistência judiciária plenamente instalada, o Ministério Público subsiste como o único canal de acesso à justiça dos hipossuficientes, mesmo sendo discutível a existência de legitimidade de sua atuação, como, por exemplo, na hipótese de execução civil de sentença penal condenatória; 2) na “segunda onda”, que cuida da realização de direitos transindividuais, a presença do Ministério Público praticamente se confunde com seu conceito moderno, ao menos no direito pátrio. Realmente, chega a ser automático relacionar o Ministério Público com a defesa dos direitos transindividuais, dada a preeminência e a eficiência de sua atuação nessa seara; 3) a “terceira onda”, que visa à ampliação de possibilidades de acesso à justiça, encontra lugar precisamente na atuação extrajudicial do Ministério Público.

A tutela dos direitos pode ser efetivada extra-processualmente, como na celebração de termos de ajustamento de conduta, por exemplo, mas não há dúvidas de que a tutela jurisdicional dos direitos assume especial preponderância em nossa realidade, onde prevalece o que foi denominado de “cultura da sentença”³, de modo que

¹ Sobre o Ministério Público e o acesso à justiça há, entre outros, três interessantes trabalhos: MAZZILLI, Hugo Nigro. *O Acesso à Justiça e o Ministério Público*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998. CAVALCANTI, Rosângela Batista. *Cidadania e Acesso à Justiça – Promotorias de Justiça da Comunidade*. São Paulo: IDESP/Sumaré, 1999. Esta última obra examina uma interessante iniciativa do Ministério Público do Estado do Paraná e demonstra, a partir de pesquisas de campo, que a atuação do Ministério Público efetivamente amplia o acesso à justiça. Na mesma linha, examinando experiência semelhante do Ministério Público do Estado do Pará: DEBERT, Guita Grin. *O Ministério Público no Pará. Justiça e Cidadania no Brasil*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 2009.

² Cf. *Acesso à Justiça*. Ellen Gracie Northfleet (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1988, *passim*.

³ Expressão utilizada por Kazuo Watanabe: *Cultura da sentença e cultura da pacificação. Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. Flávio Luiz Yarshell e Mauricio Zanoide de Moraes (coord.). São Paulo: DPJ, 2005.

nossa tese se ocupará exclusivamente do exame da atuação do Ministério Público como legitimado ativo para a tutela dos direitos por meio do processo jurisdicional⁴. É necessário estabelecer, pois, um recorte temático para o desenvolvimento deste trabalho: embora todas as formas de atuação do Ministério Público sejam relevantes, ocuparemos de sua atuação como órgão agente no processo, mais especificamente sobre a capacidade de a instituição estar presente em juízo de forma válida, atendendo ao pressuposto processual da capacidade postulatória.

Como é supérflua toda previsão de uma finalidade sem que sejam disponibilizados os meios aptos para sua consecução, procuraremos demonstrar que o reconhecimento da capacidade postulatória do Ministério Público é fundamental para o exercício de suas finalidades institucionais.

2. Capacidade postulatória e pressupostos processuais

O reconhecimento abstrato de direitos é insuficiente para a integral proteção de seus titulares. Se direitos são reconhecidos, o ordenamento jurídico tem que oferecer meios para sua realização em caso de violação atual ou potencial, sobretudo porque, na correta observação de Norberto Bobbio, proclamar direitos é diferente de desfrutá-los efetivamente⁵. É intuitivo que o titular de um direito deve possuir meios que lhe assegurem e possibilitem seu exercício, e um Estado de Direito só é digno desse nome na medida em que oferece instrumentos eficazes para a realização dos direitos, seja por via legislativa, administrativa ou jurisdicional.

A garantia constitucional do acesso à justiça, entretanto, não é incompatível com a existência de um juízo de admissibilidade da demanda, já que, se é verdade que todos podem requerer a tutela jurisdicional, mesmo que dela não sejam merecedores, não é menos verdade que o processo é o instrumento para a satisfação daqueles que mereçam ser tutelados, isto é, que efetivamente sejam titulares da situação material afirmada. Ou seja: a ação *concretamente exercida* é passível de controle de admissibilidade por meio da implementação de requisitos e condições impostos pelo ordenamento. Em nosso sistema processual, o mérito do processo só será examinado se os requisitos de validade do processo (ou pressupostos processuais⁶) e as condições para o legítimo exercício do direito de ação estiverem satisfeitos. Como resume Barbosa Moreira, “é na esperança de compor a lide que a máquina judiciária se movimenta. [...] Entretanto, por intuitivas razões, não permite a lei que se julgue o mérito senão quando o processo se revista de características suscetíveis de assegurar, tanto quanto possível, a regularidade e a utilidade do julgamento. [...] O ordenamento quer que o litígio seja composto, mas não quer que isso aconteça seja lá como for, a qualquer preço, sob quaisquer circunstâncias. Daí a formulação de certos requisitos, sem os quais não se torna praticável a prolação da sentença definitiva: segundo esquema tradicionalmente adotado entre nós, esses requisitos distribuem-se em duas categorias, a dos pressupostos processuais e das condições da ação”.⁷ Em suma, rejeitadas as preliminares, o juiz fica obrigado a se pronunciar sobre o mérito; acolhidas as preliminares, impede-se a apreciação do mérito, proferindo-se o que foi denominado de sentença terminativa ou processual típica.

Isso, no entanto, não significa que o acesso à justiça possa ser obstado pela imposição de condições de admissibilidade arbitrárias, ou seja, dissociadas da realidade de direito material, sob pena de se vedar indevidamente o acesso à justiça. A existência dessa espécie de filtro não é livre nem soberana, havendo outras circunstâncias que devem ser ponderadas, sobretudo a missão primordial do processo, que é a tutela de direitos.

Realmente, o fato de haver um plano de admissibilidade não pode servir de artifício para que o mérito seja ignorado. A finalidade do processo é a resolução da crise de direito material e não a procura de uma fuga técnica para

⁴ O Ministério Público também pode tutelar direitos judicialmente mesmo quando funciona como órgão interveniente (*custos legis*), mas sua atuação como parte autora inequivocamente é o meio por excelência para a tutela jurisdicional dos direitos, já que de maneira direta, por iniciativa própria, identifica uma lesão ou ameaça de lesão a direitos e, autorizado constitucionalmente, vale-se dos instrumentos processuais possíveis para protegê-los de forma adequada. Em razão do perfil constitucional que indica uma Instituição mais ativa, a intervenção do Ministério Público na condição de *custos legis* vem sendo fortemente questionada, dando origem ao que se convencionou denominar de *racionalização da intervenção no processo civil*. Busca-se evitar que a função do membro do Ministério Público se resuma ao que foi denominado de “parecerismo”, entendido como o “fenômeno pelo qual os promotores de justiça passam a elaborar pareceres cada vez mais em tudo semelhantes a sentenças judiciais, atendendo a todos requisitos formais de uma sentença e esquecendo-se, por vezes, da própria finalidade com que intervinham no feito” (MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. A evolução institucional do Ministério Público brasileiro. *Uma Introdução ao Estudo da Justiça*. Maria Tereza Sadek (org.). São Paulo: IDESP/Sumaré, 1995, p. 44). Não há dúvidas de que a intervenção como *custos legis* deve ser redimensionada, mas nos parece que também há uma resistência injustificada a esse tipo de atuação, já que, inclusive por meio dela, é possível a tutela de direitos. Notou bem esse aspecto Ronaldo Porto Macedo Júnior, ao considerar que “importa frisar que o ajuste institucional do Ministério Público, visando adaptá-lo ao novo perfil constitucional não implica, necessariamente, na eliminação da atuação processual como ‘custos legis’; importa, isto sim, na mudança da forma de atuação e eleição de prioridades institucionais” (ob. cit., p. 46).

⁵ “Mas uma coisa é proclamar esse direito, outra é desfrutá-lo efetivamente. A linguagem dos direitos tem indubitavelmente uma grande função prática, que é emprestar uma força particular às reivindicações dos movimentos que demandam para si e para outros a satisfação de novos carecimentos materiais e morais; mas ela se torna enganadora se obscurecer ou ocultar a diferença entre o direito reivindicado e o direito reconhecido e protegido” (A Era dos Direitos. Carlos Nelson Coutinho (trad.). São Paulo: Campus, 1992, p. 10).

⁶ Sobre os pressupostos ou requisitos processuais, merece leitura o já citado trabalho de José Orlando Rocha de Carvalho: *Teoria dos Pressupostos e dos Requisitos Processuais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷ Legitimação passiva: critério de aferição. Mérito. *Direito Aplicado II (pareceres)*. 2ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2005, p. 372.

evitar o enfrentamento do mérito. A admissibilidade da tutela jurisdicional serve para evitar o processo inviável e não para inviabilizar a tutela do direito material. Entretanto, há situações em que o processo, como se fosse um objeto incômodo, é extinto precipitadamente, sem um adequado exame da situação concreta. Esse comportamento pode decorrer de vários fatores, como o despreparo técnico, a desatenção, a concentração na produção estatística da vara judicial⁸ - cuja preocupação com a produtividade cinge-se à quantidade de sentenças sem se preocupar com a qualidade da prestação jurisdicional -, a busca de artifício para o não enfrentamento do mérito e o comodismo⁹, frustrando a finalidade do processo e negando o acesso à tutela jurisdicional.

O juízo de admissibilidade, repita-se, não é um ardil para se inviabilizar a tutela jurisdicional, mas, sim, um instrumento técnico que interrompe um processo inviável por si só.

Se algum requisito de admissibilidade faltante não impedir o prosseguimento prático do processo, seja porque a causa já esteja pronta para o julgamento, não tendo havido o controle da preliminar no tempo devido, seja porque inexistiu prejuízo para o interessado, ultrapassa-se o plano da admissibilidade, devendo prevalecer o plano do mérito, inexistindo utilidade na extinção serôdia do processo por inadmissibilidade. Vê-se, assim, que o plano da admissibilidade não é um fim em si mesmo.

Entre esses requisitos de admissibilidade encontra-se justamente a capacidade postulatória, que pode ser conceituada como autorização normativa para atuar em juízo. Ou seja, além da capacidade processual, que pressupõe a capacidade de ser parte, há um outro requisito subjetivo de validade do processo que é a capacidade técnica ou a aptidão para postular ou responder em juízo.

Uma noção importante que às vezes é desconsiderada e provoca alguns equívocos é a inexistência de monopólio ontológico da capacidade postulatória. Esse pressuposto processual não é um instituto pré-normativo, que antecede qualquer construção legislativa ou doutrinária, como se fosse um dado na natureza que deve ser aceito inapelavelmente. Ao revés, trata-se de um requisito de admissibilidade artificial - como, aliás, todos os demais -, que é imposto por razões de políticas legislativas, não sendo ocioso relembrar que historicamente a capacidade postulatória era outorgada a todos os cidadãos, encontrando-se resquícios dessa época inclusive nos dias de hoje (*habeas corpus*, por exemplo)¹⁰.

É fundamental termos presente a idéia de que a capacidade postulatória é outorgada normativamente, não havendo espaço para se pensar em monopólio profissional nesse particular, sem embargo do que dispõe a lei 8906/94 (Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil), cujo artigo 1º extrapola a dimensão normativa inserta no artigo 133 da Constituição da República¹¹.

Não há, portanto, privatividade ou exclusividade abstrata da capacidade postulatória: o *jus postulandi* é sempre conferido pelo ordenamento jurídico.

Exatamente em razão disso, no *habeas corpus*, em algumas postulações perante juizados especiais¹², entre

⁸ Uma advertência se faz necessária nesse particular: os dados estatísticos são fundamentais para o estudo de qualquer ciência e toda iniciativa desse jaez deve ser celebrada e incentivada, especialmente porque o campo jurídico não é muito amigo de dados objetivos (a propósito dessa carência de dados objetivos em estudos jurídicos, merece ser destacado o recente trabalho de Moniz de Aragão - que, com Barbosa Moreira, sempre alerta para a necessidade de um estudo com base em dados objetivos: Estatística judiciária. *Revista de Processo*. São Paulo: RT, nº 110, abril/junho de 2003). Entretanto, há uma faceta presente no estabelecimento de controle estatístico que nos preocupa seriamente e toca de perto o objeto deste trabalho, que é uma espécie de pressão perversa que pode ser impingida aos magistrados, aproximando-se a salutar iniciativa de uma espécie de ditadura numérica. A partir do momento em que se exige uma certa prolação de sentenças por mês de um juiz, por exemplo, apenas com os olhos voltados para um programa de "quantidade total", sem preocupações qualitativas, efeitos danosos podem ser produzidos, como o descaso com a instrução do processo pela pressa de produzir sentenças e, inclusive, evitando-se a "difícil" tarefa de se julgar o mérito, buscando artifícios formais para tornar inadmissível a tutela jurisdicional.

⁹ Bem notou esse aspecto Carlos Alberto Alvaro de Oliveira: "muitas vezes, para facilitar o seu trabalho, o órgão judicial adota uma rigidez excessiva, não condizente com o estágio atual do nosso desenvolvimento, ou então a parte insiste em levar às últimas consequências as exigências formais do processo" (O formalismo-valorativo...cit.).

¹⁰ Cf. SILVA, Fernando Antonio Souza e. *O Direito de Litigar sem Advogado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 25/39. MADEIRA, Hécio Maciel França. *História da Advocacia*. São Paulo: RT, 2002.

¹¹ Sobre o tema, inclusive com discussões acerca da reserva de mercado provocada pelo monopólio dos advogados, bem como com o necessário enfoque constitucional da matéria, vale conferir o denso, original e fundamentado estudo de Fernando Antonio Souza e Silva citado na nota anterior.

¹² "Ação Direta de Inconstitucionalidade. Juizados Especiais Federais. Lei 10.259/2001, Art. 10. Dispensabilidade de advogado nas causas cíveis. Imprescindibilidade da presença de advogado nas causas criminais. Aplicação subsidiária da lei 9.099/1995. Interpretação conforme a Constituição. É constitucional o art. 10 da Lei 10.259/2001, que faculta às partes a designação de representantes para a causa, advogados ou não, no âmbito dos juizados especiais federais. No que se refere aos processos de natureza cível, o Supremo Tribunal Federal já firmou o entendimento de que a imprescindibilidade de advogado é relativa, podendo, portanto, ser afastada pela lei em relação aos juizados especiais. Precedentes. Perante os juizados especiais federais, em processos de natureza cível, as partes podem comparecer pessoalmente em juízo ou designar representante, advogado ou não, desde que a causa não ultrapasse o valor de sessenta salários mínimos (art. 3º da Lei 10.259/2001) e sem prejuízo da aplicação subsidiária integral dos parágrafos do art. 9º da Lei 9.099/1995. Já quanto aos processos de natureza criminal, em homenagem ao princípio da ampla defesa, é imperativo que o réu compareça ao processo devidamente acompanhado de profissional habilitado a oferecer-lhe defesa técnica de qualidade, ou seja, de advogado devidamente inscrito nos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil ou defensor público. Aplicação subsidiária do art. 68, III, da Lei 9.099/1995. Interpretação conforme, para excluir do âmbito de incidência do art. 10 da Lei 10.259/2001 os feitos de competência dos juizados especiais criminais da Justiça Federal". (ADI 3.168-DF, Relator Min. Joaquim Barbosa, publicado no Informativo nº 474 - 1º a 03 de agosto de 2007). Vale conferir, ainda, o julgamento da ADI 1127-DF, cuja notícia se encontra no Informativo nº 427, de 15 a 19 de maio de 2006).

outras postulações, a capacidade postulatória é conferida aos interessados, dispensando-se a atuação de advogados. Note-se que se dispensa a presença de advogados e não a capacidade postulatória, que continua a ser exigida e que é conferida diretamente ao interessado¹³.

Mostra-se relevante assinalar que o Supremo Tribunal Federal entende que a capacidade postulatória no controle abstrato de normas, no que se refere às autoridades e entidades do artigo 103, I a VII, da Constituição da República, decorre da própria legitimidade¹⁴.

Como salientamos no início desse tópico, a capacidade postulatória, assim como os demais requisitos de admissibilidade, não é um fim em si mesma e, inexistindo prejuízo para a parte, que é a quem esse pressuposto visa a proteger¹⁵.

3. A capacidade postulatória do Ministério Público para suas atividades finalísticas

Do exposto no item anterior decorre uma conclusão que poderia ser considerada intuitiva e desprovida de maiores controvérsias: o Ministério Público, por meio de seus membros, possui plena capacidade postulatória para o exercício das funções por expressa autorização constitucional, podendo-se afirmar que a legitimidade para agir e a capacidade postulatória estão contidas na fixação constitucional das atribuições do Ministério Público.

Com efeito, a partir do momento em que o artigo 127 da Constituição da República - que consideramos ser a fonte de toda a legitimidade para agir da Instituição - confere legitimidade ao Ministério Público para a defesa de direitos individuais indisponíveis e sociais, automaticamente lhe confere capacidade postulatória.

Ofenderia a Constituição e o bom senso entender que a outorga de legitimidade a um órgão estatal de inegável saber técnico necessitaria de intermediação de uma outra entidade para poder postular em juízo. Realmente, imaginávamos que sequer se cogitaria que, para ajuizar uma ação coletiva ou uma ação para a defesa de direito individual indisponível, necessitasse o Ministério Público dos préstimos de serviço de advocacia.

Entretanto, entre as diversas tentativas amesquinhar a atuação do Ministério Público, cabe mencionar uma nova objeção que foi exposta por Adriano Perácio de Paula.¹⁶ Segundo esse autor, atuando como parte em ação cível, o Ministério Público sempre deverá estar representado por advogado, em razão de a Constituição só lhe haver conferido capacidade postulatória em matéria penal, vedando-lhe o exercício da advocacia. Faltaria ao Ministério Público, portanto, de acordo com o referido autor, capacidade postulatória para ajuizar qualquer ação coletiva, devendo contratar advogado.

Esse posicionamento é flagrantemente insubsistente, parecendo até ser fruto de uma má-vontade com a atuação do Ministério Público, antes de se constituir em uma consistente posição acadêmica. Felizmente, não temos conhecimento de qualquer adesão a esse entendimento¹⁷. Até mesmo quem se dedicou ao tema com um enfoque restritivo à atuação do Ministério Público, nem sequer cogitou questionar sua capacidade postulatória para atuar

¹³ Sobre o ponto: DIDIER JR., Fredie. *Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 142, nota 87.

¹⁴ Cf. na literatura mais recente: MENDES, Gilmar Ferreira. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Saraiva: São Paulo, 2007, p. 90.

¹⁵ Cf., amplamente sobre o tema: BEDAQUE, José Roberto dos Santos. *Efetividade do Processo e Técnica Processual*. São Paulo: Malheiros, 2006, pp. 192/211.

¹⁶ Sobre a Lei 8429, de 1992, e a atuação do Ministério Público nas ações de improbidade no processo civil. *Improbidade Administrativa*, Cássio Scarpinella Bueno e Pedro Paulo de Rezende Porto Filho (coord.). São Paulo: Malheiros, 2001. Cf., ainda, do mesmo autor: Do jus postulandi e da atuação do Ministério Público no processo civil. *Revista de Informação legislativa*, n° 146, abril/junho de 2000, pp. 309/320 (também disponível eletronicamente: www.senado.gov.br/web/cegraf/ril/Pdf/pdf_146/r146-23.pdf).

¹⁷ Confira-se os trechos de recente acórdão do Superior Tribunal de Justiça: "Processual civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ato de improbidade. Capacidade postulatória. Artigo 25, IV, "b", da lei 8.625/93. Legitimatío ad causam do Parquet. Arts. 127 e 129 da CF/88. Patrimônio público. Dever de proteção. 1. A Constituição Federal de 1988 conferiu ao Ministério Público o status 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 (artigo 129, caput). 2. Deveras, o Ministério Público está legitimado a defender os interesses públicos patrimoniais e sociais, ostentando, a um só tempo, legitimatío ad processum e capacidade postulatória que pressupõe aptidão para praticar atos processuais. É que essa capacidade equivale a do advogado que atua em causa própria. Revelar-se-ia contraditório in terminis que o Ministério Público legitimado para a causa e exercente de função essencial à jurisdição pela sua aptidão técnica fosse instado a contratar advogado na sua atuação pro populo de custos legis. 3. A ratio essendi da capacidade postulatória vem expressa no art. 36 do CPC, verbis: "A parte será representada em juízo por advogado legalmente habilitado. Ser-lhe-á lícito, no entanto, postular em causa própria, quando tiver habilitação legal ou, não a tendo, no caso de falta de advogado no lugar ou recusa ou impedimento dos que houver". [...] 7. Sob esse enfoque, adota-se a fundamentação ideológica e analógica com o que se concluiu no RE n.º 163231/SP, para externar que a Constituição Federal confere ao Ministério Público capacidade postulatória para a propositura da ação de improbidade, nos seguintes termos: Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do Parquet para discuti-las em juízo. 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público 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 (CF, art. 127). 2. Por isso mesmo detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, mas também de outros interesses difusos e coletivos (CF, art. 129, I e III). [...] 5.1. 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

como autor no processo civil¹⁸. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, em parecer encomendado pela Ordem dos Advogados do Brasil, afirma expressamente que a capacidade postulatória “é inerente à própria instituição. Pretender exigir-se que para a propositura da Ação Civil Pública o Ministério Público deve comparecer em juízo representado por um advogado é, data vênha, um exagero. Seria amesquinhá-lo. Seria reduzi-lo a um mero órgão administrativo do Estado (...)”¹⁹.

Para afastar essa idéia da falta de capacidade postulatória, bastaria mencionar o disposto no art. 81 do CPC e lembrar que a outorga da capacidade postulatória não é monopólio do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. Entretanto, a própria Constituição confere capacidade postulatória ao Ministério Público para o ajuizamento de ações coletivas, como podemos ver nos seguintes dispositivos: art. 127, ao incumbir-lhe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, estando incluída a possibilidade de ajuizamento de ações judiciais; art. 129, III, em que se lê que cabe ao Ministério Público *promover* a Ação Civil Pública, devendo ser notado que no inciso primeiro do mesmo artigo utiliza-se o mesmo verbo para a ação penal; a vedação do exercício da advocacia evidentemente não significa que o Ministério Público não possa ajuizar ações de sua atribuição, devendo haver compatibilização das normas constitucionais. A razão dessa vedação é histórica e nada tem a ver com a nova configuração da tutela jurisdicional coletiva. De nada adiantaria conferir legitimidade ao Ministério Público e, ao mesmo tempo, não lhe conceder capacidade postulatória, que, nesse caso específico, decorre da própria legitimação para agir, estando *in re ipsa*. Negar capacidade postulatória ao Ministério Público é interpretar o sistema de forma primitiva e rasteira, em nada contribuindo para um sério e denso debate sobre as reais dificuldades do processo coletivo.

Em decisão monocrática, a Ministra Cármen Lúcia Antunes Rocha reconheceu a capacidade postulatória do Ministério Público em ações cíveis, como não poderia deixar de ser, mas decidiu que a Instituição não pode ajuizar ação de interesse institucional sem a participação de advogado: “[...]Trata-se de Ação Cautelar, com pedido de medida liminar, ajuizada neste Supremo Tribunal pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais, em 10 de novembro de 2006, com fundamento nos arts. 21, IV e V, e 304 do RISTF, ‘com o intuito de obter efeito suspensivo ao Recurso Extraordinário n. 1.0000.05.422943-0/000 ajuizado contra o acórdão proferido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais.’ O caso 2. A instituição autora, ‘Ministério Público do Estado de Minas Gerais’, narra que a Requerida, Associação Brasileira de Criadores de Zebu de Uberaba, impetrou mandado de segurança contra ato do 5º Promotor de Justiça da Comarca de Uberaba - MG, para o qual o juiz da 2ª Vara Cível da Comarca de Uberaba se declarou incompetente, remetendo os autos ao Tribunal de Justiça de Minas Gerais. A Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais afirmou a competência do juízo de primeira instância, devolvendo os autos para o prosseguimento do feito. Não obstante aquela decisão, o Ministério Público mineiro interpôs recurso extraordinário contra o acórdão prolatado, o qual foi admitido. Devolvido a este Supremo Tribunal em seu efeito legal próprio - o devolutivo - avia a presente Ação o Ministério Público estadual requerendo seja emprestado também efeito suspensivo. [...] Trata-se da irregularidade da representação processual para a propositura. Tem-se, na inicial apresentada, assinatura não de advogados constituídos, na forma constitucional e legalmente determinada para o processamento das ações, mas dos eminentes Procuradores de Justiça, Dra. Elaine Martins Parise (Procuradora-Geral Adjunta Jurídica) e Dr. Renato Franco de Almeida (Promotor de Justiça e Assessor Especial do Ministério Público Estadual). Nem é matéria sujeita a controvérsia que a representação processual é exclusiva de advogados no Brasil, ressalvadas as hipóteses em que se tenha ação penal ou civil conferida, no sistema jurídico, à legitimidade ativa do Ministério Público (arts. 129, incs. I, III, IV e V combinado com 133, todos da Constituição da República). De se observar, por igual, a proibição constitucional da advocacia por membro do Ministério Público (art. 128, § 5º, inc. II, alínea b, da Constituição do Brasil, além de ser imperativo dar cumprimento à legislação processual civil (arts. 7º a 13, do Código de Processo Civil). Não é possível admitir-se que os Procuradores de Justiça, membros da nobre carreira do Ministério Público, e terminante e taxativamente proibidos de advogar, exerçam, como pretendido no presente caso, desempenhar função que lhes é, expressa, literal e exemplarmente, vedada por norma constitucional. Procurador de Justiça ou Promotor Advogado não é, e por isso mesmo não pode exercer a representação judicial. O que se tem, no caso presente, é uma ação judicial - ação cautelar - na qual se buscam prerrogativas

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. [...] 11. É cediço na doutrina pátria que “o bacharel em direito regularmente inscrito no quadro de advogados da OAB tem capacidade postulatória (EOAB 8º, 1º e ss). Também a possui o membro do MP, tanto no processo penal quanto no processo civil, para ajuizar a ação penal e a ACP (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º; CDC 82, I; ECA 210 I).” (Nelson Nery Júnior In “Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, página 429). 12. Recurso especial desprovido”. (REsp 749.988/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 08.08.2006, DJ 18.09.2006 p. 275 - destacamos).

¹⁸ MEDINA, Paulo Roberto de Gouvêa. O exercício do *ius postulandi* pelo advogado e pelo membro do Ministério Público no processo civil. *Revista da Ordem dos Advogados do Brasil*, nº 64. Brasília: Conselho Federal da OAB, 1997.

¹⁹ Propositura, pelo Ministério Público, de ações para a tutela de interesses particulares em ações civis públicas. *Revista de Processo*, nº 80, São Paulo:RT, outubro/dezembro de 1995, p. 174.

alegadas ou pretendidas pelo Ministério Público. Não se tem, em qualquer norma jurídica vigente no País, autorização legal para que se afaste da vedação constitucional da advocacia o membro do Ministério Público. Não compete a ele distinguir-se de qualquer cidadão ou entidade de direito público ou particular, que, ao buscar os seus direitos, tem de se valer de advogado para fazer-se representar perante o Juiz competente. É o que se estampa nos arts. 1º e 3º da Lei n. 8.906/93, denominado 'Estatuto da Advocacia' [...]. E tudo quanto posto na Constituição da República, ao atribuir a exclusividade da advocacia aos profissionais específicos - excluídos os membros do Ministério Público - é para se poder fazer a exigência a esses profissionais da qualificação que lhe é necessária e de que se ressente uma postulação quando apresentada por quem não tenha a necessária qualificação técnica, em que pese possa ser o não advogado dotado das melhores condições intelectuais jurídicas para outros desempenhos, como, tem-se por certo, ocorre no caso presente. Ademais, qualquer problema ou dificuldade que se apresente pelo advogado submete o profissional às exigências éticas perante a instituição específica, que é a Ordem dos Advogados do Brasil. Igual não poderia ser o deslinde se se permitisse o desempenho daquela atividade específica e constitucionalmente afirmada a outrem que não, exclusivamente, ao advogado. Inegável, portanto, a irregularidade processual havida na espécie, que estaria a merecer a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil, se os outros óbices não estivessem a impedir o prosseguimento da presente ação. Ausência dos requisitos referentes à plausibilidade do direito 8. Não se pode atestar, na espécie, a alegada fumaça do bom direito, porque carentes os autos dos elementos necessários para a sua comprovação, conforme acima exposto [...]"²⁰. Parece-nos que essa decisão não é a mais adequada, ao menos por dois motivos: 1) se o Ministério Público ajuizou recurso extraordinário no caso, sua capacidade foi reconhecida exatamente por se tratar de questão institucional - reconhecimento da competência originária para o julgamento de mandado de segurança contra ato de seu membro -, o que faz com que uma ação conexa necessariamente deva ser admitida (conexão por sucessividade), não sendo razoável reconhecer a capacidade postulatória para a interposição do recurso e negá-la para o ajuizamento de ação cautelar que visava a conferir efeito suspensivo a esse mesmo recurso; 2) tratando-se questão vinculada a suas prerrogativas, possui o Ministério Público interesse institucional que lhe outorga capacidade postulatória, o que será examinado no próximo item.

Deve ser remarcado que o entendimento esposado pela referida Ministra é equivocado e pode significar lamentável limitação à atuação do Ministério Público. Se existe capacidade postulatória para a interposição do recurso, forçosamente também existirá para quaisquer medidas que lhe sejam conexas.

O reconhecimento da necessidade de intermediação de um advogado nessa situação subverte o raciocínio processual e homenageia uma reserva de mercado incompatível com uma ordem constitucional dedicada ao amplo acesso à justiça, como se vê em trecho doutrinário de autoria da própria Ministra: *"Também não se pode descuidar sobre a questão relativa ao imperativo da presença de advogado que o sistema jurídico nacional tem adotado. De verdade, não é sempre que a presença é imprescindível, sequer necessária. Em algumas ocasiões somente constitui embaraços, às vezes dispêndios a mais, ao exercício do direito à jurisdição. Se não se admite - e é certo que não - que aquele que necessita e deseja um advogado para atuar em sua defesa deixe de tê-lo e o tenha às expensas do Estado, quando impossibilitado se encontra de contratar o de sua preferência e escolha, é exato ainda que nem sempre se deveria impor a presença do patrono, quando puder e quiser dispensá-lo o titular do direito discutido. Isto impede, em uma ou outra ocasião, o exercício direto pelo titular do direito, em casos em que a presença do representante judicial seria perfeita e tranqüilamente dispensável, sem qualquer ônus para o Estado-juiz, para as partes ou para a sociedade. Esta presença, que muitas vezes - diria mesmo na maioria delas - é um direito inarredável do cidadão, pode constituir, quando levada a extremos opostos, um óbice para o acesso aos órgãos prestadores da jurisdição, que é dever do Estado providenciar e prover"*²¹.

4. A capacidade postulatória do Ministério Público para a defesa de suas prerrogativas

O Ministério Público possui legitimidade não só para o exercício de suas atividades finalísticas, mas também para a defesa de suas prerrogativas, que também é um modo, preservando-se os meios, garantir a consecução daquelas.

Caso haja violação de uma de suas prerrogativas ou de seus princípios, cabe ao próprio Ministério Público, por meio de seu Procurador-Geral, o ajuizamento de ações que visem a tutelar a própria Instituição.

O fato de o Ministério Público não possuir personalidade jurídica em nada interfere nesse particular, já que é inegável a presença de sua personalidade judiciária e, principalmente, é indiscutível que se trata de órgão com esfera subjetiva e patrimônio jurídico próprios. Por ser uma Instituição "concebida como estrutura organizacional

²⁰ AC 1450/MG, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 22/11/2006, p. 00048 - destacamos. A decisão não foi objeto de recurso e transitou em julgado em 11/12/2006.

²¹ O direito constitucional à jurisdição. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. Sálvio de Figueiredo Teixeira (org). São Paulo: Saraiva, 1993, p. 37, *apud* SILVA, Fernando Antonio de Souza e. Ob. cit., p. 3, nota 5.

dotada de individualidade própria²², o Ministério Público possui autonomia que lhe confere direitos e obrigações, decorrendo daí a capacidade postulatória em caso de ameaça ou violação de sua esfera jurídica²³.

Por essa razão, moderna doutrina preconiza que *“a teoria dos sujeitos de direito precisa ser repensada, pois não se justifica, pelo exame do direito positivo, que não se reconheça capacidade jurídica a entes a que o ordenamento jurídico atribui aptidão para ter direitos e contrair obrigações, embora não lhes tenha sido atribuída personalidade jurídica”*, não escapando ao autor a possibilidade de haver processos envolvendo órgãos estatais de uma mesma pessoa jurídica e até de um órgão contra em face dessa mesma pessoa jurídica²⁴.

Assim, pode o Ministério Público ajuizar ação visando, por exemplo, à salvaguarda do princípio da independência funcional, da autonomia administrativa ou do poder de requisição, como, aliás, já reconheceu o Superior Tribunal de Justiça: *“Processual civil. Mandado de segurança requerido pelo Ministério Público objetivando liberar informações existentes em órgãos do Ministério da Aeronáutica. Inexistência de motivação que afete a segurança do Estado. Prevalência do interesse público relevante. Deferimento da segurança. A competência do Ministério Público no concernente a requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe, a Lei Maior, a disposição, instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas. Em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta, daí, que as suas atividades se revestem de interesse público relevante - oponível a qualquer outro - que deve ser cuidado com previdência, eis que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não fornecimento de informações e documentos é conduta impeditiva da ação ministerial e, conseqüentemente, da justiça, se erigindo em abuso de poder. Os documentos e informações requisitadas (e em poder do Ministério da Aeronáutica) não serão, desde logo, acolhidos como verdadeiros e incontestáveis, mas, submetidos ao crivo da autoridade judiciária e do Ministério Público; deste, para auxiliar e, ate, impulsionar as diligências subseqüentes e do Judiciário para que as submeta, em tempo oportuno, ao contraditório, em que se assegurara aos indiciados ou acusados a mais ampla defesa. Nada importa que as conclusões dos órgãos da Aeronáutica sejam diametralmente opostas as do Ministério Público ou do Judiciário. A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525), como também a ação do Ministério Público independe do juízo de valor que, na esfera administrativa, a autoridade Aeronáutica atribuir aos fatos, não ficando, por isso mesmo, adstrito, quer as conclusões do relatório preliminar, quer as do relatório final. A publicidade dos atos administrativos e demais atividades estatais decorre de preceito constitucional (art. 5, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. ‘O novo estatuto brasileiro - que rejeita o poder que 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 direitos e garantias fundamentais” (STF). Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do Parquet, torna-se evidente o interesse público na ultimização dessas investigações cujo fim é o de desvendar a existência de possíveis crimes. O sigilo, in casu, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sob possíveis desvirtuamentos das informações e documentos requisitados. É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção. Segurança concedida. Decisão unânime”²⁵.*

O Supremo Tribunal Federal também possui um julgado relevante, em que, embora a questão da capacidade postulatória esteja implícita e decorra automaticamente da conclusão a que chegou o Tribunal, a questão da personalidade judiciária e a existência de esfera jurídica que exige proteção autônoma pela Instituição, mormente suas prerrogativas, receberam tratamento cristalino: *“Mandado de segurança: legitimação ativa do Procurador-Geral da República para impugnar atos do Presidente da República que entende praticados com usurpação de sua própria competência constitucional e ofensivos da autonomia do Ministério Público: análise doutrinária e reafirmação da jurisprudência. 1. A legitimidade ad causam no mandado de segurança pressupõe que o impetrante se afirme titular de um direito subjetivo próprio, violado ou ameaçado por ato de autoridade; no entanto, segundo assentado pela doutrina mais autorizada (cf. Jellinek, Malberg, Duguit, Dabin, Santi Romano), entre os direitos públicos subjetivos, incluem-se os chamados direitos-função, que têm por objeto a posse e o exercício da função pública pelo titular que a detenha, em toda a extensão das competências e prerrogativas que a substantivem:*

²² GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições regime jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 170.

²³ Sobre a legitimidade do Ministério Público para figurar no pólo passivo, e a correlata presença dos pressupostos processuais, vale conferir: CUNHA, Leonardo Carneiro da. *Contestação. Ilegitimidade passiva ad causam do Estado*, devendo a demanda que impugna recomendações do Ministério Público para que municípios se abstenham de prática de nepotismo ser proposta em face do Ministério Público. *Revista de Processo*, nº 149, RT, julho de 2007, pp. 328/332.

²⁴ DIDER JR, ob. cit., pp. 117 e 120.

²⁵ MS 5.370/DF, Rel. Ministro Demócrito Reinaldo, Primeira Seção, julgado em 12.11.1997, DJ 15.12.1997, p. 66185.

*incensurável, pois, a jurisprudência brasileira, quando reconhece a legitimação do titular de uma função pública para requerer segurança contra ato do detentor de outra, tendente a obstar ou usurpar o exercício da integralidade de seus poderes ou competências: a solução negativa importaria em "subtrair da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito". 2. A jurisprudência - com amplo respaldo doutrinário (v.g., Victor Nunes, Meirelles, Buzaid) - tem reconhecido a capacidade ou "personalidade judiciária" de órgãos coletivos não personalizados e a propriedade do mandado de segurança para a defesa do exercício de suas competências e do gozo de suas prerrogativas. 3. Não obstante despido de personalidade jurídica, porque é órgão ou complexo de órgãos estatais, a capacidade ou personalidade judiciária do Ministério lhe é inerente - porque instrumento essencial de sua atuação - e não se pode dissolver na personalidade jurídica do Estado, tanto que a ele freqüentemente se contrapõe em juízo; se, para a defesa de suas atribuições finalísticas, os Tribunais têm assentado o cabimento do mandado de segurança, este igualmente deve ser posto a serviço da salvaguarda dos predicados da autonomia e da independência do Ministério Público, que constituem, na Constituição, meios necessários ao bom desempenho de suas funções institucionais. 4. Legitimação do Procurador-Geral da República e admissibilidade do mandado de segurança reconhecidas, no caso, por unanimidade de votos"*²⁶.

Outro exemplo que pode ser trazido à colação é o ajuizamento de ação perante o Supremo Tribunal Federal visando a impugnar ato emanado do Conselho Nacional do Ministério Público que exorbite seu balizamento constitucional e interfira indevidamente na autonomia dos Ministérios Públicos dos Estados e da União.

5. Conclusão

A capacidade para ser parte é uma noção absoluta, não comportando gradações. Isso não significa, contudo, que o ente terá, também legitimidade para a causa e capacidade postulatória.

No que se refere ao Ministério Público, é inequívoca sua capacidade para ser parte, restando verificar se nas hipóteses concretas estará presente sua legitimidade para agir e, inexoravelmente, sua capacidade postulatória.

Essa afirmação, a nosso ver, não comporta contraposição séria quando se refere à defesa de direitos individuais indisponíveis, sociais e às prerrogativas institucionais. Entretanto, por ser o Ministério Público um ente dotado de autônoma administrativa, há uma gama de direitos e obrigações atrelados à Instituição que são dissociados tanto de suas atividades finalísticas quanto de suas prerrogativas. Embora todos os negócios jurídicos firmados pelo Ministério Público só se justifiquem em razão de sua essência e sirvam, em última análise, para oferecer estrutura para o desenvolvimento de suas funções, há situações em que o tema a ser levado em juízo somente reflexamente se vincule a suas atividades finalísticas ou às suas prerrogativas, como em contratos de locação ou de compra e venda. Somente em hipótese desse jaez, desvinculadas da atuação constitucional do Ministério Público, parece-nos ser possível discutir a presença da capacidade postulatória.

Entretanto, para os fins desta tese, especialmente preocupada com a atuação do Ministério Público como instrumento da realização dos direitos individuais indisponíveis e sociais, é necessário estabelecer que a capacidade postulatória da Instituição para suas atividades essenciais e estruturais decorre da legitimidade outorgada constitucionalmente.

Em suma, a capacidade postulatória é um dado normativo que não se confunde com monopólio profissional e, no que se refere ao Ministério Público, estará presente sempre que a Instituição estiver no exercício de suas atividades finalísticas ou na defesa de suas prerrogativas.

²⁶ MS 21239/DF - DJ 23/04/1993, p. 06920 - Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

AÇÕES COLETIVAS EM DEFESA DO SUS: O CASO DA ASSISTÊNCIA FARMACÊUTICA

Antonio Joaquim Fernandes Neto

Procurador de Justiça/MG

Pelas mãos da Conamp e da AMPEB, deuses e orixás nos convocam a debater, na Bahia, sobre os novos desafios do Ministério Público. Entre estes, no vasto temário proposto pelos organizadores do XVII Congresso Nacional do Ministério Público, destacam-se nossa atuação em defesa do Sistema Único de Saúde (SUS), o repensar o papel do custos legis e a atuação institucional em prol da efetividade das políticas públicas por meio do inquérito civil e da ação civil pública. Em Minas Gerais, a exemplo do que ocorre em outros Estados, veloz tem sido o crescimento da atuação na área de saúde, mormente a demanda por incorporação tecnológica na assistência farmacêutica. Conforme estudos por nós desenvolvidos, distinguir entre as necessidades verdadeiras e as falsas promessas do mercado é um dos maiores desafios que enfrentamos hoje.

É certo que todos têm direito à assistência farmacêutica integral e gratuita. Apesar disso, o exame dos casos submetidos ao poder judiciário mostra que a tutela individual tem preponderado sobre os interesses coletivos e que o Ministério Público não tem dispensado a estes a atenção que merecem. Revela também que muitos são os pedidos de produtos experimentais, fármacos que não foram aprovados pela Anvisa para comercialização no Brasil. Como resultado, crescente tem sido o questionamento da atuação do Ministério Público e do judiciário na apreciação de pedidos de medicamento e se faz necessária a revisão crítica de nossa forma de atuação como órgão agente e como custos legis.

Com o apoio da Secretaria Estadual de Saúde o Ministério Público de Minas Gerais concebeu e a Escola de Saúde Pública está desenvolvendo uma pesquisa coletiva de jurisprudência na qual as políticas públicas de saúde são confrontadas com as decisões dos Tribunais. A hipótese é dupla, e contraposta: tanto as ações e serviços de saúde quanto os provimentos judiciais apresentam aspectos positivos e negativos. É possível, supõe-se, utilizar os instrumentos jurídicos para aperfeiçoar as políticas públicas e, na via oposta, identificar e corrigir falhas da jurisprudência a partir do conhecimento das políticas públicas e do suporte fático que as justifica.

O trabalho começou em março de 2006, com o levantamento dos dados sobre a demanda relacionada à prestação de assistência à saúde nos Tribunais brasileiros a partir de 1988. Com a constatação de que o processo de judicialização da saúde pública foi pequeno na última década do século XX, optou-se por concentrar os estudos nos julgamentos produzidos a partir do ano 2000. Verificou-se que a base de dados oficial do Tribunal de Justiça de Minas Gerais mostra 60 decisões no ano 2000. Dois anos depois, o volume quadruplica: 240 acórdãos tratam de temas ligados à saúde pública. Em 2005, foram julgados pelo menos 1.100 casos envolvendo Direito Sanitário (e não é tudo: o website apresenta apenas uma amostra das decisões produzidas). Nos demais Estados, os gráficos apresentam evolução semelhante, dobrando, anualmente, o volume de ações movidas contra Secretários de Saúde.

Resultados preliminares desta investigação mostram que o item medicamentos é o que mais cresce dentre as demandas apresentadas contra as Secretarias de Saúde e que o Ministério Público, a reboque deste movimento, foi provocado a atuar de forma crescente na tutela de interesse individual. Em 2004, dos Acórdãos publicados no website do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, 48% correspondem a pedidos de internação e 37% foram demandas por medicamentos. No ano seguinte o quadro se inverte. Os pedidos de internação diminuem, totalizando 39%, e os de medicamentos alcançam 52%. No mesmo período, caiu o volume das ações coletivas ajuizadas pelas Promotorias da Saúde. Embora o total de petições iniciais tenha crescido, as demandas individuais saltaram de 45% em 2004 para 81% em 2005.

Tanto a intervenção do Ministério Público quanto a crescente judicialização de pretensões individuais cujo objeto são produtos e serviços de saúde têm gerado inconformismo nos gestores – Secretários Estaduais e Municipais de Saúde – protagonistas privilegiados da construção do sistema público de saúde, os quais vinham dividindo o palco com os Conselhos de Saúde, os sindicatos e os fornecedores de produtos e serviços (estes, menos visíveis, porém muito eficazes na defesa de seus interesses econômicos) na definição das políticas e, principalmente, na alocação dos recursos orçamentários. Tal inconformismo decorre da incerteza sobre os deveres de cada ente federa-

tivo, os limites de sua responsabilidade, da incerteza sobre a interpretação do “dever ser”¹, decorrente da definição de direitos subjetivos públicos, individuais, em casos concretos, e, principalmente, do impacto que uma concepção aberta de “atenção integral à saúde” provoca em orçamentos nos quais o dinheiro alocado tem se mostrado insuficiente para garantir a universalização do serviço público.

Os gastos do Ministério da Saúde com medicamentos têm evoluído rapidamente. Em 2002 o gasto foi de R\$ 1,92 bilhão, valor correspondente a 5,8% do orçamento da saúde. Elevou-se para R\$ 2,7 bilhões em 2004 (9,5%) e chegou a R\$ 4,14 bilhões em 2006 (11,2%). No Estado de Minas Gerais, também é ascendente a curva exibida no gráfico que mostra o total do gasto com medicamento. Foram R\$ 68,6 milhões os recursos do tesouro estadual em 2002. Em 2004, R\$ 147,6 milhões e em 2006 foram pagos R\$ 231,5 milhões aos fornecedores de medicamentos. Resta saber se tanto dinheiro tem sido bem gasto. Faltam-nos dados para verificar se o poder público tem utilizado adequadamente seu poder de compra para obter melhores preços na enorme cesta de produtos adquiridos. Os periódicos noticiam ganhos em negociações isoladas e o licenciamento compulsório pelo Ministério da Saúde, do antiretroviral Efavirenz, em maio de 2007, foi amplamente divulgado. Há ganhos, também, com a ampliação da produção de medicamentos por laboratórios oficiais. Em Minas Gerais a Fundação Ezequiel Dias (Funed) bateu sucessivos recordes de produção a partir de 2003 e forneceu ao SUS, em 2006, 1 bilhão e 29 milhões de unidades de medicamentos. Apesar disso, considerando o montante envolvido, o Ministério Público deve ficar atento a tais aquisições, que não estão concentradas na União ou nos Estados, mas dispersas em Municípios e respectivas unidades de saúde.

Em face da preocupação que aqui nos move – a crítica da atuação do Ministério Público na judicialização da saúde –, merece atenção a evolução dos gastos determinados por decisões judiciais proferidas em demandas individuais. Nestes, como o prazo assinado para a compra do medicamento é curto e o volume pequeno, o preço é significativamente mais elevado e o comprador não realiza ensaios para averiguação da qualidade do produto. Lamentavelmente, apesar do incremento do investimento oficial, continua forte e crescente a pressão por incorporação de novos fármacos ao SUS. Dados da Secretaria de Estado da Saúde de Minas Gerais mostram que o Estado desembolsou R\$ 164 mil em 2002 para atender às determinações judiciais de fornecimento de medicamentos. O valor das condenações saltou para R\$ 2,8 milhões em 2004 e chegou a R\$ 18 milhões em 2006. A previsão para o exercício de 2007 é de que as condenações judiciais comprometam aproximadamente 30% do gasto público com medicamentos no Estado de Minas Gerais.

Noutro giro, observada sob o foco do mercado, a perspectiva crítica põe em destaque a campanha promovida pela Consumers International na qual se revela que a indústria farmacêutica gasta anualmente em publicidade o dobro do que investe em pesquisa. Apresentado em inglês e espanhol, o informe “*La Salud patentada*” (*Branding the Cure*)² mostra que as transnacionais são as principais interessadas nos orçamentos de saúde, públicos e privados, e as vendas, no mercado mundial, cresceram 7% em 2005, chegando a 602 bilhões de dólares americanos. Constatou-se que, apesar das restrições legais à publicidade de medicamentos, as empresas têm dirigido suas práticas comerciais não apenas aos médicos como também a grupos de pacientes, estudantes de medicina e farmacêuticos, utilizando grupos de discussão na Internet e websites para divulgar enfermidades e medicamentos conforme seus interesses. E fazem mais: usam os grandes meios de comunicação para divulgar de forma maciça, sob o rótulo da “ciência e tecnologia”, produtos sobre os quais detêm questionáveis direitos (patentes?).

Tema cada vez mais debatido na grande imprensa e nos círculos especializados, as más práticas comerciais da indústria farmacêutica ainda carecem de adequada repressão. Manipulando o medo da morte, da decadência física e das doenças, o marketing de medicamentos se utiliza de variadas técnicas de persuasão para criar mercado. Além de assediarem os profissionais médicos oferecendo-lhes brindes e vantagens pessoais, patrocinando congressos científicos, passagens aéreas, hospedagens e passeios, os marqueteiros estão fortemente empenhados em ampliar o campo do “anormal” e fazer com que as pessoas passem a estranhar sensações e comportamentos corriqueiros, conforme o registro feito por Ray Moynihan e Alan Cassels no *Le Monde Diplomatique*: “Para muitos, a idéia segundo a qual as multinacionais do setor ajudam a criar novas doenças parecerá estranha, mas ela é moeda corrente no meio da indústria. Destinado a seus diretores, um relatório recente de Business Insight mostrou que a capacidade de “criar mercados de novas doenças” traduz-se em vendas que chegam a bilhões de dólares. Uma das estratégias de melhor resultado, segundo esse relatório, consiste em mudar a maneira como as pessoas vêem suas disfunções sem gravidade. Elas devem ser “convencidas” de que “problemas até hoje aceitos no máximo como uma indisposição” são “dignos de uma intervenção médica”. Comemorando o sucesso do desenvolvimento de mercados lucrativos ligados a novos problemas da saúde, o relatório revelou grande otimismo em relação ao futuro financeiro da indústria farmacêutica: “Os próximos anos evidenciarão, de maneira privilegiada, a criação de doenças patrocinadas pela empresa”. (<http://diplo.uol.com.br/2006-05,a1302>, acessado em 04.06.2007, às 15h30m). A previsão, divulgada

¹ - Art. 196 da Constituição brasileira: “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”

² http://www.consumidoresint.cl/documentos/bivi/branding_cure_es.pdf

em recente estudo da PricewaterhouseCoopers (www.pwc.com) é de que a indústria farmacêutica deverá duplicar seu faturamento até 2020, com a concentração de um quinto das vendas mundiais em sete países: Brasil, China, Índia, Indonésia, México, Rússia e Turquia.

Diante do quadro exposto, a tese que propomos aos colegas neste XVII Congresso Nacional do Ministério Público é radical. Em defesa do SUS, o maior programa de inclusão social em curso no Brasil, os Promotores e Procuradores de Justiça devem olhar com desconfiança os casos individuais que chegam a seus gabinetes, quer seja por meio do atendimento ao público, ou em demandas judicializadas, nas quais atue como *custos legis*. O que há por trás da crescente demanda por medicamentos? Eis a grande pergunta, objeto da “Pesquisa-ação: Políticas de Saúde na Prática”, ação que estamos iniciando em Minas Gerais com o objetivo de reverter o quadro atual e assegurar que o interesse coletivo e o ideal de saúde, para todos, com equidade, sejam priorizados nas Promotorias de Saúde.

Será legítima a demanda? Há, de fato, a necessidade do medicamento prescrito, ou o Ministério Público e o judiciário estão sendo envolvidos em uma ação de marketing, instrumentalizada pela indústria farmacêutica? Quais as verdadeiras necessidades e que interesses há por trás da conduta da dona-de-casa, do pai de família ou do idoso, que chegam até a Promotoria com prescrições solicitando medicamentos que, regra geral, foram negados pela Secretaria de Saúde? É necessária uma análise mais profunda desses fatos de forma a permitir que sejam corrigidas as falhas na implementação da Política Nacional de Medicamentos e evitar que o Ministério Público seja mobilizado no intuito de propiciar a aquisição de medicamentos cuja eficácia e segurança não foram comprovadas, ou sem registro nos órgãos competentes, ou de elevado custo, sob o risco de contribuir para o desequilíbrio da política local de medicamentos.

Sugere-se, pois, que seja priorizada a tutela do interesse coletivo com a identificação dos problemas na execução das ações de assistência farmacêutica, tais como: falta de estímulo ao profissional farmacêutico; deficiências na atuação da equipe de saúde; treinamento inadequado do Agente Comunitário de Saúde; insuficiente capacitação dos recursos humanos; desconhecimento da política pelos profissionais médicos. Acredita-se que a superação desses obstáculos contribuirá para um melhor planejamento e execução da assistência farmacêutica no município.

Na “Pesquisa-ação: Políticas de Saúde na Prática” foram propostas duas medidas simples, complementares, voltadas ao enfrentamento dos problemas da assistência farmacêutica: a instauração de um inquérito civil, para o trato coletivo da questão, e a padronização do atendimento individual, de forma a permitir melhor acompanhamento das demandas em todo o Estado. A consolidação dos dados no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Saúde, o CAO-Saúde, permitirá que o problema coletivo, do qual a demanda individual é sintoma, se torne visível e possa ser combatido de forma eficaz.

No atendimento aos casos individuais, o registro em ficha de atendimento supre a coleta de termo de declarações e garante a coleta de informações completas, necessárias à justa solução do caso. Para facilitar tal trabalho, o ofício requisitório dirigido ao médico prescritor detalha as informações necessárias à melhor compreensão do problema e contém perguntas que servirão de subsídio para a instrução da investigação coletiva. Já as minutas de ofício dirigidas ao gestor municipal e ao diretor da Gerência Regional de Saúde - GRS - foram redigidas de forma a deixar clara a responsabilidade que eles têm na solução do problema. Cabe ao gestor a tomada de providências para que cada caso receba o cuidado devido, sendo ele o responsável pela decisão técnica adotada. Evita-se, dessarte, que o Promotor assuma papéis que são próprios do gestor. Este último decide e responde por suas decisões. Posteriormente, informa a solução ao membro do Parquet, que julgará seu acerto ou seu erro, se necessário.

Para o tratamento coletivo da questão, o CAO-Saúde elaborou um roteiro básico para a realização de um diagnóstico da assistência farmacêutica no Município. As respostas aos ofícios requisitórios dirigidos ao gestor municipal e ao diretor da GRS permitirão uma visão perfunctória do sistema, a qual deve ser suficiente para orientar a sequência da investigação. Os problemas podem estar no planejamento, na programação, na dispensação, enfim em qualquer etapa do ciclo de assistência farmacêutica. Acredita-se que muitos problemas serão resolvidos com a simples notícia da instauração do inquérito, e poderão ser objeto de compromissos de ajustamento de conduta. Problemas mais graves serão certamente detectados, e a investigação, nesses casos, seguirá os rumos determinados pelos próprios fatos.

Nossa expectativa, em suma, é fazer coincidir teoria e prática. Ou seja, zelar para que a Política Nacional de Medicamentos cumpra seu objetivo. Espera-se, também, que a correção de problemas na execução da assistência farmacêutica e a repressão ao marketing abusivo da indústria de medicamentos façam reduzir, a curto e médio prazos, a exagerada demanda individual que tem chegado ao Ministério Público e ao Poder Judiciário. E o principal, que se garanta de fato a saúde, com qualidade, para todos.

CONCLUSÕES

- Há abuso no marketing da indústria farmacêutica, que cria falsas necessidades em prejuízo da saúde e do patrimônio público;
- A padronização do atendimento individual é necessária para a identificação de prioridades, das falhas do sistema e de ações de marketing da indústria farmacêutica;

- O Ministério Público deve priorizar a atuação em moldes coletivos, zelando para que a execução da política de medicamentos no Município resulte em melhoria da qualidade de saúde da população;
- Excepcional, o manejo de ações individuais pelo Ministério Público deve ser evitado, mantendo-se o foco de atuação nos interesses coletivos;
- O gestor de saúde é o responsável pela escolha da melhor solução técnica para cada caso concreto, circunstância que deve ser sublinhada nas recomendações formuladas pelo Ministério Público.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A IMPLEMENTAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE CONTROLE DO CÂNCER DE MAMA E DE COLO DO ÚTERO

Maristela de Oliveira Simonin

Procuradora de Justiça aposentado/PE

JUSTIFICATIVA

O câncer de mama é o tumor maligno mais comum na população feminina da maioria dos países¹.

Estudos recentes revelam que a incidência também cresceu na população feminina jovem, onde as neoplasias malignas de mama não são esperadas. O Inca e a Fundação Oncocentro de São Paulo reúnem informações de câncer de 54 hospitais paulistas revelando que, naquele Estado, as mulheres com menos de 40 anos respondem por cerca de 15% dos casos da doença². Só no Hospital de Câncer A. C. Camargo – o maior do gênero na América Latina – o número de novos casos em mulheres abaixo de 35 anos quintuplicou em cinco anos³.

Não há explicações conclusivas para o fenômeno. Contudo, fatos como demanda maior de exames e melhoria dos métodos de diagnóstico não são suficientes para justificá-lo, salienta o Dr. Diógenes Basegio, da Sociedade Brasileira de Mastologia⁴.

Seja como for, a verdade é que os números são altos. A estimativa do Inca para 2006 foi de 48.930 novos casos⁵, e só este ano são esperados cerca de 50.000. Mas o pior é que, novamente de acordo com o Inca, as neoplasias malignas do seio não apenas são as mais frequentes como também as que mais mulheres matam⁶, com taxas oficiais de óbito que todos os anos batem seus próprios recordes, só ultrapassadas – no âmbito das mortes naturais femininas – pelas decorrentes de males cardíacos e vasculares⁷.

A previsão é que o ano terminará com cerca de 10.000 novos casos oficiais de falecimento por câncer de mama. Presume-se, contudo, que o número real seja várias vezes maior por causa dos sub-registros. Estes ocorrem por falhas no sistema de coleta de dados, ou ainda, porque há mulheres que são diagnosticadas mas abandonam o tratamento ou o seguimento clínico sem deixar pistas. Nesses casos – bastante comuns – as mortes costumam acontecer fora dos hospitais onde elas têm prontuário, meses ou anos depois do diagnóstico inicial. Quase sempre decorrem da doença metastática, ou seja, por câncer de mama disseminado. No entanto, como aparentam ser causadas por outras enfermidades, dão lugar a atestados de óbito onde não se especifica o câncer de mama como causa original do desfecho. Ora, são justamente as declarações contidas nesses atestados que alimentam os dados estatísticos do Ministério da Saúde/Inca⁸.

A situação é dramática. No entanto, a doença pode atingir níveis de cura que giram em torno de 97% quando tratada precocemente e com métodos adequados, informa a Fundação de Câncer de Mama do Québec (Canadá)⁹. Consoante o Dr. Mourão Netto, diretor do departamento de mastologia do Hospital de Câncer de São Paulo e autoridade no assunto,

¹ Fonte: OMS <www.who.org> (último acesso: 25/07/07).

² Collucci, Cláudia, Folha de S. Paulo, Câncer de mama quintuplica entre jovens, 05/08/07.

³ Idem, ibidem.

⁴ Idem, Ibidem.

⁵ Inca, Câncer de Mama <http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=336> (último acesso: 25/07/07).

⁶ Idem, ibidem.

⁷ Cf. Inca/MS, Sim/MS, DATASUS e IBGE.

⁸ Cf. Inca/MS, Sim/MS, DATASUS e IBGE.

⁹ Fonte: Fondation du cancer du sein du Québec (Canadá) - PQDCS@mss.gouv.qc.ca.

“Se tivéssemos uma campanha de diagnóstico precoce daria para reduzir a mortalidade [por câncer de mama] infinitamente. [...] No Brasil, a curva de mortalidade é quase paralela à de incidência [diz ele], o que significa muita gente sem acesso aos serviços de saúde¹⁰.” (Grifo nosso em itálico).

O Ministério da Saúde e o Inca confirmam isso quando declaram em documento oficial:

“[...] tem-se observado, em alguns países desenvolvidos, como é o caso dos Estados Unidos, Canadá, Reino Unido, Holanda, Dinamarca e Noruega, um aumento da incidência do câncer de mama acompanhado de uma redução da mortalidade por esse câncer, o que está associado à detecção precoce por meio da *introdução da mamografia para rastreamento e à oferta de tratamento adequado*. Em outros países, como no caso do Brasil, o aumento da incidência tem sido acompanhado do aumento da mortalidade, o que pode ser atribuído, principalmente, a um retardamento no diagnóstico e na instituição de terapêutica adequada¹¹.” (Grifos nossos em itálico).

Portanto, o problema, suas causas e soluções estão postos; e, como se vê, bem identificados pelo Poder Público. O que falta é a correta implementação das políticas de Estado destinadas a reduzir a mortalidade pela doença.

Algumas dessas políticas existem há mais de duas décadas e incluem o combate ao câncer de colo do útero – outro tipo de neoplasia que também apresenta taxas elevadas de mortalidade em nosso País, conquanto em níveis menos dramáticos que os alcançados pelo câncer de mama.

No ano passado, o Inca previu 19.260 novos casos de câncer de colo do útero – incidentes, em sua maioria, na região Norte, onde “tradicionalmente” se verifica a maior taxa de óbitos por esse tipo de neoplasia¹². Aquele órgão informa, entretanto, que

“entre todos os tipos, o câncer do colo do útero é o que apresenta um dos mais altos potenciais de prevenção e cura, chegando perto de 100%, quando diagnosticado precocemente. [...]”¹³.

O problema é que, embora as políticas de Estado para o controle do câncer de mama e de colo do útero no Brasil sejam consideradas de qualidade, sua implementação tem sido frustrante, haja vista as elevadas taxas oficiais da mortalidade por ambas as doenças no País. Os programas que as veiculam só de forma pontual e precária têm saído do papel. De sorte que o cenário nacional hoje é de fragmentação desses programas, com frágil coordenação das redes e fluxos de informação e assistência.

Em nível nacional, temos o *Programa Nacional de Controle do Câncer de Colo do Útero e de Mama VIVA MULHER*, de 1997, complementado pelo *Documento de Consenso para o Controle do Câncer de Mama*, de 2004, este último com informações atualizadas sobre prevenção e tratamento das neoplasias malignas do seio.

Temos também, desde 1983, o *Programa de Assistência Integral à Saúde da Mulher* (PAISM), que traz diretrizes para a prevenção do câncer de mama e de colo do útero, e, desde 2005, a *Política Nacional de Atenção Oncológica: Promoção, Prevenção, Diagnóstico, Tratamento, Reabilitação e Cuidados Paliativos*. Esta última, além de traçar diretrizes, prevê a criação de “planos estaduais de controle do câncer do colo do útero e de mama”. (Portaria MS 2439/GM/05).

Como as políticas específicas desses programas se inserem na política geral do SUS, seus órgãos gestores são o Ministério da Saúde – que atua principalmente por intermédio do Inca – e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde.

Em 26/01/06, os órgãos gestores do SUS se reuniram e firmaram um compromisso, denominado *Pacto pela Saúde*, no qual elegeram os cânceres de mama e de colo do útero como dois de seus principais alvos de combate, de olho, provavelmente, nas recomendações feitas pela OMS a seus países-membros, entre eles o Brasil. Ficou estabelecido no mencionado acordo que as metas de atuação dos órgãos gestores seriam revisadas anualmente e executadas segundo o *Documento de Diretrizes Operacionais para o Pacto pela Saúde 2006*.

Acontece que o número de óbitos por câncer de mama continua em franca ascensão e o de óbitos por câncer de colo do útero não se reduz como era de esperar¹⁴.

Ciente da crucial importância da mamografia na detecção precoce do câncer de mama em mulheres acima de 40 anos (quase 2/3 dos casos se manifestam depois dessa idade, principalmente a partir dos 50 anos), um dado nos

¹⁰ Biancarelli, Aureliano, Hospital do Câncer investe em prevenção, Folha online, 13/07/2003 <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equlibrio/noticias/ult263u2603.shtml>> (último acesso: 25/07/07).

¹¹ Inca/MS, Documento de Consenso para o Controle do Câncer de Mama, Revista Brasileira de Cancerologia 2004, 50-2, págs. 77 a 90, <<http://www.inca.gov.br/publicacoes/ConsensoIntegra.pdf>> (último acesso: 25/07/07).

¹² Inca/MS, Estimativa 2006 – Incidência de Câncer no Brasil – Síntese de Resultados e Comentários - <http://www.inca.gov.br/estimativa/2006/index.asp?link=conteudo_view.asp&ID=5> (último acesso: 25/07/07).

¹³ Inca/MS, Programa Nacional de Controle do Câncer do Colo do Útero e de Mama - Viva Mulher <http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=140> (último acesso: 25/07/07).

¹⁴ Cf. Ministério da Saúde/Sim (Sistema de Informações sobre Mortalidade).

chamou a atenção num estudo gaúcho acerca da sobrevida de pacientes desse tipo de neoplasia. Nele, Lídia Rosi de Medeiros e outros, todos especialistas em estatística e epidemiologia, informam que

“O Sistema Único de Saúde (SUS), responsável pela assistência médica de 70% dos brasileiros, realizou, em 1999, mamografias somente em 8% das mulheres maiores de 40 anos. Além de insuficientes em número [afirmam], os mamógrafos existentes no Brasil encontram-se mal distribuídos, estando em sua grande maioria instalados em clínicas radiológicas privadas¹⁵.”

Em outra pesquisa, realizada pela médica Ana Maria Costa para sua tese de doutorado¹⁶, ela identificou enormes desigualdades regionais na atenção dispensada à saúde da mulher. Por isso, classificou em quatro tipos o atendimento recebido pelas usuárias do SUS nos municípios onde moram: “integral *plus*”, “semi-integral”, “atenção básica” e “materno-infantil”. Os dados coletados evidenciaram que só em 0,2% e 1,9% dos municípios havia atendimento de tipos, respectivamente, “integral *plus*” e “semi-integral” – os únicos a oferecer mamografias e tratamento para câncer de mama e de colo do útero.

Segundo a Dra. Ana Maria Costa, em muitos locais há possibilidade de diagnóstico, mas o tratamento só dá cobertura a 75% da demanda em 8,1% dos municípios e quando as usuárias do SUS têm indicação médica para tratamento inexistente no município, devem submeter-se a penosos deslocamentos¹⁷.

“Por isso – conclui – muitas mulheres morrem de câncer de mama [...]”¹⁸.

Em 2005, a Associação Brasileira de Câncer (ABCâncer), antiga *Day Care*, denunciou:

“91% dos municípios não dispõem de mamógrafos nem de profissionais especializados para operar as máquinas, fornecer orientação e realizar exames clínicos¹⁹.”

Aquela respeitada associação também alertou para um fato relevante: a inexistência de norma jurídica que imponha aos serviços responsáveis pelas mamografias – seja na rede pública ou privada de saúde – o dever de apor, nos laudos mamográficos, o selo de qualidade emitido pelo Colégio Brasileiro de Radiologia (CBR), com validade de dois anos.

Segundo ela,

“Hoje existem cerca de 2.700 serviços de mamografia no país, média de um aparelho para cada 32 mil habitantes. Desta soma, apenas 402 serviços possuem o selo de qualidade emitido pelo CBR (entidade representativa da categoria dos radiologistas). [...] Segundo o Colégio, diversas instituições médicas no país se recusam a submeter os aparelhos à avaliação. Isso ocorre porque muitas utilizam matéria-prima mais barata, reduzindo o preço do exame para atrair a população, daí o desinteresse pela certificação, que muitas vezes envolve investimentos extras para atender as exigências da qualificação. A falta de uma revisão nos valores reembolsados pelo SUS é um dos motivos que levam as empresas a apelar para reduzir seus custos dessa maneira²⁰.”

A Dra. Vera Aguillar, radiologista especializada em mama, observa que

“investimentos do Governo na qualidade da mamografia trariam economia de recursos públicos, uma vez que o tratamento com radioterapia e quimioterapia é muito mais oneroso do que a manutenção dos mamógrafos²¹.”

Raciocínio semelhante também vale no âmbito dos tratamentos, onde ninguém ignora que os mais precoces não apenas são os mais eficazes, mas também, os mais baratos.

Por último, há um fato que não pode ser ignorado: a prevenção e o tratamento precoce do câncer de mama e de colo do útero raramente alcançam as populações da zona rural, sobretudo as minorias; da mesma forma que não alcançam as mulheres do sistema prisional e a grande maioria das que se acham confinadas em extratos sociais desfavorecidos. No curso da pesquisa da Dra. Ana Maria Costa, acima referida, observou-se que as políticas municipais de saúde da mulher não se preocupam em incluir mulheres da zona rural, de assentamentos, negras e índias. Outro estudo, realizado pelo IPEA e divulgado em 17/11/2005, também informou que 46,27% das mulheres negras brasileiras nunca fizeram exame médico de mama contra 28,73% das mulheres brancas²².

¹⁵ de Medeiros, Lídia Rosi; de Moraes, Anaelena Bragança; Riboldi, João; Turchiello, Marcelo Scalvenzi; Zanini, Roselaine Ruviano, Estudo da sobrevida de pacientes com câncer de mama atendidas no hospital da Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil, Cadernos de Saúde Pública Print ISSN 0102-311X, vol. 22, nº. 10, Rio de Janeiro (RJ), out. 2006.

¹⁶ Título da tese: Atenção Integral à Saúde das Mulheres: Quo Vadis, defendida em 2004 na Universidade de Brasília (UnB), sob a orientação da prof. Dirce Guilhem.

¹⁷ Idem, ibidem.

¹⁸ Idem, ibidem.

¹⁹ Associação Brasileira de Câncer, Prevenir é o melhor remédio, Revista ABCâncer, São Paulo, abril 2005, pág. 24.

²⁰ Associação Brasileira de Câncer, Dá pra acreditar?, Revista ABCâncer, São Paulo, jan. 2007, págs. 12-13.

²¹ Idem, ibidem.

²² IPEA, Retrato da Desigualdade, 2005, realizado com o apoio do Fundo de Desenvolvimento da ONU para a Mulher.

CONCLUSÃO

Espelhando os compromissos assumidos pelo Brasil em todas as Convenções da ONU e da OEA que visam à proteção da saúde da mulher, nossa Lei Maior consagra a saúde como um direito social (art. 6º.), corolário do direito individual à vida (art. 5º.), e afirma em seu art. 196:

“Art. 196. – A saúde é direito de todos e dever do Estado, *garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*”. (Grifo nosso em itálico).

Para atender às exigências desse enunciado, a Lei nº 8.212/91 (Lei Orgânica da Seguridade Social) estatuiu, no par. único de seu art. 2º., que as atividades de saúde são “de relevância pública” e devem se nortear por princípios e diretrizes que garantam “acesso universal e igualitário”, e “atendimento integral”, “com prioridade para as atividades preventivas.” (Grifo nosso).

As políticas sociais que visam à redução da mortalidade por câncer de mama e de colo do útero geram atividades *preventivas* (no sentido de prevenção secundária seguida de tratamento precoce) e são declaradas prioritárias pelo Poder Público, conforme reconhece, expressamente, o *Pacto pela Saúde 2006*.

Tais políticas, já vimos, existem há bastante tempo, consubstanciadas em bons programas nacionais elaborados pelo Ministério da Saúde através do Inca; mas, em face das elevadas e renitentes taxas de mortalidade pelas neoplasias em foco, é de clareza palmar o fracasso de sua implementação no País.

Nessas circunstâncias, o Ministério Público brasileiro não pode deixar de acudir ao apelo de todas as cidadãs que vivem no Brasil e dependem da implementação dessas políticas, aliadas às políticas de inclusão social, para que possam ter acesso à prevenção e tratamento precoce das neoplasias a que mais se acham expostas.

O Ministério Público brasileiro pode e deve atuar em todas as esferas governamentais com vistas a obter a total e correta implementação desses programas em face da autonomia, legitimidade e poderes que lhe foram concedidos pela Constituição da República (art. 127 a 129) para agir na defesa dos direitos fundamentais à vida, à saúde e à cidadania, na forma delineada em suas Leis Orgânicas (Nacional, dos Estados e da União) e noutros dispositivos de natureza legal e administrativa.

Mas, para se exigir a implementação das referidas políticas, é preciso que antes se identifiquem os fatores que a dificultam. Identificados esses fatores, é dever funcional do Ministério Público contribuir para implementá-las na qualidade de agente político e fiscal da lei.

Propostas:

Sem prejuízo, evidentemente, de outras providências, a autora propõe aos Ministérios Públicos dos Estados que elaborem um programa comum de atuação, em parceria com os Ministérios Públicos Federal e do Distrito Federal e Territórios, com o fito de:

- a) procederem a um levantamento conjunto, em todo o País, da real situação em que se encontram as políticas públicas de controle do câncer de mama e de colo do útero, e bem assim, de todas as leis federais, estaduais e municipais vigentes que, sob qualquer aspecto que seja, se refiram à prevenção e/ou ao tratamento dessas neoplasias;
- b) acompanharem, com auxílio do *Programa de Epidemiologia e Vigilância do Câncer e seus fatores de risco* (PAV), coordenado pelo Inca/MS, a evolução dos dados estatísticos de incidência e mortalidade por câncer de mama e de colo do útero, a fim de poderem aferir o grau de implementação das políticas públicas relativas a essas neoplasias;
- c) fiscalizarem o fluxo de recursos orçamentários e outros que financiam os programas de controle das neoplasias aqui referidas – bem como os do chamado Terceiro Setor – desde a fonte financiadora até os órgãos gestores locais, uma vez que as informações sobre a receita e os gastos com esses programas são essenciais para a avaliação de seu gerenciamento e necessidades; saliente-se que, no tocante ao setor público, o Ministério Público Federal, através da Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, já se uniu ao Ministério da Saúde para a obtenção dessas informações através do SIOPS (Sistema de Informações sobre Orçamentos Públicos em Saúde);
- d) desenvolverem gestões político-administrativas e, se necessário, pleitearem medidas judiciais em prol da implementação de uma política unificada de Estado, que assegure a inclusão social e consiga:
 - d¹) coordenar melhor uma rede operacional de controle das citadas neoplasias, com um fluxo realmente integrado de informações, recursos materiais e humanos entre o Ministério da Saúde/Inca e as Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, com vistas ao atendimento de todas as mulheres em cada um dos Municípios brasileiros,
 - d²) melhorar a qualidade do atendimento à mulher,
 - d³) motivar a mulher a cuidar de sua saúde através de ações educativas permanentes;
- e) Desenvolverem gestões políticas e administrativas para, de *lege ferenda*, tornar obrigatória a aposição, em todos os laudos mamográficos da rede pública e privada de saúde, do selo de qualidade emitido pelo Colégio Brasileiro de Radiologia (CBR), com prazo de validade por este estabelecido.

A realização dessas e outras tarefas exige a participação efetiva dos serviços do Inca e outros órgãos vinculados ao Ministério da Saúde, bem como das Secretarias Estaduais e Municipais de Saúde, e ainda, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM), uma vez que esse órgão do Ministério da Justiça integra hoje a Secretaria Especial de Políticas para Mulheres da Presidência da República, possui representantes da sociedade civil em sua composição e tem atribuições tanto no controle das políticas públicas para as mulheres como na articulação com instituições da administração pública federal e da sociedade civil.

BIBLIOGRAFIA

ARTIGOS E FONTES DE INFORMAÇÃO

1. Associação Brasileira do Câncer, *Dá pra acreditar?*, Revista ABCâncer, São Paulo, jan. 2007.
2. Associação Brasileira do Câncer, *Prevenir é o melhor remédio*, Revista ABCâncer, São Paulo, abril 2005.
3. **Biancarelli, Aureliano**, *Hospital do Câncer investe em prevenção*, **Folha online**, 13/07/2003 <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/equlibrio/noticias/ult263u2603.shtml>> (último acesso: 25/07/07).
4. Collucci, Cláudia, Folha de S. Paulo, *Câncer de mama quintuplica entre jovens*, 05/08/07.
5. Costa, Ana Maria, *Atenção Integral à Saúde das Mulheres: Quo Vadis*, defendida em 2004 na Universidade de Brasília (UnB), sob a orientação da prof. Dirce Guilhem.
6. de Medeiros, Lídia Rosi; de Moraes, Anaelena Bragança; Riboldi, João; Turchiello, Marcelo Scalvenzi;
7. *Fondation du cancer du sein du Québec* (Canadá) - PQDCS@msss.gouv.qc.ca.
8. Inca, *Câncer de Mama* <http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=336> (último acesso: 25/07/07).
9. Inca/MS, *Estimativa 2006 – Incidência de Câncer no Brasil – Síntese de Resultados e Comentários* - <http://www.inca.gov.br/estimativa/2006/index.asp?link=conteudo_view.asp&ID=5> (último acesso: 25/07/07).
10. Inca/MS, *Documento de Consenso para o Controle do Câncer de Mama*, Revista Brasileira de Cancerologia 2004, 50-2, págs. 77 a 90, <<http://www.inca.gov.br/publicacoes/Consensointegra.pdf>> (último acesso: 25/07/07).
11. Inca/MS, *Programa Nacional de Controle do Câncer do Colo do Útero e de Mama - Viva Mulher* <http://www.inca.gov.br/conteudo_view.asp?id=140> (último acesso: 25/07/07).
12. Inca/MS, Sim/MS, DATASUS e IBGE.
13. IPEA, *Retrato da Desigualdade*, 2005, realizado com o apoio do Fundo de Desenvolvimento da ONU para a Mulher.
14. Ministério da Saúde/Sim (Sistema de Informações sobre Mortalidade).
15. OMS <www.who.org> (último acesso: 25/07/07).
16. Zanini, Roselaine Ruviano, *Estudo da sobrevida de pacientes com câncer de mama atendidas no hospital da Universidade Federal de Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil*, Cadernos de Saúde Pública Print ISSN 0102-311X, vol. 22, nº. 10, Rio de Janeiro (RJ), out. 2006.

LEGISLAÇÃO CONSULTADA:

1. Constituição Federal de 1988.
2. Lei nº 8625/93 - Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.
3. Lei Complementar nº 75/93 – Estatuto do Ministério Público da União.
4. Portaria MS 2439/GM/05 - Institui a Política Nacional de Atenção Oncológica: Promoção, Prevenção, Diagnóstico, Tratamento, Reabilitação e Cuidados Paliativos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O NOVO MODELO ASSISTENCIAL EM SAÚDE MENTAL

Anna Trotta Yaryd

Promotora de Justiça/SP

SUMÁRIO

1. Introdução. 2. Dignidade da pessoa humana, o direito à saúde mental e a judiciabilidade das políticas públicas. 3. O papel do Ministério Público. 4. A luta antimanicomial e o novo modelo assistencial em saúde mental. 5. Internações Psiquiátricas Involuntárias. 6. Conclusões.

1. INTRODUÇÃO

Certamente o respeitar o diferente, o aprender com o estranho e o tolerar os outros representam grandes desafios para o gênero humano e para qualquer agrupamento/sociedade que almeja o progresso e o desenvolvimento real.

O que vimos durante anos, foram soluções mais fáceis, no sentido de segregar aqueles que são diferentes, afastar outros que fogem ao padrão estabelecido, a fim de proteger o conjunto de crenças consolidadas para manutenção de um *status quo* vigente. No Brasil, a questão da assistência psiquiátrica sempre revelou a incompreensão da comunidade, da sociedade, e das autoridades públicas relativamente aos portadores de transtornos mentais.

Entretanto, com a Constituição Federal de 1988, no plano da saúde mental, àqueles a quem repugnava a idéia de internação por tempo indeterminado de pessoas portadoras de transtornos psiquiátricos, restou um sopro de esperança, e a luta antimanicomial foi recebendo cada vez mais adeptos.

Inspirada nos diversos processos de reestruturação assistencial, a Reforma Psiquiátrica vem sendo adotada desde os anos 70 por vários países europeus, e tem por finalidade precípua a melhoria na proteção e reintegração social da pessoa do enfermo mental e de sua família.

Acompanhando essas modificações, a partir da década de 80 passou-se a implantar, no Brasil, uma política de saúde mental voltada principalmente para a reestruturação da assistência hospitalar psiquiátrica, objetivando a redução contínua e programada de leitos em hospitais psiquiátricos, com a garantia da assistência desses pacientes na rede de atenção extra-hospitalar, e foco universalizado, inclusivo e multiprofissional.

A questão que se impõe, contudo, é se o resultado deste movimento de reformulação da assistência, ainda em andamento, tem revertido em serviço de qualidade prestado ao paciente.

Precisamos estar atentos para que os programas sejam implementados de forma rápida e eficiente, sob pena de correremos o risco de serem repetidas, no Brasil, experiências relatadas em sociedades mais desenvolvidas, em que o número de "sem-teto" aumentou significativamente com a população de pessoas acometidas de transtornos mentais e que, desospitalizadas, não receberam apoio e reinserção na sociedade.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, O DIREITO À SAÚDE MENTAL E A JUDICIABILIDADE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

"O homem como espécie, e cada homem em sua individualidade, é propriamente insubstituível: não tem equivalente, não pode ser trocado por coisa alguma. Mais ainda: o homem é não só o único ser capaz de orientar suas ações em função de finalidades racionalmente percebidas e livremente desejadas, como é, sobretudo, o único ser

cuja existência, em si mesma, constitui um valor absoluto, isto é, um fim em si e nunca um meio para a consecução de outros fins. É nisto que reside, em última análise, a dignidade humana”.¹

Dignidade da pessoa humana, pois, é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais, e, assim como os princípios de soberania e cidadania, é princípio que fundamenta o Estado Democrático de Direito (artigo 1º, incisos I, II e III, CF).

Tendo por objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa, solidária, garantindo o desenvolvimento, na busca da erradicação da pobreza e da marginalização, promovendo o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer outras formas de discriminação, não se pode conceber a dignidade da pessoa humana, sem garantia do direito à vida, e, por consequência, do direito a uma vida saudável. Temos assim, o direito à saúde, inclusive a mental, dentre os direitos indisponíveis e insuprimíveis garantidos, também, pela Constituição Federal.

No claro intuito de revigorá-los, atribuindo-lhes inegavelmente um potencial de eficácia diferenciado, o legislador constituinte estabeleceu serem os direitos e garantias fundamentais imediatamente aplicáveis (art. 5º, § 1º, da CF).

É bem verdade que, por muito tempo, de uma maneira geral, todos os preceitos consagradores de direitos sociais da pessoa humana foram relegados à condição de meras normas de cunho programático, nas quais “o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”².

Porém, estando, inegavelmente, revestidas de juridicidade e do efeito derogatório em relação aos atos que lhes sejam contrários, “além de constituírem princípios e regras definidoras de diretrizes para o legislador e a administração, as ‘normas programáticas’ vinculam também os tribunais, pois os juízes têm acesso à constituição, com o consequente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) (...)”³.

Ao defender a possibilidade de se invocar uma norma constitucional programática para impor ao poder público a oferta de determinada prestação positiva, Luís Roberto Barroso, em atenção ao disposto no artigo 215 da Constituição Federal, apresentou a seguinte situação: “um grupo teatral idôneo deseja encenar uma peça de indiscutível valor artístico. Todas as casas de espetáculos existentes na cidade estão ocupadas com a exibição de outras obras, à exceção de um teatro pertencente à municipalidade, que está ocioso. Nada há de estranhável em admitir-se o cabimento de uma ação contra a entidade estatal para ensejar a utilização daquele bem público”⁴.

Por outro lado, em que pese o dever dos poderes estatais de criarem todas as condições necessárias à efetividade de todos direitos fundamentais, entraves relacionados à ausência ou indisponibilidade de recursos financeiros (limite da reserva do possível), à inviabilidade de implementação pelos tribunais de programas socioeconômicos, bem como à ocorrência de colisão com outros direitos fundamentais, podem exercer uma influência decisiva para impedir um pronunciamento judicial sobre o tema.

Ao discorrer sobre ele, o Professor Fábio Konder Comparato coloca a questão da eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, justamente, no plano da realização de políticas públicas. Não seria um comportamento passível de análise isoladamente, mas de atividades resultantes de um conjunto de vários atos e normas que as compõem. O pressuposto da “reserva do possível” decorreria, assim, da circunstância de ser impossível compelir o Estado “a providenciar imediatamente, a todos os que o demandem, um posto de trabalho, uma moradia, uma vaga em creche, um tratamento médico-cirúrgico de alta complexidade, e outras prestações dessa natureza”⁵.

No entanto, a premissa não sugere, de modo algum, a eficácia limitada das normas atributivas de direitos sociais, econômicos e culturais, pois possui o Estado, sem nenhuma dúvida, o dever constitucional de realizar, com todos os meios que estiverem ao seu alcance, políticas públicas voltadas à proteção da dignidade da pessoa humana. O direito dos indivíduos a prestações de bem-estar social apareceria num segundo momento, como reflexo “da realização de políticas públicas nos diferentes setores enumerados no art. 6º de nossa Constituição”⁶. Assim, por meio da utilização do mecanismo da ação civil pública, a solução proposta recai em iniciativas do Ministério Público dirigidas à fiscalização do modo pelo qual o Poder Executivo realiza a sua tarefa constitucional de elaboração e execução dos orçamentos⁷.

Por derradeiro, impende apenas a menção ao princípio fundamental da isonomia que aponta ao dever de eliminação dos quadros de desigualdades fáticas, como forma de assegurar que todos possam ser, de modo efetivo,

¹ COMPARATO, FÁBIO KONDER, Fundamento dos direitos humanos, *Cultura dos Direitos Humanos*, Maria Luiza Marçílio e Lafaiete Pussoli (orgs.), LTr, pp. 72-73.

² José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 3ª ed., p. 138.

³ J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, p. 1.180.

⁴ *O direito constitucional e a efetividade...*, ob. cit., p. 158.

⁵ O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, Eros Roberto Grau e Sérgio Sêrvulo da Cunha (coords.), Malheiros, 2003, pp. 249 e ss.

⁶ Idem, p. 250.

⁷ Idem, pp. 258-259. Cf. também os arts. 165, 198, §§ 2º e 3º, e 212, da CF.

igualmente tratados perante a lei. A referência é ao “entendimento do princípio da igualdade como igualdade de oportunidade sociais, incumbindo ao legislador e a outros órgãos do Estado a eliminação da desigualdade de oportunidades. Aqui o princípio da igualdade não é uma determinante negativa heterônoma com função exclusivamente normativa; é uma imposição positiva heterônoma, cujo não-cumprimento justifica a sanção da inconstitucionalidade por violação do dever constitucional de compensação da desigualdade de oportunidades”⁸.

Quanto ao direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal já assentou tratar-se de direito público subjetivo que “representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (art. 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem garantir aos cidadãos, inclusive àqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público, qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.”⁹

3. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O art. 127 da Carta da República define o Ministério Público 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”.

Tal definição traz ao Ministério Público especial relevância no rol das instituições que estruturam o Estado Democrático de Direito, colocando-o como base de sustentação de um de seus fundamentos, qual seja, a cidadania (art. 1º, inciso II, CF).

A cidadania, em um de seus aspectos, traz em si a idéia do direito fundamental da pessoa à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer, à segurança, entre outras garantias que o Estado deve assegurar.

Ao lhe atribuir a missão institucional correspondente à defesa dos interesses sociais indisponíveis, o legislador constitucional, representando a soberania da vontade popular, depositou no Ministério Público a confiança de que se caracterizaria como o guardião dos chamados direitos sociais, conforme discriminados no art. 6º da CF¹⁰.

Na lição de Alexandre de Moraes, os sociais “são direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado Democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal”.

A previsão constitucional nos termos em que restou consignada na Carta da República de 1988 revela o traço concernente à indisponibilidade dos direitos sociais, bem como a característica da auto-aplicabilidade da regra prevista no art. 6º.

Diante de tais premissas, mostra-se evidente a conclusão de que a efetiva implementação e cumprimento dos direitos sociais, conforme previstos no art. 6º da CF, caracterizam-se como missão institucional do Ministério Público.

4. A LUTA ANTIMANICOMIAL E O NOVO MODELO ASSISTENCIAL EM SAÚDE MENTAL

Credenciado pelo próprio governo, a década de 1960 caracterizou-se pela expansão do modelo hospitalocêntrico em psiquiatria, a qual tinha como pilar da assistência psiquiátrica a rede de hospitais psiquiátricos estatais e particulares.

Entretanto, em razão de notórios abusos praticados por profissionais da área da saúde mental, e, principalmente porque a internação por tempo indeterminado de pessoas portadoras de transtornos psiquiátricos nos manicômios asilares se assemelhava à prática de depósito humano de pessoas indesejadas pela família e pela sociedade em geral, muitos psiquiatras e a própria sociedade passaram a propor a mudança para um modelo de assistência integral, com ênfase ao atendimento extra-hospitalar e à reabilitação psicossocial.

O novo modelo de assistência proposto, referendado pela lei federal 10.216/2001, depende da construção de uma rede complexa e integrada de atendimento, na qual o paciente deve ter fácil acesso a: 1-) um nível primário de atenção, centralizado nas Unidades Básicas de Saúde (UBS) e nos Programas de Saúde da Família (PSF); 2-) um nível secundário, dado pelos ambulatorios de especialidade (ASM) e leitos psiquiátricos para internações,

⁸ José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, 2ª ed., cit., p. 384.

⁹ STF, RE 273.834-4-RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 31.10.2000, DJU 02.02.2001, Ement. 2017-19.

¹⁰ Art. 6º – 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.

preferencialmente breves, em hospital-geral e quando esgotados os recursos extra-hospitalares; 3-) um nível terciário, qual seja, os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), compostos por psiquiatras e profissionais especializados que devem ser capacitados para dar assistência integral e interdisciplinar a pacientes que tendem à cronicidade e à desinserção social.

A criação e manutenção desse sistema de atenção à saúde mental exigem o funcionamento de uma rede, na qual o paciente encontre acessibilidade e um fluxo que permita o trânsito e permanência no sistema de forma adequada às suas necessidades. Esta rede depende da existência de políticas de saúde bem definidas, formação de equipes de atendimento bem preparadas, financiamento e administração eficientes de estrutura física e recursos humanos.

Não há a menor dúvida que a direção da reforma da assistência devesse ter sido levada para fora do hospital, mas devemos levar em consideração as dificuldades existentes na construção de uma rede de atendimento de qualidade que deve oferecer não somente atendimento, mas o suporte psicossocial, até porque as novas formas de atenção em Saúde Mental, aliadas ao avanço do conhecimento científico psiquiátrico e dos novos medicamentos, vêm possibilitando maior permanência e bem estar das pessoas enfermas em seu meio social, maior intervalo entre as crises e maior sucesso em procedimentos de reabilitação psicossocial.

Mas uma coisa é fato. Se impossível e inadequado pensar em atender milhões de pessoas portadoras de transtornos mentais somente em hospitais, impossível também pensar-se em atender pessoas portadoras de transtornos mentais, sem os hospitais, como vem acontecendo.

Hoje o Município de São Paulo conta com um dos mais baixos índices de cobertura leitos psiquiatria x habitantes em relação à média nacional (DATASUS, 2007), que já apresenta proporções menores ainda em relação à média mundial.

Enquanto o Brasil apresenta como média o valor de 2,3 leitos/10.000 habitantes (MS, 2005), o Estado de São Paulo apresenta como índice médio de cobertura, o valor de 3,4 leitos/10.000 habitantes, enquanto a própria Secretaria de Estado da Saúde de São Paulo, in ZAPITELLI, M.C. E COLS. Panorama da Saúde Mental no Estado de São Paulo: leitos psiquiátricos e assistência extra-hospitalar, SECRETARIA DE ESTADO DA SAÚDE DE SÃO PAULO E PLANEJAMENTO DE SAÚDE: conhecimento e ações, 2006. São Paulo: Imprensa oficial, 2006, preconiza como ideal 4,5 leitos/10.000 habitantes.

Na Itália, por sua vez, o índice médio é de 4,63 leitos/10.000 habitantes, no Reino Unido é de 5,8 leitos/10.000 habitantes e a Noruega 12 leitos/10.000 habitantes (WHO – Atlas 2005), e isso em países com rede de atendimento extra-hospitalar mais eficiente.

Por outro lado, com a implantação de número muito insignificante de residências terapêuticas, na prática encontramos um número alto de leitos hospitalares, e até mesmo de leitos de retaguarda de CAPS, ocupados por pacientes crônicos, que possuem condição de alta, mas acabam residindo nos hospitais psiquiátricos e CAPS por falta de referência familiar/social ou inexistência de equipamento de saúde adequado para acolhê-los, o que reduz ainda mais os leitos para atendimento de pacientes em casos mais emergenciais de crise ou surto agudos.

Assim, temos que esse baixo índice de cobertura representa um “gargalo”, que, aliado ao baixo índice de capacidade da rede de atenção extra-hospitalar instalada, ocasiona uma sobrecarga importante nos Serviços de Emergências Psiquiátricas, gerando desassistência aos casos mais graves e emergenciais destes transtornos.

Conclui-se, portanto, que devemos querer uma rede integral e integrada de atenção à Saúde Mental, não se fixando em um único tipo de serviço (extra ou intra-hospitalar). Os doentes devem ter garantia de acesso a todos os tipos de atendimento de acordo com a suas necessidades e com a demanda real de cada grupo.

5. INTERNAÇÕES PSQUIÁTRICAS INVOLUNTÁRIAS

São raras as internações voluntárias, e quando elas acontecem, na maioria das vezes acabam tornando-se involuntárias, porque a alta é médica e independe da vontade do indivíduo, levando em consideração apenas suas condições de saúde.

Por outro lado, as internações involuntárias dependem sempre de ordem médica, quando esgotados os recursos extra-hospitalares para o tratamento ou manejo do problema, ou mesmo perante a gravidade/emergência do caso, mediante a presença de risco de auto-agressão, risco de heteroagressão, risco de agressão à ordem pública e incapacidade grave de autocuidados.¹¹

É nessas condições clínicas que o Estado, sob a Lei n 10216/2001, confere ao médico especialista, com o beneplácito da família ou responsável legal do paciente, a possibilidade da internação involuntária, mediante comunicação devidamente justificada ao Ministério Público Estadual no prazo de até 72 horas após sua ocorrência, seguida de notificação circunstanciada ao mesmo órgão quando da alta hospitalar.

¹¹ Taborda JGV, Prado-Lima P, Busnello ED. Rotinas em Psiquiatria. Porto Alegre: Artes Médicas; 1996, p.280/96.

Esse mandamento é salutar, na medida em que internar alguém contra sua própria vontade devido a perturbação mental é ato que se assemelha a uma detenção, motivo pelo qual precisa ser comunicado com rapidez a alguma autoridade estatal. E também serve para proteção do profissional médico, que, assim agindo, estará a salvo de uma leviana acusação de prática do crime de cárcere privado.

Pelo Dr. Mauro Aranha de Lima, médico psiquiatra contratado do Ministério Público do Estado de São Paulo, foi realizada uma análise das internações involuntárias comunicadas ao Ministério Público Estadual, ocorridas na cidade de São Paulo, em hospitais públicos e privados, entre 04/02/2002 a 27/12/2006, perfazendo um total aproximado de 5.000 internações. Procedeu-se a uma avaliação quantitativa e qualitativa, que revelou as prevalências entre todos os pacientes internados involuntariamente, e apontou uma grande dificuldade em os médicos discriminarem a diferença de significado entre o “motivo da internação” e “justificativa da involuntariedade”; entre “justificativa da involuntariedade” (e, por decorrência, “motivo da internação”) e “motivo de discordância do paciente quanto à internação”, e grande número de descritores distintos (palavras e/ou frases utilizadas pelos médicos) para “motivo da internação” (no total, 453) e para “motivo da alta” (no total, 220).

E, em face dos resultados obtidos, por ele foi proposto que:

1. O preenchimento de “motivo de discordância do paciente sobre sua internação” continue a ocorrer de forma aberta, porém mais fiel à narrativa do paciente, adquirindo, assim, um caráter mais descritivo do que interpretativo. Além disso, elimina-se a equivocidade entre este item e “justificativa da involuntariedade”.
2. O preenchimento de “motivo da internação”, “justificativa da involuntariedade” e “motivo da alta” passem da forma aberta e livre para uma forma semi-estruturada, de modo a proporcionar: (i) que o médico continue a expressar livremente sua avaliação e julgamento sobre o caso em questão; (ii) menor ocorrência de equívocos quanto às diferenças de sentido entre cada um dos itens, talvez mais apropriados, mas que podem passar despercebidos, a depender apenas da perspicácia e memória do médico no momento do preenchimento; (iii) oferecer ao Ministério Público Estadual um inventário mais reduzido e fidedigno de descritores, ou unidades de significação, otimizando a especificidade e validade da análise e interpretação dos dados (10 descritores para “motivo da internação”, 7 para “justificativa da involuntariedade” e 12 para “justificativa da alta”).¹²

Com base nessa conclusão, o Ministério Público do Estado de São Paulo elaborou um programa, franqueado recentemente aos 24 hospitais psiquiátricos do Município de São Paulo (com planejamento para abertura ulterior a todo o Estado), a fim de que essas notificações sejam feitas pela Internet mediante instrumento semi-estruturado, de forma a permitir, além de melhores inteligibilidade e organização dos dados, um melhor controle e quantificação dos mesmos, inclusive, para se instruir futuramente eventual formulação de futuras políticas públicas referidas à saúde mental.

6. CONCLUSÃO

- 1- Concebidas as políticas públicas, em uma acepção mais abrangente, como resultantes de um conjunto de vários atos e normas que compõem as inúmeras iniciativas implantadas à realização dos direitos sociais, econômicos e culturais, mediante a utilização do sistema da ação civil pública, é viável cogitar da fiscalização pelo Ministério Público do modo pelo qual o Poder Executivo desempenha a sua tarefa constitucional e elaboração e execução dos orçamentos.
- 2- Medidas de implantação de novas unidades extra-hospitalares, tais como ambulatorios, CAPs e residências terapêuticas, são políticas públicas que devem ser cobradas, quer pelas entidades civis, quer pelo Ministério Público, uma vez que a efetivação da reforma da assistência em saúde mental se dará pela existência de sistemas ambulatoriais e hospitalares preparados, com possibilidade de oferecer aos pacientes as diversas modalidades de tratamento, assim como medicamentos, incluindo os de última geração, além de sistemas implementadores de moradia (residências terapêuticas e o programa “De volta pra casa”) para receber aqueles que não possuem estrutura sócio/familiar contíguas;
- 3- Não podemos descuidar das vagas em hospitais psiquiátricos ou de leitos psiquiátricos em hospitais-gerais, que devem existir em número suficiente para acolher a demanda, principalmente dos casos graves de crise ou surto agudo;
- 4- É importante que se proponha a criação ou otimização das já existentes Centrais de Regulação de Leitos Psiquiátricos, a fim de que possa ser identificada eventual demanda reprimida dos pedidos de internação psiquiátrica;
- 5- Incluir-se, com adaptações específicas, as melhorias acima relacionadas também para a assistência à Saúde Mental, além de outras medidas intersetoriais, de crianças e adolescentes (mormente a estes, em que há prevalência expressiva e crescente de transtornos mentais devidos a álcool e drogas e transtornos mentais psicóticos de início, ou seja, primeiro surto, a ocorrer por vezes nesta faixa etária).

¹² Mauro Aranha Lima, *Ética e Psiquiatria*, Cremesp 2007, pág. 119

- 6- Atentar-se para o problema crescente a envolver as pessoas em situação de rua. Estima-se (pela FEA-USP) que sejam hoje, na cidade de São Paulo, em torno de 10.000 delas. O problema é de natureza e resolução complexas, e de escopo intersetorial. Mas, é inegável que uma boa parte dessas pessoas tenham transtornos psicóticos crônicos e uso nocivo ou dependência de drogas (em geral álcool, nos adultos, e inalantes e crack, nos adolescentes). Não se tem dúvida que estes, as pessoas em situação de rua e com transtorno mental, tenham um duplo fundamento para restarem à margem da compreensão e acolhimento da comunidade, mas de forma nenhuma se aceita que estejam à margem da proteção constitucional, frise-se o direito à saúde, que ao Estado lhes cabe proporcionar.
- 7- Uma postura bioética prudente recomenda o equilíbrio entre o princípio da beneficência e o princípio da autonomia, no momento de deliberar por uma internação psiquiátrica involuntária. Em caso de sua necessidade, e após análise do risco ou dano *versus* benefício, nos casos motivados, em geral, por risco premente de hetero ou auto-agressão e para permitir o adequado tratamento de crise, que se garantam as notificações ao Ministério Público do Estado da internação involuntária e da respectiva alta, previstas pela portaria 2.391/2002 e que têm sido comunicadas por fax-símbles. Neste sentido o MP de São Paulo franqueou recentemente aos 24 hospitais psiquiátricos do Município de São Paulo (com planejamento para abertura ulterior a todo o Estado) que essas notificações sejam feitas pela Internet mediante instrumento semi-estruturado, de forma a permitir, além de melhores inteligibilidade e organização dos dados, um melhor controle e quantificação dos mesmos, inclusive, para se instruir futuramente eventual formulação de futuras políticas públicas referidas à saúde mental.
- 8- As Escolas Superiores do Ministério Público devem oferecer cursos que propiciem aos membros do Ministério Público melhor conhecimento a respeito não só das patologias mentais como também da eficiência e efeitos colaterais provocados pelos medicamentos.
- 9- Os Ministérios Públicos devem fiscalizar a política de financiamento e aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Saúde, relativamente à criação e reestruturação dos CAPS, conforme disposto na Lei Federal 10216/2001 e Portarias MS 189/02, 336/02 e 816/02, inclusive por meio do acompanhamento dos projetos para implantação dos CAPS encaminhados ao Ministério da Saúde, que por vezes demoram muito tempo para serem autorizados, e, por conseguinte, dificultam a implantação do equipamento de saúde, por falta do repasse.
- 10- Reforma psiquiátrica coerente e humanitária é aquela que promove a reinserção e o acolhimento do portador de sofrimento psíquico na vida em sociedade, com respeito, sobretudo, a sua subjetividade, singularidade e diferença, além dos valores éticos, morais e de dignidade da pessoa humana, assegurados na Constituição Federal.
- 11- Precisamos pensar em ações para dar fim a angústia causada pela inexistência social de centenas de pacientes, a fim de promovermos a inclusão social dos mesmos, com a possibilidade de atendimento no SUS e obtenção de benefícios.

Referências Bibliográficas

- COMPARATO, FÁBIO KONDER, Fundamento dos direitos humanos, *Cultura dos Direitos Humanos*, Maria Luiza Marcílio e Lafaiete Pussoli (orgs.), LTr,
- JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 3ª ed.
- J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina,
- O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais, *Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*, Eros Roberto Grau e Sérgio Sérulo da Cunha (coords.), Malheiros
- J. J. GOMES CANOTILHO, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*, Coimbra Editora, 2ª ed., cit.,
- TABORDA JGV, Prado-Lima P, Busnello ED. Rotinas em Psiquiatria. Porto Alegre: Artes Médicas; 1996.
- MARUO ARANHA LIMA, Internação Involuntária em Psiquiatria: legislação e legitimidade, contexto e ação, Ética e Psiquiatria, Cremesp 2007

O MINISTÉRIO PÚBLICO E A GARANTIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À ASCENDÊNCIA GENÉTICA

Sandra Maria da Silva*

Promotora de Justiça/MG

Proposições:

O direito ao conhecimento da ascendência genética é um direito fundamental, que integra a própria identidade do indivíduo. Atualmente, a prova pericial do Exame de DNA, feito com observância dos rigores técnicos e jurídicos pertinentes, possibilita o conhecimento dessa verdadeira ascendência genética, mas o seu acesso ainda não é garantido a todos.

O Ministério Público, na qualidade de defensor dos direitos individuais indisponíveis, pode, administrativamente, promover o acesso do indivíduo ao Exame de DNA, através do credenciamento de laboratórios, garantindo a observância das técnicas devidas, bem como o preço justo, nos moldes implantados pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

Sumário: 1 A Filiação como Elemento Integrante da Dignidade Humana. 2 Prova Pericial do Exame de DNA nas Ações de Estado de Filiação. 3 Credenciamento de Laboratórios pelo Ministério Público. 4 Considerações finais.

1 A Filiação como Elemento Integrante da Dignidade Humana:

O direito ao conhecimento da ascendência genética não se encontra expresso dentre os direitos fundamentais elencados no artigo 5º da Constituição Federal. Mas a atual Carta Magna outorga uma especial proteção à família, enfatizando os direitos fundamentais da criança e do adolescente¹ que, na verdade, são os mesmos de todo e qualquer ser humano. Mas a ênfase constante nos dispositivos específicos demonstra a preocupação do constituinte em proteger a criança e a entidade familiar.

Nesse contexto, a preservação da dignidade da criança e do adolescente se encontra duplamente amparada no texto constitucional, assim como o direito fundamental ao estado de filiação. Flávia Piovesan enfatiza que “na qualidade de sujeitos de direito em condição peculiar de desenvolvimento, à criança e ao adolescente é garantido (constitucionalmente) o direito à proteção especial.”²

O parágrafo 7º do artigo 226 da Constituição da República estabelece a liberdade para o planejamento familiar, mas impõe o respeito a dois princípios essenciais: a **dignidade humana** e a **paternidade responsável**.

O direito à **dignidade da pessoa humana** está garantido no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna, inserido dentre os fundamentos norteadores da República Federativa do Brasil. Ora, como um fundamento da própria República, a dignidade é colocada como o centro, o vértice normativo e axiológico de todo o sistema jurídico, tendo o constituinte reconhecido que o homem constitui a finalidade precípua e não apenas o meio da atividade estatal.

A dignidade da pessoa humana, hoje garantida em praticamente todas as constituições como o sustentáculo

* Promotora de Justiça da Comarca de Uberaba/MG; Especializada em Direito Processual pela Universidade de Uberaba/MG; Especializada em Direito Civil e Direito Processual Civil pela Universidade de Franca/SP; Mestre em Direito do Estado no Estado Democrático de Direito na Universidade de Franca/SP; Coordenadora da Revista Unijus pelo Ministério Público do Estado de Minas Gerais.

¹ 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, 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.

² PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 2. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 297.

do Estado Democrático de Direito, abrange várias categorias de direito, dentre as quais, o direito ao nome e ao estado de filiação determinado. Ana Paula de Barcellos lembra que “o princípio da dignidade da pessoa humana há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício.”³

E é exatamente sob esse prisma que deve ser considerado o direito à filiação determinada, vez que, como defende Cláudia Bellotti Moura e Vitor Hugo Oltramari, uma vida digna se inicia “por evidente, pela inserção (do indivíduo) no ambiente familiar”⁴.

Por seu turno, as normas constitucionais demonstram que nossa Carta Magna adotada a **paternidade responsável** como um princípio norteador, vinculada ao “método interpretativo *the best interest of the child*”, como lembra Guilherme Calmon Nogueira da Gama⁵. Desse modo, torna-se evidente que o constituinte conferiu a todo cidadão brasileiro o direito de ter um pai e uma mãe que por ele seja responsável, já que o termo paternidade é empregado em sentido amplo, abrangendo também a maternidade.

Ora, se todos têm o direito de ter um pai responsável, então, aqueles cuja paternidade (ou maternidade) não foi reconhecida espontaneamente, têm o direito de investigar sua ascendência genética. Mas não basta garantir o direito, deve-se colocar à disposição dos filhos os mecanismos necessários para se garantir o estado de filiação determinado.

O direito a uma paternidade determinada advém da própria natureza humana e possui um caráter inviolável e universal, por integrar a própria identidade do indivíduo. É inquestionável que o conhecimento da ascendência verdadeira é um aspecto extremamente relevante da personalidade individual e integra a própria dignidade da pessoa, que tem direito à identidade pessoal e ao nome familiar. Adriano de Cupis salienta que “a identidade constitui um bem por si mesma, independentemente do grau da posição social, da virtude ou dos defeitos do sujeito. A todo o sujeito deve reconhecer-se o interesse a que sua individualidade seja preservada.”⁶

Portanto, sendo a paternidade verdadeira um atributo da dignidade humana, o direito à identidade pessoal é um direito fundamental constitucionalmente garantido, que abrange não só o direito ao nome, mas também o direito à historicidade pessoal, que é o direito de conhecer a identidade de seus genitores.

Esse posicionamento é corroborado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), cujo artigo 27 estabelece que “o reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercido contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”. Por sua vez, a Lei nº 8.560/92, que regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento, também deixa claro o objetivo do legislador de evitar paternidades ocultas ao instituir a “averiguação oficiosa”, por meio da qual se faz uma espécie de investigação sumária em juízo, independente da iniciativa da genitora, e que pode culminar com a ação proposta pelo Ministério Público, quando frustrado eventual acordo. Nessa mesma linha, o Código Civil de 2002 também tornou imprescritível a contestação da paternidade (artigo 1.601), conforme já mencionado.

O bem jurídico tutelado no direito ao conhecimento da identidade genética é a descoberta da origem biológica do indivíduo, considerada um atributo inerente à personalidade humana; o direito ao nome de família, que aponta a sua ascendência genética e o próprio estado de filiação, que implica, inclusive, na concessão de determinados direitos de cunho patrimonial.

2 Prova Pericial do Exame de DNA nas Ações de Estado de Filiação

A atual perícia genética, realizada com base nas impressões digitais do DNA (do inglês *desoxirribonucleic acid* - ácido desoxirribonucléico⁷), é capaz de demonstrar de forma cabal se o investigante é ou não filho biológico da pessoa investigada, quando realizada com a observância dos rigores técnicos e jurídicos. Essa prova causou uma grande revolução no julgamento das ações de estado de filiação e sua utilização é cada vez mais acentuada, inclusive com ampla aceitação, tanto pelos profissionais do Direito como pelas partes envolvidas, que a consideram a solução de seus problemas.

Mas a confiabilidade de seus resultados, que atinge 100% (cem por cento) de certeza na exclusão da paternidade⁸ e a impressionante probabilidade de inclusão de até 99,999999% (noventa e nove vírgula dízima de nove por

³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 146.

⁴ MOURA, Cláudia Bellotti; OLTRAMARI, Vitor Hugo. A quebra da coisa julgada na investigação de paternidade: uma questão de dignidade. In *Revista Brasileira de Direito de Família*. Ano VI, nº 27, dez/jan 2005, p. 83.

⁵ GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. *Filiação e reprodução assistida: introdução ao tema sob a perspectiva civil-constitucional*. In *Problemas de Direito Civil-Constitucional*. Coord. Gustavo Tepedino. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, p. 522.

⁶ CUPIS, Adriano de. *Os direitos da personalidade*. Tradução de Afonso Celso Furtado Rezende. Campinas: Romana, 2004, p. 185.

⁷ O artigo 3º, inciso II, da Lei nº 8.974/95 define o ácido desoxirribonucléico (ADN), assim como o ácido ribonucléico (ARN), como material genético que contém informações determinantes dos caracteres hereditários transmissíveis à descendência.

⁸ Conforme ARRUDA, José Acácio. PARREIRA, Kleber Simônio. *A prova judicial de ADN*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 183; FORTUNA, Evandro Luiz. *O valor da prova pericial biológica de DNA nas ações de investigação de paternidade*. *Revista Justiça do Direito*. Passo Fundo. V. 13. n.13, 1999, p. 103; PENA, Sérgio Danilo Junho. CHAKRABORTY, Ranajit. *Paternity testing in the DNA era*. *Trends in Genetics*. June 1994, v. 10, n. 6, p. 208.

⁹ SILVA, José Manoel Vieira. *Teste de paternidade por análise de DNA*. Disponível em <<http://www.ufv.br/dbg/BIO240/TP120.htm>> Acesso em 10.08.2005.

cento), na determinação do vínculo biológico, depende da observância dos cuidados recomendados na coleta do material, da quantidade de alelos analisados, assim como da capacidade técnica dos peritos e dos laboratórios.

Todavia, essas peculiaridades do procedimento do exame de DNA não costumam ser abordadas nas decisões judiciais (ou sequer percebidas pelo julgador), seja naquelas que o acatam ou naquelas que rejeitam seus resultados, baseadas nas demais provas dos autos.

Assim, considerando que, apesar da importância e da influência do Exame de DNA para a resolução das ações de filiação, não existe nenhuma regulamentação dessa prova pericial no País, o Ministério Público do Estado de Minas Gerais liderou um grupo de estudos, composto pela ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária, Instituto de Criminalística da Polícia Civil, Vigilância Sanitária Estadual, Secretaria Estadual de Saúde de Minas Gerais, e vários laboratórios e entidades privadas de Minas Gerais, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Mato Grosso e Distrito Federal, que elaborou um documento propondo a regulamentação, jurídica e técnica, do Exame de DNA, o qual busca garantir não só a segurança jurídica das partes envolvidas, como a observância dos rigores técnicos da perícia, com a regulação dos procedimentos de identificação das partes, coleta das amostras, técnicas admitidas, requisitos do laudo, dentre outros.

Esse estudo foi apresentado a Deputada Federal Jô Moraes, que já apresentou o Projeto de Lei nº 1.497/2007, no dia 04 de julho de 2007, em trâmite no Congresso Nacional.

3 Credenciamento de Laboratórios pelo Ministério Público

Segundo José Manoel Vieira Silva, Estatísticas do Registro Civil indicam que cerca de 30% (trinta por cento) das crianças nascidas no Brasil não têm o pai declarado em seu registro⁹. Esse índice é alarmante e causa um sério problema de ordem emocional, social e econômica, dando uma dimensão exata da importância da prova pericial do exame de DNA e do papel do Ministério Público, como defensor dos direitos individuais indisponíveis.

Atualmente, alguns tribunais têm feito convênio com laboratórios, públicos ou privados, para garantir a realização do Exame de DNA por preços mais acessíveis, que garantam o acesso do indivíduo a essa prova pericial e, consequentemente, à comprovação do direito alegado.

Todavia, esses benefícios limitam-se às partes processuais, ou seja, é preciso acionar o investigado para que as partes possam realizar o exame por preços mais acessíveis, o que não só prolonga o alcance do resultado, como intensifica o acúmulo do Judiciário.

Ocorre que o Ministério Público, na qualidade de defensor dos direitos individuais, ressaltado pelas atribuições outorgadas pela Lei nº 8.560/92, pode promover o acesso à realização administrativa do Exame de DNA, **através do credenciamento dos laboratórios**, adotando-se providências para a observância dos critérios jurídicos e técnicos devidos, como está sendo implantado pelo Ministério Público de Minas Gerais.

Esse credenciamento, em anexo, estipula não só as regras técnicas e jurídicas a serem observadas na realização do exame, como também o preço máximo de cada tipo de exame, que arcado pelas partes envolvidas.

Desse modo, o Ministério Público garante tanto a acessibilidade ao exame, como a sua realização dentro dos rigores técnicos e jurídicos devidos. Ademais, essa solução administrativa, além de outorgar maior efetividade aos direitos do indivíduo, possibilita uma maior e melhor harmonização das partes, pois evita os embates judiciais, quase sempre exaltados e dolorosos.

4 Considerações finais

O direito ao conhecimento da identidade genética refere-se à própria descoberta da origem biológica do indivíduo, que é atributo ínsito à sua personalidade, ao seu *status* de filiação.

Por possibilitar o conhecimento dessa ascendência genética, a atual perícia genética do DNA assume uma importância sem precedentes nas ações de filiação, em que o bem jurídico tutelado é a própria identidade do investigante.

Para defender o direito ao conhecimento da ascendência genética do indivíduo, o Ministério Público pode, administrativamente, promover a realização do Exame de DNA, através do credenciamento de laboratórios, estipulando a observância de regras técnicas e jurídicas, bem como do preço máximo dos exames, garantindo, assim, efetividade a um direito fundamental, e cumprindo sua função constitucional de defesa do regime democrático e da própria entidade familiar, célula primária da sociedade contemporânea.

A RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO *CUSTOS LEGIS* NAS AÇÕES DE SEPARAÇÃO E DIVÓRCIO

Leonardo Barreto Moreira Alves

Promotor de Justiça/MG

Resumo. O presente trabalho parte da idéia inicial de que, em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende como tese principal deste trabalho a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (que passam a ter um *direito potestativo extintivo* do matrimônio). Tal posicionamento vai de encontro com a atual tendência de racionalização dos trabalhos do *Parquet* na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, privilegiando-se, portanto, a atuação dos órgãos de execução na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais relevantes à coletividade, o que se coaduna perfeitamente com o verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna. Como proposição sugere o envio da matéria ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país para que a incluam nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível a título de recomendação não vinculativa.

Síntese Dogmática da Proposição. Para os fins de ajuste da atuação do Ministério Público como *custos legis*, nos processos de separação e divórcio (consensuais e litigiosos), ao conceito moderno de família e à própria racionalização dos trabalhos na área cível, sugere-se o envio deste estudo ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país para que façam incluir nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da matéria da racionalização a recomendação não vinculativa de que *é desnecessária a intervenção do Ministério Público como custos legis nas ações de separação e divórcio, em qualquer modalidade (consensuais ou litigiosos), exceto quando estiver em jogo interesse de incapaz, devendo cingir-se a sua atuação, nesta última hipótese, apenas a tal interesse, sendo obrigatória, entretanto, em todas as hipóteses, a intimação do órgão ministerial de execução, o qual, no caso concreto, avaliará a presença ou não da hipótese justificadora da sua intervenção, e, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, fundamentará o seu entendimento.*

Exposição

I. Introdução

Até o advento da Constituição Federal de 1988, o conceito jurídico de família era extremamente limitado e taxativo, pois o Código Civil de 1916 somente conferia o *status familiae* àqueles agrupamentos originados do instituto do matrimônio. Além disso, o modelo único de família era caracterizado como um ente fechado, voltado para si mesmo, onde a felicidade pessoal dos seus integrantes, na maioria das vezes, era preterida pela manutenção do vínculo familiar a qualquer custo (“*o que Deus uniu o homem não pode separar*”) – daí porque se proibia o divórcio e se punia severamente o cônjuge tido como culpado pela separação judicial com as sanções de perda da guarda judicial dos filhos, do direito a alimentos e do nome de casado.

Entretanto, os princípios preconizados na Carta Magna provocaram uma profunda alteração do conceito de família até então predominante na legislação civil. Inicialmente, há de se mencionar que o princípio do reconhecimento da união estável (art. 226, parágrafo 3º) e da família monoparental (art. 226, parágrafo 4º) foi responsável pela quebra do monopólio do casamento como único meio legitimador da formação da família.

Destarte, sem dúvida alguma, é o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) o principal marco de mudança do paradigma da família. A partir dele, tal ente passa a ser considerado um meio de promoção pessoal dos seus componentes. Por isso, o único requisito para a sua constituição não é mais jurídico e sim fático: *o afeto*.

Nessa esteira, o brilhante Promotor de Justiça baiano Cristiano Chaves de Farias¹ enfatiza que, nos dias de hoje, predomina um modelo familiar “*eudemonista*, afirmando-se a busca da realização plena do ser humano. Aliás, constata-se, finalmente, que a família é locus privilegiado para garantir a dignidade humana e permitir a realização plena do ser humano”.

Desse modo, conclui-se que a família advinda da Constituição Federal de 1988 tem o papel único e específico de fazer valer, no seu seio, a dignidade dos seus integrantes como forma de garantir a felicidade pessoal de cada um deles. A construção de sonhos, a realização do amor, a partilha do sofrimento, enfim, os sentimentos humanos devem ser compartilhados nesse verdadeiro LAR, Lugar de Afeto e Respeito².

Nesse contexto, o casamento passa a ter nova roupagem. Muito longe de ser o único meio de legitimar a formação da família, tal instituto deixa de ter importância tão-somente pelo vínculo em si para ser encarado como o melhor instrumento encontrado pelos nubentes (na visão deles) para compartilharem o desejo de alcançar a felicidade. Em outras palavras, nos dias de hoje, o casamento passa a ser visto como um dos meios (nunca o único) de promoção da dignidade da pessoa humana.

Por conta disso, a entidade familiar ora em comento somente deve ter vigência enquanto cumprir a função acima referida. No momento em que esta se encerra, devem os consortes ter *pleno direito* de dissolver a sociedade conjugal (no caso da separação) ou o vínculo matrimonial (no caso do divórcio), *sem limitação de qualquer ordem*.

Avançando na discussão do tema, temos que, assim como o direito à conjugalidade integra o conjunto dos direitos da personalidade, o direito à dissolução da sociedade conjugal ou do vínculo matrimonial também deve integrá-lo. Afinal de contas, se a “comunhão plena de vida” estabelecida pelo casamento (art. 1.511 do Código Civil de 2002) acabou, que sentido há em se criar óbices à decretação do fim da sociedade conjugal e/ou do vínculo matrimonial? Em outra perspectiva, é crível que o ordenamento jurídico imponha restrições ao direito de extinção do ente familiar advindo do casamento, obrigando inclusive os consortes a continuarem convivendo juntos, se já não persiste mais entre eles o *affectio familiae*?

A esse respeito, recorremos novamente ao genial Professor Cristiano Chaves de Farias³, segundo o qual o direito de não manter o núcleo familiar é um “*direito potestativo extintivo*, uma vez que se atribui ao cônjuge o poder de, mediante sua simples e exclusiva declaração de vontade, modificar a situação jurídica familiar existente, projetando efeitos em sua órbita jurídica, bem como de seu consorte. Enfim, trata-se de direito (potestativo) que se submete apenas à vontade do cônjuge, a ele reconhecido com exclusividade e marcado pela característica da indisponibilidade, como corolário da afirmação de sua dignidade” (grifo nosso).

Adotando essa concepção de direito de não manter o núcleo familiar como *direito potestativo extintivo*, abalizada doutrina civilista vem modernamente sustentando a necessidade de se pôr fim a todo e qualquer elemento legislativo que sirva como empecilho à liberdade de se separar ou divorciar. Nesse sentido, algumas vitórias já foram obtidas, a exemplo da recente promulgação da Lei nº 11.441/07, que facilitou sobremaneira a vida dos cônjuges ao permitir que a separação e o divórcio consensuais sejam obtidos através de um simples procedimento administrativo (extrajudicial). Outras vitórias já se aproximam, tendo em vista que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em última análise, é corroborar a tendência aqui apresentada.

Considerando que tanto a novel legislação *supra* mencionada como as propostas de alteração legislativa anteriormente referidas (acaso aprovadas, o que certamente ocorrerá) influem significativamente na atuação do Ministério Público como *custos legis* em processos desta natureza, dedicamos a seguir um tópico específico para apreciar, de forma muito breve, todas essas novidades.

II. O contemporâneo movimento legislativo consagrador do direito à separação e ao divórcio como direito potestativo extintivo

Atendendo ao princípio constitucional da facilitação do divórcio (art. 226, § 6º, CF), muito recentemente, presenciamos o advento da Lei nº 11.441, de 04 de janeiro de 2007, que, acrescentando ao Código de Processo Civil o art. 1.124-A, permitiu que o divórcio e também a separação consensuais, desde que não existam filhos menores ou

¹ A família da pós-modernidade: em busca da dignidade perdida, in Revista Persona, Revista Electrónica de Derechos Existenciales, Argentina, n. 9, set. 2002, disponível em <http://www.revistapersona.com.ar/9farias.htm>, acesso em 04 jan. 2003.

² Expressão utilizada por Rodrigo da Cunha Pereira e Maria Berenice Dias, in Direito de família e o novo código civil, p.xi.

³ Redesenhando os contornos da dissolução do casamento (Casar e permanecer casado: eis a questão), in Afeto, Ética, Família e o novo Código Civil, Rodrigo da Cunha Pereira (coord.), p. 115-116.

incapazes do casal e observados os requisitos legais quanto aos prazos, estando as partes devidamente representadas por advogado, possam ser realizados através de escritura pública, a qual será, inclusive, gratuita para os declarados pobres em sentido legal.

A novel legislação, sem dúvida alguma, desburocratizando o procedimento de dissolução do casamento por mútuo consentimento, consagra a tendência de tratar o direito à separação e ao divórcio como *direito potestativo extintivo*.

Noutro giro, impende mencionar que tramitam no Congresso Nacional inúmeras propostas de alteração legislativa cujo objetivo, em uma perspectiva de fundo, é confirmar a tendência em debate, senão vejamos.

A título de exemplo e seguindo uma gradação crescente de importância, podemos citar inicialmente o Projeto de Lei nº 507/07, de autoria do Deputado Baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que propõe a abolição de todas as espécies de separação judicial litigiosa (separação-sanção, separação-falência e separação remédio, atualmente previstas, respectivamente, no art. 1.572, *caput*, parágrafo 1º e parágrafos 2º e 3º, do Código Civil). Aqui merece destaque a proposta de eliminação do ordenamento jurídico nacional da tão criticada separação-sanção (baseada na culpa de um dos cônjuges) e dos efeitos dela decorrentes (sanções de perda dos direitos a alimentos e ao uso do nome de casado aplicadas ao culpado pela separação). Substituindo o princípio da culpa pelo *princípio da ruptura* (ou do *desamor*), partindo da idéia de que ninguém deve ser punido apenas pelo fim do amor, ainda mais quando se leva em conta que a família da modernidade, entendida como comunidade de afeto e entreajuda, somente deve persistir enquanto preencher esta sua missão, e considerando ainda que a busca por um culpado pela separação judicial, além de violar o sagrado direito de intimidade do casal, é injusta, pois, na verdade, não há apenas um culpado pelo término da relação, o Projeto atende a um antigo clamor da doutrina civilista, estipulando como única causa de pedir da ação de separação judicial o término da comunhão de vida.

O Projeto *sub oculis*, com idêntico escopo, ainda exclui a necessidade de decurso do lapso temporal de 1 (um) ano de casamento atualmente previsto no *caput* do art. 1.574 do Código Civil para a formulação do pedido de separação consensual.

Mais revolucionário do que este Projeto de Lei é a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) de nº 33/07, também de autoria do Deputado baiano Sérgio Barradas Carneiro (PT/BA), que visa alterar o art. 226, parágrafo 6º, do Texto Maior, para eliminar do ordenamento jurídico pátrio de uma vez o instituto da separação judicial (em qualquer modalidade, consensual ou litigiosa).

A separação judicial (antigo desquite) está ligada historicamente ao embate travado no Congresso Nacional entre divorcistas e antidivorcistas à época da discussão da Lei nº 6.515/77 (Lei do Divórcio): muito embora estes últimos tenham sido derrotados em tal embate (afinal, o divórcio passou a ser permitido no país), continuaram exercendo fortes pressões para extirpar do ordenamento jurídico um instituto considerado (por eles) pernicioso à formação da família (entenda-se: família matrimonializada), a qual deveria ser sempre e em qualquer hipótese preservada; para aliviar estas pressões, aqueles (os divorcistas) acabaram aceitando a manutenção no ordenamento do instituto da separação como meio de frear e desestimular as partes a procurarem o divórcio.

Passado o calor desta discussão⁴ e diante do reconhecimento constitucional de novas entidades familiares, verifica-se que a manutenção da separação judicial, no ordenamento brasileiro, perdeu completamente sua razão de ser. Clama-se então por uma imediata reforma legislativa para que este instituto seja definitivamente extirpado do cenário jurídico nacional.

Aliás, impende mencionar que, estatisticamente, os casais acabam optando pelo uso da via menos traumática do divórcio (direto) pelo fato deste se preocupar apenas com a causa objetiva da separação de fato do casal, deixando de lado a apuração do odioso (e completamente subjetivo) elemento culpa pelo término do relacionamento conjugal.

Acrescente-se ainda que o estabelecimento de dois processos judiciais (separação judicial e divórcio por conversão) para que se atinja o fim do vínculo matrimonial provoca no casal oneração financeira desnecessária, isso sem falar do aumento do desgaste psíquico peculiar de processos desta natureza.

Como se vê, o direito material regulador da dissolução do casamento caminha a passos largos no sentido de garantir aos cônjuges, no exercício de sua autonomia privada, a livre escolha em manter ou extinguir a família por eles formada. Na outra face desta mesma moeda, o Estado, cada vez mais, deixa de ter interesse na manutenção a qualquer custo do casamento, motivo pelo qual vem sendo reduzida a (indevida) ingerência estatal nesta seara, em respeito ao *direito potestativo extintivo* por diversas vezes aqui aludido, até porque, nos termos do art. 226, § 7º, da *Lex Fundamentallis*, o planejamento familiar é livre decisão do casal.

Neste cenário, a atuação do Ministério Público como *custos legis* nas ações de separação e divórcio não pode nem deve ficar engessada na contramão da história, exigindo-se uma adaptação frente aos novos tempos, o que passamos a apreciar a seguir.

⁴ A discussão encontra-se superada no plano jurídico. Contudo, setores conservadores da sociedade mundial, em pleno século XXI, ainda relutam em admitir o instituto do divórcio. Nesse sentido, registre-se que o Papa Bento XVI, em sua *Sacramentum Caritatis*, divulgada no início do ano 2007, afirmou categoricamente que o divórcio é "a praga do ambiente social contemporâneo".

III. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio

Quanto ao procedimento administrativo da separação e do divórcio consensuais, naturalmente, por não se tratar de procedimento judicial, nele não deve ocorrer a intervenção do Ministério Público como *custos legis*.

Por questões de coerência, utilizando-se das palavras do preclaro Promotor de Justiça Cristiano Chaves de Farias, é possível afirmar que “se não há interesse público que justifique a atuação do Promotor de Justiça nos acordos consensuais de separação ou divórcio em cartório, também não pode existir interesse na dissolução matrimonial em juízo, quando se trate de procedimento consensual”. Não haveria nenhum motivo lógico para tratar situações absolutamente idênticas de forma desigual.

Aliás, esse posicionamento já encontra guarida nas recentes manifestações dos mais diversos órgãos ministeriais do país a respeito da racionalização da atuação do *Parquet* no processo civil. A título de ilustração, registremos que o Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, em 13 de maio de 2003, publicou a chamada Carta de Ipojuca (PE), na qual consta a recomendação, sem caráter vinculativo, de que é desnecessária a atuação ministerial na “separação judicial consensual onde não houver interesse de incapazes” (letra A, número 4, item I).

O Ministério Público do Estado de Minas Gerais, de igual modo, não só editou o seu próprio ato normativo quanto a esta matéria (Recomendação CSMP nº 1, de 3 de setembro de 2001, posteriormente ratificada pelo art. 87 do Aviso CGMP nº 5, de 09 de agosto de 2004), como também ratificou expressamente a aplicação do teor da Carta de Ipojuca no seu âmbito, através do Ato CGMP nº 1, de 12 de fevereiro de 2007.

O nobre e augusto *Parquet* baiano, através do Ato Normativo nº 15/2006, publicado em 20 de dezembro de 2006, de lavra da Procuradoria-Geral de Justiça, consagrou entendimento ainda mais amplo, segundo o qual “a intervenção do Ministério Público, quando atuar como *custos iuris* e inexistindo interesse de incapaz, poderá ser considerada nas seguintes hipóteses: I – em processos atinentes a Direito de Família e Sucessões, quanto a questões econômicas e demais direitos disponíveis (...)” – grifo nosso.

Corroboramos *in totum* com o teor do Ato Normativo do Ministério Público baiano. Na verdade, a atuação ministerial no processo civil deve ser sempre dispensada quando o interesse público não estiver em jogo. Ora, como já afirmado *alhures*, não se verifica hodiernamente interesse público na manutenção do casamento se os cônjuges assim não desejam. Por isso, meras questões patrimoniais, a exemplo da partilha de bens, não têm o condão de provocar a presença do Ministério Público nos processos de separação e divórcio judiciais consensuais. Desse modo, a única hipótese de intervenção ministerial como fiscal da lei em processos deste *jaez* é a existência de interesse de incapaz, em respeito ao disposto no art. 82, I, do Código de Processo Civil.

Ousamos ir um pouco além. *A nosso ver, a existência de interesse de incapaz deve ser a única hipótese a ensejar a intervenção do Ministério Público em toda e qualquer ação de separação ou divórcio, seja ela consensual ou litigiosa.* Como justificativa desta tese, é forçoso reprisar o que já afirmado anteriormente: se não há mais interesse público na manutenção do matrimônio quando os consortes assim não querem, estando, portanto, a decisão de dissolver ou não a família por eles formada única e exclusivamente nas mãos do casal (*direito potestativo extintivo*), no exercício de sua autonomia privada, razão inexistente para que o *Parquet* continue atuando em ações desta espécie, salvo no caso de incidência de interesse de incapaz.

A tese aqui esposada não propõe nenhuma revolução no ordenamento jurídico nacional, sequer deve ser encarada como novidade, mas sim como simples adaptação das atribuições ministeriais ao conceito moderno de família e ao regramento da dissolução do casamento dele decorrente.

Ademais, insta salientar que, em existindo interesse de incapaz, a atuação do Promotor de Justiça deve cingir-se apenas e tão-somente a tal interesse, não se manifestando, portanto, quanto ao próprio decreto de separação ou divórcio, bem como quanto aos efeitos decorrentes da dissolução do matrimônio. Nessa linha de inteligência, entendemos necessário o pronunciamento do órgão ministerial de execução, por exemplo, em matérias como guarda judicial dos filhos menores ou alimentos a eles devidos, mas consideramos desnecessária a participação do Promotor no debate de questões como decurso do lapso temporal de 2 (dois) anos para o divórcio direto, partilha de bens (e demais questões econômicas, repetindo as palavras do Ato Normativo do MP baiano), uso do nome de casado etc.

Por outro lado, impende registrar também que o posicionamento ora sustentado não provoca violação ao quanto previsto no art. 82, II, do Código de Processo Civil, segundo o qual compete ao Ministério Público intervir nas causas concernentes ao estado da pessoa (entre outras). Como é cediço, a doutrina processual contemporânea vem lecionando que todas as hipóteses de atuação do Ministério Público como fiscal da lei previstas no art. 82 do CPC⁵ devem ser conciliadas com as funções atribuídas a este órgão pelos artigos 127, *caput* (“defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”), e 129 da Constituição Federal, o que somente pode ser auferido no caso concreto e não aprioristicamente.

⁵ O raciocínio também é válido para os processos de jurisdição voluntária, a exemplo da separação e divórcio judiciais consensuais: não obstante o teor do art. 1.105 do CPC, que obriga a participação do Ministério Público em todos os processos desta natureza, vem se entendendo que o *Parquet* somente deve intervir em tais feitos quando estiver presente uma das hipóteses estampadas pelo art. 82 do CPC e/ou art. 127, *caput*, da Carta Magna.

Nunca é demais relembrar que, no processo de mandado de segurança, há situação bastante semelhante à presente, pois, embora também exista previsão legal expressamente exigindo a participação do Ministério Público em tal feito (art. 10 da Lei nº 1.533/51), vem prevalecendo o entendimento de que a atuação ministerial somente ocorrerá se presente uma das hipóteses definidas no art. 82 do CPC e/ou no art. 127, *caput*, da *Lex Legum*, ou seja, desde que esteja configurada nos autos a incidência do interesse público (evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte – art. 82, III, *in fine*, CPC), o qual não se confunde com o interesse do ente estatal (aquele é tido como interesse público primário, este é considerado interesse público secundário, na clássica distinção perpetrada pela doutrina processual italiana).

Esclareça-se ainda que, com o fito de se evitar a ocorrência de nulidade processual por ofensa ao disposto no art. 246 do Código de Processo Civil, sustentamos que persiste a necessidade de intimação do Ministério Público em todos os processos de separação e divórcio, afinal de contas, nas palavras do insigne Professor baiano Freddie Didier Jr., “o que dá ensejo à nulidade é a falta de intimação; ‘se intimado, deixa de intervir por qualquer motivo, nulidade não há’⁶”. De fato, somente após ser intimado (nunca antes, por óbvio) é que o Promotor de Justiça terá acesso aos autos e assim poderá analisar se está presente ou não o interesse público justificador da sua intervenção. Não sendo hipótese de sua intervenção (*in casu*, não existindo interesse de incapaz), deverá o Promotor externar os seus fundamentos, por exigência do art. 43, III, da Lei nº 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público).

Seguindo esse trilhar, a Carta de Ipojuca, na letra A, número 1, é de clareza solar ao estatuir que “Em matéria cível, intimado como órgão interveniente, poderá o membro da Instituição, ao verificar não se tratar de causa que justifique a intervenção, limitar-se a consignar concisamente a sua conclusão, apresentando, neste caso, os respectivos fundamentos”.

Ainda mais preciso é o Ato Normativo nº 15/2006 do *Parquet* baiano, que assevera o seguinte:

“Art. 8º - A racionalização não implica renúncia ao direito de receber os autos com vista, nas hipóteses em que a lei prevê a participação do Ministério Público, devendo o representante ministerial, no caso concreto, avaliar a presença, ou não, do interesse público justificador da intervenção, fundamentando, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, o seu entendimento”.

IV. A nova atuação do Ministério Público nas ações de separação e de divórcio atende aos reclamos de racionalização dos trabalhos na área cível

Adotar o posicionamento defendido na presente tese significa atender aos reclamos de Promotores de Justiça de todo o país de racionalização dos trabalhos do Ministério Público. Completamente assoberbados nas Comarcas onde atuam em virtude das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, os Promotores, que gozam de enorme credibilidade perante os jurisdicionados e, por isso mesmo, são constantemente cobrados e fiscalizados pela sociedade, acabam sendo obrigados a realizar uma seleção das Curadorias mais relevantes àquela localidade e atuar apenas nelas, deixando de lado Curadorias outras. Acrescente-se a este cenário o fato de que os Promotores ainda têm um volumoso número de processos judiciais (dos mais diversos) aguardando manifestação nas prateleiras das Promotorias de Justiça e chegamos à conclusão de que a atuação do Ministério Público apenas e tão-somente nas searas mais caras à sociedade não é uma alternativa simplesmente cômoda, mas sim um necessário caminho de sobrevivência para a instituição.

Trata-se, inclusive, de ajuste da atuação do Ministério Público ao perfil traçado pela Carta Magna Federal nos artigos 127, *caput*, e 129. Em uma perspectiva hodierna, deve a instituição priorizar a atuação em prol dos valores mais relevantes da sociedade, deslocando para um plano secundário interesses de menor repercussão.

Na área cível, pode-se afirmar que a racionalização implica em deixar a cargo dos particulares o trato de questões que apenas a eles dizem respeito. Há determinadas matérias onde não se verifica a existência de interesse público (a exemplo da habilitação de casamento, quando esta não envolver incapaz ou quando não houver oposição de impedimento ou arguição de causa suspensiva, justificação de fato necessário à habilitação ou pedido de dispensa de proclamas, nos termos do art. 3º do Ato Normativo nº 015/2006 do MP baiano; ação declaratória de união estável e respectiva partilha de bens, conforme letra A, número 4, item II da Carta de Ipojuca etc), motivo pelo qual os cidadãos, no exercício da sua autonomia privada, devem livremente discipliná-las, o que implica na desnecessidade de atuação do *Parquet* em processos envolvendo tais matérias.

A esse respeito, acrescentando o exemplo do pedido de alyará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido (Lei nº 6.858/80), vejamos os ensinamentos do Professor Cristiano Chaves de Farias⁷:

“De igual sorte, vislumbro uma magnífica oportunidade para um debate aprofundado também sobre a intervenção do Ministério Público na área cível, afastando o Parquet de uma série de atos típicos da vida

⁶ Curso de Direito Processual Civil: teoria geral do processo e processo de conhecimento. 6ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2006, p. 236.

⁷ O Novo Procedimento da Separação e do Divórcio (de acordo com a Lei nº 11.441/07): comentários e análise da Lei nº 11.441/07. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 14-15.

privada, v.g., a habilitação para o casamento e a atuação como custos legis em ações tipicamente decorrentes da autonomia privada do titular (que podem ser lembradas com o reconhecimento e dissolução de uniões estáveis, sem interesses menoristas, e o conhecido pedido de alvará judicial para levantamento de verbas pecuniárias deixadas pelo falecido, conforme disciplina da Lei nº 6.858/80). Seguramente, não é esse o papel conferido pelo constituinte ao Promotor de Justiça. Intérprete dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais significativos para a coletividade, não pode o Ministério Público atuar na esfera personalíssima de interesses do titular, até porque nada poderá fazer para impedir o exercício de direitos. O que faria, por exemplo, para obstar uma separação consensual? Pleitearia um mandado de obrigação de fazer para ambos, atentando contra a dignidade de cada um?"

João Lopes Guimarães Júnior⁸ tem idêntico posicionamento, senão vejamos:

"(...) Se o Parquet recebeu da Constituição um papel relevante, sua atuação, na prática, deve ser condizente com tal relevância. Aqui vem um argumento de ordem prática: a redução quantitativa da intervenção processual ensejará maior disponibilidade de tempo ao Promotor para que se dedique aos direitos difusos e coletivos da comarca em que atue, inclusive através de mecanismos extrajudiciais. Tudo, vale lembrar, em favor da maior efetividade de atuação ministerial como um todo".

À guisa de arremate, por tudo quanto exposto na presente tese, consideramos que as pretensões de separação e divórcio, em qualquer modalidade, também devem ser reguladas pela autonomia privada dos consortes (exceto quando envolver interesse de incapaz), dispensando, portanto, a intervenção do Ministério Público como *custos legis*. Por conta disso, será alcançado o objetivo da racionalização, o que fomentará a atuação do Parquet na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis mais caros à coletividade, atuação esta que é sua verdadeira vocação constitucional.

O Professor Cristiano Chaves⁹ apresenta perfeita síntese desse nosso entendimento final, nesses termos:

"Isso significa, no plano concreto aqui analisado, que o Ministério Público deve concentrar os seus esforços na defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, afastando-se, definitivamente, de toda e qualquer atuação – processual ou extraprocessual – que não se conforme com a sua feição (constitucional) de instituição vocacionada à defesa de interesses metaindividuais. Vejo, inclusive, com tranquilidade, a possibilidade de asseverar que – mesmo havendo disposição infraconstitucional prevendo a atuação ministerial em determinadas hipóteses (atinentes a interesses privados, estranhos às latitudes do art. 127 da CF/88) – não deverá o Ministério Público, lastreado no respeito às disposições constitucionais, atuar, em razão da interferência indevida no campo das relações particulares, atentando, não raro, contra garantias individuais. É o caso da habilitação para o casamento, das dissoluções consensuais de união estável, dos alvarás judiciais... O desafio está posto. E, como propõe RODRIGO DA CUNHA PEREIRA, uma coisa é bem certa: o Direito não mais pode fechar os olhos à realidade que insiste, sempre, em surgir. 'Compreender isso é fazer cumprir o Direito mais autêntico, é dar-lhe vida e colocá-lo na vida' " - grifo nosso.

V. Conclusões objetivas

Em face do novo conceito de família inaugurado pela Constituição Federal de 1988 (família plúrima e eudemonista), não se justifica mais a imposição de uma série de restrições à dissolução do matrimônio como consta atualmente no Código Civil de 2002, afinal de contas o ente familiar somente deve ser mantido enquanto cumprir a sua função constitucional de promoção da dignidade de cada um dos seus membros. Em não sendo mais verificada tal função no seio familiar, não há qualquer interesse público na manutenção inócua do mero vínculo jurídico que o casamento passa a ser, daí porque se defende a desnecessidade de intervenção do Ministério Público em ações de separação e divórcio (consensuais ou litigiosos), exceto quando existir interesse de incapaz em jogo, deixando as questões relacionadas a estes feitos a cargo da autonomia privada dos cônjuges (*direito potestativo extintivo*).

Tal posicionamento vai de encontro com a atual tendência de racionalização dos trabalhos do Parquet na área cível, já consagrada na Carta de Ipojuca e em diversos Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país, a exemplo do baiano e do mineiro. Em sendo ela adotada, haverá benefícios práticos relevantes aos Promotores de Justiça, que terão mais tempo para atuar em defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis de maior relevância à coletividade, adequando-se esta atuação ao verdadeiro perfil ministerial traçado pela Carta Magna.

⁸ Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil. In FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo, Ministério Público: instituição e processo, 2ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 158.

⁹ Op cit., p. 15-16.

A tese não é revolucionária, apenas busca ajustar a atuação do *Parquet* ao seu papel constitucional e à evolução do Direito de Família. Destarte, reconhecemos que não há consagração desta tese em nenhum instrumento legislativo nem em Atos Normativos dos Ministérios Públicos do país.

Por conta disso, concluímos este estudo sugerindo ao Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais do Ministério Público dos Estados e da União e às Corregedorias-Gerais de todos os Ministérios Públicos Estaduais do país que façam incluir nos seus respectivos Atos Normativos reguladores da racionalização dos trabalhos na área cível a recomendação não vinculativa de que *é desnecessária a intervenção do Ministério Público como custos legis nas ações de separação e divórcio, em qualquer modalidade (consensuais ou litigiosos), exceto quando estiver em jogo interesse de incapaz, devendo cingir-se a sua atuação, nesta última hipótese, apenas a tal interesse, sendo obrigatória, entretanto, em todas as hipóteses, a intimação do órgão ministerial de execução, o qual, no caso concreto, avaliará a presença ou não da hipótese justificadora da sua intervenção, e, consoante o art. 43, III, da Lei nº 8.625/93, fundamentará o seu entendimento.*

O REGISTRO DA SITUAÇÃO DA PARTILHA NA SENTENÇA DE DIVÓRCIO COMO INSTRUMENTO DE ECONOMIA PROCESSUAL E EFICIÊNCIA DO PODER JUDICIÁRIO

Luciano Machado de Souza

Promotor de Justiça/PR

RESUMO:

A Lei nº 6.015/73 (LRP) não acompanhou a evolução legislativa da área de Família, deixando de contemplar o registro de situações jurídicas de fundamental importância ao interesse de nubentes, como de todos os interessados, em decorrência do princípio da publicidade dos atos registrais. A imposição de regime de separação legal de bens aos divorciados que não comprovarem a solução da partilha dos bens do casamento dissolvido é causa suspensiva que não impede a alteração do regime de bens do casamento, desde que atendidos os requisitos da espécie. O registro da situação da partilha na sentença de divórcio é medida que privilegia a economia processual e a eficiência dos serviços judiciários, desonerando os nubentes da comprovação da condição suspensiva por outros meios mais onerosos e evitando processos de alteração de regime por limitação da convenção do casal.

EXPOSIÇÃO:

A Lei nº 6.015/73 (LRP) estabeleceu:

“Art. 100. No livro de casamento, será feita averbação da sentença de nulidade e anulação de casamento, bem como do desquite, declarando-se a data em que o Juiz a proferiu, a sua conclusão, os nomes das partes e o trânsito em julgado.”

Visava dar publicidade às alterações de estado das pessoas casadas, para fins de proteção dos interesses das partes, como de terceiros.

Apesar da evolução legislativa significativa nessa área, e principalmente a constitucionalização da igualdade de direitos e deveres de homens e mulheres na sociedade conjugal (art. 226, par. 3º, CF), o sistema legislativo registral não recebeu atualizações.

Visando suprir as lacunas, Corregedorias-Gerais de Justiça dos estados-membros estabeleceram regras para procedimentos administrativos dos registradores em seus Código de Normas. No Paraná, está previsto:

“15.10.2 – Na averbação da sentença de separação judicial ou divórcio indicar-se-á o juízo e o nome do juiz que a proferiu, a data e o trânsito em julgado, a parte conclusiva e o nome que a mulher passou a adotar e, sendo o caso, o livro, folha, número do termo e serventia onde foi inscrita a sentença.”

Nesse sentido, as observações de WALTER CENEVIVA:

“227. Disposições peculiares à averbação em assento de casamento – A averbação inclui, desde a Lei nº 6.515/77, a sentença declaratória do divórcio e a da separação judicial, sendo feita à margem do assento de casamento. Seus requisitos compreendem: vara e nome do juiz sentenciante, parte conclusiva da sentença, sua data e a de seu trânsito em julgado. Referirá, ainda, o que se resolveu quanto ao nome da mulher. O oficial do registro civil oficiará ao juiz, dando-lhe ciência de que lançou a averbação, ou solicitará complementação dos dados faltantes. Ocorrendo o casamento em uma comarca e a separação e divórcio em outra, nesta será

expedido mandado para o oficial do primeiro serviço registrário inscrever a sentença no livro "E", sem prejuízo da averbação que, por ofício, será feita junto ao assento matrimonial.¹

Contudo, verifica-se que há situações fáticas a reclamar maiores informações do sistema registral, principalmente para exercício pleno dos direitos de interessados nesses dados.

Com efeito, a hipótese mais emblemática é a imposição do regime de separação de bens (art. 1.641, I, CC) para os divorciados que não comprovam a resolução da partilha de bens do casamento dissolvido (art. 1523, III, CC), e que decorre da possibilidade de concessão do divórcio sem prévia partilha de bens (art. 1581, CC).

Nesse caso, independentemente da comunhão dos aqüestos, possibilitada pela Súmula nº 377, do Supremo Tribunal Federal², não se pode negar que os nubentes ficam impossibilitados de pactuar o regime livremente, contudo podendo alterá-lo posteriormente, quando cessada a causa suspensiva motivadora.

Nesse sentido, a moderna interpretação do Superior Tribunal de Justiça, relatada pela Ministra NANCY ANDRIGHI, em decisão de Recurso Especial manejado pelo Ministério Público do Paraná contra decisão do Tribunal de Justiça, que deu provimento ao apelo de casal interessado em alterar o regime de bens imposto porque eram incapazes quando casaram:

"O Tribunal Estadual analisou, na hipótese sob julgamento, os requisitos autorizadores da alteração do regime de bens e concluiu pela sua viabilidade, porque os recorridos invocaram como razões da mudança a cessação da incapacidade civil interligada à causa suspensiva da celebração do casamento a exigir a adoção do regime de separação obrigatória, além da estabilidade do relacionamento entre eles mantido. Da mesma forma, ressaltaram-se os eventuais direitos de terceiros.

A peculiaridade aqui reside unicamente na obrigatoriedade, por ocasião da celebração do casamento, da adoção do regime da separação de bens, na dicção do art. 258, parágrafo único, inc. I, do CC/16.

Nesse particular, a doutrina também já se manifestou no sentido de que, por elementar questão de razoabilidade e justiça, o desaparecimento da causa suspensiva durante o casamento e a ausência de qualquer prejuízo ao cônjuge ou a terceiro, permite a alteração do regime de bens, antes obrigatório, para o eleito pelo casal, notadamente porque cessada a causa que exigia regime específico (Luiz Felipe Santos, *in Autonomia da vontade e os regimes matrimoniais de bens*, texto publicado em: Chaves, Adalgisa Wiedemann *et al. Direitos Fundamentais do Direito de Família*. Coordenadores: Pedro Welter, Rolf Hanssen Madaleno. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p.218).³

Logo, admitida a hipótese de alterabilidade do regime de bens daqueles que casaram sob imposição legal do regime da separação, verifica-se que o registro acerca da solução da partilha no divórcio é medida que trará economia processual.

Atualmente, a inexigência de que no mandado de averbação da sentença de divórcio conste acerca da solução da partilha, contemplando a inexistência ou divisão dos bens partilháveis, ou ainda a pendência (que só ocorrerá se houver bens partilháveis), obriga que os nubentes divorciados movimentem a escritania pela qual tramitou o processo de divórcio para obtenção da comprovação da partilha, o que é oneroso, de todas as formas.

Não providenciada oportunamente a prova da solução da partilha, impõe-se o regime da separação legal, que pode ser alterado com a comprovação da cessação da causa suspensiva. Logo, possibilidade de outro processo, também oneroso, de todas as formas.

Para o problema concreto, vislumbra-se que o registro da solução da partilha seja tão importante na atualidade, frente às inovações legislativas mencionadas, quanto o nome do Juiz que proferiu a decisão.

Disso decorre a importância das Corregedorias-Gerais de Justiça orientarem que o mandado de registro da sentença de divórcio mencione acerca da solução ou pendência da partilha.

Essa atuação também pode ser recomendada pelas Corregedorias-Gerais do Ministério Público.

Independentemente disso, o agente ministerial com atribuições junto aos Juízos de Família deve zelar para que, nos casos concretos, o dispositivo da sentença contemple a situação da partilha, visando unicamente à economia processual, em sentido lato, e o aprimoramento dos serviços judiciais, em consonância com o princípio da eficiência administrativa (art. 37, CF).

CONCLUSÃO

A intervenção dos Promotores de Justiça com atribuições junto aos Juízos de Família, requerendo o registro da situação da partilha de bens na sentença de divórcio, é medida que contribui para o aprimoramento da distribuição da Justiça, em proveito da economia processual e da eficiência do Poder Judiciário.

¹ CENEVIVA, Walter. *Lei dos Registros Públicos Comentada*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 188.

² "No regime da separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento."

³ STJ – RESP 821807/PR – 3ª Turma – Rel. Ministra Nancy Andrighi – DJ 13/11/06.

A INEFICÁCIA DA LIMINAR QUE CONCEDE ALIMENTOS PROVISÓRIOS COMO DECORRÊNCIA DO ARQUIVAMENTO DO PEDIDO NA HIPÓTESE DO ART. 7º, DA LEI Nº 5.478/68.

Luciano Machado de Souza

Promotor de Justiça/PR

RESUMO

Excetuada a hipótese do autor declarar expressamente sua desnecessidade, é dever do Juiz decidir acerca da fixação dos alimentos provisórios no despacho da inicial. Essa decisão interlocutória concessiva dos alimentos provisórios não tem natureza de cautelar incidental, mas de antecipação dos efeitos da tutela. Havendo arquivamento do pedido, decorrente do não-comparecimento do autor à audiência de conciliação e julgamento, recomendável que o Juízo revogue a decisão liminar de provisórios, mas eventual omissão não é suficiente para manter a força da liminar, sendo consequência lógica do arquivamento do pedido sua ineficácia.

EXPOSIÇÃO

A Lei nº 5.478/68 (LA) estabeleceu rito especial (art. 1º, LA) para processamento dos pedidos de alimentos, determinando que o Juiz fixe provisórios já no despacho do pedido, excetuando a hipótese do requerente declarar expressamente a desnecessidade da antecipação desses alimentos (art. 4º, LA).

Inicialmente, surge aparente conflito entre os princípios da inércia e da oficialidade da jurisdição. YUSSEF CAHALI nega a hipótese de oficialidade:

“Na ambigüidade do texto, se é certo que a concessão de alimentos provisórios passou a ser regra, considerando-se a dispensa como exceção em face da declaração expressa, não nos parece que o juiz deva concedê-los de ofício, sem pedido expresso ou implícito do autor, pois ‘nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado requerer’ (CPC, art. 2º); além do mais, o autor é o melhor árbitro de sua necessidade imediata, não pode o juiz sobrepor-lhe a vontade ou supri-la por ato de ofício, inclusive porque se pressupõe que o reclamante forneça elementos hábeis para a estimativa sumária.

Portanto, ‘sem pedido da parte interessada, o magistrado não pode conceder alimentos provisórios; o art. 4º da Lei 5.478/69 é expresso ao consignar que ‘ao despachar o pedido, o juiz fixará desde logo alimentos provisórios’. A disposição legal é de ser entendida, assim, no sentido de que, uma vez instado o magistrado, este necessariamente deve conceder os alimentos provisórios.¹”

Não se vislumbra, com o devido respeito ao ilustre jurista, que o princípio da inércia previsto na parte geral do Código de Processo Civil deva prevalecer sobre a oficialidade imposta na regra específica para o processamento do pedido de alimentos.

Ademais, a inércia impede que o Juiz preste jurisdição sem pedido e, no caso em discussão, sempre haverá pedido de alimentos que incluem, pela presunção legal, os provisórios; não havendo pedido expresso de provisórios, o Juiz deve concedê-los de ofício, exceto no caso de dispensa objetiva.

Se não bastasse, a conclusão da argumentação sugere que o magistrado não possa indeferir os provisórios reclamados expressamente, sendo consequência lógica do pedido a concessão, o que implicaria em ofensa ao princípio da livre convicção motivada.

¹ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 893.

A interpretação de NELSON NERY JÚNIOR possibilita afirmar a prevalência do princípio da oficialidade:

“A presunção é a de que o autor precisa dos alimentos provisórios, devendo o juiz fixá-los *ex officio* ao despachar a inicial. Somente se houver expressa declaração do autor (credor dos alimentos) no sentido de que não necessita dos provisórios é que o juiz deixará de arbitrá-los.”²

MARIA BERENICE DIAS, exercendo jurisdição no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, confirma:

“De início, é de se afastar a preliminar argüida pelo agravante, na qual alega ser *extra-petita* a decisão agravada, pois fixou os alimentos sem prévia solicitação da agravada.

Ora, totalmente descabida a pretensão, visto que sedimentado o entendimento de que os alimentos podem ser fixados de ofício pelo magistrado, desde que haja elementos para tanto.”³

Logo, para os fins deste estudo, conclui-se que o Juiz deve se manifestar sobre os alimentos provisórios no despacho da inicial, estando dispensado de fazê-lo se houver manifestação expressa de desnecessidade do autor.

Assim estabelecido, impõe-se definir a natureza jurídica dessa decisão interlocutória inicial, sem manifestação prévia da parte adversa, posto que esses alimentos provisórios são devidos até a superação da instância extraordinária (art. 13, par. 3º), e a apelação processada apenas no efeito devolutivo (art. 14, LA).

Cotejando os alimentos provisórios com os provisionais (art. 852, CPC), YUSSEF CAHALI afirma:

“Botelho de Mesquita enuncia proveitosamente alguns pontos de diferenciação: Toda vez que vamos deduzir em juízo pretensão alimentícia, *por via da ação de alimentos*, podemos requerer a prestação de *alimentos provisórios*. Aí temos uma medida que não é cautelar, é simplesmente uma medida liminar antecipatória, própria do processo da ação de alimentos, como ocorre também no mandado de segurança ou no embargo da obra nova. Não existe neste caso natureza cautelar.”⁴

No mesmo sentido, VICTOR MARINS:

“O procedimento especial previsto na Lei 5.478/68 serve à pretensão satisfativa a alimentos e não à pretensão cautelar. Isto porque o interessado deve exibir prova pré-constituída do direito aos alimentos, podendo obter, desde logo, liminar antecipatória fixando-lhe alimentos provisórios. De posse de tais elementos, o interessado prescindirá da demanda cautelar.”⁵

Definido não se tratar de medida cautelar, mas de antecipatória dos efeitos da tutela.

Considerando que o procedimento estabelece audiência una para solução da lide, a ausência do autor na audiência de conciliação e julgamento (art. 5º, LA) impõe o arquivamento do pedido (art. 7º, LA), e não há disposição expressa acerca dos efeitos da decisão que fixou os provisórios nessa hipótese.

Surge a questão: O arquivamento do pedido implica na revogação automática dessa decisão ou há necessidade de revogação expressa pelo Juízo, sob pena da omissão importar manutenção da eficácia do despacho inicial?

Mas, antes disso, importa registrar que prepondera doutrinação⁶ e jurisprudencialmente⁷ a interpretação que repele a extinção do feito sem julgamento do mérito nesses casos.

O arquivamento do pedido nos casos de não comparecimento do autor na audiência de conciliação e julgamento é forma *sui generis* de obstar o trâmite processual, mesmo que temporariamente, posto que não é causa de suspensão elencada no art. 265, do CPC.

Assim, sem ter sido extinto, e não estando suspenso, os autos aguardam em arquivo eventual iniciativa do autor, conforme parecer do Procurador ROBERTO MORTARI CARDILLO acolhido pelo Superior Tribunal de Justiça, que beneficia o hipossuficiente e a economia processual:

“A sistemática da lei de alimentos, conformada em rito especial, com o escopo de facilitar a atuação do necessitado, utilizou-se do conceito “arquivamento do pedido”, consoante o qual os autos permanecem

² NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1782.

³ TJRS – AI 70011651908 – 7ª CCiv – Des. Maria Berenice Dias – j. 27/07/05.

⁴ CAHALI, Yussef Said. *Dos Alimentos*. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 886.

⁵ MARINS, Victor A. A. *Comentários ao Código de Processo Civil - volume 12: Do Processo Cautelar* – art. 813 a 889. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 306.

⁶ NERY JÚNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor*. 5ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 1784-5.

⁷ STJ – RE 38.170-3/RJ – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJ 12/06/95.

aptos a serem desarquivados, sendo dado andamento ao processo até porque se trata de relação jurídica continuativa, art. 15 da lei; tal postura atende ao princípio da economia processual, pois a extinção do processo sem julgamento do mérito, conquanto engendre apenas a coisa julgada formal, permitindo o ajuizamento de nova ação, não se coaduna com a situação muita vez precária, desesperadora do necessitado (o ajuizamento de nova ação implica reconhecimento de firma da procuração, cópia autenticada dos documentos, certidões de casamento e de nascimento, transporte, etc. o que para o necessitado é fortuna), resta por criar óbices de caráter burocrático, os quais amiúde sacrificam aquele que, na maioria das vezes, é pobre na acepção jurídica, social, econômica e cultural.⁸

Não se pode olvidar, contudo, que a lide fica afetada por solução de continuidade que não pode onerar o demandado.

Assim, necessário revelar os efeitos dos atos processuais realizados no curso do pedido arquivado, principalmente o despacho da inicial, que fixou alimentos provisórios e determinou o chamamento do requerido ao processo.

Tratando-se, portanto, de medida liminar que antecipa os efeitos da tutela pleiteada, inaplicável ao caso concreto o disposto nos artigos 808, inciso III, do CPC, que determina a ineficácia da decisão que concedeu a medida cautelar em casos de extinção do processo, até porque, conforme já abordado, não se trata de extinção do processo.

A interpretação sistemática indica a necessidade de interpretação analógica do art. 273, do CPC, para solução do problema.

Assim, se ao despachar a inicial o Juiz antecipou os alimentos devidos, é incontestável que a decisão do feito consumirá essa primeira decisão interlocutória (art. 273, par. 5º, CPC), principalmente porque no processo de alimentos, mesmo possibilitada a revisão (art. 13, par. 1º, LA), os provisionais são devidos até trânsito em julgado da decisão, conforme já afirmado.

Mas e se não há julgamento do pedido, principalmente na hipótese do problema, no qual o processo não prosseguiu por inércia/negligência do autor? Há como acolher a pretensão de eficácia dos provisórios, em prejuízo do requerido, que não deu causa à interrupção do trâmite processual? Aliás, se tivesse ficado inerte sofreria os efeitos da revelia (art. 7º, LA, parte final). Até que ponto se pode acolher a hipossuficiência do autor e a economia em detrimento do equilíbrio processual (art. 125, I, CPC)?

Racional, e proporcional, o entendimento da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, em acórdão lavrado pelo Desembargador SÁVIO GOMES:

“Os apelantes asseveram que doutrina e jurisprudência pátrias são unânimes em admitir que o não comparecimento do alimentando na audiência inaugural importará apenas no arquivamento do processo, sem que se cancele os provisionais já deferidos. Assim, entendem que a sentença em tela, ao extinguir o feito e determinar a suspensão do pagamento dos provisionais, contraria os princípios legais adotados na referida corrente doutrinária e jurisprudencial o que determina a sua reforma.

À minha ótica, os apelantes possuem parcial razão no seu inconformismo contra a sentença, porquanto o art. 7º da Lei nº 5.478/68 é cristalino em estabelecer:

“O não comparecimento do autor determina o arquivamento do pedido, ...”

Portanto, ausentando-se os apelantes da audiência, como ocorrido, será caso de arquivamento desta ação de alimentos e não de extinção do feito, a teor do supramencionado texto legal, cuja exegese pelos Tribunais pátrios é neste sentido, consoante demonstrado na peça recursal dos apelantes.

Ocorre, porém, que, a meu sentir, não poderão ser restabelecidos os provisórios, em razão da contumácia dos apelantes à prática do referenciado ato processual; assim, admitindo-se o contrário para prevalecer o seu intento, estar-se-ia possibilitando aos mesmos beneficiarem-se de sua desídia, o que é inadmissível. Nesta seara, cabe salientar que, caso haja interesse dos apelantes no prosseguimento do feito em epígrafe, nada obsta-lhes de renovar o pleito aos alimentos provisórios, se patente a sua necessidade.⁹

A mesma 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais declarou perda do objeto de agravo de instrumento manejado contra decisão concessiva de alimentos provisórios em processo arquivado pela inércia do autor:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. DECISÃO CONCESSIVA DE ALIMENTOS PROVISÓRIOS, EM AÇÃO DE ALIMENTOS. PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DE LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. REJEIÇÃO EM VISTA DE SUA NÃO CONFIGURAÇÃO. RECURSO PREJUDICADO, NO MÉRITO, POR PERDA DE OBJETO, DADO O ARQUIVAMENTO DO FEITO ALIMENTÁRIO, COMO NOTICIADO PELO MM JUIZ, POSTO APLICAÇÃO DO ARTIGO 7º DA LEI DE ALIMENTOS. PREJUDICIALIDADE PATENTE.¹⁰”

⁸ CARDILLO, Roberto Mortari, in STJ – RE 38.170-3/RJ – 4ª Turma – Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 12/06/95.

⁹ TJMG – AC 217.132-0 – 3ª CCiv – Des. Lucas Sávio V. Gomes – DJ 03/08/01.

¹⁰ TJMG – AC 241.256-7 – 3ª CCiv – Des. Isalino Lisboa – DJ 30/05/02.

Entendimento diverso possibilita que o requerente, satisfeito com os alimentos provisórios irrecorridos, deixe de comparecer à audiência, impondo o arquivamento do feito, o que não lhe afetará o direito de executar eventual inadimplência, obrigando o requerido a propor ação revisional. Não se vislumbra nessa hipótese racionalidade, nem razoabilidade jurídica.

Logo, recomendável que o Juízo revogue a decisão liminar de provisórios no arquivamento do pedido. Contudo, eventual omissão não é suficiente para manter a força da liminar, sendo consequência lógica do arquivamento do pedido sua ineficácia.

CONCLUSÕES

- 1ª) Excetuada a hipótese de declaração expressa de desnecessidade, é dever do Juiz decidir acerca da fixação dos alimentos provisórios no despacho da inicial.
- 2ª) A decisão que concede alimentos provisórios não tem natureza de cautelar incidental, mas de antecipação dos efeitos da tutela.
- 3ª) Do arquivamento do pedido, por ausência do autor na audiência de conciliação e julgamento, resulta a ineficácia da decisão que concedeu alimentos provisórios, mesmo que inexistente revogação expressa da liminar.

DA LEGALIDADE DA PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA DECRETADA POR JUIZ CÍVEL, QUANDO A QUESTÃO VERSAR SOBRE DIREITOS INDISPONÍVEIS, E COMO MODALIDADE DE PRISÃO CIVIL

Roberto Burlamaque Catunda Sobrinho

Promotor de Justiça/PE

EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA

INTRODUÇÃO: BREVE RELATO DE UM CASO VERÍDICO

O Poder Judiciário, como último reduto do cidadão, torna-se cada vez mais legítimo, procurado e acreditado, sempre que consegue em suas decisões realizar e concretizar a justiça. Tendo seu direito violado, não havendo composição e na expectativa de ver seu direito reconhecido e declarado, o cidadão vai até o Poder Judiciário e expõe sua demanda. Ali, o magistrado, verificando o caráter urgente do direito em questão e ainda liminarmente, determina *inaudita altera pars* que a outra parte cumpra determinada obrigação visando à reparação do direito do autor. O réu cumpre a decisão voluntariamente e tudo volta ao normal. O Poder Judiciário funcionou e restabeleceu a ordem jurídica.

O problema, objeto do nosso pequeno estudo, ocorre quando o réu não cumpre a decisão judicial e o direito permanece violado¹. Assim, nesses casos, uma ordem judicial posterior determinando o imediato cumprimento, sob pena de multa e de prisão por crime de desobediência seria a saída eficaz e imediata.

Infelizmente, acompanhando a larga maioria da jurisprudência, não foi assim que procedeu a 2.^a Câmara Criminal do Tribunal de Justiça de Pernambuco, em sessão de 08.03.2006, quando do julgamento do *Habeas Corpus* Preventivo de n.º 134.266-5, Comarca de Recife, oriundo da 13.^a Vara Cível da Capital, porque, em decisão unânime, concedeu a ordem requestada, evitando que os representantes legais da Sul América Seguro Saúde S/A fossem presos por desobediência à ordem judicial, eis que não autorizaram o **tratamento de câncer de cólon de útero, em progressão, de uma de suas seguradas**, consistente em custear um aparato médico para infusão de medicamentos – *infusor Baxter LV 1,5* – e a medicação *Zofran 8 mg*.

Segundo constava dos autos, a segurada necessitou da Sul América o tratamento para o seu tipo de câncer, de natureza gravíssima – câncer de cólon (CID c-18), caracterizada por ser um tumor maligno. A princípio, a Sul América rejeitou o custeio do tratamento dizendo-se parte ilegítima, eis que a senhora estava segurada pela Brasil Saúde Companhia de Seguros. Durante a instrução processual na vara cível, contudo, constatou-se que esta última empresa era, na realidade, afiliada da primeira.

Diante da recusa de ambas as empresas em proceder com o tratamento, a segurada ingressou com Ação Ordinária de Obrigação de Fazer cumulada com Perdas e Danos (n.º 001.2005.027150-5) e uma Ação Cautelar (n.º 2005.021983-0), ambas na 13.^a Vara Cível, e em face da Sul América e Brasil Saúde. Realizando a urgência do direito da autora, o juiz concedeu, *inaudita altera pars*, a liminar pleiteada, estabeleceu multa diária e designou audiência de conciliação para dali a 30 (trinta) dias.

Nessa audiência, **após o trintídio anotado**, registrou-se a primeira inadimplência das empresas rés, posto que não cumpriram a determinação judicial expedida, deixando que a doença da autora se agravasse, e, pior que tudo, não

¹ Para o nosso estudo, os direitos indisponíveis, correlatos com os Princípios, Objetivos e Fundamentos da República Federativa do Brasil insculpidos na Carta Magna, os direitos humanos relativos à vida, à saúde e ao bem-estar.

houve composição, motivando o juiz a estabelecer novo prazo para cumprimento da liminar, quando marcou, para após novo trintídio, nova audiência, agora de instrução, determinando multa diária ainda maior que a anterior, como forma de compelir as rés a prestarem o serviço urgente de que necessitava a autora.

Demonstrando total irreverência ao Poder Judiciário, deu-se novo descumprimento da ordem legal, e, desta feita, foi comunicado ao juízo antes de findo o segundo trintídio, mas com mais de 20 (vinte) dias, que, somados aos primeiros 30 (trinta) dias, anotou-se um prazo de cerca de 50 (cinquenta) dias sem a providência urgente que o caso merecia, haja vista que a doença da autora não ficou “suspensa liminarmente”...

Nessa oportunidade, o magistrado determinou o imediato cumprimento da ordem judicial, aumentou a multa diária e, em caso de recusa, que houvesse a prisão dos diretores responsáveis pela Sul América, por crime de desobediência.²

Mais rápido do que a providência que deveriam ter tomado com uma segurada sua, a Sul América, rápida e eficazmente, acionou seu Departamento Jurídico que, igualmente rápido, impetrou o *habeas corpus* preventivo, com pedido liminar, em favor dos 117 (cento e dezessete) funcionários seus no estado de Pernambuco, aí incluídos seus diretores, que foi distribuído para a 2.ª Câmara Criminal, cuja relatoria concedeu de plano a liminar perseguida, quando veio ao MPPE para o parecer do 15.º Procurador de Justiça Criminal.

Nosso parecer foi no sentido da denegação da ordem, pois todos os fundamentos fáticos e jurídicos esposados naquela peça não nos convenceu de que a medida coercitiva de prisão não devesse ter sido aplicada na situação preconizada nos autos.

Com efeito, os pacientes, funcionários da empresa, arrimaram seu pedido em quatro fundamentos básicos, a saber: i) o juízo cível é impedido, por disposição constitucional, de decretar prisão fora das hipóteses constitucionais de devedor alimentício e de depositário infiel; ii) não há que se falar em prisão por delito de desobediência, por se tratar de delito de menor potencial ofensivo; iii) o juízo estabeleceu apenas multa diária, quando deferiu a liminar; e iv) não houve descumprimento algum por parte de representantes da Sul América Saúde S/A., uma vez que não cabia a ela autorizar qualquer procedimento.

A estes argumentos somou-se o da Nobre Relatoria, quando concedeu a antecipatória, de que **“a parte final da decisão vergastada (fls.85/89) não foi precisa em identificar qual ou quais os diretores – observado o universo representado pela sede, filiais, agências e escritórios –, que viriam a ser atingidos pela medida constritiva”**, além do que **“o Mandado de Prisão expedido mostra-se inexecutível, haja vista a omissão pertinente à perfeita individualização de quem deva ser preso”**.

Para todos eles, foram apresentadas no referido parecer as devidas contra-argumentações, o que pode ser conferido ao final do trabalho e que continuam sendo a nossa *opinio*.

Linhas atrás, foi dito que “infelizmente” a decisão da 2.ª Câmara Criminal do TJPE estava em certa concordância com a jurisprudência mais contemplada. Além dos excertos citados no voto do Douto Relator, inúmeros outros podem ser citados.³

Apesar de toda esta chuva contrária, entretanto, estamos com Reale⁴, quando, incentivando o novel estudante de Direito, assim se pronuncia:

“O juiz é autônomo na interpretação e aplicação da lei, não sendo obrigado a respeitar, em suas sentenças, o que os tribunais inferiores ou superiores hajam consagrado como sendo de direito. Nem tampouco os advogados devem exercer a sua profissão com os olhos postos exclusivamente no que os tribunais decidem. Há advogados, cuja sabedoria consiste em fazer fichas de decisões dos tribunais, para seguirem, *pari passu* e passivamente, tudo aquilo que no foro se dite ou se declare como sendo Direito. Muitas vezes, entretanto, a grandeza de um advogado consiste exatamente em descobrir uma falha na jurisprudência tradicional, abrindo caminhos novos na interpretação e aplicação do Direito. **O verdadeiro advogado é aquele que, convencido do valor jurídico de uma tese, leva-a a debate perante o pretório e a sustenta contra a torrente das sentenças e dos acórdãos, procurando fazer prevalecer o seu ponto de vista, pela clareza do raciocínio e a dedicação à causa que aceitou. É nesse momento que se revela advogado por excelência, que se transforma em jurisconsulto.”**

É preciso, pois, localizar no nosso sistema jurídico uma ou mais soluções aplicáveis ao caso, levando-se em conta as regras de **Hermenêutica** e os **Princípios, Objetivos e Fundamentos da República Federativa do Brasil**, insculpidos nos Artigos 1.º ao 4.º, da Carta Maior, **normas fundantes** mesmo daquelas inseridas no Artigo 5.º, dos Direitos e Garantias Fundamentais, de forma a que o bem maior a ser perseguido pelo Direito, a Justiça, venha a ser concretizado, pois, ao que se nos afigura, restou relegado no caso.

² A esta altura, já havia sido afastada do pólo passivo a Brasil Seguros.

³ Por exemplo no STJ: HC 32326/AC, 6.ª Turma; REsp 490228/RS, 5.ª Turma; HC 18610/RJ, 5.ª Turma; HC 4031/DF, 5.ª Turma; HC 2737/AL, 5.ª Turma; REsp 21021/GO, 5.ª Turma; HC 37093/RJ, 5.ª Turma.

⁴ REALE, Miguel, in *Lições Preliminares de Direito*, 16. ed., São Paulo : Saraiva, 1988, p.174, grifos nossos.

Destarte, tendo sempre em mente a lição de Realí acima reproduzida, a solução que se propõe existe, pode e deve ser encontrada dentro do próprio ordenamento jurídico, e é justamente isto que visa nossa pequena dissertação, sendo que, crendo que as soluções podem ser apontadas tanto pelo Direito Penal, como pelo Direito Civil, a partir daquele, iniciaremos nossa discussão.

PRISÃO POR CRIME DE DESOBEDIÊNCIA: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PELO DIREITO PENAL

Em primeiro lugar, mister se demonstrar o objetivo do Direito Penal, que o faremos pela lição de Capez⁵, quando explica a *missão* do Direito Penal:

“A missão do Direito Penal é **proteger os valores fundamentais para a subsistência do corpo social, tais como a vida, a saúde, a liberdade, a propriedade etc.**, denominados **bens jurídicos**. Essa proteção é exercida não apenas pela intimidação coletiva, mais conhecida como prevenção geral e exercida mediante a difusão do temor aos possíveis infratores do risco da sanção penal, mas sobretudo pela celebração de compromissos éticos entre o Estado e o indivíduo, pelos quais se consiga o respeito às normas, menos por receio de punição e mais pela convicção da sua necessidade e justiça.”

Portanto, uma solução que atue pelo Direito Penal, como é óbvio, também buscaria a proteção de valores consagrados pelos povos democráticos.

DO CRIME DE DESOBEDIÊNCIA

Além da questão civil, que, como se disse, veremos adiante, existe a possibilidade da prisão criminal, em face do cometimento do crime de desobediência, cuja conduta típica, na expressão de Damásio E. de Jesus⁶, “**consiste em desobedecer à ordem de funcionário público, i. e., desatender, não cumprir**”, e o bem jurídico tutelado, conforme leciona Bitencourt⁷, seria a Justiça, a Administração Pública e sua probidade:

“Crime de Desobediência – **Bem jurídico tutelado**. Bem jurídico protegido é a **Administração Pública**, especialmente sua **moralidade e probidade administrativa**. Protege-se, na verdade, a probidade de função pública, sua respeitabilidade, bem como a integridade de seus funcionários.”⁸

E é exatamente diante de um descumprimento deste jaez o que se enfrentou naquele caso, não havendo razão alguma para ter-se deixado de aplicar o ditame legal, eis que, mais de uma vez, a moralidade e a probidade administrativas restaram violadas, porque dois juízes de direito determinaram o cumprimento da obrigação e não foram atendidos e nenhuma retaliação judicial contra isto foi levada a efeito, ficando a segurada desamparada no seu mais justo direito.⁹

Portanto, pode até parecer óbvia a solução apresentada pelo Direito Penal: o descumprimento de uma ordem judicial é crime de desobediência. A autoridade judicial determina uma obrigação, o oficial de justiça se dirige até o destinatário da ordem a ser cumprida e pronto, tudo resolvido. De outra banda, se o devedor se recusar ao adimplemento, logo estará em flagrante delito – para os que entendem essa modalidade criminosa como crime permanente – e deverá ser preso e conduzido à delegacia para lavratura do auto de prisão, situação esta, na qual a obrigação estaria resolvida sempre que o devedor, em respeito ao Poder Judiciário e que não quisesse se ver preso ou processado, adimplisse a dívida. Mas como veremos adiante, infelizmente, nem sempre isto é assim tão ululante.

⁵ CAPEZ, Fernando, in Curso de Direito Penal: Parte Geral, vol. 1 (arts. 1.º a 120), 7. ed., rev. e atual. de acordo com as Leis n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003, São Paulo : Saraiva, 2004, p.1, grifos nossos.

⁶ JESUS, Damásio E. de, in Código Penal Anotado, 11. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2001, p.970.

⁷ BITENCOURT, Cezar Roberto, in Tratado de Direito Penal: Parte Especial, vol. 4, s.ed., São Paulo : Saraiva, 2004, p.457, grifos nossos.

⁸ Pede-se que, por enquanto, seja guardado o conceito de que, na prisão civil do depositário infiel, o bem jurídico tutelado é o mesmo do crime de desobediência, qual seja, a probidade da Administração Pública.

⁹ Apenas à guisa de argumentação, note-se o descompasso: o próprio Código Penal criou a figura do Artigo 359, “desobediência a decisão judicial sobre perda ou suspensão de direito”, o que nos deixa bem claro que, realmente, o sistema jurídico quer ver respeito às suas decisões judiciais.

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA: INFRAÇÃO INSTANTÂNEA OU PERMANENTE?

Outra questão de alguma relevância para o nosso estudo é distinguir se o crime de desobediência constitui uma infração instantânea ou permanente. Essa análise apenas será feita para que fique comprovado que, em qualquer hipótese, o Poder Judiciário pode e deve agir.

O conceito e a diferença entre os dois tipos de delitos, quem nos fornece é Damásio E. de Jesus¹⁰:

“Crimes Instantâneos são os que se completam num só momento. A consumação se dá num determinado instante, sem continuidade temporal. Ex.: homicídio, em que a morte ocorre num momento certo. *Crimes Permanentes* são os que causam uma situação danosa ou perigosa que se prolonga no tempo. O momento consumativo se protraí no tempo, como diz a doutrina. Exs.: seqüestro ou cárcere privado (art.148), plágio (art.184) etc. Nesses crimes, a situação ilícita criada pelo agente se prolonga no tempo. Assim, no seqüestro, enquanto a vítima não recupera sua liberdade de locomoção, o crime está em fase de consumação. O crime permanente se caracteriza pela circunstância de a consumação poder cessar por vontade do agente. A situação antijurídica perdura até quando queira o sujeito, explica José Frederico Marques.”

Dos autores consultados, apenas Bitencourt¹¹ classifica o crime de desobediência como sendo uma infração instantânea, os outros silenciam a esse respeito. Mas, contrariamente ao esposado pelo autor retrocitado, Meirelles¹², referindo-se a execução de liminar em mandado de segurança, e preocupado com a força das decisões judiciais – tanto quanto nós –, assim dispõe:

“O não atendimento do mandado judicial caracteriza o crime de desobediência a ordem legal (CP, art. 330), e por ele responde o impetrado renitente, sujeitando-se até mesmo a prisão em flagrante, dada a natureza permanente do delito.”

De fato, a questão de se classificar o delito de desobediência como instantâneo ou permanente tem sua importância, entre outras, na possibilidade de prisão em flagrante, como se referiu Meirelles.

Todavia, é preciso que se perceba que, na prática, é indiferente aquela classificação, se a autoridade judicial quiser, de fato, ver cumpridas suas decisões, pois, ao determinar o cumprimento de uma ordem, que se realizará pelo oficial de justiça, sob pena de prisão, no momento em que o meirinho apresentar-se ao destinatário dela, haverá de indagar-lhe se irá cumprir naquele exato momento ou não, e deverá aguardar a satisfação do mandado judicial, para só então deixar o local.

O problema ocorre – e com muito mais frequência do que se pensa –, quando a maioria dos tribunais empresta interpretação diferente à natureza do delito de desobediência – delito instantâneo –, realçando que o mandado judicial que determina o cumprimento da obrigação, sob pena de prisão, significa nada mais do que **“cumprir a ordem sob pena de se encaminharem cópias dos autos ao MP para o devido processamento, nos termos do Artigo 40, do CPP”**, e, com isto, enfraquece a ordem judicial de primeiro grau.

Mesmo nessa situação, a prisão em flagrante é de se impor, eis que o oficial de justiça, acompanhado da polícia, ao ver frustrada sua diligência, em outras palavras, ao ver que o delito acabou de acontecer, ante a recusa injustificável do destinatário da ordem judicial, pode e deve dar-lhe a voz de prisão.

Portanto, seja instantâneo ou permanente, em caso de recusa ao cumprimento da ordem legal emanada por funcionário público, pode o oficial de justiça, perfeitamente, dar a voz de prisão – recomendando-se, é claro, que esteja acompanhado de força policial –, pois, aliás, por óbvio, qualquer do povo pode.

Neste ponto, defendemos também um aumento da pena por desobediência, quando o direito em questão for indisponível, para que escape do rótulo de “crime de menor potencial ofensivo”, eis que, hoje, a pena máxima para este delito é de 06 (seis) meses de detenção, restando inócua aquela prisão, que não se realizará se o autor do fato se comprometer a comparecer em juízo em data e hora marcadas, nos termos da Lei n.º 9.099/95.

CRIME DE DESOBEDIÊNCIA: DELITO RESIDUAL

Outro problema a ser enfrentado no campo dessa solução penal é quando os mesmos tribunais entendem que não há crime de desobediência, quando existir previsão de sanção civil ou administrativa para a situação, e, nesse caso, esvazia por completo qualquer forma de coercibilidade estatal.

¹⁰ JESUS, Damásio E. de, in *Direito Penal*, op.cit., pp.170-171, grifos nossos.

¹¹ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p.463.

¹² MEIRELLES, Hely Lopes, in *Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, “Habeas Data”*, 21. ed., 2. tir., atual. por Arnoldo Wald, São Paulo : Malheiros Editores, 2000, p.92, grifos nossos.

Com efeito, a farta jurisprudência e a grande maioria da doutrina, como Mazzilli¹³, se inclinam no sentido de que o crime de desobediência não se caracteriza, quando houver previsão de uma penalidade civil ou administrativa não cumulada com a penal:

“Art. 330 do CP – desobediência – penalidade administrativa ou civil não cumulada com a penal – **A desobediência é um delito residual**, ou seja, em regra somente se pune, a título de desobediência, o desatendimento a ordens legais de funcionários públicos *se para esse desatendimento não houver nenhuma outra sanção de natureza civil ou administrativa*. Apenas quando a própria lei ressalva a dupla aplicação de sanções (p.ex., sanção administrativa sem prejuízo da desobediência), é que será possível cumular a sanção penal com penalidades de outra natureza (como à testemunha faltosa no processo crime, cf. art. 219 do CPP)”.

Idem, quanto a Bitencourt¹⁴:

“Com efeito, se pela desobediência for cominada, em lei específica, penalidade civil ou administrativa, não se pode falar em crime, a menos que tal norma ressalve expressamente a aplicação do art. 330 do CP. Essa interpretação é adequada ao *princípio da intervenção mínima do direito penal*, sempre invocado como *ultima ratio*.”

Essa foi, de fato, uma das interpretações dadas pela relatoria, ao conceder a liminar *inaudita altera pars* e confirmando-a no mérito.

É plausível esta interpretação nos casos em que o direito discutido é plenamente disponível, as partes são particulares, não há interesses sociais em jogo, etc., pois não seria de bom tom que o judiciário agisse em nome do particular, individual, com tamanha força – e isto, em certas ocasiões pode até se verificar, mas não como regra.

O problema é que, no meio desta vala comum, repousam os direitos indisponíveis, fundamentais, os mais importantes, que a própria sociedade elegeu como sendo de suma prioridade, e aí, as normas fundamentais e mais substantivas não conseguem se concretizar no mundo fático, pois viram meras figuras potenciais, e, no mundo jurídico, quando muito penetram, não passam do campo da retórica.

E a consequência desse entendimento é que a obrigação persiste, o Direito continua violado, e a Justiça, ridicularizada, porque não se pode entender como é que um Juiz, autoridade do Poder Judiciário, determina o cumprimento de um dever, ameaça com a possibilidade de prisão, e, ainda assim, nada acontece.

Perceba-se que foi exatamente isto o que ocorreu no caso concreto em estudo.

Portanto, ao que parece, a solução que o Direito Penal nos propõe fica claramente arrefecida pela jurisprudência, e, sendo esta passível de modificação, entendo que o remédio nessa área do Direito seria começar a se rever as decisões judiciais, e, considerando o delito como crime permanente ou crime instantâneo, o sujeito ativo sempre esteja passível de prisão em flagrante, tudo como forma de coagi-lo – o devedor – a satisfazer a obrigação, constante de uma ordem judicial, independentemente de sanção civil ou administrativa adjacente.

A PRISÃO CIVIL POR DESCUMPRIMENTO A ORDEM JUDICIAL: UMA POSSÍVEL SOLUÇÃO PELO DIREITO CIVIL

Antes de mais nada, faz-se necessária uma observação: o que se pretende aqui, nada mais, nada menos, é encontrar possibilidades jurídicas, sem que se saia do ordenamento jurídico, para situações como a descrita no caso, que, como tudo indica, ficaria *ad eternum* esperando uma providência judicial, que não veio.

Ora, a execução civil da multa – que não deixa de ser uma solução pelo campo do Direito Civil, é bem verdade –, também pode demorar, sobretudo porque pode haver recursos infundáveis a barrar a liquidação do direito em questão, correndo-se o risco de que, ainda, o devedor também esteja escondendo recursos, com o fim de evitar justamente as execuções civis, tal como sói acontecer no Direito de Família.

A tese a seguir esposada representaria, de fato, um avanço na interpretação constitucional, de modo que esta deixe de ser uma mera recomendação, como vem ocorrendo, mas que ousamos propor como uma forma subsidiária à solução penal, e até como resposta às jurisprudências criminais, que de tudo fizeram – e às vezes continuam fazendo – para evitar a incidência do tipo penal.

Outra coisa a se relevar é que a solução a ser proposta somente ocorreria em caso de descumprimento injustificável da obrigação, exatamente como nos casos de prisão por alimentos e depositário infiel, como meio de forçar o devedor inescusável ao adimplemento.

¹³ MAZZILLI, Hugo Nigro, in *Questões Criminais Controvertidas*, s.ed., São Paulo : Saraiva, 1999, p.322, grifos nossos.

¹⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto, op. cit., p.459.

Portanto, existe uma série de pré-requisitos para a sua consecução. Vejamo-la a seguir.

O Direito, com suas características, especialmente a coercibilidade, como forma de impor sanções, visa a proteger o cidadão naquilo que lhe represente os maiores valores, que foram justamente consagrados na Carta Magna, quando o legislador constituinte revelou os **Fundamentos, Objetivos e Princípios da República Federativa do Brasil**, ainda antes de declarar os Direitos e Garantias Fundamentais, afora todo o plexo axiológico contido no Preâmbulo da Carta de Princípios.

Assim é que, já em seu Artigo 1.º, alça a “*dignidade da pessoa humana*” (inciso III) entre os **Fundamentos** da República.

Como **Objetivos**, visa a “*promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (Artigo 3.º, inciso IV).

E entre os **Princípios**, estabeleceu a “*prevalência dos direitos humanos*” (Artigo 4.º, inciso II).

Então aqui cabe a indagação: se esses artigos iniciais da Constituição Federal, **norma fundamental**, no dizer de Hans Kelsen, relevam ainda mais aqueles direitos indisponíveis como a vida, a saúde etc., por qual motivo a decisão judicial *sub occulli* não fez prevalecer o direito à vida da segurada, portadora de doença das mais graves?

Ora, uma mera construção jurisprudencial – diz-se isto porque a solução penal não conseguiu resolver satisfatoriamente, como se viu – obstou a concretização de tudo o quanto o povo brasileiro, poder legítimo, através de seus representantes, elegeu como prioridade.

Perceba-se que não terá sido outra a intenção do constituinte quando estipulou que a prisão civil se dará em caso de obrigação alimentícia (Artigo 5.º, inciso LXVII), posto que, aqui, como óbvio se pode perceber, visou à proteção da vida propriamente dita, e veja-se que, por construção jurisprudencial, a acepção jurídica para “alimentos” foi por demais alargada para incluir vestuário, medicamentos etc., tudo em nome da concretização de um direito básico, indiscutível.

No caso concreto, verificou-se a recalcitrância das empresas em pagar o tratamento para melhorar a *vida* e a *saúde* de uma segurada sua. As sanções pecuniárias do Direito Civil não resolveram, porque várias vezes estabeleceram-se multas astreintes, sem a devida satisfação da demanda, e o Direito Penal ficou imóvel, impedido de atuar, por causa de um entendimento jurisprudencial, que precisa ser revisto nos casos e circunstâncias como referidos neste trabalho.

É preciso, assim, como dissemos, formular uma ou mais soluções DENTRO do próprio ordenamento jurídico, mas que satisfaça aqueles mesmos Fundamentos, Objetivos e Princípios.

A MELHOR INTERPRETAÇÃO DA NORMA JURÍDICA

Existem várias formas de interpretar a lei e várias classificações. Mas a que mais nos interessa é justamente a interpretação lógica ou teleológica, porque busca o sentido do legislador, a intenção do legislador original, quando elaborou a norma.

Para Damásio E. de Jesus¹⁵:

“Interpretação lógica ou teleológica – É a que consiste na indagação da vontade ou intenção objetivada na lei¹⁶. Na maioria dos casos, a simples perquirição gramatical não é suficiente para exteriorizar a extensão e compreensão da norma, sendo necessária uma pesquisa mais profunda, mais rica em subjetividade, que indique qual a real finalidade de sua elaboração. Daí sai o intérprete para o estudo do elemento lógico, aprofundando mais a sua exploração no sentido da lei. Passa, então, a investigar os motivos que determinam o preceito, as necessidades e o princípio superior que lhe deram origem, o que os clássicos chamaram *ratio legis*; o elemento teleológico, o fim visado pela lei, a *vis legis*, e, finalmente, as circunstâncias do momento em que se originou, a *occasio legis*¹⁷”.

Noronha¹⁸ concebe-a como a mais valiosa:

“(…) A procura da objetividade jurídica, resguardada pela norma, deve ser preocupação máxima do exegeta; é o seu ponto de partida para o conhecimento do conteúdo de toda a norma. É, destarte, a interpretação mais valiosa. Quando se harmoniza com a gramática, dúvida alguma pode dominar o intérprete, mas, na colisão entre ambas, deve ela prevalecer.”

¹⁵ JESUS, Damásio E. de, in *Direito Penal*, vol. 1, 14. ed., rev., São Paulo : Saraiva, 1990, p.32, grifos nossos.

¹⁶ Observava Magalhães Noronha que ela “procura a vontade da lei e não a do legislador, pois, na verdade, aquela pode até opor-se a esta” (Revista Interamericana do Ministério Público, São Paulo, n. 2:35, nov./1956), apud Damásio E. Jesus, in *Direito Penal*, vol. 1., p.32.

¹⁷ BRUNO, Aníbal, apud Damásio E. Jesus, in *Direito Penal*, vol. 1., p.32.

¹⁸ NORONHA, E. Magalhães, in *Direito Penal*, vol. 1, 30. ed., São Paulo : Saraiva, 1993, p.71, grifos nossos.

É certo que os autores citados são criminalistas de escol, mas as observações realizadas, é bem de ver, não dizem respeito apenas ao Direito Penal, mas à norma jurídica em geral, a demonstrar que se amoldam perfeitamente a qualquer ramo da árvore jurídica.

Ademais, lembre-se de que *“na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige, e às exigências do bem comum”*, conforme preconiza o Artigo 5.º, do Dec.-lei n.º 4.657, de 04.09.42, a Lei de Introdução ao Código Civil – LICC, e esse dispositivo é tão importante que, antes dele, no Artigo 4.º, a própria LICC não admite o *non liquet*, ao dispor que *“quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito”*, dispositivo também esposado pelo Artigo 126, do Código de Processo Civil.¹⁹

Aliás, até a Carta Maior também o inadmitte, conforme preceitua o Artigo 5.º, inciso XXXV, conforme a lição de Moraes²⁰:

“Importante, igualmente, salientar que o Poder Judiciário, desde que haja plausibilidade da ameaça ao direito, é obrigado a efetivar o pedido de prestação judicial requerido pela parte de forma regular, pois a indeclinabilidade da prestação judicial é princípio básico que rege a jurisdição (...).”

Portanto, resta comprovado que é legítimo ao juiz procurar uma solução possível dentro de próprio ordenamento jurídico, conforme havíamos dito.

A PRISÃO CIVIL POR DESOBEDIÊNCIA A ORDEM JUDICIAL

Então, aqui vai outra reflexão: se a norma constitucional elencou a possibilidade de **prisão civil pelo inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentar**, como forma de preservar bens jurídicos da mais alta relevância, a vida e a saúde, como vimos, qual teria sido o fundamento para, no mesmo dispositivo constitucional, prever a **prisão civil para o depositário infiel**? O respeito à Justiça – o Poder Judiciário! – pode-se dizer.

Aqui volte-se à nota de rodapé de n.º 8 e verifique-se que os bens jurídicos tutelados são os mesmos, sendo que os dois tipos de prisão têm natureza diversa, uma, cível, como forma de coagir o devedor injustificado; a outra, criminal, como forma de imposição de sanção penal.

Ora, é exatamente neste ponto o que não se pode conceber como justo.

No caso da segurada, a Justiça – diga-se agora todos os órgãos, entes, todo o povo brasileiro mesmo – restou desrespeitada, porque deu-se no caso algo comum nas hostes judiciais, consubstanciado num dito bem popular: “você ganha, mas não leva” ...

Então se os **Fundamentos, Objetivos e Princípios da República Federativa do Brasil são normas fundantes até daquelas que constituem os direitos e garantias fundamentais e contidas no Artigo 5.º e segs., da Lex Legum**, e por isto pode-se até dizer que **teriam certa prevalência sobre estas**, qualquer embaraço à concretização de um direito indisponível, tais como a vida, a saúde, etc., pode e deve ser rechaçado com a possibilidade coercitiva da prisão, e aí o rol das possibilidades de prisão civil contidos no inciso LXVII, do Artigo 5.º, seria **apenas exemplificativo**, podendo ser estendido para as circunstâncias como aqui narradas, **sempre que o direito reclamado, ameaçado ou lesionado, for um daqueles ditos básicos, indisponíveis, fundamentais**.

Quadra relevar que o próprio Artigo 5.º constitucional ressalva a possibilidade da existência de outros direitos nela inseridos, ainda que não claramente declarados²¹:

Artigo 5.º (...)

§2.º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição **não excluem outros** decorrentes do **regime e dos princípios por ela adotados**, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

Perceba-se que é a própria Constituição que admite a ressalva para que o rol de direitos e garantias seja “exemplificativo”, ainda na docência de Moraes²², de certo modo contrariando a si mesmo, *data venia*, porque, na realidade, o autor citado entende que as hipóteses constitucionais de prisão civil são “taxativas, impossibilitando seu alargamento por **determinação do legislador ordinário**.”²³

¹⁹ Art. 126. O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar as normas legais; não as havendo, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito.

²⁰ MORAES, Alexandre de, in Direito Constitucional, 10. ed., São Paulo : Atlas, 2001, p.101, grifos nossos.

²¹ Semelhantes dispositivos já vêm sendo inseridos nas Constituições brasileiras desde a Carta Republicana de 24.02.1891, Artigo 78, cf. CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo, in Constituições do Brasil, 10. ed., São Paulo : Atlas, 1989, p. 708.

²² MORAES, Alexandre de, idem, p.133, grifos nossos.

²³ Idem, ibidem, p.132, grifos nossos. Verifique-se que o autor refere-se a “legislador ordinário”.

Ora, então, para que faça sentido o que o renomado autor ensina, as hipóteses são taxativas – quer dizer, impossíveis de alteração –, mas apenas pelo “legislador ordinário”, de sorte que, interpretando lógica e teleologicamente, a Carta Cidadã por si mesma estaria a permitir a hipótese de prisão civil pelo descumprimento de ordem judicial, desde que o direito discutido esteja em consonância com o Artigo 5.º, § 2.º, e os Fundamentos, Princípios e Objetivos da República Federativa do Brasil, comprovando nossa tese.²⁴

Na realidade, dispositivo semelhante continha a Carta Imperial de 25.03.1824, quando, misturando preceitos civis e criminais, assim estabelecia²⁵:

Artigo 179. (...)

X. À exceção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta for arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes da culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito: nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo.

É bem possível e provável que, na época de sua vigência, tenha havido muitas arbitrariedades no uso deste dispositivo, que, na realidade, representa o outro extremo do nosso opúsculo, eis que algo similar só veio reaparecer na Carta de 1934, cujo Artigo 113, número 30, preconizava que “não haverá prisão por dívidas, multas e custas”²⁶, e só, não eram mencionadas as atuais hipóteses.

Somente na Carta de 18.09.1946 é que se viu alguma coisa próxima às disposições de hoje²⁷:

Artigo 141. (...)

§ 32. Não haverá prisão civil por dívida, multa ou custas, salvo o caso do depositário infiel e o de inadimplemento de obrigação alimentar na forma da lei.

A verdade é que, pelo que nos parece, ao longo dos anos, o dispositivo vem sendo repetido sem ao menos se discutir o porquê de sua existência e numa época em que a noção de direitos difusos, individuais indisponíveis, coletivos era algo apenas ideal, “engatinhava”, como cediço.

Em resumo, o que se quer dizer é que, com o mesmo fundamento com que a prisão civil do depositário infiel e, *a fortiori*, a do devedor de alimentos, é possível a prisão civil daqueles que, tendo a obrigação jurídica de fazer, descumprem um mandamento judicial e deixam de materializar o direito fundamental de outrem, conforme relatado no caso concreto em estudo.

Perceba-se que a própria relatoria do acórdão no HC n.º 134.266-5 citou tipos de prisão civil que não estão exemplificados naquele inciso constitucional, como o caso da prisão civil de retentor de títulos (Artigo 885, parágrafo único, do Código de Processo Civil).

É certo que o instituto da prisão é algo que vem cada vez mais sendo posta em desuso, em nome dos direitos humanos. Mas o caso aqui dá-se de forma diferente. Em primeiro lugar, trata-se de prisão civil, aquela que só é aplicada para forçar o adimplemento de uma obrigação voluntariamente descumprida; depois, existindo um conflito entre a liberdade do devedor, que ridiculariza o Poder Judiciário, e a vida do credor, à beira da morte devido a um carcinoma, a Justiça deve se inclinar a favor deste último, justamente por causa dos Fundamentos, Princípios, Objetivos e do que preconiza o Artigo 5.º, § 2.º, da Constituição Federal.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em primeiro lugar, vale ressaltar que, estivéssemos num país sério, que tratasse de sua educação, saúde, segurança etc. com mais respeito ao cidadão, a pessoa que necessitasse de um tratamento, por mais caro que fosse, entraria num hospital público (!!!) e ali seria atendida sem que nada lhe fosse cobrado ou indagado sobre ser direito seu ou não.

A saúde, como tantos outros itens da obrigação do Estado, virou uma fonte de dinheiro para o setor privado, que, uma vez que conseguiu a concessão estatal para explorar aquela atividade, tem a obrigação de agir como se

²⁴ Veja-se à p.133, da obra do autor, que foi dada uma interpretação sistêmica em matéria tributária pelo STF, para considerar como cláusula pétrea o “princípio da anterioridade tributária” (Artigo 150, III, b), que, é claro, não se encontra arrolado no Artigo 5.º.

²⁵ CAMPANHOLE, op.cit., p. 768, em português original da época, grifos nossos.

²⁶ Idem, ibidem, p. 654.

²⁷ Idem, ibidem, p. 448.

Estado fosse, ou seja, primeiro o plano de saúde deveria pagar o tratamento, sem questionamentos, e, depois, verificada a improcedência do direito da paciente pelo plano – como se isto fosse possível –, cobraria dela o reembolso, ou, em último caso, se ela não tivesse recursos suficientes, cobraria do Estado, que já recebe os pesados impostos que arrecada de seus contribuintes.

Nos dias de hoje em que a sociedade vive aturdida com a violência que grassa, cada vez mais próxima de seus lares, sempre tenta se buscar uma solução para estes problemas através do Direito Penal. Então a área criminal ficou responsável, portanto, por trazer uma legislação sempre mais dura para toda a casuística criminal: para adolescentes infratores, redução da maioridade penal; para crimes bárbaros, lei dos crimes hediondos; violência contra idosos, Estatuto do Idoso; se for contra a mulher, Lei Maria da Penha, e por aí vai, sem que, na prática, uma redução perceptível dessa violência seja efetivamente experimentada.

Com esta pequena contribuição, não se quer trazer a *solução* do problema, mas as *possíveis alternativas* que o Direito, com o instituto da prisão, civil ou criminal, pode oferecer para os casos em que o direito violado é dos mais nobres, a exemplo do que já acontece com o Direito de Família, que, ao lado da solução patrimonial de determinar o pagamento coercitivo de alimentos, existe a possibilidade da prisão civil, como meio de coagir o devedor a satisfazer o direito fundamental da pessoa que necessita de alimentos.

No caso concreto, em que tivemos a oportunidade de atuar como Procurador Substituto, conforme acima relatado, pode-se perfeitamente verificar que houve uma incongruência entre Direito e Justiça. Algo de bom senso ficou faltando e, com isto, é facilmente perceptível o ruído que o caso impôs no tecido social: como é que, acreditando na Justiça, o cidadão vai se socorrer dela e a ordem judicial prolatada deixou de ser cumprida, restando o direito vilipendiado e, pior que isto, com o aval da própria justiça?

Sem qualquer sombra de dúvida, dificilmente a autora da ação, segurada da Sul América, dirá meia palavra em favor da justiça no país em que vive, posto que esta terminou o caso em completo descrédito e uma consequência possível disto tudo é o cidadão querer voltar aos tempos da justiça privada, fazer justiça com as próprias mãos, como já vem acontecendo em certas circunstâncias.

É preciso enfrentar o problema, pois muitas vezes a parte que não cumpre decisões judiciais são empresas, conglomerados gigantes, bancos, enfim, o capital com toda a sua força e *lobby* que produzem, para desrespeitar os poderes constituídos no país.

Só para não deixar de citar, conforme palestra do Prof.^o Joaquim Falcão, membro do Conselho Nacional de Justiça, proferida no auditório da FCAP, no último setembro de 2006, para os alunos do curso de MBA – Gestão em Ministério Público, alguns bancos preferem depositar o dinheiro de futuras indenizações e recorrem até a última instância, pois o saldo, ao final, ainda que percam a demanda, será financeiramente positivo. Portanto, é preciso que as autoridades, cada qual na sua esfera, reajam a esses insultos às instituições democráticas brasileiras.

Essa situação de desamparo e inércia do Poder Judiciário diante de injustiça tão grave, pois a segurada poderia ter até falecido no curso da discussão, muito nos fez lembrar de um artigo publicado num dos jornais do estado, elaborado pelo Juiz de Direito Luiz Mário Moutinho, membro da Associação Juízes para a Democracia, em que o autor começa indagando sobre “O que vale mais: uma decisão judicial ou uma fatura da Celpe – Cia. Eletricidade de Pernambuco?” e discorre o texto com uma situação prática de quando uma empresa recebe uma fatura da Celpe, esta imediatamente é enviada ao departamento financeiro para se agendar o dia do pagamento e nenhum questionamento se faz. O pagamento é realizado.

Entretanto, quando se trata de uma decisão judicial a ser cumprida, logo o departamento jurídico entra em ação para analisar qual o melhor recurso a ser interposto, tudo com vistas a não cumprir ou a retardar o cumprimento da decisão judicial.

Certamente, tal postura encontra esteio num sistema jurídico e judiciário frágil como o nosso, que permite, como permitiu no caso concreto acima descrito, que as instituições sejam ridicularizadas cada vez mais.

Portanto, uma decisão que, em última análise, nega o direito à vida e à saúde de alguém, pode até estar em consonância com jurisprudência ou doutrina, ou mesmo com a lei em vigor, e, assim terá se realizado o Direito, mas certamente não se fez Justiça.

É preciso ter sempre em mente a lição que Miguel Reale nos legou, reproduzida alhures, e buscar sempre um meio de fazer com que o Direito sirva à sociedade em busca da Justiça, e não servindo de óbice a ela, bem como a máxima de Rudolph von Jhering sobre Justiça prevalecer sobre o Direito, quando as duas estiverem em sentidos opostos.

Por último, vale sempre ressaltar, não se propõe aqui que se saia por aí prendendo as pessoas por descumprimento injustificado de qualquer ordem judicial. Absolutamente, NÃO!!!

A liberdade do cidadão perante o Estado é algo ao longo de muitos anos e a duras penas conquistado para simplesmente ser cassada sem qualquer formalidade. A liberdade e a vida são bens fundamentais que se equivalem no plexo axiológico, insculpido na Carta Cidadã.

O que se pretende é apresentar uma solução – dentre outras – que vise à concretização de um direito básico, ameaçado ou violado, desde que a liberdade da pessoa inadimplente, que não colabora com a justiça ou se omite injustificadamente, seja menos importante do que o direito fundamental em contraposição.

O Direito não pode emprestar um escudo para que ele próprio seja vilipendiado.

CONCLUSÕES

1. Com base nos Fundamentos, Princípios, Objetivos da República Federativa do Brasil, e no contido no Artigo 5.º, §2.º, retratados na Carta Política, e ainda com supedâneo na mesma fonte inspiradora constitucional que determinou a prisão civil por depositário infiel e, *a fortiori*, a prisão civil por dívida de alimentos, o Juiz Cível pode determinar a prisão civil do autor do crime de desobediência às suas ordens judiciais, sempre que o direito reclamado for um dos fundamentais e possa se contrapor à liberdade do devedor, nos termos como acima descritos;
2. O rol de prisões civis estabelecido na Carta Magna é exemplificativo, quando se tratar de tais direitos, ou, alternativamente, que seja incluída no rol constitucional do Artigo 5º, inciso LXVII, tal modalidade coercitiva;
3. O autor de crime de desobediência a ordem judicial, nos casos em que a ordem visa a reparar direitos fundamentais, como os direitos humanos básicos da vida, saúde, bem-estar etc., e esteja em consonância com os Princípios, Objetivos e Fundamentos da República Federativa do Brasil, retratados na Carta Política, seja classificado como infração permanente ou instantânea, é passível de prisão em flagrante e deve o autor ser conduzido para lavratura do respectivo auto;
4. O crime de desobediência, em casos conforme acima descrito, deve ter sua pena aumentada para não se permitir a "simples" transação penal e a impunidade restar evidenciada.

REFERÊNCIAS

- BITENCOURT, Cezar Roberto, *in* Tratado de Direito Penal: Parte Especial, vol. 4, s.ed., São Paulo : Saraiva, 2004.
- CAMPANHOLE, Adriano; CAMPANHOLE, Hilton Lobo, *in* Constituições do Brasil, 10. ed., São Paulo : Atlas, 1989.
- CAPEZ, Fernando, *in* Curso de Direito Penal: Parte Geral, vol. 1 (arts. 1.º a 120), 7. ed., rev. e atual. de acordo com as Leis n.º 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), 10.763/2003 e 10.826/2003, São Paulo : Saraiva, 2004.
- DELMANTO, Celso, *et alli*, *in* Código Penal Comentado, 5. ed., atual. e ampl., Rio de Janeiro : Renovar, 2000.
- JESUS, Damásio E. de, *in* Código Penal Anotado, 11. ed., rev. e atual., São Paulo : Saraiva, 2001.
- _____, *in* Direito Penal, vol. 1, 14. ed., rev., São Paulo : Saraiva, 1990.
- MAZZILLI, Hugo Nigro, *in* Questões Criminais Controvertidas, s.ed., São Paulo : Saraiva, 1999.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *in* Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, "Habeas Data", 21. ed., 2. tir., atual. por Arnaldo Wald, São Paulo : Malheiros Editores, 2000.
- MORAES, Alexandre de, *in* Direito Constitucional, 10. ed., São Paulo : Atlas, 2001.
- NORONHA, E. Magalhães, *in* Direito Penal, vol. 1, 30. ed., São Paulo : Saraiva, 1993.
- REALE, Miguel, *in* Lições Preliminares de Direito, 16. ed., São Paulo : Saraiva, 1988.

DESNECESSIDADE DA AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*

Robertson Alves de Mesquita

Promotor de Justiça/GO

No nosso cotidiano, quando do desenvolver das inúmeras atribuições conferidas pela Constituição Federal, mormente pelo ECA, Lei 8.069/90¹, e, Lei nº 8.560/92², idealizamos procedimentos de vanguarda, sem descarmos da observância do sistema legal. Busca-se dar resposta célere aos anseios e direitos da pessoa humana, deixando de lado o excesso de formalismo jurídico que tendem a retardar o bem de vida pleiteado.

Conforme expressam as leis 8.069/90, 8.560/92, transcritos em notas de rodapé artigos 1.609 e ss. do CC, o reconhecimento da paternidade realizado pelo pai biológico em vida produz seus efeitos com a averbação à margem do registro do(a) reconhecido(a). Assim, não traz maiores indagações. Todavia, no mundo dos fatos existem situações em que o reconhecimento voluntário em vida da paternidade não foi possível. O exemplo mais comum é a morte do pai biológico no curso da gravidez ou logo após o nascimento da criança, sem que tenha-se reconhecido a paternidade e a vida em comum era sob o regime de união estável.

Havendo o óbito do pai biológico, alguns dos herdeiros (art. 1.829, do Código Civil) e o filho com seu assistente ou representante, procuram o Ministério Público, provando a existência daquele não reconhecido. Expedimos notificação aos demais herdeiros a pronunciarem sobre a paternidade imputada. Discordando qualquer deles acerca da paternidade imputada, promove-se a ação de investigação nos moldes tradicionais. Por outro lado, anuindo à paternidade, lavramos o termo as declarações dos herdeiros ou de seus representantes, sendo eles menores, confirmando a paternidade (fig. 1). Na seqüência, peticionamos ao juiz da vara de família, requerendo a homologação

 Estado de Goiás Ministério Público		
5ª PROMOTORIA DE JUSTIÇA DA COMARCA DE LUZIÂNIA - GO		
TERMO DE RECONHECIMENTO DE PATERNIDADE POST MORTEM Aos onze dias do mês de agosto do ano de dois mil (11.08.2007), na 5ª Promotoria de Justiça de Luziânia, na presença do Dx. Robertson Alves de Mesquita, Promotor de Justiça, compareceu a menor PRISCILA DE TAL, com 04 anos de idade, ora representada por sua genitora SOLANGE DE TAL, brasileira, solteira, estudante, nascida aos 03.02.1979, em		

¹ Lei 8.069/90 – “Art. 26. Os filhos havidos fora do casamento poderão ser reconhecidos pelos pais, conjunta ou separadamente, no próprio termo de nascimento, por testamento, mediante escritura pública ou outro documento público (grifo nosso), qualquer que seja a origem da filiação. **Parágrafo único.** O reconhecimento pode preceder o nascimento do filho ou suceder-lhe ao falecimento, se deixar descendentes. Art. 27. O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de justiça.”

² Lei nº 7560/92, - “Art. 1º. O reconhecimento dos filhos havidos fora do casamento é irrevogável e será feito: **I** - no registro de nascimento; **II** - por escritura pública ou escrito particular, a ser arquivado em cartório; **III** - por testamento, ainda que incidentalmente manifestado; **IV** - por manifestação expressa e direta perante o juiz, ainda que o reconhecimento não sido objeto único e principal do ato que contém.”

Tatuapé-SP, filha de Antônia Medeiros Ramos, portadora da RG nº 0000001 SSP/SP, CPF nº 298.091.007-32, residente na Rua 02, Quadra 05, lote 14, Setor Leste, fone: nesta cidade, vem espontaneamente reconhecer a paternidade da menor LAUANNY DE TAL ABADIA, com 05 meses de idade, nascida aos 06.03.2000, em Taguatinga-DF, filha de Maria José DE TAL com o falecido ADÃO DE TAL SANTOS, o qual veio a óbito em 17.07.2000, nesta cidade, nos termos do artigo 26, da Lei 26 da Lei 8.069/90 e artigo 1º, Inciso III, da lei nº 8.560/92. Com o presente reconhecimento encontram de acordo os avós paternos ANTÔNIO DE TAL DOS SANTOS e DIVINA DE TAL D'ABADIA, brasileiros, casados entre si, residentes na Quadra 03, lote 21, Parque Rio Branco, Valparaíso II/GO., os quais assinam em conjunto com a representante da herdeira PRISCILA. Com o reconhecimento, a menor poderá acrescer o patronímico do pai biológico, passando usar o nome de LAUANNY DE TAL ABADIA SANTOS, cuja averbação se dará no cartório de registro civil desta cidade, local do assento da menor, sob o nº 147.617, fls. 257, livro A-213. Caso não acompanhem a declarante e avós paternos para auxiliar na promoção da presente averbação do termo de reconhecimento a margem do registro de nascimento junto ao cartório, poderá a genitora do menor fazê-lo imediatamente. Esclarecem que não há bens ou direitos a partilhar. Nada mais disseram e nem lhes foram perguntados, encerrando-se o presente termo que após lido e achado conforme, vai assinado pelo Promotor de Justiça, Herdeira/Declarante (representada por sua genitora) e Avós paternos, ora genitores do "de cujus".

DECLARANTE (GENITORA DA MENOR PRISCILA)

AVÔ PATERNO

AVÓ PATERNA

PROMOTOR DE JUSTIÇA

Rol documentos:

Cópia Certidão nascimento da menor PRISCILA

Cópia da Cédula de Identidade da genitora da menor Priscila

Cópia das Cédulas de Identidade dos Avós paternos

Certidão de nascimento da menor LAUANNY (reconhecida)

Termo de declarações da representante da menor PRISCILA e Avós paternos, e, ofício desta Promotoria solicitando a averbação do termo a margem do registro da menor.

Fig.1. Termo de reconhecimento

do reconhecimento da paternidade "post mortem", para que determine a averbação à margem do registro do(a) reconhecido(a).

Este trabalho iniciou-se na comarca de Isrelândia/GO, nos idos anos de 1998. Houve a continuidade quando titular da 4ª Promotoria de Itumbiara/GO. Ao assumir a 5ª Promotoria de Luziânia em outubro de 1999, e solicitar a averbação do termo de reconhecimento à oficiala de registro civil, esta suscitou dúvidas. Sinalizou a titular do cartório resistência à aceitação do presente procedimento simplificado. Elaboramos um parecer, logrando êxito por convencer a magistrada da vara de famílias e registros públicos da desnecessidade da ação de investigação como pretendia a oficiala. Porém, com a remoção da titular para outra vara, o seu sucessor ponderou que acolheria o pedido de homologação, realizando audiência de justificação, se entendesse necessário. Desde então passamos a adotar o procedimento sem maiores problemas naquela comarca. Resolvía-se em uma única audiência.

Esta tese foi sustentada no congresso de 2001. Por maioria de votos, acabou sendo rejeitada, pois a conclusão era no sentido da averbação do termo de reconhecimento sem a necessidade de homologação judicial.

Faremos uma breve digressão doutrinária a respeito do processo, especialmente às condições da ação e lide. Só assim, então, chegaremos a conclusão da desnecessidade da ação de investigação de paternidade *post mortem* nas situações acima mencionadas. Nos tempos de separação, divórcio e inventário extra-judicial, reforça o nosso argumento da homologação judicial do reconhecimento post mortem perante o representante do Ministério Público.

A palavra "processo", conforme a maioria dos autores, deriva do latim *procedere* (processu) significando etimologicamente, pois, "ato de proceder, de ir por diante; seguimento, curso, marcha". No sentido estritamente jurídico, o "Aurélio" registra ainda:

"Atividade por meio da qual se exerce concretamente, em relação a determinado caso, a função jurisdicional, e que é instrumento de composição das lides."

"Pleito judicial, litígio."

“Conjunto de peças que documentam o exercício da atividade jurisdicional em um caso concreto.”³

Parece-nos predominante a visão de Oskar von BÜLOW (1868) que entende o processo como uma relação jurídica. Precedeu a esta assertiva uma extensa e prolongada discussão quanto à natureza jurídica do processo. Como relação jurídica, trata-se de um

“regulamento da conduta das pessoas com referência a determinado bem”⁴,

principalmente em seu objeto secundário: o serviço jurisdicional que o Estado tem a obrigação de prestar a quem bate às portas do Judiciário.

Carreira ALVIM aponta, em nota de rodapé:

“Termos do mais controvertido é o objeto do processo. Para uns é a lide; para outros, a prestação jurisdicional devida pelo Estado; para outros, a vontade da lei cuja atuação se reclama; para outros, a pretensão processual.”⁵

O processo objetiva uma decisão judicial, ainda que não seja de mérito (ações meramente declaratórias, cautelares, ...). Nossa legislação, contudo, emprega, no CPC, a palavra lide para designar o mérito da causa, ou seja, o objeto principal do processo.

Segundo o saudoso ex-ministro do STF, Moacyr Amaral SANTOS⁶, *a finalidade do processo é a composição da lide*. Em ocorrendo uma pretensão resistida, ou insatisfeita, aquele que se julgar, subjetivamente, prejudicado e amparado pela lei, quanto a um bem seu que o Direito tutele, poderá recorrer a um processo visando a ver aquele bem ser-lhe assegurado, à luz do Direito. A primeira expectativa do autor é ver seu pedido acolhido, o processo instaurado, acionada a máquina judiciária para a composição e a solução da lide.

“Em síntese, o processo é o continente, a lide seu conteúdo, a pretensão seu objeto.”

A pretensão seria o verdadeiro objeto material do processo, desse ponto de vista apenas.

Retornando ao conceito inicialmente citado, apud AURÉLIO, processo é, também, o meio de que se vale o Estado para exercer sua função jurisdicional, qual seja, compor e resolver as lides.

Traduz-se como instrumento utilizado pelo Poder Judiciário para fazer aplicar e prevalecer a vontade da lei, dizendo o que ela regula naquele particular caso. É o *“complexo de atos coordenados, tendentes à atuação da vontade da lei às lides concorrentes, por meio dos órgãos jurisdicionais.”*

Do ponto de vista formal, portanto, há todo um conjunto de aspectos, que precedem a apreciação quanto ao mérito do pleito, a exigir a atuação do juiz e sua rigorosa atenção quanto à regularidade processual, através de decisões interlocutórias ou despachos saneadores. É o processo atuando sobre o próprio processo, o que não deixa de, por assim dizer, constituir o objeto formal do processo.

Logo, exsurge a indagação, onde estará a lide na ação em que o(s) herdeiro(s) reconhecem de plano a paternidade indicada pela mãe?

Ora, se este(s), por livre e espontânea vontade reconhece que aquela pessoa é filho do extinto e na maioria das vezes convivia maritalmente com a mãe do investigante até a data do óbito, corroborado com a ratificação dos avós paternos, os quais tem o menor como neto(a) biológica, quem poderia contrapor-se a tal declaração?

Certamente inexistente o interesse de agir para a promoção da ação de investigação de paternidade *post mortem*, como pode defender alguns.

³ FERREIRA, Aurélio B. de H. “Novo dicionário da língua portuguesa.” 2ª edição, Editora Nova Fronteira, Rio de Janeiro, 1986. p. 1395

⁴ GRINOVER, Ada P. et ali. “Teoria geral do processo.” 11ª edição, Malheiros Editores, São Paulo, 1995. p. 288-9.

⁵ ALVIM, J. E. Carreira. “Elementos de teoria geral do processo.” 4ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1995. p. 204.

⁶ SANTOS, Moacyr A. “Primeiras linhas de direito processual civil,” 18ª edição, Editora Saraiva, São Paulo, 1995. p. 267

A lei 8.560/92⁷ é silente, em nada proibindo o reconhecimento nos moldes por nós formalizado. Repetiu-se a disposição da lei acima no artigo 1.609 do Código Civil. No capítulo III – que trata do reconhecimento dos filhos – do Código Civil, não existe vedação ao reconhecimento na forma por nós defendida nesta tese.

Deverá ser sempre adotado um procedimento prévio visando impedir a “adoção à brasileira” (art. 242 do CP) ou outras fraudes. São entrevistados no nosso gabinete em separado: genitora do menor, herdeiros ou genitores do extinto pai biológico. Somente após esta oitiva, lavra-se o termo de reconhecimento, caso inexistir discordância.

Ainda, sabemos que uma ação desta natureza, cujo o rito a se observar é o ordinário, aliado ao grande volume de demandas nas varas de famílias nas comarcas, tramitaria, em média, pelo período mínimo de 02 (dois) anos, para se obter uma decisão de mérito, isso, operando com uma projeção bastante otimista. E, certamente o resultado não seria diferente do que já se declarou no termo de reconhecimento. Estar-se-ia, apenas homologando ou ratificando o reconhecimento já realizado.

Por outro lado, a interpretação dada pela corte recursal Goiana é consetânea com a nossa argumentação volvida nas linhas acima, mesmo porque não existe bens ou valores a inventariar (quando há, dificilmente o reconhecimento é voluntário), *mutadis mutandi, verbis*:

EMENTA: “Pedido. Princípio da economia processual. Quando o Juiz entende que no pedido formulado pode-se obter o máximo de resultados na atuação da lei com o mínimo emprego de atividades processuais, deve ele aproveitar os atos estremos de dúvidas, acolhendo o que foi solicitado. 2 - Reconhecimento de paternidade por instrumento particular. Se o pai confirma expressamente a paternidade, deve o MM Juiz determinar a averbação do termo de reconhecimento da requerente no seu registro de nascimento, ex vi do disposto no § 3º, do artigo 2º da Lei nº 8.560, de 1992. Apelo conhecido e provido, à unanimidade de votos “.”⁸

EMENTA: “Registro de nascimento. Averbação. A averbação no registro de nascimento do filho é mera consequência do reconhecimento paterno. (Lei 8.560/92, art. 2º, § 1º)”⁹

Em que pese posicionamento contrário de autor como Caio Mário da Silva Pereira, no seu livro “Reconhecimento de paternidade e seus efeitos”, 5ª edição da forense, fls. 63, ousamos dele divergir com apoio nas razões acima expostas.

⁷ LEI Nº 8.560, DE 29 DE DEZEMBRO DE 1992

Regula a investigação de paternidade dos filhos havidos fora do casamento e dá outras providências.

Art. 2º Em registro de nascimento de menor apenas com a maternidade estabelecida, o oficial remeterá ao juiz certidão integral do registro e o nome e prenome, profissão, identidade e residência do suposto pai, a fim de ser averiguada oficiosamente a procedência da alegação.

§ 1º O juiz, sempre que possível, ouvirá a mãe sobre a paternidade alegada e mandará, em qualquer caso, notificar o suposto pai, independente de seu estado civil, para que se manifeste sobre a paternidade que lhe é atribuída.

§ 2º O juiz, quando entender necessário, determinará que a diligência seja realizada em segredo de justiça.

§ 3º No caso do suposto pai confirmar expressamente a paternidade, será lavrado termo de reconhecimento e remetida certidão ao oficial do registro, para a devida averbação.

§ 4º Se o suposto pai não atender no prazo de 30 (trinta) dias a notificação judicial, ou negar a alegada paternidade, o juiz remeterá os autos ao representante do Ministério Público para que intente, havendo elementos suficientes, a ação de investigação de paternidade.

§ 5º A iniciativa conferida ao Ministério Público não impede a quem tenha legítimo interesse de intentar investigação, visando a obter o pretendido reconhecimento da paternidade.

Art. 3º É vedado legítimar e reconhecer filho na ata do casamento.

Parágrafo único. É ressalvado o direito de averbar alteração do patronímico materno, em decorrência do casamento, no termo de nascimento do filho.

Art. 4º O filho maior não pode ser reconhecido sem o seu consentimento.

Art. 5º No registro de nascimento não se fará qualquer referência à natureza da filiação, à sua ordem em relação a outros irmãos do mesmo prenome, exceto gêmeos; ao lugar e cartório do casamento dos pais e ao estado civil destes.

Art. 6º Das certidões de nascimento não constarão indícios de a concepção haver sido decorrente de relação extraconjugal.

§ 1º Não deverá constar, em qualquer caso, o estado civil dos pais e a natureza da filiação, bem como o lugar e cartório do casamento, proibida referência à presente Lei.

§ 2º São ressalvadas autorizações ou requisições judiciais de certidões de inteiro teor, mediante decisão fundamentada, assegurados os direitos, as garantias e interesses relevantes do registrado.

Art. 7º Sempre que na sentença de primeiro grau se reconhecer a paternidade, nela se fixarão os alimentos provisionais ou definitivos do reconhecido que deles necessite.

Art. 8º Os registros de nascimento, anteriores à data da presente Lei, poderão ser retificados por decisão judicial, ouvido o Ministério Público.

Art. 9º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 10. São revogados os arts. 332, 337 e 347 do Código Civil e demais disposições em contrário.

Brasília, 29 de dezembro de 1992; 171º da Independência e 104º da República.

Itamar Franco

⁸TJGO. Apelação Cível nº 37681-3/188. Segunda Câmara Cível. Relator: Des. Fenelon Teodoro Reis. Decisão: Conhecido e provido, à unanimidade. Comarca: Pirenópolis. DJ nº 12228 de 16/01/96 p. 13

⁹TJGO. Apelação Cível nº 35514-0/188. Terceira Câmara Cível. Relator: Des. Mauro Campos. Decisão: Conhecido e improvido, à unanimidade. DJ nº 12522 de 25/03/97 p. 6

CONCLUSÃO

1. É desnecessária a propositura da ação de investigação de paternidade, por falta de uma das condições da ação - *interesse de agir* - quando os herdeiros reconhecem voluntariamente o estado de filiação, havendo o consentimento do filho quando maior ou de seu representante, se menor ou incapaz.
2. Basta protocolar o pedido de homologação judicial do reconhecimento para averbação da paternidade a margem do registro, realizando-se audiência de justificação, se entender necessário o(a) i. dirigente processual.

PROCESSO DE ADOÇÃO DE PESSOA COM MAIS DE 18 (DEZOITO) ANOS IDADE: COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

Epaminondas da Costa

Promotor de Justiça/MG

Síntese dogmática

Considerando que o Estatuto da Criança e do Adolescente tem por objeto jurídico certo e delimitado a chamada proteção integral de crianças e de adolescentes (art. 1º), aliado ao fato de que a aplicação excepcional do Estatuto ocorrerá apenas em casos expressos e, mesmo assim, até a idade máxima de 21 (vinte e um) anos (art. 2º, parágrafo único), tem-se que a norma do art. 148, III, da Lei n. 8.069 de 1990 exclui, "a contrario sensu", as pessoas maiores de 18 (dezoito) anos. Isto porque constituiria um contra-senso que, sob o rótulo da referida excepcionalidade, apenas as pessoas maiores entre 18 (dezoito) anos e 21 (vinte e um) anos pudessem formular o pedido de adoção perante o Juízo da Infância e da Juventude.

Introdução

O fato de o art. 148, inciso III, da Lei n. 8.069 de 13/07/1990 estabelecer, genericamente, que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de pedidos de adoção e seus incidentes, dentre outras medidas, tem feito com que, de forma equívoca, requerimentos de tal jaez, envolvendo pessoas com idade superior a dezoito anos, sejam formulados perante o referido Juízo, e não numa Vara de Família, como seria de se esperar.

Fundamentação

Inicialmente, é forçoso destacar que, diante do que dispõe o parágrafo único do art. 1.623 do novo Código Civil - Lei n. 10.406 de 10/01/2002 -, todo e qualquer pedido de adoção, independentemente da idade do adotando, deve ser formulado junto ao Poder Judiciário, ficando assim afastada a possibilidade da adoção por escritura pública, o que se admitia outrora.

Com efeito, a demonstração indubitosa nos autos de que o adotando, no momento do ajuizamento do pedido, possui a idade de dezoito anos ou mais, por si só, tornará inaplicável ao caso o disposto no art. 148, III, da Lei n. 8.069/90, posto que, expressamente, esta Lei tem por objeto jurídico certo e delimitado a chamada proteção integral de crianças e de adolescentes (cf. art. 1º).

Nessa linha de argumentação, basta ser lembrado, a título de analogia, que a Lei n. 8.185 de 14/05/1991 (posterior à Lei n. 8.069/90) - que dispõe sobre a Organização Judiciária do Distrito Federal e dos Territórios -, prescreve em seu art. 28, o seguinte:

Art. 28. Aos Juízes das Varas de Família compete:

[...]

VI - autorizar a adoção de maiores;

[...]

A jurisprudência, por seu turno, mostra-se bastante escassa em relação a esse assunto, cujas ensinanças estão assim resumidas:

"Ementa:

PROCESSUAL CIVIL E CIVIL. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE OS JUÍZOS DA 2ª VARA DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE DA COMARCA DE NATAL E DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DO DISTRITO JUDICIÁRIO DA ZONA NORTE DE NATAL. ADOÇÃO DE MAIOR DE 18 ANOS. APLICAÇÃO DO NOVO CÓDIGO CIVIL. MATÉRIA ATINENTE AO DIREITO DE FAMÍLIA. APLICAÇÃO DO ART. 33, I, "a", ITEM

4, DA LEI DE ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA DO ESTADO. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA 1ª VARA DE FAMÍLIA DO DISTRITO JUDICIÁRIO DA ZONA NORTE DA COMARCA DE NATAL.

Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte – 23/06/2004 (base TJRN – Ementário Int. Teor)

Feito: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA N. 2004.000600-4 – NATAL/RN – Relator: DESEMBARGADOR RAFAEL GODEIRO

<http://www.ijur.com.br/x.int/netserver/fmDocumento> - acesso em 08/01/2007.

TJRS-234679 - ADOÇÃO DE MAIOR DE 18 ANOS PELOS AVÓS. LEGISLAÇÃO APLICÁVEL À ESPÉCIE.
Aos maiores 18 anos aplicam-se as regras contidas no código civil referentes a adoção, vez que o ECA dispõe unicamente sobre a adoção de crianças e adolescentes (art. 39, caput). Não é juridicamente impossível o pedido de suprimimento judicial de outorga visando futura adoção da neta maior de 18 anos pelos avós. Apelação provida, por maioria. (fl. 6)
(Apelação Cível n. 70004935904, 8ª Câmara Cível do TJRS, Rio Grande, Rel. Des. José Ataídes Siqueira Trindade. j. 10.10.2002).

Referências Legislativas:

LF 8069 de 1990 Art. 39

LF 8069 de 1990 Art. 42 Par. 1º

LF 8069 de 1990 Art. 20

CC 1626

CC 368

CF/88 Art. 227 Par. 6º

Juris Plenum on-line [CD-rom] – Edição 71 - Vol. 1 - Mai/Jun 2003 - Jurisprudência Cível.

De mais a mais, o art. 2º, parágrafo único, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n. 8.069 de 1990 -, contém o comando normativo peremptório, segundo o qual o referido Estatuto, em nenhuma hipótese excepcional, poderá ser aplicado em relação às pessoas maiores de 21 (vinte e um) anos de idade; entre 18 (dezoito) e 21 (vinte e um) anos de idade, umas das possibilidades expressas em que é possível a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente é aquela prevista em seu art. 121, § 5º, ou seja, da manutenção da medida socioeducativa de internação até 21 (vinte e um) anos de idade.

Derradeiramente, é importante sublinhar que se o pedido de adoção tiver sido ajuizado perante a Vara da Infância e da Juventude antes do advento da maioridade civil do adotando, sobrevivendo esta, tal Vara continuará competente para conhecer e processar o pedido, a teor do disposto no art. 87 do Código de Processo Civil¹ – Lei n. 5.869 de 11/01/1973.

Conclusão:

Nas comarcas onde houver varas especializadas, o pedido de adoção de pessoa maior deverá ser formulado perante o Juízo de Família, e não na Vara da Infância e da Juventude.

¹ Art. 87. Determina-se a competência no momento em que a ação é proposta. São irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia.

XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL
OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ÁREA
CRIMINAL

A ATIVIDADE DE INTELIGÊNCIA NAS INVESTIGAÇÕES REALIZADAS NO MINISTÉRIO PÚBLICO E O COMBATE ÀS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

Gilberto Valente Martins

Promotor de Justiça/PA

JUSTIFICATIVA

O combate à criminalidade organizada tem exigido o aprimoramento da máquina repressora do Estado, tornando indispensável a especialização e a capacitação de seus agentes. Verificando esta necessidade, o Conselho Nacional de Procuradores Gerais, que congrega os Chefes dos Ministérios Públicos Brasileiro, após o assassinato do Promotor de Justiça Francisco Lins do Rego, que investigava a "máfia" dos combustíveis em Minas Gerais no ano de 2002, deliberou pela criação do GNCOC, reunindo Promotores e Procuradores com o propósito de planejar ações no combate sistemático a esta modalidade delitiva.

Após algumas reuniões, foram traçadas diversas metas de atuação do Ministério Público Brasileiro, dentre elas, foi deliberado que em todas as unidades da federação deveriam ser criados grupos de membros com atuação especial nesse segmento. No Estado do Pará, através da Resolução nº 005/2002 do Colégio de Procuradores de Justiça, foi instituído o GEPROC – Grupo de Prevenção e Repressão às Organizações Criminosas, o qual, ao longo de pouco mais de quatro anos, desenvolveu várias operações no combate à pirataria, corrupção de agentes públicos, grupo de extermínio, roubo de carga, assalto a banco, seqüestros, extorsão, resgates em presídios, etc.

Seguindo uma tendência internacional, o CNPG (GNCOC) firmou convênio com a ABIN - Agência Brasileira de Inteligência, buscando o aprimoramento de seus Membros, realizando cursos de noções básicas de inteligência, as quais passaram a ser empregadas gradativamente em investigações criminais.

Esta ferramenta de trabalho, que no Brasil ficou estigmatizada pelos métodos adotados pelo antigo SNI – Serviço Nacional de Informação, nos governos militares, é muito difundida nos países mais avançados e com regimes democráticos sólidos, como a Inglaterra, Estados Unidos, França, Canadá, Dinamarca, etc.

A complexidade dos métodos utilizados por organizações criminosas, com emprego de tecnologia avançada, como os crimes cibernéticos, transferências eletrônicas de valores, crimes de lavagem de dinheiro e ocultações de bens, utilizando o mercado financeiro, inclusive com a colaboração de Governos nos chamados paraísos fiscais, as estruturas empresariais, com compartimentação de ações, onde as ligações dos integrantes são impessoais, torna fundamental o emprego de técnicas de produção do conhecimento pelos agentes do Estado.

No âmbito do GNCOC foi criado o GSI – Grupo de Segurança Institucional, com o propósito de desenvolver a doutrina nacional de inteligência para os Ministérios Públicos, já tendo sido aprovada na última reunião de setembro de 2006, em Brasília, faltando, somente, ser homologada pelo Conselho Nacional de Procuradores Gerais.

No Pará, o GEPROC vem empregando sistematicamente alguns métodos de inteligência em suas investigações, utilizando tomadas de imagens e captação de sons, entrevistas e infiltrações.

Importante destacar que o emprego dessas técnicas importa na especialização de seus Membros e de todos aqueles que atuam na atividade, como os analistas de dados, e na gestão do conhecimento, como os agentes de busca.

Outro fator de extrema importância para o bom funcionamento da atividade é o ramo da contra inteligência, que, dividida didaticamente em segurança orgânica e pro-ativa, garante a salvaguarda da informação, dos recursos humanos e materiais do Órgão, bem como, emprega técnicas para evitar sabotagens e outras violações das forças adversas.

O fascínio por esse ramo profissional tem dado margens a imaginações férteis de algumas pessoas, que acreditam serem as atividades de inteligência a solução para muitas dificuldades enfrentadas pelos Membros para desvendar crimes sofisticados. Alguns acham que a infiltração, por exemplo, pode ser empregada com simplicidade. Porém, para utilização desse método, necessita-se de muita cautela.

Na infiltração, seja para coletar elementos de convicção (atividade de inteligência) seja para produzir prova, na forma da Lei nº 9.034/1995 (crime organizado), obrigatoriamente deve haver um planejamento, em que seja previstas situações como medidas de segurança pessoal, limites para a prática do crime (forma de excludente de ilicitude – estrito cumprimento do dever legal), tempo estimado, meios de comunicação e forma de desligamento do grupo investigado.

A Lei 9.034/1995 define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo (art. 1º).

O referido diploma legal (com a redação da Lei 10.217/2001), estabelece o seguinte:

Art. 2º Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

(...)

V – infiltração por agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados pertinentes, mediante circunstanciada autorização judicial.

A infiltração, no processo penal, é um meio de obtenção de provas, consistente na introdução de um agente policial ou agente de inteligência numa quadrilha, bando, organização criminosa ou associação criminosa, a fim de obter provas que possibilitem desvendá-los ou destruí-los.

Pela regra supra transcrita, fica evidenciado que a infiltração somente pode ser levada a efeito por agentes de inteligência ou agentes policiais. Assim, quando requerida no curso de uma investigação criminal, conduzida por Membro do Ministério Público, com fulcro na Resolução nº 13 do Conselho Nacional do Ministério Público (investigação criminal), deve-se contar com a colaboração de Órgãos específicos como a ABIN – Agência Brasileira de Inteligência ou os Órgãos de Segurança do Estado (PF, PC, PRF ou PM).

Conforme previsto na estrutura do GEPROC, a melhor forma é que esses agentes estejam vinculados ao Ministério Público, sendo que as experiências em outros Estados, como o de São Paulo, Paraná, Rio Grande do Sul e Maranhão demonstram eficiente combate às organizações criminosas.

O aprimoramento das instituições públicas e o preenchimento de lacunas legais são imprescindíveis no combate às organizações criminosas. Para se alcançar mecanismos mais apropriados nessa verdadeira cruzada, alguns valores e regras arcaicos devem ser discutidos e revistos.

Muito embora o Brasil seja signatário da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional – Convenção de Palermo, nossa legislação penal e processual penal contém inúmeras lacunas e normas inadequadas. Uma das principais lacunas é a falta de tipicidade própria para o crime organizado, o que obriga a aplicação das regras da formação de quadrilha ou bando. Ademais, oportuno mencionar as medidas cautelares privativas de liberdades, com exigências impróprias para atender o interesse coletivo, pois dão margens para interpretações sempre voltadas a assegurar a individualidade, criando uma teia de proteção a criminosos endinheirados, que, assistidos por grandes advogados, utilizam as brechas permissivas do processo e os recursos inerentes, além de, muitas vezes, corromper autoridades, inclusive do Judiciário (e.g., operação *hurricane*, farol da colina, etc).

Atualmente tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei do Senado Federal nº 67/1996 (com o substitutivo da Câmara dos Deputados PLC nº 3731/97), tratando das organizações criminosas; entretanto, após ser aprovado com emendas pela Câmara em 2003, foi enviado ao Senado, onde se encontra por quatro anos, ainda aguardando instalação da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania. Outro projeto de lei que versava sobre o mesmo assunto (PLS nº 118/2002) foi arquivado em 29.01.2007 pelo Senado Federal.

Dessa forma, verifica-se que são intermináveis as discussões, sempre com o intuito de criar novos embaraços para a investigação na apuração de crimes cometidos por organizações criminosas. Sem qualquer afronta a um dos Poderes do Estado, pois a democracia impõe regras indispensáveis para sua existência, não seria absurdo afirmar que grande parcela dos parlamentares não tem qualquer interesse em aprimorar a legislação para o combate a criminalidade, visto que alguns estão diretamente envolvidos ou se beneficiam com os rendimentos dessas organizações.

CONCLUSÃO

Inegavelmente, as organizações criminosas instalaram-se em nossa Pátria, sendo um câncer que corrói a sociedade e atinge o Estado, contando com o recrutamento de muitos agentes do poder público, pois é notório que essas organizações somente sobrevivem com a participação de agentes e servidores.

As estruturas do Ministério Público e do Poder Judiciário devem, necessariamente, serem redimensionadas para se adaptarem às novas demandas sociais, assegurando aos seus integrantes a segurança necessária, para que de forma eficaz e independente, possam enfrentar às Organizações Criminosas.

As Varas especializadas no combate a essas organizações devem ter competências de âmbito estadual ou regional, permitindo melhor eficiência com o tratamento dos dados e informações sensíveis, desvinculando as

figuras das autoridades locais que se encontram vulneráveis a ações de vingança ou qualquer outro meio de retorsão.

No âmbito do Ministério Público, devem ser criados grupos de Promotores de Justiça, como órgão de execução, com atribuição Estadual ou Regional, com investidura feita pelo Procurador-Geral de Justiça, com aprovação do Conselho Superior do Ministério Público, sendo que a remoção somente pode ser feita com anuência do mesmo órgão da administração superior, preservando o princípio do promotor natural.

Os Ministérios Públicos devem, necessariamente, implementar setores de inteligência, buscando o aprimoramento de grupos que desenvolvam a atividade de forma profissional, objetivando servir de apoio para os Órgãos de Execução, subsidiando-as com elementos de convicção e elaborando planos de segurança organizada e ativa.

Por fim, urge a tipificação do crime organizado, bem como a sua elevação à categoria de crimes hediondos, a fim que seja elevado o prazo para a prisão temporária, progressão de regimes, livramento condicional, dentre as outras consequências da Lei dos Crimes Hediondos (Lei n.º 8.072/1990).

A EXIGÊNCIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO CUMPRIMENTO DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL A LONGO PRAZO COMO ALTERNATIVA

Calixto Oliveira Souza

Promotor de Justiça/MG

SUMÁRIO

- 1 – introdução
- 2 – A pena de prisão ainda reina
- 3 – Uma lei em vigor e ainda não aplicada
 - 3.1 – A lei de execução penal não é opcional
- 4 – O combate ao desinteresse gerado pela frustração
- 5 – A força da ação civil pública
- 6 – Conclusão

SÍNTESE DOGMÁTICA

Cabe ao Ministério Público o dever constitucional e legal de manejar a ação civil pública para exigir do Estado o cumprimento da Lei de Execução Penal, ainda que de forma escalonada e a médio ou longo prazo, aumentando as possibilidades de bons resultados na área de segurança pública com o devido cumprimento da pena imposta no processo penal.

FUNDAMENTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Fiel ao tema do XVII Congresso Nacional do Ministério Público, o presente trabalho ousa abordar um dos maiores desafios apresentados aos Ministérios Públicos de todo o País. Diante do evidente descumprimento da Lei de Execução Penal, negligenciada desde o início de sua vigência, vem propor uma tomada de decisão no sentido de se buscar a aplicação da Lei 7.210/84, não obstante as conhecidas dificuldades e resistências.

A execução penal é sempre tema dos mais espinhosos, em face das polêmicas que suscita, principalmente diante da atual necessidade da escolha entre o cumprimento das penas de prisão legalmente impostas e a aplicação da Lei de Execução Penal, irmã gêmea da Lei que alterou o Código Repressivo atual em 1984.

Vemo-nos, assim, diante da necessidade de prevenir e de punir, através da aplicação das leis penais, mas cientes de que uma dessas leis está sendo insistentemente descumprida.

O que se pretende aqui é chamar a atenção para a inobservância de uma lei federal, de capital importância, intimamente ligada à tão evidente questão da violência em nosso País, embora ousando contrariar aqueles que ainda preferem se manter indiferentes às determinações da Lei 7.210/84, jamais aplicadas desde sua entrada em vigor, no já longínquo ano de 1985.

2. A PENA DE PRISÃO AINDA REINA

É frustrante saber que apesar de toda a tecnologia e o conhecimento disponíveis no Século XXI, a prisão,

lamentavelmente, é ainda o que temos a oferecer para dissuadir, punir e educar os criminosos, ressaltando que as penas alternativas têm como sustentáculo a possibilidade da aplicação da pena de prisão (a exceção fica a cargo da pena de multa). Não se pensou ainda em algo novo, melhor, mais eficaz e capaz de melhores resultados.

Cremos ser consenso que à exceção de pequenas comarcas, onde são poucos e conhecidos os presos, o que impera é um sistema falido, arcaico, no qual os condenados, despidos de sua individualidade, são tratados como seres inferiores, infantilizados e rotulados como irrecuperáveis e desprovidos de qualidades suficientes para sua reinserção no meio social. O condenado, ao contrário de um dos objetivos da pena, se deteriora, tornando-se em regra pior do que era quando iniciou o cumprimento da pena privativa de liberdade.

3. UMA LEI EM VIGOR E AINDA NÃO APLICADA

Por outro lado, há de se ter em mente que a pena de prisão, que é onde deságua o sistema punitivo atual, não foi ainda devidamente testada, pelo menos em nosso País. A afirmativa parece a princípio despropositada, mas basta uma leitura perfunctória da Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84) para se concluir que o que ela determina não é cumprido.

A Exposição de Motivos da LEP é repleta de boas idéias. É dito ali que um dos objetivos da pena é a "reincorporação do autor à comunidade" (item 14). A Lei tem por objetivo, segundo a Exposição de Motivos, "impedir que o excesso ou o desvio da execução comprometam a dignidade e a humanidade do direito penal" (item 19). Fala-se ali em "exame de personalidade no início da execução, como fator determinante do tipo de tratamento penal" (27), chegando a distinguir entre exame criminológico e de personalidade, considerando ambos obrigatórios (34). O trabalho é obrigatório (49 a 62); ademais, traz benefícios para o preso, como uma pequena renda e a remição. Os presos, ao contrário do que pensa a população, querem trabalhar na prisão; e, por mais inacreditável que possa parecer, o Estado, que também se beneficiaria do trabalho do condenado (art. 29, § 1º, da LEP), não dá condições para isso.

Os direitos descritos na LEP, principalmente no item 75 da Exposição de Motivos, são básicos, porém ignorados. A Seção VIII da LEP (arts. 25 a 27), que prevê a assistência ao egresso, determinação simples e não muito custosa, não existe de fato. A medida poderia evitar novos crimes, cujos custos para a sociedade são muito superiores ao da assistência ao egresso. Segue sendo considerada utópica.

3.1. A LEI DE EXECUÇÃO PENAL NÃO É OPCIONAL

Verifica-se facilmente na prática forense o rigor de interpretação que é dado ao Código Penal e às demais leis penais, mantendo-se um cuidado cirúrgico na elaboração da denúncia, da queixa, das alegações finais e da sentença, além das razões de recurso e dos acórdãos, sempre com a finalidade de se adequar rigorosamente a capitulação penal e as determinações contidas na parte geral do Código Penal ao caso concreto. As qualificadoras, as circunstâncias judiciais, as agravantes, as atenuantes, as causas de aumento ou de diminuição de pena, são todas analisadas à exaustão para se chegar à decisão definitiva. As peças processuais seguem fielmente o que determina a lei, chegando-se à decisão considerada justa.

Passa-se, então, à execução da pena. Cessa, nesse momento, o cuidado com cada artigo da Lei, passando-se a uma aplicação precária e com ares de provisória da Lei que regula a execução penal. De modo geral, restringe-se a execução à segregação dos condenados, dando-lhes o mínimo para viver, e à análise dos pedidos dos próprios sentenciados de progressão de regime, saída temporária e livramento condicional. O que falta aos condenados não é supérfluo; falta-lhes simplesmente um rol de direitos e até mesmo de deveres previstos em Lei, nada mais. Enquanto os mais básicos direitos não são observados, como se pode ver facilmente diante das celas superlotadas, são dados outros aos presos, não previstos em lei, a exemplo das visitas íntimas, que acabam funcionando como uma espécie de compensação.

4. O COMBATE AO DESINTERESSE GERADO PELA FRUSTRAÇÃO

Não se está tratando aqui de um sonho, de uma idéia ou de um desejo. O que está sendo posto sob holofotes é o reiterado descumprimento de uma Lei Federal umbilicalmente ligada ao Código Penal e que regula a execução da pena. Não se concebe, no mundo jurídico, sentença sem execução; inaceitável, da mesma forma, a execução de forma simplória, sem observância da decisão e da Lei. No caso sob estudo, simplifica-se a decisão, aplicando-se a sentença parcialmente, assim como observando-se apenas parcialmente a Lei que dita regras rígidas e claras para o cumprimento dessa decisão. Nada há, todavia, que torne materialmente impossível a aplicação da Lei 7.210/84. Necessária, no entanto, a quebra do preconceito contra o condenado, gerado pelos casos rumorosos de indivíduos notoriamente irrecuperáveis e pela reincidência gerada pelo próprio encarceramento inadequado e totalmente alheio às normas técnicas e às garantias previstas na Lei cuja aplicação aqui se almeja. Esse rompimento com o preconceito somente poderá acontecer após o efetivo cumprimento da Lei de Execução Penal; a experiência poderá contribuir para a obtenção de pelo menos parte dos resultados imaginados pelo legislador de 1984, diminuindo a frustração dos responsáveis pela execução penal e despertando o interesse pela aplicação da Lei, criando um círculo virtuoso.

5. A FORÇA DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA

Falou-se aqui em leis gêmeas. Para dar vigência a uma delas, que normatiza a execução do que foi decidido com base na outra, é necessária uma terceira, quase gêmea, e que entrou em vigor no mesmo ano de ambas: a Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública, a ser aplicada na defesa de interesse difuso ou coletivo (artigo 1º, inciso IV). Ora, a execução penal constitui não apenas interesse coletivo, mas interesse difuso; não apenas interesse dos condenados, mas de toda a sociedade.

Cabe ao Ministério Público velar, portanto, pela correta aplicação da Lei de Execução Penal, por dever constitucional e por imposição do Código de Processo Penal, valendo-se da legitimação dada pela Lei da Ação Civil Pública.

O artigo 127 da Constituição Federal dá ao Ministério Público a incumbência de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

O Código de Processo Penal, em seu artigo 257, confere ao Ministério Público o poder e a obrigação de promover e fiscalizar a aplicação da Lei.

A Lei 7.347/85, na mesma esteira, em seu artigo 5º, legitima o Ministério Público para a ação civil pública.

Compete ao *Parquet*, destarte, cumprir sua vocação histórica e constitucional, pondo em prática os meios de que dispõe para exigir o cumprimento da Lei de Execução Penal, sem hesitar diante da grandeza do desafio.

5.1. O CUMPRIMENTO DA LEI PODE SER EXIGIDO EM PARCELAS

Foi observado acima que a Lei de Execução Penal entrou em vigor em 1985 e até meados da primeira década do Século XXI somente foi cumprida uma pequena parte de suas determinações. Trata-se de uma lei de difícil aplicação, por ter custo elevado no que se refere a suas exigências materiais e por cuidarem estas de condenados a penas de prisão; seus resultados, lamentavelmente, somente poderão vir a ser colhidos a médio ou longo prazo, desestimulando aqueles que consideram haver outras prioridades, não obstante o fato de que progressos na área de segurança constituam atualmente um dos maiores anseios da população.

A realidade, *in casu*, deve ser reconhecida, devendo os órgãos ministeriais responsáveis pela exigência da aplicação da Lei de Execução Penal terem consciência de que nada obterão se pleitearem o cumprimento imediato de um diploma legal que vem sendo olvidado há mais de vinte anos. Os resultados poderão ser conseguidos paulatinamente, sem onerar excessivamente o Estado, criando uma despesa imediata que acabaria por inviabilizar o objetivo. A solução para o impasse existente há tantos anos, que contrapõe a aplicação da Lei 7.210/84 à sempre alegada falta de verbas, seria o escalonamento das exigências. Diante dos pedidos de interdição de cadeias públicas a que atualmente assistimos em várias Comarcas e do caos permanente na Execução Penal, não é excessivamente grande a espera por soluções definitivas em longo prazo. Podem-se pleitear obras físicas e contratação de pessoal especializado em parcelas, que poderiam resultar no cumprimento total da LEP no prazo de vinte anos. Parece muito, mas se a estratégia aqui proposta houvesse sido iniciada em 1985, esses vinte anos já haveriam se passado.

5.1.2. MEDIDAS QUE PODEM SER TOMADAS

Deixando de lado o desejo de obter o cumprimento imediato de uma lei há anos negligenciada, pode-se iniciar pela propositura de ação civil pública contra o Estado para a concessão ao egresso de seus direitos, o que poderia evitar crimes contra o patrimônio por absoluta falta de recursos, a construção de uma casa do albergado simples, que evite o contato entre presos em regimes diferentes ou a prática de condenados em regime aberto pernoitando em suas próprias casas, a oferta de trabalho intramuros, para que os condenados tenham uma fonte de renda e também para que custeiem parte de suas despesas, a separação dos condenados por periculosidade e antecedentes etc. A lista é grande e deverá ser elaborada pelo órgão de execução, a seu critério e de acordo com a realidade de sua Comarca. O objetivo é fazer com que a cada período planejado a execução se aproxime um pouco mais do que determina a Lei 7.210/84.

6. CONCLUSÃO

Cabe ao Ministério Público o dever constitucional e legal de manejar a ação civil pública para exigir do Estado o cumprimento da Lei de Execução Penal, ainda que de forma escalonada e a médio ou longo prazo, aumentando as possibilidades de bons resultados na área de segurança pública com o devido cumprimento da pena imposta no processo penal.

A INEXISTÊNCIA DO PRINCÍPIO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA NATURAL NA CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988.

Lauro Francisco da Silva Freitas Junior

Promotor de Justiça/PA

1. Introdução

Com a promulgação da Constituição Brasileira de 1988, fortaleceu-se, por soberana deliberação da Assembleia Nacional Constituinte, a Instituição do Ministério Público que foi qualificada como **permanente e essencial** à função jurisdicional do Estado (art. 127 CF-88).

A partir de então este Órgão recebeu destaque no sistema jurídico brasileiro, surgindo implicações decorrentes da Institucionalização do Novo Ministério Público, das quais a **independência funcional**, que nas saudosas lições de Hely Lopes Meireles, "*significa dizer que este (o Ministério Público) não está hierarquizado a qualquer outro órgão ou Poder, e seus membros são agentes políticos e devem atuar com absolutas liberdades funcionais, só submissos às suas consciências e aos seus deveres profissionais, pautados pela Constituição e pelas Leis regedoras da Instituição*".

Neste clima de ruptura com conceitos tradicionais do passado, segundo os quais o Ministério Público seria um ator coadjuvante no cenário jurídico, surgiram princípios e com eles questionamentos no que tange a este novo perfil do *Parquet*, entre os quais a figura do **Promotor Natural**.

Em um primeiro momento, o Princípio do Promotor Natural combateria o arbítrio, insurgindo-se contra o que violam, com prepotência, as franquias individuais e principalmente, garantiria a ordem jurídica, protegendo o Membro da Instituição, na medida em que lhe assegura o pleno exercício e independente de seu mister, quanto a tutelar a própria coletividade, a quem se reconhece o direito de ver atuando um Promotor cuja intervenção se justifique a partir de critérios abstratos e pré-determinados, estabelecidos em Lei.

Complementa esta teoria a idéia de que seria inconcebível o **Acusador de Exceção** já que inexistente o **Juízo de Exceção**.

Em suma, o Princípio do Promotor Natural seria imanente ao novel sistema constitucional brasileiro, assentando-se nas cláusulas da **independência funcional** e da **inamovibilidade** dos membros da Instituição, vedando, desta forma, designações casuísticas e arbitrárias pela Chefia Ministerial. Ocorre que recentemente (23.08.05), o Supremo Tribunal Federal manifestou no sentido de rejeitar a existência de princípio do Promotor Natural, trazendo à baila a discussão sobre o tema.

2. A Posição do Supremo Tribunal Federal quanto ao Princípio do Promotor Natural

O Princípio do Promotor Natural é matéria constitucional, logo, era questão de tempo, o STF se vê obrigado a se manifestar a respeito do tema. Além do que, por ser também, uma matéria de cunho penal e processual penal, logo seria levantada com o objetivo de anular procedimentos criminais bem realizados que mostravam, desde já, a nova atuação do Ministério Público nesta esfera.

Em agosto de 1992 foi a julgamento o Habeas Corpus n.º 67.759-2, oriundo do Rio de Janeiro, onde questionava-se a designação de um **promotor especial**, pelo Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para atuar em todos os procedimentos persecutórios penais resultantes de determinada operação policial, denominada "Operação Bandeja", efetuada na Capital Carioca. Neste HC o impetrante sustentava que tal designação ofendia o Princípio do Promotor Natural que, na hipótese, seria o titular da Promotoria da 5.ª Vara Criminal do Rio de Janeiro.

Neste julgamento o Ministro **Celso de Mello**, o qual foi o Relator, entendeu existir o Princípio do Promotor Natural, **entretanto**, manifestou-se no sentido de que tal Princípio, no Sistema Jurídico Brasileiro, depende de Lei para que tenha aplicabilidade, e enquanto não sobrevier a disciplina legislativa pertinente, não há como aplicar ou mesmo invocar o Princípio do Promotor Natural. Neste mesmo sentido foi o voto do **Ministro Sydney Sanches**, que

entendeu que a Constituição de 1988 não contém explícita, nem implicitamente o Princípio do Promotor Natural, nada impedindo porém, que Lei Infraconstitucional viesse a adotar tal princípio.

No citado julgamento os Ministros **Sepúlveda Pertence**, **Marco Aurélio** e **Carlos Velloso** votaram pela existência do Princípio do Promotor Natural no Sistema Jurídico Brasileiro, independentemente de intermediação legislativa, pois o mesmo decorre do princípio da independência funcional do Ministério Público e da garantia da inamovibilidade, ambos relacionados com os princípios do Juiz Natural e do Devido Processo Legal.

Por outro lado, manifestaram-se posição de expressa rejeição à existência desse Princípio os Ministros **Paulo Brossard**, **Octavio Gallotti**, **Néri da Silveira** e **Moreira Alves**.

Assim, ficou rejeitado, no citado julgamento, o Princípio do Promotor Natural.

É oportuno ressaltar que a Lei Infraconstitucional que se referiam os Eminentíssimos Ministros Celso de Mello e Sidney Sanches era a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados, em trâmite há época daquele julgamento. A referida legislação tornou-se a Lei n.º 8.625/93, que, *além de não estabelecer o Princípio do Promotor Natural, trouxe dispositivos que iam de encontro a sua existência.*

Vejamos:

O art. 10, inciso IX, letra “g”, do mencionado diploma legal estabelece que *“**compet** ao Procurador Geral de Justiça, por ato excepcional e fundamentado, exercer as funções processuais afetas a outro membro da instituição, submetendo sua decisão ao Conselho Superior do Ministério Público”*.

O art. 24, do mencionado diploma estabelece que o *“**Procurador Geral de Justiça poderá, com a concordância do Promotor de Justiça Titular, designar outro Promotor para funcionar em feito determinado, de atribuição daquele**”*.

3. O Princípio do Promotor Natural

Malgrado posicionamento em contrário, entendemos estar com razão o Supremo Tribunal Federal em rejeitar o postulado do Promotor Natural. Apesar de ter havido, no citado julgamento, votos divergentes (**Ministros Sepúlveda Pertence**, **Marco Aurélio** e **Carlos Velloso**), a existência do Princípio da Colegialidade, que rege as decisões dos Tribunais, espanca qualquer questionamento sobre o assunto.

Preliminarmente, adotar o princípio do Promotor Natural com base na inamovibilidade dos seus membros não merece prosperar. A inamovibilidade é uma garantia funcional, cuja finalidade é proteger o pleno exercício das funções dos membros do “*Parquet*”, contra desmandos de autoridades hierarquicamente superiores. É a garantia que tem o Promotor de Justiça de permanecer no **local/lugar** do qual é titular, impedindo sua remoção ex-officio, salvo por motivo de interesse público, assegurada, no caso, a ampla defesa. A inamovibilidade tem relação com âmbito espacial, *enquanto o promotor de justiça natural guarda estreita relação com designação.*

Outrossim, se esta for a justificativa deste postulado, devemos adotá-lo à Defensoria Pública, uma vez que o §.1º do art. 134 da Constituição, também assegura aos defensores públicos, a prerrogativa da inamovibilidade. Surgiria o “Defensor Público Natural”.

No que concerne à alegação da independência funcional do Ministério Público como forma de justificar a existência do Princípio do Promotor Natural, importante fazermos algumas considerações.

A independência funcional, **apesar de defluir de seus membros**, é postulado que se dirige à Instituição do Ministério Público, tanto é que a Carta Magna o conceituou como Princípio Institucional, objetivando, neste diapasão, estabelecer a autonomia do Órgão em relação aos poderes do Estado (é importante ressaltar que aqui não se trata da autonomia funcional estabelecida no §2.º do art. 127 da CF-88). Ademais, não podemos interpretar isoladamente este Princípio, pois existem ainda, **os Princípios da Unidade e da Indivisibilidade do Ministério Público**, que, de antemão, são a pedra de toque deste estudo.

Das justificativas que resguardam a existência do Princípio do Promotor Natural a mais “perigosa” seria de tratar com similitude absoluta o Ministério Público com a Magistratura.

O Ministério Público possui uma edificação jurídica e doutrinária em um alicerce normativo ímpar. Tais predicamentos constitucionais individualizadores separam e distinguem o Ministério Público do Poder Judiciário, evitando que normas nucleares de ambos sejam confundidas, no exercício da cada mister. Cada um tem uma função na prestação jurisdicional. Cabe ao Juiz julgar. **Ao Ministério Público cabe ser acusador, fiscal da Lei, fiscal da Polícia, e claro, defensor da ordem jurídica, do regime democrático, dos direitos sociais e individuais indisponíveis.**

Do paralelo das funções judicantes e ministeriais salta aos olhos a diferença que se resume no poder de iniciativa e de decisão. Se existe divergência na estrutura formal, também existe nos princípios regentes destas funções.

A teoria Fixista do Juiz natural, que advém do inciso LIII do art. 5.º da Constituição Federal se contrapõe ao **Princípio Constitucional da indivisibilidade que resguarda o Ministério Público.**

Pelo Princípio da indivisibilidade o Ministério Público é uno, seus membros não se vinculam aos processos que atuam, podem ser substituídos uns pelos outros. Tal Princípio decorre do Princípio da Unidade, que significa dizer que os membros do Ministério Público integram um só Órgão sob a direção de um só chefe hierárquico, não podendo haver fracionamento intermediário de chefia.

O princípio da indivisibilidade constitui a recíproca substituição de Membros, para que o órgão componha um todo unitário e homogêneo e não fracionário, que se contradiz com a noção de promotor natural que traduz uma prefixação unitária. Só pode haver a divisão interna de serviço, porque neste caso, o Membro deixa de exercer sua função, mas não fica proibido de exercê-la.

Assim, aplicar a regra do Juiz Natural para criar a figura do Promotor Natural é dividir as funções do Ministério Público, em contraposição do princípio da indivisibilidade constitucional. As funções do Ministério Público não pertencem aos seus membros, mas à Instituição como um todo. **Destarte, cada Membro sempre está investido da totalidade das funções do Órgão, não sendo possível seccioná-las.** O Promotor natural exclui, sem previsão normativa, os demais membros de suas funções constitucionais, pois ficariam proibidos de receberem **designações regulares** para atuarem em processos que exista ou tenha existido o **Promotor Natural**.

4. Conclusão

Restou claro que o Pretório Excelso, como guardião e maior intérprete de nossa Constituição, **rejeitou** a tese do Promotor Natural. É evidente que o direito como uma ciência dialética está sujeito a mutações. Naquele julgamento ocorreu a rejeição, mas em um futuro julgamento pode ser diferente.

É importante frisar que em recente julgamento, em 23.08.2005, o Supremo Tribunal Federal, com uma composição diferente, ratificou a rejeição do Promotor Natural, o que demonstra que ainda, sobrevive àquele posicionamento. Vejamos o aresto:

“PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. DENÚNCIA: CORRUPÇÃO ATIVA. INÉPCIA DA DENÚNCIA. FALTA DE JUSTA CAUSA PARA AÇÃO PENAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO PROMOTOR NATURAL. I. - Desde que permitam o exercício do direito de defesa, as eventuais omissões da denúncia quanto aos requisitos do art. 41 do CPP não implicam necessariamente na sua inépcia, certo que podem ser supridas a todo tempo, antes da sentença final (CPP, art. 569). Precedentes. II. - Nos crimes de autoria coletiva, a jurisprudência da Corte não tem exigido a descrição pormenorizada da conduta de cada acusado. III. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que não se tranca a ação penal quando a conduta descrita na denúncia configura, em tese, crime. IV. - No julgamento do HC 67.759/RJ, pelo Plenário, os Ministros Paulo Brossard, Octavio Gallotti, Néri da Silveira e Moreira Alves adotaram posição de rejeição à existência do princípio do promotor natural. Os Ministros Celso de Mello e Sydney Sanches admitiram a possibilidade de instituição do princípio mediante lei. Assim, ficou rejeitado, no citado julgamento, o princípio do promotor natural. HC 67.759/RJ, Ministro Celso de Mello, RTJ 150/123. V. - H.C. indeferido. (Grifo Nosso)”. (STF - HC 85.424/PI - PIAUI, 2.º Turma, Min. Rel. Carlos Velloso, Julgamento 23.08.2005, DJ 23.09.2005)

Diante do exposto, entendemos ser o Princípio do Promotor Natural uma afronta aos demais Princípios que regem o Ministério Público, em especial o Princípio da Indivisibilidade. Ademais, o mesmo não encontra respaldo normativo, existe apenas no campo das idéias e em analogias ditas “perigosas”.

A INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PROPORCIONALIDADE NA SUA FACETA DE PROIBIÇÃO DE PROTEÇÃO DEFICIENTE

Claudia Ferraz Rodrigues Pegoraro

Promotora de Justiça/RS

Síntese dogmática da proposição: O princípio da proporcionalidade [em sua faceta de proibição de insuficiência] sofre violação sempre que o Estado não protege suficientemente direitos fundamentais [garantismo positivo], ou seja, sempre que houver uma limitação a um instrumento indispensável à garantia do direito fundamental à segurança pública, como é o caso da investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público, haverá, igualmente, ferimento ao princípio constitucional da proporcionalidade.

FUNDAMENTAÇÃO

Como se sabe, o Estado Democrático de Direito tem o dever de proteger os seus cidadãos, inclusive contra ataques oriundos de particulares. A atribuição do poder investigatório criminal ao Ministério Público é, em verdade, medida que visa o garantismo social, ou seja, a implementação dos direitos fundamentais do indivíduo, os quais, em perspectiva ampla, são da própria sociedade, tais como a vida, liberdade, segurança e propriedade.

Mesmo que não se possa avançar para além de algumas observações de caráter genérico, é patente que o princípio constitucional da proporcionalidade se reveste de duas facetas: ao mesmo tempo em que estabelece que o Estado não deve agir com excesso [proibição de abusos], igualmente prescreve que está proibido de agir de modo insuficiente [proibição de insuficiência]. O país necessita, urgentemente, de medidas de política criminal que priorizem o garantismo social: a defesa da sociedade contra ataques criminosos, com o objetivo de proteger os direitos fundamentais dos indivíduos.

Não há como descurar que o Estado Democrático de Direito *deve* segurança aos seus cidadãos, tanto quanto trabalho, educação e saúde – trata-se, afinal, de direito fundamental. A tarefa do Estado, em verdade, é defender a sociedade. Para a consecução de tal objetivo [garantia de segurança aos cidadãos brasileiros], há um dever estatal de utilização de medidas adequadas: como ignorar, neste passo, que a condução direta de investigações criminais pelo Ministério Público é uma destas medidas?

A servirem de proteção contra o poder estatal são conferidas ao acusado uma infinidade de garantias – o chamado garantismo negativo. E contra o poder do crime organizado, da corrupção que solapa a nação, quais as garantias do cidadão?

Não há mais de se falar apenas na função de proteção estatal negativa. A função do Direito, nesta quadra da história, não pode ficar restrita à proteção contra os excessos estatais, não pode se contentar com a garantia da defesa de direitos e liberdades contra o Estado [garantismo negativo]. Urge que a proteção do Estado abranja os direitos prestacionais de segurança, particularmente contra agressões provenientes de comportamentos delinquentes¹.

¹ A linha argumentativa que segue [a qual certamente reclama maior desenvolvimento] foi inspirada por artigo de Lenio Luiz Streck, embora o citado autor, no seu texto, não trate da questão relativa à investigação criminal desempenhada pelo Ministério Público: STRECK, Lenio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006.

O Estado de Direito demanda a defesa dos direitos e liberdades do cidadão também contra quaisquer poderes sociais de fato. O Estado Democrático de Direito, como dito, tem a obrigação de se socorrer de todos os meios preventivos e repressivos de que disponha para a garantia da segurança de seus cidadãos, não lhe sendo lícito abrir mão de instrumento tão eficaz quanto a investigação criminal desenvolvida autonomamente pela instituição ministerial.

O modelo clássico de garantismo, que nada mais é do que uma visão unilateral do princípio da proporcionalidade [apenas de sua faceta voltada à proibição de excessos], está absolutamente superado.

Com efeito. O princípio da proporcionalidade, como já mencionado, não se esgota na proibição de abusos. É necessário que se passe a empregar, notadamente na esfera da política criminal, a noção de proporcionalidade em sua faceta de proibição de insuficiência [garantismo positivo], ou seja, como um dever de proteção estatal contra agressões de direitos fundamentais oriundas de terceiros, pois o cidadão comum também tem o direito de ver os seus direitos fundamentais protegidos, especialmente em face de comportamentos delitivos de outros indivíduos.

A Constituição Federal de 1988 conferiu um novo enfoque ao Estado brasileiro: além de elencar os direitos de defesa do indivíduo contra o poder estatal, preocupada com a segurança da sociedade frente a agressões de terceiros, impôs ao Estado uma atuação defensora dos direitos fundamentais.

Hoje, então, o Estado tem o dever de proteger a sociedade de duas formas: proteção contra o arbítrio e, igualmente, defesa dos direitos prestacionais, com a conseqüente obrigação de amparar os indivíduos contra ataques criminosos, pois a segurança é direito fundamental, consoante previsão do artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal².

Como o princípio da proporcionalidade tem esse duplo viés, as violações a tal princípio podem ocorrer tanto em razão de um ato estatal arbitrário [excessivo] quanto em face da deficiência [omissão] de proteção estatal a determinados bens jurídicos³. Assim, repita-se: o Estado viola a proporcionalidade quando não protege suficientemente direitos fundamentais [garantismo positivo], ou seja, quando limita instrumentos indispensáveis à garantia da segurança de seus cidadãos, como a investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público.

Sendo assim, a proibição de proteção deficiente [proteção positiva, contra as insuficiências na proteção dos direitos por parte do Estado] é um critério que deve ser sopesado quando se trata de defender a restrição do poder investigatório ministerial direto. A inconstitucionalidade da tese restritiva [que não deverá prosperar] decorre, no caso, da proteção insuficiente que é conferida a um direito fundamental social, pois o Estado estaria abrindo mão do uso de um instrumento eficaz para garantir segurança, que, como já colocado, é direito fundamental de todos.

Desse modo, o que se sustenta é que a proibição de proteção insuficiente [como faceta do princípio da proporcionalidade] deve ser utilizada como garantia contra eventuais decisões judiciais limitadoras do poder apuratório criminal autônomo do Ministério Público, na medida em que se tratam de decisões ilegais e inconstitucionais.

Ora, diante de uma decisão judicial que restrinja, de forma indevida, as investigações ministeriais criminais diretas, violando dispositivos legais e constitucionais, é perfeitamente adequada a argumentação no sentido de que tal ato decisório ofende o princípio da proporcionalidade, analisado no seu viés de proibição de atuação estatal deficiente⁴.

O Estado Democrático de Direito, no dizer de Streck⁵, provoca “profundas alterações paradigmáticas,

² Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade: O Direito Penal e os Direitos Fundamentais entre Proibição de Excesso e de Insuficiência. Caderno de Direito Administrativo nº 4, volume 1, p. 8-33, 2004.

⁴ Poderia se sustentar, inclusive, tendo como referencial teórico o já aludido artigo de Lenio Streck, que seria cabível, neste caso, porque constitucional, o manejo, pelo Ministério Público, de Mandado de Segurança, em virtude de violação de direito líquido e certo dos cidadãos brasileiros, cujo direito à segurança está alçado ao status de direito fundamental. Tais decisões judiciais, flagrantemente contrárias à Constituição Federal, não ficariam, desse modo, imunes a remédios de urgência para corrigi-las. Segundo Streck, a argumentação no sentido de que o Mandado de Segurança só pode ser utilizado em favor do cidadão não se sustenta diante da dupla face do princípio da proporcionalidade: “Parece evidente que, no caso, a devida proporcionalidade deve ser analisada pelo viés da proibição de proteção deficiente (Untermassverbot). Nestes casos, entendo que, mais do que um direito de fazer uso do único remédio cabível para restabelecer a legalidade, tem o Ministério Público o dever constitucional de agir. Repita-se: como deixar sem correção – através de um remédio eficaz – um ato judicial que agride frontalmente a ordem jurídica? Portanto, há que se fazer uso – em determinados casos – de medidas que garantam a eficácia de futuros provimentos judiciais. Caso contrário, o princípio da segurança, que também é um preceito fundamental, pode tornar-se letra morta. Desse modo, sempre que um ato judicial mostrar-se contrário ao princípio constitucional que assegura a proteção aos particulares contra agressões (imediatas ou potenciais) provenientes de comportamentos delitivos de determinadas pessoas [...], é cabível o uso do mandado de segurança para dar efeito suspensivo ao recurso interposto, remédio apenas de efeito mediato contra o abuso judicial – que se dá, nestes casos, por violação de proteção insuficiente”. Todavia, tal hipótese não será examinada com maior aprofundamento neste momento, eis que desborda dos limites desta proposição. Ressalve-se, ademais, que Streck defende a interposição de Mandado de Segurança em matéria criminal, pelo Ministério Público, nas hipóteses de concessão indevida de liberdade provisória ou progressão de regime carcerário, de modo a buscar efeito suspensivo ao recurso interposto, pois o Agravo em Execução não tem efeito suspensivo, levando meses para ser apreciado em segundo grau, não referindo, contudo, a possibilidade de o Ministério Público buscar, via Mandado de Segurança, a correção de ato judicial restritivo do seu poder investigatório criminal, correção esta que também demanda urgência, face ao periculum in mora pro societate.

⁵ STRECK, Lenio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006.

detectáveis e compreendidas a partir de um adequado olhar hermenêutico". Assim, se antes o Estado e os seus instrumentos legais-institucionais tinham o dever de proteger apenas os velhos direitos de índole liberal-individualista contra a "maldade" estatal, atualmente esse mesmo Estado, que passou por inúmeras alterações, precisa se preocupar com uma nova complexidade social, em que são agregados direitos de novas dimensões [sociais e transindividuais].

Dentre as tarefas deste novo Estado, se inclui a de dar resposta efetiva às necessidades de segurança e de proteção dos seus cidadãos contra as agressões advindas de atuações criminosas de determinadas pessoas.

Nesta senda, não há receio em afirmar que, quando o Poder Judiciário limita a atuação investigativa criminal autônoma do Ministério Público, indevidamente, de maneira ilegal-inconstitucional, está, em verdade, ofendendo a Constituição Federal inclusive no ponto em que esta garante segurança para todos [artigo 5º, *caput*], pois o dever de proteção restará frustrado em virtude da atuação estatal insuficiente [aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos] ou mesmo da total omissão estatal [delitos não apurados pela Polícia Judiciária que o Ministério Público, por sua vez, estaria impedido de investigar].

Como o Estado tem o inafastável dever de respeitar o dispositivo que cuida do direito fundamental à segurança da sociedade⁶, não se pode proibir o Ministério Público de apurar, autonomamente, delitos. Ao contrário, é imprescindível que se outorgue à instituição instrumentos para fazê-lo com ainda maior eficácia, pois, como bem lembra Streck, "a segurança é, ela também, direito humano"⁷, a que faz jus, registre-se, o cidadão comum, que tem tal garantia violada com preocupante e crescente frequência pelos criminosos.

De fato. Não se pode subtrair do Ministério Público – órgão incumbido de defender a sociedade, de agir em prol da segurança pública – o seu dever de atentar para a prevenção da criminalidade, na defesa de um direito fundamental assegurado a todos os brasileiros pela Constituição Federal: segurança.

CONCLUSÃO

Não é a faculdade investigatória penal direta do Ministério Público que transgredir princípios constitucionais, mas sim a restrição de tal possibilidade, a qual ofende a noção de proporcionalidade naquilo que se entende por proibição de proteção deficiente, tendo em vista que o Estado não estaria [no caso da restrição] protegendo suficientemente os direitos fundamentais dos demais cidadãos da República [os quais têm direito à segurança, a não sofrerem as consequências da corrupção, do crime organizado, etc].

Lembremos que o Estado Democrático de Direito exige, para além da garantia de defesa de direitos e liberdades contra o Estado, a defesa de tais direitos e liberdades contra quaisquer formas de criminalidade, não podendo o Estado, então, abster-se de apelar a todos os instrumentos preventivos e repressivos disponíveis, que sejam aptos a garantir a defesa do direito fundamental à segurança, como é o caso da investigação criminal realizada diretamente pelo Ministério Público, sob pena de violar o princípio constitucional da proporcionalidade, no seu viés de proibição de atuação estatal insuficiente.

⁶ Artigo 6º da Constituição Federal: São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição [Capítulo II Dos Direitos Sociais do Título II Dos Direitos e Garantias Fundamentais].

⁷ STRECK, Lenio Luiz. A Dupla Face do Princípio da Proporcionalidade e o Cabimento de Mandado de Segurança em Matéria Criminal: Superando o Ideário Liberal-Individualista-Clássico. Disponível em: <http://www.mp.rs.gov.br>. Acesso em: 10 fev. 2006.

A POLÊMICA SOBRE A NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO NOS CRIMES DE LESÃO CORPORAL LEVE E CULPOSA PRATICADOS CONTRA A MULHER NO CONTEXTO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA, FAMILIAR OU RELAÇÃO ÍNTIMA DE AFETO (LEI Nº 11.340/2006)

Danilo Lovisaro do Nascimento*

Promotor de Justiça/AC

SÍNTESE DOGMÁTICA: Com o advento da Lei nº 11.340/2006 surgiu no âmbito doutrinário uma enorme polêmica quanto à necessidade ou não de representação da vítima no caso em que o crime praticado contra mulher seja tipificado como lesão corporal leve ou culposa, no contexto de violência doméstica, familiar ou de relação íntima de afeto. A interpretação que se propõe no presente estudo é o reconhecimento de que nos casos citados a ação penal passou a ser de iniciativa pública incondicionada, já que esta é a interpretação que mais assegura os direitos humanos da mulher, devendo servir de orientação aos agentes jurídicos, especialmente aos membros do Ministério Público.

I. JUSTIFICATIVA

A polêmica sobre a necessidade de representação nos crimes de lesão corporal leve e culposa praticados contra a mulher no contexto de violência doméstica, familiar ou relação íntima de afeto, obviamente, ultrapassa o interesse meramente acadêmico e ganha maior relevância pelas suas consequências de ordem prática, já que diz respeito à aplicação da própria lei e, em última análise, como se pretende demonstrar, pode significar a violação de direitos humanos.

Assim, dentre os diversos problemas de ordem interpretativa que surgiram com a entrada em vigor da lei, delimita-se a análise neste estudo à inteligência do art. 41, no que concerne o seu alcance para manter ou não a exigência de representação no crime de lesão corporal leve (ou mesmo culposa) contra a mulher, nos casos contemplados no diploma normativo em discussão.

O art. 41 da Lei prescreve que: “Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.”

A interpretação literal do dispositivo em apreciação levaria, *tout court*, à conclusão de que não sendo aplicável a Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica ou familiar contra a mulher, não caberia, então, persistir com a exigência do preenchimento da condição específica de procedibilidade consistente na representação da vítima.

O raciocínio seria bastante simples e de pouco esforço interpretativo, pois não incidindo a Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica ou familiar, não haveria a aplicação do art. 88 do citado diploma e, conseqüentemente, não se imporá mais a representação, já que foi o dispositivo legal citado que passou a reclamar a representação para os crimes de lesão corporal culposa e leve. Em outros termos, voltar-se-ia ao *status quo* antes da vigência da Lei dos Juizados, em que as infrações penais referidas eram de ação penal de iniciativa pública incondicionada, incidindo a regra geral do art. 100, do Código Penal.

Se por um lado é sabido que a análise literal da lei não é o melhor método de interpretação, podendo, muitas vezes, levar a resultados equivocados; por outro lado, como afirma Karl Larenz, “toda a interpretação de um texto há-de iniciar-se com o sentido literal”.¹

* O autor é Membro do Ministério Público do Estado do Acre, Titular da Oitava Promotoria de Justiça Criminal da Capital. Professor da Universidade Federal do Acre e mestrando em Direito pela UFSC.

¹ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 450.

Seria possível, ainda, agregar a este raciocínio, a argumentação, mais elaborada, de Maria Berenice Dias, para quem a Lei nº 9.099/95 classificou como de menor potencial ofensivo os crimes de lesão corporal culposa e leve, sem fazer qualquer alteração no Código Penal e, posteriormente, sucedeu nova lei, de igual hierarquia, modificando o Código Penal e transformando o crime de lesão corporal no ambiente doméstico como delito de médio potencial ofensivo².

Dessa forma, o agressor passaria a responder por esses crimes na forma prevista no Código Penal, posto que tais condutas estão fora da égide da Lei dos Juizados. A argumentação se fundamenta, em síntese, na aplicação do princípio para a solução de antinomias *lex posterior derogat priori*.³

Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini perfilham entendimento segundo o qual o art. 88 da Lei nº 9.099/95 foi derogado em face do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, não tendo aplicação para aqueles casos de lesão corporal culposa ou leve praticados no contexto de violência de gênero contemplados na lei nova.

José Luiz Joveli também se posiciona no sentido de que a ação penal, na hipótese sob estudo, passou a ser de ação penal de iniciativa pública incondicionada, sendo um dos primeiros a se manifestar sobre a controvérsia.⁴

A jurisprudência já dá sinais, e não poderia ser de outra forma, na direção de uma interpretação mais garantidora dos direitos humanos, valendo ressaltar decisão recente proferida pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, que não admitiu a possibilidade de retratação quando o crime de lesão corporal for praticado no âmbito da violência doméstica, acatando a tese de que tal crime passou a ser de ação de iniciativa pública incondicionada.⁵

A questão, porém, suscita divergências e, tanto isso é verdade, que a doutrina reagiu, surgindo diversas orientações contrárias a essa interpretação, que se denominou de mais literal.

² O art. 129, § 9º, do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 10.886/2004, possuía uma pena de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, porém, com a nova redação dada pela Lei nº 11.340/2006, a pena passou a ser de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

³ “Outra mudança substancial. O afastamento da violência doméstica no âmbito dos Juizados Especiais (art. 41). A alteração de competência justifica-se. Ainda que a Constituição Federal tenha assegurado alguns privilégios aos delitos de menor potencial ofensivo (CF, art. 98, I), foi delegado à legislação infraconstitucional definir os crimes que assim devem ser considerados. Foi o que fez a Lei nº 9.099/95, elegendo como de pequeno potencial ofensivo a lesão corporal leve e a lesão culposa, sem, no entanto, dar nova redação ao Código Penal (Lei nº 9.099/95, art. 88). Lei posterior e da mesma hierarquia, excluiu deste rol a violência doméstica. Assim, quando a vítima é mulher, e o crime aconteceu no ambiente doméstico, as lesões que sofre não mais podem ser consideradas de pouca lesividade, pois fora da égide da Lei dos Juizados Especiais. O agressor responde pelo delito na forma prevista na Lei Penal, ou seja, ação pública de inconstitucionalidade”. (DIAS, Maria Berenice. **Violência Doméstica: Uma Nova Lei Para Um Velho Problema**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 168 – Novembro – 2006, p. 8).

⁴ JOVELI, José Luiz. Breves considerações acerca da Lei nº 11.340/2006. A questão da representação da ofendida. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1140, 15 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8809>>. Acesso em: 11 mar. 2007.

⁵ Num Processo: 2006 09 1 017305-7

Reg. Acórdão: 276322

Relator Des.: SÉRGIO BITTENCOURT

Revisor Des.: IRAN DE LIMA

Apelante(s): M. P. D. F. T.

Apelado(s): J. A. O. S.

Advogado(s): WALTER EDUARDO MARANHÃO BRESSAN -

NPJ/UPIS

Origem: 1º VJVCAM SAM - IP 3561/06

EMENTA

PENAL E PROCESSUAL PENAL - VIOLÊNCIA DOMÉSTICA - LEI MARIA DA PENHA - APELAÇÃO, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO E MANDADO DE SEGURANÇA - INTERESSE RECURSAL - LESÕES CORPORAIS LEVES - REPRESENTAÇÃO - DESNECESSIDADE - AÇÃO PENAL PÚBLICA INCONDICIONADA.

1- A via adequada para manifestar o inconformismo contra decisão que deixa de receber a denúncia ou a queixa é o Recurso em Sentido Estrito (art. 581, inciso I, do Código de Processo Penal). Não se conhece, portanto, de Apelação interposta com essa finalidade, ainda mais se a questão sequer restou decidida em primeiro grau de jurisdição.

2- A Lei Maria da Penha, assim conhecida em homenagem a uma das muitas vítimas da violência doméstica, teve como objetivo maior estimular os formadores de opinião pública e os operadores do direito a refletirem mais detidamente sobre o problema e a assumirem, corajosamente, uma nova postura frente a atitudes covardes de homens que resolvem abandonar o seu papel natural de guardiões do lar para se transformarem em algozes e carrascos cruéis de sua própria companheira.

3- Assim, o recuo da mulher, que em um primeiro momento decidira dar um basta em seu sofrimento, não é suficiente para justificar o arquivamento dos autos. Essa situação, aliás, é muito comum, pois a dependência econômica e emocional da mulher, na maioria dos casos, acaba por arrefecer-lhe o desejo e retirar-lhe a vontade de prosseguir na luta.

4- Nos termos da legislação em destaque (art. 41), aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995. Sendo assim, a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves praticados no ambiente doméstico e familiar contra a mulher são de ação pública incondicionada, posto que patente o interesse geral da sociedade, não só pelos objetivos da lei em questão, como pelo que preconiza o seu art. 6º, considerando a violência doméstica e familiar contra a mulher uma das formas de violação dos direitos humanos.

5 Mantém-se a revogação da prisão cautelar do ofensor se o fato ocorreu há mais de seis meses e, até hoje, não se tem notícias de novo desentendimento capaz de justificar a prisão pelo mesmo motivo - garantia da ordem pública.

DECISÃO CONHECER EM PARTE DA APELAÇÃO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. UNÂNIME. CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR. MAIORIA.

Disponível

em:

<http://tjdf19.tjdft.gov.br/cgibin/tjcgil?MGWLPN=SERVIDOR1&NXTPGM=plhtml02&ORIGEM=INTER&SELECAO=1&CHAVE=20060910173057APR>.

Acesso em 06/08/2007.

Apenas à guisa de ilustração e para melhor situar o debate das idéias, passa-se a sumariar alguns dos diversos posicionamentos contrários a interpretação literal e, em outras palavras, favorável à persistência da representação como condição específica de procedibilidade nos crimes de lesão corporal leve (e culposa) praticados contra a mulher, nas situações disciplinadas pela Lei Maria da Penha.

Maria Lúcia Karam, por exemplo, em que pese não se reportar diretamente à questão da representação ora suscitada, se coloca claramente no sentido de que a Lei nº 11.340/2006, ao vedar a aplicação da Lei nº 9.099/95, afrontou o princípio da isonomia. No seu sentir, portanto:

A particularidade de uma infração penal retratar uma violência de gênero não é um diferencial quando se cuida de institutos relacionados à dimensão do potencial ofensivo da infração penal ou quando se cuida do modo de execução da pena concretamente imposta.⁶

Carla Campos, a seu turno, interpreta a nova lei do ponto de vista de que não foi intenção legislativa arrear a exigência de representação, pois o objetivo da Lei foi apenas impedir a incidência dos benefícios despenalizadores da Lei dos Juizados.⁷

Ainda sobre o tema, Paulo Henrique Aranda Fuller faz coro à corrente de que a ação penal permanece pública condicionada, destacando que se o legislador foi cuidadoso no sentido de cercar de maiores cuidados a renúncia ao direito de representação, a intenção da lei é de prestigiar a autonomia da vontade da vítima.⁸

Em igual sentido, Damásio de Jesus que afirma, sem maiores considerações, que a Lei nº 11.340/2006 não teve a intenção de alterar a regra prevista no art. 88, da Lei nº 9.099/95.⁹

Muitos estudiosos já se pronunciaram sobre o tema, trazendo-se ao conhecimento do leitor apenas alguns pontos de vista que já foram defendidos em artigos, para melhor apresentar a polêmica.

Sendo assim, após esse breve esboço acerca das posições doutrinárias, cabe desenvolver mais uma linha de interpretação, contribuindo para a discussão do tema.

Inicialmente, entende-se que o trabalho mental de interpretação da norma é um exercício, em alguns casos, bastante complexo e, por este motivo, o aplicador da lei deve se socorrer de todas as ferramentas que estejam ao seu dispor para revelar o verdadeiro sentido normativo da lei.

Ainda que se tenha conhecimento que a vontade do legislador possa, muitas vezes, se distanciar do que realmente a norma signifique no momento da sua concretização, não se pode desprezar, como uma das técnicas necessárias ao desvelamento do conteúdo da norma, o processo histórico de elaboração da lei.¹⁰

Dessa forma, bem lúcida é a posição de Rogério Sanches e Ronaldo Batista, que partindo do método histórico demonstram que no projeto de lei enviado ao Congresso havia dispositivo expresso que determinava a aplicação da

⁶ KARAM, Maria Lúcia. **Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 168 – Novembro – 2006, p. 6.

⁷ “Certamente esta não foi a intenção legislativa. A referência à Lei nº 9.099/95 diz respeito aos institutos despenalizadores da composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, além do procedimento simplificado da investigação e do rito sumaríssimo. O intuito da Lei nº 11.340/2006, portanto, foi afastar os ‘benefícios’ concedidos aos autores do fato inseridos no contexto da Lei nº 9.099/95, uma vez que aquela visa recrudescer a situação do agressor que pratica violência doméstica e familiar contra a mulher. A representação não constitui instituto despenalizador, tampouco ‘benefício’, mas condição de procedibilidade da ação penal pública prevista no sistema processual penal bem antes da Lei nº 9.099/95 e que tem em vista privilegiar a pessoa e a vontade da vítima e não a figura do autor do fato”. (AMICO, Carla Campos. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Necessidade de Representação da Vítima em Caso de Lesão Corporal Leve e Culposa**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 170 – Janeiro – 2007, p. 18).

⁸ Cabe pontuar, ainda, para melhor esclarecimento em caso de dúvida, que o citado articulista ao interpretar o art. 16, da Lei nº 11.340/2006, admite a possibilidade de renúncia da representação, se posicionando da seguinte forma: “O art. 16 da Lei nº 11.340/06, portanto, passou a albergar, em sede legal, a renúncia voluntária ao direito de representação (o Código Penal disciplina somente a renúncia ao direito de queixa e, no sistema dos JECrim’s, a renúncia decorrente de acordo civil homologado é legal e não-voluntária), impondo ao juiz, no procedimento dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, a designação de audiência preliminar (antes do recebimento da denúncia) para a ofendida manifestar sua renúncia ou ratificar a representação.” (FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Aspectos Polêmicos da Lei de Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (Lei nº 11.340/06)**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 171 – Fevereiro – 2007, p. 14-15).

⁹ Vide JESUS, Damásio de. A questão da renúncia à representação na ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006). São Paulo: Complexo Jurídico Damásio de Jesus, set. 2006. Disponível em: < http://www.damasio.com.br/?page_name=art_058_2006&category_id=339>. Acesso em: 7 mar 2007.

¹⁰ Nesse sentido: LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 463.

Lei nº 9.099/95 aos casos de violência doméstica, porém no processo de discussão tal dispositivo foi suprimido pelo legislador.¹¹

Não resta dúvida, portanto, que a intenção foi afastar a incidência da Lei nº 9.099/95 e conferir tratamento mais rigoroso às condutas de agressão praticadas no contexto de violência doméstica.

Salvo algum posicionamento isolado, a maioria dos estudiosos e as estatísticas apontam na direção de que a Lei dos Juizados não combateu de forma satisfatória os casos de violência doméstica contra a mulher. Pelo contrário, o instrumento jurídico em questão serviu para banalizar e vulgarizar os crimes de gênero, perpetuando os casos de violência contra a mulher.

Os dados estatísticos¹² a seguir transcritos, colhidos da pesquisa **Percepção e reações da sociedade sobre a violência contra a mulher**, promovida pelo Ibope/Instituto Patrícia Galvão, no ano de 2006, revelam esta face do problema:

Pergunta: *Destas frases comumente ditas pelo povo sobre agressão contra as mulheres, gostaria de saber se concorda ou discorda de cada uma delas:*

	concordam	discordam
Amostra total em cada item	%	%
De maneira geral, a sentença de doação de cesta básica não é levada a sério por homens agressores	76	18
Os homens que agredem as mulheres fazem isso porque sabem que não serão punidos	74	21
A Justiça brasileira trata a violência contra as mulheres como um assunto pouco importante	71	24
Os serviços de atendimento à mulher agredida não funcionam	54	37
De uma maneira geral, a Justiça brasileira pune os agressores em caso de morte de mulheres	60	34
De uma maneira geral, a Justiça brasileira pune os agressores em caso de violência contra as mulheres	49	44

A pesquisa citada foi realizada em um universo bem expressivo, valendo destacar que foram realizadas 2.002 entrevistas pessoais em todos os estados brasileiros, capitais e regiões metropolitanas (142 municípios). As cidades menores foram selecionadas probabilisticamente, dentro da proporcionalidade por tamanho de município e a margem de erro máximo apontada para o total da amostra é de 2 pontos percentuais para mais ou para menos, com um intervalo de confiança estimado de 95%.

Uma das leituras possíveis para os dados colhidos na pesquisa é que o tratamento dispensado pela Justiça à questão violência contra a mulher sob a vigência da Lei nº 9.099/95, especialmente ante a análise dos três primeiros percentuais de concordância da tabela, é inadequado e estimula o desrespeito aos direitos fundamentais da mulher. A resposta à violência contra a mulher nos Juizados foi, portanto, ineficiente.

Interessante notar, também, que além de excluir o artigo que constava inicialmente do projeto de lei determinando a aplicação da Lei nº 9.099/95, a Lei Maria da Penha foi mais adiante e afastou expressamente a incidência da

¹¹ É que o Projeto de Lei 4.559/2004, inicialmente enviado ao Congresso, previa expressamente a competência do JECrim para os crimes aqui tratados. O teor de seu art. 29 era o seguinte: "Ao processo, julgamento e execução dos crimes de competência dos Juizados Especiais Criminais em que esteja caracterizado a violência doméstica e familiar contra a mulher, aplica-se a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995, no que não conflitar com o estabelecido nesta Lei". Ora, quando esse dispositivo foi, a partir dos inúmeros debates que se seguiram, excluído do texto final, que optou pela redação do artigo acima, fica clara a intenção do legislador. Não se deve ignorar que um dos métodos de interpretação da lei é exatamente o histórico, baseado na investigação dos antecedentes da norma, assim entendidos o projeto de lei, sua justificativa, exposição de motivos, discussão, emendas etc. Sob essa perspectiva a *ratio legis* foi, sem dúvida, no sentido de afastar o raio de incidência da Lei 9.099/95 dos crimes praticados contra a mulher com violência doméstica e familiar. Revela-se, desse modo, incompreensível a resistência de alguns que, investidos na condição de legisladores, insistem no entendimento de que a Lei 9.099/95 deva continuar sendo aplicadas às hipóteses de violência contra a mulher. (CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006**. Comentada artigo por artigo/Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. - São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 130/131).

¹² Ibope/Instituto Patrícia Galvão. **Percepção e reações da sociedade sobre a violência contra a mulher**, 2006. Disponível em: <<http://www.patriciagalvao.org.br/>>. Acesso em 25 jun 2007.

Lei dos Juizados para quaisquer crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, independentemente da pena cominada (art. 41). A Lei é enfática em rechaçar, também, a aplicação de penas de cesta básica ou prestação pecuniária (art. 17), o que se sabe era corrente nos Juizados.

A Lei nº 11.340/2006 é de uma clareza eloqüente, mostrando ao intérprete o caminho a ser trilhado e este caminho assinala, indubitavelmente, para a escolha de uma opção em que não se admite o tratamento jurídico estabelecido na Lei nº 9.099/95, que desenhou um microsistema específico para os crimes de menor potencial ofensivo.

Não são apenas os institutos despenalizadores que o legislador não quis aplicar. Afastou-se, em verdade, o microsistema jurídico dos crimes de menor potencial ofensivo, como reação à banalização gerada pelas composições acordadas nos Juizados para os casos de violência doméstica. O objetivo está patente: implantar um novo tratamento jurídico protetor dos direitos humanos da mulher vítima de violência doméstica, a partir de um novo paradigma que é a perspectiva de gênero, expurgando qualquer pressuposto teórico minimalista, mesmo para aquelas situações em que o crime ainda seja de menor potencial ofensivo (exs: ameaça, crimes contra honra).

No caso que se está examinado, a lesão corporal dolosa, mesmo de natureza leve, não é mais de menor potencial ofensivo, sendo inadequada, *a fortiori*, qualquer tentativa de aplicação da Lei nº 9.099/95, que só poderia incidir em termos despenalizadores no caso do instituto da suspensão condicional do processo. Para não deixar dúvida, entretanto, o legislador foi expresso e taxativo: não se aplica a Lei nº 9.099/95. determinando a aplicante do Pava inicialmente do Projeto de lei eliminava a aplicave se socorrer de todas as ferramenta

Na interpretação da norma não se pode esquecer, também, o elemento histórico. A intenção reguladora do legislador deve ser levada em conta e, assim, não há dúvida que o objetivo buscado foi adequar a legislação interna às obrigações internacionais assumidas pelo Brasil ao firmar tratados internacionais que cobrem a violência contra a mulher.¹³

Ainda que se venha a alegar que a lei tem caráter penal simbólico, como elucida Fernando Vernice dos Anjos, a Lei nº 11.340/2006 não é “*meramente simbólica*, mas a *princípio simbólica*, na medida em que sua parte penal reforça um plano maior de atuação estatal” (grifos do autor).¹⁴ Segundo o referido comentarista: “a lei conseguiu conciliar o caráter intrinsecamente simbólico das normas penais com o contexto democrático e funcionalmente orientado.”¹⁵

Em verdade, o que não se percebeu ainda, ou se finge não notar, é que a Lei Maria da Penha é a resposta, em primeiro lugar, às obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro com a eliminação de qualquer forma de discriminação e violência contra a mulher, em face dos documentos internacionais que assinou e se comprometeu a observar. Em segundo lugar, a lei interna é uma exigência de realização de um Estado democrático de direito que precisa incorporar a perspectiva de gênero e não se contenta mais com a igualdade meramente formal.

Não se pretende fazer uma análise aprofundada dos instrumentos internacionais de proteção da mulher, mas se restringindo a citar os dois mais importantes, a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher e a Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará), nota-se que ambos são tratados de direitos humanos endereçados à proteção das mulheres, aí consideradas como um grupo de pessoas que merece um sistema de defesa especial, que contemple as suas especificidades.

Especialmente a Convenção de Belém do Pará é muito incisiva em afirmar que “a violência contra a mulher constitui uma violação dos direitos humanos e das liberdades fundamentais e limita total ou parcialmente à mulher, o reconhecimento, gozo e exercício de tais direitos e liberdades”.¹⁶

Na parte final do art. 5º, da mesma Convenção está consignado, também, que os Estados-partes reconhecem que a violência contra a mulher impede e anula a fruição dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais por parte das mulheres.

Se ainda assim houvesse dúvida, a Lei nº 11.340/2006, reafirmando o seu compromisso perante a comunidade internacional e se adequando perfeitamente aos diplomas internacionais, estatui, no art. 6º, que “a violência doméstica e familiar contra a mulher constitui uma das formas de violação dos direitos humanos”.

A Lei Maria da Penha, portanto, precisa ser entendida e interpretada dentro de um contexto protetor dos direitos humanos, seja porque a violência contra a mulher no âmbito de uma relação doméstica, familiar ou íntima de afeto, atenta contra aqueles direitos mais essenciais da pessoa humana, seja porque a própria Constituição prevê que a dignidade da pessoa é um princípio fundamental do Estado brasileiro (art. 1º, III), assentado, também, no respeito aos direitos fundamentais (art. 5º).

¹³ LARENZ, Karl. *Metodologia da Ciência do Direito*. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997, p. 462 e 463.

¹⁴ ANJOS, Fernando Vernice dos. *Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 167 – Outubro – 2006, p. 10.

¹⁵ ANJOS, Fernando Vernice dos. *Idem*, *ibidem*.

¹⁶ Vide preâmbulo da Convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher (Convenção de Belém do Pará).

A violência doméstica e familiar tem causas profundas em nossa sociedade, sendo que a sua gênese para ser bem simplista, até porque este não é o objetivo deste artigo, se assenta no modelo patriarcal e machista, gerador de discriminação e desigualdade. Como reação a esse desequilíbrio nas relações de gênero, veio a Lei nº 11.340/2006 para tentar corrigir essa dívida histórica.

Por isso, é totalmente estéril qualquer argumentação de que a Lei Maria da Penha estaria interferindo na autonomia da vontade da mulher e na harmonia dos casais. Este argumento, que é sempre um dos primeiros a ser lançado na defesa dos agressores das mulheres, nasce com a mácula do “pecado original”, pois em matéria de direitos humanos nenhuma interpretação que busque vilipendiar ou diminuir esses direitos pode ser aceita. O raciocínio é justamente o inverso, e isso não precisaria sequer ser dito, pois o fim visado é a máxima efetividade dos direitos humanos e não a sua violação.

Quando um caso de violência doméstica ou familiar chega à porta de uma Delegacia e, posteriormente, às barras da Justiça, a mulher já foi vítima de agressões anteriores. Apenas para se ter uma leve noção da realidade acerca da violência contra a mulher no Brasil, com base em pesquisa apresentada em 2001 pela Fundação Perseu Abramo e que teve como universo as mulheres brasileiras de 15 anos de idade ou mais (61,5 milhões Censo IBGE 2000), colhem-se os seguintes dados, que demonstram o perfil da mulher agredida:

A projeção da taxa de espancamento (11%) para o universo investigado (61,5 milhões) indica que pelo menos 6,8 milhões, dentre as brasileiras vivas, já foram espancadas ao menos uma vez. Considerando-se que entre as que admitiram terem sido espancadas, 31% declararam que a última vez em que isso ocorreu foi no período dos 12 meses anteriores, projeta-se cerca de, no mínimo, 2,1 milhões de mulheres espancadas por ano no país (ou em 2001, pois não se sabe se estariam aumentando ou diminuindo), 175 mil/mês, 5,8 mil/dia, 243/hora ou 4/minuto - uma a cada 15 segundos.

Entre as mulheres que já sofreram espancamento, 1/3 (32%) afirma que isso só aconteceu uma vez, enquanto outras 20% diz ter ocorrido 2 ou 3 vezes. A declaração de espancamento por mais de 10 ou várias vezes é comum a 11% das mulheres que já passaram por isso, além de 15% que não determinam a quantidade, mas durante o tempo em que ficaram expostas a esse tipo de violência. Há mulheres que sofrem ou sofreram espancamentos por mais de 10 anos, ou mesmo durante toda a vida (4%, ambas).¹⁷

Stela Valéria Cavalcanti, em sua obra sobre violência doméstica, citando os dados de uma pesquisa realizada por Cecília P. Grossman e uma equipe de sociólogos em Buenos Aires, alerta que no universo de mulheres pesquisado na capital argentina, 88% declararam que as agressões de que foram vítimas foram presenciadas pelos filhos.¹⁸ Não há motivos para que se acredite que este dado possa ser muito diferente no caso Brasil, até por uma constatação empírica.

A afirmação, portanto, de que em prol da harmonização da família se poderia admitir a violação dos direitos humanos da mulher revela total desconhecimento da realidade sobre o tema.

As perguntas que se colocam são as seguintes: “O que se pretende proteger sob o mito da harmonia familiar?”; “Que entidade familiar é esta que o homem tem o direito de agredir sua companheira e, muitas vezes, essas agressões ocorrem até na frente dos filhos?”; “Por que preservar esta entidade familiar?”; “Será que o objetivo é, além das lesões físicas, o Estado contribuir para que os danos psicológicos, tanto das mulheres, quanto das crianças que vivem neste ambiente familiar, aumentem até se transformarem em traumas com seqüelas irreparáveis?”.

Os questionamentos são tantos que não se concebe como o discurso da harmonia da família possa contribuir, a não ser para banalizar a violência e dar nova chance a quem sempre agrediu sua companheira e não foi capaz sequer de respeitá-la e de respeitar seus filhos.

A nova oportunidade para o agressor existe, mas não pode ser mais aquela solução jurídica que era decorrente da sistemática dos Juizados Especiais e, como já demonstrado linhas atrás, severamente criticada e rejeitada pela sociedade.

Voltar a Lei dos Juizados em matéria de violência contra mulher é como fazer uma viagem à Era Pré-histórica. Para reforçar esse argumento, traz-se à baila o posicionamento de Aydete Viana¹⁹:

Letícia Massula adverte, com muita propriedade, que “dar o mesmo tratamento jurídico a um delito de trânsito e um delito decorrente de violência doméstica significa banalizar sobremaneira essa última.” Com efeito, a Lei 9099/95 encaixa-se muito bem à orientação da moderna Penologia, mas não serve como instrumento estatal para a coibição da violência no âmbito das relações familiares, constitucionalmente determinada.

¹⁷ **Violência contra a Mulher.** Fundação Perseu Abramo, 2001. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/nucleo/dados/pesquisa_p_abramo_violencia>. Acesso em 25 jun 2007.

¹⁸ CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/2006.** Bahia: Jus Podivm, 2007, p. 62.

¹⁹ LIMA, Aydete Vianna. **Contribuição da AMB sobre a resistência à exclusão da violência doméstica contra a mulher do âmbito da Lei 9099.** Disponível em <http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=260>. Acesso em 25/06/2007.

A hipótese da composição de danos civis em casos que tais aumenta o conflito psicológico em que se debate a vítima do crime, cuja configuração, por menor que seja a marca deixada no corpo, é de natureza grave, gravíssima. Nesse tipo, agressor e vítima emaranham-se em sentimentos de família, atuando nos moldes secularmente construídos por homens e para homens, restando para a mulher a humilhação e o medo. Que quantia reparará a sua humilhação frente aos filhos, à vizinhança, ao mundo? Sua renúncia ao direito de queixa ou representação despertará no agressor a consciência de que ele não é seu dono? Que ela não é um objeto de sua propriedade?

Nem transação penal, nem restrição de direitos, nem multas têm adiantado pontos positivos no combate à violência doméstica contra a mulher. Qualquer advogada ou advogado que lida com o Direito de Família e suas tangências com o Direito Criminal, já ouviu relatos de suas clientes sobre o cinismo com que a maioria dos agressores reage a penas restritivas de direitos. Não se trata de folclore a conhecida e desdenhosa alusão à “doação de cestas básicas.”

“A certeza da impunidade constitui o maior estímulo ao crime”, diz o velho aforismo jurídico. Há de ser maior a ameaça penal, há de ser mais visível a atuação do aparelho repressor do Estado para que se amenizem as estatísticas relativas a homicídios, ameaças, lesões corporais e demais expressões de crueldade contra a mulher.

Demonstrada, já, a gravidade que reveste o crime de lesão corporal na esfera da violência doméstica, malgrado a pena que lhe é cominada (detenção de 6 meses a 1 ano), urge sua retirada da ambiência da Lei nº 9099/95, para que o tratamento legal próprio, à vista de sua especificidade, lhe seja dado com vigor.

Com isso e, principalmente, com a criação de Varas Criminais Especiais de Crimes contra a Mulher e os outros mecanismos previstos no PL nº 4559, em trâmite no Congresso Nacional, o Brasil, por fim, entrará na rota internacional das ações de prevenção e diminuição da violência doméstica e de gênero.

A vontade da vítima, portanto, não pode mais obstar o processo e a razão é muito simples: **os direitos humanos são inalienáveis**. Logo, existe uma nova chance prevista na lei para o agressor, que não é mais a aquela da convivência dos familiares, da sociedade e, principalmente, do Estado, que na sistemática dos Juizados era totalmente omissa e o principal colaborador da violência, com a realização de acordos vergonhosos. Agora a solução jurídica é outra: ao ser condenado, o agressor será submetido a comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação.

Essa medida, em verdade, foi inserida pela Lei nº 11.340/2006, que acrescentou um parágrafo único, ao art. 152, da Lei de Execução Penal, para fazer prever uma nova modalidade de pena restritiva de direito de limitação de fim de semana.

Como é sabido, no caso de violência contra a mulher, em princípio, se veda a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Notadamente no caso em estudo, por força do que dispõe o art. 44, inciso I, do Código Penal, interpretado *a contrario sensu* não é de se admitir a substituição.

Não fica obstada, entretanto, a concessão do *sursis*, sendo que a limitação de fim de semana na nova modalidade (com comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação) pode e deve ser uma das condições impostas para a suspensão da pena.

Cumprir lembrar, também, que não sendo cabível o benefício do *sursis* nada impede que o sentenciado, que começar a cumprir a pena no regime aberto ou ingressar neste regime mais brando, tenha dentre as condições para a execução da pena uma condição especial que é o comparecimento obrigatório a programas de recuperação e reeducação. O art. 115 da Lei de Execução Penal prevê as condições gerais e obrigatórias para a concessão do regime aberto, sem prejuízo de condições especiais que podem ser estipuladas pelo juiz e que devem ser provocadas pelo Ministério Público.

Como se vê, a nova oportunidade para o agressor passa indiscutivelmente pela penalização, que não significa, obrigatoriamente, como muitos querem fazer crer, especialmente os arautos do discurso *ad terrorem*, que a pena imposta seja a prisão em regime fechado. Esta, aliás será a exceção.

Diante deste quadro, a lei não traz qualquer prejuízo à harmonia familiar, já que o marido agressor, se realmente tiver afeto por sua companheira e filhos, deverá reconhecer o seu erro, se reeducar e demonstrar o seu arrependimento, se submetendo aos programas de recuperação em prol do restabelecimento dos laços afetivos e da preservação da família.

A maior ameaça que a Lei nº 11.340/2006 sofre é o preconceito com que os próprios intérpretes tratam a questão da violência de gênero. Não é difícil ouvir aqueles que verberam contra o legislador, acusando-o de ter se intrometido nos assuntos familiares e prejudicar a harmonia das famílias brasileiras, afinal em “briga de marido e mulher ninguém mete a colher”.

Em verdade, esse discurso traz consigo forte carga ideológica, pois representa a defesa daquela parcela da sociedade que ainda se mantém fiel às suas raízes patriarcais, androcênticas, hierarquizadas e machistas. Para essa sociedade, que ainda corresponde a grande massa da nossa população, a mulher não tem direitos e, como é dito comumente, “gosta de apanhar”.

Para uma juíza, uma delegada, uma promotora de justiça, ou, poder-se-ia dizer, para a mulher socialmente colocada, talvez seja fácil bradar que a Lei Maria da Penha é uma grande “bobagem” e que o legislador se “meteu onde não devia”. É óbvio que a Lei da Maria Penha, para a mulher que apesar de todos os preconceitos e dificuldades conseguiu romper a barreira social e se tornar uma cidadã na melhor acepção que esta palavra possa ter, será, realmente, de pouca serventia. Essas mulheres, contudo, não devem esquecer que ainda são a minoria e que a realidade brasileira é outra. Logo, é preciso que, em alguns casos, as próprias mulheres também se livrem de preconceitos e apliquem a Lei, sempre em favor da reafirmação dos direitos humanos das mulheres.

Juízes, promotores de justiça, advogados, e outros aplicadores do direito também não podem permitir que os fatores culturais que contaminam o seu modo de pensar lhes influencie negativamente, favorecendo interpretações contrárias a finalidade da Lei e atentatórias aos direitos humanos.

Na medida em que o aplicador do direito cria mecanismos para transformar a Lei Maria da Penha em um ordenamento mais frágil do que o regramento que era previsto no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, o esforço legislativo terá sido em vão.

A prática já demonstra péssimos exemplos de como os intérpretes, e neste caso principalmente juízes e promotores, podem destruir um diploma que, em verdade, deveria ser uma grande alavanca para a diminuição das desigualdades em matéria de gênero.

A interpretação no sentido de que a ação penal nos crimes de lesões corporais permanece condicionada à representação é um desses exemplos, pois malferir os direitos humanos.

Quanto a este ponto, vale registrar que o Tribunal de Justiça do Estado do Acre, através da sua Câmara Criminal, analisando esta mesma questão, sufragou o entendimento de que a ação penal nos crimes de lesão corporal praticados contra a mulher, no contexto de violência doméstica ou familiar, é de iniciativa pública condicionada à representação.²⁰

Trata-se, obviamente, de interpretação contrária a que se propõe neste estudo e, portanto, insustentável sob a perspectiva de garantia e promoção dos direitos humanos da mulher, sem mencionar que representa um perigoso precedente quanto aos limites da legitimidade da atuação do Ministério Público nesses casos.

Outra situação, que se teve notícia, é a designação de audiência para os fins do art. 16, da Lei, com o objetivo de constranger a vítima para que esta afirme diante do juiz se realmente insiste na representação, sem que para tanto tenha ocorrido qualquer manifestação sua anterior neste sentido.

Muitas vezes, até o advogado do próprio agressor é que faz o contato com a vítima, em seguida constrange a ofendida a se retratar e depois peticiona em juízo pedindo a designação da audiência. Trata-se de postura sem qualquer ética, pois os interesses da vítima e do agressor são contrapostos.

A designação de ofício de audiência pelo juiz, também, é procedimento inadequado, pois movido pela intenção de diminuir a carga processual, acaba inovando no procedimento e provocando a retratação da vítima, que constrangida finda por se desdizer, tudo isso debaixo dos olhos insensíveis do Ministério Público. Força-se a vítima a dispor daquilo que é inalienável.

²⁰ Processo n. 2007.001449-5 Inquérito

Distribuição: DES. SAMOEL EVANGELISTA, por Prevenção de Magistrado em 22/05/2007 às 15:21

Órgão Julgador: TRIBUNAL PLENO

Origem: Rio Branco / null 720/2007

Objeto da Ação: Penal. Processual Penal. Medida Protetiva de Urgência. Crime Contra a Pessoa. Lesões Corporais. Violência Doméstica.

Última Movimentação: 11/07/2007 às 16:18 - Conclusos ao Desembargador Relator *Para lavratura do Acórdão.*

Última Carga: Origem: Distribuidor Remessa: 11/07/2007

Destino: Samuel Martins Evangelista Recebimento: 11/07/2007

Participação Partes ou Representantes.

Autor: C. G. do M. P. do E. do A.

Proc. Justiça: Flavio Augusto Siqueira de Oliveira

Indiciado: O. D. A. L. N.

Advogado: Ruy Alberto Duarte

Indiciada: S. L. A.

Movimentação (Todas)

11/07/2007 às 16:18 Conclusos ao Desembargador Relator *Para lavratura do Acórdão.*

11/07/2007 às 16:02 Juntada aos autos certidão de julgamento da 18ª Sessão Ordinária do Pleno do Tribunal.

11/07/2007 às 09:00 Processo Julgado Para o dia 11.7.2007, Pleno do Tribunal. Rejeitou-se a denúncia à falta de condição de procedibilidade, nos termos do art. 43, inc. III, última parte do CPP. Decisão unânime? Julgamento presidido pela Desembargadora Izaura Maia, Presidente. Da votação participaram os Desembargadores Eva Evangelista, Miracele Lopes, Arquilau Melo, Feliciano Vasconcelos, Samoel Evangelista (Relator) e Pedro Ranzi. Ausente, justificadamente, o Desembargador Francisco Praça. Presente o Procurador de Justiça Sammy Barbosa Lopes.

11/07/2007 às 08:52 Devolvido pelo Gabinete do Desembargador Relator

11/07/2007 às 08:51 Remessa à Diretoria Judiciária

09/07/2007 às 13:00 Publicada Pauta de Julgamento Diário da Justiça n. 3.503, de 09.07.2007, à fl. 4. Disponível em: <http://www.tj.ac.gov.br/cposg/pcpoSelecaoProcesso2Grau.jsp>. Acesso em 06/08/2007.

O sinal de alerta está ligado e não se pode ser conivente com estas situações, principalmente o Ministério Público que tem como função institucional precípua a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

É preciso compreender que existe um desequilíbrio nas relações entre homem e mulher, ressaltando-se, mais uma vez, que não se pode esquecer da representação real desta situação. A grande massa das mulheres está em situação de desnível, seja nas relações sociais, seja nas relações familiares. Pertencem, portanto, a um grupo vulnerável que merece tutela jurídica. Não se pode pensar como elite. Em matéria de gênero, não há espaço para egoísmo ou pensamentos individualistas.

Como esclarece Flávia Piovesan: “as mulheres devem ser vistas nas especificidades e peculiaridades de sua condição social. Importa o respeito à diferença e à diversidade, o que lhes assegura um tratamento especial”.²¹

O que os agentes jurídicos muitas vezes se esquecem é que os direitos humanos são construídos e que neste processo de construção ou afirmação histórica dos direitos humanos o intérprete pode exercer um papel privilegiado. Por isso, ao se aplicar a Lei Maria da Penha o intérprete pode seguir a senda escura que leva a perpetuação da situação de desigualdade que existe atualmente ou trilhar o caminho da afirmação dos direitos humanos da mulher, em um esforço para dignificar este grupo vulnerável.

II - CONCLUSÃO

Dessa forma, é inaceitável que diante de um diploma que tenha vindo a lume justamente para promover os direitos humanos de um grupo de pessoas que precisa de uma tutela especial o intérprete estabeleça construções que levem a negação desses direitos fundamentais.

Entender, apesar de toda a clareza do art. 41 da Lei nº 11.340/2006, que veda a aplicação da Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar, que a iniciativa da ação penal fica ainda dependente da representação nos crimes de lesão corporal, é um retrocesso e não contribuirá para a afirmação dos direitos humanos das mulheres.

Ninguém é tolo de pensar que a Lei resolverá os problemas de violência contra a mulher. Sabidamente o empoderamento das mulheres não será alcançado apenas através de leis, mas com ações bem mais amplas, que envolvem políticas públicas e a sociedade.

Os agentes jurídicos, porém, devem ter consciência do papel importante que exercem neste momento e ao invés de desconstruir os direitos humanos das mulheres devem fazer a sua parte e tomar aquela decisão “conjunta que garante a todos direitos iguais”²².

A proclamação dos direitos humanos da mulher em um texto constitucional, reafirmada em uma lei infraconstitucional, é valiosa sob o ponto de vista normativo, mas não se pode fugir à constatação de Norberto Bobbio²³, segundo a qual, na atualidade, o problema fundamental em relação aos direitos humanos não é justificá-los, mas protegê-los.

É necessário, portanto, que os agentes jurídicos compreendam o relevante papel que desempenham na promoção dos direitos humanos das mulheres e assumam o seu dever constitucional de proteção e defesa desses direitos. Em suma, por mais óbvio que esta afirmação possa parecer, a Lei Maria da Penha deve ser interpretada conforme os direitos humanos previstos na Constituição e assegurados também pela ordem internacional. Logo, a ação penal nos crimes de lesão corporal leve ou culposa cometidos no contexto de violência doméstica ou familiar é de iniciativa pública incondicionada.

III - BIBLIOGRAFIA

- 1) AMICO, Carla Campos. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher: Necessidade de Representação da Vítima em Caso de Lesão Corporal Leve e Culposa**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 170 – Janeiro – 2007.
- 2) ANJOS, Fernando Vernice dos. **Direito penal simbólico e lei de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 167 – Outubro – 2006.
- 3) BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- 4) CAVALCANTI, Stela Valéria Soares de Farias. **Violência doméstica – análise da Lei “Maria da Penha”, nº 11.340/2006**. Bahia: Jus Podivm, 2007.
- 5) CUNHA, Rogério Sanches. **Violência doméstica (Lei Maria da Penha): Lei 11.340/2006**. Comentada artigo por artigo/Rogério Sanches Cunha, Ronaldo Batista Pinto. - São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

²¹ PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 2006.

²² LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.150.

²³ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 8. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 24.

- 6) DIAS, Maria Berenice. **Violência Doméstica: Uma Nova Lei Para Um Velho Problema**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 168 – Novembro – 2006.
- 7) FULLER, Paulo Henrique Aranda. **Aspectos Polêmicos da Lei de Violência Doméstica ou Familiar Contra a Mulher (Lei nº 11.340/06)**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 171 – Fevereiro – 2007.
- 8) Ibope/Instituto Patrícia Galvão. **Percepção e reações da sociedade sobre a violência contra a mulher**, 2006. Disponível em: <<http://www.patriciagalvao.org.br/>>. Acesso em 25 jun. 2007.
- 10) JOVELI, José Luiz. Breves considerações acerca da Lei nº 11.340/2006. A questão da representação da ofendida. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1140, 15 ago. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8809>>. Acesso em: 11 mar. 2007.
- 11) KARAM, Maria Lúcia. **Violência de gênero: o paradoxal entusiasmo pelo rigor penal**. Boletim IBCCRIM – Ano 14 – Nº 168 – Novembro – 2006.
- 12) LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hanna Arendt**. São Paulo: Companhia das letras, 2006.
- 13) LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. 3. ed. Trad. José Lamego. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1997.
- 14) LIMA, Aydeté Vianna. **Contribuição da AMB sobre a resistência à exclusão da violência doméstica contra a mulher do âmbito da Lei 9099**. Disponível em: <<http://www.patriciagalvao.org.br/apc-aa-patriciagalvao/home/noticias.shtml?x=260>>. Acesso em: 25 jun. 2007.
- 15) PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 2ª ed. São Paulo: Max Limonad, 2003.
- 16) **Violência contra a Mulher**. Fundação Perseu Abramo, 2001. Disponível em: <http://www.presidencia.gov.br/estrutura_presidencia/sepm/nucleo/dados/pesquisa_p_abramo_violencia>. Acesso em: 25 jun. 2007.

A SOBERANIA DOS VEREDICTOS E A CASSAÇÃO PARCIAL DAS DECISÕES PROFERIDAS PELO TRIBUNAL DO JÚRI

Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira¹

Promotor de Justiça/RJ

I. INTRODUÇÃO

O Tribunal do Júri foi instituído no Brasil quando ainda éramos colônia lusitana, por meio da edição da Lei de 18 de Junho de 1822, com competência para julgar os crimes de imprensa. Posteriormente, a instituição em tela adquiriu *status* constitucional, tendo sido prevista expressamente ao longo de todas as Cartas Políticas editadas no país, exceto na Constituição de 1937. Todavia, a despeito da sobredita omissão constitucional, o entendimento que à época prevaleceu foi no sentido de permanecer o Tribunal do Júri inserido em nosso ordenamento jurídico, o que se consolidou com a edição do Decreto-Lei n.º 167, de 05 de Janeiro de 1938, que regulamentou o órgão jurisdicional em apreço.²

Atualmente, a Instituição do Júri ostenta natureza jurídica de garantia fundamental do cidadão, prevista no art. 5º, XXXVIII, alíneas *a/d*, da Constituição Federal. Referido dispositivo traça as linhas mestras do Júri, elencando os princípios que o informam, quais sejam, a plenitude de defesa, o sigilo das votações, a competência mínima para julgar crimes dolosos contra a vida e a soberania de seus veredictos, sendo este último princípio o que apresenta especial relevo para o presente estudo.

Pretende-se, através deste singelo trabalho, após serem tecidas algumas breves considerações acerca do princípio constitucional da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, analisar seus reflexos práticos nas apelações interpostas em face das referidas sentenças, especialmente quando a motivação do apelo for a manifesta contrariedade da deliberação dos Jurados em cotejo às provas carreadas ao feito, com fulcro no artigo 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, concluindo-se acerca da eventual possibilidade de se admitir a cassação meramente parcial do decisório combatido, pelo órgão *ad quem*, nas situações em que houver pluralidade de fatos criminosos distintos, ou nas hipóteses de concurso de agentes.

II. DO PRINCÍPIO DA SOBERANIA DOS VEREDICTOS

A Carta Magna de 1946 foi o primeiro texto a contemplar expressamente em nosso ordenamento o princípio da soberania dos veredictos, embora alguns sustentassem sua existência antes mesmo da promulgação da mencionada Constituição. Posteriormente, o princípio em análise também foi previsto na Carta de 1967. Contudo, com a edição da E.C. n.º 1 de 1969, o legislador ao tratar do Júri omitiu a garantia em testilha, ao que tudo indica propositalmente. Não obstante, as decisões dos jurados permaneceram soberanas, haja vista que ao tempo já vigia o Código de Processo Penal atual, o qual garante a referidos decisórios o caráter de supremacia, na medida em que limita as hipóteses em que são os mesmos passíveis de impugnação via apelação. Por fim, com a promulgação da C.F. de 1988, o Constituinte novamente trouxe à baila, de forma expressa, a garantia epigrafada.

Nas precisas lições de **Antônio Carlos da Ponte** e **Pedro Henrique Demercian**, "*a soberania dos veredictos é uma das características essenciais do Tribunal do Júri conferida pela Constituição Federal (art. 5º, inc. XXXVIII), representando a própria essência da instituição. Júri sem soberania é corpo desprovido de alma,*

¹ Fabiano Gonçalves Cossermelli Oliveira é Promotor de Justiça, integrante dos quadros do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

² NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri- Princípios Constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999, p. 36/47.

*instituição inútil. (...) a soberania dos veredictos impede que, em grau de recurso, o Tribunal se substitua aos jurados, condenando ou absolvendo o acusado”.*³

Convém salientar, entretanto, que diante do princípio da unidade constitucional, do qual decorre a teoria da relatividade das liberdades públicas, nenhum princípio emanado de nossa Lei Maior pode ser encarado em caráter absoluto, exatamente para que se viabilize a coexistência harmônica de todos os preceitos em um único sistema, havendo hipóteses em que determinado princípio deverá ser mitigado no caso concreto, justamente para admitir a incidência de outro de maior relevância específica, norteando este juízo de valor os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade.

A máxima contida no sobredito parágrafo também se aplica ao princípio da soberania dos veredictos, que deve ser compreendido em cotejo com as demais garantias constitucionais, de forma a lhe ser negada interpretação literal que conduza ao absurdo e a arbitrariedade.

Neste sentido é o escólio de **Adriano Marrey**: “(...) não são os jurados ‘onipotentes’, com o poder de tornar o quadrado redondo e de inverter os termos da prova. Julgam eles segundo os fatos objetos do processo; mas, exorbitam, se decidem contra a prova. Não é para facultar-lhes a sua subversão que se destina o preceito constitucional”.⁴

Na esteira do raciocínio supra consignado, dispõe o artigo 593, inciso III, alínea *d*, do C.P.P., que as decisões do Conselho de Sentença que contrariarem **manifestamente** a prova dos autos desafiarão o recurso de apelação. O parágrafo 3º do mesmo dispositivo consigna que se o Tribunal *ad quem* der provimento ao apelo, submeterá o sentenciado a novo julgamento perante o Corpo de Jurados.

Desta forma, quer nos parecer que referido dispositivo legal encontra-se em absoluta consonância com a ordem constitucional vigente, na medida em que impede a perpetuação de arbitrariedades praticadas pelo Tribunal do Júri, viabilizando a cassação de decisões manifestamente contrárias à prova dos autos, mitigando ligeiramente o princípio da soberania dos veredictos, com vistas a salvaguardar outros preceitos especificamente mais caros à sociedade, devolvendo a apreciação da causa ao Corpo de Jurados, em solução tendente a harmonizar a aplicação dos termos da Magna Carta.

Neste sentido é a posição pacificada no colendo Supremo Tribunal Federal, a exemplo do trecho de acórdão abaixo transcrito:

“(...) 1- Recurso extraordinário. Processo penal. Tribunal do Júri. 2. Decisão absolutória do Tribunal do Júri cassada; acusado remetido a novo julgamento. 3. Decisão do conselho de sentença que colidiu com as provas técnica e testemunhal legitimamente produzidas, de maneira a consistir a tese da legítima defesa em versão absolutamente inaceitável. 4. Inexistência, no acórdão, de dupla versão exposta. A posição do réu é isolada e não pode efetivamente se pôr em confronto valorativo com a versão acolhida pelo aresto, com apoio na prova testemunhal e técnica. Hipótese em que a incidência do art. 593, III, d), do CPP, não contraria o preceito maior do art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição, quanto à soberania do Júri, nos termos em que essa há de entender-se dentro do nosso sistema jurídico. 5. Incabível, ademais, reexame da prova dos autos. Súmula 279. 6. Recurso extraordinário não conhecido” (grifos nossos).⁵

Outro não é o entendimento tranqüilo esposado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

“(...) I - Quando a decisão do Conselho de Sentença do Tribunal do Júri é manifestamente contrária à prova dos autos, a sua cassação pelo e. Tribunal de Justiça não viola a soberania dos veredictos. (Precedentes). II - Se o e. Tribunal a quo, após a análise do acervo probatório conclui que a versão sustentada pela defesa e acolhida pelos jurados se mostrava inteiramente dissociada das provas dos autos, não se pode daí extrair a conclusão de que haveria, neste caso, malferimento à soberania dos veredictos, a teor do disposto no art. 593, III, d, do CPP (Precedentes). Recurso especial desprovido”.⁶

Encerrando o presente tópico, conclui-se pela constitucionalidade da cassação pelo órgão recursal, em sede de apelação, das decisões emanadas do Tribunal do Júri que se encontrem em absoluta dissonância dos elementos probatórios carreados aos autos, na forma do artigo 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, restando-nos apreciar a possibilidade de cassação parcial dos sobreditos decisórios, nas hipóteses em que se vislumbra a pluralidade de fatos criminosos, ou o concurso de agentes no caso concreto.

³ PONTE, Antônio Carlos; DEMERCIAN, Pedro Henrique. Teoria e Prática do Júri. São Paulo: CPC, 2005, p. 13.

⁴ MARREY, Adriano. Teoria e Prática do Júri. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 101.

⁵ RE 166896/RS. 2ª Turma. Relator Ministro Néri da Silveira. Julgado em 26/03/2002. DJ 17/05/2002, PP 00073.

⁶ REsp 886887/SE. 5ª Turma. Relator Ministro Felix Fisher. Julgado em 17/04/2007. DJ 04/06/2007 p. 423.

III. DA POSSIBILIDADE DE CASSAÇÃO PARCIAL DAS DECISÕES DO TRIBUNAL DO JÚRI

Questão relevante, e objeto principal destes breves apontamentos, se vislumbra nas situações em que ao Tribunal do Júri é submetido a apreciação causa contendo pluralidade de infrações conexas, sejam ou não todas dolosas contra a vida, ou nas hipóteses em que o Júri Popular deva julgar multiplicidade de acusados que agiram em concurso de agentes, apresentando-se cabível a interposição do recurso de apelação previsto no artigo 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal.

Nestes casos, afigura-se perfeitamente possível que a decisão dos jurados tenha contrariado manifestamente as provas dos autos exclusivamente no que concerne a uma das infrações conexas, estando a deliberação no que tange às demais em consonância com os elementos probatórios constantes do feito. Por outro lado, também se apresenta crível que a manifestação do Conselho de Sentença seja injusta em relação a um dos co-réus, e absolutamente justa quanto aos demais.

Visando esclarecer as possibilidades acima apresentadas, vejamos os seguintes exemplos:

- a) "A" é pronunciado pela prática dos crimes de homicídio simples e porte ilegal de arma de fogo, havendo provas suficientes acerca da autoria e materialidade da primeira infração, não se podendo dizer o mesmo quanto à segunda, que não se encontra alicerçada em meios de provas razoáveis. Entretanto, o Tribunal do Júri o condena nos exatos termos do libelo, havendo a interposição pela defesa do competente recurso de apelação, impugnando integralmente referido decisório, sob o fundamento de sua manifesta contrariedade no que tange às provas dos autos;
- b) "A" e "B" são pronunciados pela prática de homicídio simples, em concurso de agentes, havendo em relação ao primeiro co-réu prova cabal de sua autoria, ao passo que em relação ao outro não há esta mesma comprovação. Todavia, o Tribunal do Júri condena ambos, na forma do libelo, tendo a defesa comum apelado em favor dos dois sentenciados, sob o mesmo argumento acima referido, qual seja, a absoluta dissonância da decisão dos jurados da prova trazida ao feito.

Em situações como estas, como deve proceder o órgão *ad quem* na apreciação das respectivas apelações: Deverá ser considerada a unidade de processo e julgamento, preconizada pelo artigo 79 do Código de Processo Penal para as hipóteses de conexão e continência, cassando-se *in totum* a decisão do Tribunal do Júri, ou haverá a possibilidade de se cassá-la parcialmente, tão somente no que concerne ao tópico que afrontou manifestamente as provas dos autos? Vejamos.

Na primeira hipótese acima apresentada, na qual os jurados deliberaram sobre mais de uma infração penal conexa, em sendo perfeitamente viável a cassação do julgado de primeiro grau não nos afigura razoável cassá-lo em sua totalidade, haja vista que parte da decisão recorrida não se mostra maculada pelo vício do autoritarismo, de forma que não se sujeita à revisão em segundo grau, nos termos do art. 593, III, alínea *d*, do C.P.P.

Com efeito, consoante esposado em linhas anteriores, a admissão da interposição do recurso de apelação sob o fundamento em testilha apresenta-se como manifesta exceção ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, que diante do aparente conflito com outras garantias fundamentais de maior relevância se vê compelido a ceder, ainda que em breves linhas, restabelecendo-se em parte mediante a remessa do feito a nova apreciação por parte do próprio Tribunal do Júri, embora a força de sua primeira deliberação tenha sido rechaçada.

Sendo assim, considerando o caráter excepcional do recurso em comento, inegável que a ele deva ser conferida interpretação restritiva, sendo esta uma premissa essencial em hermenêutica, razão pela qual toda e qualquer inteligência extensiva que se pretenda a ele atribuir estará em contrariedade expressa com a Constituição Federal, vulnerando de modo desnecessário o princípio da soberania dos veredictos do Tribunal do Júri, previsto em seu artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea *c*.

Por esta razão, na hipótese supra contemplada nos parece mais adequado à ordem constitucional vigente a cassação parcial da decisão dos jurados, devolvendo a apreciação deste órgão tão somente a parcela da causa que foi objeto de deliberação manifestamente contrária às provas coligidas, mantendo-se íntegra e perfeita a parcela do julgamento que encontrou, ainda que em parte, arrimo nos elementos probatórios referidos, realizando-se novo plenário para apreciar unicamente parte da imputação inicial, podendo, inclusive, haver sessão destinada a julgar exclusivamente delito não inserido na competência originária do Júri, em razão da primária conexão.

Julio Fabbrini Mirabete corrobora sobredito entendimento:

"Havendo hipótese de crimes conexos de competência do Tribunal do júri, com quesitos formulados em séries apartadas e independentes, pode o tribunal, em grau recursal, reconhecer a nulidade parcial do julgamento, em relação apenas a um dos delitos, com realização de novo julgamento quanto a ele, mantida a decisão no que respeita ao outro"⁷.

⁷ MIRABETE, Julio Fabbrini. Processo Penal. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004, p. 697.

No mesmo sentido já se manifestou, por reiteradas vezes, nossos Tribunais Superiores, em especial o colendo Supremo Tribunal Federal, conforme se extrai dos seguintes trechos de acórdão:

*“Júri. Concurso material de crimes contra a vida. Vício restrito ao questionário relativo a um dos crimes. Validade da anulação parcial do julgamento. Votação: unânime. Resultado: conhecido em parte e indeferido”.*⁸

“Processo penal. Homicídio doloso e tentativa de homicídio. Co-autoria. Acórdão, em apelação, que anulou a decisão do júri, determinando a submissão dos réus a novo julgamento. Recurso extraordinário provido, por decisão desta turma, para que fosse renovado o julgamento das apelações pela turma julgadora, do egrégio Tribunal de Justiça, nos termos em que foram propostas. Provida a apelação do Ministério Público e seus assistentes, para submeter-se o réu Emmanuel Pereira Caldas a novo julgamento pelo júri, em relação a tentativa de homicídio (art. 593, III, d, do CPP), foi impetrado o presente habeas corpus sob alegação de afronta ao art. 79 do CPP. Não se configura vulneração a regra geral da competência, por conexão. O respeitável acórdão podia prover o recurso parcial do Ministério Público e seus assistentes para submeter o réu a novo júri quanto a tentativa de homicídio, mantendo a condenação pelo homicídio consumado. Não se deve perder de vista que os crimes foram praticados em concurso material (art. 51 do CP), sendo juridicamente viável a repetição do julgamento pelo júri apenas em relação a decisão considerada manifestamente contrária a prova dos autos como ocorreu no caso. Se a parte conformou-se com a condenação do réu pela prática do homicídio doloso, nada impedia o recurso de apelação quanto a tentativa de homicídio (art. 593, III, d, do CPP). E oportuno frisar que, no caso, cuida-se de concurso material de delito. Denegação do pedido, por maioria de votos” (grifos nossos).⁹

No mesmo sentido é a posição sustentada pelo colendo Superior Tribunal de Justiça:

“(...) Na hipótese de crimes conexos em que a prova de uma infração não influi na da outra, ante a autonomia dos delitos, pode o Tribunal, em grau recursal, reconhecer a nulidade parcial do julgamento, em relação apenas a um dos delitos, com realização de novo julgamento quanto a ele, mantendo a decisão no que diz respeito aos demais delitos (...)”.¹⁰

“Penal - júri - crimes conexos - legítima defesa em relação a um deles - apelação do Ministério Público com preliminar de nulidade e de mérito sobre a excludente de criminalidade - anulação, pelo Tribunal de Justiça, de todo o julgamento, com determinação de novo júri para todos os delitos - independência e separação dos julgamentos. Ocorrendo mais de uma imputação, haverá de ser apreciada cada uma delas, por si só, figuras autônomas que são, sem vez para que a nulidade advinda da não apreciação de uma ou mais delas atinja o que já foi decidido. Acórdão anulado para que o Tribunal de Justiça aprecie o mérito do apelo do Ministério Público”.¹¹

“Processual Penal. Julgamento do Tribunal do Júri. Recurso da acusação. Anulação parcial do decisum. Julgamento extra petita. Inocorrência. Atacada a decisão do Tribunal do Júri por recurso do Ministério Público, sob o argumento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, inexistente nulidade no acórdão que lhe dá provimento e determina seja o réu submetido a novo julgamento. Se o recurso atacou o resultado do júri popular somente em relação a um dos delitos, a anulação parcial do julgamento não consubstancia decisão extra petita. Habeas-corpus denegado”.¹²

“Processual penal - júri - homicídio, estupro e ocultação de cadáver - crimes conexos - determinação de novo julgamento somente em relação a um dos delitos - possibilidade. Na hipótese de crimes conexos em que a prova de uma infração não influi na da outra, pode o

⁸ HC 68069/SP. Primeira Turma. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. Julgado em 28/08/1990. DJ 21/09/1990, pp 09783.

⁹ HC 63292/RJ. Segunda Turma. Relator Ministro Djaci Falcão. Julgado em 10/12/1985. DJ 16/05/1986, pp 08183.

¹⁰ HC n° 13770/RJ, Sexta Turma, relator Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 13.02.2001, DJ 13.08.01, p. 281.

¹¹ REsp 392/SP. 5ª Turma. Relator Ministro Edson Vidigal. Julgado em 21/05/1990. DJ 20/08/1990 p. 7970.

¹² HC n° 10188/MT, Sexta Turma, relator Ministro Vicente Leal, julgado em 02.03.2000, DJ 27/03/2000, p. 136.

*Tribunal a quo, em sede recursal, reconhecer a nulidade parcial do julgamento, em relação a apenas um dos delitos, determinando-se a realização de novo julgamento quanto a ele. Precedentes. Ordem denegada”.*¹³

*“Criminal. HC. Homicídio qualificado. Júri. Anulação parcial do julgamento. Submissão a nova sessão plenária. Concurso material. Condutas autônomas. Delitos independentes. Possibilidade. Ordem denegada. Hipótese onde se alega nulidade no acórdão do Tribunal Estadual que anulou parcialmente a decisão do Júri Popular, determinado a submissão do acusado a novo julgamento somente em relação a alguns dos crimes praticados. Entendendo o Tribunal a quo pela existência de nulidade em uma ou mais séries de quesitos, pode anulá-los sem interferir na quesitação dos demais delitos, que permanecem coerentes e válidos. O paciente foi denunciado pela prática de crimes em concurso material, considerando-se cada uma das ações uma conduta autônoma, podendo parte do julgado ser mantida e outra parte ser anulada. Precedentes. Ordem denegada”.*¹⁴

Registre-se, ainda, que sobre os fatos relativos ao delito apreciado pelos jurados em consonância com as provas dos autos, exatamente por não se enquadrarem na hipótese que admite a interposição do recurso em tela, recai o manto da coisa julgada, tornando-os insuscetíveis de discussão pelo órgão *ad quem*, ressalvadas as hipóteses contempladas em lei, tais como o ajuizamento de revisão criminal a favor do acusado.

Prósseguindo no estudo do objeto deste artigo, passemos a enfrentar situação diversa daquela proposta até o presente momento, na qual dois ou mais acusados respondem pela prática de um mesmo crime doloso contra a vida, em concurso de agentes, seja ou não em concurso com outras infrações penais.

Nestes casos, verificando-se que a decisão dos jurados afrontou manifestamente as provas dos autos com relação a apenas um dos réus, tendo sido perfeita no que tange aos demais, eis que havia absoluta independência entre os elementos probatórios relativos a cada agente, parece-nos que o raciocínio principal acima esposado se aplica perfeitamente à espécie, devendo na hipótese de eventual recurso haver unicamente a cassação parcial do julgado, apenas no que concerne a sua parcela arbitrária, mantendo-o íntegro em seus demais tópicos, atendendo-se, conforme já salientado, ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.

Frise-se que os entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acima transcritos do mesmo modo se aplicam a presente proposição.

Saliente-se que, no que concerne aos fatos praticados pelos acusados cujo tópico da decisão do Júri Popular se encontrou adequado às provas dos autos, também restará formada a coisa julgada material, se tornando a questão insuscetível de apreciação pelo órgão recursal, a não ser através das vias legais existentes, como, por exemplo, o ajuizamento de revisão criminal.

Em suma, afigura-nos essencial o reconhecimento da possibilidade de se cassar parcialmente, em grau de recurso, decisões proferidas pelos jurados em primeiro grau, nas hipóteses em que se verificar a pluralidade de fatos criminosos distintos, ou mesmo a multiplicidade de agentes processados em concurso, desde que a respectiva mácula incida especificamente em parcela cindível do julgamento, atendendo-se, destarte, ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, evitando-se sua mitigação além do necessário à sua convivência harmônica com outras garantias de igual envergadura, hipótese que se não respeitada daria azo à presença de vício insanável de inconstitucionalidade.

IV. CONCLUSÕES

Diante de todas as considerações acima esposadas, conclui-se:

1. A possibilidade de cassação das decisões emanadas do Tribunal do Júri diante da interposição do recurso de apelação, com fundamento em sua manifesta contrariedade frente às provas carreadas aos autos, na forma do artigo 593, inciso III, alínea *d*, do Código de Processo Penal, afigura-se como válida exceção ao princípio constitucional da soberania dos veredictos, na medida em que este, assim como os demais princípios constitucionais, jamais podem ser encarados como preceitos absolutos, devendo ceder em determinadas hipóteses de modo a coexistir de forma harmônica com outras garantias de igual ou superior importância, aplicando-se neste juízo de valoração os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade;
2. Nas hipóteses em que for submetido a apreciação do Tribunal do Júri mais de um infração penal em razão de conexão, a contrariedade da decisão dos jurados em face das provas constantes dos autos exclusiva-

¹³ HC nº 30004/RS, Quinta Turma, relator Ministro Jorge Scartezini, julgado em 21/10/2003, DJ 15/12/2003, p. 338.

¹⁴ HC nº 48578/SP, Quinta Turma, relator Ministro Gilson Dipp, julgado em 12/06/2006, DJ 01/08/2006, p. 472.

- mente com relação a uma delas autoriza a parcial cassação do julgado, em sede de apelação, pelo órgão *ad quem*, trazendo a novo julgamento apenas o fato criminoso objeto de decisão arbitrária, mantendo-se íntegra a parcela do julgado relativa a infração examinada com base nos elementos de prova referidos;
3. Nas hipóteses em que for submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri uma pluralidade de acusados, os quais respondem a uma ou mais infrações em concurso de agentes, a contrariedade da decisão dos jurados em face das provas constantes dos autos exclusivamente com relação a um dos co-réus autoriza a parcial cassação do julgado, em sede de apelação, pelo órgão *ad quem*, trazendo a novo julgamento tão somente o agente cuja conduta foi objeto de julgamento arbitrário, mantendo-se íntegra a parcela da decisão relativa aos demais acusados cujas condutas foram apreciadas conforme os elementos probatórios referidos;
 4. Nas situações contempladas nos itens 2 e 3 supra, a parcela do julgamento do Tribunal do Júri que encontrar arrimo, ainda que parcial, nos elementos de prova carreados aos autos, e que, destarte, não for objeto de recurso, se sujeitará à formação da coisa julgada material, tornando-se, assim, insuscetível de apreciação pelo órgão recursal, ressalvadas as hipóteses contempladas pelo ordenamento vigente, como, por exemplo, o ajuizamento de revisão criminal.

Referências Bibliográficas

- MARREY, Adriano. *Teoria e Prática do Júri*. 7ª Edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 16ª Edição. São Paulo: Atlas, 2004.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Júri- Princípios Constitucionais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- PONTE, Antônio Carlos; DEMERCIAN, Pedro Henrique. *Teoria e Prática do Júri*. São Paulo: CPC, 2005.

AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE. POSIÇÃO DA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA

Geraldo Batista de Siqueira, Marina da Silva Siqueira, Benedito Xavier Torres

Procurador de Justiça/GO, Promotora de Justiça/GO, Procurador de Justiça/GO

SUMÁRIO

1. A Titularidade da Ação Penal Pública. Titularidade Conferida ao Ministério Público.
2. Titularidade da Ação Penal Pública na Instância Inicial e na Instância Superior
3. Arquivamento de Peças Informativas – Titularidade. Legitimidade.
4. Atuação do Procurador-Geral no Procedimento de Arquivamento. Supressão de Instância.
5. Arquivamento. Princípio da Insignificância. Atuação do Ministério Público, em Razão Desse Fundamento.
6. Arquivamento Ex-Officio.
7. Conclusões.

1. A TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA. TITULARIDADE CONFERIDA AO MINISTÉRIO PÚBLICO

A titularidade da ação penal pública, a partir do advento da Constituição Federal de 18/10/88, passou, em caráter de exclusividade, para a iniciativa do Ministério Público, de modo, o mais explícito, a consagrar, pelo caminho constitucional, o sistema acusatório, em toda a sua pureza, numa técnica redacional, apta a afastar, até então evidentes resquícios de inquisitorialismos, que marcavam presença, desde o Código de Processo Penal, resquícios presentes até em normas processuais esparsas. Em momento oportuno, deve ficar o registro, segundo o qual não lograram recepção, em nosso atual ordenamento constitucional, as normas processuais, contidas na disposição dos artigos 26; 531; 5º, II, 1ª Parte; 39, § 4º, do Código de Processo Penal.

Em razão da posição, essencialmente acusatória assumida pela nossa Magna Carta, em seu Art. 129, I e § 2º, de cujo texto decorre o tratamento normativo dado à matéria, na Legislação Ordinária, mais a Lei 8625/93, vem a desaparecer a figura teratológica do promotor de justiça *ad hoc* o qual, embora com previsão legal restrita, à apresentação do libelo, no procedimento do júri, art. 419, CPP, o que já subia a um disparate, tal prática, mais se agravando a anomalia da medida, a mesma se estendia a outros atos processuais, realizáveis no correr da instância.

Consequência processual, sensível sua profundidade, foi a tomada de posição do Constituinte de 88, no sentido afirmativo do sistema acusatório o qual, requerendo complementação com o contraditório e a ampla defesa, caminho isento para se chegar a um juízo, que nos levará na busca processual, à verdade real, solução que nos coloca a salvo de qualquer promiscuidade, na atividade própria dos sujeitos processuais: Juiz, Autor e Réu, posição que repercute, necessariamente, no afastamento do órgão jurisdicional, do âmbito de qualquer atividade persecutória.

A exclusividade do exercício da ação penal pública, corolário da adoção, via constitucional e infraconstitucional do modelo processual acusatório (art. 129, I e § 2º, *repele*, pelo absurdo que representa, o reconhecimento da ação penal pública incondicionada, **condicionada** à prévia atividade policial, muito respeitável, aliás, segundo pretensão posta perante o STF, em uma postulação de *habeas corpus*, cuja apreciação vem ficando pelas partes.

A ação penal, pública, sua iniciativa é atribuição do Ministério Público, em caráter privativo, ainda que sujeito seu exercício à condições de procedibilidade (representação e requisição), buscando o Ministério Público, para a formação de sua necessária *opinio delicti*, a fonte que lhe aprovar, inclusive a costumeira investigação policial.

A ação penal, mesmo que sua iniciativa na dependência, pouco importando em hipóteses de crimes contra a honra de servidor público, em razão do exercício de suas funções, é privativa do Ministério Público (art. 145, § único, CP), daí não soar bem, o desafino conteúdo do verbete da súmula a 714, STF, posição jurisprudencial, ecos dos impulsos de fatos que lhe são subjacentes, responsáveis por sua edição, desprezando-se uma pletora de julgados da mesma Corte de Justiça, de modo a consolidar jurisprudência mansa, pacífica, que define a exclusividade do Ministério Público, como o titular, sem parceria, desse tipo de ação penal.

2. TITULARIDADE DA AÇÃO PENAL PÚBLICA NA INSTÂNCIA INICIAL E NA INSTÂNCIA SUPERIOR.

O presente destaque tem a animá-lo um único intuito: chamar atenção. A ação penal pública, incondicionada ou condicionada, seu exercício está afeto, estranho a qualquer restrição, ao ofício ministerial. Há, porém, limites, traçados em lei, marcando os campos de atuação, de promotores de justiça e da Procuradoria Geral, limitação que adquire mais força, em razão do princípio do Promotor Natural (art. 24 da Lei 8625/93 e Constituição Federal).

Mesmo entre Promotores de Justiça, registra-se certas práticas, comuns, em nossos foros: a substituição entre membros do parquet para realização de audiências, numa flagrante violação à exigência da legitimidade *ad processum*, como preleciona o mestre do processo penal brasileiro, Tourinho Filho (01). Porém, mais grave se apresenta a aterrissagem do Procurador Geral no campo de ação específico, pertinente ao Promotor de Justiça.

Apesar da unidade; indivisibilidade, princípios constitucionais informadores da instituição, não se pode perder a vista um divisor de água, muito nítido, marcando separações.

3. ARQUIVAMENTO DE PEÇAS INFORMATIVAS. TITULARIDADE. LEGITIMIDADE.

A ação penal pública (art. 100, CP), por ser pública, característica que lhe empresta o interesse coletivo, subordina-se ao princípio da obrigatoriedade, numa relação de necessidade. Seu exercício, satisfeitos os requisitos advindos das condições da ação e dos pressupostos processuais, é compulsório por parte de quem está legitimado para fazê-lo, embora o direito processual de ação não seja incondicionado, mas conexo à uma pretensão, é a lição de Vicente Greco Filho (02). O mesmo autor acrescenta: a "*opinio delicti*" por parte do Ministério Público é um juízo vinculado de legalidade (03).

Do que foi exposto, a conclusão a que se pode chegar é que a exigência de recebimento de peças investigatórias, pelo Ministério Público, o excluiria da legitimidade de qualquer atividade investigatória, ou seja, vincular a instituição que detém a titularidade exclusiva do exercício da ação penal à eventuais iniciativas investigatórias policiais ou de outras fontes, que não são indispensáveis, de modo a erigir-se em condição da ação (art. 12; 27; 39, § 5º, 46, § 1º, CPB, etc.), sobe às cumeadas do disparate, pois criaria nova manifestação de ação penal pública incondicionada, condicionada.

E por falar em atividade investigatória, é bom lembrar que até o juiz, personagem processual que se distingue das partes, assume atividade investigatória na busca da verdade real.

Investido na titularidade da ação penal pública cabe ao Ministério Público, como consectário lógico; a responsabilidade do arquivamento de peças informativas, que lhe chegam às mãos, peças que embasariam, dariam o suporte probatório necessário, em que pese o teor da redação do art. 28, CPP, como bem coloca a matéria o processualista e emérito componente do parquet fluminense, Paulo Rangel (04). O arquivamento, prossegue o mencionado autor, por um ato administrativo complexo só se concretiza pela manifestação de vontade, sucessiva, do promotor de justiça e, depois do juiz (05).

Segundo magistério de Marcellus Polatir Lima, em seu indispensável, "Curso de Processo Penal", já em 3ª edição, a palavra final, no ato de arquivamento, coínde e, exatamente, com a atribuição do Ministério Público, sendo o crivo judicial somente intermediário controle intermediário (06). Trabalhando, segundo ótica similar, é visão de outro luminar do parquet da terra de Roberto Silveira, o professor Afrânio da Silva Jardim (07).

A iniciativa do arquivamento de qualquer peça informativa, enquanto na instância primeira, é da exclusiva atribuição ministerial. A mínima interferência exógena, fora, portanto, desse parâmetro, haverá de atingir, inclusive, o princípio do Promotor Natural e do devido Processo.

4. ATUAÇÃO DO PROCURADOR GERAL NO PROCEDIMENTO DE ARQUIVAMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA

A atuação da cúpula do Ministério Público no procedimento, ligado a arquivamento de peças informativas, venham estas de que fonte for, tem seus limites nitidamente traçados no art. 28, do Código de Processo Penal. Qualquer extrapolação, pouco importando sua dimensão, é o suficiente para descaracterizar a legitimidade do Ministério Público para o exercício da ação penal, de que é o titular, em caráter privativo. O líder do parquet, quando instado a manifestar-se em termos de arquivamento, quando colocado diante de um conflito, resultante de interpretação, entre a posição processual do Promotor de Justiça e Juiz de Direito, titular da jurisdição, sua posição deve restringir-se ao dilema: manter o arquivamento recusado pelo magistrado ou, optando pela posição do titular da acusação, designar outro Promotor de Justiça, que deverá ingressar em juízo com a necessária propositura da ação penal. Fugir ao dilema apontado, adotando posições intermediárias, conforme veremos, leva-nos a um resultado de um juízo profundamente equivocado, tanto na sua gramaticabilidade, como segundo um enfoque teleológico, que se deve dar à matéria.

Inserir-se-ia, por exemplo, na órbita de atribuições do Procurador Geral, em matéria de arquivamento de peças informativas, destinadas à formação da "*opinio delicti*" do Promotor de Justiça, outra iniciativa, excluídas as já

citadas? Estaria, por acaso, o chefe do parquet investido de poderes, poderes que lhe outorgassem legitimidade para determinar o retorno dos autos de inquérito policial, por exemplo, para a realização de nova coleta de provas, retorno, é bom que fique bem claro, à autoridade policial para a colheita de novas provas, medida, cuja ofensa à lei apagara, por completo, a figura do responsável pela deflagração da ação penal, pois, retirar-lhe-ia a responsabilidade pela “*opinio delicti*”.

Afirmativamente, porém, é a lição de Eugênio Pacelli de Oliveira, em sua brilhante obra, já em 6ª edição, Curso de Processo Penal (08). Tal colocação, embora respeitável a fonte, foge, por completo, de nosso modelo processual vigente.

O tipo de interferência mencionado, da cúpula da instituição, assumindo o papel de destinatário da “*opinio delicti*”, antecedente indispensável da imputação, assoma as culminâncias de verdadeira **supressão de instância**, anomalia que invalidaria a eficácia de qualquer ato processual, seja em que fase se apresente, já no momento persecutório ou no campo da jurisdição.

Oportuna, vem mesmo a calhar, a lição do douto Sérgio Demoro Hamilton, em trabalho publicado na Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, no qual aborda, com o costumeiro brilhantismo, o tema da violação do princípio do duplo grau de jurisdição: “Pode o tribunal conhecer de material probatório que não foi objeto de apreciação pelo juiz da sentença?” Não haveria, em tal caso, uma verdadeira supressão de instância? (09).

O “*opinio delicti*” é inerente à atribuição, própria do Procurador Geral, quando a atividade acusatória, que dela deve emergir aponta para a competência de tribunais, nas hipóteses do estabelecimento de foro por prerrogativa de função, resquício elitista, ainda sobrevivente. A interferência mencionada viola, à evidência, o princípio do duplo grau de jurisdição, no âmbito das atividades do Ministério Público.

Atribuem, aceitam, sem restrições, a atividade acusatória do Ministério Público, numa postura paradoxal, desde que reservando-lhes a oportunidade da formação do “*opinio delicti*”. Em um encontro de Delegados de Polícia, realizado em Porto Alegre, aprovou-se, no mínimo curiosa proposta, a versar sobre alteração na redação do art. 13, II, CPP, que passaria a expressar-se com o seguinte enunciado: “sugerir tais ou tais diligências, transferindo-se para o âmbito da autoridade policial toda a decisão acusatória, já que imprescindíveis a realização de diligências para a formação da “*opinio delicti*”, antecedente indisponível à instauração da instância penal.

Procede, segundo nossa legislação processual (art. 40, CPP) a posição do Procurador Geral ou de seu delegado de opinar ou determinar o teor da avaliação jurídica do fato, sua tipicidade?

Aqui, já começa errado. O juiz ou Tribunal que, em autos ou papéis, virem a deparar com hipóteses de crimes de ação penal pública, deveria perseguir outro destinatário: o Promotor de Justiça da Comarca, local da ocorrência criminosa. Porém, não se resume, aí a erronia. O Código de Processo Penal, em face do art. 129, I, da CRFB, não encontrou a recepção necessária, naquela normatização, segundo reiteradas decisões de TRFs.

Nas hipóteses de *notia criminis*, segundo modelo subsumido na moldura do art. 40, CPP, o Procurador Geral, às vezes acolhendo parecer de sua assessoria jurídica, emite um juízo de probabilidade, condicionando a atividade acusatória a ser desenvolvida na comarca, fixada em razão da competência *ratio loci*. Ação penal pública, a regra, incondicionada, mas a depender do pronunciamento da cúpula da instituição. Pior, só a ação penal pública incondicionada subordinada, porém, a um ato formal de investigação policial, o inquérito policial.

5. ARQUIVAMENTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA – ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM RAZÃO DESSE FUNDAMENTO

À evidência, transparece que o ajuizamento de uma ação penal, só o faz, condicionada a um juízo de probabilidade de sucesso da admissibilidade, o que se confirma pela constatação da possibilidade jurídica do pedido individualizador da pretensão, objeto do pedido. A inviabilidade da etapa processual da admissibilidade da atividade postulatória da parte ativa deve levar o juiz à julgar, no nascedouro, a instância inviável, como dizia o saudoso processualista lusitano, José Alberto da Silva Reis.

Na avaliação da possibilidade jurídica de um pedido, no momento processual próprio, assume a preferência sobre outros requisitos, a tipicidade da conduta humana, que se quer imputar a alguém. Inviável o êxito da pretensão punitiva, por carência do substrato típico, na mesma, fecham-se os canais, que levariam à deflagração da *persecutio criminis*, a par do ato formal de investigação. O juízo de tipicidade, mesmo que sua caracterização se expressando em um desvalor provisório, confirma observação de Rogério Greco (10), não prescindiria do juízo de admissibilidade correspondente, da comprovação da conformidade entre a situação fática apurada e um modelo legal descrito. Perfeita congruência deve verificar-se entre a base fática, empírica e o correspondente suporte normativo, tanto quanto ou como se exige, por influência da exigência do contraditório, a perfeita congruência entre imputação e sentença. À estrutura do fato, um comportamento humano, deve corresponder, com precisão, a superestrutura, reflexo normativo da infraestrutura fática. A incongruência, acaso verificada, leva ao desastre do despacho liminar negativo, expressão muito do gosto do saudoso José Frederico Marques, o mais completo jurista, que passou por nossas plagas.

Mas, afinal, é verificável a influência processual do princípio da insignificância, já no limiar da instância, aliás, até impedindo-a de manifestar-se como um ato processual, apto a dar o espaço necessário ao nascimento e desenvolvimento da relação processual? Sim ou não?

Submetido a um juízo de valoração, resumido ao crivo meramente formal, relevância alguma empolgaria esse aspecto do crime, inserido em sua base material, substancial, explicação do fenômeno penal, suporte ideológico do princípio da insignificância, no juízo de admissibilidade da acusação.

O Direito Penal, de inspiração eminentemente teleológica, careceria da satisfação necessária, quando, na sua atividade selecionadora de condutas humanas sobre as quais deveria incidir o juízo de desvalor ao outorgar primazia à vertente apenas formal da questão, materializável em fato social.

A denúncia pelo Ministério Público, apta a atravessar o ponto inicial do processo de conhecimento condenatório deve ter, bem presente, os aspectos materiais, substanciais, informadores do tipo penal, cuja autoria se quer imputar a alguém.

Em trabalho aprovado em congressos regionais e nacionais do Ministério Público, trabalho divulgado em várias revistas nacionais, sob o título: "Princípio da Insignificância – Ação Penal – juízo de admissibilidade, procuramos expor que, insignificante o valor, o bem, sobre o qual se pretende a tutela penal, o pronunciamento do parquet, após criteriosa análise das peças informativas, em seu poder, deverá encaminhar-se na direção do arquivamento daquelas peças, inviabilizada que ficara a atividade postulatória, nos termos do art. 41, I CPP (11). Eventual postulação acusatória, nenhum sucesso processual lograria. A rejeição, como provimento, seria a resposta da jurisdição, rejeição, porque seu fundamento viria a embasar-se na atipicidade do fato, que daria conteúdo à imputação.

Na sequência dessa argumentação invocamos a lição do saudoso colega e amigo, inesquecível nome da ciência penal, Júlio Fabbrini Mirabete: por isso deve ser aceita a rejeição da denúncia quando o fato relatado não se reveste de tipicidade diante do princípio da insignificância ou da bagatela (12).

A impugnação recursal, caso ocorrente; deve dar-se pela apelação (art. 593, II, CPP), nunca pelos caminhos recursais, previstos no art. 581, 1ª parte, CPP, modalidade recursal interponível diante do ato jurisdicional do **não recebimento** da peça acusatória.

Em conclusão, possível é o arquivamento de material informativo, tendo a alicerça-lo o princípio da insignificância, desde que explicado à luz de base fática, dada a preponderância dos aspectos materiais, substanciais, na construção tipológica dos modelos criminais selecionados no processo de criminalização primária. Sim, desde que não se reduza, se limite à simples indicação do enunciado doutrinário: Princípio da Insignificância. Um fato, numa relação social, subjacente à construção doutrinária, como consequência necessária, é o que importa para afastar a atividade postulatória.

A subtração de um só coqueiro (não um coqueiral), doze deles, na antiga Birmânia, hoje, SRILANKA, segundo Josué de Castro, em brilhante obra, geopolítica da fome, quase uma fortuna, dependendo das circunstâncias de sua realização, poderá motivar a configuração de uma conduta inofensiva ao objeto jurídico, uma conduta marcada pela atipicidade material, de modo a afetar a tipicidade formal. O despacho liminar negativo, proferido pelo magistrado, no momento processual do juízo de admissibilidade, só poderia merecer a insistência no arquivamento, por parte da Procuradoria Geral, se a postulação de impedir a instauração da instância apontasse na direção de hipótese de atipicidade formal e material ou substancial.

6. ARQUIVAMENTO EX-OFFICIO

Prática flagrantemente afrontosa à lei, o que não tem impedido sua reiteração, na instância inicial, é o arquivamento de inquérito policial, sem o necessário respaldo da manifestação prévia do Ministério Público. Arquivamento de ofício pelo magistrado, prática que seria evitada se qualquer peça informativa tivesse como destinatário o titular da ação penal, orientação coerente com o sistema acusatório, acolhido por nossa Constituição Federal (art. 129, I e §2º).

Feliz colocação da matéria vem do eminente processualista, Marcellus Polasfri Lima que, depois de demonstrar a impossibilidade de arquivamento de inquérito policial pela autoridade Policial (art. 17, CPP) acrescenta também: o juiz não poderá determinar "de ofício" o arquivamento de investigações policiais de qualquer natureza, peças de qualquer natureza, peças de informação ou outros elementos e procedimentos apuratórios, ato que se traduziria, em verdadeira usurpação de função de órgão diverso e, em verdade, configuraria, de forma inversa, quebra do princípio *ne procedat judex ex officio* (13).

Seria necessário um tratamento processual, como o previsto no art. 17, CPP: o juiz, ou a autoridade judiciária, não poderá mandar arquivar os autos de inquérito?

Na usurpação de função, estranha à seara de seus poderes, não é rara a incursão do judiciário, podendo citar exemplos nas autorizações para a realização de aborto (art. 128, I e II) como para transfusão de sangue, necessária à salvação de vidas.

O arquivamento de peças informativas, sua iniciativa restringe-se a um ponto de partida: a postulação do Ministério Público, em requerimento devidamente fundamentado, ao qual o juiz dá a resposta, embora esta caracterize uma atividade verdadeiramente anômala, mesmo assim, realiza o magistrado, o controle do princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública, o controle intermediário, como anota Marcellus Polasfri Lima (14), ato do Ministério Público que assume todas as características de uma decisão, segundo lúcida lição de Epaminonda J. Pontes: o arquivamento está dentro da esfera de competência exclusiva do Ministério Público, uma decisão com o conteúdo de um recurso de ofício (15).

Certamente não haverá de passar, sem a necessária impugnação, por parte do titular da ação penal tais atos que, além de violação ao princípio do devido processo e o do promotor natural, subtraindo-lhe atribuições alheias à seara da jurisdição.

Igualmente, peça pelo vício insanável da ofensa ao princípio do devido processo e do promotor natural, prática muito similar ao arquivamento de ofício, em atenção à solicitação judicial de pedido de reconsideração de arquivamento (RSTJ-26/160). Na mesma linha de ilegalidade vem a reconsideração, pelo juiz, após seu ato de admissão da pretensão acusatória, recebendo a denúncia (RT-639/281), no sentido do arquivamento de peças informativas e, ainda, inacreditável, após o pedido de arquivamento, vir a denúncia, oferecida por outro membro do Ministério Público (RT 755/569) com a mais absoluta omissão da regra norteadora da matéria, posta no art. 28, CPP.

7. CONCLUSÕES

- I. A Ação Penal Pública (art. 100, CP), é privativa do Ministério Público, consequência de injunção constitucional (art. 129, I e §2º, CRFB) exerce-se através de titularidade, condicionada, porém, a limites de atribuição, a estabelecer-se entre as duas esferas da instituição;
- II. A exclusividade da legitimação do Ministério Público para o exercício da ação penal pública decorre de opção, opção declarada, pelo processo acusatório puro, livre de resquícios inquisitoriais (arts. 53, 5º, II, 2ª parte; 39, § 4º, 1ª parte; 40, CPP, com mais outros exemplos);
- III. Ao Procurador-Geral ou à autoridade que o representar, falece atribuição, poderes para requisição de provas à autoridade policial, como futura base probatória para a denúncia, peça instauratória da instância;
- IV. A substituição de Promotor de Justiça, por ato do Procurador-Geral, ferindo o princípio do Promotor Natural (art. 24, da Lei 8625/930 CRFB), gera a consequência da ilegitimidade de parte, uma das condições da ação;
- V. As opções do Procurador-Geral, título com o qual, em bem colocada síntese, Júlio Fabbrini Mirabete, uma das glórias do Ministério Público Brasileiro, encerra a discussão, são três: a) oferecer a denúncia, b) designar outro representante para oferecê-la e c) insistir no arquivamento (16).

BIBLIOGRAFIA

1. Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal – 2/443 – 22ª edição
2. Vicente Greco Filho. Manual de Processo Penal – 106
3. Obra acima – 119.
4. Paulo Rangel. Direito Processual Penal – 10 ed. 187 e 188.
5. Obra e autor acima citados – p.189
6. Marcellus Polastri Lima. Curso o Processo Penal – I/134.
7. Afrânio da Silva Jardins. Processo Penal – 116.
8. Eugenio Pacli de Oliveira. Curso de Processo Penal. p. 48.
9. Sergio Demoro Hamilton. Questões e Questiuunculas Vínculos de Processo Penal. Revista Síntese de Direito Penal e Processo Penal – 12/22.
10. Rogério Grego. Curso de Direito Penal – I/183.
11. Geraldo Batista de Siqueira. Princípio da Insignificância, Ação Penal – Juízo de Admissibilidade. Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal – 9/50.
12. Julio Fabbrini Mirabete. Processo Penal – 18º ed. p. 125.
13. Marcellus Polastri Lima. Curso de Processo Penal – I (132).
14. Marcellus Polastri Lima. Obra citada. p. 134.
15. Epaminondas J. Pontes. Litisconsórcio Penal. p. 111.
16. Julio Fabbrini Mirabete. Código de Processo Penal Interpretado. p. 138, n. 28.6 – 8ª edição.

ADVOGADOS DE QUADRILHAS OU BANDOS E OUTRAS ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

POSSIBILIDADE LEGAL DA QUEBRA DE SIGILOS FINANCEIRO, BANCÁRIO E TELEFÔNICO

Flávio Teixeira de Abreu Júnior

Promotor de Justiça/PI

1 Introdução

É fato público e notório que o chamado “crime organizado” – Lei 9.034/99 (para este estudo, quadrilhas e bandos, associações ou outras organizações “especializados em assaltos a bancos/seqüestros) vem crescendo no Brasil de forma assustadora. Seja no armamento – em quantidade e em modernidade – seja no planejamento (o assalto ao Banco Central de Fortaleza dá bem um prova disso).

Também se pode constatar, em não poucos casos, que os acusados são defendidos por advogados que, igualmente em não poucos casos, são conhecidos pela advocacia bem sucedida e cara.

Como geralmente esses assaltantes vêm de família humilde, não têm recursos suficientes para concorrer aos honorários desses causídicos. Saltam, pois, à vista, indícios de que o pagamento pelos serviços profissionais seria feito com dinheiro provindo da atividade criminosa e, portanto, **produto de crime**.

As prerrogativas profissionais dos advogados são quase que intocáveis (Lei 8.906/93). E é certo que assim seja. Mas não podem se sobrepor ao interesse público e ao bem comum.

Este estudo pretende demonstrar que, **em casos específicos**, os sigilos bancário, financeiro e telefônico de advogados devem ser quebrados, para que a investigação e/ou o processo penal tenham êxito. Mais do que isso: constituem real possibilidade de dismantelar, financeiramente, as quadrilhas.

2 A LEI 8.906/94

A lei que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil – OAB dispõe, em seu art. 7º, inciso II, que entre os direitos do advogado está

ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações, inclusive telefônicas ou afins, salvo caso de busca ou apreensão, determinada por magistrado e acompanhada de representante da OAB.

3 O CÓDIGO DE ÉTICA E DISCIPLINA DA OAB/95

O Código de Ética e Disciplina da OAB/95, bem como a própria lei 8.906/94, nada falam sobre a **origem** dos honorários, embora aquele diz que o advogado deve abster-se de “**emprestar concurso aos que atentem contra a ética, a moral, a honestidade e a dignidade da pessoa humana;**” (art. 2º, VIII, “d”).

4 PRECEDENTES

Embora com enfoque diferente – o advogado é suspeito de participar do crime – precedentes jurisprudenciais confirmam o que já se disse anteriormente, em relação às prerrogativas profissionais do advogado. Do mesmo modo, a doutrina. JOSÉ PAULO BALTAZAR JR., juiz federal e mestre e doutorando em Direito pela UFRGS, em artigo publicado na Editora Plenum, maio/07, CD-1 (DEZ ANOS DA LEI DA INTERCEPTAÇÃO

2.5. Sigilo Profissional do Advogado

É tormentosa a questão da interceptação das conversações do investigado com seu defensor e sua possibilidade de utilização como prova. O art. 187.3 do Código de Processo Penal Português trata da matéria em seu art. 187.3, nos seguintes termos: “É proibida a interceptação e a gravação de conversações ou comunicações entre o arguido e o seu defensor, salvo se o juiz tiver fundadas razões para crer que elas constituem objeto ou elemento de crime”.

Efetivamente: “A interceptação de conversa telefônica do suspeito com o seu advogado é proibida e se vier a acontecer em razão de chamada de um ao outro, o caminho será a inutilização da prova, aplicando-se por analogia o art. 9º da Lei 9.296/96” (TRF, 4ª R., HC 200204010077786/RS, Vladimir Freitas, 7ª T., un., 04.06.2002). Não assim, porém, quando o advogado for ele próprio o alvo da investigação, quando, deixando de atuar como profissional da advocacia passa a ser co-autor ou partícipe do crime, caso em que poderá ser investigado como qualquer outra pessoa, não servindo o segredo profissional como carta de imunidade a qualquer procedimento investigativo.

Nesse sentido:

“Não prosperam as alegações relativas a eventual violação da liberdade de exercício profissional do paciente, se sobressai, da fundamentação do acórdão, que a medida foi tomada devido a possível participação do paciente em delito, devido a fatores de ordem familiar e pessoal e não em função do exercício da advocacia. Ainda que atuasse como advogado, as prerrogativas conferidas aos defensores não podem acobertar delitos, sendo aceito que o sigilo profissional não tem natureza absoluta” (STJ, HC 20087/SP, Gilson Dipp, 5ª T., un., 19.08.2003).

O TRF da 3ª Região assim se manifestou sobre a matéria, também em caso no qual a interceptação não guardava relação com a atividade profissional do advogado:

“VIII. Se os fatos, objeto de investigação, não dizem respeito à condição de advogado do apelado, nem guardam vinculação com esse mister, mas, sim, decorrem do vínculo familiar mantido com um dos co-réus, a quebra dos sigilos não importa violação aos princípios constitucionais de cidadania e do exercício profissional, a teor do que dispõe o artigo 7º, II, da Lei nº 8.906/94. IX. Ademais, também o sigilo profissional não é de natureza absoluta, cedendo passo quando presentes circunstâncias que demonstrem a existência de um interesse público superior” (TRF 3ª R., AC 200061810075960/SP, Suzana Camargo, 5ª T., un., 03.08.2001).

De notar, ainda, que a invalidade da interceptação em relação às conversas entretidas pelo investigado e seu defensor não acarreta a invalidade das demais provas, consoante o precedente que segue:

“10. A interceptação telefônica em um escritório de advocacia ocorrera apenas e tão-somente em decorrência da existência de registro formal de estabelecimento comercial vinculado ao apelante e não, como afirmou a defesa, como medida destinada a violar a privacidade do escritório, não, desqualificando, pois, as informações obtidas em outras linhas telefônicas ao longo do procedimento criminal realizado com a autorização do juízo competente” (TRF 4ª R., AC 200004011274888/PR, Fábio Rosa, 7ª T., un., 22.10.2002). Ainda sobre o caráter e os limites do sigilo, relevante o seguinte precedente:

“Administrativo e Processual Civil - Mandado de Segurança - Ato de Presidente de Tribunal - Novo Sistema de Ligações Telefônicas Por Intermédio de Telefonistas - Sala Destinada aos Advogados - Inexistência de Direito Líquido e Certo ao Exercício da Profissão - Indeferimento Liminar do Mandamus Confirmado em Sedê de Agravo Regimental - Recurso Ordinário - Improvimento - Decisão Mantida Porque Incensuráveis Seus Fundamentos. I - A teor do disposto na Constituição Federal e no Estatuto da Advocacia e da OAB, é assegurado ao advogado, em nome da liberdade e do sigilo profissional, a inviolabilidade de seu escritório ou local de trabalho, de seus arquivos e dados, de sua correspondência e de suas comunicações telefônicas e afins, salvo caso de busca ou apreensão determinada por magistrado e acompanhada de representação da OAB. II - A inviolabilidade do advogado, no exercício de sua profissão, abrange os meios utilizados em sua atuação, nestes incluídos seu escritório e locais de trabalho, correspondência, formas de comunicação, a exemplo da telefônica, todos protegidos pelo sigilo profissional. Nesta última hipótese há de se entender, evidentemente, a inadmissibilidade de interceptação telefônica do local de trabalho do advogado e, por óbvio, da sua própria residência.

Inadmissível, contudo, ampliar o verdadeiro sentido de tal prerrogativa, de molde a considerar direito líquido e certo, a ser protegido por mandado de segurança, a utilização de sistema telefônico diferente daquele colocado na sala destinada aos advogados, pelo Tribunal de Alçada Estadual” (STJ, ROMS 11627/SP, Garcia Vieira, 1ª T., un., 28.05.2002).

Parece-nos inconveniente a vedação absoluta da interceptação com o defensor, introduzida pelo art. 3º do Anteprojeto, a qual deverá ser interpretada à luz dos precedentes acima coligidos, ou seja, no sentido de que mesmo o sigilo profissional do advogado não é absoluto, podendo ceder passo quando

o defensor passa a agir como partícipe ou co-autor do criminoso. Eis o texto proposto:

“Art. 3º. As operações referidas nos artigos anteriores não serão permitidas, em qualquer hipótese, quando se tratar de comunicações entre o suspeito ou acusado e seu defensor”.

5 DA SITUAÇÃO SOB ESTUDO

Entretanto, mesmo o advogado não sendo suspeito do crime que está em tramitação, a legislação alberga a quebra dos sigilos bancário, financeiro e telefônico do profissional atuante no feito.

Entre as finalidades do processo penal estão a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais, a realização da justiça, a descoberta da verdade material, o restabelecimento da paz jurídica e a volta ao *status quo*, quando possível, inclusive com a devolução do bem jurídico tutelado.

A situação

À guisa de exemplo, a situação é a seguinte: um seqüestro é feito; alguns dos envolvidos são capturados; o dinheiro do resgate não é encontrado; em interrogatório, informam serem suas fontes de rendas pequeníssimas; mas já se fazem acompanhar de advogados notoriamente conhecidos em patrocinar causas desse tipo ou envolvendo os interrogados, acusados em outros crimes.

Os indícios

O Código de Processo Penal estabelece, em seu art. 239, o que é indício:

Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.

Evidente que, se os acusados não têm dinheiro para custear advogado, e estão sendo assistidos por causídicos que notoriamente cobram “caro”, e que o dinheiro do produto do crime não foi recuperado, há que se considerar, realmente, que seria esse dinheiro que estaria sendo usado para pagar os advogados. De lembrar, ainda, que pode haver dinheiro acumulado de outras “empregadas”.

Nesse caso, considerando que encontrar o dinheiro do crime é finalidade do processo e, ao mesmo tempo, obtenção de mais provas contra os acusados (ou denunciados), o juiz não somente **pode**, mas **deve**, ordenar - inclusive de ofício - diligências para obtenção delas e/ou para formar a sua convicção, conforme os seguintes dispositivos, da Lei Adjetiva Penal:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer; mas o juiz poderá, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, determinar, de ofício, diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Art. 157. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.

6 DAS CAUTELAS

É claro que o Ministério Público e o Juiz não poderão requerer/determinar quebra de sigilos bancários, financeiros e telefônicos em qualquer crime. É preciso que haja um conjunto de circunstâncias que autorizem o procedimento. Por isso, deverá ser feito em cada processo (embora, e como óbvio, em autos apartados e sigilosamente).

7 DOS ARGUMENTOS CONTRÁRIOS

Eventual invocação dos direitos constitucionais e das já mencionadas prerrogativas profissionais dos advogados esvai-se diante do zelo constitucional à cidadania, à dignidade da pessoa humana, à sociedade livre e justa e à promoção do bem de todos (fundamentos, as três primeiras, objetivos fundamentais, os dois últimos, da República Federativa do Brasil).

Também não se queira falar em cerceamento da profissão. Todos têm direito à e todos os advogados têm direito a patrocinar os clientes que desejarem (cada um tem a sua ética; cada um tem os seus princípios). Só não podem é obter remuneração por seus serviços à custa do trabalho e - muitas vezes - da própria vida - das pessoas.

8 CONCLUSÃO

01. Em situações **específicas**, que deverão ser analisadas caso a caso, o Ministério Público e o Juiz, **deverão requerer/determinar** a quebra dos sigilos bancário, financeiro e telefônico de advogados que patrocinem causas de acusados de pertencerem a quadrilhas, bandos ou outras associações ou organizações criminosas;

02. O procedimento é amparado pela própria legislação (arts. 156, 157 e 239, do próprio CPC), pois uma das finalidades do processo penal é recompor o *status quo*, e a devolução do bem faz parte dessa recomposição; demais disso, muitas vezes encontrar o dinheiro geralmente leva aos autores. Também não afronta a Constituição Federal, já que o procedimento deve ser cercado de todas as cautelas e é sigiloso, a fim de preservar o profissional e é legal, como já se disse.

ALGUMAS IRREGULARIDADES NO ÂMBITO DO PROCESSO DE LICITAÇÃO CONFIGURADORAS DE RESPONSABILIDADE CRIMINAL

Herbert Vítório Serafim de Carvalho

Promotor de Justiça/PB

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO
2. DEVER GERAL DE PROBIDADE E ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
3. LICITAÇÃO E RESPONSABILIDADES
4. ALGUMAS IRREGULARIDADES ENQUADRADAS COMO CRIME NO PROCESSO DE LICITAÇÃO
5. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO
6. INEXIGIBILIDADE LICITATÓRIA
7. CONCLUSÃO
8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

SÍNTESE DOGMÁTICA

É vivenciado, atualmente, um movimento de moralização e intolerância pela população brasileira contra a corrupção que assola as entranhas de todos os níveis dos poderes constituídos. É premente a necessidade de corrigir e punir a malversação do dinheiro público, transformando o atual estágio de letargia do cidadão em ativo fiscalizador do adequado uso dos recursos públicos, para tanto exigindo um compromisso dos gestores públicos com a ética e a transparência na gestão destes mesmos recursos.

Ao longo da história, em especial, analisando-se situações vivenciadas por diversos municípios espalhados pelo Brasil, observa-se que a corrupção se constitui na causa principal de decadência das cidades e conseqüente empobrecimento físico e moral da população.

Fácil é perceber quando um município possui um mau gestor público, uma vez que os sinais de corrupção são identificados na falta de verbas para obras públicas e para a manutenção dos serviços da cidade, afetando a qualidade da educação, a assistência à população carente e o atendimento à saúde.

No caso específico dos municípios brasileiros, a maior parte dos focos de corrupção é encontrada no processo de licitação, onde o Prefeito, juntamente com seus assessores, em conluio com empresas especializadas em desviar dinheiro público, utilizando-se de brechas propositadamente incluídas pelo legislador, passam a fraudar 'legalmente' o procedimento licitatório, fato que é moralmente reprovado.

Entre as várias irregularidades encontradas nas fiscalizações realizadas pelos Tribunais de Contas está o superdimensionamento das quantidades de material, a omissão de serviços e materiais necessários, a introdução de defeitos no projeto e o sobrepreço de materiais. Ressalte-se que, em muitos casos, as construtoras entregam ao órgão responsável pela licitação o projeto já pronto para ser licitado e adjudicado a uma empresa previamente escolhida.

Atualmente, os instrumentos de corrupção vêm se aperfeiçoando em velocidade muito maior do que os meios de controle da legalidade, estes, contemporaneamente, possuem procedimento burocrático que possibilita a manipulação do processo de licitação e, conseqüentemente, a fraude.

Objetivando se insurgir contra situações de irregularidades nos processos de licitação, as quais acarretam conseqüências cíveis, criminais e administrativas, o presente trabalho pretende pontuar corriqueiras violações da

Constituição e da lei a partir da análise dos princípios norteadores da Administração Pública e das responsabilidades, exemplificando situações onde há: utilização de empresa 'fantasma'; licitações direcionadas ou fracionadas; utilização de notas fiscais frias, duplicadas ou seqüenciadas, entre outras violações passíveis de responsabilidade criminal.

1. INTRODUÇÃO

Com efeito, a Constituição Federal prevê em seu art. 37, *caput*, os princípios que servem de referencial à atividade administrativa nos níveis Federal, Estadual e Municipal:

→ Legalidade: princípio basilar de toda a atividade administrativa. O administrador não pode fazer prevalecer sua vontade pessoal; sua atuação tem de cingir ao que a lei impõe.

→ Impessoalidade: indica que a Administração deve dispensar o mesmo tratamento a todos os administrados que estejam na mesma situação jurídica;

→ Moralidade: exige que o administrador se pautar por conceitos éticos. Aplica-se também ao particular que se relaciona com a Administração Pública.

→ Publicidade: a licitação deve ser amplamente divulgada, de modo a possibilitar o conhecimento de suas regras a um maior número possível de pessoas.

→ Eficiência: introduzido pela EC nº 19/98, procura estabelecer a produtividade e economicidade, exigindo a redução dos desperdícios de dinheiro público.

Não são apenas esses princípios expressos que balizam a atividade administrativa, há princípios administrativos disseminados ao longo da Constituição Federal e da legislação ordinária, explícita ou implicitamente decorrente.

O direito brasileiro centraliza na contrariedade a tais princípios o cerne dos atos de improbidade administrativa e sua reprovação legal, ao mesmo tempo em que fortalece o conjunto de instrumentos jurídicos destinados à proteção do patrimônio público econômico.

A legalidade, como princípio da administração, significa que o administrador público está, em toda a sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem comum e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal. A Administração Pública tem o poder de aplicar a lei e a obrigação de estimular sua observância, sendo a ilegalidade indício exterior e imediato de improbidade.

O princípio da legalidade determina que toda conduta administrativa se desenvolva conforme a lei, de modo que no Estado *de* Direito, que é também Estado *do* Direito, qualquer autoridade que decida, sem observar os limites estabelecidos por uma lei em sentido material, estará desenganadamente subvertendo as finalidades da atividade administrativa.¹

Como consequência, deve-se administrar impessoalmente tendo em vista a conservação dos objetivos postos na lei, pois enquanto fundado no interesse público, o servidor labora em nome do Estado. Quando, eventualmente, dele se afasta, despe-se dessa investidura e chama para si a responsabilidade pelos atos que pratica.

A expressão moralidade administrativa pode ser entendida como a necessária correspondência entre os motivos determinantes da conduta administrativa e suas finalidades concretas. "A moralidade administrativa, por mais que tenha em conta o patrimônio público econômico, não é aferida em moeda, de modo que pouco importa se o ato resultou em prejuízo econômico ou não para a entidade; basta para tanto o dano moral, sempre acompanhado do descrédito dos administrados."²

A publicidade é o elemento de ligação com a coletividade, sendo requisito de eficácia jurídica do ato administrativo para a produção válida de efeitos externos. Assim, o agente público não pode atuar clandestinamente. Deve proporcionar plena ciência de seus atos aos superiores hierárquicos e, sobretudo, à sociedade, quando necessários, evidenciando-os como legais. Nesse sentido, a publicidade não significa fazer propaganda, promover ou se promover e sim, seguindo o paradigma do art. 37, §1º, CF: educar, informar ou orientar, não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou quaisquer outros servidores públicos. A publicidade envolve impessoalidade.

A diretriz constitucional da eficiência "encontra suas melhores possibilidades de realização, na tríade transparência, planejamento e equilíbrio. Administrar com eficiência significa, sobretudo, maximizar o resultado social colimado pelas leis. A eficiência conforme a lei é indutora da eficácia na materialização do interesse público."³

A regra geral da licitação determina que, exceto nos casos legais de dispensa e inexigibilidade, obras, serviços, compras e alienação serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições aos concorrentes.

¹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 8.

² FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 17.

³ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 21.

2. DEVER GERAL DE PROIBIDADE E ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Em harmonia com os preceitos constitucionais, o art. 4º da Lei 8.429/92 estabelece o dever geral de probidade, informando que os agentes públicos de qualquer nível ou hierarquia são obrigados a velar pela estrita observância dos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade no trato dos assuntos que lhes são afetos.

O agente público que, direta ou indiretamente, desatender o dever de probidade, enunciado no art. 4º da Lei nº 8.429/92, realizará conduta lesiva da probidade administrativa, nas suas dimensões moral e material. Desde logo se insere no comando do art. 11 da Lei de regência. Pode, conforme os efeitos produzidos pela sua atuação, a maior ou menor carga de má-fé e a eventual repercussão sobre o erário, se enquadrar no art. 9º (enriquecimento ilícito) ou no art. 10 (lesão ao erário).⁴

A ação em que se examina ato de improbidade administrativa não tem caráter penal e acarreta consequências políticas (suspensão dos direitos políticos), administrativas (perda da função pública e interdição negocial com o Poder Público) e civis (restrição à disponibilidade patrimonial de quem pratica improbidade, multa civil e obrigatoriedade de recompor a inteireza patrimonial da Administração), tudo sem prejuízo da incidência da norma penal.

3. LICITAÇÃO E RESPONSABILIDADES

Licitação é “competição pública de candidatos, em igualdade de condições, a contratações com o Poder Público. Seu objeto consiste num conjunto de atos administrativos em sequência dirigidos à eleição de contratante que ofereça as condições mais vantajosas em negócio que a Administração deseja celebrar, como fase necessária do processamento da despesa pública”⁵ e sua obrigatoriedade decorre do art. 37, XXI, da Constituição Federal, conforme dispõe:

“Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.”

A legislação define seis modalidades licitatórias: concorrência; tomada de preços; convite; concurso; leilão e o pregão. Todas devem observar os valores limites admissíveis para cada espécie.

A espécie licitatória mais importante é a concorrência e é o alvo predileto de diversos expedientes fraudulentos nas suas etapas mais relevantes, ou seja, da convocação (edital) até a contratação.

Ao frustrar ou fraudar licitações o agente público pratica crimes licitatórios, sujeitando-se à responsabilidade penal, independentemente de responder por ato de improbidade, em ação civil.

Os procedimentos licitatórios são promovidos e fiscalizados por comissão constituída para esses fins, onde os delitos existentes são atribuídos aos seus membros ou ao competidor. Contudo, não há qualquer impedimento que outros agentes públicos, notadamente de hierarquia superior, influenciem o procedimento e, como co-autor direto ou autor mediato, cometam algum crime.

O §3º do art. 51 da Lei nº 8.666/90 estabelece a responsabilidade solidária dos membros da Comissão de Licitação por todos os atos praticados pela Comissão, todavia, essa responsabilidade “não se restringe unicamente aos membros da Comissão, alcança, também, a autoridade que homologa o procedimento e adjudica o objeto.”⁷ Ressalte-se que a responsabilidade do gestor e da Comissão é afastada quando age sob entendimento de parecer jurídico, desde que este esteja devidamente fundamentado, defenda tese aceitável e esteja alicerçado em lição doutrinária ou jurisprudencial, caso contrário, o advogado responderá solidariamente com o gestor que praticou o ato irregular, nos termos do parágrafo único⁸ do art. 38 da citada Lei.

⁴ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p. 39.

⁵ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Op. cit., p.139.

⁶ Art. 51. § 3º Os membros das Comissões de licitação responderão solidariamente por todos os atos praticados pela Comissão, salvo se posição individual divergente estiver devidamente fundamentada e registrada em ata lavrada na reunião em que tiver sido tomada a decisão.

⁷ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 602.

⁸ Art. 38. Parágrafo único: As minutas de editais de licitação, bem como as dos contratos, acordos, convênios ou ajustes devem ser previamente examinadas e aprovadas por assessoria jurídica da Administração.

4. ALGUMAS IRREGULARIDADES ENQUADRADAS COMO CRIME NO PROCESSO DE LICITAÇÃO

A Lei 8.666/93 prevê do art. 89 ao art. 99 tipos penais para enquadrar como crimes atos de improbidade que iludem a honestidade e a legalidade do certame para fraudar e burlar as regras da licitação.

“Quando se trata em fraude, de forma geral, os expedientes vão desde a pura e simples troca de envelopes de propostas até a realização de negócio superestimado, com posterior realização de uma licitação meramente teatral à base de cartas-convite encomendadas.”⁹

Exemplos desse artil são encontrados a partir da simples análise dos atos constitutivos das empresas que fornecem produtos e serviços perante a Junta Comercial do Estado e perante as receitas Federal e Estadual, onde se constatará sua existência apenas no papel, sem estrutura física, chamadas empresas ‘fantasmas’ e tendo como sócios pessoas que emprestam seus nomes, os chamados ‘laranjas’, ou a sociedade foi constituída com a utilização de documentos de origem ilícita. Ressalte-se que essas empresas têm constituição geralmente no início do mandato do agente político eleito.

Ocorre, também, a manipulação de brechas existentes na lei de licitações, para o direcionamento do certame através da utilização, geralmente, da modalidade convite onde se fazem exigências que poucos podem atender e, conseqüentemente, inviabiliza rodízio de competidores, perpetuando as compras e serviços em uma mesma empresa.

Forma comum de se fraudar o processo de licitação é a montagem de concorrências públicas pura e simplesmente com o objetivo de legalizar a aquisição de materiais e serviços que, muitas vezes, nunca serão entregues ou executados, respectivamente. Para tanto, a Comissão de Licitação, quando não envolvida no esquema de fraude, é constituída por servidores públicos despreparados e coagidos a assinar pelo agente político, ameaçados de punição. Algumas vezes, os fraudadores se utilizam de outras empresas ‘fantasmas’ para apresentarem propostas combinadas com o objetivo de direcionar o vencedor. Tal fato é perceptível por falhas comuns existentes nas propostas, a exemplo da repetição de dados de uma empresa na proposta de outra, cuja conduta configura ilícito capitulado no art. 90¹⁰

Contempla o dispositivo duas condutas distintas: frustrar (baldar, anular, impedir) e fraudar (burlar, enganar) o caráter competitivo do procedimento licitatório. Este é da essência da licitação e, uma vez afastado, pela supressão ou pela fraude, a própria licitação deixa de existir. Equivaleria a um ‘jogo de cartas marcadas’, cujo desfecho já estaria previamente estabelecido em favor de um dos jogadores. Assim, os demais licitantes estariam concorrendo apenas por concorrer (cientes ou não de tal circunstância), pois que o objeto do certame já estará previamente adjudicado a um deles.¹¹

Outro fato interessante é a utilização nos processos de licitação de documentos falsos de outras empresas idôneas no mercado, de boa reputação, para participação no certame com o objetivo de iludir a opinião pública acerca da lisura, quando na realidade as empresas nunca apresentaram as propostas.

O método mais usual consiste em forjar a participação de três concorrentes, usando documentos falsos de empresas legalmente constituídas. Outra maneira é incluir na licitação, apenas formalmente, algumas empresas que apresentam preços superiores, combinados de antemão, para que uma delas saia vencedora.¹²

Ainda, não menos importantes, existem as notas fiscais ‘frias’, duplicadas ou seqüenciadas. Frequentemente, os fraudadores oferecem notas fiscais fabricadas ou duplicadas para os Prefeitos apresentarem como comprovação das despesas, muitas vezes não realizadas ou, quando realizadas, indicam execução de serviço ou compra de materiais supervalorizados ou superfaturados. Às vezes, as notas fiscais apresentadas por diferentes empresas possuem as mesmas características e não trazem impressos no talonário os dados da gráfica que a confeccionou, a quantidade de folhas e a data da impressão.

O rol de esquemas fraudatórios é amplo. A exemplificar basta a leitura das condutas enumeradas no elenco de crimes descrito a partir do art. 89 da Lei de Licitação, na seção que trata dos crimes licitatórios.

O procedimento licitatório deve ser anulado quando a licitação vencedora desatendeu às condições de habilitação e apresentação da proposta, sendo irrelevante se o objeto do certame já está homologado e adjudicado,

⁹ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 141.

¹⁰ 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

¹¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 903.

¹² TREVISAN, Antoninho Marmo et al. *O Combate à Corrupção nas Prefeituras do Brasil*. 3ª ed., Ateliê editorial, 2004. p. 26.

inclusive com o fornecimento do material e pagamento dos valores contratuais, todavia, neste último caso, ausente lesão ao erário público, em razão de ter havido o fornecimento regular do material ou serviço, não haverá devolução do pagamento, sendo vedado à Administração locupletar-se indevidamente em detrimento de terceiros.¹³

Entretanto, necessário se faz observar que a lesão ao erário ocasionada pela fraude licitatória além da incidência da norma criminal possibilita seu enquadramento na Lei de Improbidade Administrativa e não se limita apenas à inexistência de alcance finalístico da contraprestação contratual, ou seja, às situações em que o objeto contratado não é cumprido e, conseqüentemente, haja um prejuízo de conteúdo econômico e devolução dos pagamentos ocorridos pelo fornecimento dos bens ou do serviço.

Há situações em que o desvirtuamento do processo licitatório, com claro direcionamento a determinada empresa, com fornecimento regular do material ou do serviço, deu-se com “preço de mercado” acrescido da “margem de lucro”, e conseqüente aumento patrimonial do particular beneficiado em virtude da ilegalidade ou improbidade. Nessa hipótese, diante de claro enriquecimento ilícito do terceiro com prejuízos para os cofres da Administração Pública, uma vez que esta se viu obrigada a pagar o preço acrescido da margem de lucro contratado com a empresa, haverá devolução parcial de pagamento referente ao lucro ilegalmente auferido pela empresa sem se configurar enriquecimento indevido da Administração Pública.

Ressalte-se que o ressarcimento dos danos abrange também os prejuízos de ordem não patrimonial, ou seja, os “danos morais”, causados ao Poder Público em virtude da lesão ao erário pela violação das regras que devem guiar a Administração Pública, quando da transgressão dos princípios constitucionais e da lei.

As duas espécies de fraudes mais comuns, em prejuízo do patrimônio público, previstas como crime no art. 96¹⁴ são: o superfaturamento (a administração paga pela obra ou serviço mais do que realmente deveria) e a contratação de serviços-fantasma, quer dizer, inexistentes, também chamados de serviços de papel, pode-se citar como exemplo a situação do agente político que contrata uma empresa para a feitura de serviço público que, no entanto, é executado pelos próprios servidores do órgão ou entidade. Paga-se por um serviço que a contratante não realiza.

Exemplo flagrante de conduta prevista como crime no art. 89 ocorre quando o administrador público se prevalece da situação calamitosa provocada pelas secas para justificar a dispensa de licitação e efetua contratações anti-econômicas, superfaturadas ou fraudulentas, com pagamento em excesso ou, simplesmente, o pagamento sem a entrega dos bens ou prestação dos serviços contratados.

A anulação de processo licitatório viciado induz à presunção da existência de ilícito penal e configura o crime definido no art. 91¹⁵ da Lei 8.666/93 quando efetuada pelo Poder Judiciário e a instauração da licitação ou celebração de contrato se originou pelo patrocínio de interesse privado perante a Administração por parte do servidor público definido no art. 84 da Lei.

Deve ser realçado que não se pode contratar mediante licitação sem previsão orçamentária que destine dotação para esse fim.

A insistente prática dos aditivos, sob a falsa alegação de suprir deficiências da execução do contrato, ocasionado prejuízos incalculáveis ao erário, caracteriza crime previsto no art. 92¹⁶.

Válida a licitação, o vencedor do certame tem o direito de não ser preterido na contratação. Em contrapartida, se o certame licitatório for inválido, nenhum dos competidores pode contratar com a Administração Pública.

“Impende consignar que é elevado o número de licitações viciadas por irregularidades editalícias.”¹⁷ Todo o processo de licitação é vinculado ao edital e se constitui na concretização dos princípios da publicidade e da impessoalidade, devendo ser cuidadosamente confeccionado. Situações de irregularidades constantemente identificadas pertinentes ao edital se referem à falta de publicação, a duplicidade e a negociação com venda a preços extremamente elevados.

¹³ RESP 802378/SP; RESP 575551/SP e ERESP 260821/SP.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:

Pena - detenção, de dois a quatro anos, e multa.

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.

¹⁷ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 146.

5. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO

Prescindir indevidamente de licitação, em qualquer de suas modalidades, implica extrapolar os casos legais de dispensa, contratando diretamente obra ou serviço, quando a lei exige a competição em busca do melhor negócio. “Dispensar licitação consiste em determinar se faça a aquisição direta de bens, obras ou serviços, sem a realização do torneio, nos casos previstos no art. 24 da Lei.”¹⁸

“Anotar-se que o administrador, mesmo nesses casos, poderá realizar licitação, se entender mais conveniente para a Administração. Não há obrigatoriedade de não licitar, mas faculdade de não fazê-lo.”¹⁹

O art. 24 prevê várias situações passíveis de dispensa de licitação, todavia, as hipóteses mais comuns de sua aplicação ocorrem nos casos de pequeno valor da obra ou serviço (10% do limite para convite, art. 24, I e II); em situações excepcionais como emergência e calamidade pública (art. 24, IV); na inexistência de licitantes interessados, chamada licitação frustrada ou deserta (art. 24, V); no preço excessivo proposto pelos competidores ou na contratação com outro ente público (art. 24, VIII).

Ressalte-se que a hipótese de dispensa de licitação em virtude de pequeno valor da obra ou serviço não pode ser utilizada quando o administrador, ilegalmente, fraciona o objeto na tentativa de excluí-lo da licitação ou incluí-lo em modalidade mais simples, ressaltando-se a situação em que existam recomendações técnicas para fracionar com o objetivo de ensejar maior competitividade (art. 8º, parágrafo único, da Lei).

A situação de emergência justificadora da dispensa de licitação se caracteriza com a verificação de fato localizado e inesperado, bem como a impossibilidade de a licitação ser realizada sem ocasionar prejuízo ou sem comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos ou outros bens, observando-se que a obra ou serviço tem de ser realizado no prazo decadencial improrrogável de 180 dias, consecutivos e sem interrupção.

“Essa modalidade de dispensa reclama que a situação de emergência ou de calamidade pública não decorra da imprevisão do administrador público nem de sua gestão desidiosa, mas de efetiva urgência, denunciada por situação de risco às pessoas e aos bens.”²⁰

Configura o delito capitulado no artigo 89²¹ da Lei n.º 8.666/93, se não restou caracterizada a urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares.

Ressalte-se que incorrerá em conduta delituosa capitulada no art. 95²² da Lei de Licitação o agente público que mandar inserir em edital de licitação cláusula destinada a desestimular competidores, logrando obter a deserção ou o fracasso, para, em seguida, efetuar contratação direta, independentemente de interessados.

6. INEXIGIBILIDADE LICITATÓRIA

Quando a lei declara inexigível a licitação, significa que, salvo circunstâncias excepcionais, não se deve licitar. Inviável a competição não há por que licitar, sob pena de se gastar para nada. Diferentemente ocorre na dispensa de licitação onde esta “é materialmente possível, mas em regra inconveniente; na inexigibilidade, é inviável a própria competição”²³.

“Inexigir licitação consiste em determinar a aquisição direta de bens, obras ou serviços sem a exigência do torneio, por sua inviabilidade, nos termos do art. 25 da Lei.”²⁴

¹⁸ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 898.

¹⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 222.

²⁰ FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Atos de Improbidade Administrativa*. São Paulo: Atlas S.A., 2007. p. 150.

²¹ 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.

²² Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem se abstém ou desiste de licitar, em razão da vantagem oferecida.

²³ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 235.

²⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 898.

As hipóteses de inexigibilidade de licitação estão previstas no art. 25²⁵ da Lei nº 8.666/93, observando-se a sua incidência no caso de fornecedor exclusivo, na contratação de empresa ou profissional notoriamente especializado ou de profissional consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

Hipótese comum de crime previsto no art. 89 praticado pelos agentes políticos acontece na contratação de serviços advocatícios sem observância dos requisitos estabelecidos no art. 25, II, da Lei. Para a contratação direta do profissional, o serviço deve estar revestido das exigências de profissional de notória especialização, necessidade técnica de a Administração contratar e ter o objeto natureza singular, ou seja, executado segundo característica própria do executor.

Não pode haver contratação de escritório de advocacia ou advogado para exercer atividades jurídicas rotineiras da Administração Pública, sob pena de violação da regra do concurso público, uma vez que estará contratando profissional para exercício de atividades permanentes e perfeitamente previsíveis, hipótese de necessidade de criação de cargo público a ser provido via concurso.

Para contratação de serviços advocatícios sob o manto da inexigibilidade licitatória há necessidade de inviabilidade de competição, de notório destaque do contratado em face dos seus conhecimentos profundos na matéria objeto da avença feita com a Administração Pública e a singularidade do serviço técnico especializado, ou seja, a especificidade incomum, a natureza distintiva com que se define em relação aos demais serviços corriqueiros. Ausentes quaisquer desses pressupostos haverá configuração do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, sem prejuízo das sanções por improbidade administrativa.

7. CONCLUSÃO

Corriqueiramente, a mídia veicula matéria informando fraudes em processos de licitação, que, apesar do constante controle dos atos da Administração Pública pelos diversos legitimados, voltam a se repetir independentemente da corrente política alternada no Poder Público. Diversos são os mecanismos voltados ao controle e legitimados a fiscalizar, a exemplo da Controladoria-Geral da União, dos Tribunais de Contas, do Ministério Público e, especialmente, do próprio cidadão.

Ocorre que os instrumentos de corrupção estão se aprimorando, há necessidade de maior dinamismo e aperfeiçoamento no controle finalístico e posterior. Deve-se ampliar o controle preventivo e concomitante com o objetivo de evitar irregularidade e corrupção frequentes nesses momentos, evitando, logo no início, o dano ao erário.

Há necessidade de promover um aprimoramento da Lei de Licitações, aperfeiçoando os mecanismos de controle, adequando-a a realidade social, executando ações não só garantidoras da legalidade dos atos administrativos, mas, também, prevenindo condutas ímprobos, oferecendo uma resposta rápida e enérgica ao corrupto, tudo com o objetivo de reparar o dano e inibir a proliferação do eventual procedimento fraudatório do certame e, assim, estimular a participação popular na fiscalização da gestão do dinheiro público de modo a coibir os abusos e desvios que possam ser cometidos.

Deve-se ampliar a utilização da tecnologia no processo licitatório. O emprego de recursos de tecnologia da informação possibilita aumentar o número de concorrentes, a competitividade e o controle relativo aos gastos públicos, a exemplo do que ocorre, atualmente, com o pregão na forma eletrônica, conforme dispõe o §2º do art. 2º da Lei 10.520/2002.

Os Tribunais de Contas poderiam, ao detectar nas prestações de contas dos gestores públicos a existência de empresa 'fantasma' efetuar um cruzamento de dados perante outras prefeituras, pois geralmente os fraudadores não se restringem a um único município, e, a partir dessa constatação, promover fiscalização como forma de impedir a atuação desses fraudadores em outros municípios.

²⁵ Art. 25. É inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição, em especial:

I - para aquisição de materiais, equipamentos, ou gêneros que só possam ser fornecidos por produtor, empresa ou representante comercial exclusivo, vedada a preferência de marca, devendo a comprovação de exclusividade ser feita através de atestado fornecido pelo órgão de registro do comércio do local em que se realizaria a licitação ou a obra ou o serviço, pelo Sindicato, Federação ou Confederação Patronal, ou, ainda, pelas entidades equivalentes;

II - para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 13 desta Lei, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização, vedada a inexigibilidade para serviços de publicidade e divulgação;

III - para contratação de profissional de qualquer setor artístico, diretamente ou através de empresário exclusivo, desde que consagrado pela crítica especializada ou pela opinião pública.

§ 1º Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é essencial e indiscutivelmente o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato.

§ 2º Na hipótese deste artigo e em qualquer dos casos de dispensa, se comprovado superfaturamento, respondem solidariamente pelo dano causado à Fazenda Pública o fornecedor ou o prestador de serviços e o agente público responsável, sem prejuízo de outras sanções legais cabíveis.

Pode-se utilizar a certificação digital nos processos licitatórios eletrônicos quando do envio da documentação possibilitando, aos licitantes, conhecimento dos documentos de habilitação do vencedor.

Há necessidade de qualificação dos membros da Comissão de Licitação, se possível, profissionalização, com o objetivo de evitar irregularidades e dar maior alcance ao sentido da Lei.

Enfim, há vários projetos de lei que procuram introduzir melhorias ou substituir a legislação atual, com o objetivo de tornar o processo de contratação com a Administração Pública mais ágil e menos custoso, com menor burocracia e maior transparência, ampliando a participação dos competidores e, especialmente, da população na fiscalização do certame.

8. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.**

_____. **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993.**

CARTILHA: **Olho Vivo no Dinheiro Público** – Um guia para o cidadão garantir os seus direitos. Publicação da Controladoria-Geral da União. Brasília – 2004.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 17ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 19ª ed. São Paulo: Atlas S.A., 2006.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Atos de Improbidade Administrativa**. São Paulo: Atlas S.A., 2007.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis Penais e Processuais Penais Comentadas**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Comentários à Lei das Licitações e Contratações da Administração Pública**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ROESLER, Átila Da Rold. Aspectos criminais da Lei de Licitações. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 416, 27 ago. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5635>>. Acesso em: 12 ago. 2007.

TREVISAN, Antoninho Marmo et al. **O Combate à Corrupção nas Prefeituras do Brasil**. 3ª ed., Ateliê editorial, 2004.

AMPLIAÇÃO DO FORO PRIVILEGIADO DE PREFEITOS, MINISTÉRIO PÚBLICO E COMBATE À CORRUPÇÃO LATO SENSU: A INCONSTITUCIONALIDADE DA PROPOSTA DE EMENDA 358/2005

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini

Promotor de Justiça/PR

Visa a presente tese demonstrar a inconstitucionalidade da proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, no que diz respeito à nova redação do inciso X do artigo 29, e do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único, que ampliam e perpetuam o foro privilegiado de Prefeitos.

1. Introdução. 2. Violação de princípios constitucionais e a PEC 358/2005. 3. Razões pragmáticas para a rejeição da PEC 358/2005. 4. Razões políticas. 5. A elevação do regime de impunidade com a aprovação das reformas. 6. A necessidade da defesa dos princípios republicano e da probidade administrativa. 7. Conclusões.

1. Introdução

A proposta de Emenda Constitucional nº 358/2005, aprovada no Senado Federal no fim de 2006, está pronta para votação na Câmara dos Deputados, com o que estarão definidas novas mudanças na Constituição Federal, finalizando-se a denominada reforma do Poder Judiciário, iniciada com a aprovação da Emenda Constitucional 45/2004.

Apesar de alguns avanços, essa proposta de emenda possui dois dispositivos que merecem muita atenção da sociedade brasileira e dos congressistas da atual legislatura, na medida em que estabelecem a ampliação das prerrogativas de foro para agentes políticos, cujas graves consequências vão além de mera formalidade.

Trata-se da nova redação do inciso X do artigo 29, que estabelece o “julgamento do Prefeito, por atos praticados no exercício da função ou a pretexto de exercê-la, perante o Tribunal de Justiça”; e do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único, que dispõe que “a competência especial por prerrogativa de função, em relação a atos praticados no exercício da função pública ou a pretexto de exercê-la, subsiste ainda que o inquérito ou a ação judicial venham a ser iniciados após a cessação do exercício da função” (*caput*). E mais, que “a ação de improbidade de que trata o art. 37, § 4º, referente a crime de responsabilidade dos agentes políticos, será proposta, se for o caso, perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de função, observado o disposto no caput deste artigo” (parágrafo único).

Tais propostas de reforma constitucional contém, no mínimo, as seguintes novas regras: 1ª) os Prefeitos passam a ser processados perante o Tribunal de Justiça, não apenas em matéria de responsabilidade criminal – como é hoje –, bem como em relação à sua responsabilidade civil e por ato de improbidade administrativa; 2ª) os detentores de prerrogativa de foro, como é o caso dos Prefeitos, mantêm o privilégio de serem julgados pelo tribunal, em razão dos atos ilícitos cometidos no exercício do mandato, mesmo após a cessação do exercício das funções, não mais retornando o processo para a instância comum, como é atualmente; 3ª) em regra especial, para que não subsista qualquer dúvida, a ação de improbidade haverá de ser distribuída perante o tribunal competente, para aqueles agentes públicos detentores de prerrogativa de foro, em matéria criminal, alterando o atual regime de competência para o julgamento da ação de improbidade junto a primeira instância.

Embora outras consequências possam ser tiradas das mudanças em curso, apresenta-se conveniente focalizar-se as alterações atinentes à ampliação das prerrogativas dos Prefeitos, com a consequente dilatação das competências dos tribunais, em especial dos Tribunais de Justiça dos Estados.

2. Violação de princípios constitucionais e a PEC 358/2005

Essas novas regras, a nosso ver, trarão consequências indesejáveis. No lugar de aumentarem a eficiência do Poder Judiciário e do Ministério Público na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis, dentre os quais avultam o combate ao arbítrio, à ineficiência administrativa e à corrupção, inversamente, contrariando o interesse geral, se estará reduzindo a eficiência do controle judicial sobre as administrações municipais, com violação, portanto, do princípio constitucional da eficiência, dentre outros princípios a seguir indicados, retirando-se dos Promotores de Justiça e dos Juizes de Direito de 1ª Instância, as respectivas atribuições para investigar, processar e julgar cada um dos 5560 Prefeitos brasileiros.

Ao invés de uma rede nacional de Promotores de Justiça e Juizes de Direito capilarmente distribuídos pelos mais de oito milhões de quilômetros quadrados do nosso imenso País, autoridades essas residentes nas comarcas dos rincões mais distantes do território nacional, e, portanto, prontas para detectar os desvios cometidos e tomar rapidamente as providências devidas e *in loco*, todo esse aparato de Justiça, formado por milhares de agentes, será substituído, em cada um dos Estados da Federação, por apenas um Procurador-Geral de Justiça, e, provavelmente, por somente um pequeno colegiado de Desembargadores do respectivo Tribunal de Justiça Estadual, o que não é razoável e proporcional.

Com efeito, é humanamente impossível ao Chefe do Ministério Público do Estado, por maior que seja a sua assessoria, exercer as atribuições de fiscalizar, investigar e processar todo e qualquer Prefeito de Município integrante do território do Estado-membro, bem assim da Câmara do Tribunal de Justiça para o julgamento de todos os casos envolvendo os alcaides de Municípios sob a sua jurisdição.

O atraso ou a não prestação dos serviços públicos em questão parecem inevitáveis, diante de tão pequena estrutura, desproporcional ao problema, o que gerará maior desprestígio da Justiça e a elevação dos níveis de impunidade. Os princípios constitucionais da eficiência, proporcionalidade e razoabilidade, certamente não foram cogitados pelos autores, redatores e revisores da PEC 358/2005.

Tais mudanças não merecem vingar, porque somente beneficiarão injustamente os Prefeitos dos mais de cinco mil Municípios brasileiros, que passarão a ter verdadeira imunidade, tornando-se irresponsáveis por seus atos, o que produzirá a elevação dos desmandos, impunidade e mais corrupção, ante a ausência de controle judicial, em contraposição aos princípios da legalidade, moralidade e da probidade administrativa, comportamentos esses que se tornarão exemplos para os administrados, alimentando o ciclo vicioso da impunidade e da criminalidade, presente em toda a sociedade.

É necessário que entendamos que o exemplo é dado por aqueles que comandam o País, queiram ou não, para o bem ou para o mal. Se queremos construir para o futuro das novas gerações uma sociedade justa e solidária, a impunidade e a corrupção devem ser combatidas prioritariamente. Caso contrário, estaremos realimentando a secular marca da sociedade brasileira, timbrada por históricas e crescentes injustiças e desigualdades, que na atual quadra já atingiram o nível do insuportável, colocando sob fogo cerrado os direitos básicos de qualquer cidadão – vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade – e o próprio Estado Democrático de Direito.

Não bastasse a violação das normas-princípio da eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, probidade administrativa e legalidade, o que já seria suficiente para a rejeição do projeto de reforma da Constituição, outras razões igualmente recomendam a rejeição das mudanças constitucionais sob análise.

3. Razões pragmáticas para a rejeição da PEC 358/2005

Com efeito, os somente vinte e sete Procuradores-Gerais de Justiça, chefes, em cada Estado da Federação, do respectivo Ministério Público Estadual, certamente não são as autoridades ministeriais mais apropriadas para o exercício das atribuições de fiscalizar, investigar e processar Prefeitos.

A primeira razão prática consiste no fato de que não é possível que o Procurador-Geral, sediado na Capital, e detentor de um grande número de competências administrativas, políticas e funcionais, previstas na Constituição, na Lei Orgânica Nacional, na Lei Orgânica Estadual, nos Códigos de Processo etc., possa fiscalizar com adequação e eficácia o que ocorre em cada Município do território estadual. Ou seja, sem Promotores suficientes as investigações não são realizadas e os casos não são levados ao Poder Judiciário, o que pragmaticamente importa na própria supressão do constitucional princípio da inafastabilidade da jurisdição.

Não podemos esquecer que os Juizes e Tribunais são inertes (princípio da inércia), funcionando apenas quando provocados. Se o Ministério Público não provoca por meio do oferecimento das denúncias criminais ou das petições iniciais das ações de improbidade, os processos judiciais não nascem, transformando o Poder Judiciário em mero expectador dos desmandos cometidos pelos demais poderes.

Não se deve ignorar que o direito é instância da realidade,¹ não podendo ser produzido esquecendo-se os fatos da vida, a não ser que a oculta intenção do legislador seja criar algo ineficaz, desprovido de condições de concretização, um modelo meramente formal, o que não se admite possa ocorrer.

O segundo motivo é funcional: o Procurador-Geral de Justiça não é vitalício no cargo, exercendo mandato por dois anos, o que gera a descontinuidade dos serviços prestados pelo Ministério Público, contrariando os princípios da continuidade e da regularidade dos serviços públicos. Para o desempenho de uma atividade que deve ser permanente, é necessário que tenhamos agentes públicos titulares e estáveis no exercício de tais complexas, continuadas e relevantes tarefas.

4. Razões políticas

Razões eminentemente política não recomendam as mudanças propostas. Com efeito, a eleição, nomeação e eventual recondução do Procurador-Geral de Justiça, verdadeiramente, o Promotor-Geral de Justiça do Estado, envolve conjecturas que ultrapassam as esferas estritamente funcionais, tornando-o refém de sua própria condição de agente político.

Como cediço, o Procurador-Geral de Justiça do Estado é escolhido por um processo político misto, que envolve o próprio Ministério Público, na elaboração de uma lista triplíce formada por Promotores ou Procuradores de Justiça, após eleição interna, e a escolha de um dos nomes pelo Governador do Estado. Esse processo político pode expor o eleito e escolhido Procurador-Geral, a pressões políticas das mais diversas, inclusive aquelas inconfessáveis, escusas, como a própria cobrança da nomeação, por futura manipulação do escolhido no exercício das funções ministeriais, vigiado facilmente pelos detentores do poder,² controle que se torna muito difícil de ocorrer, quando a atribuição está disseminada entre vários agentes.

Não se deve esquecer que Platão, na antiguidade, desiluiu-se com a política ateniense, cujo governo se degenerou de injustiça em injustiça, levando-o a abandonar o seu ideal de participação política, alimentado desde a juventude.³ Não se tem notícia de que algo tenha mudado no decorrer da história da humanidade. Entender que o processo de nomeação do Procurador-Geral não está envolto a uma verdadeira miríade de interesses políticos, é agir com ingenuidade, que não se compactua com o universo político.

O Procurador-Geral de Justiça é responsável pela representação externa do Ministério Público Estadual, aí incluída a gestão política dos assuntos de interesse da Instituição junto ao Poder Executivo e ao Poder Legislativo, como, por exemplo, a aprovação de projeto de lei para a criação de cargos, fixação de vencimentos, proposta orçamentária etc. Entregar ao Procurador-Geral toda a atividade de política externa do Ministério Público e atribuir-lhe o dever de fiscalizar, investigar e processar Prefeitos, agentes políticos ligados visceralmente aos Partidos Políticos, aos Deputados e ao Governador, é, no mínimo, fonte de desnecessário e não recomendável constrangimento, porque dessa relação não se descarta a velada e ilegal omissão do Procurador-Geral, em prejuízo do interesse público.

Não é difícil imaginar que poderá o Procurador-Geral se ver diante do difícil e concreto dilema decorrente do jogo político, não raramente perverso, de negociar a aprovação dos projetos de interesse do Órgão, em troca de sua convivência com desmandos administrativos; ou, então, de impor arrematado prejuízo ao Ministério Público e seus membros, cujos interesses administrativos, econômicos e políticos seriam rejeitados, em nome do altaneiro exercício das funções ministeriais, na fiscalização, investigação e processamento dos responsáveis por crimes contra a Administração Pública e atos de improbidade administrativa. Aliás, a expressão popular “engavetador-geral” não pode ser esquecida, porquanto representativa dessa degeneração, queiramos ou não.

Demais disso, o desvio pode se dar pelo excesso. A elevada concentração de poderes em mãos dos Procuradores-Gerais de Justiça poderá causar indesejável desequilíbrio nas relações de poder, em face do exercício abusivo

¹ Leciona Eros Grau que: “Parece-me virtuosa a referência a ela – à *doutrina real do direito* – como campo no qual praticamos o pensar (a busca dos significados), e não meramente o conhecer (a busca da verdade). Insisto em que não há, no direito, o *verdadeiro*, mas o *aceitável* (justificável). A *doutrina real do direito* é, fundamentalmente, mas não exclusivamente, um *sistema semiológico*, ao passo que a teoria jurídica formal é um sistema *lógico*. O direito, de resto, não é uma *questão científica*, porém uma *questão política* (Oscar Correia 1982/13).

Ademais, o que me parece suficiente a justificar perseverança no trato do modo de pensar assim designado – pois a *doutrina real do direito* não designa, para mim, senão isso, um *modo de pensar o direito* –, o que me parece suficiente a justificá-lo, dizia, é o fato de que a sua compreensão plena (do direito) transcende a análise exclusivamente da norma. Não se trata apenas de afirmar que o direito é norma, decisão e ordenamento e estrutura, mas, sobretudo – repito –, que o direito é instância da realidade. E que o direito é apreendido do exterior: é uma criação do homem, não redutível às categorias e modelos rígidos da lógica formal (Menezes Cordeiro 1989/LXI)”. (GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 35-36).

² Michel Foucault, cuidando das características do poder, assevera que ele é um tipo de organização do espaço, que ele disciplina o controle do tempo, e que a vigilância é um dos seus principais instrumentos de controle. (FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*; organização e tradução de Roberto Machado, 23ª edição. São Paulo: Edições Graal Ltda., 2007, p. XVII-XVIII).

³ PLATÃO. *História da filosofia*. Organizado e redigido por: Bernardette Siqueira Abrão. Revisto por: Mirtes Ugeda Coscodai. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1999, p. 46-47.

do privativo direito de ação, o que igualmente deve ser evitado, com a desconcentração do exercício dessas competências ministeriais.

5. A elevação do regime de impunidade com a aprovação das reformas

Não se deve esquecer que os Procuradores-Gerais são seres humanos, e, portanto, detentores dos defeitos e qualidades comuns a todos. Apesar do elevado nível de formação e educação desses homens e mulheres públicos, a condição pessoal desses agentes, por si só, não lhes garante contra as pressões a que estão sujeitos. Ao contrário disso, a própria condição de Procurador-Geral, face a natureza política do cargo, a relevância das atribuições e o monopólio de competências constitucionais e legais, atrai e facilita o trabalho dos grupos de pressão, mesmo quando movidos por escusos interesses econômicos ou políticos.

Não possuindo natureza divina, há que se ter cautela no sentido de se preservar a autoridade dos Procuradores-Gerais de Justiça, para que não haja prejuízo na concretização dos serviços prestados pelo Ministério Público, normalmente geradores da incompreensão e hostilidade dos adversários diretos sob o crivo do *Parquet*, em seus procedimentos investigatórios e inquéritos civis instaurados pelas Promotorias de Justiça, e respectivas ações penais públicas e ações civis públicas, cujos destinatários finais não são os requeridos, mas a defesa do interesse público e a própria sociedade.

Para que esses serviços continuem a ser prestados, é recomendável que os milhares de Prefeitos sejam fiscalizados, investigados e processados pelos milhares de Promotores de Justiça estaduais, bem assim julgados pelos correspondentes Juízes de Direito.

A revista VEJA, em edição de capa tratou do tema “UMA PRAGA NACIONAL: corrupção e inércia nas prefeituras desviam mais de 20 bilhões de reais por ano”. Em tal reportagem esse periódico faz um diagnóstico dessa verdadeira calamidade pública representada pelo desperdício, desvio e corrupção, sustentados pelo dinheiro público, movimentado pelas 5560 prefeituras do país, gerando um prejuízo estimado de 20 bilhões de reais.⁴ Se se almeja verdadeiramente combater a noticiada pandemia administrativa, a opção pela ampliação do foro privilegiado dos Prefeitos, vêm contra esse projeto de probidade na Administração Pública, que além de um compromisso constitucional, é um compromisso com o bem comum, com a República, com a Justiça, com a dignidade e a esperança de cada um dos brasileiros.

O direito não é apenas norma. O direito é também instância da realidade. E a realidade brasileira vem indicando que a prerrogativa de foro tem historicamente contribuído somente para manter intacto, o que Ruy Barbosa denominou outrora de “regime da impunidade”, ao comentar a absoluta ineficácia das disposições normativas destinadas a conter e sancionar a corrupção administrativa, pois “nós lhe passamos a mão pela cabeça e consolidamos no Brasil o regimen da impunidade”.⁵

Para se ter idéia do que estamos falando, no plano nacional, nos últimos dez anos, o Supremo Tribunal Federal não condenou nenhum político detentor de foro privilegiado, nas minguadas vinte e nove ações penais propostas, apesar da magnitude e repetição continuada dos escândalos, tudo indicando que essa indesejável tendência de impunidade, que naturalmente realimenta a corrupção administrativa, haverá de se firmar no âmbito dos Estados, com a aprovação da Emenda Constitucional 358/2005, pois esse projeto, evidentemente, não vem para salvar a sociedade, mas, para imunizar políticos e administradores habituados a violar os já mencionados princípios constitucionais da legalidade, moralidade, eficiência, probidade administrativa etc., além, também, dos princípios republicano e da isonomia, porquanto ao serem beneficiados com a pretendida reforma, passarão a integrar a casta dos impunes e desiguais, pois não passíveis, na prática, de responsabilidade por seus atos.⁶

6. A necessidade da defesa dos princípios republicano e da probidade administrativa

Se nós brasileiros queremos uma verdadeira República, baseada na igualdade entre os cidadãos, na temporariedade dos mandatos políticos e na responsabilidade dos mandatários, as alterações de que estamos tratando não merecem aprovação. Ao contrário disso, tudo recomenda que os Prefeitos sejam julgados na primeira instância, pois a opção do constituinte em conferir-lhes foro privilegiado em matéria criminal nos Tribunais de Justiça, mostrou-se indesejável e ineficaz, por não permitir, na esfera da realidade, o controle judicial da moralidade administrativa.

⁴ UMA PRAGA NACIONAL: corrupção e inércia nas prefeituras desviam mais de 20 bilhões de reais por ano. In: VEJA, São Paulo: Editora Abril, ed. 1851, ano 37, n.º 17, p. 40-47, 28-4-2004.

⁵ BARBOSA, Ruy. *Comentários à constituição federal brasileira*, vol. III. São Paulo: Livraria Saraiva & Cia., p. 457-458.

⁶ EM 10 ANOS, STF NÃO CONDENOU NENHUM POLÍTICO: desde 1996, tribunal responsável por julgar parlamentares e ministros concluiu 29 processos penais. São Paulo: O Estado de São Paulo, p. A8 - Nacional, 1802-2007.

Se o Congresso Nacional quer verdadeiramente contribuir para a solução desse grande problema, que é a endêmica corrupção nacional, há, inicialmente, que reconhecer o problema, para, em seguida, adotando as medidas necessárias, criar as condições formais e materiais, constitucionais e legais, aparelhando o Ministério Público e o Poder Judiciário do século XXI, para enfrentar a arraigada e histórica corrupção administrativa.

No lugar da ampliação do foro privilegiado, os Prefeitos devem perder esse verdadeiro privilégio, fonte de imunidade e irresponsabilidade. A reforma que todos nós esperamos vem de encontro à revogação do atual inciso X do artigo 29 da CF, para o fim de submeter os Prefeitos a julgamento perante a primeira instância nos processos criminais e por ato de improbidade administrativa.

A reforma que a sociedade brasileira espera, é no sentido da supressão e rejeição do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único, para que não se tenha a ampliação do foro para aqueles que deixaram as funções públicas, mantendo, outrossim, a ação de improbidade na primeira instância. A aprovação de alterações no sentido proposto, representará a derrota de alguns poucos, que não se atentaram para o compromisso constitucional de probidade na Administração Pública, e para os tratados internacionais firmados pelo Brasil nesse novo milênio, onde a corrupção e os corruptos não têm lugar, devendo ser combatidos e banidos pelos órgãos de controle do Estado, pela sociedade civil organizada e pelo cidadão, com todas as forças disponíveis, ante o mal que essas práticas produzem para a sociedade.

Os tempos são outros, e apesar de Platão ter-se afastado da política por não suportar conviver com a degeneração da sociedade, o seu ideal para a felicidade coletiva continua presente, pois os estudos que desenvolveu na Academia não geraram seu afastamento e alienação do mundo, mas a produção da *theoría* necessária para se conhecer o “Bem”, com o fito de iluminar e transformar a realidade.⁷

Essa é a luz que se almeja da maioria dos integrantes da Câmara dos Deputados e do Senado da República, para que a política resgate o seu verdadeiro papel na sociedade, no lugar do desencanto de todos nós brasileiros.

7. Conclusões

Sendo assim, concluímos que:

- 1º) o Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, não merece ser aprovado no que se refere à ampliação da prerrogativa de foro de prefeitos para as ações de improbidade administrativa (proposta de nova redação do inciso X do artigo 29 da CF, e do parágrafo único do artigo 97-A da CF), porquanto impedirá a concretização do controle judicial dos atos cometidos por esses agentes políticos;
- 2º) o Projeto de Emenda Constitucional 358/2005, não merece ser aprovado no que se refere à manutenção da prerrogativa de foro em razão de atos ilícitos cometidos no exercício do mandato, mesmo após a cessação do exercício das funções (proposta de redação do artigo 97-A da CF), na medida em que perpetuará o impedimento acima referido, imunizando esses agentes políticos;
- 3º) os dispositivos de que trata o projeto de emenda constitucional – proposta de nova redação do inciso X do artigo 29, e do novo artigo 97-A e respectivo parágrafo único – são inconstitucionais, por violarem os princípios da eficiência, proporcionalidade, razoabilidade, moralidade, probidade administrativa e legalidade;
- 4º) esses dispositivos de que trata o projeto de emenda constitucional, igualmente atentam contra o princípio republicano e o princípio da igualdade;
- 5º) o interesse público primário e os direitos de cidadania recomendam que a reforma constitucional que interessa a sociedade, na atual ambiência de corrupção administrativa, é a de supressão do atual inciso X do artigo 29, submetendo os Prefeitos, como se dá com qualquer cidadão, a julgamento em primeira instância.

Bibliografia

- BARBOSA, Ruy. *Cometários à constituição federal brasileira*, vol. III. São Paulo: Livraria Saraiva & Cia, 1933.
- FOUCAULT, Michel. *Microfísica do poder*; organização e tradução de Roberto Machado, 23ª edição. São Paulo: Edições Graal Ltda., 2007.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*, 5ª edição revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.
- PLATÃO. *História da filosofia*. Organizado e redigido por: Bernardette Siqueira Abrão. Revisto por: Mirtes Ugeda Coscodai. São Paulo: Editora Nova Cultura Ltda., 1999.
- UMA PRAGA NACIONAL: corrupção e inércia nas prefeituras desviam mais de 20 bilhões de reais por ano. In: VEJA, São Paulo: Editora Abril, ed. 1851, ano 37, n.º 17, p. 40-47, 28-4-2004.
- EM 10 ANOS, STF NÃO CONDENOU NENHUM POLÍTICO: desde 1996, tribunal responsável por julgar parlamentares e ministros concluiu 29 processos penais. São Paulo: O Estado de São Paulo, p. A8 - Nacional, 18-02-2007.

⁷ Obra citada, p. 52.

APLICAÇÃO DO GARANTISMO, POR PARTE DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, EXTRAPOLA OS LIMITES DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Ricardo Albuquerque da Silva¹

Procurador de Justiça/PA

Síntese Dogmática. Sem Perder de vista o artigo 127 da Constituição Federal de 1988, que impõe ao Ministério Público a defesa da ordem Jurídica, do Regime Democrático e dos Interesses Sociais e Individuais Indisponíveis; e, que, o artigo 134 da mesma Constituição Federal de 1988, incumbe à Defensoria Pública a defesa dos necessitados; que, o GARANTISMO objetiva a tutela da liberdade do indivíduo contra as várias formas de exercício arbitrário do Poder; quando o Representante do Ministério Público, ao invés de defender os Interesses Sociais e Individuais Homogêneos e, com base no GARANTISMO defende direitos interpessoais daquele que viola o Pacto Social, extrapola os limites de sua Independência Funcional, tornando-se, inclusive passível de advertência correicional.

1. EXPOSIÇÃO

1.1 Introdução

Nós que fazemos o Ministério Público há mais de 22 anos, não podemos olvidar que desde 1985 para cá, muita coisa aconteceu, muita coisa mudou, quer a nível legal, quer a nível doutrinário, quer a nível jurisprudencial, mas, no entanto, uma coisa permanece inalterada: é o respeito e a admiração que Instituição do Ministério Público se tornou merecedora da Sociedade Brasileira pela única razão de que seus membros têm trabalhado com afinco e denodo e de maneira intransigente, contra aqueles que, seja lá quem for, violam o Pacto Social e vituperam valores protegidos e tutelados em nosso atual tempo-espço, de acordo com o *munus* que nos foi atribuído pela Carta Política de 1985.

O problema, é que, segundo os dados concretos da realidade em razão de alguns Representantes do Ministério Público ainda não terem se definido existencialmente como Membros do Ministério Público, alguns poucos querem atuar como Delegados de Polícia e outros poucos querem atuar como advogados, mas sem pensar nas conseqüências funestas que tais comportamentos trazem para Instituição como um todo; principalmente, e o que é mais lamentável de tudo, quando agem motivados pela vaidade, pela arrogância ou até mesmo pelo diletantismo intelectual.

O que se está querendo dizer é que, se somos verdadeiramente Ministério Público, temos que pensar, falar e agir como tal, de acordo com as nossas atribuições institucionais – sempre defendendo os interesses sociais e individuais indisponíveis – deixando que os Delgados cumpram com os seus deveres e que os Advogados patrocinem os interesses de seus constituintes, ou seja, que não se misturem os papéis e que cada qual cumpra com o seu dever institucional afim de que a sociedade usufrua da tão decantada paz social.

1.2 Inspiração Factual

Pois bem, está na hora de introduzirmos o problema, a *vexata questio*, até porque a presente tese tem origem e inspiração num fato concreto, o qual passaremos a expor.

Em abril do fluente ano, estando o tesista atuando em Sessão Ordinária da 3ª Câmara Criminal Isolada, do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, teve sua atenção direcionada, por parte do Desembargador Relator, para o fato de que um membro do Ministério Público, no momento processual da Pronuncia, mesmo constando dos

¹ Procurador de Justiça, Mestre em Direito Agrário e Ambiental pela Universidade Federal do Pará.

autos veementes indícios de autoria de um bárbaro homicídio, além de requerer a impronúncia do réu, pedia também sua absolvição, por analogia, ao GARANTISMO.

Creiam-me, o clima era extremamente constrangedor para nossa Instituição no ambiente daquele Plenário.

Tratava-se do julgamento do Recurso em Sentido Estrito nº 20073000215-8², tendo como Recorrente o nacional DANIELSON PAMPLONA MACEIÓ, Recorrido a Justiça Pública, Relator: Desembargador Eronides Sousa Primo e como Promotora de Justiça Convocada a Dra. Maria Célia Filocreão Gonçalves.

Neste passo, temos ser igualmente imperioso informar que no crime em tela, num processo decorrente de briga de gangues, existem várias testemunhas que depuseram quer na polícia, quer em juízo, confirmando que o réu degolou, a golpes de terçado, sua vítima em praça pública.

Ao longo da discussão, antes do julgamento, os Desembargadores componentes da supracitada Câmara Criminal Isolada debateram acerca do momento processual da Pronúncia, concluindo, que, havendo indícios de autoria, cabe ao Juiz pronunciar o réu para ser julgado pelos Representantes da Sociedade, os quais, em sua Soberania Constitucional, dirão se o mesmo é inocente ou culpado.

Constrangido, um tanto quanto preocupado com a repercussão negativa que a tese defendida pela Representante do Ministério Público suscitou, decidi pedir vistas dos autos para dela melhor assenhorar-me.

Com efeito, num processo decorrente de briga de gangues, no qual existem veementes indícios da autoria de um bárbaro e covarde homicídio, aliada a farta prova material, constatei que o Representante do Ministério Público, ao invés de defender os interesses da Sociedade que, em sua soberania tem o dever de julgar aqueles que atentam contra a vida, culminou por requerer sua impronúncia e, não contente, também pedia sua absolvição, por analogia, com fundamento no GARANTISMO.

Para deixar mais clara a situação, transcrevo, no que interessa aqui, trecho conclusivo do parecer polêmico, *in verbis*:

“Ante o exposto, e em conformidade com o art. 411 do CPP, o Órgão Ministerial requer, por analogia, a ABSOLVIÇÃO de DANIELSON PAMPLONA MACEIÓ e RODNEY REIS COELHO, tendo em vista que as provas constantes dos autos são insuficientes para comprovar a autoria do delito (...)”

Para concluirmos este tópico de conteúdo eminentemente fático, temos ser relevante consignar que o Juízo da Comarca não concordou com a tese garantista, eis, que, houve por bem pronunciar o réu; que, o colega de Comarca do Representante do Ministério Público garantista com ele igualmente não concordou, eis, que, seu Parecer foi pela pronúncia do réu; que, na Superior Instância, a Promotora de Justiça Convocada que se manifestou nos autos, igualmente lançou Parecer contrário à tese garantista, o mesmo acontecendo com o Voto do Desembargador Relator, o qual foi seguido à unanimidade por seus pares, no sentido de dizerem, com todas as letras, que, em sede de Pronúncia, mero juízo de admissibilidade - havendo prova material de crime é indícios de autoria - a dúvida é *pro societate*, devendo o réu ser submetido a julgamento pelo Juiz natural, que é o do Tribunal do Júri.

De acordo com a leitura que fazemos do fato narrado ao norte, temos que a tese garantista esposada pelo Representante do Ministério Público causou inescusável gravame à Instituição do Ministério Público, eis que, mesmo a despeito da presença de provas veementes da autoria de um bárbaro homicídio, ao invés de defender os interesses da sociedade, defendeu o mesmo os interesses interpessoais de um homicida, usurpou a função do Juiz Natural, extrapolou o limite de sua Independência Funcional, bem como fez tabula rasa do Princípio da Obrigatoriedade.

1.3 Acervo Axiológico

Para que a narração do fato decorra o pedido, entendemos ser imperioso demonstrarmos que para que nós pensemos, falemos e hajamos como verdadeiros defensores dos interesses sociais e individuais homogêneos, é inexorável a observância de uma firme orientação valorativa, para que tenhamos absoluta certeza do que realmente somos e comportemo-nos como tal.

De acordo com o professor Miguel Reale e de conformidade com sua Teoria Tridimensional do Direito, o fenômeno jurídico manifesta-se, exterioriza-se, de maneira tripartite: fato, valor e norma.

In casu, temos que o fato encontra-se muito bem deduzido e demonstrado. Ou seja, o substrato probante constante dos autos não deixa nenhuma sombra de dúvidas de que o réu Danielson, encontrava-se na cena do crime e dele participou ativamente; que, em sede doutrinária costumeira e legal, no momento da pronúncia, a dúvida milita em favor da sociedade, a qual, o Ministério Público, como Instituição, tem o dever de proteger e defender independentemente do subjetivismo - por mais brilhante que seja - de seus membros, ou de seu representante empiricamente isolado.

² Artigo 792, do Código de Processo Penal e Artigo 155 do Código de Processo Civil

Com relação ao valor, ainda inspirado em Miguel Reale³ e sua Teoria Tridimensional do Direito, o valor pode ser explicado de três maneiras: primeiro, com base na Teoria Hedonista; segundo, com base na Teoria do Ontologismo Axiológico, de Nicolai Hartman e, terceiro, na do próprio Miguel Reale, denominada Teoria Histórico Cultural de Valores.

A teoria hedonista preconiza que valioso é o que nos agrada, causando-nos prazer; é do tipo voluntarista eis que, liga o problema do valor a satisfação de um desejo, de um propósito, a uma base sentimental volitiva (valioso é o que desejamos ou pretendemos).

Segundo o professor Miguel Reale⁴, “Se ficarmos apegados às valorações individuais, em si mesmas, plenas e intransferíveis, ficarão sem explicação plausível as preferências estimativas de um grupo ou de uma coletividade, surgindo problemas irreduzíveis a meras explicações subjetivas”. Exatamente o problema criado pelo Representante do Ministério Público garantista.

À título de ilustração, até porque fizemos menção em relação ao Ontologismo Axiológico, segundo Scheler e Hartman, os valores não resultam de nossos desejos, nem são projeção de nossas inclinações psíquicas ou do fato social, mas algo que se põe antes do conhecimento ou da conduta humana embora podendo ser razão dessa conduta, os valores representam um ideal em si e de per si, com uma consistência própria, de maneira que não seriam projetados ou constituídos pelo homem na história mas “descobertos” pelo homem através da história.

Completando nosso esforço de demonstrarmos de que maneira vemos os valores que fomentam o surgimento e a atuação de uma instituição como o Ministério Público, originada e sedimentada com a intervenção do “espírito”, da capacidade criadora de pessoas verdadeiramente comprometidas de maneira inarredável com a gama de valores protegida e tutelada pelo nosso ordenamento jurídico e social, pedimos *vênia*, mais uma vez, para socorrermos-nos do magistério do professor Miguel Reale⁵:

“Se a natureza, como natureza, obedece a leis de uma previsão pelo menos artísticas, e se os fatos naturais marcam um nexo de causa a efeito ou de funcionalidade, segundo o princípio de que nada acontece que não seja através de uma transformação do já existente, que nada cria de novo, porque tudo, de certa maneira, se repete, já o **espírito** representa a inserção de algo de contingente na natureza, e ao mesmo tempo de vinculante do particular em uma compreensão de totalidade.

Já foi dito muito bem que a natureza se repete e que *só o homem enova e se transcende*. É essa atividade inovadora, capaz de instaurar formas novas de ser e de viver, que chamamos de **espírito**. O ponto de partida não é, como se vê, uma hipótese artificial, mas a verificação irrecusável de que o homem adicionou e continua adicionando algo ao meramente dado. A natureza de hoje não é a mesma de um, dois, ou três mil anos atrás, porque o mundo circundante foi adaptado a feição do homem. O homem, servindo-se das leis naturais, que são instrumentos ideais, erigiu um segundo mundo sobre o mundo dado; é o mundo *histórico*, o mundo cultural, só possível por ser o homem um ser espiritual, isto é, um ente livre dotado de poder de síntese, que lhe permite compor formas novas e estruturas inéditas, reunindo em unidades de sentido, sempre renovadas e nunca exauríveis, os elementos particulares e dispersos da experiência.

Que é que move o **espírito** nessa realização histórica, que não pertence a fulano ou a beltrano, mas à totalidade da espécie humana, em sua universalidade? Que move o homem nesse projetar-se histórico? Na resposta, divergem as diferentes doutrinas. Dirão uns que são tendências profundamente éticas, outros que é o anseio de liberdade, outros ainda que nos determinam necessidades econômicas inelutáveis no sentido do progressivo domínio sobre a natureza.

Diferentes teorias surgem, desse modo, mas todos reconhecem existir a possibilidade da transformação da natureza, em virtude, a nosso ver, de algo próprio somente do homem e que é capaz de subordinar a natureza aos fins específicos do homem: *o poder nomotético do espírito*.

O elemento força, de domínio ou de preponderância dos elementos axiológicos ou dos valores resultaria, portanto, dessa tomada de consciência do espírito perante si mesmo, através de suas obras: *os valores, em última análise, obrigam, porque representam o homem mesmo, como autoconsciência espiritual*; e constituem-se na história e pela história porque esta é, no fundo, o reencontro do **espírito** consigo mesmo, do espírito que se realiza na experiência das gerações, nas vicissitudes do que chamamos “ciclos culturais”, ou *civilizações*.”

³ In “Filosofia do Direito”, Miguel Reale, Editora Saraiva, 17ª Edição. P. 195/196

⁴ In “Filosofia do Direito”, Miguel Reale, Editora Saraiva, 17ª Edição. P. 203

⁵ In “Filosofia do Direito”, Miguel Reale, Editora Saraiva, 17ª Edição. P. 205/206

A presente digressão filosófica alveja, tão somente, demonstrar duas coisas muito importantes: a primeira, é que um membro do Ministério Público, não pode, no exercício de seu *múnus*, agir hedonisticamente, ou seja, colocando seus interesses pessoais, seu diletantismo intelectual, acima das obrigações do Ministério Público como Instituição. Segundo, que o Ministério Público, como Instituição, além de criar valores no seio da sociedade que defende, ele igualmente os preserva, tutela, enfim, dá o exemplo dos valores que devem ser repetidos costumeiramente, constituindo e fazendo a história em nosso tempo-espaço.

De acordo com a Constituição Federal em seu artigo 127, incumbe ao Ministério Público, entre outros, a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, significando dizer que, em decorrência de uma interpretação meramente gramatical, nós, o Ministério Público, não defendemos interesses meramente individuais, muito menos daqueles que atentam contra a sociedade, que violam o Pacto.

De outro giro, para afastar uma possível acusação infundada, entendemos relevante gizar, dizer com todas as letras, que o membro do Ministério Público pode e deve pedir absolvição de um criminoso nos casos de absoluta ausência de provas ou absoluta ausência de autoria, mas, no momento próprio e específico, e à luz da lei processual vigente no país e no momento exato da concreção. Significando com isso dizer que, nos casos dolosos contra a vida, o momento no qual o Promotor de Justiça – de conformidade com o normativo jurídico vigente – pode pedir a absolvição de um homicida é no plenário do Tribunal do Júri Popular, na presença dos legítimos e soberanos representantes da sociedade, cujos interesses somos obrigados a defender por força de preceito constitucional. Não se trata de diletantismo ou de conveniência!

Fechado o parêntese, voltando ao assunto objeto do presente tópico, cumpre afirmarmos que, à nível axiológico, ao invés de cumprir seu *múnus* constitucional de defender os interesses da sociedade, o Representante do Ministério Público garantista optou por defender, advogar, os interesses daquele que violou o Pacto Social e atentou contra o maior dos bens protegidos por nossa sociedade que é a vida, extrapolando, assim, os limites de sua independência funcional, porque descumpriu um dever, uma obrigação.

1.4 Dos Limites da Independência Funcional

Por derradeiro, no que concerne à garantia da independência funcional, quer em sede constitucional (artigo 127, §1) quer a nível infraconstitucional (artigo 1º, § 1º Lei 8.625/93) quer a nível estadual (LC nº 057/2006) temos certeza que tal garantia tem limites e não pode, em momento algum, autorizar, nem por *delirium*, que um membro empiricamente isolado, em seu nome, se sobreponha à Instituição do Ministério Público, provocando ou suscitando qualquer espécie de gravame, por vaidade, diletantismo ou pura arrogância.

Não podemos olvidar que tudo na vida tem limites, aceite-se ou não. Os poderes do Presidente da República encontram limites na lei; os poderes do Governador do Estado encontram limites na lei; os poderes do Prefeito Municipal encontram limites na lei; *Ibidem* para o Juiz, para o Advogado e também para o Promotor de Justiça.

Em sede doutrinária institucional, especificamente acerca dos limites da Independência Funcional, colhemos o magistério do professor Emerson Garcia⁶:

“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 facto*, 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)

(...) **O princípio da independência funcional está diretamente relacionado ao exercício da atividade finalística dos agentes ministeriais, evitando que fatores exógenos, estranhos ou não à Instituição, influam no desempenho de seu *múnus*.** Evita-se, assim, que autoridades integrantes de qualquer dos denominados “Poderes

⁶ In “Ministério Público. Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Editora LumenJuris, 2006, fls.59/63.

do Estado”, ou mesmo os órgãos da Administração Superior do próprio Ministério Público, realizem qualquer tipo de censura ideológica em relação aos atos praticados. (ng)

(...) Em um primeiro plano, cumpre observar que **o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos.** Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais como vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal.” (ng)

A lição candente e insofismável do professor Garcia não merece qualquer adendo ou interpretação. É perfeitamente auto-explicável temos obrigações e deveres a cumprir.

Não podemos perder de vista nem olvidar que, quem defende os interesses dos acusados são os advogados contratados ou o Defensor Público. Nós, do Ministério Público defendemos os interesses da sociedade, nunca os daqueles que a atacam.

1.5 Do Garantismo

De acordo como estabelecido na introdução da presente tese, consignamos que comungamos a idéia de que advogado é advogado; juiz é juiz; delegado é delegado; e, obviamente, promotor de justiça é promotor de justiça. Acreditamos firmemente que cada profissional do direito, para que possa cumprir seu múnus com eficiência, além de ter que observar deveres e obrigações impostos pela lei e pelo bom senso, ele tem que pensar, falar e agir como tal. Não podemos misturar as coisas. Um promotor de justiça, na sua atuação intransigente na defesa dos valores e direitos sociais a que esta obrigado inclusive por juramento, não pode uma hora querer atuar como delegado de polícia, não pode, ao seu talante, querer advogar direitos interpessoais daqueles rompem o Pacto, nem muito menos se arvorar em juiz da causa.

Em sede doutrinária, ao prefaciá-la obra denominada Direito e Razão de autoria de Louis Ferrajoli⁷ denominada “Direito e Razão”, na qual estão assentadas as bases do garantismo, o filósofo italiano Norberto Bobbio nos apresenta o assunto de maneira magistral, deixando tudo muito claro, sem qualquer espécie de deslumbramento.

É, que, de acordo com Bobbio, o garantismo surgiu na Itália após o fascismo imposto por Mussolini em decorrência da imposição, por parte do tirano, de regras de direito penal e direito processual penal, extremamente draconianas, sem qualquer respeito aos direitos e garantias individuais ou coletivas de natureza cível ou criminal.

Conforme o próprio Bobbio⁸, “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, particularmente odioso no direito penal”.

Meditando acerca das fontes filosóficas do GARANTISMO, Bobbio⁹ destaca que, ‘não se perca de vista a idéia inspiradora da obra, iluminista e liberal, iluminista em filosofia, liberal em política, segundo a qual frente a grande antítese que dominava toda a história humana entra a liberdade e poder, pela qual nas relações entre indivíduos e entre grupos, quanto maior a liberdade tanto menor o poder e vice-versa, é boa e ainda desejável e propugnável que de vez em quando aquela solução que alarga a esfera da liberdade e restringe aquela do poder; com outras palavras, aquela pela qual o poder deve ser limitado de modo a permitir a cada um gozar da máxima liberdade compatível com a igual liberdade de todos os outros”.

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 domicílio 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

⁷ Ferrajoli, Luigi, in Direito e razão, Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição.

⁸ Ferrajoli, Luigi, in Direito e razão, Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, p. 5

⁹ Ferrajoli, Luigi, in Direito e razão, Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, p. 6

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, na Somália, em Teeran, na Venezuela ou em Guantânamo, não no Brasil do jeito que está.

2. CONCLUSÃO

Como corolário de toda argumentação deduzida ao longo da presente tese, temos ser lícito concluirmos 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, é-nos dado concluir e afirmar que 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 impronúncia 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, cria uma inquestionável sensação de estímulo 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 *quantum satis*, que o GARANTISMO é uma tese que não se coaduna com o exercício do *múnus* constitucional atribuído ao Ministério Público e que sua utilização 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

REALE, Miguel., In "Filosofia do Direito", Miguel Reale, Editora Saraiva, 17ª Edição. (páginas: 195/196, 203, 205/206)

GARCIA, Emerson. In "Ministério Público Organização, Atribuições e Regime Jurídico, Editora LumenJuris. (páginas: 59/63)

FERRAJOLI, Luigi, in Direito e razão, Teoria do Garantismo Penal, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª Edição, (páginas 05/06)

EMENTA: APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA EM SEDE DE EXECUÇÃO PENAL

Geder Luiz Rocha Gomes

Promotor de Justiça/BA

1. INTRODUÇÃO

Nos dias atuais, muito se discute sobre a eficácia do sistema penal quanto à sua capacidade de responder as demandas sociais relativas ao combate ao crime.

Tem-se assistido a uma produção legislativa crescente na busca de um sistema punitivo que encontre maior eficiência para enfrentamento de uma das questões ventiladas como de maior importância para a sociedade, ou seja, a expansão da criminalidade.

Nesta seara, o Estado tem lançado mão, dentre outras alternativas, de institutos que procurem facilitar o trabalho da máquina investigativa e apuratória dos fatos ilícitos penais.

É exatamente neste contexto que a legislação brasileira contemplou o instituto da delação premiada, também inserida em diversos outros ordenamentos jurídicos, tais como: Estados Unidos (*bargain*), França, Inglaterra, Espanha, Itália (*patteggiamento*), entre outros.

Em nosso direito, a delação premiada encontra-se positivada nas Leis n.ºs 8.072/90 (Crimes Hediondos); 9.034/95 (Organizações Criminosas); 9.080/95; 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) e 9.807/99 (Proteção a Vítimas e Testemunhas).

Contudo, percebe-se que a conotação dada pelos operadores do direito, ao utilizarem o instituto da delação premiada, tem limitado sua incidência no âmbito do processo penal, para tanto, tido como encerrado quando da sentença condenatória.

O presente enfrentamento visa o reconhecimento da possibilidade da aplicação do instituto da delação premiada além dos limites da idéia de processo, que despreza a execução da pena como parte integrante do todo que significa a relação processual penal.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Conceito e natureza jurídica da Delação Premiada

Tem-se a delação como o ato de um terceiro não interessado, que presta notícia-crime nos crimes de ação penal pública incondicionada. O adjetivo “premiada” indica que o legislador optou pela concessão de algum benefício, ante a iniciativa do delator de colaborar com a máquina judiciária do Estado (investigativa ou judicante), confessando, a sua própria participação em uma infração penal e a participação de outrem.

Este instituto tem causado celeuma, não só na esfera jurídica, como no próprio corpo social acerca de sua existência e utilização, uma vez que envolve questões de cunho moral que divide opiniões. Assim, a polêmica se instala em face da incriminação de outras pessoas possibilitarem ao delator a concessão de benefícios legais.

Considera-se, portanto, delação premiada a afirmativa feita por um acusado em um inquérito policial ou processo judicial quanto ao seu próprio envolvimento com a autoria de uma infração penal, bem como a atribuição a um terceiro da participação nesta mesma infração penal, tendo como fundamento o estímulo à verdade processual.

O objetivo desenhado no sistema jurídico penal para a utilização de tal instituto, diz respeito à descoberta da verdade processual, para elucidação de crimes, como se percebe na utilização de institutos outros, a exemplo da confissão espontânea prevista no art. 65, III, “d” (circunstância atenuante).

Quanto à natureza jurídica da delação premiada, tem-se admitido tratar-se de “prova anômala”, admitida no ordenamento jurídico brasileiro, apesar de profunda divergência doutrinária e jurisprudencial, quanto à sua relação com a suposta violação do princípio do contraditório.

Parte da doutrina identifica o instituto como um incentivo à traição, conduta eticamente reprovada. Também argumenta esta parcela do pensamento jurídico penal pátrio, que o instituto da delação representa o reconhecimento da ineficácia do Estado no combate a alguns crimes.

A par desta argumentação de cunho crítico moral, o fato é que a delação premiada encontra-se positivada em nosso sistema jurídico penal, produzindo seus legais efeitos nas situações em concreto.

Ressalte-se que a delação não pode ser confundida com a confissão (*strictu sensu*), que se refere tão somente àquele que confessa sua participação no fato delituoso, nem se trata, pois, de testemunho, onde existe tão somente a imputação de fato criminoso a terceiro, sem que haja, também, a confissão.

2.2 Delação premiada no Brasil

As origens do instituto da delação premiada no Brasil remontam à época das Ordenações Filipinas, que vigoraram até o Código Penal, de 1830, que por sua vez, também o instituiu no seu título VI, item 12, onde definia o crime de “Lesma Majestade”, com limites de alcance amplos, beneficiando inclusive criminosos que delatassem crimes total alheios aos seus.

Atualmente, o instituto da delação premiada foi retomado em nosso direito pela Lei de Crimes Hediondos (8.072/90), permitindo uma redução de pena de um a dois terços para o delator que colaborasse com a justiça penal.

Em 1995, a lei que trata das organizações criminosas (9.034/95) também contemplou a delação premiada como causa de diminuição de pena, preferindo, no entanto, o legislador a denominação “colaboração espontânea”, distinta da usada na anterior Lei de Crimes Hediondos, ou seja, “denúncia”.

Na sequência, a Lei 9.080/95 tratou de alterar o texto da Lei 7.492/86 (Crimes de Colarinho Branco) para acrescentar a delação premiada, também permitindo a redução de um a dois terços da pena, preferindo o legislador, mais uma vez, a expressão “confissão espontânea”.

Seguindo a mesma trajetória, a Lei 9.269/96 alterou o art. 159, parágrafo 4º do Código Penal Pátrio, para permitir, também a delação premiada com idêntica redução de pena nos casos de extorsão mediante seqüestro.

Igualmente a Lei 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro) contempla a delação premiada para, inclusive, desta feita, não só prever a costumeira redução de pena, mais também admitir o seu cumprimento em regime inicialmente aberto ou inclusive a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos.

Contudo, foi a Lei 9.807/99 (Proteção a Vítimas e Testemunhas) que trouxe, em seu art. 13, o conteúdo mais significativo, no que tange ao incentivo que representa o instituto da delação premiada, ao estabelecer a possibilidade do perdão judicial e, conseqüentemente, da própria extinção da punibilidade do acusado-colaborador, também cuidando da previsão de medidas especiais de segurança e proteção à integridade física do mesmo.

2.3 A Delação Premiada e o Direito Comparado

2.3.1 Itália

A nação italiana é marcada pela associação de seu nome com as organizações que surgiram em 1860, por ocasião da perda do direito dos latifundiários de manter milícias privadas, o que originou a criação de grupos fortemente armados para garantir a estabilidade entre as relações de patrões e empregados, que posteriormente denominou-se “Máfia”. A Máfia tornou-se uma organização criminosa com tentáculos por todo o Estado, constituindo um poder paralelo.

Neste contexto, em 1982 foi criada a “Operação Mãos Limpas” com a finalidade de restabelecer a ordem no país, através da contenção da violência e minimização da impunidade, fazendo nascer a Lei *misura per la difesa dell'ordinamento costituzionale*, que instituiu a delação premiada, permitindo a extinção da punibilidade do colaborador, bem como a proteção pelo Estado de toda a sua família.

2.3.2 Estados Unidos

O direito americano trata a questão através da idéia de premiar aqueles criminosos que colaboram na elucidação dos delitos, principalmente nos crimes praticado por organizações criminosas.

A política criminal americana, adota institutos como a *plea bargaining*, que permite a autocomposição de litígios penais, na qual a promotoria e a defesa ajustam a confissão e colaboração do acusado em troca de benefícios legais e proteção do Estado, como se infere de programas, a exemplo do *US Marshall's Service e Witness Security Program*.

2.3.3) Espanha

O ordenamento jurídico espanhol trata do tema através da figura denominada "Arrependimento Processual", que permite a diminuição da pena.

Na Espanha, exige-se, para a aplicação do equivalente a delação premiada, que o indivíduo em conflito com a Lei Penal, atenda as seguintes condições: a) abandone as atividades criminosas; b) confesse fatos delituosos nos quais tenha participado; e c) ajude a impedir novos delitos ou na identificação e captura dos demais criminosos ou, ainda, na obtenção de provas que impeça a atuação de organizações criminosas em que o colaborador tenha participado.

2.3.4) Alemanha

A delação premiada, na Alemanha, é consagrada através do instituto denominado *Kronzeugenrelegung*, que contempla os acusado que colaborarem com a justiça.

Através da delação premiada, o sistema alemão permite, não só a diminuição da pena, como também o perdão judicial para aqueles que atuem contribuindo para impedir as ações criminosas de grupos, através da concessão de informações eficazes nesse sentido.

2.4 Contextualização do tema

Percebe-se é que o instituto da delação premiada é utilizado em várias legislações, buscando, sempre, o reconhecimento, por parte do Estado, da colaboração prestada por indivíduos que, mesmo praticantes de crimes, auxiliem o funcionamento do aparelho estatal no esclarecimento dos ilícitos penais ocorridos, como também na identificação e punição dos responsáveis, tornando-se, portanto, um instrumento a serviço da realização da justiça criminal.

2.5 Delação Premiada no Direito Brasileiro: Limites e Requisitos

De todos os dispositivos legais citados que contemplam o instituto da delação premiada, no sistema penal brasileiro, extrai-se que o foco primordial concentra-se sobre a diminuição da pena, como principal benefício concedido àqueles que colaborarem com o Estado na busca da verdade processual penal.

Merece destaque o trato da questão pela Lei 9.807/99 (Lei de Proteção a Vítimas, Testemunhas e Réus Colaboradores), uma vez que permite não só a redução de pena de um a dois terços, comum aos demais dispositivos legais referentes ao tema, como previu o perdão judicial, extinguindo a punibilidade. Ampliou também a incidência do instituto sobre qualquer espécie de crime, independentemente do tipo de ação penal prevista, restringindo, tão somente sua aplicação, aos crimes em que o delator atuou como co-autor ou partícipe.

É bem verdade que para que haja a concessão do perdão judicial *mister* o atendimento a requisitos, quais sejam: a) a primariedade do réu; b) a voluntariedade e efetividade da colaboração; c) a identificação dos co-autores e partícipes; d) a localização da vítima com a sua integridade física preservada; e e) a recuperação total ou parcial do produto do crime.

A Lei procura ser bastante esclarecedora acerca das exigências para concessão do perdão judicial, levando a crer que os seus requisitos apresentam-se de maneira alternativa, ou seja, basta o preenchimento de um dos requisitos objetivos e de todos os subjetivos para que o colaborador faça jus ao benefício do perdão judicial, em que pese doutrina acerca da alternatividade ou cumulatividade dos requisitos objetivos.

Conforme assevera a jurisprudência pátria, o perdão judicial deve ser aplicado na sentença de mérito, uma vez que é declaratória da extinção da punibilidade (art. 107, XIX, do C. Penal) (RT 608/352, 607/319, 604/359, 610/367, 624/369, 626/310, dentre outras).

No entanto, para a aplicabilidade da causa de diminuição de pena, outro entendimento esposamos quanto ao momento limite. Isto porque não havendo regulamentação legal do procedimento para a delação premiada, vale dizer fixação de limite temporal para o oferecimento das informações relatorias, a delação pode ser oferecida em qualquer fase da *persecutio criminis*, sendo possível, inclusive, até mesmo após o trânsito em julgado da sentença, ou seja, na fase da execução penal.

O fato é que a despeito de não haver previsão expressa na legislação quanto a delação premiada após o trânsito julgado da sentença, esta ausência não autoriza, por si só, a negação desta possibilidade.

Registre-se que o sistema penal pátrio contempla a analogia *in bonam partem*, para reconhecer a aplicação de instituto benéfico ao infrator. Vale ressaltar a lição de Aníbal Bruno, para quem: "[...] A proibição da analogia que vigora para as normas de incriminação não vale para as normas não incriminadoras, por tratarem-se, não de exceções às normas incriminadoras, mas expressões, por si mesmas, de princípios gerais que se aplicam à matéria de que elas se ocupam. O processo de integração, por analogia, de possíveis lacunas tem todo cabimento, desde

que não conduza a gravar situação do delinquente. É a chamada a analogia in bonam partem. Não se apóia, portanto, essa aplicação da analogia em razões sentimentais, mais em princípios jurídicos, que não podem ser excluídos do Direito Penal (BRUNO, 1984, p. 211)".

2.6 Delação Premiada na Execução da Pena

O legislador penal em nenhum momento proíbe expressamente a utilização do instituto da delação premiada na fase da execução da pena, como já explicitado. Isto implica na conclusão lógica de que não pode, o aplicador do direito, restringi-la a esta ou aquela fase processual, levando-se em conta que o objetivo a ser alcançado pelo instituto não encontra limite na sentença penal que, inclusive, não põe fim ao processo penal considerado em sua totalidade que, por óbvio, contempla sua etapa executória, fato este inequívoco diante da conformação imposta pela ordem constitucional e infraconstitucional vigente, que reconhece o caráter jurisdicional à execução penal com todos os aportes relativos ao devido processo legal (contraditório, ampla defesa, duplo grau de jurisdição, etc.).

Também estabelece a Lei 9.807/99 normas que visam à proteção dos acusados ou condenados que, voluntariamente, prestem colaboração a inquérito ou processo criminal.

Contudo, apresenta-se a dificuldade de se identificar um meio adequado para reabrir o processo, já em fase de execução, portanto, após a coisa julgada, para aplicação do instituto que possibilite a diminuição de pena por uma colaboração efetiva feita nesta etapa processual.

Esta questão, porém, não pode possuir força suficiente para impedir a utilização da analogia como fundamento para aplicação do benefício em sede de execução, tanto por tratar-se de aspecto meramente procedimental a ser enfrentado e solucionado pelo sistema, através das diversas formas corretivas (fontes subsidiárias do direito penal), quanto por ferir princípios constitucionais, tais como, o da isonomia e da individualização da pena.

Registre-se que a execução penal, quando de sua dinâmica, é recheada de institutos que alteram o conteúdo da sentença penal condenatória. Assim estão dispostos os chamados incidentes de execução (Título VII da LEP), além da progressão e regressão de regimes (art. 112-118 da LEP); concessão e revogação do livramento condicional (art. 131-147 da LEP); alteração da forma de cumprimento de pena (art. 148 da LEP); e outros institutos, como indulto e comutação, que implicam em extinção da punibilidade ou diminuição da pena (art. 188-193 da LEP).

Outras preocupações a serem superadas tratam do procedimento, do percentual de redução de pena e do juízo competente para a aplicação do benefício, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

Tais questões podem ser enfrentadas com relativa facilidade, ante o arsenal jurídico disposto no sistema penal pátrio.

A quantidade de pena a ser reduzida, pode ser norteadada por princípios constitucionais como o da proporcionalidade, bem assim seguindo-se a orientação disposta no art. 59 do Código Penal e os ditames da própria Lei 9.807/99, mormente seu art. 14, levando-se em conta, contudo, o fato de que a redução deve observar a ocorrência de oportunidade anterior (até a sentença) para que o acusado, agora sentenciado, pudesse prestar a colaboração. O que, por via de consequência inclina tal redução para o seu mínimo legal.

No que concerne ao juízo competente para a aplicação no instituto, desde que tenha sido comprovada a efetiva colaboração do condenado nos termos do art. 14 da Lei 9.807/99 (identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, a localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime), caberá ao juízo de execução, nos termos do art. 66, III, "f", decidir sobre incidente da execução.

Quanto ao procedimento, verifica-se que a lei de execução dispõe acerca do instituto denominado incidentes de execução, abordados em seu título VII.

Etimologicamente, *incidente* significa algo que sobrevém ou que é superveniente. Juridicamente trata-se de questão acessória ou pendente a ser decidida no curso de um processo principal. Na execução penal, representa algo que ocorre durante a execução da pena e que pode provocar alteração, redução ou extinção da mesma (MIRABETE, 2004, p. 765).

Através deste instituto, reconhece o sistema jurídico a ocorrência de situações que, posteriores ao trânsito em julgado da decisão penal condenatória, podem propiciar alteração do julgado, sem constituir ofensa ao seu conteúdo. Implicando, porém, em modificação ou extinção da própria execução.

Estas situações não se encontram taxativamente esgotadas no texto da LEP, como ocorria na legislação anterior. Preferindo o legislador entendê-las como toda e qualquer hipótese que revele conflito de interesse entre o condenado e o Estado durante a fase de execução da pena, merecendo procedimento acessório ao processo de execução penal principal.

Constituindo a delação premiada, nesta hipótese, uma causa de diminuição de pena, por óbvio, demandará uma alteração ou extinção da execução da pena, a depender do caso, importando em incidente de execução a ser tratado regularmente como tal, nos termos da LEP, ensejando manifestação jurisdicional.

Destarte, colhe-se do sistema jurídico vigente a possibilidade de aplicação do instituto da delação premiada nos casos já julgados, em face da existência de um processo de execução penal, dotado de procedimento adequado para tanto e dirigido por comando jurisdicional.

3. CONCLUSÕES

- 1ª. Propõe-se a aplicação do instituto da delação premiada, previsto na Lei 9.807/99, bem como em outros dispositivos legais pátrios, em sede de execução penal, vale dizer, após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para o condenado que prestar efetiva colaboração nos crimes em que atuou como co-autor ou partícipe, em face da ausência de proibição legal para tanto e do respeito aos princípios constitucionais da isonomia e da individualização da pena.
- 2ª Para sua viabilização, deve o instituto da delação premiada ser tratado como incidente da execução, seguindo seu respectivo procedimento perante o juízo de execução penal, nos termos do art. 66, III, "f" da LEP.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO, David Teixeira de. *A colaboração premiada num direito ético*. São Paulo. In: Boletim IBCCrim n.º 83, dezembro de 1999. Disponível em : http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/contendo/cao/ceaf/revista_juridica/revista07internet.pdf. Acesso em: 7 de nov. de 2006.
- BOLDT, Raphael. *Delação premiada: o dilema ético*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 783, 25 de ago. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7196>. Acesso em: 10 nov. 2006
- BRASIL. *Constituição Federal*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- BRUNO, Anibal. *Direito Penal*, 4ª. Ed., Rio de Janeiro: Forense, 1984.
- COSTA, Paulo José Jr. e CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Direito penal na Constituição*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- DELMANTO, Celso e Outros. *Código Penal Comentado*. 5. ed. São Paulo: Renovar, 2000.
- FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. *Qual o meio processual para requerer a delação premiada após o trânsito em julgado da sentença penal condenatória?*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 879, 29 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7638>. Acesso em: 7 nov. 2006.
- GIMENEZ, Marcelo de Freitas. *Delação premiada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 7, n. 61, jan. 2003. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3620>. Acesso em: 07 nov. 2006.
- GONÇALEZ, Alline Gonçalves; BONAGURA, Anna Paola et alli. *Crime organizado*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 392, 3 ago. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5529>. Acesso em: 5 nov. 2006.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal Brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10 n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>. Acesso em: 8 nov. 2006.
- _____. *Delação premiada*. Revista Justilex, Ano IV, n.º 50, fev. 2006. p. 27.
- _____. *Novíssimas questões criminais*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999.
- JUSTIÇA, Ministério. *Regras Mínimas Para o Tratamento do Preso no Brasil*. Brasília: Imprensa Nacional, 1995.
- JUSTIÇA, Ministério. *Diretrizes Básicas de Política Criminal e Penitenciária*. Brasília: Imprensa Nacional, 2000.
- LIMA, André Estefan Araújo. *Lei de proteção a vítimas e testemunhas – Lei 9.807/99*. Disponível em <http://www.damasio.com.br>. Acesso em 5 nov. de 2006.
- MARCÃO, Renato. *Delação premiada*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9 n. 843, 24 out. 2004. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7463>. Acesso em: 10 nov. 2006.
- MARQUES, Henrique Duek. *Fundamentos da Pena*. São Paulo: Juarez Oliveira, 2000.
- MARTINI, Paulo. *Proteção especial a vítimas, testemunhas e aos réus colaboradores*. 1ª ed. Porto Alegre: Síntese, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Execução Penal*, 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 8. ed. São Paulo, Saraiva, 2000.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Código penal comentado*. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002.
- RODRIGUES, Anabela Miranda. *Novo Olhar Sobre a Questão Penitenciária*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- ROSA, Borges. *Comentários ao Código de processo Penal*. Campinas: Ed. Campus, 2000.
- ROXIN, Claus. *Política Criminal e Sistema Jurídico-Penal*. São Paulo: Renovar, 2001.
- SANTOS, Abraão Soares dos. *A delação premiada no contexto de uma sociedade complexa: riscos e condições de possibilidades na democracia brasileira*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n. 818, 29 set. 2005. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7353>. Acesso em: 6 nov. 2006.

COMBATE À CRIMINALIDADE AMBIENTAL ORGANIZADA POR UM MINISTÉRIO PÚBLICO ESTRUTURADO

Geraldo Margela Correia

Promotor de Justiça/PE

SUMÁRIO

1. JUSTIFICATIVA
2. DESENVOLVIMENTO
3. CONCLUSÕES ARTICULADAS

1. Justificativa

A proteção ao meio ambiente como direito humano fundamental, essencial à sadia qualidade de vida, vem determinado na Constituição Federal de 1988, em capítulo específico formado pelo art. 225, seus parágrafos e incisos.

O Parágrafo 3º do Art. 225 da CF 88 é forte na determinação de proteção a mais abrangente possível ao macrobem (ver Benjamin, Antônio Herman Vasconcelos e Benjamin. *Função Ambiental*, pág. 59. Extraído de www.bdjur.stj.gov.br em 15 de maio de 2007) ambiental tanto que expressa: “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”. A máxima defesa, portanto, é a exigida na CF 88 e ainda acrescenta que para a efetivação de tal proteção todos são chamados e responsabilizados, o estado, a sociedade e as entidades da sociedade civil organizada.

A mesma Constituição em seus artigos de 127 a 131 atribui ao Ministério Público o papel de guardião da lei para que ela tenha eficácia não apenas jurídica, mas, efetividade ou eficácia social.

A lei é de ser cumprida voluntariamente, quando o cidadão se convence de que tal coisa é imprescindível à convivência social e toma as medidas nela determinadas. Não sendo assim, cumpre ao Estado efetivar os comandos legais para obter forçadamente o cumprimento da lei.

É neste diapasão que encontramos o Ministério Público a acionar cidadãos, órgãos públicos e empresas públicas ou privadas a agir na conformidade do estabelecido no contrato social conformado na Constituição e na legislação de vários níveis, cumprindo o desiderato constitucional de representar a sociedade na promoção da cidadania conforme as atribuições que lhe são cometidas.

A realização de tão grandes intervenções requer organização, recursos adequadamente utilizados, comunicação sistemática interna e externa, estudo contínuo e produção de conhecimento e, especialmente, verdadeiro planejamento estratégico.

Tal esforço apresenta maior necessidade quando a sociedade se confronta com a criminalidade organizada. E, constatando-se a impunidade, somente se pode entendê-la em contexto de absoluta desorganização do Estado, em todas as áreas e em todos os níveis, seja porque os governantes da hora, movidos por sentimentos de paternalismos sociais, entendam que a criminalidade se explica, *tout court*, pelas desigualdades sociais, seja, ao revés, por entendê-la como problema meramente policial.

Ao Ministério Público impende organizar-se, efetivamente, para enfrentar tal criminalidade que se espalha pelos diversos temas e tipificações, com imbricações de toda sorte, não sendo a menos importante aquela relacionada aos crimes ambientais.

2. Desenvolvimento

A criminalidade vem distinguida como criminalidade comum e criminalidade organizada, sendo esta a que possui um aparato símile à de uma empresa, sendo empreendimento com escalonamento de comando e hierarquia, na maioria das vezes, sem que haja conhecimento pelos tarefeiros dos chefes aos quais obedecem em cadeia de comando.

A criminalidade se dá em diversas áreas e, quase sempre, com ramificações e imbricações entre si.

Em ordem de importância pelos recursos envolvidos, podemos apontar: comércio de armas proibidas, tráfico de substâncias tóxicas ou drogas, comércio de bens e produtos ambientais não licenciados, entre eles e, por seu vulto, o tráfico de animais silvestres e de produtos vegetais.

Quem dá causa à criminalidade organizada ambiental é o mercado consumidor de madeiras e carvão, as lojas chamadas pet's, os colecionadores, a biopirataria(produtos genuinamente brasileiros vêm sendo pirateados e até patenteados em outros países) e os turistas levam tais bens como "souvenirs" para seus países de origem.

Em se tratando do comércio ilegal de animais silvestres já se tem dados de que 82% é constituído por aves; 14% por um conjunto de espécies dentre os anfíbios, os aracnídeos e os lepidópteros(borboletas, p.ex.); 3% por répteis e 1% por mamíferos(dados coletados em palestra proferida por Representante do IBAMA em Reunião do Fórum Interinstitucional da Bacia Hidrográfica do São Francisco em Pernambuco).

Existem rotas conhecidas desse tráfico cujos destinos são Estados Unidos, Europa, Oriente Médio e outros, saindo do Brasil via Bolívia, Argentina, Guiana francesa e Uruguai, utilizando-se especialmente o tráfego aéreo, mas também o terrestre e o marítimo

O comércio ilegal de madeira é feito por madeireiras que se instalam nas florestas da Amazônia. Ou por proprietários de terras em todas as regiões brasileiras, inclusive no Nordeste, que encontram no desmatamento uma fonte fácil, porém não sustentável, de fazer dinheiro mais rapidamente com o desdobramento em ocupação posterior por lavoura de subsistência ou criação de gado.e, no caso da Amazônia e do Centro Oeste pelo agronegócio.

A criminalidade ambiental se dá no âmbito internacional, no âmbito nacional e, ainda, na esfera estadual e também na esfera municipal.

Nas esferas internacional e nacional, a competência para processar e julgar é da Justiça Federal, enquanto nas esferas estadual e municipal é da Justiça Estadual.

Como corolário as atribuições dos Ministérios Públicos Federal e Estadual acompanham as respectivas competências jurisdicionais.

À organização do empresariado criminoso tem correspondido a desorganização das estruturas de combate a este empresariado do crime organizado.

Cada estrutura tem agido como se fosse fim em si mesma, desconhecendo a ação das outras e, até mesmo, por vezes, se contrapondo umas às atividades das outras.

Por esta razão, vez por outra, a Polícia diz que fez a sua parte, frequentemente de forma espetacular com inúmeras prisões de chefões da criminalidade e que a Justiça desfez seu trabalho, ou que o Ministério Público tem devolvido os inquéritos por mero capricho. Ou a Justiça solta os criminosos por entender que o inquérito não carreu as provas que sustentassem minimamente uma sentença de manutenção das prisões.

Também se pode observar grande desorganização interna das instituições, como no caso do Ministério Público em que os membros da primeira instância reclamam dos membros da segunda instância por emitirem pareceres totalmente contrários ao entendimento que construíram ao longo das investigações e do estudo sistemático do tema, sem que ao menos houvesse qualquer tentativa de aproximação para compartilhamento de informações e estabelecimento de estratégias de ação.

Isto pode até não ser inteiramente verdadeiro, porém, é verdade que faltam estratégias e que há necessidade de estabelecê-las sob pena de inefetividade do combate necessário e intransigente a essa criminalidade, a iniciar-se pelo diálogo interinstitucional e pela organização interna de cada uma das instituições, para o alcance da superação da impunidade, sempre geradora de mais criminalidade, como sabido.

Vamos avançar algumas idéias que possam servir de norte à estruturação do Ministério Público estadual visando estabelecer um controle dessa criminalidade com a progressiva alteração para menor do quadro presente de impunidade.

Prioritariamente, é necessário estabelecer que o controle externo da atividade policial signifique o estabelecimento de parcerias de trabalho com o estabelecimento de grupos de ação de promotores de justiça e policiais, com treinamento adequado para o enfrentamento da criminalidade organizada em moldes científicos, grupos não permanentes, mas estabelecidos para cada caso desde o início até seu desfecho final.

O mesmo se diga a respeito do estabelecimento de grupos dentro da estrutura do próprio Ministério Público, integrados por Procuradores e Promotores de Justiça, a fim de que não haja solução de continuidade na ação do Ministério Público quando o desdobramento das ações em juízo evolui da primeira para a segunda instância de jurisdição.

Necessário quebrar o isolacionismo dessas duas instâncias de atribuição, com a instituição de mecanismos de trabalho que não desvalorizem, é claro, o princípio do promotor natural, mas que possa flexibilizar tal princípio e admitir um trabalho verdadeiramente de equipe, com todos os integrantes do grupo autorizados a agirem com agilidade, desfazendo a hegemonia atual das estruturas estanques e desarticuladas.

Mais ainda, busque-se a regionalização das procuradorias para aproximação, inclusive física, dos locais de ocorrência dos fatos para que possam ser coletadas as provas com rigor e com a formação célere dos grupos que se encarregarão de dar efetividade aos procedimentos administrativos (inquérito policial, inquérito civil público) em face da organização interinstitucional dos trabalhos.

A construção de formas mais modernas de trabalho se mostra, assim, urgente em face da urgência dos problemas que parece haverem tomado já a direção de alguns territórios do estado e da nação, tornando estressante e aflitiva a vida da população que se descobre entregue à sanha assassina e pouco percebe a atuação do Estado no cumprimento de suas essenciais tarefas institucionais, pouco a pouco esgarçando o tecido social, passando o comando da sociedade aos criminosos organizados (O desenvolvimento deste tópico se apoiou em Saraiva, Luiz Roberto. *Combate Organizado ao Tráfico de Animais Por Um Ministério Público Profissional in Recife Ambiente*-Revista do Congresso Nordeste de Direito Ambiental da Abrmpa, 2005, Recife-PE).

3. Conclusões Articuladas

As observações postas no desenvolvimento do tema já possibilitam articular algumas conclusões, como se apresentam a seguir:

a) É imprescindível reorganizar as estruturas de atuação do Ministério Público, importando até mesmo em desconsiderar o território da comarca como espaço de ação do Promotor de Justiça, regionalizando articuladamente suas atribuições, respeitando o princípio do promotor natural, em proveito de trabalho melhor articulado e efetivo entre suas instâncias;

b) Importa compreender que o controle externo não é poder sobre outras instituições, mas articulação interinstitucional de trabalho para atingir resultados melhores e que efetivamente resultem no combate organizado à criminalidade, mais especificamente à criminalidade ambiental;

c) Deve-se privilegiar a criação de grupos de trabalho para casos específicos do início ao fim dos trabalhos, desfazendo-se quando os objetivos são atingidos com o fim da impunidade para o caso concreto, evitando a perpetuação de grupos que se desgastam quando estruturados como nova instância de poder dentro da instituição ou interinstitucionais;

d) É necessário organizar a regionalização e especialização de procuradorias para facilitar o intercâmbio de informações entre a primeira e a segunda instância, quebrando o isolamento que somente produz ineficiência.

COMBATE A IMPUNIDADE E A VIOLÊNCIA: NECESSIDADE DE MAIOR INTEGRAÇÃO NO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Paulo Augusto de Freitas Oliveira

Promotor de Justiça/PE

1. Introdução

Antes de tecermos quaisquer comentários sobre o tema, importante o registro de que não há qualquer pretensão de propormos um modelo ideal para o exercício do controle externo da atividade policial, pois entendemos que se trata de uma função dinâmica e complexa, para qual não devemos admitir formas estanques ou fórmulas mágicas. Na verdade, procuraremos discorrer sobre algumas medidas propositivas que podem ser implementadas de forma sistemática e integrada, contribuindo de alguma forma para o aperfeiçoamento desse mister constitucional, no âmbito da nossa instituição.

Também decidimos escrever algo sobre esse polêmico tema, pela sua estreita relação com a realidade social vivida em nosso estado. Nossa preocupação, qual seja, a de que precisamos fazer algo a mais para coibirmos as causas da violência, sobretudo a impunidade, vem sendo objeto de vários seminários nos últimos tempos. Recentemente, tivemos a oportunidade de debater com diversos representantes do sistema de segurança pública (delegados, oficiais da polícia militar) e de justiça (juízes, promotores de justiça, advogados e defensores públicos), no evento denominado – “Seminário de Promoção da Paz Social”, realizado em março/2007, sobre alguns aspectos relacionados ao aumento da violência e das políticas públicas a serem intensificadas, na tentativa de se construir a almejada “paz social”. Ao final do evento foi elaborada a “Carta de Pesqueira”, nos interessando aqui salientar quatro aspectos apontados como “dificultadores” para o alcance da meta estabelecida, qual seja, a promoção da paz social. São eles: *1) Cultura tendente à desarticulação e falta de integração entre as entidades responsáveis pela Segurança Pública e Justiça; 2) Não inclusão da sociedade na articulação e execução das políticas públicas e omissão de setores da sociedade quanto à solução das questões; 3) Corrupção, impunidade e má aplicação dos recursos públicos; 4) Burocracia e estrutura insuficiente nas instituições do Sistema de Segurança e Justiça.*”

Não obstante o fato de muitos poderem considerar óbvias as constatações acima destacadas, procuramos avaliá-las de uma outra forma: por um lado, como um autêntico diagnóstico dos problemas enfrentados no cotidiano das instituições que intervêm na promoção da ordem pública; por outro, como vetores que apontam para as ações práticas que pretendemos apontar como propostas a serem operacionalizadas no âmbito do Ministério Público, no exercício do controle externo da atividade policial. Eis aí o nosso principal objetivo: propormos algumas ações práticas e factíveis aos colegas promotores de justiça, tendo por pressuposto a compreensão de que precisamos nos integrar com todos os atores envolvidos.

Imprescindível chamarmos a atenção de todos os membros do Ministério Público para o tema ora abordado, uma vez que, a partir de uma rápida leitura do nosso Planejamento Estratégico 2005-2008 (pág.37), constatamos que o controle da atividade policial constitui-se em uma das metas mobilizadoras mais prioritárias, segundo os pesquisados. Alguns frutos já foram colhidos a partir dessa constatação, como é o caso da elaboração de normas internas, a exemplo da que estabeleceu medidas voltadas ao controle externo da atividade policial. No entanto, acreditamos que ainda há muito por fazer e criar nessa seara.

Os índices de violência chegaram ao limite máximo da tolerância, exigindo ações eficazes do Estado, sob pena de afundarmos ainda mais no caos em que nos achamos. Mais do que nunca, precisamos compreender que qualquer solução viável e eficaz parte de uma premissa basilar: “a união faz a força”. Não é mais cabível na situação em que nos encontramos a usual prática dos Poderes do Estado de se culparem uns aos outros ou de acreditarem que estão fazendo a sua parte. O desafio é muito maior que as possíveis diferenças que possam existir entre as instituições. Daí a necessidade de unirmos as forças do Estado, a partir de uma maior integração entre os órgãos que compõem a segurança pública entre si, e com o sistema de justiça, aliada a efetiva participação da sociedade.

2. Breves considerações sobre o controle externo da atividade policial

A Constituição Federal vigente consigna 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, cumprindo exercê-la, dentre outros, a Polícia Civil e a Polícia Militar. Tendo o Ministério Público a atribuição constitucional do controle externo da atividade policial, tem, por igual, o dever de zelar pelo correto e efetivo exercício da segurança pública, seja fiscalizando o seu cumprimento seja participando ou mesmo recomendando políticas públicas na área.

Partimos da constatação de que, ao dispor sobre as funções institucionais do Ministério Público, a Constituição Federal deu ênfase especial ao controle externo da atividade policial (art. 129, VII). Entretanto, não restou especificado em que consistiria esse controle, deixando a atribuição para a legislação infraconstitucional.

Por sua vez, embora tenha elencado algumas medidas judiciais e extrajudiciais de como exercitar essa função controladora, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (LC. 75/93), não nos forneceu informações precisas sobre o que seria, propriamente, o objeto desse controle. Não foi diferente em relação a nossa lei orgânica estadual (LC nº 12/94), que também não avançou nesta questão. De um certo modo, isso explica o número considerável de divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o assunto. Apesar dessas dificuldades no campo teórico, nada nos impede de melhorarmos, na prática, essa função ministerial, uma vez que o Ministério Público, não só por ser o titular da ação penal, como também pela independência e autoridade que a lei confere a sua atuação, é o mais importante órgão de controle externo da atividade policial, entre nós.

Pernambuco, como outros estados da federação, seguiu a tendência de regulamentar internamente o controle externo da atividade policial. Em nosso estado foi elaborada a Resolução-CPJ nº 012/2006. Desde já, salientamos que não existe qualquer pretensão de criticarmos a referida norma, até porque a enxergamos como um instrumento norteador de algumas ações ministeriais, não obstante entendermos que seus dispositivos foram tímidos, por se limitarem a estabelecer mecanismos de controle essencialmente burocráticos, tais como: livre acesso aos estabelecimentos policiais e prisionais, garantia de acesso e cópias de documentos relativos à atividade policial.

Entendemos não existirem muitos limites a essa tarefa, que compreende tanto a atividade-fim policial (grosso modo, o controle do inquérito policial, do cumprimento de prazos, etc.), como a própria prestação do serviço e a política pública que norteia sua implementação (o que compreende, por exemplo, o controle da eficiência, da distribuição de efetivos policiais, dos índices de criminalidade, da prática de crimes e infrações pelos policiais e dos índices de resolução de crimes).

Precisamos reconhecer que vários fatores têm nos impedido de exercermos efetivamente esse controle no dia a dia, com raras exceções. Entre eles: a falta de hábito de visitarmos delegacias, a relutância em nos envolvermos com a atividade policial, a falta de recursos humanos e material suficientes, além de uma tradicional desconfiança evidenciada entre promotores e delegados. Nosso controle limita-se, em geral: ao controle dos inquéritos remetidos pela Polícia Civil, a partir de um comparativo com o registro das ocorrências policiais (ROP) encaminhados pela Polícia Militar; (ii) visitas aos estabelecimentos prisionais. Repetimos, isso é o que observamos na prática, o que não significa dizer que não possam existir exceções.

Ainda nesse contexto, importante aqui destacarmos a compreensão de Carlos Alexandre Marques¹, promotor de justiça de Goiás, que também defende a ampliação do objeto de controle externo nos seguintes termos:

"Não vejo timidez no dever constitucional do controle externo da atividade policial, e, por isso, concebo-o com largos limites: tal controle deve abraçar as notícias de delitos recebidas pela polícia, a apuração dos crimes e das infrações de improbidade administrativa praticados por policiais, os casos esquecidos ou não investigados, a fiscalização dos prédios sem policiais e de carceragem, a cobrança do regular trâmite dos procedimentos investigatórios, o cumprimento das requisições ministeriais, a preservação das liberdades e garantias individuais etc.

*(...) Vislumbro, portanto, um tripé que alicerça, que fundamenta a atuação ministerial do controle externo da atividade policial: 1º) A fiscalização e a garantia da prestação estatal obrigatória e eficiente do serviço de segurança social (controle por força de defesa de interesses difusos via ação civil pública); 2º) defesa das liberdades constitucionais individuais e manuseio dos remédios jurídicos que visam garanti-las (*habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança etc.); 3º) controle externo da atividade-fim policial (criminal e cível)".*

3. A integração como pressuposto para implementação das medidas propostas

Entendemos que qualquer medida preventiva voltada à materialização do controle externo da atividade policial, especificamente, no combate a impunidade e a violência, deve partir da premissa de que o Ministério Público precisa se integrar mais com outros atores sociais envolvidos direta ou indiretamente nessa temática. Não podemos ser pretenciosos ao ponto de imaginarmos que dispomos de estrutura, informações e tecnologia suficientes para abdicarmos da busca pela intensa cooperação dos agentes externos.

¹ MARQUES, Carlos Alexandre. Controle Externo da Atividade Policial: natureza e mecanismos de exercício. Disponível no endereço <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1598>

Não temos dúvida de que os objetivos traçados somente serão atingidos, se conseguirmos fortalecer algumas relações que na prática não existem ou estão adormecidas. Por isso, acreditamos que a integração dos atores envolvidos é um pressuposto lógico para o exercício do controle externo da atividade policial. Ao nosso ver as relações precisam ser estreitadas entre:

a) **Os Promotores de Justiça com atuação na esfera criminal:** O exemplo deve partir de casa. Antes de qualquer iniciativa, precisamos nos convencer de que o combate a impunidade e a violência, a partir do controle externo da atividade policial, deve ser visto como uma **prioridade** de todos os promotores que atuam na esfera criminal. Partindo dessa idéia comum, teremos condições de encarar os problemas existentes, definindo medidas padronizadas para aplicação em todo estado, respeitadas possíveis peculiaridades regionais. Nossa instituição já demonstrou em diversas passagens de sua história que quando seus membros se unem em prol de um objetivo comum, os resultados são mais expressivos e de maior efetividade.

b) **Promotores e os Agentes responsáveis pela Segurança Pública:** Não cremos no sucesso de qualquer ação sem estimularmos a integração com aqueles que atuam institucionalmente na ponta do sistema (policiais militares e civis) de combate a violência. Para isso, precisamos respeitar o papel de cada instituição, ao invés de alimentarmos preconceitos contra aqueles que atuam nas polícias. No estado de violência em que nos encontramos, mais do que nunca, emerge a necessidade de se fortalecer os poderes do Estado, o que só será possível com a conscientização e união de todas as forças disponíveis.

O nosso sistema de segurança pública se apóia em estruturas heterogêneas e complexas, as quais precisam ser conhecidas de perto por todos os promotores de justiça, a fim de que possamos compreender melhor as funções que lhes são atribuídas constitucionalmente. Como conhecermos esses órgãos sem interagirmos com eles? Como exigirmos algumas ações ou posturas se não conhecemos aqueles que os compõem, sua estrutura (material e pessoal), suas normas internas, dentre outros aspectos?

O cultivo de práticas interativas também poderá repercutir diretamente na aproximação dos diferentes órgãos que atuam na segurança pública, pois não podemos esconder as "rixas" antigas, as quais chegam a comprometer a prestação dos serviços prestados à sociedade. Daí, mais uma razão para estimularmos a integração entre nós promotores de justiça e os diversos agentes de segurança pública.

A burocracia é apontada como um fator dificultador da promoção da paz social, conforme salientamos acima, repercutindo na morosidade dos processos e no trânsito de informações. Em que pese o fato de termos que cumprir as regras processuais, acreditamos que o maior estreitamento do canal de comunicação entre os órgãos permitirá a desobstrução de alguns gargalos que atrapalham a prestação da justiça.

O contato freqüente com os comandantes e delegados, além de estreitar as relações institucionais, gerando um clima de maior confiança mútua, também deve ser visto como uma ferramenta destinada à discussão mais técnica de vários aspectos relacionados à manutenção da ordem pública. Nessas reuniões também poderemos solicitar que sejam apresentados dados estatísticos sobre: ocorrências policiais no mês; incidência dos crimes; modus operandi, inquéritos instaurados/ concluídos, enfim, a obtenção de informações de caráter geral que, certamente, contribuirão no trabalho de fiscalização das ações policiais.

c) **Entre os promotores de justiça e a sociedade:** Impossível imaginarmos a ausência da sociedade nessa discussão, haja vista ser ela a destinatária final de nossas ações e a principal fonte das informações necessárias ao desempenho de um controle externo mais aproximado da realidade social. São as pessoas que compõem a comunidade, quer de forma organizada (Associações, ONGS, Conselhos, etc) ou isolada (voluntários), as mais indicadas a nos apresentar os problemas evidenciados no seu meio e, muitas vezes, nos indicar as soluções mais viáveis.

O nosso contato com a sociedade, de forma permanente e organizada, permitirá uma visão mais real das dificuldades na área da segurança pública, nos oportunizando uma melhor identificação das mazelas a serem enfrentadas. Precisamos fomentar a participação da sociedade, por meio das diversas camadas sociais (lideranças comunitárias, empresários, comerciantes, jovens, gestores públicos, políticos, dentre outros), nas discussões em torno da construção da paz social, demonstrando que a promoção da segurança pública é dever do Estado, mas responsabilidade de todos.

A relação com a sociedade deve ser construída da forma mais democrática e participativa possível, evitando a ocorrência de sobreposição de grupos e pessoas que têm outros interesses, inclusive, políticos partidários. Ao mesmo tempo, precisamos ter o cuidado de selecionarmos aqueles que realmente podem nos ajudar, adotando as cautelas necessárias.

A participação nas reuniões dos Conselhos Comunitários de Segurança Pública ou Conselhos da Paz deve ser estimulada, principalmente através da nossa presença e atuação. Estas entidades se situam entre o controle formal e o informal. A sua função é justamente representar a comunidade na sua interlocução com o poder público e com as instituições de segurança pública, permitindo que as últimas incorporem as prioridades e preocupações da sociedade. Nesse sentido, eles permitem um controle mais propositivo e participativo da sociedade, que não se limite à inibição dos abusos. Alguns aspectos precisam ser monitorados nas ações e iniciativas desses conselhos, dentre eles: (i) a interferência de interesses partidários; ii) o monopólio de determinados setores sociais, com mais recursos materiais ou simbólicos, no funcionamento dos conselhos; iii) a falta de participação dos grupos que têm justamente uma relação mais conflituosa – como jovens de baixa renda – com a polícia; iv) a utilização do conselho

por alguns membros como trampolim para candidaturas políticas; v) a predominância de conselheiros que são sempre favoráveis às posições da polícia; vi) tentativas de abuso de autoridade cometidas por membros dos conselhos em função do seu cargo; vii) a sua utilização por parte da polícia como uma forma de obter recursos da comunidade.

4. Propostas de medidas preventivas.

Não temos a intenção de transmitir uma falsa impressão de que as medidas adiante propostas são inovadoras ou autênticas. Isto seria uma impropriedade que jamais correríamos o risco de cometer. Na verdade, pretendemos despertar os colegas promotores de justiça para uma reflexão sobre a possibilidade de empreendemos as ações elementares, desta feita, de forma integrada com outros agentes envolvidos (polícia e sociedade), para a obtenção dos resultados esperados. Por uma questão didática, decidimos fragmentar as medidas em busca de uma maior compreensão, entretanto, a idéia é que elas sejam aplicadas conjuntamente.

a) Instrumentos de Controle Normativo

Para uma eficiente fiscalização das atividades policiais devemos conhecer, a fundo, a legislação (leis, decretos, portarias) específica dos órgãos que compõem o sistema de segurança pública. É que muitas vezes nos deparamos com situações concretas, em que a falta de conhecimento ou de acesso às normas específicas podem prejudicar a nossa análise.

Nesse contexto, sugerimos que o CAOP/Criminal faça uma compilação de toda legislação relativa às instituições e suas particularidades, a partir de um convênio ou termo de cooperação com a Secretaria de Defesa Social, disponibilizando-a na intranet para o acesso de todos os promotores de justiça. Tal iniciativa permitirá uma consulta mais rápida e prática. Apenas como rol exemplificativo, seguem algumas normas que nos interessariam:

- Código de Conduta para os funcionários responsáveis pela aplicação da lei e os princípios básicos sobre o uso da força e armas de fogo pelos funcionários responsáveis pela aplicação da lei (expedidas pela ONU);
- Leis orgânicas e regulamentos disciplinares das polícias;
- Normas internas e procedimentais sobre distribuição de efetivo, área de atuação das unidades policiais, atuação do policiamento em cadeias públicas, etc.
- Normas internas sobre como os policiais estão autorizados a proceder em situações específicas: abordagens, revistas, detenções, desocupações judiciais, uso de armas;
- Plano de Segurança do Estado.

b) Instrumentos de Controle Administrativo e de Materiais

Como podemos exigir mais efetivo policial ou mais viaturas para as nossas cidades, se não tivermos acesso a realidade prática e o que as normas internas indicam como o ideal? Como distinguirmos o bom e o mau policial, se não os conhecermos? Quais as armas utilizadas pelas polícias na nossa região? Quais as condições de trabalho dos policiais?

Dentro da idéia de reduzirmos a burocracia, entendemos que essas e outras questões de ordem administrativa podem ser sanadas, a princípio, sem a necessidade de Inquéritos Cíveis ou Procedimentos Investigativos, mas a partir de requisitórios (ofícios) e contatos pessoais dos promotores junto às delegacias e quartéis da polícia militar. Uma simples planilha, atualizada periodicamente pelos órgãos, pode nos dar uma boa visão da estrutura policial existente na nossa área de atuação, permitindo a tomada de algumas decisões, como por exemplo: (i) acompanhar o quantitativo de policiais que estão indiciados ou respondendo a processo-crime, a fim de verificarmos se devem ser afastados ou não da atividade-fim; acompanhar a variação de efetivo policial na cidade, buscando explicações dos escalões superiores e até mesmo ajustando condutas, etc.

Dentre as informações importantes de serem catalogadas nas promotorias, recomendamos:

- Área de atuação, movimentação e distribuição numérica e territorial dos recursos humanos;
- Números do efetivo, cargos e patentes e lotação por unidades;
- Antecedentes funcionais e criminais policiais que atuam na região;
- Controle das armas dos policiais (da instituição, próprias e depositadas).
- Número de viaturas disponíveis e em atuação na cidade;

Além da necessidade de conhecermos a estrutura policial existente na nossa região, as informações acerca da realidade administrativa e de material, nos servem para cobrarmos a efetivação de políticas públicas na área de segurança. Nesse aspecto, por se tratar de uma competência mais ligada ao Chefe do Executivo estadual, sugerimos a integração das ações dos promotores de justiça com o Procurador Geral de Justiça, a fim de ser cobrado do governo do estado a eficiente aplicação dos escassos recursos.

Nesse contexto, propomos a prévia elaboração de uma espécie de questionário (CAOP/Criminal), contemplando informações comuns a todas as circunscrições ministeriais, as quais seriam prestadas pelos promotores

criminais. A partir do armazenamento dos dados repassados será possível obter um diagnóstico da situação, permitindo uma intervenção mais eficiente e real, no que concerne à cobrança de políticas públicas, inclusive, de forma mais propositiva.

c) Controle por meio de acesso a banco de dados e estatística

A informação é uma das principais ferramentas para o desempenho das nossas atividades, em especial, no bom desempenho do controle externo da atividade policial. Não podemos mais utilizar os métodos tradicionais de obtenção de informações, quando existe a possibilidade legal e factível de acessarmos bancos de dados. Por outro lado, não adianta termos vários convênios com bancos de dados públicos e privados, se tais instrumentos não forem disponibilizados para os promotores que atuam no crime.

Como avaliarmos o atendimento às ocorrências pela polícia militar? Como controlarmos o andamento de um inquérito policial desde o seu início até o seu término? Como trabalharmos com dados estatísticos? Como identificarmos os crimes que precisam ser mais combatidos pelas polícias? Como avaliarmos o patrimônio de um policial investigado ou suspeito? A resposta para essas perguntas insere-se dentro do contexto que já abordamos anteriormente, ou seja, precisamos investir em tecnologia e compartilharmos informações. A eficiência no exercício de nossas atividades, dentro da realidade atual, muitas vezes depende de uma estrutura que nos permita alcançar a excelência em nossas ações. Temos consciência de que muito já foi feito, mas não podemos deixar de cobrar mais investimentos nessa área.

Seguem algumas sugestões alguns dados que podem ser trabalhados e compartilhados com a SDS:

- Registro do número de ocorrências e inquéritos policiais instaurados;
- Elaboração de mapas estatísticos criminais;
- Registro do número de pessoas mortas e feridas por ação da polícia;
- Registro de ocorrências envolvendo crianças e adolescentes (vítimas e infratores);
- Criação de banco de dados estadual sobre ocorrências e estatísticas criminais ;
- A substituição de livros e papéis por técnicas de informatização;
- A criação de uma rede virtual interligada com as polícias;
- A uniformização dos padrões de coleta das informações e das categorias criminais;

d) Controle da Instrução Probatória

O cumprimento desse papel depende estritamente do nosso comprometimento com a investigação criminal, porque a nós interessa diretamente o êxito do trabalho policial de coleta de provas. O sucesso de uma ação penal tem estreita ligação com a eficiência demonstrada na fase investigatória. Quanto maior o rol de indícios, circunstâncias e elementos de prova colecionados no inquérito policial, mais segurança teremos de enxergar a verdade ou formarmos a convicção para o arquivamento ou para a propositura da ação penal pública.

Não é cabível timidez no dever constitucional do controle externo da atividade policial, por isso é que não podemos mais tolerar a má qualidade dos inquéritos policiais, TCO's e outros procedimentos investigativos, sob pena de comprometermos a persecução criminal e, indiretamente, admitirmos a impunidade. Não podemos ficar reféns de um inquérito, ao ponto de oferecermos a denúncia com provas frágeis e inconsistentes. A legislação nos dá instrumentos para exigirmos uma boa produção de provas, precisamos apenas nos desprendermos da idéia de que o que não se conseguiu obter na fase investigativa será mais facilmente obtido em juízo. Essa idéia nem sempre condiz com a realidade, principalmente, quando se trata de provas periciais imprescindíveis à caracterização da materialidade delitiva, as quais devem ser colhidas ou requisitadas na fase investigativa, sob pena de não haver mais possibilidade de obtê-las.

Nesse aspecto, acreditamos que devemos atuar em três frentes: (i) **a primeira**, direcionada a autoridade policial – visando o cumprimento de prazos, exigindo a formalização da prorrogação do prazo para conclusão do inquérito; acompanhando e cobrando a fiel execução dos requisitórios ministeriais; não dispensando o registro nos autos das observações feitas pela autoridade policial, por ocasião das diligências descritas no art. 6º, do CPP, dentre outras); (ii) **a segunda**, por parte dos policiais militares – exigindo a realização do isolamento do local do crime, a fim de preservarem as provas; (iii) **a terceira**, valorizando a obtenção da prova técnica (pericial), não dispensando-a sob o pretexto de que não é imprescindível ou de que poderá retardar a conclusão do processo.

Por fim, entendemos necessário exigirmos do Executivo a interiorização da polícia científica (regionais), dada a incidência de provas técnicas que deixam de ser realizadas a tempo, contribuindo para prescrição do crime. Além disso, nos ressentimos de profissionais habilitados no interior do estado, o que tem prejudicado a produção de uma boa prova nos autos.

e) Controle por meio de Inspeções às delegacias.

Sabemos que é bastante comum a inobservância por parte da polícia judiciária ao princípio da obrigatoriedade que ordena a apuração de todo fato típico a ela comunicado pelo cidadão. Na maioria das vezes, ela registra a

ocorrência em livro, porém seleciona o que quer investigar, usando para isso de critérios, às vezes plausíveis ou na maioria dos casos inconfessáveis, dada a sua ilicitude motivadora. Também é fato que boa parte dos inquéritos iniciados não são concluídos com êxito, ou seja, fornecendo os indícios de autoria e materialidade para permitir a promoção da ação penal.

A inspeção nas delegacias não deixa de ser uma alternativa para o controle da atividade policial, em particular, da produção dos inquéritos policiais por parte da polícia judiciária. Contudo, não deve ser compreendida como uma forma isolada, um fim em si mesma. Somente vislumbramos a inspeção como um instrumento eficaz de controle, se ela for exercida de forma conjugada com outras medidas (prévias e posteriores), tais como: (i) prévia coleta de informações e dados junto à sociedade (conselhos e lideranças comunitárias), acerca das ocorrências “oficiais e extra-oficiais”, digamos assim, evidenciadas no município; (ii) obtenção de um extrato dos relatórios de ocorrência policial (ROP), junto à Polícia Militar; (iii) registro de mortes violentas nos hospitais locais/regionais e IML; (iv) registro de informes jornalísticos divulgados pelos veículos de comunicação envolvendo a prática de crimes. O que defendemos é que não adianta de nada irmos a uma delegacia na intenção de inspecionarmos os livros, registros e peças investigativas encontradas, sem dispormos de informações que nos permitam uma melhor avaliação da situação fática encontrada.

Como ações ministeriais decorrentes da inspeção, a depender de cada caso, sugerimos: (i) a simples orientação *in locu*; (ii) a instauração de procedimento investigativo; (iii) a requisição de correição pela Corregedoria Geral da SDS; (iv) a impetração de ações de improbidade ou penais; (v) a comunicação de menção elogiosa aos escalões superiores dos inspecionados.

Por fim, recomendamos que essa inspeção seja feita da forma mais natural e amistosa possível, evitando-se desnecessários desgastes.

f) Controle por meio da Investigação Criminal e Inquérito Civil

Apesar de estarmos a par das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca da polêmica em torno do poder investigatório do Ministério Público, partimos do pressuposto de que temos sim atribuições constitucionais e legais para o exercício dessa atividade. Em Pernambuco, por exemplo, a Resolução nº CPJ 03/04, dispõe expressamente sobre essa possibilidade, inclusive chegando a detalhar o rito procedimental a ser observado.

No entanto, alertamos para o cuidado que devemos ter, no sentido de não transformarmos a regra em exceção. Ou seja, a apuração dos crimes e das contravenções penais deve ser feita pela polícia judiciária, nesses casos devemos nos restringir a cobrar eficiência e competência investigativa. Por outro lado, apenas em circunstâncias especiais e/ou casos excepcionais podemos avaliar a imprescindibilidade de nossa atuação direta, a fim de salvaguardarmos o interesse social. Nessa linha de raciocínio, entendemos que existem situações em que o órgão incumbido das investigações deve gozar de maiores garantias e de insenção de ânimo para se colocar a salvo das pressões políticas e do sentimento corporativo. E aqui delimitamos em 02 hipóteses: quando envolver autoridades que não gozam de foro privilegiado e quando se tratar de integrantes das forças policiais.

Em que pese termos essa convicção, precisamos admitir que possuímos limitações estruturais e até mesmo de segurança pessoal, pelo que entendemos necessária a avaliação prévia do promotor natural quanto à conveniência de uma atuação conjunta com outros membros da Instituição. Ao nosso ver, essa é a fórmula ideal de combatermos aqueles que se utilizam do escudo do Estado para prática de crimes. Do contrário, salvo algumas exceções, ou não conseguiremos provar os fatos ilícitos ou correremos o risco de sozinhos sermos alyos fáceis às investidas criminosas patrocinadas por esses falsos defensores da sociedade.

Não temos dúvidas de que ao investigarmos os fatos ilícitos envolvendo policiais estaremos combatendo de uma só vez dois males: o corporativismo e a impunidade. Além do mais, é oportuno lembrarmos que os atos ilícitos cometidos por policiais poderão ter repercussões que ultrapassam a esfera criminal, adentrando naquela concernente à improbidade administrativa, cuja larga regulamentação encontra-se na Lei nº 8.429/92.

Não podemos desconsiderar que um delito cometido por um policial ou a inobservância do seu dever legal pode configurar-se também em um ato de improbidade administrativa, o que nos permite instaurar o inquérito civil público, por meio do qual podemos apurar todo o caso irrestritamente. No inquérito civil público, podemos notificar os investigados, requisitar diligências e documentos, ouvir testemunhas, isto é, colecionarmos todo o tipo de prova em direito admitida. Concluída a investigação, caso se comprove, podemos impetrar a devida ação por ato de improbidade administrativa, da qual poderá resultar, dentre outras sanções, na imposição de perda da função pública e, liminarmente, o afastamento temporário do cargo, instrumentos de grande valor no exercício do controle externo da atividade policial. Além disso, nada impede que, a partir das provas obtidas, constatemos a evidência de indícios de autoria e materialidade de crimes imputados aos policiais, servindo os elementos probatórios emprestados do inquérito civil público para a propositura da devida ação penal.

Como bem colocou o promotor de justiça goiano, José Fabiano Ito²: “De fato, as irregularidades encontráveis

² Trecho extraído do artigo “A polícia sob controle?”

nos meios policiais tendem a caracterizar, como regra, tanto infração penal como ato de improbidade administrativa. Assim é que o atraso injustificado na conclusão de inquérito policial pode configurar crime de prevaricação, se a desídia visa à satisfação de interesse ou sentimento pessoal, mas caracteriza, também e seguramente, ato de improbidade administrativa, na modalidade de atentado aos princípios da administração pública. Já o recebimento de vantagem indevida, em razão da função, a par de configurar, conforme as circunstâncias, crime de concussão ou de corrupção passiva, caracteriza, também, ato de improbidade que importa em enriquecimento ilícito. (...) Dessa maneira, sempre que constatada a prática de conduta ilícita por parte de policiais, incumbe aos membros do Ministério Público analisar o evento sob o prisma da lei de improbidade administrativa, instaurando, se for o caso, o competente procedimento para a apuração do ocorrido. Com base nos elementos de prova colhidos, não sendo o caso de arquivamento, há de ser proposta a ação por ato de improbidade administrativa. Mais do que isso, desde que presentes elementos para tanto, nada impede que as evidências amealhadas no corpo do procedimento sirvam de suporte para a propositura de ação penal tendente à imposição de sanção penal aos policiais investigados."

Destarte, precisamos nos utilizar mais desse instrumento de controle, sem qualquer ressalva ou impugnação, porquanto plenamente legítimo, combatendo as ações dos maus policiais e retirando-os das fileiras de suas instituições, totalmente amparados pela Lei nº 8.429/92.

Conclusão

Em síntese, entendemos que o controle externo da atividade policial precisa ser priorizado pelos promotores que atuam na esfera criminal, como um eficiente instrumento no combate a impunidade e a violência em nosso estado. Partindo dessa convicção, propomos que seja experimentada a atuação integrada do Ministério Público com outros atores envolvidos nesse mister, como uma ferramenta essencial à concretização de algumas medidas preventivas e à obtenção de resultados concretos.

CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS COMO ANTECEDENTE DE LAVAGEM DE DINHEIRO: IMPOSSIBILIDADE

Marcelo Mendroni

Promotor de Justiça Criminal/SP

Exposição: Com a finalidade de analisar os dispositivos do rol enumerativo do artigo 1º da Lei nº 9.603/98 dos crimes antecedentes ao de lavagem de dinheiro, promovendo o questionamento a respeito da admissibilidade de verificação, neste ponto específico, do crime de Evasão de Divisas, previsto no artigo 22 da Lei nº 7492/86 (Lei de crimes contra o sistema financeiro nacional). Embora tenham se verificado casos práticos de processos pela prática de lavagem de dinheiro decorrentes daquele de evasão de divisas, quer me parecer não ser esta uma possibilidade jurídica, afigurando-se importante gerar um sadio debate jurídico, para que as interpretações doutrinárias e jurisprudenciais possam amadurecer.

É certo que a Lei nº 9613/98 (Lavagem de dinheiro) prevê, no seu rol do artigo 1º, aqueles que podem ser considerados como os crimes “antecedentes” para gerar, a partir da ocultação ou dissimulação, o próprio crime de lavagem.

Embora no inciso VI esteja prevista expressamente a prática de crimes “contra o sistema financeiro nacional”, a nossa tese é a de que cada um dos dispositivos deva ser analisado pelo seu conteúdo, de forma lógica e sistemática, e não apenas literal, de molde a se verificar a efetividade, ou melhor, a possibilidade jurídica da ação. Não é porque todo um capítulo do Código Penal ou de Lei Penal extravagante esteja referido na Lei específica, vale dizer, estejam referidos determinados crimes, genericamente, como “possíveis” crimes antecedentes, que todos eles serão perfeitamente aplicáveis.

Da mesma forma, exemplifique-se. Os “crimes contra a administração pública” também estão catalogados como “antecedentes” da lavagem, mas nem todos comportam a sua aplicação, mas somente naqueles os quais o agente aufera ganhos materiais. Não se comportaria, por exemplo, evidentemente, configuração de crime de lavagem de dinheiro decorrentes daquelas infrações penais referidas nos casos dos artigos 320, 321, 322, 323, 324, 325 e outros do Código Penal, simplesmente porque em nenhum deles o agente obtém vantagens materiais, e o crime de lavagem de dinheiro (ou ocultação), é sempre de bens, direitos ou valores.

No caso de “evasão de divisas”, especificamente, insistimos na impossibilidade.

Se os crimes contra o sistema financeiro nacional podem ser – apenas em tese — “crimes antecedentes” de lavagem de dinheiro, é preciso observar que podem existir exceções, que nem todos os dispositivos, pela própria natureza, comportam a sua utilização. Há que se observar, antes de mais nada, ao que dispõe a Convenção de Viena de 1988, que deu origem à discussão mundial sobre o tema, em seu artigo 2º, estabeleceu expressamente que “*para fins de cooperação entre as partes previstas na presente convenção, em particular a cooperação..., os delitos tipificados em conformidade com o presente artigo, não se considerarão como delitos fiscais ou como delitos políticos...*” (grifei).

Nos Países mais desenvolvidos, o dinheiro pode ser trocado livremente, e também remetido ao exterior. A moeda é normalmente forte e os respectivos governos não precisam se preocupar com o que povo faz com o dinheiro. Evasão de divisas, para eles, então, não é considerado. Não há, para eles, grande índice de fuga de capitais a ponto de eles terem que proteger, através da Lei, os investimentos externos. Há incentivos para investimentos locais que se bastam. No tocante à possibilidade/viabilidade de cooperação internacional no fornecimento de dados por parte dos Países onde o dinheiro é lavado (ou bens ocultados), como a lavagem de dinheiro é crime de duas mãos, para que se concretize a cooperação mútua internacional, torna-se necessário que o “crime antecedente” seja tipificado em ambos os Países, não bastando que o seja apenas em um deles. Se a “evasão de divisas” não é crime na grande maioria dos países em desenvolvimento, não haverá cooperação, - o crime não será provado, e o agente ficará impune.

Mas a questão é técnica, e não apenas prática.

Como a moeda brasileira tem inexpressiva aceitação no exterior, torna-se preciso vigiá-lo, e é com exigências típicas de país “em desenvolvimento” que o governo controla a remessa de valores para o exterior, inclusive

capitulando-o como crime contra o sistema financeiro nacional. A verdadeira preocupação é com o nível de “reservas” em moeda forte, aqui denominadas de “divisas”. O direito brasileiro adotou um sistema global de tributação de renda, onde são alcançados todos e quaisquer rendimentos do contribuinte, em qualquer país do mundo. Não é possível e nem razoável supor que o Brasil tem “divisas” em dinheiro criminoso. Se o dinheiro das “divisas” brasileiras (protegidas pelas autoridades) não pode ter origem criminosa, e portanto não é “dinheiro sujo”, como pode ser, por assim dizer, “objeto de lavagem ou ocultação”?

Por outro lado, veja-se o teor do artigo 22 da Lei nº 7.492/86: “Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena reclusão de 2 (dois) a 6 (seis) anos e multa. Parágrafo único: Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

O crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22 na lei 7.492/86, deve pressupor origem lícita, enquanto o crime de lavagem exige origem criminosa do dinheiro. Não é possível que o dinheiro (o mesmo) tenha origem lícita e ilícita ao mesmo tempo. Em outras palavras, se o dinheiro foi obtido lícitamente e com ele foi “efetuada operação de câmbio não autorizada – com o fim de promover evasão de divisas do país”, ou seja, remetido para o exterior, o agente praticou tal crime na própria operação de câmbio de Reais por moeda estrangeira, desde que com o fim de remessa sem comunicação às autoridades. Ele se esgota em si mesmo. É a atividade fim do agente. É a aplicação do elemento subjetivo do tipo penal.

Ainda, o crime de lavagem de dinheiro exige a prática de outro antecedente. O agente ganha dinheiro através de um crime e, se esse crime for um daqueles enumerados na lei, e ele, por exemplo, remeter os valores para o exterior, caracterizando a intenção de ocultá-lo, aí sim, terá praticado o crime de lavagem. Aqui dois são os crimes praticados. O primeiro, para conseguir o dinheiro, e o segundo (de lavagem), para ocultá-lo. Ambos com bens jurídicos tutelados diversos.

Na evasão de divisas o dinheiro é ganho honestamente e o crime se configura já com a realização da operação de câmbio (não a sua ocultação), com a finalidade de remessa para o exterior. Na lavagem, o dolo específico do tipo é “ocultação” do dinheiro. Na evasão, o dolo específico do agente é a própria remessa. Na lavagem, o agente quer “esconder” o dinheiro, exclusivamente porque o obteve criminosamente. Por aí, conclui-se que nem sempre a remessa de dinheiro ao exterior tem o objetivo de “ocultação” ou “dissimulação” – pela interpretação lógica e nos termos da lei de lavagem. Dinheiro qualquer por pode ter finalidade de investimento com sonegação de impostos. Daí a exigência do conhecimento da intenção do agente, e a forma como o dinheiro foi obtido se traduz na sua especificação.

Na evasão, o agente quer “aplicar” o dinheiro no exterior – seja para obter melhor remuneração, seja para sonegar a sua existência para não pagar imposto de renda, etc., mas não para esconder a origem – criminosa.

Então, nem sempre a remessa do dinheiro ao exterior configura a própria prática de crime de lavagem. Nesta, o dinheiro remetido para o exterior necessariamente foi obtido através de um crime.

Se o dinheiro da remessa é lícito, sem autorização, é evasão de divisas. Se o dinheiro é ilícito, a operação de câmbio e sua remessa ao exterior será lavagem, desde que obtido pela prática de um dos crimes enumerados na lei.

Para espantar as dúvidas: se o agente realiza operação de câmbio com dinheiro sujo, isto, em si só, já configuraria a “ocultação” de sua origem (mesmo que em operação autorizada) na categoria de movimentação de dinheiro, configurando o crime de lavagem de dinheiro, e já excluindo a hipótese de configuração de evasão, sendo intuitivo que ninguém pretende expor a origem espúria de valores. Ou alguém acredita que o agente que obtém dinheiro pelo tráfico de drogas assim o declarará às autoridades? Já se o dinheiro é de origem lícita, a contrário senso, não pode ser configurado como lavagem. Ou seja, não há hipótese de “efetuar operação de câmbio não autorizada”, nos termos do artigo 22 da Lei 7942/86, com dinheiro ilícito.

Se a mesma conduta não pode ser considerada dois crimes ao mesmo tempo, vulgarmente falando, a troca de Reais por dólares pode ser crime de lavagem, se a origem do dinheiro for espúria, e o agente tinha o dolo de ocultar os valores, e pode ser evasão se o dinheiro era de origem honesta, e o agente queria remetê-lo para o exterior.

Conclusão: O crime de evasão de divisas não pode ser crime precedente da lavagem de dinheiro.

Sendo assim, não há razão alguma para aplicação imediata da Súmula 122 do STJ, em casos que envolvam lavagem de dinheiro e eventual crime de evasão de divisas – com valores diversos, mas eventualmente depositados no mesmo lugar (Paraíso Fiscal) já que não se afigura qualquer forma de conexão entre os crimes. Se é fato que exista um determinado montante de dinheiro depositado no exterior, qual das hipóteses de conexão do artigo 76 do Código de Processo Penal pode ser, em tese, verificada? O dinheiro pode ter diversas origens, inclusive lícitas e ilícitas, e isso não significa, simplesmente, que exista qualquer relação entre as suas origens, espancando qualquer suposição de conexão, inclusive a probatória.

Casos onde são verificados depósitos no exterior, devem ser investigados “de per si”, tanto pela justiça estadual, como pela justiça federal. Poderão haver ações penais diversas, com o dinheiro depositado, por exemplo, em uma mesma conta, havendo necessidade de se distinguir a origem do dinheiro, em primeiro lugar, se proveniente de prática criminosa ou não. Em segundo lugar, se criminosa, se pertencente a um daqueles crimes do rol do artigo 1º

da Lei nº 9.613/98. Dependendo do crime antecedente, a competência será estadual ou federal, nos termos do artigo 2º III da Lei. Não sendo crime antecedente contra o sistema financeiro ou da própria esfera federal, será da competência da justiça estadual, ou seja, a competência da justiça federal é apenas residual. Se o dinheiro não tiver origem ilícita, possivelmente será o caso de apuração de crime de evasão de divisas, sem qualquer conexão com o de lavagem de dinheiro.

OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO (95) CRIMES HEDIONDOS E O DIREITO À LIBERDADE

André Silvani da Silva Carneiro

Promotor de Justiça Substituto/PE

1. Da Justificativa

Muito se debateu e ainda se discutirá sobre a questão dos denominados crimes hediondos no Brasil.

Recentemente, a controvérsia em torno do assunto foi intensificada devido a acontecimentos particularmente grotescos e alarmantes que ocuparam grande espaço em toda a mídia nacional, embora todos os dias brotem exemplos caricatos e assombrosos provenientes dos altíssimos coeficientes de criminalidade em nosso país.

Essa efervescência resultou na decretação, pelo Congresso Nacional e sanção pelo Presidente da República, da Lei n. 11.464, de 29 de março de 2007, que promove alterações significativas na Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), com novas regras sobre a liberdade provisória e a progressão de regime, promovendo o legislador um ajuste da lei ao entendimento então consolidado dos Tribunais.

No que se refere a sua parte prejudicial (*novatio legis in peius*), tratando-se de norma processual penal com reflexos penais, naturalmente a lei em foco somente terá eficácia em relação aos delitos ocorridos a partir da sua entrada em vigor.

A propósito, ao nosso sentir, na prática algumas das mudanças tornam mesmo a lei mais dura, ao passo que outras alterações fazem sua aplicação mais justa.

Tal raciocínio se justifica quando se sabe que, mesmo com a vedação da Lei 8.072/90 à liberdade provisória, de há muito se acomodava o entendimento do cabimento de tal benefício, tal qual o da progressão da pena também quanto aos crimes desse jaez. E, no caso da progressão os Tribunais vinham admitindo o seu cabimento mediante o cumprimento de apenas um sexto da pena. Hoje, somente com 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

Contudo, antes da recente alteração legislativa, determinados aplicadores do Direito se prendiam unicamente a interpretação literal, ignorando a Constituição Federal, para negar o benefício à liberdade provisória e impor o cumprimento da prisão inteiramente no regime fechado, o que se nos afigurava em verdadeira injustiça. Hoje, tal corrente legalista já não pode estear a negativa a tais direitos, eis que agora expressamente reconhecidos com as mudanças introduzidas pela Lei 11.464/07.

De lembrar que as alterações de lei discutidas se colocam em ordem não apenas com a Constituição Federal, mas com o Pacto de San José da Costa Rica, em relação ao qual o Brasil é um dos países signatários.

Porém, o pertinente tratamento mais rigoroso nos aspectos da **progressão do regime** e da **prisão temporária**, não se fez presente no tema **liberdade**, cuja terapêutica restabelecida é exatamente a mesma da observada nos demais ilícitos penais, isto é, os institutos jurídicos ligados a questão (liberdade provisória, relaxamento da prisão, direito de apelar em liberdade, revogação e negativa da preventiva) foram tratados na lei nova como em qualquer outro tipo de ilícito, sem qualquer distinção de ordem material ou formal.

Constata-se que o legislador partiu de um rigor extremo no tratamento inicial da questão, quando da edição da Lei 8.072/90, para um abrandamento incompatível com a especificidade dos crimes de que trata, diante da publicação da Lei 11.464/07.

A única nota de exceção no ponto discutido diz respeito mesmo à **prisão temporária**, instituto jurídico que mereceu atenção condigna ao tratamento de ordem peculiar que seria de se esperar em torno do assunto.

É com ênfase nesse aspecto em particular da Lei que aqui se propõe uma nova reflexão, pretensa a alcançar a tomada de outras medidas preventivas no combate à criminalidade, buscando-se, ainda, assegurar uma atuação mais efetiva também do Ministério Público, o que não se vislumbra tão facilmente no momento presente.

2. Da Liberdade nos Crimes Hediondos

Como se constata, a Lei 8.072/90, com suas recentes alterações, estabelece um maior rigor em relação à progressão do regime de cumprimento da pena, relativamente à **prisão temporária** e com a vedação que manteve à **fiança**, porém não quanto à **liberdade**, trazendo o tratamento dos diversos institutos jurídicos envolvidos na questão aos crimes de que trata, sem qualquer distinção dos demais ilícitos penais.

Assim, uma vez superada qualquer discussão acerca do cabimento da **liberdade provisória** nos casos de que trata a Lei 8.072/90, em face a vigência da Lei n. 11.464/07, resta-nos questionar se é mesmo justo e esperado que tal instituto jurídico, como outros correlatos a questão da liberdade, devem ali serem tratados da mesma forma dos demais delitos.

As questões envoltas à progressão do regime, prisão temporária e vedação à fiança **impedem qualquer tipo de aplicação multifacetária da lei**, pois são de ordem objetiva, apresentando, por sua própria natureza, uma maior segurança jurídica.

A **progressão do regime** e a **prisão temporária** somente ocorrerão nos casos e formas objetivamente previstos em lei, assim como se sabe que não cabe a **concessão da fiança**, também claramente.

Quando, porém, o mote é a **liberdade**, verifica-se que a decisão sobre o assunto está cercada, em parte, de uma análise extremamente subjetiva por parte do juízo singular, como aliás acontece em **qualquer outra hipótese de ilícito penal**.

É verdade que a Lei 11.464/07 revitaliza e exalta o papel do juiz com o fim da vedação ao direito à liberdade provisória, deixando a seu encargo examinar e fundamentar, caso a caso, se o processado tem ou não tem direito ao benefício. E não poderia ser de outra forma.

A lei em foco realmente cuidou em resgatar o papel do Judiciário de guardião da Constituição Federal, encontrando-se a questão da liberdade individual visceralmente ligada ao Estado Democrático de Direito, em se tratando de um dos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e ligada ao tema dos direitos e garantias fundamentais (arts. 1º; 4º, II; e 5º, LIV e LVII, CF).

Contudo, essa realidade impõe um justificado receio de ordem prática, pois um magistrado atento aplicará a lei no evento concreto da melhor forma. Por outro lado, um juiz menos vigilante poderá estar concedendo a liberdade ao autor de um crime hediondo numa hipótese absolutamente inapropriada, causando diferenciada indignação à sociedade e maior insegurança jurídica **do que na regra dos casos dos delitos não-hediondos**, em face da peculiar natureza do delito.

Enos parece que foi exatamente preocupação do legislador anterior a efetividade da norma, quando da edição original da Lei, levando-o a vedar por completo a possibilidade de concessão da liberdade provisória, **todavia reconhecida de cunho francamente inconstitucional por sua indiscutível exorbitação**.

Contudo, a correção realizada pela Lei 11.464/2007 quanto ao instituto da progressão do regime e vedação à fiança deixou a sensação de que **algum rigor diferenciador deveria ter sido adotado quanto aos institutos jurídicos ligados à liberdade**, talvez daí ter ensejado tanta polêmica o fim puro e simples da vedação que existia a concessão da liberdade provisória.

Ora, se a nova Lei diferenciou a **aplicação do instituto da progressão da pena** dos casos de crimes não-hediondos, por qual razão deixou de criar aplicação também distinta para a **liberdade provisória** nos casos de que trata?

Observe-se que, com a edição da Lei n. 11.464/07, o legislador cuidou em corrigir a **inconstitucionalidade consistente no cumprimento integral da pena no regime fechado**, mas criou mecanismo diferenciado para a **progressão** ali enfim reconhecida, **de modo mais rigoroso**. Enquanto isso, corrigindo a mesma lei **igual inconstitucionalidade na vedação ao benefício da liberdade condicional**, NÃO APRESENTOU NENHUM MECANISMO que viesse a diferenciar a sua concessão para os casos de crimes hediondos.

Tal constatação demanda a reflexão sobre a possibilidade de criação de **um engenho mais rigoroso para a concessão da liberdade provisória nos casos de crimes hediondos**, naturalmente com respeito à Constituição Federal.

Por isso, talvez não seja o caso de se propor rígidos requisitos objetivos para a concessão da liberdade provisória nos casos dos crimes hediondos, o que certamente poderia levar a um novo e pertinente questionamento acerca da constitucionalidade de tais exigências.

3. Do papel do Ministério Público

A idéia, então, não estaria ligada propriamente à criação de critérios diferenciados à concessão do benefício – que bem podem e até devem permanecer os mesmos, mas a idéia de **controles de ordem processual mais rígidos**, ao mesmo tempo assegurando ao Ministério Público uma participação mais efetiva de controle em tais casos.

A propósito, a preocupação em particular com a atuação do Ministério Público se consubstancia ainda no entendimento de que, se a Constituição Federal incumbe ao Poder Judiciário a sua guarda, em relação ao Ministério Público assegura ser 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.” (art. 127, CF)

Isso nos leva a refletir que, diante de tais incumbências e da essencialidade da Instituição à função jurisdicional do Estado, é certamente esperado em tal matéria, como em outras tantas, a viabilização de uma atuação mais consistente do **Ministério Público**, como, inclusive, restabeleceu ao Judiciário a Lei 11.464/07.

Tratando-se da liberdade individual, tome-se de exemplo o instituto da **liberdade provisória**, que pode apresentar três situações distintas para o Ministério Público em casos concretos.

Na primeira hipótese, o Órgão da Lei emite **parecer favorável** e o **juiz concede** o benefício; na segunda, o **parecer é favorável** e o **juiz nega** a liberdade provisória; na terceira o **parecer é contrário** e o **juiz concede o direito**.

No **primeiro caso** não enxergamos dificuldade alguma, pois se o entendimento do Ministério Público foi favorável e a decisão judicial no mesmo sentido, estaria aí presente a presunção de uma maior segurança jurídica em relação ao exame do caso concreto, o que se afigura em proveito do interesse da maioria (da sociedade).

No **segundo caso**, igualmente não haveria problema, pois que é de todos conhecida a existência de remédio jurídico constitucional rápido e eficiente ao alcance do Ministério Público e da Defesa – o *habeas corpus*, em proveito do interesse individual (do acusado).

Na **terceira e última suposição** é que residiria a razão de nossa preocupação.

É que, em que pese dispor o Ministério Público da faculdade de interpor RECURSO EM SENTIDO ESTRITO contra a decisão que concede a **liberdade provisória** ou o **relaxamento da prisão** ou revoga ou nega a **prisão preventiva**, sabe-se que, no mais das vezes, tal medida processual acaba perdendo o seu objeto ou, quando favorável, a decisão é ineficaz à satisfação do objeto do recurso, o que vem **em prejuízo da sociedade** e de encontro aos anseios do próprio legislador constituinte, que manifestara o desejo de maior rigor no tratamento geral dos crimes hediondos.

Apenas em reforço a tal argumento, lembramos que ao longo de uma atuação de mais de 12 (doze) anos na área criminal, JAMAIS vimos prosperar positivamente nenhum dos vários recursos que interpussemos visando desconstituir decisão que concede a liberdade provisória ou o relaxamento de prisão em flagrante, sendo que todos as medidas somente foram apreciadas quando o pedido já havia perdido o seu objeto, passados muitos meses após a interposição do recurso, já que até mesmo a simples preparação e encaminhamento do recurso à Superior Instância costuma demorar bastante tempo. Todavia, quando é desejo do acusado a fuga, não há agilização ao recurso em foco que o impeça de frustrar a medida, tal qual testemunham as centenas de milhares de mandados de prisão que abarrotam os cartórios das delegacias do nosso país.

Trata-se, pois, de recurso de pouco ou nenhum efeito prático e que, por isso, em certa medida, contribui para o desprestígio do Ministério Público, em contraposição à essencialidade da instituição à função jurisdicional do Estado, dificultando a atuação ministerial em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Processando e condenando o autor de um crime hediondo, mas não efetivando o cumprimento da pena imposta em sentença, a atuação do Ministério Público se resume a ato meramente formal, cujo alcance social é igual a nada ou, podendo ser pior, significa ainda maior dano a sociedade, em face de elevado dispêndio público com a inutilidade.

Alternativa, então, que se nos afigura apropriada, seria o estabelecimento de regra processual que tornasse mais ponderado o exame sobre o recurso nos casos de crime hediondo, tudo por um meio que harmonize os **direitos individuais** e os **interesses sociais**, por trajetória que ao mesmo tempo reconheça o importante papel do Ministério Público na questão, sem diminuir ou sequer afetar o espaço devido e já restabelecido ao Judiciário pela Lei n. 11.464/2007.

Essa opção é aqui imaginada, por tudo o que foi antes refletido, com implicações sobre a legislação processual penal, propriamente em relação ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO.

Dispõe o art. 581, V, do Código de Processo Penal:

Art. 581. Caberá recurso, no sentido estrito, da decisão, despacho ou sentença:

(...)

V – que conceder, negar, arbitrar, cassar ou julgar inidônea a fiança, indeferir requerimento de prisão preventiva ou revogá-la, **conceder liberdade provisória ou relaxar a prisão em flagrante**” (grifamos)

Por seu turno, taxativamente, o art. 584, do mesmo diploma legal, **estabelece o efeito suspensivo apenas para os casos de perda da fiança, de concessão de livramento condicional e dos ns. XV, XVII e XXIV, do art. 581 citado**, evidenciando-se que o recurso sobre a decisão que concede a liberdade provisória ou o relaxamento da prisão apresenta apenas o efeito devolutivo, tal qual ocorre quanto ao enfrentamento recursal da decisão que nega a preventiva.

Ao encontro da reflexão presente, o RECURSO EM SENTIDO ESTRITO contra a decisão que REVOGA PRISÃO PREVENTIVA, CONCEDE LIBERDADE PROVISÓRIA ou RELAXA a PRISÃO EM FLAGRANTE, **nas hipóteses de crimes hediondos**, também deveria apresentar o efeito suspensivo.

Por outro lado, nas hipóteses do recurso motivado pela **negativa do pedido de prisão preventiva**, a sugestão é a de que o procedimento recursal previsto deveria impor ao relator, como primeiro ato a ser praticado, a apreciação liminar sobre a pertinência ou não da decretação da custódia preventiva.

Tais alterações, além de impor ao magistrado de primeiro grau um maior zelo na apreciação de cada caso, ao mesmo tempo se coadunariam com o maior rigor esperado no tratamento do tema discutido e somente atualmente presente na Lei 8.072/90 nos demais institutos de direito. Ao mesmo tempo, estar-se-ia promovendo o reconhecimento do papel constitucional devido ao Ministério Público em relação a sua atuação como *custos legis* nessa matéria.

3. Das conclusões

Observamos que, atendendo as reais diretrizes da Constituição Cidadã e do Estado Democrático de Direito, com a edição da Lei n. 11.464/07, o legislador ordinário promoveu as alterações necessárias no âmbito da Lei 8.072/90, no que toca aos institutos da **fiança, progressão do regime e prisão temporária**, falhando como um todo, porém, no tratamento dos vários institutos ligados à liberdade, ao deixar de estabelecer distinção das hipóteses de crimes não-hediondos.

A problemática não reside propriamente na falta de critérios diferenciados à concessão do benefício, mas a criação de controles de ordem processual mais rígidos, como os efeitos do recurso do Ministério Público ou do próprio **ASSISTENTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO**.

Propõe-se, pois, a alteração do *caput* do art. 584, do Código de Processo Penal, bem como o acréscimo de um novo parágrafo.

No *caput* a alteração consistiria na inclusão do inc. V, do art. 581, para o fim de conferir efeito suspensivo ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO contra a decisão, despacho ou sentença que REVOGA PRISÃO PREVENTIVA, CONCEDE LIBERDADE PROVISÓRIA ou RELAXA A PRISÃO EM FLAGRANTE, **em casos de crimes hediondos**.

Já a criação de um novo parágrafo, teria o escopo de estabelecer o mesmo grau de prioridade e rito do *habeas corpus* ao RECURSO EM SENTIDO ESTRITO que fosse motivado pela NEGATIVA AO PEDIDO DE PRISÃO PREVENTIVA, com exame inicial obrigatório pelo Relator, em seu primeiro despacho, acerca da necessidade ou não de decretação da custódia preventiva desejada.

Naturalmente, tais regras valeriam para as demais instâncias, adaptando-se a cada modalidade de recurso, até o Supremo Tribunal Federal, isto é, levado o caso ao Tribunal de Justiça e ali mantida a decisão, havendo novo recurso do Ministério Público, o efeito seria suspensivo e assim por diante.

CRIMES HEDIONDOS: RETROATIVIDADE DA LEI Nº 11.464/2007

Sammy Barbosa Lopes* e Giselle Mubarac Detoni**

Procurador de Justiça/AC e Subprocuradora-Geral de Justiça/AC

1. Introdução

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, XLIII a figura do crime hediondo ao dispor que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem”.

De forma clara, a intenção do legislador constituinte originário era impor uma sanção mais severa a determinados tipos de crimes que causam maior lesão e comoção à sociedade, punindo com maior rigor indivíduos cuja periculosidade constitui-se numa ameaça a toda a coletividade, visando desta forma, inclusive desencorajar a prática de tais delitos.

Sem se ater à estéril discussão quanto à existência ou não de crimes “hediondos”, proposta por alguns no afã de livrar personalidades como Fernandinho Beira Mar, Hildebrando Pascoal, Comendador Arcanjo, Elias Maluco, e tantos outros “cidadãos”, de suas responsabilidades, vez que tal distinção foi feita pelo próprio legislador constituinte, seria necessário afirmar aqui apenas que, por óbvio, um crime de difamação ou de desacato não pode ser classificado ou punido na mesma proporção que um latrocínio, um seqüestro ou um estupro seguido de morte.

Assim, regulamentando o texto constitucional, a Lei 8.072, de julho de 1990, após elencar os crimes que considera hediondos, estabeleceu em seu artigo 2º, § 1º, que

Art. 2º - Os crimes hediondos, a prática de tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de:

I – Anistia, graça e indulto;

II – Fiança e liberdade provisória;

§ 1º - A pena por crime previsto neste artigo será cumprida integralmente em regime fechado.

§ 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 neste artigo, terá prazo de 30 (trinta) dias, prorrogável por igual período em caso de extrema e comprovada necessidade (destaquei).

Em várias ocasiões o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade deste dispositivo legal, como, por exemplo, no HC 68847-RJ, da relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 21.10.1991 e no HC 70939-SP, da relatoria do Ministro Celso de Mello, julgado em 4.2.1994, dentre outros, sempre sem enxergar qualquer resquício de inconstitucionalidade.

Ocorre, que ao julgar o habeas corpus nº 82.959-7/SP, da relatoria do Ministro Marco Aurélio, o mesmo Supremo Tribunal Federal decidiu que:

* Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Acre - Mestrando em Direito

** Subprocuradora-Geral de Justiça do Estado do Acre

O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de habeas corpus e declarou, "incidenter tantum", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e o Presidente (Ministro Nelson Jobim).

O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão¹.

Assim, declarada a inconstitucionalidade da proibição de progressão de regime para os crimes hediondos, surgiu a discussão a respeito de qual seria então o quantum necessário para tal progressão.

Parte da doutrina passou a defender a simples aplicação da Lei de Execuções Penais que estabelece o *quantum* de 1/6 (um sexto) da pena para a progressão de regime aplicável aos crimes não hediondos.

Outra parte, acusou tentativa de negação de vigência ao texto constitucional que previu uma categoria de crimes mais graves, os crimes hediondos, ao lhes dispensar tratamento isonômico aos demais crimes, menos graves, com a mera aplicação da regra da LEP.

Nessa esteira, tendo a obrigação de apresentar solução ao caso concreto, houve quem defendesse a aplicação da regra do livramento condicional à progressão de regime.

Como bem afirma Freitas,

Se de um lado passou a valer a progressão de regime para todo e qualquer crime, a decisão do STF trouxe um quadro no mínimo esdrúxulo e um desequilíbrio ímpar, fatalmente desproporcional e inconcebível. Explica-se. Se os autores de crimes de menor e médio potencial ofensivo tinham direito à progressão após o cumprimento de um sexto da pena aplicada (LEP, art. 112), com o decisório os condenados por crimes hediondos passaram a ter a mesma benesse; não mais seriam obrigados a cumprir dois terços da pena em clausura. Em outras palavras, um crime hediondo ou equiparado passou a ter o mesmo peso, quando da fase de execução da pena, dos demais crimes de potencial ofensivo inferior.

Boa parte dos Juízes das Execuções Penais não aderiu ao posicionamento do STF, vez que não possui caráter vinculante, bem como por ter sido deduzida em caso inter-partes (controle difuso) sem efeito *erga omnes*. Não se olvide, outrossim, que a decisão foi apertadíssima, seis a cinco. De qualquer modo, o grande mote para os magistrados reside na desproporcionalidade derivada de tal decisório, ou seja, equiparou-se um furtador a um estuprador ou homicida; um mero agressor a um latrocidat².

Para solucionar a contenda e para evitar que uma plêiade de criminosos extremamente perigosos, incapazes de conviver pacificamente em sociedade, ganhasse as ruas, foi editada a Lei nº 11.464, de 28 de março de 2007, que modificou a Lei 8.072/90, adequando-a à nova interpretação da Suprema Corte.

Com a nova lei, o texto dos §§ 1º e 2º, do art. 2º, da Lei dos Crimes Hediondos, tem agora a seguinte redação:

§ 1º. A pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado.

§ 2º. A progressão de regime, no caso dos condenados aos crimes previstos neste artigo, dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente.

No entanto, longe de pacificar os entendimentos, com o novel ordenamento surgiram vários posicionamentos a respeito de sua amplitude de aplicação.

2. A nova regra de progressão de regimes para os crimes hediondos

Irrefutavelmente, a partir da vigência da Lei nº 11.464/07, fica definitivamente afastado o óbice para a progressão de regime para os crimes hediondos e equiparados, que ocorrerá, pelo princípio da especialidade, de forma mais

¹ STF - HC 82959/SP – São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23.02.2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 01.09.2006. pp-00018. Ement Vol-02245-03. pp-00510.

² FREITAS, Jayme Walber de. *Crimes hediondos*: uma visão global e atual a partir da Lei nº 11.464/07. p. 2. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9887>>. Acesso em 17.05.2007.

rigorosa do que os crimes não hediondos para os quais a Lei de Execuções Penais exige apenas o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena.

A nova regra, como visto, adequando a decisão do STF aos ditames constitucionais de tratamento diferenciado, mais rigoroso, aos crimes hediondos, exige o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente. Além de preencher os requisitos subjetivos previstos no artigo 112 da LEP e o seu mérito recomendar o benefício.

Por óbvio, incidirão na nova regra todos aqueles cuja condenação se deu a partir da data da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, que ocorreu em 29 de março de 2007, data da sua publicação. Não há qualquer divergência quanto a este aspecto.

Por outro lado, acirra-se o debate a respeito da melhor solução aos casos anteriores à edição da Lei nº 11.464/07, ante a possibilidade da existência de um *hard case*.

Há pelo menos três correntes diferentes no que diz respeito à aplicação da Lei nº 11.464/07 no tempo. A primeira considera que a nova lei é mais rigorosa, uma vez que mesmo antes da decisão do STF já sustentavam a inconstitucionalidade do óbice da progressão de regime. Na opinião de seus defensores, após a decisão reconhecendo a inconstitucionalidade ao antigo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, que consideram *erga omnes*, passou a incidir a regra geral do *quantum* de 1/6 (um sexto) previsto na Lei de Execuções Penais, sendo portanto a nova lei irretroativa.

A segunda corrente, de forma diversa, entende que a Lei nº 11.464/07 é mais benéfica, portanto, retroativa, uma vez que anteriormente a ela a Lei nº 8.072/90 proibia expressamente a progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados. Entendem os adeptos desta corrente que a decisão do STF que declarou a inconstitucionalidade ao antigo § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, mesmo tendo sido emanada da Corte Constitucional, foi tomada em caráter *incidenter tantum*, no controle difuso da constitucionalidade, com efeito apenas *inter parts* pois não houve resolução do Senado Federal suspendendo sua execução ou mesmo a edição de uma súmula vinculante sobre a matéria.

A terceira corrente, por sua vez, sustenta uma retroatividade limitada, arguindo que mesmo sendo a proibição de progressão de regime contida na regra do antigo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, perfeitamente constitucional, como declarado por diversas vezes pelo STF, após a mudança de interpretação da Corte, ocorrida na decisão proferida no HC 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, passou aquela regra a ser agora inconstitucional, inclusive com efeito *erga omnes*.

Os defensores desta corrente chegam a uma solução complexa. Entendem que, como até 23 de fevereiro de 2006, data da decisão do STF no HC 82.959/SP, era expressamente proibida a progressão de regime para os crimes hediondos e assemelhados, deixando de sê-lo a partir da decisão da Suprema Corte, a nova Lei nº 11.464/07, por ser mais benéfica, retroageria para alcançar os crimes cometidos antes de 23 de fevereiro de 2006, pois até então não eram passíveis de progressão. No entanto, a lei nova não retroageria para alcançar os crimes cometidos entre 23 de fevereiro de 2006 e 28 de março de 2007, data da entrada em vigor da Lei nº 11.464/07, período em que, após a decisão do STF e antes da vigência da nova regra, valeria a regra geral da Lei de Execuções Penais de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena, inclusive para os crimes hediondos e assemelhados, uma vez que neste caso a nova lei seria mais gravosa e, portanto, irretroativa³.

Desta forma, torna-se evidente que o ponto de partida da análise interpretativa se dá em momento anterior à promulgação da Lei nº 11.464/07, exatamente no momento da decisão da Suprema Corte que declarou inconstitucional o § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072/90.

A argumentação que provocou a decisão da Corte Constitucional consistia na tese de que a proibição absoluta de progressão de regime nas hipóteses de crimes hediondos contrariaria os princípios constitucionais da individualização e da humanidade da pena, além dos princípios do devido processo legal e da igualdade, princípios estes de maior grau de hierarquia que a regra proibidora da progressão.

A própria Corte, no entanto, deixou claro os limites da decisão ao explicitar que “a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois **esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão**” (destaquei).

Assim, resta claro que a regra proibidora da progressão de regime prevista no antigo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 não perdeu naquele momento sua vigência nem sua eficácia, uma vez que, tomada *incidenter tantum*, restringiu-se a caso concreto, portanto, sem efeito *erga omnes*, vez que proferida no controle difuso de constitucionalidade.

³ Cf. MARCÃO, Renato. Lei nº 11.464/07: novas regras para a liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9695>>. Acesso em 17.05.2007.

Destaque-se que o Senado Federal não chegou a suspender a execução da norma declarada inconstitucional pelo STF, nos termos do artigo 52, X, da CF, retirando-a do ordenamento jurídico. Tampouco foi editada súmula vinculante sobre a matéria, impondo a obrigatoriedade da mesma solução a todos os casos semelhantes.

Destarte, a se aplicar a hermenêutica constitucional, é forçoso concluir que mesmo após a decisão do STF, continuou a regra proibitiva da progressão de regime nos crimes hediondos e equiparados, devidamente vigente e eficaz, a exceção do crime de tortura, eis que a Lei nº 9.455/97, estabeleceu em seu art. 7º, § 1º, que “o condenado por crime previsto nesta lei, salvo hipótese do § 2º, iniciará o cumprimento da pena em regime fechado”.

De forma que, a nova redação do § 1º do art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos, que passa a permitir a progressão de regime de pena para os crimes hediondos e equiparados é, indiscutivelmente, mais benéfica e, portanto, retroativa, a alcançar os casos anteriores à sua edição, por força da regra contida no art. 5º, XL, da Constituição Federal e no parágrafo único do art. 2º do Código Penal que preceitua que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”.

Tal conclusão somente se tornaria inválida, e vários autores laboram nesse sentido, caso viesse a se admitir que a decisão do STF que declarou inconstitucional a regra proibidora da progressão de regime prevista no antigo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 tenha tido eficácia *erga omnes* e, portanto, obrigatoriamente aplicável a todos os casos semelhantes a garantir o benefício da progressão de regime a todos os condenados por crimes hediondos e equiparados a partir de 23 de fevereiro de 2006, data do julgamento. Caso em que se exigiria apenas os requisitos previstos no art. 112 da Lei de Execuções Penais: o cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena e bom comportamento carcerário. Regra esta aplicável aos crimes não hediondos.

Ocorre que, tal interpretação enseja um verdadeiro malabarismo hermenêutico, pois como se pode concluir da própria natureza da ação em que o antigo § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90 foi declarado inconstitucional, um habeas corpus, a decisão decorreu do controle difuso da constitucionalidade e não do controle concentrado exercido através do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade, possuindo, portanto, natureza *incidenter tantum* e eficácia *inter parts*, sem que tenha havido resolução do Senado Federal a suspender sua execução ou mesmo a edição de uma súmula vinculante.

Do exercício da lógica jurídica se chegará à inevitável conclusão de que a nova Lei nº 11.464/07 que não só instituiu a possibilidade da progressão de regime nas penas por cometimento de crimes hediondos e a eles equiparados, mas também estabeleceu o *quantum* necessário para tal progressão é mais benéfica do que a regra anterior que expressamente vedava a progressão nestas hipóteses de crimes, mesmo tendo a Suprema Corte, em um caso isolado, e por um placar apertado, mudado seu posicionamento anterior e declarado inconstitucional a proibição da progressão através de uma decisão cujos efeitos somente alcançava as partes do processo e sem que tenha havido tempo de tal decisão ter adquirido efeito *erga omnes*, razão pela qual retroativa e aplicável aos casos anteriores à sua vigência.

Exceção ao crime de tortura, pois, de acordo com a Lei nº 9.455/1997, a pena deveria ser cumprida inicialmente no regime fechado, sendo possível a progressão de regime de acordo com a regra geral da Lei dos Crimes Hediondos. Ocorre que, a partir da Lei nº 11.464/07, quem for condenado pela prática de tortura terá o mesmo tratamento dos demais crimes hediondos ou assemelhados.

Assim, em relação ao crime de tortura, a nova lei é inegavelmente prejudicial ao acusado e, portanto, irretroativa, a surtir efeito apenas os fatos ocorridos após sua entrada em vigor.

No entanto, a decisão do STF criou outros problemas de interpretação, como, por exemplo, como fazer quando já houver decisão determinando a progressão de regime prisional por entender o Magistrado que a sua vedação era inconstitucional?

Nesse caso, lecionam Silva e Arruda,

Se já ocorreu o trânsito em julgado da decisão final concessiva do benefício para o Ministério Público, a coisa julgada impede sua revisão. Por outro lado, pendente de recurso a decisão, nada obsta que o Tribunal a reveja e conceda o direito a progressão de regime de acordo com a nova regra contida no art. 2º da Lei dos Crimes Hediondos. Porém, em sede de execução penal, faltando prova do preenchimento de algum outro requisito, como o mérito favorável, os autos deverão ser devolvidos ao Juízo da Execução para a realização de perícia (exame criminológico, psicológico etc), bem de como de outras diligências necessárias. Feito isso, será possível a decisão sobre a viabilidade, ou não, da concessão da progressão de regime pelo Juízo da Execução Criminal, que será deferida caso preenchidos os demais requisitos ⁴.

⁴ SILVA, César Dario Mariano da & ARRUDA, Eloísa de Souza. *A Lei dos Crimes Hediondos após a alteração de seu artigo 2º*. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2007/nova_%20lei_crimes_%20hediondos.doc. Acesso em 20.07.2007.

Outra questão relevante diz respeito ao fato de que a nova norma não mais veda a concessão da liberdade provisória sem fiança. A nova redação dada ao art. 2º, II da Lei nº 8.072/90 proíbe apenas a concessão da fiança, o que se constitui em uma verdadeira incoerência.

Como é cediço, só são passíveis de arbitramento de fiança, salvo algumas exceções, as contravenções penais, os crimes punidos com detenção e os punidos com reclusão em que a pena mínima não ultrapasse dois anos (CPP, art. 323). Desta forma, se o agente pratica um hediondo ou equiparado, mas afiançável de acordo com o Código de Processo Penal, não poderá ser arbitrada fiança em seu favor. No entanto, tanto nos crimes afiançáveis quanto nos inafiançáveis, estes obviamente mais graves, poderá receber liberdade provisória sem fiança.

3. Conclusões

1. A antiga redação do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/90, **não perdeu sua vigência nem eficácia**, com a decisão do STF, que declarou a inconstitucionalidade do mencionado artigo, no julgamento do HC 82.959/SP, em 23 de fevereiro de 2006, uma vez que foi tomada em caráter *incidenter tantum*, no controle difuso da constitucionalidade, com efeito apenas *inter parts*, pois não houve resolução do Senado Federal suspendendo sua execução ou mesmo a edição de uma súmula vinculante sobre a matéria.
2. Com a edição da Lei 11.464, de 28 de março de 2007, que modificou a Lei 8.072/90, adequando-a à nova interpretação da Suprema Corte, os condenados por crime hediondo ou equiparado, podem receber o benefício da progressão do regime da pena, após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente, além dos requisitos subjetivos previstos no art. 112, da LEP.
3. Sendo a Lei nº 11.464/07 mais benéfica para o condenado por crime hediondo, terrorismo ou tráfico de drogas, deve retroagir para beneficiá-lo (art. 5º, XL, da CF), uma vez que o ordenamento antigo expressamente vedava a **progressão do regime prisional**.
4. Quanto ao condenado por crime de tortura, ao contrário, a Lei nº 11.464/07 não deve retroagir para alcançá-los por ser menos benéfica, pois desde a edição da Lei nº 9.455/1997, a pena para o crime de tortura deve ser cumprida "inicialmente no regime fechado", sendo, portanto, permitida a progressão de regime sob a regra da Lei de Execuções Penais (um sexto da pena). No entanto, a partir da Lei nº 11.464/07 quem for condenado por essa modalidade de delito terá o mesmo tratamento dado aos autores dos demais crimes hediondos ou assemelhados, 2/5 (dois quintos) da pena, se o apenado for primário e 3/5 (três quintos), se reincidente.

4. Referências

BASTOS, Marcelo Lessa. *Crimes hediondos, regime prisional e questões de direito intertemporal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1380, 12 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9734>. Acesso em: 20.07.2007.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *O regime progressivo em face das Leis nº 8.072/90 e 9.455/97*. Boletim IBCCrim, nº 58 (ed. especial), set/97.

FREITAS, Jayme Walber de. *Crimes hediondos: uma visão global e atual a partir da Lei nº 11.464/07*. p. 2. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9887>>. Acesso em 17.05.2007.

GOMES, Luiz Flávio. *STF admite progressão de regime nos crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 1003, 31 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8181>. Acesso em: 20.07.2007.

_____. *Lei nº 11.464/2007: liberdade provisória e progressão de regime nos crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9686>. Acesso em: 20.07.07.

GOMES, Rodrigo Carneiro. *Limites à progressão de regime da Lei nº 8.072/90: vedação de extensão do julgado do STF*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 995, 23 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8140>. Acesso em: 20.07.2007.

GRECO, Lucas Silva e. *Lei nº 11.464/07: progressão de regime de cumprimento de pena também para condenados pela prática de crimes hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9689>. Acesso em: 20.07.2007.

JESUS, Damásio E. de. *Direito Penal - Parte Geral*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

LOPES, Jair Leonardo. *As reações à decisão do STF sobre a progressão nos crimes hediondos*, Boletim IBCCrim, nº 161, abril 2006, p. 6-8;

MARCÃO, Renato. *Lei nº 11.464/07: novas regras para a liberdade provisória, regime de cumprimento de pena e progressão de regime em crimes hediondos e assemelhados*. Jus Navegandi, Teresina, ano 11, nº 1377, 9 abr. 2007. Disponível em: <<http://www.jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9695>>. Acesso em 17.05.2007.

MARCÃO, Renato. *Livramento condicional em crimes hediondos e assemelhados após a declaração de inconstitucionalidade do regime integral fechado (art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/90)*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 980, 8 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8073>. Acesso em: 20.07. 2007.

MOREIRA, Rômulo de Andrade. *O Supremo Tribunal Federal e a Lei dos Crimes Hediondos*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8055>. Acesso em: 20.07.2007.

SILVA, Amaury. Crimes hediondos: Lei nº 11.464/2007 e fatos pretéritos. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1371, 3 abr. 2007. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9687>. Acesso em: 08 maio 2007.

SILVA, César Dario Mariano da & ARRUDA, Eloísa de Souza. *A Lei dos Crimes Hediondos após a alteração de seu artigo 2º*. Disponível em: http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2007/nova_%20lei_crimes_%20hediondos.doc. Acesso em 20.07.2007.

SILVESTRE, Fábio Galindo. Comentários à decisão do STF no HC 82.959-7. Inconstitucionalidade do regime integralmente fechado aos condenados por crimes hediondos. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 975, 3 mar. 2006. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8056>. Acesso em: 08 maio 2007.

STF - HC 82959/SP – São Paulo. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23.02.2006. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Publicação: DJ 01.09.2006. pp-00018. Ement Vol-02245-03. pp-00510.

CRIMINALIDADE ECONÔMICA E DENÚNCIA GENÉRICA

André Luis Tabosa de Oliveira

Promotor de Justiça/CE

A criminalidade Econômica

O crime – como fenômeno cultural – é dotado de imanente historicidade, que lhe revela o conteúdo e significado quando cotejado com os valores presentes em determinada época e conjuntura histórica. O fato criminoso da idade antiga detinha um espectro mais genérico e indeterminado em comparação com a idéia de vinculação necessária à lei, fruto do iluminismo e do labor de autores como BECARIA. Firma-se como parêmia clássica o brocardo “nullum crime, nula pena sine praevia lege”. Com isso, o poder de dizer o que é crime não mais derivava do arbítrio do governante, mas da vontade do povo que, através de seus representantes, plasmava leis aplicáveis a si mesmo. O direito penal, em última análise, passou a ter legitimação formal na própria idéia de vontade popular.

Cada era histórica com seus delitos. Isso pode ser aferido através do estudo da cultura humana, quando nos deparamos com FOUCAULT¹ ao descrever o suplício de alguém sendo condenado por vários crimes, dentre eles o homossexualismo. Vemos que durante a Idade Média, grandes filósofos restaram condenados por esposar idéias científicas apartadas da doutrina oficial da igreja católica, a exemplo de Giordano Bruno, Galileu e outros. O poder oficial de cada época pune com maior ou menor rigor em atenção ao maior ou menor grau de atentado contra os valores que lhes são mais caros.

Com a instituição do modo de produção capitalista na idade moderna, sob o pálio do Estado absolutista, as relações humanas se adensaram. Vindo de um sistema de produção econômica estamental da “idade das trevas”, tipicamente feudal, o homem do iluminismo deparou-se com o franco surgimento da burguesia econômica e instituição de Estados nacionais em que praticava a mercancia para a aquisição de bens economicamente relevantes. Uma nova conjuntura histórica construiu realidades até então desconhecidas ao Direito, como a acumulação desenfreada de ativos por parte de comerciantes, um sistema tributário como meio de custear despesas públicas, a instituição de grande exploração do homem pelo homem, ante a não-intervenção do Estado na área econômica e nas relações contratuais.

Isso fez exsurgir, de início na Constituição mexicana de 1917 (Carta del Lavoro) e posteriormente na Constituição Alemã de Weimar, a “Questão Social”, indicando a necessidade de contenção do interesse da nova classe econômica frente a novos desafios gerados pelos excessos do individualismo clássico. Daí, surgem parâmetros mínimos de garantia aos trabalhadores e normas incidentes sobre a ordem econômica e financeira, com vistas a toldar comportamentos abusivos de sua parte, culminando, com a instituição de regramentos penais sobre essas condutas, exsurgindo a criminalidade econômica. SANCHÉS RIOS² diz:

“Hodiernamente a tutela penal de bens jurídicos de conteúdo supra-individual é uma realidade. Novas modalidades de ilícitos lesivos ao sistema financeiro, à ordem tributária, ao sistema previdenciário e às relações de consumo se enquadram na denominada criminalidade econômica. Esta criminalidade é considerada por alguns autores como *criminalidade da empresa*, isto é, certas condutas delituosas só poderiam ser cometidas através de um ente corporativo.”

¹ Vigiar e Punir: nascimento da prisão. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis, Vozes, 23ª ed., Vozes, 1987, p. 09.

² SANCHÉS RIOS, Rodrigo. Indagações sobre a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos. In: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. Coordenador Luis Régis Prado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 182.

Sistema punitivo do Estado

O sistema de punição pelo estado na área penal padeceu de graves distinções ao longo da história. Desde o período das ordálias, os conhecidos juízos de Deus, o sistema apenatório se fulcrava na benção divina que recairia sobre os inocentes e supostamente impediria que sobre eles recaísse qualquer mácula corporal. Por exemplo: o imputado colocaria seu braço numa colméia e caso não fosse picado, seria inocente; também quando ele se banhasse num rio gelado e não contraísse qualquer resfriado, estaria livre. Utilizaram-se, após, vários métodos de colheita da verdade, como destaca TORNAGHI³ a exemplo da certeza moral do juiz, certeza moral do legislador (sistema das regras legais), os fatos notórios, “*vox publica*”, clamor público, fatos presumidos, regras da experiência e sucedâneos de prova como as presunções, ficções e os juramentos.

É de notar, com RADBRUCH⁴ que após a experiência das ordálias, em que incumbia ao criminoso provar sua inocência, a ritualística penal passou a ter natureza inquisitiva. Haveria condenação caso o fato delituoso restasse presenciado por duas testemunhas ou ocorresse confissão. Porém, em se fazendo presentes fortes evidências do delito e autoria, poderia ser utilizada a tortura como meio probatório, estando o Juiz a participar dessa colheita, num afã de imbuir no sistema maior rigor investigativo. Com o evoluir da história, superada a tortura como meio conducente à verdade, houve a necessidade de criar um órgão acusatório estatal distinto do Juiz, atribuindo-se-lhe o ônus de provar a responsabilidade delituosa do investigado, num crescendo rumo à efetiva existência do processo penal, como é conhecido na modernidade.

A inicial acusatória genérica

O direito de punir do Estado, através do processo acusatório, passou a ser exercido através de um órgão acusador que expunha os comportamentos delituosos através de narrativa minudenciada do ocorrido e enquadramento em normas legais adrede existentes numa relação silogística, exigindo do Estado-Juiz providências sancionatórias para a conduta descrita. Esse mister – com o recrudescimento dos direitos fundamentais, dentre eles a presunção de não-culpabilidade – passou a ser visto com maior rigor, firmando-se o delito como fato excepcional que reclama prova específica, exaustiva, hábil e capaz de romper com a presunção de inocorrência do ilícito.

O sistema de correlação delito – autor exposto no instrumento da denúncia-crime presta-se com satisfatória eficácia na criminalidade micro, celular, a atingir o cidadão comum frente ao Estado juridicamente organizado. Porém, a evolução do conhecimento, da técnica e a burocratização dos grandes núcleos econômicos plasmou o fenômeno da criminalidade econômica, num espectro macroindividual, identificando-o com o delito societário. Dentro de uma compartimentalização de condutas, o dolo exigido pela teoria penal clássica se esvai, ante a inviabilidade, num primeiro momento, de se detectar o centro de decisão de onde partiu a ordem para o crime.

Hodiernamente, surgem expedientes praticados por sociedades comerciais que destoam do conceito clássico do direito mercantil. Há regramentos legais atinentes a Diretoria, Conselho de Administração, Assembléias Gerais, ordinárias e extraordinárias, a balizar o funcionamento ordinário das mesmas. Todavia, criações de menor ou inexistente quilate legal como factóides, “testas de ferro”, “laranjas”, toldam a visão clara da ação empresarial. Não mais se sabe, ao menos num primeiro momento, quem fez o ato “a”, quem ordenou o ato “b”, o que torna a relação de imputabilidade penal nesses casos um juízo precaríssimo, fazendo incidir por vezes o juízo de culpabilidade sobre o mero gerente operacional em detrimento de seus patrões, reais detentores da consciência da ilicitude do ato criminoso.

Esses fatos estão a configurar o que pode ser chamado de “autoria de escritório”, plenamente aplicável à criminalidade econômica e financeira. Segundo ZAFFARONI e PIERANGELI⁵:

“Esta forma de autoria mediata pressupõe uma “máquina de poder”, que pode ocorrer tanto num Estado em que se rompeu com toda a legalidade, como numa organização paraestatal (um Estado dentro do Estado), ou comum uma máquina de poder autônoma “mafiosa”, por exemplo. (...) A particularidade que isto apresentada está em que aquele que dá a ordem está demasiadamente próximo do domínio do fato, para ser considerado um simples instigador, com a particularidade de que quando o determinador se encontra mais distante da vítima e da execução material do fato mais próximo ele está das suas fontes de decisão.”

Assim, caso os sócios de uma empresa com sede, por exemplo, no Estado de São Paulo, determinem que o gerente na cidade de Sobral no Ceará não envie a relação de informações sociais (RAIS) com o nome de todos os

³ Compêndio de Processo Penal. T. II, Editora José Konfino. Rio de Janeiro, 1967.

⁴ Introdução à Ciência do Direito. Tradução Vera Barkow. São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 153.

⁵ Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 680. No mesmo sentido: GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal. Vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2005, p. 502.

empregados, mas somente os que ganhem a partir de certo salário, com vistas ao pagamento a menor de contribuições previdenciárias, haverá responsabilidade do mesmo, acaso comprovada sua efetiva participação no caso, assim como dos ordenadores da atitude penal. Nesses casos, descrito o fato delituoso na inicial acusatória, de modo que viabilize o conhecimento dos imputados e viabilize a sua defesa, hígida estará a mesma, desde que – frise-se – haja vinculação dos denunciados ao fato, como núcleos emanadores de volição social.

Grande discussão vem a ser tratada sobre a matéria, balizada, muitas vezes, pelo entendimento inadequado acerca da denúncia genérica. Não se trata de albergar o princípio da responsabilidade objetiva (*“versari in re ilícita”*), mas de observar que, num primeiro átimo, os sócios de determinada empresa, quando absolutamente impossível discriminar-lhes a conduta de logo, tenham ciência do delito societário e possam demonstrar sua não-incidência no ocorrido. Há outras disposições semelhantes, por exemplo, na Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), em seu art. 4º, §2º, em que o Juiz liberará os bens apreendidos caso os interessados comprovem a licitude de sua origem. Há aplicação excepcional de um juízo de proporcionalidade *“pro societate”*, pois, num sopesamento de valores, pesa sobre o sócio com poderes decisórios uma presunção de responsabilidade pelo que se passam em sua própria empresa e a prova fundada de sua não-inclusão no ilícito.

Urge que se demonstre a efetiva inclusão do denunciado no núcleo decisional daquela empresa envolvida no crime multitudinário e a capacidade de se envolver num juízo volitivo que redundou naquele ato típico, pelo menos em sede de inicial acusatória. Sem essa demonstração, ainda que em sede indiciária, descabe responsabilizá-lo, sob pena de se admitir a responsabilidade penal objetiva, teoria já superada quando da aceitação do juízo de culpabilidade que, em sede de legislação pátria se encontra no art. 18 do Código Penal.

Em nível jurisprudencial, há acerba discussão sobre a matéria, no âmbito do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

No Pretório Excelso, em data recente, decidiu-se pela aceitação da denúncia genérica, desde que houvesse ao menos um esboço individualizatório de cada conduta incriminadora, ao menos em sede indiciária, o que se constata do HC 86294 / SP - SÃO PAULO HABEAS CORPUS Relator Min. Gilmar Mendes, julgado em 27 /09/2005, publicado em 03-02-2006, sendo de destacar o voto contrário do Ministro Celso de Mello. De igual forma, o HC 85726 / PI – PIAUÍ - HABEAS CORPUS Relator Ministro CARLOS VELLOSO julgado em 16/08/2005 e publicado em 23/09/2005. Porém, há posições em contrário nesse mesmo Tribunal, como o RHC 85658 / ES - Espírito Santo, Ministro. Cezar Peluso, julgado em 21/06/2005, 1ª turma e publicado em 12/08/2005. Na linha de aceitação da denúncia genérica, há diversos seguintes julgados⁶.

No Superior Tribunal de Justiça, há entendimento no sentido de não ser imprescindível a descrição pormenorizada da conduta de cada denunciado, desde que o fato ilícito esteja regularmente descrito viabilizando a ampla defesa⁷. Porém, essa mesma Corte inadmitiu a denúncia genérica em que o crime imputado ao indiciado decorria unicamente de sua qualidade de Delegado Regional de Polícia, sem menção sequer aos valores desviados.⁸ O Tribunal Regional Federal da 1ª Região, com grande divergência de entendimento⁹, decidiu que muitas vezes apenas a instrução judicial seria capaz de revelar com clareza a participação de cada um dos denunciados num crime multitudinário. O Tribunal Federal da 5ª Região¹⁰ invocando precedente da Corte Máxima Federal decidiu que se exigir do Ministério Público, de logo, a individualização das condutas em crimes societários seria assegurar a impunidade. Em julgados recentes, a Corte Máxima Federal não está a exigir – como indicativo de justa causa para a denúncia genérica societária – que o denunciado esteja a exercer o cargo de sócio-gerente. Há de ser demonstrado que ele exercia *“poder de decisão”* dentro da sociedade. Não aceitando a denúncia genérica e exigindo a individualização da conduta de cada um dos réus, há ainda julgados do mesmo Supremo Tribunal Federal¹¹.

⁶ PLENO - INQ 698 RJ, DJ:10/05/2002 (unânime), 1ª T - HC 85549 SP, DECISÃO:13/09/2005 DJ:14/10/2005 (unânime), 1ª T - HC 83369 RS DECISÃO:21/10/2003 DJ:28/11/2003 (unânime), 1ª T - HC 83021 SP, DECISÃO: 24/06/2003 DJ:26/09/2003 (unânime), 1ª T - HC 82246 RJ, DECISÃO:15/10/2002, 1ª T - HC 74813 RJ, DECISÃO:09/09/1997 DJ:29/08/1997 (unânime), 2ª T - HC 85636 PI, DECISÃO:13/12/2002 DJ:24/02/2006 (unânime), 2ª T - HC 86294 SP, DECISÃO:27/09/2005 DJ:03/02/2006 (maioria), 2ª T - HC 85579 MA, DECISÃO:24/05/2005 DJ:24/06/2005 (unânime), 2ª T - HC 84663 SP, 2ª T - HC 80812 PA, DECISÃO:27/08/2002 DJ:05/03/2004 (maioria), 2ª T - HC 80204 GO, DECISÃO:05/09/2000 DJ:06/10/2000 (unânime)Min. Maurício Corrêa 2ª T - HC 73903 CE, DECISÃO:12/11/1996 DJ:25/04/1997 (unânime).

⁷ STJ - HC 200401289133 - (38237 SP) - 6ª T. - Rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa - DJU 07.11.2005 - p. 00388 e STJ - RESP 200401805635 - (712225 RS) - 5ª T. - Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca - DJU 07.11.2005 - p. 00364

⁸ STJ - RESP 200301067589 - (562692 SP) - 5ª T. - Rel. Min. Gilson Dipp - DJU 17.10.2005 - p. 00329

⁹ TRF 1ª R. - HC 200501000130889 - AM - 3ª T. - Rel. Des. Fed. Tourinho Neto - DJU 29.04.2005 - p. 17

¹⁰ TRF 5ª R. - HC 2005.05.00.034935-5 - 1ª T. - PE - Rel. Des. Fed. José Maria de Oliveira Lucena - DJU 15.12.2005 - p. 572

¹¹ PLENO - INQ 698 RJ, DECISÃO:03/04/2002 DJ:10/05/2002 (unânime), 1ª T - HC 85549 SP DECISÃO:13/09/2005 DJ:14/10/2005 (unânime), 1ª T - HC 83369 RS DECISÃO:21/10/2003 DJ:28/11/2003 (unânime), 1ª T - HC 83021 SP, DECISÃO: 24/06/2003 DJ:26/09/2003 (unânime), 1ª T - HC 82246 RJ, DECISÃO:15/10/2002 DJ:14/11/2002 (unânime), 1ª T - HC 74813 RJ, DECISÃO:09/09/1997 DJ:29/08/1997 (unânime), 2ª T - HC 85636 PI, DECISÃO:13/12/2002 DJ:24/02/2006 (unânime), 2ª T - HC 86294 SP, DECISÃO:27/09/2005 DJ:03/02/2006 (maioria), 2ª T - HC 85579 MA, DECISÃO:24/05/2005 DJ:24/06/2005 (unânime), Min. Gilmar Mendes, 2ª T - HC 84663 SP, DECISÃO:23/11/2004 DJ:18/02/2005 (unânime), Min. Joaquim Barbosa, 2ª T - HC 80812 PA, DECISÃO:27/08/2002 DJ:05/03/2004 (maioria), Min. Gilmar Mendes, 2ª T - HC 80204 GO, DECISÃO:05/09/2000 DJ:06/10/2000 (unânime), 2ª T - HC 73903 CE, DECISÃO:12/11/1996 DJ:25/04/1997 (unânime).

O entendimento de PACELLI¹² merece destaque. Analisando o entendimento dos tribunais superiores sobre a denúncia genérica, ele impõe a diferença entre acusação geral e acusação genérica. A primeira ocorreria há descrição de um fato típico imputado aos sócios de uma sociedade, por exemplo, ausência de recolhimento de contribuição previdenciária. Os indicados estão cientes da conduta a si atribuída e tem como exercer efetivamente a sua defesa. A genérica ocorreria quando se enunciam diversas condutas delitivas diferentes e todas são atribuídas indistintamente a todos os membros da sociedade, restando constitucionalmente viável apenas a primeira inaugural acusatória. NUCCI¹³ alberga a denúncia genérica, inclusive para evitar a impunidade, o que não seria desejável. PEDROSO¹⁴, ao declarar ser imprescindível descrição da cada conduta na inicial acusatória, ressalva que nos casos em isso restar absolutamente impossível de início, deve o Ministério Público usar a inicial genérica, inclusive para evitar os riscos da prescrição. Em seu entender:

“(...) Não cabe exigir, de outra parte, proceda o representante do Ministério Público conforme lhe é impossível (...) ou que, para uma descrição da forma pela qual despontou a co-autoria ou cumplicidade, dê asas à imaginação, em detrimento de seu prestígio e franco divórcio – por falta de lastro informativo – com os elementos carregados na peça em que apóia a denúncia”

CONCLUSÃO

A condição de sócio de uma empresa que realizou um crime contra a ordem econômica ou financeira não agrega ao mesmo, por si só, a responsabilidade penal respectiva. Semelhante ilação remonta aos já superados ideais de responsabilidade penal objetiva (“versari in re ilícita”). Impõe-se a descrição, ainda que sucinta, de um ato comissivo ou omissivo que indique um animus direcionado à produção do evento delituoso, ou, pelo menos, aceitação e benefício direto dos benefícios oriundos da empreitada criminosa. Entendimentos mais recente do Superior Tribunal de Justiça estão requerendo a demonstração de que os réus têm “poder de decisão” dentro da sociedade, conforme o Estatuto Social, mesmo que ele não ostente a prerrogativa de sócio.¹⁵

O adjetivo “genérico” da denúncia funda-se não na descrição do fato típico, mas na inviabilidade momentânea de albergar a inteireza da conduta realizada pelo denunciado no preâmbulo da ação acusatória, reservando-se esse ônus para o seu intercurso, resguardado o contraditório e ampla defesa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BECARIA, Cesare. **Dos Delitos e das penas**. Tradução: Flório de Angelis. Bauru, São Paulo, Edipro, 2003.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 23ª ed., Vozes, 1987.
- GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. Vol. I, 5ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Sousa. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006.
- PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 3ª ed., revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites**. 3ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- RADBRUCH, Gustav. **Introdução à Ciência do Direito**. Tradução Vera Barkow. São Paulo, Martins Fontes, 1999.
- SANCHES RIOS, Rodrigo. **Indagações sobre a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica no âmbito dos delitos econômicos**. In: Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. Coordenador Luis Régis Prado. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001.
- TORNAGHI, Hélio. **Compêndio de Processo Penal**. T. II, Editora José Konfino. Rio de Janeiro, 1967.
- ZAFARONNI, Eugenio, PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro: parte geral**. 3ª ed., rev. e atual., São Paulo, editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 680.

¹² Pacelli, Eugênio. Curso de Processo Penal, 3ª ed., revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte, Del Rey, 2004, p. 159.

¹³ NUCCI, Guilherme de Sousa, Manual de Processo Penal e Execução Penal. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2006, p. 199.

¹⁴ PEDROSO, Fernando de Almeida. Processo Penal. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3ª. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2001, p. 128.

¹⁵ RHC 8186/MG, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, j. 30/06/1999, RHC 8652/SC, Relator Ministro Édson Vidigal, j. 30/06/1999, RHC 16173, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. em 02/02/2006.

CURANDEIRISMO, CRIME DE PERIGO ABSTRATO OU DE PERIGO CONCRETO

Geraldo Batista de Siqueira, Achilles de Jesus Siquara Filho e
Marina da Silva Siqueira

Procurador de Justiça/GO, Procurador de Justiça/BA, Promotora de Justiça/GO

SUMÁRIO

1. Introdução
2. Classificação Doutrinária
3. Crime Habitual
4. Crime de Perigo Abstrato ou Presumido
5. Curandeirismo, Crime de Perigo Concreto
6. Curandeirismo – Formas Qualificadas (Arts. 285 e 258, CP)
7. Aspectos Processuais:
 - Ação Penal. Titularidade
 - Prisão em Flagrante
8. Conclusões

1. INTRODUÇÃO

O presente estudo tem a inspirá-lo uma sugestão na busca de modificação legislativa, cuja esfera de operatividade deverá incidir sobre a tipicidade, que emoldura a figura penal curandeirismo (art. 284, CP), tradução de uma conduta humana, que se insere na ampla casuística dos crimes contra a saúde pública (arts. 267/285, CP).

O curandeirismo, expresso em modelo de perigo abstrato, cuja verificação é suficiente a presunção da proximidade do dano, de forma a dispensar, por flagrante desnecessidade, a demonstração, em qualquer atividade processual desenvolvida, da iminência de um dano, dano que deve guardar temporaneidade com o momento da realização do resultado, resultado esse que não entra em contraposição com o princípio da lesividade ou ofensividade, decorrente este, do princípio da humanidade, por força criadora de expressão constitucional (art. 1º, III, CRFB), pode passar por nova valoração legislativa, na qual o processo de criminalização primária, a traduzir tal comportamento humano, passasse a depender de uma aprofundada avaliação de seu antagonismo com o objeto jurídico, que lhe dá suporte, a saúde pública.

Possível, no contexto sócio-cultural no qual nos encontramos imersos, a tipificação da conduta humana, curandeirismo, subordinando-a, porém, à exigência de um juízo de constatação da eventualidade de lesão ao objeto da tutela penal, “posto que o princípio da lesividade não pode ter o condão de abolir totalmente os chamados crimes de perigo abstrato, mas tão somente tempera, o rigor de uma presunção absoluta e inflexível” é a opinião de Fernando Capez, esse jovem autor, cuja aparição no cenário das letras jurídicas, muito promete (01).

Tipo penal, informado pelo perigo abstrato, cuja etapa consumativa coincide com a simples realização do disposto no verbete, que o enuncia (art. 284, CP), alheia a questionamentos ocoríveis nessas oportunidades, acerca de eventual desdobramento, a partir da conduta descrita, através do verbo reitor, nada entrava, porém, sua adaptação a uma realidade típica, que encontraria o aperfeiçoamento necessário, sob um modelo de tipo penal de perigo concreto.

2. CLASSIFICAÇÃO DOUTRINÁRIA

2.1. Crime Habitual

Na classificação doutrinária, a versar sobre a figura penal, curandeirismo, autores surgem com a interpretação,

segundo a qual, no delito em apreço, as características típicas da habitualidade só são identificáveis diante da ocorrência concreta da elementar objetiva normativa, expressa através da figura gramatical, o advérbio de modo, habitualmente (art. 284, inc. I, CP), habitualidade, cuja força realizadora se operaria através dos núcleos tipológicos **prescrever, ministrar ou aplicar** qualquer substância a pretexto de cura do paciente, sujeito passivo material da infração penal, em posição paralela à coletividade, titular-primeiro do bem jurídico, corporificado na saúde pública. Não só o vocábulo habitual, um adjetivo, ao qual se agrega aspecto modal, de modo a transformar sua classe gramatical, para advérbio de modo é “que da qualificação do ilícito induz à idéia de sistema, reinteração, como também o núcleo do tipo é exercer (exercitar, praticar, desempenhar usualmente) como lembrava, fazendo-o, com a eficiência de sempre, meu saudoso amigo, colega, Júlio Fabbrini Mirabete, em seu Manual de Direito Penal, já na 24ª edição. Necessário, portanto, reiterava o mestre paulista, a reiteração dos atos de ministrar, prescrever, fazer gestos etc. (02)

Cuida-se, na hipótese legal, de que estamos tratando, de um modelo tipológico, para cuja configuração imprescindível se faz a materialização da habitualidade, circunstância típica que lhe confere significativas consequências penais e, sobretudo, consequência de natureza processual penal.

Ao tratarmos da estrutura típica do curandeirismo, conformada segundo modelo penal, assentado em base fática, a habitualidade, presa à vinculação, formulação casuística, vem-nos, à memória, figuras penais outras para cuja configuração adquire relevo a exigência, para sua tipificação, a forma executória, o processo executório, como se verifica, a título de exemplificação, nas figuras penais descritas nos arts. 146, 157, 213 e 214, CP. Tipos penais, em cujo processo constitutivo interfere, descritivamente, seu processo de execução, a exemplificar-se com o meio realizador: violência, grave ameaça, fraude, entre outros exemplos, conforme lição que haurimos na fonte rica do magistério de Luiz Regis do Prado (03) e do grande mestre paulista, Fernando de Almeida Pedroso, em magnífica obra, Direito Penal, já em sua 5ª edição (04).

Na classificação doutrinária sobre essa considerável variedade típica deparamos, sem surpresas, com colocações, no mínimo curiosas, como aquelas em que o crime de Estupro (art. 213, CP) realiza-se através de subjetivação ativa ilimitada, um tipo penal comum, e aquela outra jóia, a bigamia imprópria (art. 235, §1º, CP) para a qual o sujeito ativo previsto recairia sobre qualquer pessoa, desde que solteira essa pessoa.

3. CRIME DE PERIGO, PERIGO ABSTRATO OU PRESUMIDO

Fosse o tipo, cuja estruturação típica estamos a apreciar, um exemplo penal de modelo concreto, ele “teria de caracterizar-se mediante a exigência de constar-se o perigo, caso a caso e, como afirmamos, em regra o perigo indicado no tipo, segundo preciso, ensinamento do professor Ângelo Roberto Ilha da Silva, em brilhante trabalho, “Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição” (5).

A composição estrutural do tipo penal, segundo a forma concreta ou abstrata, assinala sua importância técnico-prática, realidade jurídica a traduzir-se na consumação da figura penal e na possibilidade ou impossibilidade da ocorrência do conatus. O momento consumativo, inteiramente subordinado à reiteração da conduta, inviabiliza, por razões de lógica, a tentativa na mesma figura penal.

Concreto o perigo, ensejador do conteúdo da tipicidade, o tipo penal que lhe dá correspondência requer um evento, resultado, a coincidir com a consumação delitiva, enquanto configurando a hipótese típica um modelo de crime de perigo abstrato ou presumido, no crime a definir-se haverá, apenas, a conduta sobre a qual repousará o juízo de perigo. A inscrição destes delitos seria realizada em forma de crimes de mera conduta, ensina a professora Alice Bianchini em sua obra “Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal”, trabalho que o professor Miguel Batista de Siqueira aplicou-lhe a seguinte qualificação: é uma senhora obra de direito penal (06).

4. CURANDEIRISMO, CRIME DE PERIGO CONCRETO

Segundo a intensidade de uma ofensa a incidir-se sobre um valor sob a tutela de uma norma jurídica, o tipo penal correspondente haverá de corporificar-se na forma de dano ou de perigo, subdividindo-se este, em crime de perigo concreto ou crime de perigo abstrato, consumável, segundo mera presunção, presunção *juris tantum*.

Não raramente, somos brindados com alterações tipológicas, operadas em nosso ordenamento jurídico-penal, via de reformas, apenas setoriais, a exemplo da recente reforma, por intermédio da lei 11106/05, na qual tivemos um exemplo do fenômeno jurídico, continuidade normativa, operada pela transposição do crime de Rapto para o crime de Seqüestro, este, crime contra a liberdade individual, pessoal ao qual se lhe agregou, ampliando-se o campo da subjetividade passiva material, enriquecendo-se, ainda, a nova tipificação, da elementar subjetiva, diversa do dolo”, com fins libidinosos” (art. 148, §1º, V, CP). Mais uma figura, no elenco das formas de seqüestro, outrora qualificadora, em virtude da elementar subjetiva, que lhe foi acrescida, com sensível repercussão na resposta penal.

No caso da modificação tipológica, realizável pela substituição do perigo abstrato pelo perigo concreto, como substrato da tipicidade, facticidade do tipo penal curandeirismo, a nova realidade a integrar a tipicidade, sobeja é a *ratio legis*: o abrandamento dos rigores da norma proibitiva, em vigor, enquanto eventual alteração legislativa daria bem o sinal indicativo da filosofia penal, orientada na direção do abrandamento das formas repressivas da

eliminabilidade, operação possível, viável, já que o é, legislativamente, na classificação do tipo penal de material para jornal ou de mera conduta. Um exemplo, previsto em anteprojeto de parte especial podemos apresentar no tipo penal ROUBO (art. 157, CP): um tipo material, consumação buscada na efetivação do resultado, consistente no resultado, a subtração patrimonial, cuja dimensão descritiva não importasse na inclusão da etapa consumativa, apenas sua possibilidade, que estaria em mais elementar subjetiva especial "com o fim de subtrair" coisa alheia móvel para si ou para outrem.

Embora coberto pelo mais exigente juízo de constitucionalidade, o perigo abstrato, nos delitos contra a objetividade jurídica, saúde pública, pode constituir-se na forma de perigo concreto, num processo de criminalização primária, elegendo-se como critério classificatório o perigo concreto, classificação que pede a efetiva ocorrência do resultado, evento naturalístico, tendo a valoriza-lo, numa perspectiva axiológica da probabilidade de dano, demonstrada, muitas vezes, com o auxílio de uma atividade pericial.

A mutação tipológica aventada, em que pese o efeito, abrandamento da norma penal incriminadora, alterada em seu preceito principal e secundário (art. 284, CP), não abrirá os flancos da defesa social às arremetidas da criminalidade.

Perigo concreto, conteúdo fático do tipo penal, em questão, a realização de práticas curandeiras, para assomar-se às culminâncias tipológicas de curandeirismo, está sujeita, deve ficar bem claro, a um juízo de avaliação, valoração, de molde a viabilizar uma efetiva constatação, averiguação, da iminência de ocorrência de dano, que pode sobrevir ao objeto jurídico, saúde pública. Embora um juízo de probabilidade para o qual despidendo não se configurará para justificar o apelo à intervenção pericial.

A mesma ratio legis podemos invocar, na reformulação legislativa, objeto da mesma, o disposto no art. 282, CP.

A propósito da amenização da reprimenda penal para o crime de curandeirismo, oportuna é a lembrança da possibilidade de exclusão de culpabilidade, em face da ausência da potencial consciência de ilicitude da conduta do agente, como afirma João José Leal em seu Curso de Direito Penal, página 266.

5. CURANDEIRISMO – FORMAS QUALIFICADAS – ARTS. 285 E 258, CP, OU CAUSAS ESPECIAIS DE AUMENTO DE PENA?

O fator dano, efetiva lesão, ofensa a um patrimônio jurídico, manifestação na forma de lesão corporal, de natureza grave, ou com a morte de alguém, quando a conduta é dolosa (art. 258, CP) que, numa eventualidade pode sobrevir à uma situação de perigo, não haveria de configurar a tipicidade requerida na formulação jurídica das qualificadoras de um tipo penal. Realçam-se, nesses casos, a explicação da majoração penal, sim, mas especificando-se como causas especiais de aumento de pena, quando da operação trifásica (art. 68, CP), já defendida por Nelson Hungria, no momento jurisdicional de individualização da *sanctio iuris*.

As qualificadoras, embora com suporte em tipo penal derivado, sua avaliação, porém, é matéria que se insere no âmbito da pena-base (arts. 59 e 68, 1ª parte, CP) sobre a qual, vem assentar as etapas subseqüentes, numa operação para se chegar à pena definitiva, ofício jurisdicional a concluir-se com o regime prisional, aspecto da procedência da pretensão acusatória, segundo o roteiro traçado no art. 59, CP. É o ponto de encerramento da individualização penal.

Observa-se, assim, e sem dificuldades, como se separam, distinguíveis facilmente, as duas hipóteses derivadas da tipicidade: nas qualificadoras o juízo de sua avaliação há de realizar-se na etapa inicial da operação individualizadora, no momento processual da busca da pena-base, enquanto a incidência das majorantes percentuais realizam-se na operação derradeira.

Na hipótese típica, aqui tratada, o curandeirismo, a majoração para a reprimenda há de realizar-se de forma oblíqua, por se tratar de falsa causa de aumento de pena: os tipos que determinaram a pena duplicada, em sua elevação ou diminuição em quantidades fixas, escreve David Teixeira de Azevedo, em seu oportuno estudo, "Dosimetria da Pena" (08).

A justificativa da normatização referida está no princípio jurídico da desconfiança do legislador no julgador.

Embora inserto em textos legais (arts. 285 e 258, CP), indistigável realça a impropriedade da rubrica do próprio legislador.

6. ASPECTOS PROCESSUAIS

I – Ação Penal – Titularidade

II – Prisão em Flagrante

I. A titularidade da ação penal, em regra atribuída ao Ministério Público (arts. 100 CP e 24, CPP) pode transferir-se para a iniciativa do particular, graças à ocorrência do fenômeno processual, conhecido na doutrina penal, como fenômeno de substituição processual, desde que presente, no litígio, um sujeito passivo material,

substancial, junto à Coletividade, principal interessada na preservação do bem jurídico, Saúde Pública, fato processual autorizador da intervenção desse sujeito passivo substancial, embora secundário, como titular da atividade acusatória ou, ainda, a intervenção, como assistente do Ministério Público.

Ação Penal, quanto a subjetivação passiva, correspondente ao delito, em estudo, não oferece maior embaraço exegético, porém, o trato com o conteúdo da imputação, sim.

No afã de evitar a inépcia, vício grave, apto a afetar a validade da instância, o acusador haverá de se defrontar com dificuldades a partir da formulação da imputação, dificuldades, dependentes da ótica jurídica, no âmbito da qual se coloque a classificação doutrinária do tipo penal curandeirismo: o crime é de perigo, mas o perigo é concreto ou o perigo é abstrato?

A resposta à indagação formulada é o que vai determinar o maior ou menor grau de dificuldade na formalização da elaboração da peça acusatória, apresentada de forma apta à deflagração do processo. Tal dificuldade não se resume à mera questão opcional, a resposta à indagação assume significativa importância processual, resposta que não fica ao nosso inteiro alvedrio.

Se o perigo, realidade que confere aspecto conteudístico ao tipo penal curandeirismo, realiza-se na forma concreta, num tipo de perigo concreto, a imputação que irá expressa-lo deverá ornar-se dos atributos de um elemento descritivo, cuja abrangência haverá de abarcar toda uma situação fática, já levantada, em peças informativas, responsáveis pela formação da opinião delicti do Ministério Público. A menor fragilidade, responsável por esse aspecto processual, se apresentará apto a caracterizar a inércia formal, com força a inviabilizar, dessa forma, no juízo de admissibilidade, o pleito da parte autora. Só a narração do fato típico (arts. 121/359-H, CP), por exemplo, com todas as circunstâncias que eventualmente o emoldure, habilitará o agente do ato acusatório ao sucesso no juízo de instauração da instância (art. 41, CPP).

Presumido o perigo, substância materializadora do tipo penal, em apreço, o labor acusatório, nessa fase inaugural da instância, reveste-se de muita simplicidade, visto que, em razão da presunção de perigo, nada há para descrever, demonstrar, conforme inteligente lição do Professor João Mestieri, em sua obra, *Teoria Elementar do Direito Penal – Parte Geral*: “Sendo o perigo presumido, não precisará, a acusação, de fazer a prova de que da realização do tipo penal pelo autor do delito haja resultado perigo”. (09)

Outro aspecto, componente do tipo penal, curandeirismo que, decisivamente, interfere no exercício da atividade acusatória, modelando a imputação, matéria da denúncia ou queixa, deriva-se de sua natureza: além de um crime de perigo abstrato, presumida, portanto, sua caracterização típica, reside em sua estrutura habitual, variedade classificatória para cuja configuração mister se faz a reiteração da mesma conduta, formando um elo entre as parcelas reiteradas, refletidas, particularidade processual que, não observada, no momento do ato postulatório vem comprometer a viabilidade da instância em razão da ocorrência de inépcia material resultante (art. 43, I, CPP).

Sobre ofensas, no curso do processo, à regularidade formal, de modo a atingir pressupostos de validade da instância, ilustrativo, até didático, é o noticiar exemplo forense, passível de figuração no anedotário, não fosse a seriedade da ocorrência, responsável pelo desconforto, que o fato gerou.

O evento, a envolver o crime de curandeirismo, personagens militantes, duas mulheres, pela singularidade alcançada, veio a receber até um epíteto: o processo do galináceo que, em síntese, vamos expor, exibindo exemplo da prática, que bem realça a impropriedade com que se houve no trato penal e processual penal da matéria, objeto do processo instaurado: a ré, velha espertalhona, veterana nessas modilidades criminais, como passo inicial, submete a vítima, pessoa marcada pela simplicidade, a exames, aos quais se seguem aplicações variadas, em formas de banhos frios e quentes, alternadamente, tudo resultante de diagnóstico, segundo o qual o sofrimento corporal de que vinha se queixando a vítima resultava de uma gravidez, não observada pela própria vítima, cujo produto da concepção eram de galináceos, três frangos, quase galos. Três frangos de pescoço pelado, a exibirem um par de esporas bem visível, além da ostentação de um pontiagudo bico. As aves, tão precoces, eram da raça índia.

Após o banho a que fora submetida a vítima, a curandeira venderá-lhe os olhos. Após a sessão de banho ou banhos, sob temperatura alternada, fora-lhe retirada a bendita venda.

Qual não fora sua surpresa, alarmando até a vizinhança, que tomou conta da pobre vítima no contato visual com o resultado do parto, antecipadamente previsto para trigêmeos? Foi só tristeza, muito pranto, ao ver, a seu lado, no mesmo leito, uma paupérrima cama, uma das três aves, vindas de suas entranhas.

A dor que lhe invadia a alma, levando-a ao pranto, diante do resultado do “parto”, na opinião dos vizinhos, sugeria duas indagações: a vítima sofria, porque dera a luz a um animal ou porque os outros dois animais poderiam estar a caminho, levando-a a pensar nas esporas e nos bicos dessas aves, em razão do percurso que haveria de ser feito até o final do trabalho de parto.

Para arremate, a autoridade policial, que dinâmica e diligentemente atuara na condução das investigações, de modo a alcançar a apuração de mais de vinte práticas do gênero, determinou a realização de um exame de sangue no frango e na pessoa da vítima para uma análise comparativa. Eis o fato, na crueza de sua realidade, em rápida síntese. Agora o direito a superpor-se ao fato narrado. Base empírica e suporte normativo.

Nas investigações policiais procedidas veio à tona, sem maiores dificuldade, um manancial de provas, antecedente ao episódio relatado, cerca de vinte práticas do mesmo gênero, a entrelacar-se numa relação de conexidade, apta a plasmar um autêntico exemplo do tipo penal curandeirismo.

A peça acusatória, uma denúncia, extensa, até rica em detalhes, minúcias, dispondo, embora de um manancial de dados probatórios, vindos do inquérito policial, reduzia, porém, o âmbito de abrangência da imputação, ao limitar-se ao evento, isolado, relativo à gravidez e ao parto. A gravidez, em razão de diagnósticos e o parto inédito resultado das práticas a que fora submetida a vítima pela acusada.

Ora, o fato descrito na peça vestibular, que inaugurava o processo, só adquiriria a substância necessária à viabilidade de uma imputação, caso contasse, para seu embasamento, com o concurso da elementar objetiva normativa, consistente na habitualidade, o mesmo requisito tipológico animador do exercício da acusação, a título da figura do Exercício Ilegal da Odontologia (art. 282, 2ª figura, CP). O crime correspondente ao tipo penal habitual, na hipótese, o curandeirismo, diz o emérito mestre gaúcho, meu colega de magistério e de Ministério Público, citando Manzini, define a figura: É aquele, para cuja noção se exige, como elemento constitutivo, a reiteração habitual ou profissional de fatos que, considerados singularmente, não seriam criminosos (10).

As duas figuras penais, segundo a ótica sob a qual foram vistas, sem dúvida que sua eficácia processual fora alcançada pelo vício da inépcia, inépcia que transcende os aspectos meramente formais do ato formatizador da imputação, mas seu alcance faz-se sentir sobre os aspectos materiais, substanciais, responsáveis por sua caracterização fática, com ingresso na tipicidade.

Ausente, embora devidamente apurada na prova produzida na fase policial da persecução penal, a habitualidade, o que mereceu exposição, a título de acusação, fora um **nada**, em face das exigências reclamadas, incluindo-se no aperfeiçoamento do ato acusatório, a possibilidade do exercício da ampla defesa.

Agora, o final, o epílogo. O magistrado, em decisão, não muito comum, julgou improcedente a pretensão primitiva, a juizada pelo Ministério Público, fazendo-o sob o fundamento de inocorrência de crime, uma vez que a vítima que passara um parto, nas condições, já descritas, não sofrera nenhuma lesão, dano físico. Sua integridade corporal não sofrera qualquer sorte de ofensa. O crime, cuja prática fora imputada à acusada não se listava no rol dos crimes de dano, mas de perigo e de perigo abstrato, para cuja consumação bastaria a presunção de perigo, a dispensar um juízo de averiguação.

O Ministério Público, inconformado com o resultado do ofício jurisdicional, impugnou a decisão, interpondo o recurso previsto, no desiderato de alcançar um juízo de procedência da atividade acusatória, sucumbindo, novamente, pois, o Tribunal de Justiça conheceu da pretensão recursal, mas para anular todo o processado, a partir, naturalmente, da denúncia que atribuía à acusada a autoria da realização de Curandeirismo, como se essa figura penal se estruturasse como um tipo penal instantâneo, cujo momento consumativo, coincidiria com aquele ato solitário.

II. Prisão em Flagrante

O constrangimento individual a que um cidadão possa ser submetido, possível fora dos parâmetros jurisdicionais, a lei só lhe abre uma oportunidade (arts. 5º, LXI – CRFB e 302, I/IV, CPP), dada a imperiosa necessidade, ocorrente em algumas situações, da antecipação da tutela penal, realizável por uma medida cautelar, definível por sua provisoriedade.

Eventual captura de pessoas, apanhadas em situação de flagrância delitiva, desde que submetido o ato flagrancial, ao controle jurisdicional, que se fará a posteriori, é medida excepcional que, não poucas vezes, se impõe, conforme já assinalamos.

À primeira vista, a possibilidade cautelar, a afetar o status libertatis da pessoa, estranha a um juízo prévio de sua conveniência processual, já configuraria sinais indicativos da viabilidade da prisão em flagrante, qualquer que fosse a infração, em cuja realização a pessoa fosse apanhada. Ledo engano dos que abstraem a base material do instituto da prisão em flagrante.

Infrações penais temos que, por sua forma estrutural típica, no mesmo passo que impedem a possibilidade do crime na forma apenas tentada (art. 14, II, CP) erigem-se em fator impeditivo de prisão, a realizar-se no momento de sua flagrância, já que essa figura processual cautelar, prisão em flagrante, para alcançar sua imagem configuradora, “exige a realização de duas figuras típicas: a penal e a processual penal, arts. 302, CPP e 14, II, CP”, segundo doutra lição, que o saudoso Professor Romeu Pires de Campos Barros nos deixou, através de sua monumental obra, Processo Penal Cautelar (11). Na custódia, resultante de situação flagrancial emerge, não há negar, ainda que relativa, uma cognição cautelar, esta a cargo da Autoridade Policial, acrescenta o saudoso mestre de nosso processo penal (12).

A coerção cautelar, ao ensejo da flagrância, poderá ter sua operatividade no momento consumatório do delito, circunstância com força para descaracterizá-la, frustrando-a ao reduzi-la a uma tentativa. Imperiosa, portanto, é a consumação, muitas vezes interrompida. E a consumação só se caracteriza sob a dependência da estrutura de um fato, marcado pela tipicidade, situação ausente nos tipos habituais de que o curandeirismo é um dos exemplos mais expressivos.

O curandeirismo, forma de tipicidade, marcada pela característica inerente ao hábito, sua consumação, a meta optada, haverá de submeter-se por inteiro, à dependência da reiteração do mesmo comportamento, o qual, enquanto isolado, insulado, como diz o mestre Tourinho Filho, fora de uma cadeia, não passará de um indiferente penal. Só a

reiteração de uma conduta, apta a formar um hábito, expressa através de um verbo indicativo dessa posição, terá a força necessária para assinalar o momento consumativo, o que nos permite exibir como exemplo, acórdão de nossa suprema Corte, que merece a publicação na Revista Jurídica, editada em Porto Alegre, 343/175, nº 266 84, tratando da prescrição nos crimes habituais: “nos crimes habituais, o prazo da prescrição inicia-se da data da última das ações que constituem o fato típico (13).

O crime, sob a rubrica, Curandeirismo, por não prescindir da habitualidade, para sua caracterização típica, manifesto é seu antagonismo com a forma tentada, incompatibilidade que se estende à possibilidade da prisão em flagrante. Como diz o insigne processualista pátrio, Tourinho Filho, esbanjando saber no campo do direito material: “o crime habitual exige, pois, diversas ações. Uma só, considerada insuladamente não incide no juízo de reprovação, mas sim o conjunto, a pluralidade. Exemplo o curandeirismo (CP, art. 284). (14)

Inobstante a clareza redacional que se impriu à construção do tipo penal, curandeirismo, a exemplo do tipo penal, exercício ilegal da medicina, arte dentária e farmacêutica (art. 282, CP), curiosa é a safra de atos prisionais, a pretexto de situação flagrancial, mantidos, porém, no momento jurisdicional do controle de sua legalidade (art. 5º, LXV, CREB). Manchetes, via de regra, com estardalhaços, estampam-se nos meios de comunicação, a noticiar falsos médicos, ou curandeiros, apanhados em flagrantes, capturados no exato, exatíssimo momento, em que atendiam um cliente, “uma vítima”.

Nada mais falso, sob a ótica de nosso sistema de legalidade, decorrência da constituição tipológica, dessas duas figuras penais (arts. 284 e 282, CP).

Como já assinalado, a construção típica, na base de um perigo abstrato, embora possível e até aconselhável, a sua substituição para o modelo concreto, não tratando da eiva de inconstitucionalidade.

Aliás, pelo menos, entre nós, é moda o tachar leis ou decisões de inconstitucionais. Para que possamos trazer à baila arguição de inconstitucionalidade sobre presunção de violência, em crimes contra os costumes (art. 224, letra A, CP), arguição que cede passo à colocação irrepreensível que nos vem do Professor Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró, em sua inexcédível monografia o “ônus da Prova no processo Penal”: a presunção de violência nos crimes contra os costumes é um exemplo de presunção absoluta na seara criminal. O estupro, por exemplo, normalmente tem como elemento do tipo o dissentimento da vítima, que é constrangida à conjunção carnal em decorrência do emprego de violência ou de grave ameaça. Contudo, no caso de uma menor de 14 anos, de uma deficiente mental, ou ainda de mulher que não tenha capacidade válida para consentir, o tipo penal prescinde desse dissenso. Na verdade, conjugando-se o art. 213 com o art. 224, letra a, ambos do Código Penal, chega-se à conclusão de que há um tipo penal diverso, equivalente ao “ter conjunção carnal com menor de 14 anos. Pouco importará se houve consenso ou se as relações sexuais foram consentidas”. E, com citação de Barbosa Moreira, conclui o autor: “Na presunção de violência nos delitos sexuais, o que a lei quer é fazer certo que, tenha ou não ocorrido a violência, o fato típico se configurou, desde que presentes os outros extremos: (15).

7. CONCLUSÕES

- a) O crime de curandeirismo, estruturado segundo o Tipo Penal a que corresponde, erige-se em exemplo incontroverso de um modelo típico abstrato, cuja consumação é presumida;
- b) O perigo, conteúdo inafastável dos crimes contra o objeto jurídico, a saúde pública, não conflita com o princípio da lesividade, amoldando-se, assim, às exigências constitucionais;
- c) Crime de perigo abstrato, o curandeirismo, estará caracterizado, bastante a prática de qualquer das atividades descritas no art. 284, CP, prescindindo-se de qualquer pesquisa, que busque a demonstração da probabilidade de um evento danoso;
- d) Tratando-se de um modelo de tipo habitual, a consumação do curandeirismo tem sua ocorrência subordinada à satisfação da exigência de reiteração, repetição da mesma conduta, postura definidora da habitualidade, elementar típica, que se erige em fator impeditivo da possibilidade do conatus;
- e) Crime habitual, a figura penal habitual mencionada, não comporta a coerção cautelar na forma flagrancial, pelas razões já expostas;
- f) A postulação acusatória, pouco importando o instrumento pelo qual se realiza, não haverá de ultrapassar o âmbito do juízo de admissibilidade, quando omissa, na imputação, a habitualidade, que deve estar presente, através da indicação de fatos, apontando para a reiteração da conduta;
- g) Contudo, a despeito de tudo quanto foi dito, nenhum óbice se ergue à alteração tipológica, a realizar-se nesse modelo penal, que permanecerá na mesma área dos crimes contra a Saúde Pública, objetividade jurídica coletiva, aparecerá porém, como um tipo de perigo concreto, cujo juízo de consumação, passará

a depender da inafastável necessidade de demonstração do perigo, resultante da reiteração da conduta, a partir do ingresso, em juízo, da pretensão acusatória.

- h) É corrente, nos meios da carreira jurídica, inclusive no ambiente universitário, o que sobe, de gravidade, a sentença: “essa lei ou essa decisão é inconstitucional”, sem um aceno ao dispositivo legal que estaria em flagrante contradição com previsões de nossa Carta Magna. Alegação de inconstitucionalidade sobeja em matéria de presunção de violência (art. 224, letra “a”, CP), e sobre a tipicidade, conteúdo fático uma relação de perigo, principalmente quando mesmo decorre de uma presunção.

Goiânia, 21 de dezembro de 2006.

BIBLIOGRAFIA

1. Fernando Capez. Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003): Infrações de Perigo e Princípio da Ofensividade – Magister – Direito Penal e Processual penal – 09/08.
2. Júlio Fabbrini Mizabete e Renato Mirabete. Curso de Direito Penal Brasileiro – III/187, 22ª edição.
3. Luiz Regis do Prado. Curso de Direito Penal Brasileiro – 2/267.
4. Fernando de Almeida Pedrosa. Direito Penal – 260
5. Ângelo Roberto Ilha da Silva. Dos Crimes de Perigo Abstrato em Face da Constituição – 71.
6. Alice Bianchini. Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal – 67.
7. João José Leal. Curso de Direito Penal – 260.
8. David Teixeira de Azevedo. Dosimetria da Pena – 133.
9. João Mestieri. Teoria Elementar do Direito Penal – 300, nº 19.2.2.
10. Walter Coelho. Teoria Geral do Delito – 124.
11. Romeu Pires de Campos Barros. Processo Penal Cautelar – 125/127.
12. Romeu Pires de Campos Barros. Processo Cautelar – 137, nº 251.
13. Revista Jurídica. Porto Alegre nº 343/26684.
14. Fernando da Costa Tourinho Filho. Processo Penal – 3/447, nº 11.
15. Gustavo Henrique Righi Ivany Badaró. Ônus da Prova no Processo Penal – 270.

DA ATIPICIDADE DO PORTE DE ARMA BRANCA (EXCETO ESPADAS E ESPADINS), À LUZ DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE

Suzane Maria Carvalho do Prado Patrício

Promotora de Justiça/PR

Resumo: Artigo 19 do Decreto Lei 3699/41, tipo anormal, dependente de norma regulamentar. Inexistência de lei ou decreto a regulamentar a posse de arma branca em território nacional (exceto espadas e espadins – Dec. 3665/00). Condenação lastreada na objetividade jurídica, sem análise do elemento integrador do tipo. Atipicidade da conduta, em se tratando de posse de faca, canivete e afins. Princípio da legalidade a ser observado (artigo 5º, XXXIX, Constituição Federal).

Dispõe o artigo 19 do Decreto Lei 3688/41, em seu *caput*, que é contravenção *trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença da autoridade competente. A pena, prisão simples de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente.*

Por óbvio que a criminalização desta conduta – portar arma fora de casa, sem licença da autoridade competente – deu-se em razão, principalmente, das armas de fogo. Isto porque, data o diploma legal de 03 de outubro de 1941 (com vigência a partir de 1º de janeiro de 1942, conforme artigo 72 do DL 3688/41) e, somente, em 1997, com a edição da Lei 9.437 é que as armas de fogo passaram a ter atenção diferenciada.

Enquanto vigente em sua inteireza o artigo 19¹, a doutrina construiu a distinção de armas próprias e impróprias, colocando na primeira categoria as armas de fogo, por excelência. Deixou para a segunda categoria, outros instrumentos que não teriam destinação originária como armas. Mas, considerada a potencialidade lesiva, poderiam ser usadas para tal. Ex.: facas, canivetes, socos inglês, etc.

Com o advento da Lei 9.437, de 20 de fevereiro de 1997, o porte de arma de fogo passou a ser considerado crime. E, o *entendimento primeiro* foi o de que, residualmente, a figura contravencional do artigo 19 abarcaria o porte de arma branca.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL - CONTRAÇÃO PENAL - CRIME DE PORTE DE ARMA BRANCA - ART. 19 DO DECRETO-LEI 3.688/41 (LEI DAS CONTRAÇÕES PENAS) - AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS - APELANTE QUE TRAZIA CONSIGO ARMA BRANCA (FACA) EM LOCAL PÚBLICO (BAR). INFRAÇÃO DE MERA CONDUTA - INEXIGÊNCIA DE DANO CONCRETO - ABOLITIO CRIMINIS EM FACE DA LEI 9.437/97 - INOCORRÊNCIA. “Embora a faca seja tida como arma imprópria (a chamada arma branca), se possui potencialidade ofensiva e se presta à defesa, bem como ao ataque, de quem a porta, com possibilidade de dano físico, há que ser considerada como elemento caracterizador da contravenção do art. 19” (TACRIM-SP-AC - Rel. Silva Rico - RJD 11/153). “Com o advento da Lei 9.437/97, o porte ilegal de arma de fogo deixou de ser contravenção penal, restando apenas a subsunção típica do porte ilegal de arma branca “prevista no art. 19, caput e parágrafos da Lei das Contravenções Penais, quando se tratar de arma imprópria (objeto eventualmente utilizado para o ataque ou defesa da integridade física de alguém) ou arma branca (de fio ou gume, ponta ou corte, portáteis ou transportáveis).” (Eneida Orbage de Britto Taquary. Juris Síntese nº 18 - JUL/AGO de 1999) APELO CONHECIDO E IMPROVIDO².

¹ É referido artigo daqueles classificados por MIRABETE (*in Manual de Direito Penal*, v. 1., 15. ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 116), um *tipo anormal*, porque “contém não só elementos objetivos referentes ao aspecto material do fato, mas também alguns outros que exigem apreciação mais acurada da conduta (...). Em primeiro lugar, têm-se os *elementos normativos do tipo* (...). A inclusão de um elemento normativo, nessas hipóteses, ocorre porque a conduta “normalmente” é lícita”. Ao exigir a *licença da autoridade competente*, o legislador inseriu um elemento normativo no tipo que, existindo, faz ser lícita a conduta do agente.

² Disponível no site www.tj.sc.gov.br, consultado em 14.05.2007 – sem grifo no original.

Todavia, é de se notar que o tipo contravencional não se esgota na descrição da conduta de *trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta*. Soma-se ao tipo objetivo, outro elemento: a inexistência de *licença da autoridade competente*, para que se considere preenchido o tipo penal.

Pergunta-se: qual a licença a se obter para *trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta*, p.ex., a faca de cozinha, um facão de lavoura, um canivete ou mesmo um chicote ???

Não existe regulamentação para tanto. Anota Guilherme de Souza Nucci (*in Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*, 1. ed., São Paulo : RT, 2006, p. 19) que *a expressão sem licença da autoridade constitui, na realidade, elemento ligado à ilicitude. Porém, por ter sido inserido no tipo, havendo permissão, o fato seria atípico* (o grifo é do autor).

Sem dúvida a exigência da permissão era o caso na concessão do porte de arma, antes da Lei 9.437/97, para que o sujeito pudesse andar com seu revólver fora de casa. Mas, não tendo para quem pedir permissão – para o porte de arma branca – depreende-se que este porte é permitido. Afinal, reza o dito popular, que *o que não é proibido é permitido*.

PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS PENAIS

(...)

a) Da Reserva Legal

O postulado da Reserva Legal está claramente prescrito no artigo 5º, XXXIX da Constituição Federal vigente (...), não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal.

(...)

... Ou seja: somente não é lícito aquilo que a lei proíbe. Dentre esses direitos se insere o da Reserva Legal, ou seja: somente a lei, e anteriormente ao fato, pode estabelecer que este constitui delito, e a pena a ele aplicável.³

Exaustiva pesquisa levou à conclusão que somente as espadas e espadins encontram referência legal como *armas brancas de uso restrito pelas Forças Armadas*, conforme art. 16, inciso XV do Decreto nº 3.665/2000 (R-105). E, portanto, estariam sujeitos à autorização especial para porte.

Neste sentido, Marcelo Pereira (Mestre e Doutor em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo), no artigo **O porte de arma branca – o uso de arma branca**, traz que

a única restrição sobre a posse e o uso de armas brancas diz respeito a espadas e espadins das Forças Armadas e Auxiliares, consideradas privativas destas segundo o regulamento de produtos controlados do Exército(R-105). Nada mais juridicamente válido existe sobre o assunto, pois no Brasil é crime portar arma de fogo sem condição legal para tanto (artigo 14 da Lei Federal nº 10.826/2003 – estatuto do desarmamento). Tal condição ou decorre de uma específica situação funcional do indivíduo, como é o caso por exemplo do policial, ou decorre de uma autorização outorgada pela autoridade competente, como sucede com o porte de arma dado ao civil honesto pela autoridade policial (que na prática não existe mais).

A Constituição Federal estabelece que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo, a não ser em virtude da lei (artigo 5º, inciso II). É a regra do Estado de Direito, no qual vigora o princípio da liberdade (artigo 3º, inciso I). A legislação no Brasil proíbe o porte ilegal de arma de fogo, disciplinando inclusive as condições legais para o exercício do porte lícitamente. **Nada mais estabelece, estando revogado tacitamente o artigo 19 da Lei das Contravenções Penais desde a Lei Federal nº 9437/97** (revogada pelo estatuto do desarmamento), que previa como infração penal o porte ilegal de armas de fogo (artigo 21 da Lei Federal nº 9437/97), o qual aliás se referia apenas a estas, já que nunca houve autorização para porte de armas brancas, que são as lâminas em sentido amplo⁴.

Mesmo assim, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná tem confirmado condenação pelo porte de arma branca, sob o argumento de que *o objeto material da contravenção tem potencialidade lesiva e expõe a perigo o bem jurídico tutelado pela norma (segurança pública). Não aborda, o tribunal a presença, ou não, do elemento integrador do tipo (!?)*.

Nº do Acórdão: 20236; Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal; Tipo de Documento: Acórdão; Comarca: Paranavai; Processo: 0385622-6; Recurso: Apelação Crime (det); Relator: João Kopytowski; Julgamento: 15/03/2007 17:48; Ramo de Direito: Criminal; Decisão: Unânime; Dados da Publicação: DJ: 7334

Ementa: DECISÃO: ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **por unanimidade**, em desprover o recurso, conforme o voto, do Relator. EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRAVENÇÃO PENAL. **PORTE DE ARMA BRANCA**.

³ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 14/15.

⁴ PEREIRA, Marcelo. *O porte de arma branca – o uso de arma branca*, disponível no site <http://blog.taymo.com/o-porte-da-arma-branca>, consultado em 13.05.2007 – sem grifo no original.

MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. IRRELEVÂNCIA. EXPOSIÇÃO DE BEM JURÍDICO À PERIGO CONCRETO. INOCORRÊNCIA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. 1) Portar faca de cozinha na cintura, dentro de um bar e sem qualquer justificativa plausível, configura a contravenção penal prevista no art. 19 do DL 3.688/41. 2) Não tendo havido questionamentos acerca da potencialidade ofensiva da faca e estando ela aparentemente normal é desnecessária perícia. 3) Prescindível a ocorrência de perigo concreto⁵.

Especificamente no julgamento da apelação criminal 327.410-6, de Mandaguáçu, sendo apelante Nildo Tibúrcio e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO⁶, no corpo do acórdão, constou o **Decreto 6.911/35 (artigo 5º, § 1º, h)**, como sendo a norma legal que traria as condições para o regular porte de arma branca fora da residência.

Este mesmo acórdão paranaense, valeu-se do julgamento do REsp 54056, 5ª Turma do STJ, que teve como relatora a Ministra Laurita Vaz.

Consultado o corpo do acórdão oriundo do STJ, constatou-se que, **também**, não houve enfrentamento do tema quanto à *licença da autoridade competente*.

RECURSO ESPECIAL Nº 549.056 - SP (2003/0108902-4)

RELATÓRIO - EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, em face de acórdão proferido pelo **Tribunal de Alcáida Criminal do Estado de São Paulo, que absolveu o Réu nos seguintes termos**, *litteris*:

“O recurso está no caso de ser provido. A conduta é atípica. Efetivamente:

(1) de lege ferenda, o porte de arma certamente deveria ter, mas, de lege lata, não tem nenhuma significação em termos de punibilidade.

(2) a verdade é que, por escandaloso cochilo do legislador, não se trata de arma cujo porte esteja ‘condicionado à autorização de autoridade competente’, de conformidade com o mais recente estatuto disciplinador do uso de arma - de fogo, exclusivamente - (Lei n.º 9.437/97), já em vigência à época do fato;

(3) **viola o sacratíssimo princípio da reserva legal assim a tentativa artificiosa de incluir armas brancas na categoria daquelas cujo porte é disciplinado normativamente**, após a edição da citada lei, **como supor mantido o art. 19 da L.C.P para a hipótese de arma branca, com suporte em decreto estadual de inequívoca, patente e flagrante inconstitucionalidade** (C.F. art. 22, I, terceira hipótese).” (fls. 95/96)

O Recorrente, alegando negativa de vigência ao art. 19 da Lei das Contravenções Penais, aduz, em suma, que “pelo fato de o porte de arma de fogo haver sido retirado da esfera de incidência da norma contravencional, erigido agora em crime e ampliadas as hipóteses de crimes tendo por objeto esse tipo de armas, não há como inferir haja sido inteiramente revogado o dispositivo da Lei das Contravenções Penais.” (fls. 104)

Contra-razões oferecidas às fls. 116/119.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, em seu parecer às fls. 132/136, opinou pelo provimento do recurso. É o relatório.

(...)

VOTO - EXMA. SRA. MINISTRA LAURITA VAZ (RELATORA):

Assiste razão ao Recorrente, uma vez que, 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 derogado, subsistindo a contravenção quanto ao porte de arma branca**.

Pelas percutientes considerações adoto, como razões de decidir, os argumentos expendidos pela ilustre Representante do Ministério Público Federal, Dra. Helenita Caiado de Acioli, *in verbis*:

“O art. 19 da Lei de Contravenções Penais (Dec-Lei n.º 3.688/41), assim dispõe: ‘Art. 19. Trazer consigo arma fora de casa ou de dependência desta, sem licença de autoridade: Pena - prisão simples, de 15 (quinze) dias a 6 (seis) meses, ou multa, ou ambas cumulativamente.’”

⁵ Disponível no site www.tj.pr.gov.br, consultado em 14.05.2007, sem grifo no original.

⁶ **APELAÇÃO CRIMINAL Nº 327.410-6; VARA CRIMINAL DE MANDAGUAÇU**; Apelante : NILDO TBURCIO; Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO; Relator: Des. Rogério Kanayama. EMENTA: CONTRAÇÃO PENAL. ARMA BRANCA. ARTIGO 19 DO DECRETO-LEI Nº 3.688/41. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE. IMPROCEDÊNCIA. PORTE DE FACA TIPO “PEIXEIRA” DENTRO DE UM BAR. DEMONSTRAÇÃO PELAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DESVIO DE FINALIDADE DO USO DA FACA. CONDENAÇÃO MANTIDA. REDUÇÃO DA QUANTIDADE DE DIAS-MULTA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

a) “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 derogado, **subsistindo a contravenção quanto ao porte de arma branca**.” (STJ - Resp 549056 - 5ª Turma - Rel. Ministra Laurita Vaz - DJ de 01.03.2004 p. 194).

b) A pena pecuniária, quanto à quantidade de dias-multa, salvo exceção devidamente justificada, deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. (disponível no site www.tj.pr.gov.br; consultado nesta data- sem grifo no original).

Por sua vez, a Lei n.º 9.437/97, que elevou à categoria de crime o porte não autorizado de armas de fogo, reza em seu art. 10, verbis: (...)

Não obstante o porte ilegal de arma de fogo haver sido retirado da esfera de incidência da norma contravencional, e erigido à natureza de crime, **não há como inferir que haja sido inteiramente revogado o art. 19 da LCP. A derrogação do referido dispositivo deu-se tão somente em relação às armas de fogo, não se estendendo às armas brancas, cuja posse fora de casa ou de dependência desta, sem licença de autoridade, constitui a contravenção do art. 19 da lei respectiva, que guarda, portanto, residual vigência.**

A propósito do tema, vale destacar lição de DAMÁSIO E. DE JESUS: ‘Concurso de normas: armas brancas e armas de fogo. O art. 19 da LCP foi derogado pelo art. 10 da Lei n.º 9.437, de 20 de fevereiro de 1997. Tratando-se de arma branca, aplica-se o art. 19 da LCP; cuidando-se, entretanto, de armas de fogo, há crime, incidindo o art. 10 da lei nova.’ (in *LEI DAS CONTRAVENÇÕES PENAS ANOTADA*, Editora Saraiva, 8ª edição, 2001, pg. 56).” (fls. 135/136)

Assim, opina, o Ministério Público Federal pelo conhecimento e provimento do recurso especial, restabelecendo-se a decisão de primeiro grau.”

Ante o exposto, CONHEÇO DO RECURSO E DOU-LHE PROVIMENTO, a fim de que seja restabelecida a sentença de primeiro grau. É o voto.

MINISTRA LAURITA VAZ⁷

Pesquisa feita no site www.senado.gov.br, que contém toda a legislação federal (donde provém as normas de natureza penal), embora traga vinte e oito resultados para o argumento “decreto 6911”, nenhum deles é de 1935. Ou, ainda, diz respeito à autorização para posse de arma branca.

Sabe-se que mencionado Decreto (6.911/35) é do Estado de São Paulo, *de lavra do interventor federal (...)* Armando de Salles Oliveira⁸. Todavia, exaustiva pesquisa feita no site http://www.imesp.com.br/PortalIO/Home_1_0.aspx⁹, com todos os argumentos possíveis (número do decreto, autor, objeto do decreto, data) não resultou em qualquer ocorrência.

O jornal Gazeta de Limeira, edição de 09 de abril de 2004, em matéria intitulada “Produtos químicos eram mantidos irregularmente”, faz referência ao aludido decreto. *In verbis*:

O decreto que regulamenta o uso de produtos de uso controlado tem 69 anos, mas somente mais recentemente passou a ser fiscalizado. Trata-se do **Decreto Estadual 6911/35, assinado pelo interventor federal Armando de Salles de Oliveira.**

Atualmente cada Município tem seu Setor de Produtos Controlados, que fiscaliza empresas de todas as áreas de produção que manipulam algum tipo de material dessa natureza.

O mais curioso é que existe em Limeira aproximadamente 170 fábricas de jóias (banho), mas menos de 70 estão devidamente licenciadas. Estima-se que pelo menos 90 operem dentro da irregularidade¹⁰.

Ou seja, não existe regulamento federal a ditar qual a autoridade competente para expedir licença para porte de arma branca¹¹. Então, não se pode ter como crime a conduta de quem *traz consigo fora de casa arma imprópria* – que não seja a espada ou o espadim constantes do Decreto 3665/2000 – sob pena de ferir o princípio da legalidade.

⁷ Disponível no site www.stj.gov.br, consultado em 15.05.2007 – sem grifos no original. Note-se que a manifestação à qual aderiu a Ministra Relatora, diz da derrogação do artigo 19, do alcance residual às armas brancas, da *licença da autoridade competente*, mas passa ao largo de qual licença seria esta e qual a autoridade competente para expedir a mesma.

⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis Penais e Processuais Penais Comentadas*. 1. ed., São Paulo : RT, 2006, p. 126.

⁹ Site da imprensa oficial de São Paulo.

¹⁰ Disponível no site www.gazetadelimeira.com.br, consultado em 15.05.2007, sem grifo no original.

¹¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *ob. cit.*, p. 126: “Cuida-se de *tipo penal incriminador*, razão pela qual não pode ficar ao critério do operador do direito aplicá-la ou não, a seu talante. Primamos pela legalidade (...) e não encontramos *lei* alguma que disponha sobre o tema. Não desconhecemos que há argumentos sustentando a vigência do Decreto 6911/35, que proíbe o porte de “armas brancas destinadas usualmente à ação ofensiva, como punhais (...) ou quaisquer outros objetos contendo punhal, espada, estilete, espingarda”, além de “facas cuja lâmina tenha mais de 10 centímetros de comprimento e navalhas de qualquer dimensão...” (art. 5º). Entendemos, no entanto, que o referido decreto, de lavra do interventor federal no Estado de São Paulo, Armando de Salles Oliveira, não foi recepcionado pelas Constituições posteriores (de 1937 até 1988). Não pode um decreto disciplinar matéria penal, que é, nos termos do atual texto constitucional, assunto privativo da União (art. 22, I, CF). Além do mais, cuida-se de um decreto estadual, não tendo qualquer abrangência para o restante do país. É natural que qualquer brasileiro possa carregar consigo uma faca, cuja lâmina tenha mais de 10 centímetros, por exemplo, pois não há nenhuma relevância o decreto estadual de São Paulo, neste contexto. Parece-nos, pois, que não se pode privar um cidadão de *trazer consigo*, onde bem entenda, em outra ilustração, uma faca de caça (mais vulnerante que um punhal) ou um simples martelo, pretendendo puni-lo por *contravenção penal* e dando margem a uma infinita e discutível argumentação de que tal medida seria instrumento e contenção de violência. Pior: a aplicação da contravenção penal de porte de arma branca ficaria dependente da análise da *vontade* do agente (...). Voltemos os olhos ao jovem, que pretende entrar em uma danceteria trazendo consigo um *soco inglês* (...). Não é necessário prendê-lo por porte ilegal de arma, mas apenas impedir seu ingresso, pois o objeto é inadequado ao local. O bom senso prevalece e não nos valem os conflitos do Direito Penal para conflitos dessa natureza.

Já ensinava José Frederico Marques¹² que a *garantia constitucional do nullum crimen nulla poena sine lege* cria uma limitação, pois que ninguém pode ser punido senão por normal penal expressa em lei “em sentido estrito” (...). Não há um direito penal regulamentar que possa conter normas incriminadoras. Só a lei em sentido formal pode descrever infrações e cominar penas e medidas de segurança.

Adiante, tratando da lei em sentido formal, o mesmo autor esclarece que entre nós, a (...) iniciativa das leis sobre Direito Penal cabe ao Presidente da República e a qualquer membro ou comissão da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (art. 61).¹³ (...) Logo, lei formal, no Direito Brasileiro, é a aprovada pelo Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República (...). Sem estes requisitos formais, não há lei como fonte formal de normais penais incriminadoras (...) nem mesmo as normas permissivas ou finais, de Direito Penal, podem emanar de quaisquer dos poderes da soberania nacional, que não o Legislativo...

Por fim, quanto aos regulamentos, José Frederico Marques diz que não pode o Executivo, no exercer suas funções regulamentares, alterar os limites entre o lícito e o punível traçados na lei regulamentada (...) a alusão (...) aos regulamentos como fonte de direito penal, só é aceitável se circunscrita à esfera de integração das leis em branco.

E em sendo o artigo 19 da Lei das Contravenções Penais uma norma dependente de complementação, não se pode buscar num (questionável) Decreto do Estado de São Paulo¹⁴ sua integração, sem ferir de morte o princípio da legalidade (!!!).

Ressaltando a função garantidora do tipo, José Cirilo de Vargas¹⁵ diz da necessidade do legislador, ao definir o crime, ser o mais objetivo possível. Ressalta, todavia que em muitos casos o legislador não pode prescindir dos elementos normativos. E, em fazendo uso estes, não o deve ser de maneira excessiva, **sob pena de enfraquecer a garantia do nullum crimen sine lege.**

Parece que é o que está se passando no Estado do Paraná. Frente a um tipo penal carente de complementação, o julgador passa a fazer uso de um diploma legal (Decreto 6911, de 1935), por verdadeira analogia (porque sem origem legítima, de vigência questionável e constitucionalidade, igualmente) – o que é vedado no Direito Penal –, para continuar punindo a conduta de *trazer consigo fora de casa arma imprópria*.

Em sentido oposto, a Turma Recursal Criminal do Rio Grande do Sul tem reconhecido a atipicidade desta conduta.

PORTE DE ARMA BRANCA. ARTIGO 19 DA LEI DAS CONTRAVENTÕES PENAIS.
DECISÃO QUE EXTINGUIU A PUNIBILIDADE. INCONFORMIDADE MINISTERIAL.

Inexistindo disciplina legal regulamentando o uso de arma branca, faca, a conduta de portá-la simplesmente não pode ser considerada típica.

Para tanto, não basta a potencialidade lesiva do instrumento, mas também a ausência de licença da autoridade competente.

NEGARAM PROVIMENTO.

RECURSO CRIME - TURMA RECURSAL CRIMINAL Nº 71001203165 COMARCA DE BAGÉ - MINISTÉRIO PÚBLICO: RECORRENTE - DAGMAR GONCALVES MOURA: RECORRIDO

ACÓRDÃO - Vistos, relatados e discutidos os autos. Acordam os Juízes de Direito integrantes da Turma Recursal Criminal dos Juizados Especiais Criminais do Estado do Rio Grande do Sul, à unanimidade, em negar provimento à apelação.

Participaram do julgamento, além do signatário, as eminentes Senhoras DR.^a NARA LEONOR CASTRO GARCIA (PRESIDENTE E REVISORA) E DR.^a ÂNGELA MARIA SILVEIRA.

Porto Alegre, 16 de abril de 2007.

ALBERTO DELGADO NETO, Relator.

RELATÓRIO

Dispensado, de acordo com o artigo 81, §3º, da lei 9.099/95.

VOTOS

ALBERTO DELGADO NETO (RELATOR): Trata-se de recurso de apelação (fls. 12/20) do Ministério Público contra decisão (fl. 11) que extinguiu a punibilidade do autor do fato em razão da atipicidade do delito de porte ilegal de arma branca (artigo 19 do Decreto-lei nº 3.688/41).

Em contra-razões a defesa opinou pelo não provimento do recurso (fls. 22/23). O Ministério Público, nesta sede, opinou pelo conhecimento e provimento do recurso (fls. 27/28).

A apelação é tempestiva, pois interposta no decêndio previsto no artigo 82 § 1º da Lei 9099/95.

¹² MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Penal*. V. 1., Campinas : Bookseller, 1997, p. 178/179.

¹³ Neste passo, os atualizadores da obra fazem referência à CF/88 conferindo legitimidade ao STF, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, nos casos expressos, para iniciativa das leis.

¹⁴ Note-se que o próprio Tribunal de São Paulo reconheceu como inconstitucional o mencionado Decreto, conforme consta do corpo do acórdão STJ no Resp 549.056 – SP. A propósito o grifo foi nosso.

¹⁵ VARGAS, José Cirilo de. *Do tipo penal*. Belo Horizonte : Mandamentos, 2000, p. 47.

As Leis números 9.437/97 e 10.826/03 não vieram para descriminalizar o porte de arma branca, apenas elevaram o “porte ilegal de arma de fogo”, antes tipificado como contravenção penal, à categoria de crime.

Relativamente à apreensão de uma faca, a discussão é saber se o instrumento tem potencialidade lesiva, ou seja, se é considerado arma branca dentro do contexto ao qual foi apreendida.

Ao contrário do que ocorre em relação às armas de fogo, inexistente regulamentação de licença para porte ou uso de armas brancas, assim entendidas as facas, os punhais, os canivetes, as adagas, dentre outros. Ausente lei regulamentando as condições em que o uso de arma branca pode ser admitido, resta impossibilitado o pedido de autorização para seu porte e, com isso, a fiscalização do uso, não configurando em tese o porte de arma branca a contravenção prevista no artigo 19, da Lei das Contravenções Penais.

Por tal motivo, portar uma faca não é uma conduta passível de ser enquadrada no artigo 19, da Lei das Contravenções Penais, tratando-se de fato atípico. Somente o poderia se o valor resguardado pela regra do artigo 19 da Lei das Contravenções Penais estivesse ameaçado pelo contexto fático apresentado. Jamais por presunção conforme pretende a acusação

Inclusive no sentido da atipicidade tem decidido a jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado:

(...)

“APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA BRANCA (ART. 19, CAPUT, DO DECRETO-LEI N.º 3.688/41).

Tipo contravencional que carece de regulamentação sobre as condições em que o porte de arma branca seria admitido e/ou inadmitido. Norma penal em branco não complementada. Absolvição que se impunha, com força no princípio da legalidade (art. 386, inc. III, do C.P.P.). Sentença mantida por seus próprios fundamentos. APELO IMPROVIDO.” (Apelação Crime n.º 70009858002, 6ª Câmara Criminal, TJRS, Rel. Aymoré Roque Pottes de Mello, julgado em 24.08.2005).

(...)

Entender-se de forma diferente levaria à conclusão de que toda pessoa que adquirisse facas em mercados presumidamente estaria infringindo a norma penal somente ao se encaminhar para sua residência com referida aquisição.

(...)DR.ª NARA LEONOR CASTRO GARCIA (PRESIDENTE E REVISORA) - De acordo. DR.ª ÂNGELA MARIA SILVEIRA - De acordo.

DR.ª NARA LEONOR CASTRO GARCIA - Presidente - Recurso Crime n.º 71001203165, Comarca de Bagé: “À UNANIMIDADE NEGARAM PROVIMENTO À APELAÇÃO.” Juízo de Origem: 1. VARA CRIMINAL BAGE - Comarca de Bagé¹⁶

Concluindo: (a) com a edição da Lei 9.437/97, sem regulamentação específica para o porte de armas impróprias, o artigo 19 da Lei das Contravenções Penais foi revogado; (b) admitir a condenação pelo porte de arma branca, como vem ocorrendo no Estado do Paraná e, quiçá em outros Estados da Federação, viola o princípio da legalidade; (c) identificados processos ou procedimentos nos Juizados Especiais Criminais (ou na Justiça Comum, nos casos do artigo 66, parágrafo único da Lei 9.099/95) em trâmite pela prática, em tese, da contravenção do artigo 19 do DL 3644/41, que tenham por objeto faca, canivetes, facões ou outros instrumentos desprovidos de regulamentação legal para o porte, é de se pedir a extinção, por atipicidade da conduta.

Em que pese a reconhecida danosidade social a conduta – e mesmo a efetividade da ação policial, em certos casos, quando da apreensão destes objetos, impedindo a prática iminente de outros delitos – por si só, *trazer consigo fora de casa* faca, facões, canivetes, soco inglês é penalmente irrelevante. Passarão a interessar ao Direito Penal, sem dúvida, se usados como instrumentos para a prática de outros crimes.

¹⁶ Disponível no site www.tj-rs.gov.br, consultado em 16.05.2007, sem grifos no original.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROPOR A TRANSAÇÃO PENAL E A SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO AO QUERELADO, FACE À OMISSÃO OU A RECUSA DESMOTIVADA DO QUERELANTE.

Andréa Simone Frias

Promotora de Justiça/PR

I – Resumo:

O presente trabalho busca fazer uma reflexão da situação vivenciada na atuação do Ministério Público, enquanto “*custus legis*”, junto ao Juizado Especial Criminal de Cascavel, nos casos de ação penal privada, onde uma vez superada a fase conciliatória, e tendo sido oferecida a queixa-crime, preenchendo o querelado os requisitos dos artigos 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95, se este possui direito à que seja-lhe feita, alternativamente, as propostas de Transação Penal e de Suspensão Condicional do Processo.

Uma vez superada esta questão, e admitindo a aplicação dos referidos institutos despenalizadores na ação penal privada, passaremos, então, a analisar a possibilidade do *parquet*, atuando como *custus legis*, suprir eventual omissão do querelante quando este deixar deliberadamente de fazer, ou sem qualquer justificativa negar-se, em oferecer as propostas de Transação Penal ou de Suspensão Condicional do Processo. Pois, nesta hipótese de um lado, não há como se aplicar a regra do artigo 28 do CPP, e de outro, tem-se que o processo penal não pode ser instrumento do querelante para fazer da ação penal sua “vingança privada”.

Neste contexto, passaremos, então, a analisar a legitimação do Ministério Público, enquanto fiscal da lei, em propor ao querelado, que preencha os requisitos subjetivos e objetivos, os institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, face à omissão ou a negativa desmotivada do querelante em o fazê-lo.

II – Imperativo constitucional da criação dos Juizados Especiais Criminais e da Transação Penal

A Constituição Federal de 1988, no seu artigo 98, inciso I, impôs aos entes federativos a criação dos Juizados Especiais Criminais, e delegou ao legislador infraconstitucional o dever de instituir no âmbito dos Juizados Especiais Criminais a Transação Penal.

Atendendo ao aludido comando constitucional, surgiu então a Lei nº. 9.099/95 (que posteriormente, foi alterada pela lei nº. 11.343/06), a qual dentre outras importantes inovações definiu a competência dos Juizados Especiais Criminais, e instituiu os institutos despenalizadores da composição civil extintiva da punibilidade, da transação penal e da suspensão condicional do processo, determinando prazo de 06 (seis) meses, no seu artigo 95 das Disposições Finais Comuns, para a criação dos aludidos juizados no âmbito dos entes federativos.

Ocorre que, é oportuno ressaltar que os artigos 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95, ao disporem sobre os institutos da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo, fizeram referências expressas ao tipo de ação penal, como se vê no artigo 76 que menciona “*havendo representação ou tratando-se de ação penal pública incondicionada*”, e no artigo 89 “*o Ministério Público ao oferecer denúncia*”, referindo-se, assim, à ação penal pública condicional à representação e à ação penal pública incondicionada.

Entretanto, temos que estas supostas restrições ao âmbito de incidência dos institutos despenalizadores as ações penais privadas, não são oriundas do comando constitucional originário, vez que o artigo 98, inciso I, da Constituição Federal não trouxe qualquer ressalva à transação penal vinculada ao tipo de ação penal.

De fato, temos que o legislador infraconstitucional não restringiu o âmbito de incidência destes institutos despenalizadores às ações públicas, eis que não obstante as referidas expressões somente fazerem menção a este tipo de ação, não está vedada a sua aplicação também às ações penais privadas, senão vejamos:

Segundo os princípios gerais que regem a ação privada, não há que se falar em qualquer vício de inconstitucionalidade

da Lei 9.099/95, ao fazer referência expressa somente à penal pública, pois conforme será tratado adiante, entendemos que a norma somente especificou a incidência da transação penal e da suspensão processual nos crimes de ação penal pública incondicionada e condicionada à representação (após, suprida a condição de procedibilidade), vez que é nestes tipos de ações penais que vigoram os princípios da obrigatoriedade e da disponibilidade.

III – Da disponibilidade da ação penal privada e da obrigatoriedade ação penal pública

Ponto incontroverso, mas oportuno de se trazer à baila, é que na ação penal privada vigoram os princípios da oportunidade e da disponibilidade da ação penal, tanto que outro não é o fundamento para o Estado conceder ao particular a titularidade de ditas ações penais, vez que em hipóteses específicas entende que o “*streptus iudicii*” pode trazer maior constrangimento à vítima do que a própria prática do delito e, assim, coloca ao crivo desta o interesse em processar criminalmente, ou mesmo, de se prosseguir com o processo já instaurado.

Diametralmente oposta, é a hipótese da ação penal pública, seja ela incondicionada ou condicionada, uma vez suprida a condição de procedibilidade exigida pela lei penal, onde vigoram os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, eis que presentes os indícios de autoria e materialidade delitiva o órgão oficial deve ingressar com a ação penal, e dela não poderá desistir.

O ponto nevrálgico do tema é justamente este, para nós a lei dos juizados especiais criminais somente fez menção à ação penal pública (condicionada e incondicionada) em razão aos aludidos princípios que foram mitigados pelo comando constitucional, que autorizou a criação do juizado especial criminal e da transação penal, não fosse assim, certamente, se se questionaria a legalidade da referida norma face à ofensa aos aludidos princípios.

IV – Da aplicabilidade do disposto nos artigos 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95 ao querelante

De fato, interpretando as normas contidas nos artigos 76 e 89 da Lei nº. 9.099/95, à luz dos princípios que regem ação penal privada e a ação penal pública, concluímos que não obstante os referidos dispositivos legais fazerem menção expressa somente à possibilidade de se aplicar os institutos despenalizadores da Transação Penal e da Suspensão Condicional do Processo nas ações penais públicas, não há qualquer impeditivo legal de se aplicar a analogia, para se estender também às ações penais privadas, vez que no caso a analogia aplicada será *in bonam partem*, pois ainda que se faça a proposta de qualquer dos institutos, este somente será concedido ao acusado que, devidamente assistido por advogado, expresse a sua aceitação.

Também, a corroborar o posicionamento supra, trazemos o importante argumento de que não se pode conceber que o legislador teria, então, com a entrada em vigor da Lei nº. 9.099/95, excepcionado os princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal, que vigoram na ação penal pública (condicionada ou incondicionada) permitido, assim, que o agente de seu órgão oficial (Promotor de Justiça) transija em matéria de direito penal, mas que teria vedado ao acusador privado em assim proceder.

Ora, tal situação também encontra óbice em outro princípio constitucional, qual seja o da proporcionalidade, eis aquele que pode o mais, ou seja, abster-se da propositura da ação penal ou mesmo desistir daquela já proposta, também pode o menos. Não sendo este o entendimento, efetivamente, estar-se-ia possibilitando ao querelante fazer da ação penal privada instrumento de sua vingança pessoal.

Assim, a doutrina e jurisprudência atual vêm firmando o posicionamento, no sentido da possibilidade da concessão dos institutos despenalizadores instituídos pela Lei nº. 9.099/95 nas ações penais privadas, entretanto, nestas hipóteses tem-se que a proposta deverá ser formulada pelo titular da ação penal, ou seja, pelo querelante.

Neste sentido, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça e a Turma Recursal de Curitiba:

Verbete: *HABEAS CORPUS - CONCESSÃO - CRIME de CONCORRÊNCIA DESLEAL - AÇÃO PENAL PRIVADA - TRANSAÇÃO PENAL - Cabimento - LEI 9099/95, art. 76 - Aplicabilidade*

Tribunal: STJ

Órgão Julgador: 6a. T.

Relator: Hamilton Carvalhido

Habeas corpus. Lei 9.279/96. Crime de concorrência desleal. Ação penal privada. Transação penal. Cabimento. Ordem concedida. 1. Enquanto resposta penal, a transação penal disciplinada no artigo 76 da Lei 9.099/95 não encontra óbice de incidência no artigo 61 do mesmo Diploma, devendo, como de fato deve, aplicar-se aos crimes apurados mediante procedimento especial, e ainda que mediante ação penal exclusivamente privada (Precedente da Corte). 2. Ordem concedida para assegurar a aplicação da transação penal no processo em que se apura crime de concorrência desleal. (STJ - Habeas Corpus n. 1760I - São Paulo - Ac. 0089285-5/2001 - unân. - 6a. T. - Rel: Min. Hamilton Carvalhido - j. em 07.08.2001 - Fonte: DJU I, 19.12.2002, pág. 433).¹

¹ In BONIJURIS Jurisprudência - Cd-Rom - 57755

Recurso	2006.000.7979-7 - Recurso de Apelação
Ação Originária	2006.24
Comarca de Origem	Clevelândia - JECri
Juiz Relator	LUIZ FERNANDO TOMASI KEPPEM
Livro	420, folha 161 a 164
Data do Julgamento	02/03/2007
Número do Acórdão	19969

EMENTA: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. DIFAMAÇÃO E INJÚRIA. ART. 139 E 140 DO CÓDIGO PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. APLICAÇÃO DO ART. 76 DA LEI 9099/95. **TRANSAÇÃO PENAL**. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA IN BONAM PARTEM. POSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. DECISÃO: Acordam os Juizes integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, no mérito, negar-lhe provimento, nos termos do voto do relator.

Recurso	2005.0006435-1 - Recurso de Apelação
Ação Originária	2005.11098
Comarca de Origem	Cascavel - JECri
Juiz Relator	VITOR ROBERTO SILVA
Livro	177, folha 69 a 77
Data do Julgamento	03/02/2006
Número do Acórdão	10429

EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL PRIVADA. **TRANSAÇÃO**. POSSIBILIDADE. LEGITIMIDADE. 1. É Possível a **transação penal** nas ações penais de iniciativa **privada**. 2. Nesses casos, é do querelante a legitimidade para propor o benefício. Apelo conhecido e provido. Decisão: Acordam os integrantes da Turma Recursal Única dos Juizados Especiais do Estado do Paraná, por unanimidade, em conhecer e dar provimento ao recurso, nos termos do voto do relator.

V – Da possibilidade do Ministério Público propor a Transação Penal ou a Suspensão Condicional do Processo em favor do querelante, face à inércia ou a omissão do querelante.

Tendo-se como premissa a possibilidade da concessão da transação penal e da suspensão condicional do processo pelo querelante, outra questão importante a se enfrentar é qual mecanismo de controle a se aplicar, no caso deste quedar-se inerte, haja vista que diferentemente do que ocorre com a inércia do *parquet*, não haverá nesta hipótese como falar-se da aplicação analógica do artigo 28, como já sedimentado pela jurisprudência² no caso de inércia do Ministério Público?

Não olvidamos do entendimento majoritário da E. Turma Recursal Única de Curitiba e do próprio Superior Tribunal de Justiça, ambos supra citados, no sentido de que uma vez admitida a hipótese da formulação de proposta transação penal ou de suspensão processual nas ações penais privadas, deverá ser esta de iniciativa do titular da ação penal, no caso o querelante, e não do Ministério Público o qual possui atribuição de *custus legis*.

A questão que se coloca, é o que se fazer face à negativa do querelante em fazer referidas propostas, em especial, quando esta abstenção estiver destituída de qualquer fundamentação?

De fato, muito embora seja pacífico o entendimento que os referidos institutos despenalizadores não se

² Verbete: SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO - LEI 9099/95, art. 89 - MINISTÉRIO PÚBLICO - Falta de proposta - ART. 28/CPP - ANALOGIA - JUIZ - CONCESSÃO de OFÍCIO - Impossibilidade
Tribunal: STJ
Órgão Julgador: 6a. T.
Relator: Fernando Gonçalves

Processual penal. Suspensão condicional do processo (art. 89 da lei nº 9.099/95). Recusa do *parquet*. Aplicação analógica do art. 28, do cpp. 1 - A Terceira Seção desta Corte tem pacificado entendimento no sentido de que, à falta de proposta de suspensão condicional do processo, por parte do Ministério Público, deve o magistrado aplicar, de forma analógica, o art. 28, do CPP, não podendo, de ofício, deferir a medida (EREsp nº 185.187/SP, DJU de 22/11/99). 2 - Recurso especial conhecido e provido. (STJ - Rec. Especial n. 434532 - Minas Gerais - Ac. 0054435-5/2002 - maioria - 6a. T. - Rel: Min. Fernando Gonçalves - j. em 20.03.2003 - Fonte: DJU I, 14.04.2003, pág. 256).

tratem de direito subjetivo do acusado, por outro lado também não se pode conferir a qualquer ente público poderes ilimitados de decidir desta ou daquela maneira, sem ao menos justificar seu posicionamento, pois não se trata no caso de ter se dado uma “carta branca” ao *parquet* para decidir somente com amparo na sua íntima convicção, havendo, assim, posicionamento firme no sentido de o Ministério Público não está obrigado a fazer a proposta, mas se não o fizer, como qualquer agente público, deverá justificar as razões pelas quais entende não fazer o acusado *jus* ao referido benefício, e neste caso, sequer, irá se aplicar o disposto no artigo 28 do CPP.

Assim, após muito se discutir sobre o tema, atualmente, tem-se como sedimentado, no que se refere à ausência de formulação da aludida proposta pelo *parquet*, é de se aplicar analogicamente o disposto no artigo 28 do CPP, com a remessa dos autos ao Procurador Geral de Justiça que terá a última palavra acerca do oferecimento ou não da proposta de suspensão processual (ou transação penal), neste sentido:

*Converte a doutrina sobre a possibilidade de aplicação analógica do art. 28 desse Código nos casos em que o Ministério Público se recusar a apresentar proposta de transação*³.

Verbete: ENUNCIADO JURÍDICO 4/JUIZES E PROMOTORES-RJ - TRANSAÇÃO PENAL - MINISTÉRIO PÚBLICO - Inércia - ART. 28/CPP

Tribunal:

Órgão Julgador:

Relator:

*A transação penal é atribuição exclusiva do Ministério Público, como titular da ação penal. Ante a inércia do Ministério Público na formulação da proposta, cabe ao juiz aplicar analogicamente o art. 28 do Código de Processo Penal. (maioria)*⁴.

Ocorre que, colocada a questão sob o enfoque da ação penal privada, não se encontrou uma só linha escrita acerca de qual providência deve-se adotar no caso da recusa das referidas propostas por parte do querente, seja pela própria recusa peremptória em fazê-lo, alegando ser do seu interesse que o querelado seja submetido a julgamento, seja por mero “capricho”, na hipótese da inexistência de qualquer justificativa para a referida recusa.

Neste caso, entendemos que a resposta ao questionamento supra, encontra guarida num princípio basilar do direito penal de um Estado Democrático de Direito, ou seja, a vedação do exercício de qualquer espécie de vingança privada (eis que inexistente dispositivo legal aplicável à espécie), senão vejamos:

No caso do Ministério Público, onde a ação penal é regida pelos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade, tem-se como premissa, que efetivamente deve manifestar-se acerca dos referidos institutos despenalizadores, sob pena de controle pelo PGJ. Assim, não se concebe que na ação penal privada, não se tenha um mecanismo simétrico, pois, neste caso é cediço que outra coisa não estará se fazendo, senão a legitimação da vingança privada do querelante em face do querelado na ação penal privada.

Desta forma, em tendo se posicionado a doutrina e a jurisprudência no sentido de se fixar um mecanismo de controle para o órgão oficial, submetendo a sua inércia ou abstenção desmotivada ao crivo do Procurador-Geral de Justiça, no caso é de se fazer uso, sob os mesmos argumentos, mais uma vez da analogia *in bonam partem*, conferindo, no caso da recusa desmotivada pelo querelante, que as referidas propostas sejam feitas pelo órgão que atua no feito, efetivamente, na qualidade de fiscal da lei, ou seja, pelo Ministério Público.

VI – Conclusão

1. Os institutos despenalizadores da transação penal e da suspensão condicional do processo são cabíveis na ação penal privada, conforme precedentes do STJ e da Turma Recursal Única de Curitiba/PR.
2. É preciso adotar um mecanismo de controle, na hipótese do querelante se abster ou negar-se desmotivadamente em oferecer as propostas de transação penal ou de suspensão condicional do processo, preenchendo o querelado os requisitos objetivos e subjetivos para a sua concessão, tal como se aplica a regra do artigo 28 do CPP nas ações penais públicas.
3. Assim, para não se fazer da ação penal privada mecanismo de vingança do querelante, preenchendo o querelado os requisitos objetivos e subjetivos para a concessão da transação penal ou da suspensão condicional do processo, negando-se o querelante em formular as referidas propostas, cabe ao Ministério Público, que atua na ação penal privada como fiscal da lei, manifestar-se, quer seja formulando as respectivas propostas, quer seja justificando fundamentadamente os motivos impeditivos para a concessão do benefício.

³ ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Legislação Penal Especial. 2ª. ed. São Paulo, Saraiva, 2006, p. 431.

⁴ In BONIJURIS Jurisprudência - Cd-Rom - 37755

DELAÇÃO PREMIADA E CRIME ORGANIZADO

Paulo Roberto Barreto de Almeida

Promotor de Justiça/CE

Síntese dogmática

A delação premiada é instrumento ético e necessário ao combate às organizações criminosas. A uniformização do instituto e seu procedimento em um único diploma legal, aperfeiçoando-se o modo de triangulação entre delatores, órgãos policiais, Ministério Público e Magistratura, e adotando-se claros critérios objetivos e subjetivos, com o aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção e segurança do delator, maximizaria sua eficácia no Brasil, suprimindo a lacunosidade e desarmonia das leis esparsas atualmente em vigor, além de garantir a credibilidade do instituto.

1. Introdução

Um dos institutos mais polêmicos do direito penal brasileiro é a delação premiada. Adotada inicialmente pela Lei 8.072/90, sob influência das legislações italiana (*pentitismo*) e americana (*plea bargaining*), a delação é alvo de severas críticas de seus opositores, que acusam-na, dentre outras, de revelar a ineficácia da máquina investigativa estatal, além de estimular uma perigosa parceria com a criminalidade, premiando o delinqüente que trair seus comparsas.

A resistência sofrida não impediu que a “colaboração espontânea” fosse reproduzida em diversos diplomas legais, jamais tendo sua constitucionalidade questionada nos Pretórios Superiores.

A presente monografia radiografa a evolução da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, debruçando-se sobre as peculiaridades dos prêmios concedidos por cada lei, com seus requisitos objetivos e subjetivos. Também são estudados a formalização da delação, realçando-se ser o instituto um meio de prova anômalo, reconhecido pelos Tribunais Superiores, desde que contextualmente harmônico com as demais provas coletadas.

As críticas à delação são em seguida minudenciadas e objetadas, traçando-se um paralelo entre a moderna criminalidade e os novos mecanismos de freio encontrados pelo direito penal, visando maximizar o combate aos delitos transnacionais cometidos por organizações criminosas.

2. Fatores fático-ideológicos do nascimento da delação no Direito Comparado.

Bandos ou quadrilhas são quase tão antigos quanto a própria vida em sociedade. Mas nos primórdios da humanidade, a delinqüência não era tão refinada quanto nos dias atuais, nem planejava tão metodicamente a distribuição de funções e modo de atuação em grupo. O seu grau de complexidade operacional aumentou sensivelmente após a Revolução Industrial, atingindo no século XXI níveis antes inimagináveis, tendo as organizações criminosas absorvido toda a tecnologia e métodos empresariais disponíveis. E quanto maior a estrutura organizacional, maior a sofisticação de seus métodos de burlar a lei. Maior se tornou a sua capacidade de obter riquezas ilícitamente, lavar o dinheiro sujo captado, se infiltrar no Estado, angariar poder e dominar a coletividade.

A maioria dos países presenciaram e foram vítimas do irrefreável surgimento de uma nova ordem criminosa, sem as amarras burocráticas do Estado, e que davam as costas às legislações obsoletas e às tradicionais doutrinas penais. Listemos, dentre outras, as organizações da Mafiya ou Organizacija (Rússia); Tráfede Chinesa (Hong Kong, Taiwan e Pequim); Yakuza (Japão); Narcocartéis (Colômbia); Cosa Nostra (Sicília); Camorra (Nápoli); ‘Ndrangheta (Calábria); Máfia Americana ou US.Máfia (Estados Unidos); Máfias polonesas (Puzkow, Ozarow e Wolominde), mexicana, nigeriana e venezuelana; Comando Vermelho (Rio de Janeiro); Bicheiros ou Zoodroga (São Paulo e Rio). Sem contar com o recente recrudescimento do PCC, com tentáculos em todo o Brasil.

Face ao quadro caótico que se vislumbrava, que numa visão macro punha em risco a própria ordem pública mundial, e diante da hipossuficiência dos métodos tradicionais de persecução criminal para a elucidação dos crimes e busca da verdade real, no final do século passado foram concebidas cientificamente tentativas de estimular a

cooperação dos próprios criminosos em delatar seus companheiros e líderes, beneficiando-os com a isenção de penas ou sua drástica redução.

O núcleo desses institutos era a exploração da infidelidade criminosa, com a quebra da *affectio societatis*. O “peixe pequeno” delatava o “tubarão” e escapava das redes do “pescador”. Tão eficiente se revelou esse método, que as máfias não titubeavam em ceifar a vida de quem ao menos suspeitassem que tivesse sido cooptado por agentes estatais.

Diversos países, cada qual a seu modo, tentaram criar um mecanismo que quebrasse a solidariedade delituosa, premiando os desertores que colaborassem com a Justiça. Forjaram, assim, a delação premiada. Embora somente recentemente tenha o Brasil despertado para este fenômeno, em diversos ordenamentos estrangeiros há muito esta técnica está plenamente consolidada. Cite-se, v.g., a *Operazione Mani Pulite* (operação mãos limpas), na Itália, criada para prevenir e reprimir delitos contra a segurança interior do Estado, tais como seqüestro por motivo de terrorismo ou subversão, e crimes contra a liberdade individual, além do narcotráfico. Ainda, registre-se a Espanha, (*testigo de La Corona*) a Alemanha e os Estados Unidos da América (*plea bargaining*). Interessante ressaltar, desde logo, a flagrante dissonância entre a prática americana e brasileira na elaboração da delação. Nos EUA, o Promotor goza de muito mais autonomia na formatação do acordo, gerando a confiança necessária à celebração do pacto. No Brasil, entretanto, para fins de evitar abusos e a banalização do instituto, preferiu-se submeter o acordo ao crivo do judiciário, que muitas vezes o chancela somente no momento de sentenciar o processo. Entretanto, ressalve-se que eventual não-reconhecimento da delação e a não concessão do prêmio prometido pelo delegado ou MP compromete a credibilidade dos acordos celebrados pelas respectivas instituições, minando a eficácia do instituto.

3. A delação premiada no Brasil

3.1. Conceito

Fernando Capez (*Curso de processo penal*. 9. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003, p.298) sucinta e diretamente conceitua a delação premiada como sendo “a afirmativa feita por um acusado, ao ser interrogado em juízo ou ouvido na polícia. Além de confessar a autoria de um fato delituoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como comparsa”. Observe-se que a expressão nem sempre denota o conteúdo das informações, já que nem toda delação trata efetivamente de uma incriminação de terceiro, pois há situações, como na Lei da Lavagem de Capitais (Lei n.9.613/98), nas quais se conferem prêmios a criminosos, ainda que não tenham delatado terceiros, mas conduzam a investigação à localização de bens, direitos ou valores objetos do crime.

Não basta acusar um terceiro. Neste caso, haverá simples testemunho. Também não se enquadra no conceito a confissão simples, com a mera admissão da autoria. A delação ocorrerá quando além da confissão *strictu sensu*, o autor apontar seu comparsa.

Frise-se que o prêmio decorrente da delação não se comunica aos demais co-réus, pois “a minorante da denominada **delação premiada**, por ser circunstância, e não elementar, é incomunicável e incabível a sua aplicação automática, por extensão, no caso de concurso de pessoas” (STJ, REsp 418341). O STF também já decidiu que “descabe estender ao co-réu delatado o benefício do afastamento da pena, auferido em virtude da delação viabilizadora de sua responsabilidade penal” (HC 85176).

3.2. Diplomas legais

3.2.1. A Lei 8.072/90

A Lei 8.072, de 25 de julho de 1990, foi pioneira ao acrescentar um parágrafo 4º ao art.159 do CP (extorsão mediante seqüestro), dispondo que “se o crime é cometido por quadrilha ou bando, o co-autor que denunciá-lo à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”. Posteriormente, a Lei 9.269/96 alterou esta redação, exigindo apenas que o crime tenha sido cometido em concurso. Frise-se que o STJ, no HC 50.319 (5ª T, Rel Min. Felix Fischer, DJ 01.08.2006 p. 476), reiterou que “para a aplicação da benesse prevista no art. 159, § 4º, do Código Penal, deve-se preencher os requisitos nela constantes”. É preciso, portanto, que o magistrado certifique-se de que a liberação da vítima está diretamente relacionada às informações prestadas pelo delator, e não que seja decorrente de eventual pagamento do resgate pelos familiares da vítima.

A Lei 8.072/90 também garantiu tal minorante, em seu artigo 8º, parágrafo único, ao participante ou associado que denunciar seu bando ou quadrilha à Justiça, possibilitando seu desmantelamento.

Parte da doutrina estende o benefício a qualquer participante ou associado, independentemente de quais crimes fossem praticados pela quadrilha, hediondos ou não. Ainda que se entenda que a lei restringia-se à quadrilha que praticasse crimes hediondos ou equiparados, atualmente a discussão perdeu relevância, pois a Lei 9.034/95 (adiante abordada), que trata genericamente das organizações criminosas (sem tipificar condutas ou definir o que sejam tais organizações), também prevê esta minorante ao delator cuja colaboração “levar ao esclarecimento de

infrações penais e sua autoria". Observe-se, entretanto, que a redação do art.8º, parágrafo único, da Lei 8.072/90, não exige o "desmantelamento" da quadrilha. No HC 41.758, a 6ª turma do STJ reiterou que "a redução de pena prevista para os casos de delação de co-réu (artigo 8º, parágrafo único, da Lei nº 8.072/90), requisita a existência e o desmantelamento de quadrilha ou bando." (Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, DJ 05.02.2007 p. 386). O termo "desmantelamento" revela que os integrantes da quadrilha devem ficar impossibilitados de se reunir para praticar novos delitos. Mas esta impossibilidade deve ser interpretada como mera improbabilidade, diante do contexto do caso concreto. Ora, seria impossível comprovar fato futuro (eventual reunião dos delinquentes), e exigir tal circunstância sem razoabilidade seria inviabilizar a concessão do benefício.

Abra-se um parêntesis para frisar que a jurisprudência do STJ é firme em exigir que haja uma união estável entre os delinquentes, pois a mera associação passageira para cometer um delito não caracteriza o crime de bando ou quadrilha, impossibilitando a concessão do benefício.

Porém, a julgar pela redação da lei, que nitidamente diferencia participante de associado, é possível que alguém que não integrava a quadrilha possa se beneficiar da delação. Ora, se o participante não será condenado pelo art.288 (bando ou quadrilha) do CP, por não integrar a quadrilha, conclui-se que a redução incide sobre o crime de que eventualmente participou juntamente com aquele bando. E pela lógica do sistema, também o quadrilheiro teria as penas de todos os crimes minoradas: tanto o de quadrilha quanto o(s) do(s) crime(s) praticado(s) pela quadrilha.

3.2.2. Lei nº 9.034/95

Cinco anos após a expedição da Lei 8.072/90, e a despeito das críticas sofridas pela delação, a Lei n.9.034, de 03 de maio de 1995, que trata dos meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, dispôs em seu art.6º que "nos crimes praticados em organização criminosa, a pena será reduzida de um a dois terços, quando a colaboração espontânea do agente levar ao esclarecimento de infrações penais e sua autoria".

Por primeiro, ressalte-se que esta lei não conceituou o que seja "organização criminosa", nem criou um tipo penal respectivo. Assim sendo, ainda que se presuma que a intenção do legislador foi criar uma categoria jurídica especial, aplicar-se-ia o benefício temporariamente ao crime de quadrilha ou bando (art.288, CP), até que seja suprida a omissão legislativa.

Paulo Quezado (QUEZADO, Paulo. *Delação Premiada*. Fortaleza: Book Editora, 2005, p.9) observa que a redação da lei não beneficiaria o delator pelos novos dados que trouxer acerca dos crimes pelos quais já esteja sendo investigado e processado, mas sim, estimularia e premiaria o delator a declinar outros crimes de que tenha conhecimento, tenha ou não dele participado, desde que tenham sido também praticados por organização criminosa qualquer, seja ou não dela integrante. Ora, tal raciocínio, ainda que calcado na péssima redação legislativa, foge à lógica jurídica e contrasta com o princípio *favorabilia amplianda, odiosa restringenda*. Por que não premiar o delator que esclarecer os próprios crimes (ainda que por um deles já estiver sendo investigado ou processado), cometidos naquela organização criminosa? Além disso, tal conclusão é incompatível com uma análise sistemática da delação no ordenamento jurídico, consoante ensinamento de Damásio de Jesus (JESUS, Damásio Evangelista de. *Estágio atual da "delação premiada" no Direito Penal brasileiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 854, 4 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7551>>. Acesso em: 22 mar. 2007), ao tratar de traição de concorrentes por crimes diversos.

3.2.3. Lei n.9.080/95

A Lei 9.080, de 20 de julho de 1995, acrescentou um parágrafo 2º ao art.25 da Lei n.7.492/86 (Lei dos Crimes de Colarinho Branco), e um parágrafo único ao art.16 da Lei nº 8.137/90 (define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo), ambos com idêntica redação ao tratar da delação.

A lei andou bem ao estender o benefício a co-autores não necessariamente integrantes de quadrilha, bando ou organizações criminosas. Porém, no restante a técnica legislativa é sofrível, pois a expressão "revelar toda a trama delituosa" é de indisfarçável dubiedade e imprecisão, características incompatíveis com o ordenamento-jurídico penal. Seria suficiente delatar os co-autores? Ou seria essencial também ressarcir os cofres públicos ou a coletividade? Deixar a cargo da jurisprudência a exata descrição do conteúdo da expressão é temerário nesta seara, ainda que se trate de uma norma penal não-incriminadora.

3.2.4. Lei 9.613/98

A Lei da Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98) também previu a figura do "colaborador espontâneo", beneficiando-o quando suas informações esclarecerem a materialidade e autoria dos delitos, ou a localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime. O juiz poderá reduzir a pena de 01(um) a 02(dois) terços, que será cumprida inicialmente em regime aberto, podendo deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos.

Esclareça-se que tais dispositivos são aplicáveis unicamente ao crime de lavagem de dinheiro. Quanto aos crimes correlatos, elencados nos incisos do art.1º da lei em tela, serão aplicados, no que couber, os benefícios da

delação prevista na Lei 9.034/95, por uma interpretação sistemática, quando se tratar de delitos cometidos por organizações criminosas.

A lei inova ao impor ao magistrado, em caso de condenação, a fixação do início do cumprimento de pena do colaborador no regime aberto, sem quaisquer outros requisitos, desde que tenha sido reconhecida a eficácia da delação. Outrossim, importante ressaltar que pela primeira vez tratou-se do perdão judicial, caso seja realmente significativa a colaboração do delator.

3.2.5. Lei 9.807/99

Finalmente o legislador brasileiro avançou, e concebeu a Lei 9.807, de 13 de julho de 1999, que estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.

Trata-se de uma tentativa de disciplinar o instituto em tela, trazendo inegáveis avanços, tais como medidas de segurança e proteção à integridade física do réu colaborador.

A lei em comento, diferentemente das anteriores, não é específica de nenhum crime, o que a torna aplicável a qualquer infração. Observe-se que quanto aos delitos tratados nos sub-tópicos acima, os princípios que regem os conflitos da lei penal no tempo (retroatividade e ultra-atividade da lei penal mais benéfica) devem ser analisados caso a caso. É que a Lei 9.807/99, em seus artigos 13 e 14, traz alguns requisitos objetivos e subjetivos não previstos nas leis anteriores. Ao mesmo passo, à exceção da Lei da Lavagem de Dinheiro, nenhuma outra lei contempla a figura do perdão judicial, o que torna a Lei *sub occuli* aplicável subsidiariamente a todos os outros casos de delação. E justamente por se tratar de uma lei generalizante e de aplicação subsidiária, que tentou uniformizar o tratamento do tema, a Lei nº 9.809/99 passou a ser abordada como pilar da delação premiada.

3.2.5.1. Perdão judicial

A Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas trouxe duas benesses possíveis ao réu colaborador: perdão judicial ou redução de pena. No artigo 13, tratou do perdão, esclarecendo que as condições pessoais/subjetivas exigidas pela lei são a voluntariedade da colaboração, a primariedade e a personalidade do beneficiado, que deverá ser favorável.

É importante diferenciarmos voluntariedade de espontaneidade. Fique claro que não interessa à Lei 9.807/99 se a delação foi instigada por agente estatal ou nasceu *sponte propria*.

Entretanto, em determinados momentos na legislação esparsa, o legislador parece ter se confundido, e exigiu um *plus*: a espontaneidade. Porém, diante da Lei nº 9.807/99, que tem aplicação subsidiária, ainda que se constate que a delação foi fruto da insistência de agentes estatais, o delator poderia se beneficiar, se agiu voluntariamente, ou seja, desde que não tenha sido forçado ou coagido a delatar, e preencha os demais requisitos daquele diploma legal. Observe-se, com Damásio de Jesus (ob.cit), que a legislação brasileira não tratou o tema uniformemente: "A legislação brasileira, lamentavelmente, não trata o assunto com uniformidade. Assim, enquanto a Lei do Crime Organizado, a Lei de Lavagem de Capitais e a Lei Antitóxicos¹ expressamente exigem a *espontaneidade*, a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (aplicável a qualquer delito), contenta-se com a voluntariedade do ato. Desse modo, não faria jus ao prêmio quem, sugerido por terceiros (autoridades públicas ou não), delatasse seus comparsas em crimes praticados por organizações criminosas ou lavagem de capitais. Ressalve-se, contudo, a possibilidade de aplicação subsidiária da Lei nº 9.807/99 a esses crimes, dado o seu caráter geral. Vale dizer: diante de uma colaboração voluntária, embora não espontânea, torna-se possível o perdão judicial ou a redução da pena para delitos tratados pelas Leis nº 9.034/95 e 9.613/98 somente com base na Lei de Proteção às Vítimas e Testemunhas, desde que preenchidos os requisitos de seus arts.13 e 14".

Ora, o mero alerta de autoridades já descaracterizaria a espontaneidade. Daí o risco deste requisito (e não a mera voluntariedade) no ordenamento, pois na prática policial e forense dificilmente somente os mais abastados, auxiliados por seus advogados, seriam alertados e esclarecidos quanto à esta opção de colaboração com a Justiça. E por se tratar de um benefício, temos que seria até um dever das autoridades avisar o indiciado ou réu da existência do benefício em tela.

A última das circunstâncias pessoais é a personalidade favorável do acusado. Nesse tocante, pondere-se que a decisão do magistrado não pode se afastar da razoabilidade, negando o prêmio ao delator cujas informações sejam preciosamente eficazes, ainda que o caso concreto tenha despertado o interesse da mídia e alcançado grande repercussão social.

¹ Frise-se que atualmente a nova Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343) contenta-se com a voluntariedade.

É o juiz quem aquilatará, motivadamente, a sua efetiva adequação ao caso concreto, após verificar a presença dos requisitos objetivos. Caso entenda ser insuficiente, ainda restará ao delator a possibilidade de obter a redução de sua pena.

Quanto aos requisitos objetivos, elencados nos incisos do art.13, por primeiro é necessário sua análise isolada: a) somente a identificação de todos os autores possibilitará o perdão judicial, ou seja, nenhum co-autor poderá ser omitido; b) a vítima não pode ter sofrido lesões graves ou tortura, no máximo lesões leves; c) havendo mais de uma vítima, todas devem ser localizadas; e d) quanto à recuperação do produto do delito, somente seria de se questionar se eventual recuperação parcial deveu-se à não-colaboração efetiva do delator, que pudesse maliciosamente de alguma forma se beneficiar *a posteriori*. Nesse caso, não faria jus ao benefício.

A celeuma na doutrina é quanto à aplicação cumulativa ou alternativa de tais requisitos objetivos. Ou seja, se uma vez atendido qualquer deles, o réu poderá, se preencher os requisitos subjetivos, receber o perdão judicial. Os autores se dividem, mas prevalece o entendimento de que seriam alternativos, visto que se fossem cumulativos, somente nos crimes de seqüestro e roubo com restrição à liberdade da vítima seria possível a concessão do benefício. Ora, com muito mais propriedade Sérgio Donat Konig (*Art. 13 da lei nº 9.807/99*. São Paulo. In: Boletim IBCrim nº 91, julho de 2000) analisa a questão, ao pugnar que não há uma cumulatividade propriamente dita, mas sim uma cumulatividade temperada ou condicionada. Significa que a consecução de todos os resultados previstos na lei poderá ser dispensada tão-somente quando incompatíveis com os elementos do próprio tipo penal objeto do processo.

Com efeito, qual a lógica em se conceder o perdão a um seqüestrador que apenas tornou possível a recuperação do dinheiro do resgate, permanecendo desaparecida a vítima? Seria justo isentá-lo de pena? Assim, se no crime houver vítimas, todas devem ser localizadas com sua integridade física preservada. Se houver mais de um co-autor ou partícipe, todos devem ser identificados. E se houver produto de crime, em todo ou em parte deverá ser recuperado.

3.2.5.2. Causa de diminuição de pena

O art.14 da Lei n.9.807/99 traz uma minorante que dispensa requisitos subjetivos do colaborador, mas que quase repete os mesmos requisitos objetivos do art.13.

Entretanto, intérpretes mais liberais da legislação em comento (os mesmos que entendem serem alternativos os requisitos objetivos para o perdão judicial) concluem ser dispensável a eficácia das informações, contentando-se com a colaboração meramente voluntária e efetiva. Ora, se não se chegou a nenhum resultado útil, impossível aferir a verossimilhança das informações. Outrossim, haveria o risco de premiar quem propositadamente atrapalhou as investigações, fornecendo dados falsos. Sem olvidar que os órgãos policiais resistiriam em reconhecer a colaboração que resultou em diligências inúteis. Além destes aspectos práticos, interpretação contrária macularia a lei de inconstitucionalidade, pois malferiria os princípios da isonomia e proporcionalidade, por beneficiar indevida, desnecessária e abusivamente o infrator que, além de não preencher nenhum requisito subjetivo (tal como exigidos para o perdão judicial), não demonstrar seu efetivo merecimento.

Contrastando a minorante com o perdão judicial, vê-se que a realmente a lei não exige explicitamente que a colaboração seja efetiva. Porém, tal requisito é inerente ao próprio instituto da delação. O réu ou indiciado deverá atuar fornecendo dados e informações verossímeis que possam ser úteis para elucidar o(s) crime(s) de que participou.

É necessário, ainda, que a colaboração tenha sido minimamente eficaz. Que das informações tenha sido possível localizar qualquer das vítimas (desde que com vida), que algum dos co-autores seja identificado, ou que o produto seja parcial ou totalmente recuperado. Qualquer destes resultados autoriza e mesmo obriga o juiz a diminuir a pena.

Em suma, é fácil identificar por que os artigos 13 e 14 diferem propositadamente quanto aos prêmios concedidos e requisitos exigidos. Para o perdão, que resulta na extinção da punibilidade, e via de consequência reveste-se de magnitude, exige-se do delator que preencha todos os requisitos subjetivos (primariedade, personalidade favorável etc) e que suas informações desvendem toda a trama delituosa, bem como evitem todas as consequências da conduta criminosa. Faltando qualquer dos requisitos subjetivos ou objetivos (desde que resulte eficaz sob ao menos um dos aspectos legais), aplica-se a minorante.

Por fim, registre-se que caso o magistrado não reconheça a delação premiada, deixando de aplicar o perdão ou a diminuição da pena, sua sentença poderá ser reformada através de apelação ou mesmo *habeas corpus*, pois quando os autos demonstram que as informações prestadas foram eficazes, o instituto é de aplicação obrigatória, segundo já decidiu o STJ (HC 26.325 e HC 35.198).

3.2.6 Lei 11.343/06

A nova Lei Antidrogas (Lei 11.343/06), em seu art.41, reza que “o indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do

crime e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços”.

3.3. Formalização da delação e requerimento do benefício

Uma interpretação apressada da ementa da lei nº 9.807/99 e do seu art.5º, III, nos levaria a concluir que a colaboração premiada dá-se apenas no inquérito policial criminal ou no processo penal. Mas não só. A lei não estabeleceu qualquer limitação quanto ao procedimento em que seria cabível.

Face à palavra “investigação”, contida no art.1º, *caput*, nada obsta que em qualquer outro procedimento investigatório que vise apurar crimes o delator possa se pronunciar e pleitear o benefício entelado. Isto abrangeria as Comissões Parlamentares de Inquérito (CPIs), procedimentos investigatórios criminais presididos pelo Ministério Público (cuja legitimidade ainda é infelizmente questionada) e qualquer outro procedimento administrativo, desde que a sua natureza, competência e finalidade de apurar delitos sejam observados, e preenchidos os requisitos legais.

A delação ocorre, via de regra, no interrogatório do delinquente, seja perante a autoridade policial, seja no curso da instrução criminal. Para que possa fazer jus ao benefício, o delator terá de confirmar em juízo as informações prestadas na fase inquisitorial. Ainda, nada obsta que após as primeiras declarações a defesa requeira um novo interrogatório, a fim de que seu cliente retifique ou amplie o leque de informações prestadas, e então faça jus ao instituto da delação premiada. Neste caso, eventual demora na conclusão da instrução – causada pelo próprio réu – não implicará excesso de prazo na formação da culpa, para fins de *habeas corpus* (STJ, HC 47741/SP, Rel. Min. Gilson Dipp, 5ª T., DJ 08/05/06).

Ainda quanto ao momento da delação, expressiva corrente doutrinária defende que as leis que estabeleceram a delação no Brasil não fixaram qualquer limite temporal, e que portanto seria possível a aplicação do instituto mesmo após o trânsito em julgado da sentença, estando ou não o condenado submetido à execução penal. Por se tratar de normas penais não-incriminadoras, permissivas, poderiam ser aplicadas por analogia, tal como permite o Direito Penal pátrio. Outrossim, não tendo o legislador estabelecido um limite temporal, não caberia ao intérprete reduzir o alcance e eficácia do instituto.

E não se pode olvidar que o Código de Processo Penal, em seu art.621, III, prevê a revisão criminal quando, após a sentença, forem descobertas circunstâncias que autorizem a diminuição especial da pena, cuja aplicação analógica também é cabível.

Parte da doutrina, entretanto, não identifica a revisão criminal como sendo o instrumento processual cabível para manejar a delação premiada após a sentença condenatória, pois a revisão é embasada em erro judiciário, o que não ocorre no caso telante. E que, portanto, bastaria uma mera petição ao juiz da vara de execuções criminais.

Realmente, a revisão criminal nasceu como uma medida para corrigir erros judiciais, sentenças equivocadas. Mas apenas precipuamente, e não exclusivamente. Nada obsta que possa ser manejada em favor do réu em casos “*sui generis*”, diante das inovações legislativas, mormente quando o novel diploma não trouxer explicitamente o regramento quanto aos respectivos procedimentos. Temerária seria a adoção de entendimento contrário, pois meros incidentes de execução não equivalem em importância e abrangência à revisão criminal, em que o teor dos dados coletados em uma delação seriam examinados com a devida vênica. Um juiz de execuções penais, que não manteve contato com o mérito da causa que resultou na condenação do delator, não teria condições de aferir a eficácia e veracidade das informações prestadas na delação.

No HC 37.800, o STJ implicitamente admitiu a revisão criminal como meio hábil para requerer a concessão do benefício. E naquele caso, entendeu que se o Requerente não questionou o benefício naquela ação revisional, não poderia posteriormente postular seu reconhecimento através de *habeas corpus* impetrado no STJ, sob pena de supressão de instância, pois a revisão não é tão ampla quanto a apelação.

Por fim, por se tratar de lei penal mais benéfica, a lei nº 9.807/99, assim como os outros diplomas legais que trataram do tema, teria aplicação retroativa. Ou seja, alcançaria fatos anteriores à sua vigência, ainda que tenham embasado sentença penal condenatória que já tenha transitado em julgado. Seria possível, portanto, um *habeas corpus* ou revisão criminal (e não mera petição ao juiz das execuções) para beneficiar o réu que tenha colaborado eficazmente com a Justiça. Nesse sentido, já decidiu o STJ, no HC 40.633 (5ª T, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ 26.09.2005 p. 417).

Quanto à formalização da delação, ressalte-se que visando à segurança do delator, muitas vezes não se registra no inquérito ou no processo-crime qualquer termo de acordo de delação, o que pode resultar em prejuízos ao colaborador. Se a delação é negociada na fase inquisitorial, deve ser devidamente formalizada em termo de acordo celebrado com os órgãos policiais ou com o *Parquet*. É possível, visando o interesse público e a segurança do delator, bem como o sucesso das investigações, que seja decretado o sigilo do teor do acordo e das respectivas delações, mormente quando envolver co-autores do delito enfocado. E não se argumente que tal postura malfere o direito de ampla defesa do investigado ou as prerrogativas dos advogados, sob a alegação de que haveria prejuízo na formação da defesa de seus clientes. Nesse sentido, decidiu a 5ª turma do STJ, ao julgar o HC nº 59.115, cuja relatora, Ministra Laurita Vaz, pontificou que “é durante a instrução criminal, na fase judicial, que os elementos de prova são submetidos ao contraditório e à ampla defesa”. Ao analisar a questão, a Ministra destacou que, para o

exercício da ampla defesa, basta ao acusado ter conhecimento do acordo e do compromisso do colaborador em dizer a verdade: "O material coligido no procedimento inquisitório constitui-se em peça meramente informativa, razão pela qual eventuais irregularidades nessa fase não têm o condão de macular a futura ação penal".

Pode ocorrer que nenhum acordo tenha sido celebrado previamente, mas que o réu resolva colaborar espontaneamente em seu interrogatório, prestando relevantes informações que se revelem eficazes no decorrer da instrução. Ao final do processo-crime, qualquer das partes (MP ou Defesa) poderá requerer a concessão do benefício em suas alegações finais. O juiz, nesse caso, não poderá se omitir, sob pena de ter seu julgado reformado por HC ou apelação.

Por fim, questiona-se se é possível que a delação premiada seja quesitada ao Conselho de Sentença, nos processos do Tribunal do Júri. *Prima facie*, não haveria nenhum óbice legal, até porque são os jurados que reconhecem a existência de minorantes. O STJ, no HC 40157, já decidiu que "inexiste cerceamento de defesa no fato de a Defensora Pública, apesar de sustentar a tese de negativa de autoria, pleitear, alternativamente, o reconhecimento da 'delação premiada'" (STJ, 6ª T, Rel. Min. Paulo Galotti, DJ 18.09.2006 p. 369). Portanto, ao que nos parece, o STJ admitiu tal possibilidade. Entretanto, o efetivo merecimento do réu, bem como a eficácia de suas informações, dificilmente poderiam ser aquilatadas pelos jurados, mormente quando se tratar de uma delação realizada em seu interrogatório em Plenário.

Este é mais um ponto obscuro da lei, que dá margem a injustiças. Ora, como os jurados poderiam aferir se foram cumpridos os requisitos objetivos para o perdão ou para a redução da pena? Considerando que inexistente a revisão criminal *pro societate*, ainda que o Conselho vote favoravelmente ao réu, parece-nos que se não houver naquele momento prova da eficácia das informações, o Juiz-presidente do Tribunal do Júri poderia no máximo aplicar a minorante do art. 14 da Lei 9.807/99. Posteriormente, caso comprovada a identificação dos co-autores do crime doloso contra a vida, poderia o delator ingressar com *habeas corpus* ou revisão criminal para eventualmente obter o perdão judicial.

4. Críticas infundadas comumente lançadas à delação premiada

Num raciocínio simplório, alguns críticos taxam de aética a colaboração, por supostamente premiar uma traição, comportamento inadmissível para os modernos padrões morais, seja dos homens de bem, seja dos mais perversos criminosos. Para alguns, dedurar parceiros do crime demonstraria fraqueza de caráter, e premiar tal conduta seria coroar a perfídia e deslealdade, e não o arrependimento do infrator. Outros advertem para o perigo do uso indevido e exacerbado da delação para pressionar réus, influenciando seu livre-arbítrio, e culminando por tornar o instituto a mola-mestra das modalidades probatórias. Lamentam a suposta lógica contratual entre o Estado e o réu colaborador, preferindo que o legislador houvesse optado por premiar somente a colaboração espontânea, meritória, e não a provocada (ainda que voluntária), estimulada por agentes estatais. Porém, visível a fortaleza dos argumentos pró-eticidade, mormente considerando-se a relação "custo-benefício" para a sociedade.

É preciso lembrar que não está em enfoque a atitude do criminoso em trair seus companheiros. Esta poderá ser ética ou não, a depender dos seus reais motivos: arrependimento, vontade de colaborar com a Justiça, reparar os danos causados à coletividade? Ou simplesmente lucrar fácil, utilizando as brechas e benesses da legislação quando se vê enclacrado pelas provas dos autos? Jamais os operadores do Direito saberão verdadeiramente responder tais questionamentos, pois a psique do criminoso é impenetrável.

Os detratores do instituto afirmam que a lei não é pedagógica, pois ensina que trair traz benefícios. E ainda, que seria desnecessária a adoção do instituto, pois o Código Penal Brasileiro já prevê a atenuante genérica (art. 65, III), o arrependimento eficaz (art. 15) e o arrependimento posterior (art. 16).

Ora, negar o prêmio à delação seria ensinar aos criminosos que o código de silêncio deve ser honrado, incentivando sua inviolabilidade. Outrossim, refutar a importância do instituto para a elucidação de crimes e minoração das suas consequências é negar o óbvio. Mecanismos como atenuante genérica, arrependimento posterior e desistência voluntária mostraram-se pouco atrativos aos delinquentes. A demanda por um prêmio substancial (tal como o perdão judicial) era evidente, sob uma ótica essencialmente pragmática e utilitarista. Extingui-lo seria um retrocesso, por apego a um discurso sofista e romântico.

O que se questiona é a conduta do Estado em incentivar a quebra da *affectio societatis*, em fragilizar a irmandade inerente às células organizacionais do crime. E a conduta do Estado, esta sim, é irreprochável, imbuída de nobilíssimo propósito. Portanto, é clarividente que a delação premiada é um instrumento ético no combate à criminalidade, não se chocando com o ordenamento jurídico ou com os valores sociais da coletividade.

Outra crítica é que a delação premiada revela a ineficiência do Estado no combate à criminalidade. Efetivamente, a implantação da delação premiada no Brasil denota que há certos crimes de difícil elucidação pelos métodos convencionais de investigação. Mas negar a necessidade de sua adoção seria fomentar exatamente o contrário, ou seja, deixar ainda mais impotente o Estado frente à criminalidade organizada, sob o prepotente argumento de que não necessitamos deste avançado instrumento, há muito adotado em diversos países do primeiro mundo.

O Promotor de Justiça José Carlos Blat (*Levantando o véu do crime organizado*. In: Caros Amigos, ano VI, número 70, São Paulo, 2003) traça algumas das características atuais das organizações criminosas, que tornaram

imprescindível a gênese da delação para combatê-las: a) o chefe situa-se em posição equidistante dos demais integrantes; b) existe uma estrutura hierárquico-piramidal, com divisão de tarefas; c) nem todos os integrantes sabem exatamente qual a finalidade das ações criminosas; d) só sobrevive com a participação efetiva do Estado.

Diante da complexidade mafiosa, a tática da delação premiada (assim como outras também criticadas, tais como a infiltração de agentes em organizações criminosas) não só é inteligente como necessária, às vezes imprescindível para a elucidação dos delitos. Não é render-se à criminalidade, mas golpeá-la severamente, atualizando a política criminal aos tempos modernos.

Quanto às críticas de que a delação malferiria os princípios da proporcionalidade (exige que a gravidade da pena seja proporcional à gravidade do delito) e da equidade, rebata-se que não seria equânime o juiz que aplicasse as mesmas penas a quem colaborou efetiva e voluntariamente com a Justiça e a quem dela fugia e tentava obstruir! Notório que neste caso é que se malferiria a equidade e a proporcionalidade.

Por fim, há os que são contra a delação porque o Estado não garantiria a integridade física do delator e de seus familiares, como impõe-no especificamente a Lei n.9.807/99, que instituiu o programa de proteção a testemunhas e vítimas de crimes, inclusive dispondo sobre a proteção aos indiciados, acusados ou condenados colaboradores da polícia ou da Justiça. Regulamentado pelo Decreto n.3.518, a instituição do aludido programa foi festejado pela doutrina e principalmente pelos operadores do Direito, cuja tarefa de buscar a verdade real era obstaculizada pela dificuldade em estimular uma testemunha a se expor, revelando dados comprometedores de sua integridade física e de sua família.

O legislador, entretanto, foi tímido ao incluir no programa de proteção apenas as vítimas e testemunhas, não inserindo o réu colaborador em nenhum programa dessa natureza. Entretanto, a correta exegese da lei é a que estende as mesmas medidas de proteção das vítimas e testemunhas também ao delator, pois não teria lógica ou eficácia um sistema em que o delator perdoado, v.g., ficasse exposto aos seus inimigos, preservando a mesma identidade.

Excepcionalmente, o delator não poderá ser protegido nestes moldes, caso sua personalidade ou conduta sejam incompatíveis com as restrições de comportamento necessárias à proteção. Ou ainda, caso esteja cumprindo pena ou esteja preso cautelarmente. Nestas duas últimas hipóteses, limitou-se o legislador a estabelecer que o preso provisório seria separado dos demais, enquanto aquele que cumprisse pena em regime fechado seriam adotadas medidas que garantissem sua segurança no presídio.

A proteção prometida ao delator nos presídios brasileiros revela a ingenuidade do nosso legislador. É tradição dos presos execrar e penalizar com castigos físicos e com a própria morte aquele que ousasse quebrar o código do silêncio. E a proteção ao delator é ainda mais difícil por ter a lei vedado o seu anonimato, diferentemente do que ocorre com as testemunhas. Assim, ao adentrar no presídio ou cadeia pública, a população carcerária não terá qualquer dúvida sobre o alvo de sua vingança.

O baixo índice de réus colaboradores no Brasil é reflexo da realidade dos presídios brasileiros (insuficientes, precários, inseguros e degradantes), que desmotiva eventual delação. Assim, mais conveniente seria que o legislador tivesse optado por estabelecer que o réu colaborador cumpriria sua pena em regime aberto, incluindo-o nos programas de proteção similares àqueles que recebessem o perdão judicial. É o que acontece nos Estados Unidos e na Itália.

De todo modo, a questionada aplicabilidade do instituto não pode justificar seu desaparecimento do cenário jurídico brasileiro. Ao contrário, deve servir de alerta para que as autoridades não permitam que se torne um instrumento inócuo, de difícil utilização, devendo aprimorá-lo ao invés de defenestrá-lo.

Uma das primeiras formas de aprimorar o instituto é abominar da legislação a limitação temporal de dois anos para o benefício da inclusão no Programa de Proteção a Vítimas e Testemunhas, que é prorrogável por mais dois anos. Ora, há casos em que este breve lapso não será suficiente para manter o delator a salvo. Assim, o correto seria manter o réu colaborador incluído no programa de proteção enquanto os motivos estivessem presentes, permanecendo tal medida necessária.

Outra dificuldade a ser superada é a limitação prevista pela própria lei, ao dispor no art.6º, parágrafo único, que a execução do programa de proteção ficará sujeito à disponibilidade orçamentária.

É de comum sabença que todos os serviços públicos do Brasil sofrem com limitações orçamentárias. E a iniciativa do legislador em alertar de antemão que a operacionalidade do Programa está subjugado àqueles limites parece nos revelar a torcida para o seu fracasso, pois quanto menos vítimas, testemunhas e delatores houver, menor o seu peso no orçamento.

5. A delação como forma de combate aos crimes transnacionais praticados por organizações criminosas

As organizações criminosas não tem fronteiras, formando uma rede interligada em vários países. Sua organização, flexibilidade, regramento e operacionalidade dão inveja ao Mercosul ou ao Mercado Comum Europeu, ou às mais modernas multinacionais. A *internet* facilitou sobremaneira a entrada e fuga do *hot money*, que migra entre os continentes para garantir a eficácia da lavagem de capitais obtidos com o narcotráfico internacional, delitos ambientais, evasão fiscal, corrupção, seqüestro, homicídios e todo tipo de violação aos direitos humanos. Portanto, é essencial a cooperação internacional para o êxito no combate ao crime transnacional:

O Brasil finalmente se rendeu a esta nova política criminal, com a adoção (ainda insipiente, é verdade) de

programas de proteção às testemunhas e delação premiada, além de albergar o princípio da universalização das investigações criminais (inclusive através de órgãos administrativos fazendários, que vigiam as instituições financeiras), a exemplo do que se verifica atualmente na União Européia, no combate à criminalidade organizada internacional.

6. Conclusão

O instituto da delação premiada é utilizada com sucesso em vários países, que numa visão pragmática e utilitária da Justiça conseguiram enfraquecer os liames da criminalidade organizada.

A adoção da colaboração espontânea no Estado brasileiro não revela o fracasso do sistema investigatório, nem estimula sua falência. Há certos crimes, por melhores e mais capacitadas que sejam as autoridades investigantes, que eventual e concretamente necessitam da efetiva e eficaz colaboração dos próprios delinquentes, ainda que isto implique a minoração ou extinção de sua sanção, em prol do alcance dos co-autores ou da proteção do objeto jurídico dos crimes praticados.

Ao invés de criticar este mecanismo de apuração da verdade real, os doutrinadores deveriam orientar o legislador pátrio a lapidá-lo e uniformizá-lo, pois o estudo do cabedal de leis esparsas que o adotaram revela a enorme colcha de retalhos em que se transformou a delação premiada no Brasil, exigindo da jurisprudência uma verdadeira ginástica interpretativa para suprir a lacunosidade e desarmonia do sistema, que geram omissões e abusos dos órgãos persecutores, bem como aleivosias dos defensores.

No Brasil, a lei dos crimes hediondos (Lei 8.072/90), a lei do crime organizado (Lei 9.034/95), a lei de lavagem de capitais (Lei 9.613/98), a lei de proteção das vítimas e testemunhas (Lei 9.807/99) e a nova lei antitóxicos (Lei 11.343/06) tratam do tema cada qual à sua maneira. Não há unicidade ou coerência no regramento do mesmo mecanismo de benefícios.

É urgente que haja a edição de uma lei que uniformize a delação premiada, com especial atenção para a proporcionalidade dos prêmios, que somente deveriam ser concedidos após checadas a veracidade e eficácia das informações prestadas. Ainda, que delimitasse a sua aplicação a crimes graves, evitando sua banalização, e que regulamentasse o procedimento de formalização da delação, inclusive no tocante à possibilidade de colaboração após o trânsito em julgado. Ainda, que estabelecesse o modo de triangulação entre agentes delituosos, órgãos policiais, Ministério Público e Magistratura, como forma de garantir a credibilidade do instituto.

Outrossim, é imprescindível que sejam aperfeiçoados os mecanismos de proteção e segurança do delator, e eventualmente de sua família, disponibilizando a verba necessária para a correta manutenção dos programas estatais, sem torná-los reféns de contingenciamentos orçamentários ou de interesses políticos escusos.

Adotadas tais providências, seria possível aprofundar, fortalecer e divulgar a delação premiada no Brasil, onde lamentavelmente ainda não atingiu o pleno sucesso pretendido no combate às organizações criminosas.

DOSIMETRIA DA PENA – PROPOSTA DE PROJETO DE LEI, ALTERAÇÃO DO CÓDIGO PENAL – DECRETO-LEI Nº 2.848 DE 07 DE DEZEMBRO DE 1940

Isaac Benchimol Ferreira

Promotor de Justiça/GO

1. Objetivo; 2. Justificativa; 3. Nova Redação; 4. Conclusão; . Bibliografia.

1. OBJETIVO

“Obedecendo a norma constitucional que obriga a lei regular a individualização da pena, o artigo 68, estabelece um sistema de aplicação da pena considerando todas as circunstâncias pessoais e objetivas que cercam o autor e o fato praticado. Esse processo é o mais adequado, pois impede a apreciação simultânea de muitas circunstâncias de espécies diversas e, além disso, possibilita às partes melhor verificação a respeito da obediência aos princípios de aplicação da pena. Deve o juiz obedecê-lo, justificando a cada operação as circunstâncias que levou em consideração nos aumentos e diminuições, sob pena de nulidade”. (Mirabete, Júlio Fabrini, fls.463, Código Penal Interpretado, Ed. Atlas S.A, São Paulo: 2003)

A metodologia adotada pelo Código Penal brasileiro é trifásica (art. 68), em primeiro, pelo juiz é fixada a pena base observando as circunstâncias judiciais. “Em seguida levará em conta as circunstâncias agravantes e atenuantes, aumentando ou diminuindo a pena em quantidade que fica a seu prudente arbítrio e dando ênfase às circunstâncias preponderantes. Por fim, sobre este último resultado, aplicará os aumentos e diminuições previstas nas causas gerais e especiais, nas proporções previstas nos respectivos dispositivos legais, inclusive, a redução referente à tentativa quando for o caso.” (Mirabete, Júlio Fabrini, fls.463, Manual de Direito Penal, Ed. Atlas S.A, São Paulo: 2004). Não podendo o juiz alterá-la sob pena de nulidade da sentença. Para melhor ordenar e unificar no Brasil se faz mister alterar, acrescentando, aos artigos 61, 62, 65 e 66 para inserir no processo de aplicação da pena, o quantitativo certo, uniforme em todas as decisões criminais de todas as Justiças Criminais.

2. JUSTIFICATIVA

Tais dispositivos legais se referem às circunstâncias de aumento de pena e de diminuição, não estipulando qualquer quantitativo, ficando ao livre arbítrio do juiz da condenação. Neste, está a necessidade de se estabelecer este “quantum” que aplicado como agora, não resta uniforme em todo o Brasil, pois alguns juizes o aplicam em meses e outros em fração. O critério que atende com lógica ponderada é o de fração, no caso, de um sexto, quer para acrescer quer para diminuir.

Esta unificação resolve de vez a questão, inclusive facilitando as explicações didáticas em sala de aula na graduação do curso de direito, sobretudo, preencher lacuna legislativa, mesmo porque a lei penal brasileira é obediente ao princípio federativo e não pode afastar-se de maneira alguma do princípio da legalidade, como vaticina com o artigo 1º, do Código Penal Brasileiro.

3. NOVA REDAÇÃO:

Portanto, que estes dispositivos tragam, de persi, a seguinte redação:

Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, até 1/6, quando não constituem ou qualificam o crime, sobre a pena base atendendo os critérios do art. 59 deste código:

Art. 62 – A pena será ainda agravada até 1/6 sobre a pena base, em relação ao agente que:

Art. 65 – São circunstâncias que sempre atenuam a pena até 1/6 sobre a pena base:

Art. 66 – A pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante anterior ou posterior ao crime, até 1/6 sobre a pena base, embora não prevista em lei.

4. CONCLUSÃO

O limite existente é o mínimo e o máximo da pena *in abstracto* que não coordena a aplicação da pena *in concreto*. Ficar ao livre arbítrio do juiz não é de boa política criminal, pois retrata uma interferência de subjetividade expressiva que atrapalha a realização do direito.

Portanto, resolver essa lacuna legislativa a começar pela atuação do Promotor de Justiça que pode pugnar nas alegações finais pela aplicação deste quantitativo em fração, é imperativo do princípio da reserva legal, consoante artigo 1º, do citado diploma legal, por fim consolida-se em todos o Brasil expressamente a observação aos princípios em destaque.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. ZAFFARONI, Eugênio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual do Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo- 2006.
2. JESUS, Damásio Evangelista de. Direito Penal, 2º. Vol. Ed. Saraiva, 8ª edição, São Paulo – 1.985.
3. MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal, 1º vol. Ed. Atlas, 21ª edição, São Paulo – 1.997.
4. JÚNIOR, Paulo José da Costa. Direito Penal Curso Completo. Ed. Saraiva, 6ª edição, São Paulo – 1.999.
5. TOLEDO, Francisco de Assis. Princípios Básicos de Direito Penal. Ed. Saraiva, 5ª edição, São Paulo – 1.994.
6. MIRABETE, Julio Fabbrini. Código Penal Interpretado, Ed. Atlas, 4ª edição, São Paulo – 2.003.
7. JÚNIOR, Romeu de Almeida Salles, Curso Completo de Direito Penal, Ed. Saraiva, 7ª. Edição, São Paulo – 1999.
8. DELMANTO, Celso, DELMANTO, Roberto, JÚNIOR, Roberto Delmanto, DELMANTO, Fábio M. de Almeida, Código Penal Comentado, Edição Renovar, 6ª. edição, São Paulo – 2002.

EM DEFESA DE NOSSOS DIREITOS - DIGA NÃO À FEDERALIZAÇÃO !

Elaine Castelo Branco¹

Promotora de Justiça/PA

Síntese Dogmática:

O objetivo desta tese é sustentar a impropriedade de transferir-se para o âmbito da competência da Justiça Federal os crimes tidos como “graves violadores dos direitos humanos”. Partiu-se do pressuposto de que qualquer crime contra a pessoa viola gravemente a principiologia dos direitos humanos. Atentou-se principalmente para o fato de que não há uma definição legal do que seriam tais crimes, sendo, portanto um conceito jurídico indeterminado, necessitando de norma jurídica regulamentadora, deficiência que, inclusive, acarretaria lesões ao direito de ampla defesa dos acusados.

Considerou-se ainda que, o deslocamento de competência da esfera do Poder Judiciário acabaria por gerar nos jurisdicionados uma sensação de incapacidade do Judiciário originário, fazendo surgir desconfiança geral na qualidade de sua prestação jurisdicional, bem como acarretaria interferência indevida na autonomia de cada Estado-Membro, em nada se adequando a um Estado Federal Democrático de Direito como é o brasileiro. Apesar de considerar os relevantes anseios sociais por uma Justiça mais justa, apontou-se como solução não a federalização, mas a participação ativa do Promotor de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, além do natural, em casos que houvessem graves violações dos direitos humanos, entendidos como tal pela sociedade. Promotor este que atuaria conjuntamente com o natural, a fim de dar uma resposta maior à sociedade, marcando espaço, aumentando até mesmo a credibilidade na atuação do Ministério Público em defesa dos direitos humanos.

A inspiração dogmática adveio, além de consultas bibliográficas, da experiência como Promotora de Justiça de Direitos Humanos da Capital do Estado do Pará, o que possibilitou uma visão mais próxima da realidade social, que urge por uma atuação mais efetiva do Estado.

Justificativa

A “reforma do judiciário” trazida pela Emenda Constitucional nº. 45 promulgada em dezembro de 2004 tem gerado polêmicas doutrinárias, merecedoras de análise e discussão, dentre as quais a que se refere a “federalização dos crimes contra os direitos humanos”, que se deu pela inclusão de um novo inciso e de um novo parágrafo ao art. 109 da Constituição Federal, que cuida da competência dos Juizes Federais.

A Emenda 45 inseriu o inciso V-A e o parágrafo 5º no artigo 109 da Constituição Federal.

Tal dispositivo foi fruto de antigas lutas de organizações de defesa da pessoa humana para instituir no Brasil a federalização dos crimes contra os direitos humanos, o que resultou na inclusão da proposta no **Plano Nacional de Direitos Humanos** (PNDH) de 1996, ressaltando-se que a construção de referida tese (da federalização dos delitos contra os direitos humanos) encontrou substrato na **escalada da violência e da impunidade em várias regiões do País**.

No espaço legislativo, a primeira iniciativa materializou-se com a PEC 368-A/96, do Poder Executivo, que acabou sendo incorporada à PEC 96/92 (mais tarde PEC 29/00, no Senado), da Reforma do Judiciário, convertendo-se, oito anos depois, na EC 45/04.

Pelos novos dispositivos, nas hipóteses de grave violação aos direitos humanos, o Procurador-Geral da

¹ Promotora de Justiça no Estado do Pará, com atuação perante a 3ª PJ de Direitos Humanos da Capital. Especialista em Direito Penal e Processo Penal.

República pode suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, o deslocamento de competência para a Justiça Federal, cabendo, assim, aos juizes federais processar e julgar os casos. Até a aprovação da emenda, tal competência era apenas dos juizes estaduais.

O parágrafo em questão assinala que, nas hipóteses de grave violação dos direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o fiel cumprimento de obrigações decorrentes de Tratados Internacionais de Direitos Humanos dos quais o Brasil seja parte signatária, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, "*incidente de deslocamento de competência*" para a Justiça Federal.

Com efeito, o artigo 109, inciso V-A, passou a prever que também compete aos juizes federais processar e julgar "*as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo*". E o parágrafo 5º estatui:

"§5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, *incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal*".

A questão problema da federalização diz respeito ao incidente de deslocamento de competência da justiça comum para a justiça federal, nos casos de grave violação dos direitos humanos.

A primeira controvérsia a ser analisada é quanto ao sentido da expressão do que seja "grave violação aos direitos humanos", haja vista, ser um conceito jurídico indeterminado, havendo, portanto, a necessidade de norma complementar para dizer efetivamente o que seja uma grave violação aos direitos humanos, porque em verdade, qualquer crime contra a pessoa já é por si uma grave violação aos direitos humanos fundamentais. A falta dessa definição, fere ainda o direito de ampla defesa dos indiciados, vez que nem mesmo indica quais crimes seriam conexos.

Verifica-se que não elencam quais delitos deveriam ser equiparados com esta expressão para efeitos de incidente. Vale inferir ainda, a nova competência que a referida emenda deu à Justiça Federal, adotando critérios que não possuem um mínimo de clareza, objetividade e segurança jurídica.

Nos parece que o legislador quis dizer que as graves violações aos direitos humanos quando estão na esfera de competência da justiça comum não são devidamente julgadas, e por consequência falta uma efetiva punição, dando-se um atestado de que a justiça comum é falha, e, portanto, não tem respaldo para processar e julgar tais ações.

Importa ressaltar que a proposta não transfere à competência da Justiça Federal, de maneira indiscriminada e generalizada, automaticamente todos os crimes contra os direitos humanos. Apenas nas hipóteses de grave violação dos Direitos Humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de Tratados Internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, incidente de deslocamento da Justiça Comum para a Justiça Federal. Este incidente não é novidade no ordenamento jurídico, assemelhando-se ao desaforamento do Tribunal do Júri (CPP, art.424).

Fica assim previsto:

Art. 109. Aos juizes federais compete processar e julgar:

(...)

V – os crimes previstos em tratado ou convenção internacional, quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente;

V – A – as causas relativas a direitos humanos a que se refere o § 5º deste artigo;

(...)

§ 5º Nas hipóteses de grave violação de direitos humanos, o Procurador-Geral da República, com a finalidade de assegurar o cumprimento de obrigações decorrentes de tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Brasil seja parte, poderá suscitar, perante o Superior Tribunal de Justiça, em qualquer fase do inquérito ou processo, incidente de deslocamento de competência para a Justiça Federal.

O dispositivo que embasa a federalização é inconstitucional, pois a medida "viola os direitos e garantias fundamentais constitucionalmente previstos como cláusula pétrea".

Tal dispositivo não pode prosperar pois viola os Princípios Constitucionais do Juízo natural - em decorrência da possibilidade de deslocamento de competência da Justiça Estadual para a Federal - e o do Pacto Federativo (cláusula pétrea da Constituição), por supostamente se tratar de "intervenção federal nos Estados, de forma branca".

Fere, pois, dois princípios constitucionais de suma importância: o princípio Federativo e o princípio do Juiz Natural.

O ponto principal da federalização está na total desmoralização dos Poderes de um Estado-Membro. Não podemos esquecer que para que um crime seja federalizado há de ser demonstrada a total incapacidade do Estado-Membro de dar uma resposta eficaz à violação dos direitos dos seus cidadãos. Ou seja, ao se federalizar, estará se afirmando indiretamente que o Estado-Membro é incapaz, despreparado para fazer valer as garantias constitucionais daqueles que lá residem.

Em um Estado Federal e Democrático de Direito como é o brasileiro, tal lógica soa, para dizer, no mínimo, temerária. Primeiro porque violam-se as garantias do pacto federativo, desrespeitando-se a repartição dos poderes

existente entre a União entre os Estados-Membros, bem como a garantia de autonomia destes. No mais, ao visualizar a federalização da perspectiva dos jurisdicionados, estará se passando a idéia da falta de independência e capacidade de realizar um julgamento justo por parte da Corte Estadual, ocasionando seu total descrédito.

Afinal, se esta Corte não possui capacidade e independência para julgar um crime, independente de qual seja, por que esta mesma Corte teria para julgar outros? Em um Estado garantista como o nosso, o acusado de cometer, por exemplo, um furto não tem direito tanto quanto aquele outro que cometeu um crime mais grave de todas as garantias do *due process of law*? A Justiça Estadual tem capacidade para julgar uns, mas não outros?

Mesmo que se alegue a forte influência de acusados sobre a comunidade do local do crime, ainda assim não se faz necessária a federalização, no Estado democrático de Direito, posto que outro instituto do processo penal, já consagrados, pode ser utilizado: o desaforamento.

Não venha se alegar da mesma forma que o deslocamento de causas de competência da Justiça estadual para a Justiça federal é **mais um meio para garantir a celeridade da tramitação de processos**, pois o que constata-se, na prática é que então muitos Juizes da esfera Federal, utilizam-se de precatórias à Justiça estadual, solicitando a realização de atos processuais como oitiva de testemunhas, interrogatório de acusados, cumprimentos de outras diligências. Num Estado de grandes proporções territoriais como o nosso estado do Pará, na prática todos os atos seriam realizados pela Justiça comum, por juizes locais, em casos de crimes de alçada do Tribunal do Júri.

Evidente que não se desconsidera aqui toda a mobilização da sociedade civil organizada no sentido de lutar por maiores garantias de respeito aos seus direitos tão duramente conquistados quando busca a intervenção do Judiciário, tal como a da previsão legal do deslocamento de competência para a esfera federal dos crimes que acarretem graves violações aos direitos humanos.

A sociedade brasileira conviveu, e ainda convive, com situações onde a influência econômica e política em alguns casos dita os posicionamentos judiciais. A possibilidade de ter casos emblemáticos sobre o crivo do órgão judicante federal aparentemente apresenta-se como a saída mais eficaz para evitar a impunidade, pela teórica diminuição de influências exteriores negativas sobre o julgador.

Não se quer deixar de lado uma proteção mais efetiva da dignidade da pessoa humana – direito este tão valioso por materializar-se em outros direitos fundamentais, tais como a vida, a liberdade, entre outros –, principalmente porque não se pode olvidar que a sociedade brasileira passou duas décadas sob um regime de exceção, com a cassação de direitos básicos do cidadão, o que deixou uma ferida ainda aberta no seio social. Todavia, a solução para a reparação de injustiças que apresentam-se históricas não é a federalização.

No Estado do Pará, temos o caso do assassinato da **religiosa norte americana**, missionária Dorothy Stang que provocou clamor público e revolta na sociedade, tendo grande repercussão Nacional e Internacional, face os motivos ensejadores do crime, a luta pela terra.

Foi em razão deste homicídio que pela primeira vez o Procurador-Geral da República fez uso do incidente de deslocamento de competência. Tal crime, ocorrido em Anapu, no oeste do Pará, mobilizou a sociedade e mais uma vez colocou o Brasil nas manchetes de jornais estrangeiros e na mira de organismos internacionais de defesa de direitos humanos.

O que vejo neste caso, não é o deslocamento da competência para esfera federal que seria a solução, mas enquanto continuar esse sistema imaturo de julgamento por cidadãos, que muitas vezes se deixam mobilizar pelo circo armado que se transforma o Tribunal do Júri, por muitos advogados, a pressão da sociedade e da mídia, tem um grande potencial. E digo mais e ousar, mesmo quando o Promotor de Defesa dos Direitos Humanos da Capital não tiver competência para atuar, o acompanhamento de todo o trabalho seria de extrema valia.

Penso que em crimes que sejam tidos como graves violadores dos direitos humanos, deva existir um maior acompanhamento por parte daquele que foi consagrado como primaz defensor da sociedade, aquele que nossa própria Constituição incumbiu da defesa da ordem jurídica e do regime democrático: o Ministério Público.

Sua presença se daria não apenas através da atuação do Promotor de Justiça da Comarca onde a violação ocorreu, mas também com o acompanhamento de membro do *Parquet*, com atribuições perante a Promotoria de Defesa de Direitos Humanos. Não que a sociedade civil não confie em um único Promotor, mas é natural que ela se sinta mais confortável quando tem uma abertura maior com um Promotor mais direcionado à situações de violação de direitos humanos.

Penso eu, seria este um grande avanço em termos de Ministério Público, a fim de que finalmente possamos delimitar nosso espaço no tocante à defesa dos direitos e garantias constitucionais no tocante às violações dos direitos humanos.

Antes que se imagine a violação do Princípio do Promotor Natural, é importante que se diga que a presença deste Promotor, seria previamente estabelecida pela organização interna do Ministério Público Estadual.

Assim, o próprio Colégio de Procuradores poderia regular como se daria essa intervenção que seria feita também pelo Promotor de Justiça de Proteção aos direitos humanos, para um acompanhamento externo do processamento de crimes que fossem considerados como graves violadores dos direitos humanos. Ressalte-se que estes não teriam qualquer interferência sobre as manifestações do Colega daquela Comarca – mesmo porque inconstitucional – continuando esta a fazer parte da sua livre convicção.

Também não se quer aqui fomentar qualquer suspeita contra a independência ou capacidade de atuação de

Colegas do *Parquet*. Porém, penso que em nome de uma maior segurança e de uma maior demarcação de espaço perante a sociedade, a presença de tal promotor se faz indispensável.

Mais importante do que possíveis vaidades, é o reflexo de uma maior seriedade perante a sociedade, para a qual todo e qualquer servidor público, como nós, deve pautar sua atuação.

Conclusão Articulada:

- Nos crimes de grande repercussão é indispensável, um maior acompanhamento por parte do Ministério Público, o qual ocorrerá através do Promotor de Justiça da Comarca onde a violação ocorreu, atuando em conjunto com outro membro do *Parquet* com atribuições perante a Promotoria de Defesa de Direitos Humanos;

- A "Federalização dos crimes" é inconstitucional por ferir cláusula pétrea do "Pacto Federativo" e do Juiz natural.

- Em hipótese de se suscitar o incidente de deslocamento, deve ser conferida oportunidade ao **Ministério Público Estadual** para se manifestar no incidente, em nome do contraditório, da ampla defesa (art. 5º, LV, CF) e do devido processo legal, porque é ou será parte na relação jurídica processual estadual, podendo exercer a defesa de seu espaço de atuação;

Bibliografia Consultada

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Incidente de Deslocamento de Competência n. 01/PA. Decisões monocráticas: www.stj.gov.br.

BONSAGLIA, Mario Luiz. *A questão da proteção federal dos direitos humanos*. ANPR On Line: www.anpr.org.br/bibliote/artigo/bonsaglia.html.

FONTELES, Cláudio. *Decisão nos autos do requerimento de deslocamento de competência n. 1.00.000.011297/2004. Interessados: Fundação Interamericana de Direitos Humanos e outro*. Brasília: Procuradoria- Geral da República, 11. abr. 2005.

MALULY, Jorge Assaf. *A federalização da competência para julgamento dos crimes praticados contra os direitos humanos*. IBCCRim.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos internacionais e jurisdição supra-nacional: a exigência da federalização*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html.

PIOVESAN, Flávia; VIEIRA, Renato Stanziola. *Federalização de crimes contra os direitos humanos: o que temer?* IBCCRim: São Paulo, Boletim IBCCRIM nº 150 - Maio/2005.

PRATS, João Antonio Bastos Garreta. Federalizando crimes; desfigurando uma nação . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 777, 19 ago. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7168>>..

ROCHA, João de Deus Duarte. *Federalização dos crimes. Nota oficial da Conamp*. AMPEP: <http://www.ampep.com.br/apresentasite>.

SCHREIBER, Simone; CASTRO E COSTA, Flávio Dino. *Federalização da competência para julgamento de crimes contra os direitos humanos*. Ajufe: www.ajufe.org.br/index.php?ID_MATERIA=389.

SOUZA, Clarissa da Silva. O princípio do juiz natural e o incidente de deslocamento de competência instituído pela EC nº 45/2004 . **Jus Navigandi**, Teresina, a. 10, n. 867, 17 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto>>.

EXTENSÃO DO PRAZO RECURSAL EM DOBRO AO MINISTÉRIO PÚBLICO EM MATÉRIA CRIMINAL – ART. 5º, § 5º, DA LEI 1.060/50

Glaucio Oshiro

Promotor de Justiça/AC

É sabida e ressabida a consagração do entendimento, quase unânime, oriundo da interpretação literária da lei, de apenas a Defensoria Pública possuir a prerrogativa de ter o prazo de recurso em dobro em matéria criminal, excluindo-se o Ministério Público do âmbito de incidência da norma do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50.

O dispositivo em comento prescreve, *in verbis*, que “*Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as Instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos.*” (grifo nosso).

Pelo conteúdo dessa norma, é possível observar que a Defensoria Pública, sempre assoberbada de trabalho, possui tratamento diferenciado no que toca aos prazos processuais. Nada mais correto e isonômico, posto que, quantitativamente, o Defensor Público, o qual presta assistência judiciária, possui mais trabalho do que o advogado ou defensor particular. Neste aspecto, a lei nada mais fez do que normatizar o conteúdo aristotélico do princípio da igualdade: tratar os iguais com igualdade e com desigualdade os desiguais, na estrita medida em que se desigualem.

Ora, se o Defensor Público, quantitativamente, *ex vi legis* e não por opção, detém um maior ônus laboral, nada mais justo e igualitário que deter também prazos mais elásticos, até mesmo para desincumbir-se com correção do ônus que lhe foi legalmente atribuído.

As mesmas razões devem amoldar-se congruentemente ao Ministério Público.

Porém, antes de tudo, é necessário, porque imprescindível, determinar a exata medida da desigualdade, até mesmo para dar a perfeita compostura aristotélica do princípio da igualdade no tocante aos prazos processuais, restringindo-se especificamente esta breve argumentação ao aspecto atinente aos *recursos*.

A Lei nº 1.060/50 regula, indistintamente, *apenas* a atuação da Defensoria Pública, tanto nos processos cíveis quanto criminais.

Contudo, não é mais possível, hoje em dia, compactuar com a vetusta tese de que, *apenas* para a Defensoria Pública, todos os prazos devem ser computados em dobro. Mais do que nunca, atualmente, luta-se pela igualdade processual e substancial, devendo prevalecer a idéia de que o processo legal seja, realmente, *devido* para ambas as partes. Em outras palavras, o *devido* processo legal é *devido* a ambas as partes.

O questionamento que se faz neste momento é: caberia ao Ministério Público o prazo em dobro para recorrer na seara criminal? Adiantando a solução do problema, entendemos que a prerrogativa deve ser estendida, sim, ao Ministério Público quando se está diante de prazos recursais, os quais integram o *devido* processo legal.

Na lógica jurídica, nenhuma razão plausível justifica a mencionada prerrogativa, em sede penal, apenas e tão-somente à Defensoria Pública. Conforme ensinamentos do Procurador de Justiça de Minas Gerais, JOSÉ FERNANDO MARREIROS SARABANDO (publicado no site www.sindimp.com.br, em 22/10/2004), “*nenhuma explicação dotada de mínima razoabilidade existe para privilégio que tal, máxime em nome do inarredável princípio da equivalência de armas, ou da isonomia processual das partes, em que tanto à Acusação como à Defesa são conferidos os mesmos direitos, os mesmos deveres e as mesmas prerrogativas, sempre em função do necessário equilíbrio dos contendores, no processo*”.

O Procurador mineiro, entretanto, entende que o *privilégio* atribuído apenas à Defensoria Pública deve ser extirpado como norma, no que tange ao prazo em dobro para recorrer em juízo penal. Ou seja, interpreta restritivamente o conteúdo do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50, reduzindo a sua abrangência de atuação, chegando à exegese de que somente na seara cível possui a Defensoria Pública prazo em dobro para recorrer, porquanto só no juízo cível o Ministério Público também tem seu prazo recursal dobrado. Para igualizar, desnuda-se um santo para vestir outro.

Data venia, tal interpretação não pode ser admitida. É que a norma que outorga à Defensoria Pública prazo diferenciado para recorrer integra o próprio *devido* processo legal, expressado pela ampla defesa – isto é, com todos os *recursos* a ela inerentes –, de forma que a criação do dispositivo encontrou sua justificativa nas dobras do princípio da igualdade, como já ficou exposto, sucintamente, acima. Desta forma, o conteúdo do dispositivo sob comento, neste aspecto, é legítimo e constitucional, porque dá substância ao princípio da isonomia.

Realmente, a interpretação restritiva privilegiária, ilegitimamente, o réu abonado, o qual consegue contratar excelentes advogados para prestar-lhe serviços comodamente e, não raras vezes, de forma exclusiva, em detrimento do acusado pobre – aliás, maioria no banco dos réus –, cujo defensor possui muitas outras causas igualmente relevantes e concomitantes.

Além disso, extirpar tal prerrogativa por meio de interpretação restritiva não é concebível quando se trata de matéria atinente aos direitos fundamentais, notadamente quando estão em jogo os interesses do réu em processo penal, no qual o direito à liberdade tem posição de destaque.

Todavia, se por meio de interpretação não é possível restringir tal direito da Defensoria Pública, é possível atribuir ao Ministério Público idêntica prerrogativa por intermédio da hermenêutica?

Opinamos positivamente. É que *odiosa restringenda, benigna amplianda*.

Para explicarmos-nos melhor, é mister fazer, em primeiro lugar, uma interpretação histórica, a qual é sempre essencial para se chegar à teleologia da norma.

O § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50, o qual estabeleceu o privilégio para a Defensoria Pública, só foi acrescentado pela Lei nº 7.871 de 1989.

No processo civil, o Ministério Público tinha e ainda tem o prazo em dobro para recorrer (art. 188 do Código de Processo Civil). O parágrafo advindo com a Lei nº 7.871 foi acrescentado exatamente com o fito de *igualar* as armas dos contendores, pois desde a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 1973 até o ano de 1989, só o Ministério Público possuía um prazo mais elástico para recorrer, fazendo com que a Defensoria Pública sempre restasse prejudicada. Pois bem, a lei de 1989 veio apenas para suprir essa *desigualdade* processual, a qual perdurou por longos 16 anos!

No entretanto, a Lei nº 7.871 foi larga demais, não se limitando apenas ao processo civil. Com isso, após a entrada em vigor desta lei que *deveria* vir para acabar com a desigualdade na seara cível, surgiu a equivocada interpretação de que os prazos em dobro estender-se-iam, na seara penal, apenas para a Defensoria Pública, recriando uma inaceitável discriminação, desta vez no processo penal e em detrimento do Ministério Público, a qual já perdura nada mais nada menos que 18 anos!

Diante desta análise, observa-se, teleologicamente, que em nenhum momento o legislador pretendeu que as armas processuais entre as partes se desigualassem. Ao contrário, com a lei, pretendeu-se sanar a própria desigualdade com que sofria a Defensoria Pública, equiparando suas armas processuais com as do Ministério Público. Com isso, é possível chegar-se à conclusão de que a lei disse mais do que pretendeu (*plus dixit quam voluit*), autorizando a interpretação restritiva.

Todavia, em matéria de direitos fundamentais, não é compossível dar à norma regime de direito estrito. Assim sendo, se a lei não restringiu o alcance da norma não será dado ao intérprete restringi-lo. Deve ocorrer exatamente o contrário: o exegeta deve dar a máxima carga de efetividade à norma que trata de direitos fundamentais.

Em tal grau, quando se trata de direitos fundamentais, o intérprete, por via da hermenêutica, não pode diminuir o espectro de incidência da norma. Pode, todavia, elastecer o seu alcance, porque os direitos fundamentais devem ter a maior carga de efetividade possível, desde que em consonância com outro ou outros princípios fundamentais, como, no caso presente, o princípio da igualdade e do devido processo legal.

Assim, *benigna amplianda*, é perfeitamente concebível e, diante do império do princípio da igualdade, obrigatória a extensão ao Ministério Público do benefício do prazo em dobro para recorrer. A lei e o intérprete não devem favorecer a formação e a conservação das desigualdades, devendo, ao reverso, promover a simetrização.

Para chegar-se à solução da permissividade de o Ministério Público recorrer com prazo em dobro, aliás, não é mister que seja *de lege ferenda*. Decorre isso do próprio arcabouço jurídico, o qual deve ser sistematizado de maneira demiúrgica.

Deveras, o princípio da igualdade é cogente e impositivo. Quando se invoca um fundamento para diferenciar-se situações de desigualdade, todos os entes que se encontram sob o abrigo deste mesmo fundamento devem ter idêntico tratamento jurídico.

Se a Defensoria Pública recebeu tratamento diferenciado por se encontrar em situação de asoberbamento de trabalho, de modo que necessita deste tratamento para desincumbir-se com perfeição do seu ônus, *a fortiori* ao Ministério Público deve ser estendido, simetricamente, o mesmo tratamento, já que se encontra em idêntica situação de exabundante trabalho.

Desse modo, não é nem mesmo necessária a promulgação de lei para dar o suporte jurídico-normativo ao Ministério Público para ter o direito de recorrer tempestivamente utilizando-se do prazo dobrado.

A despeito de sabermos quão tradicional já se tornou essa interpretação emprestada ao § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50, isto é, de apenas a Defensoria Pública poder recorrer com o prazo dobrado, é imperioso haver a mutação interpretativa da norma, dando-se compostura fundamental e irrefragável ao princípio da igualdade.

Ressalte-se que pelo próprio conteúdo igualitário que da norma em comento advém, o qual possui evidente envergadura constitucional, pode-se concluir pela alteração semântica do seu significado sem precisar haver uma alteração sintática da redação.

Apesar da inexistência de norma expressa, conclui-se pela irrestrita possibilidade de o Ministério Público, no âmbito criminal, recorrer tempestivamente dentro do prazo considerado em dobro, estendendo-se-lhe o conteúdo do § 5º do art. 5º da Lei nº 1.060/50, porquanto o próprio princípio constitucional da igualdade não permite que esta norma seja interpretada de outra forma, sob pena de esvaziar e empobrecer o significado dos direitos fundamentais.

FUNDAMENTOS E LIMITES DO PODER INVESTIGATÓRIO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Aline Mendes Franco Lopes

Promotora de Justiça/MS

Exposição

Este estudo tem por finalidade demonstrar a legitimidade do poder investigatório do Ministério Público justificado por suas novas funções institucionais, conferidas pela Constituição Federal de 1988, atenta às diretrizes do Estado democrático de direito. Busca-se através do presente trabalho evidenciar que, justamente em razão de seu papel constitucional de defensor da ordem jurídica, do regime democrático e dos direitos individuais indisponíveis, difusos e coletivos, pode e deve o Ministério Público realizar diligências investigatórias e utilizar-se de seus resultados para a apuração, reparação e aplicação judicial de sanções, em virtude da ocorrência de ilícitos civis, administrativos ou penais. Os limites ao exercício desse poder são tão-somente aqueles delineados pela própria Constituição Federal.

O poder investigatório do Ministério Público fundamenta-se na transformação do papel da instituição, levada a efeito através da evolução do modelo de Estado e das normas constitucionais. No Estado Liberal – caracterizado pela não intervenção do Poder Público nas relações sociais e pela função subsidiária e meramente ordenadora do Direito – o Ministério Público, vinculado orgânica e politicamente ao Poder Executivo, atua como procurador do Estado e acusador dos crimes previstos na legislação. A legislação penal é fruto dos interesses econômicos da classe dominante, preocupada única e tão-somente com a proteção da propriedade privada e do lucro individual. Não interessam os bens comuns e coletivos, de cuja existência e importância não se têm consciência. Tutelam-se os interesses das camadas dominantes, ou seja, a propriedade privada¹. Atuava o *Parquet* como acusador dos chamados “crimes de rua”².

No Estado Social, que sobreveio ao Estado Liberal e detém um perfil intervencionista e muitas vezes autoritário, cabe ao Poder Público promover o bem estar do cidadão e intervir nas relações interpessoais visando o atendimento dos anseios sociais, através da implementação das políticas públicas. O *Parquet* atua no Estado Social, além de órgão acusador, como real provocador e promovedor das políticas públicas necessárias ao atendimento dos direitos do cidadão.

Essa postura inicial de mero acusador de crimes patrimoniais e de crimes que atingem tão-somente bens jurídicos individuais não condiz, entretanto, com a postura do Ministério Público dentro do Estado Democrático de Direito, instaurado pela Constituição Federal de 1988. Neste, o papel do Estado fixa-se em dois pilares: o respeito aos direitos e garantias fundamentais e à Democracia, preservando-se a liberdade conquistada no Estado Liberal, e a responsabilidade social herdada do Estado Intervencionista. Para tanto, o Direito adquire função de potencial transformador social e o *Parquet* atua como defensor do regime democrático e dos interesses sociais, individuais indisponíveis, difusos e coletivos³.

Ciente de suas atribuições constitucionais e de seu novo papel, espera-se do Ministério Público não continuar agindo como mero acusador de crimes de rua. A evolução constitucional e a conquista dos direitos meta-individuais restarão inúteis e infrutíferas se os seus principais agentes efetivadores – o Ministério Público e o Poder

¹ Não se nega que em toda época e em toda sociedade a legislação seja fruto dos interesses da classe que goze, naquele dado momento histórico, de maior representatividade junto à Casa Legislativa. Todavia, chama à atenção a prevalência, no Estado Liberal, dos interesses econômicos da classe detentora dos meios de produção, em detrimento de qualquer outro interesse.

² “Crimes de rua” – também chamados “criminalidade de massa” – são os delitos cometidos freqüentemente por pessoas de origem simples, provenientes de lares desestruturados, praticados geralmente em local público, sem maior planejamento na execução e cometidos por conta de circunstâncias e oportunidades percebidas como favoráveis pelos infratores, motivados, em regra, pela carência financeira. Seja pela ausência de planejamento, seja pelo local em que são praticados, seja pela ausência de complexidade na apuração, esses delitos freqüentemente são investigados pela Polícia e têm sua autoria e materialidade individualizadas. Ex.: furto, roubo, receptação, lesão corporal, etc.

³ Constituição Federal, artigo 127.

Judiciário - permanecerem agindo nos moldes do Estado Liberal. Cabe ao Ministério Público defender os chamados direitos fundamentais de terceira geração⁴ em todos os ramos do ordenamento jurídico. No âmbito penal, deve o *Parquet* agir como efetivo acusador dos "crimes transindividuais" - aqueles que atingem bens jurídicos transindividuais, tais como: sonegação fiscal, corrupção, lavagem de dinheiro, crime ambiental, crime contra a relação de consumo e contra a ordem econômica e o sistema financeiro.

Para que se dê efetividade ao artigo 129 da Constituição Federal é necessário que se rompam as amarras do formalismo inútil e do apego desarrazado ao passado, a fim de permitir ao Ministério Público defender efetivamente os interesses difusos e coletivos, inclusive na esfera penal. A menos que se assuma a responsabilidade por assistir à transformação do artigo 129 da Carta Magna em letra morta, deve-se desatrelar o Ministério Público da fictícia imposição da produção de prova exclusiva pela Polícia.

A atividade investigatória do Ministério Público, realizada de forma pontual e justificada pelas circunstâncias, encontra forte base constitucional e legal.

Valem ser ressaltadas:

a) A cláusula de abertura constante do inciso IX do artigo 129 da Constituição Federal, que trata das funções institucionais do Ministério Público: após enumerar as funções ministeriais, o artigo traz, em seu derradeiro inciso, a seguinte cláusula de abertura: cabe ao Ministério Público "*exercer outras funções que lhe foram conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade, sendo-lhe vedadas a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas*". Através desse inciso, a Constituição Federal tornou evidente que o rol das funções ministeriais do artigo 129 é exemplificativo, e não taxativo. Por isso, outras funções trazidas por lei, desde que compatíveis com a finalidade do Ministério Público e que não ensejem a representação judicial e a consultoria jurídica de entidades públicas, são consideradas também função institucional do *Parquet*. A cláusula de abertura encontra reforço na adesão de nosso sistema constitucional à Teoria dos Poderes Implícitos - *inherent powers* - do direito norte-americano, defendida por Alexandre de Moraes⁵. De acordo com a teoria incorporada ao direito constitucional brasileiro, tendo o Ministério Público a função institucional de promover privativamente a ação penal pública, de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, são a ele conferidas as atribuições necessárias ao efetivo exercício de sua função explícita, entre elas os poderes investigatórios criminais implícitos. Essa é a única interpretação constitucional que atende ao princípio da máxima efetividade das normas constitucionais;

b) A existência de outros procedimentos investigatórios além do Inquérito Policial: prevêem a Constituição Federal e legislação ordinária - esta sempre com amparo na Lei Maior - outros procedimentos investigatórios criminais além do inquérito policial, a cargo de outras autoridades públicas, que não a Polícia Civil, Militar e Federal. Ao Poder Legislativo foi atribuído o poder de realizar investigação, mediante a formação das Comissões Parlamentares de Inquérito⁶. Ao Poder Judiciário cabe a investigação de magistrados envolvidos em práticas criminosas⁷. Ao Presidente do Supremo Tribunal Federal cabe a instauração de investigação para apurar infrações penais ocorridas na sede e dependências da corte máxima⁸. Dentro do Ministério Público da União, cabe ao Procurador-Geral da República a investigação da prática de infração penal por membro do Ministério Público⁹. No âmbito do Poder Executivo, cabe à Receita Federal a instauração de procedimento fiscal para a investigação dos delitos de sonegação fiscal¹⁰; ainda dentro do Ministério da Fazenda, existe o COAF - Conselho de Controle de Atividades Financeiras - a quem cabe a investigação de crimes de "lavagem de dinheiro"¹¹; no Banco Central cabe ao Departamento de Combate a Ilícitos Cambiais e Financeiros - DECIF - a instauração de procedimento administrativo cujo destinatário é o Ministério Público, visando à interposição da ação penal para a apuração de tais ilícitos; e, de acordo com o Código Florestal, os funcionários designados para a fiscalização das infrações florestais devem instaurar e presidir inquéritos policiais para apurar as infrações penais que lesem o meio ambiente¹²;

c) A diferença entre o ato de realizar diligências investigatórias e de instaurar e presidir o inquérito policial: quando o órgão ministerial realiza diligências investigatórias no bojo de um inquérito civil instaurado para a tutela de

⁴ Os direitos fundamentais de terceira geração são identificados como sendo o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, ao patrimônio comum da humanidade e à comunicação; direitos cujos sujeitos não são os indivíduos, mas sim, os grupos de indivíduos, grupos humanos como a família, o povo, a nação e a própria humanidade. Sobre eles: BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 514-524.

⁵ O doutrinador define a Teoria dos Poderes Implícitos como aquela "*pela qual no exercício de sua missão constitucional enumerada, o órgão executivo deveria dispor de todas as funções necessárias, ainda que implícitas, desde que não expressamente limitadas* (Myers *v* Estados Unidos - US 272 - 52, 118)" (MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 1.683-1.685).

⁶ Constituição Federal, artigo 58, § 3º.

⁷ Lei Complementar nº. 35/79, artigo 33.

⁸ Regimento Interno do STF, artigo 43.

⁹ Lei Complementar nº. 75/93, artigo 18, inciso II, alínea "f". A mesma lei aplica-se aos Ministérios Públicos dos Estados por força do seu artigo 80.

¹⁰ Lei nº. 8.137/90, artigo 1º.

¹¹ Lei nº. 9.613/98, artigo 14.

¹² Lei nº. 4.771/65, artigo 33.

um bem jurídico meta-individual e, no curso das investigações, evidencia-se a ocorrência de um ilícito penal, e em virtude disso interpõe uma ação penal, não se pode dizer que o Ministério Público instaurou e presidiu um inquérito policial. Em verdade, o *Parquet* realizou diligências investigatórias na intenção de tutelar civilmente um determinado bem. Essas diligências levaram à ciência da ocorrência de um crime, à produção de provas da autoria e materialidade e à interposição de uma ação penal. O órgão ministerial atuou dando efetividade à norma constitucional que atribuiu à instituição a defesa dos interesses difusos e coletivos;

d) A base legal do poder investigatório do Ministério Público: diversos diplomas legais, devidamente amparados pela Constituição Federal – que conferiu ao Ministério Público, entre outras, a importante função institucional de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos aos direitos assegurados na Carta Magna – dão azo à atividade investigatória pelo Ministério Público. São eles: Lei Complementar nº. 75/93, artigo 8º, caput e inciso V; Lei nº. 8625/93, artigo 26; Lei nº. 8.069/90, artigo 201, inciso VII; Lei nº. 10.741/03, artigo 74, inciso VI; Código de Processo Penal, artigos 4º, parágrafo único, 27, 39, §5º, 12 e 46, §1º¹³.

e) A não exclusividade da investigação criminal pela Polícia Judiciária: uma análise acurada dos dispositivos constitucionais que tratam da atividade policial não deixa dúvidas quanto à não-exclusividade da atividade. Assim dispõe a Constituição Federal:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para 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.

§1.º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:

I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da união ou de suas atividades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II – prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III – exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV – exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

§4.º As polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.” (grifo acrescentado).

Vê-se que a função de “apurar infrações penais” (inciso I do §1º) está dissociada da função exclusiva de “polícia judiciária da União” (inciso IV do mesmo parágrafo). As duas funções não se confundem e, por isso, somente tem o caráter de exclusividade a função de “polícia judiciária da União” e não a de “apurar infrações penais”.

Conclusão objetiva

O poder investigatório do Ministério Público tem esteio no próprio Estado Democrático de Direito e no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, que estabeleceu como finalidade do Estado Democrático de Direito 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 da sociedade. Se na realidade atual, em determinados casos, somente é possível atingir as finalidades constitucionais mediante o reconhecimento da existência do poder investigatório do Ministério Público, e esse poder é alicerçado na Constituição Federal e na legislação vigente, não há razões para negar a possibilidade de o Ministério Público realizar diligências investigatórias.

¹³ Em outubro de 2006 foi expedida pelo Conselho Nacional do Ministério Público a Resolução nº. 13, que disciplina a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal no âmbito do Ministério Público. Não se fala, como já salientado alhures, em instauração de Inquérito Policial pelo Promotor de Justiça, e sim em procedimento administrativo próprio. Visando obter declaração da inconstitucionalidade da Resolução do CNMP foi interposta pela Ordem dos Advogados do Brasil, em dezembro de 2006, a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 3836, que se encontra em tramitação e na qual não foi exarada nenhuma decisão suspendendo a eficácia do ato normativo, até a data da conclusão deste estudo.

No Estado Democrático de Direito, o Ministério Público – não mais atrelado ao Poder Público – tem o dever de atuar de forma dinâmica e eficiente no combate à criminalidade organizada, cuja ofensividade atinge bens jurídicos de reconhecida e elevada importância, seja pela sua essencialidade, seja pela abrangência de sua titularidade.

Despertada a consciência pública a respeito da existência e importância dos bens jurídicos meta-individuais, não pode o Ministério Público ver sua atuação, na defesa desses interesses, restrita ao âmbito civil ou administrativo. Sendo o Ministério Público nomeado pela Constituição Federal como defensor dos interesses sociais e transindividuais, sua atuação deve ser ampla e irrestrita, condizente com sua relevante função dentro do Estado Democrático de Direito.

Para que o Ministério Público dê cumprimento a seu novo papel determinado pelo Estado Democrático de Direito, é necessário impedir que se restrinja sua força acusatória - a provocação do Estado-Juiz para o exercício do *jus puniendi* - aos delitos clássicos, de cunho patrimonial e individual; e sim possibilitar que a instituição atue de forma abrangente, irrestrita, tutelando os novos valores constitucionais, alcançando a criminalidade organizada que corrói o sistema tributário e financeiro, o meio ambiente, a segurança, a moralidade pública e a sociedade como um todo. No Estado Democrático de Direito cabe ao Ministério Público defender os direitos de terceira geração em todos os ramos do ordenamento jurídico. No âmbito penal, deve o *Parquet* agir como efetivo acusador dos crimes transindividuais.

É ilógico que se confira ao Ministério Público a importante função de defensor da ordem pública, do Estado Democrático de Direito, dos direitos difusos e coletivos e retire dele os instrumentos necessários para a defesa de tão relevantes bens jurídicos. Não se pode admitir que a legitimidade conferida pela Constituição Federal ao Ministério Público para a interposição da ação penal pública seja repassada indevidamente à Polícia Judiciária, com uma inversão de papéis que agride a Constituição, beneficiando o “crime organizado” pela desnaturalização da principal função do Ministério Público¹⁴.

Não se pode admitir o enfraquecimento da força punitiva do Estado em razão da negativa dessa extensão pontual da titularidade da investigação criminal. A fim de concretizar a máxima efetividade das funções constitucionais do Ministério Público, é necessário que não se impeça ou crie obstáculos à atuação ministerial no âmbito criminal quando, atuando na defesa dos interesses difusos e coletivos dentro de um inquérito civil, o órgão de execução tome conhecimento de um ilícito penal.

Não é crível que, após a realização de diligências investigatórias em procedimento administrativo que vise à apuração de ilícito civil ou administrativo, tendo o *Parquet* tomado conhecimento da ocorrência também de um ilícito penal, seja obrigado a calar-se, a omitir-se, em razão de a Constituição Federal não haver previsto expressamente a possibilidade de interposição de ação penal em decorrência de fatos delituosos vindos à tona por meio de procedimento presidido pelo Promotor de Justiça. Nem se pode exigir que o Ministério Público, em tal situação, remeta o resultado de sua investigação à Polícia Civil, a qual, após avaliar a atividade realizada pelo *Parquet*, elabora um inquérito policial e o encaminha ao Juízo, para que este abra vistas do caderno investigatório ao órgão ministerial a fim de que este, só então, possa interpor a competente ação penal. Nesse caso, atuaria o Ministério Público não em favor do Estado, e sim em favor do infrator, beneficiado pela prescrição. Tais interpretações levariam à absurda redução das funções institucionais do Ministério Público, contrariando o já citado princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.

Da mesma forma, quando a Autoridade Policial conclui pelo arquivamento do inquérito policial e, remetidos os autos ao Ministério Público, entende o Promotor de Justiça que não é caso de arquivamento e sim de produção de novas provas, às quais tem fácil acesso, não está obrigado o *Parquet* a requerer o retorno dos autos à Delegacia de Polícia para a realização de novas diligências, nos termos do artigo 18 do Código de Processo Penal, e, inevitavelmente, contar com a imparcialidade e irrestrita dedicação da autoridade policial que, em seu íntimo, entende já estar satisfatoriamente cumprida a sua função investigativa. Pode e deve o Ministério Público, em tal caso, prosseguir nas investigações, pois não está vinculado ao entendimento da autoridade policial que presidiu o inquérito policial. A única saída prática e permitida pelo o artigo 47 do Código de Processo Penal é o reconhecimento do poder investigatório do Ministério Público.

Igualmente, quando o órgão ministerial em primeira instância requer o arquivamento do inquérito policial e o Juiz, discordando, remete os autos ao Procurador-Geral de Justiça com fundamento no artigo 28 do Código de Processo Penal, e o Procurador-Geral de Justiça, por sua vez, entende que não é caso de arquivamento, não está o órgão dirigente do Ministério Público vinculado ao entendimento da autoridade policial que presidiu o Inquérito

¹⁴ Restringir a atuação do Ministério Público à interposição somente das ações penais decorrentes de provas produzidas em inquéritos policiais teria por consequência uma indesejada inversão dos papéis constitucionais: a legitimidade da ação penal pública passaria à Polícia Judiciária, à qual caberia a determinação de quais delitos seriam denunciados perante a Justiça. E - mais grave - o exercício de uma função atribuída pela própria Constituição Federal ao Ministério Público estaria sendo limitado pela atuação de outro órgão, o que feriria a garantia também constitucional da autonomia funcional do órgão ministerial. Atribuir à Polícia Judiciária a legitimidade para a ação penal pública e retirar do Ministério Público a sua função mais característica.

Policial. Pode e deve o Procurador-Geral remeter os autos a outro órgão ministerial que poderá abrir procedimento administrativo para a realização de novas diligências, caso sejam necessárias para o oferecimento da ação penal¹⁵.

Para que não haja dúvidas quanto à questão, é necessário esclarecer vez por todas: ao tratar do poder investigatório do Ministério Público, não se está questionando a existência ou não da atribuição privativa da Polícia Judiciária de presidir o inquérito policial, e sim defendendo a possibilidade de o *Parquet* realizar diligências investigatórias a fim de alicerçar a interposição da ação penal pública, para a defesa dos interesses meta-individuais que a Constituição Federal conferiu a todos os cidadãos e para a qual foi instituído defensor.

Não há que se falar em usurpação de atribuições constitucionais, pois não se pretende afastar a atuação da Polícia, e sim permitir, dentro da legalidade, que o Estado realmente atue de forma eficaz no combate ao crime, aliando forças e dando aplicabilidade ao imperativo constitucional da cooperação, segundo o qual, apesar da separação de poderes, todos os órgãos do Estado devem atuar de forma a cooperar entre si buscando realizar os fins do Estado.

O que se pretende é que, havendo necessidade e mostrando-se adequado ao caso concreto, possa o órgão ministerial, amparado na Constituição Federal e na defesa dos direitos difusos e coletivos protegidos pelo Estado Democrático de Direito, realizar diligências buscando a individualização da autoria e da materialidade de determinado fato criminoso que chegue, por qualquer razão, ao seu conhecimento. Quanto à presidência e à condução do Inquérito Policial, não se pretende afastar a atribuição do órgão que sempre dela se desincumbiu.

Quanto aos limites do poder investigatório do Ministério Público, tendo sido esse poder atribuído ao Ministério Público pela Constituição Federal, os limites ao seu exercício encontram-se unicamente na própria Constituição.

Em primeiro lugar, ressaltem-se os limites previstos na cláusula de abertura constante do inciso IX do artigo 129 da Lei Maior, que, ao atribuir ao *Parquet* outras funções, estabelece como limites: a compatibilidade da função com a sua finalidade institucional e a vedação da representação judicial e da consultoria jurídica a entidades públicas.

Em segundo, saliente-se a adesão da atuação ministerial aos critérios de oportunidade e conveniência, analisados em cada caso concreto. Pois não se deseja a criação de um "Ministério Público-Policial"¹⁶ e sim a destruição de um dogma que se impõe como um grande obstáculo à realização das funções constitucionais atribuídas ao Ministério Público.

Impõem-se como limite ao poder investigatório do Ministério Público também os limites existentes para o exercício de todo e qualquer poder estatal, ou seja, o respeito aos direitos e às garantias individuais do cidadão previstos em diversos dispositivos da Constituição Federal e, precipuamente, em seu artigo 5º, que é a pedra fundamental sobre a qual se construiu e se mantém o Estado Democrático de Direito.

Por fim, sendo o Ministério Público a instituição eleita pela Constituição Federal como defensora dos direitos fundamentais, não se presume que os órgãos componentes da instituição venham a feri-los. Todavia, como a instituição é composta por humanos e humanos são passíveis de erro, os atos investigatórios do Ministério Público serão objeto de fiscalização e controle como todos os demais atos ministeriais, seja através de seus órgãos internos, seja através do Poder Judiciário.

Desta forma, respeitando o *Parquet* os direitos e garantias fundamentais do cidadão e atendendo às limitações preconizadas no artigo 129 da Constituição Federal, pode e deve realizar diligências investigatórias para efetivamente dar cabo de suas funções constitucionais.

Referências Bibliográficas

BARATTA, Alessandro, 1999, p. 110 apud STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

BARBOSA, Joaquim. *Voto no julgamento do Inquérito 1.968-2/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/VotoBarbosaInq1968.pdf>>. Acesso em 03 nov. 2006.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *O Poder Judiciário e a efetividade da nova Constituição*. Revista Forense 304/152 apud CLÈVE, Clémerson Merlin. *Investigação Criminal e Ministério Público*, Jus Navegandi, Teresina, a. 8, nº. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em 03 nov. 2006.

BARROSO, Luis Roberto. *A nova interpretação constitucional*. 2ª ed. Renovar: Rio de Janeiro, 2006.

_____. *Investigação pelo Ministério Público*. Argumentos contrários e a favor. A síntese possível e necessária. Disponível em: <<http://www.mp.ce.gov.br/centrosv2/caoceap/textos/poderinv.pdf>> Acesso em 03 jul. 2007.

¹⁵ O procedimento é previsto no artigo 3º da Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público nº. 13, de 02.10.2006.

¹⁶ Expressão trazida por STRECK e FIELDENS em: STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.
- BRITO, Carlos Ayres. *Voto no julgamento do Inquérito 1.968-2/DF*. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br/noticias/imprensa/ultimas/ler.asp?CODIGO=104123&tip=UN&param=>>>. Acesso em 19 nov. 2006.
- CERQUEIRA, Thales Tácito Pontes Luz de Pádua: *Prática forense*. Disponível em: <http://www.diex.com.br/materia/int_trabalho/thales_18_02_05.pdf>. Acesso em 29 abr. 2007
- CLÈVE, Clémerson Merlin. *Investigação Criminal e Ministério Público*, Jus Navegandi, Teresina, a. 8, n°. 450, 30 set. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=5760>>. Acesso em 03 nov. 2006.
- CNMP, Resolução 13. Disponível em: <<http://www.cnmp.gov.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resolucoes-index>>. Acesso em 29 abr. 2007.
- FONTES, Paulo Gustavo Guedes. *Regras do jogo: Não existe exclusividade da Polícia em investigações*. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/29847.1>>. Acesso em 03 jul. 2007.
- GALLONI, Bráulio Cezar da Silva. *Hermenêutica constitucional*. São Paulo: Pillares, 2005.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2005.
- GRANZOTTO, Claudio Geoffroy. *A Resolução nº 13 do CNMP atribui poderes investigatórios ao Parquet*. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1252, 5 dez. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9242>>. Acesso em 03 jul. 2007.
- LIMA, Marcellus Polastri. *Ministério Público e persecução criminal*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2002.
- LIMA, Carlos Fernando dos Santos e ARAS, Vladimir. *Proibição de MP investigar vai prejudicar caso Banestado*. Curitiba: prpr, 2004. Disponível em: <<http://www.prpr.mpf.gov.br/arquivos/externas/000080.php>>. Acesso em: 19 nov.2006.
- MAURIQUE, Jorge Antônio. *Combate à criminalidade: poder investigatório do MP deve ser formalizado diz Ajufe*. Brasília: Consultor Jurídico, 2004. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/30781.1>>. Acesso em: 19 nov.2006.
- MARQUES, José Frederico, 2000, p. 81 *apud* GARCIA, *op. Cit.*
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Garantias Constitucionais do Ministério Público*, in *Livro de Teses do 9º Congresso Nacional do Ministério Público*, Salvador, 1992.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada*. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- MOREIRA, Rômulo de Andrade. *Ministério Público e poder investigatório criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 04, n. 42, jun. 2000. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1055>>. Acesso em 19 nov. 2006.
- NARDINI, Maurício José. *Investigação criminal presidida por promotor de Justiça: admissível, possível e legal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 1, n. 20, out. 1997. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1053>>. Acesso em 20 nov. 2006.
- NEVES, Luciana. *Investigação criminal pelo Ministério Público*. Disponível em: <<http://www.amprs.org.br/images/luciananeves.pdf>>. Acesso em 29 abr. 2007.
- SANTOS, Célio Jacinto dos. *No processo penal, quem pode o mais não pode o menos*. Teresina: Jus Navegandi, 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5631>>. Acesso em: 20 nov.2006.
- SILVA, Aloísio Firmo Guimarães da; ARAUJO, Maria Emília Moraes de et al. *Ainda e sempre a investigação criminal direta pelo Ministério Público*. Jus Navigandi, Teresina, ano 3, n. 31, maio 1999. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1054>>. Acesso em 20 nov. 2006.
- STRECK, Lenio Luiz e FELDENS, Luciano. *Crime e Constituição: a legitimidade da função investigatória do Ministério Público*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 20020/SP. 5ª T. Relator: Min. Félix Fischer. Brasília-DF, 16 de novembro de 1997. 02.09.2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 25.238. Relator: Min. Jorge Scartezini, Brasília-DF, 02 de março de 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 26.543. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Brasília-DF, 01 de março de 2005.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus nº. 34.151. Relator: Min. José Arnaldo da Fonseca, Brasília-DF, 27 de abril de 2004.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 11.637. Relator: Min. Vicente Leal, Brasília-DF, 06 de dezembro de 2001.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº. 16.659. Relator: Min. Nilson Naves. Brasília-DF, 17 de fevereiro de 2005.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº. 3.309-3. Relator: Min. Carlos Velloso.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 75.769-3. Relator: Min. Octávio Gallotti. Brasília-DF, 16 de novembro de 1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso em Habeas Corpus nº. 81.326-7. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília-DF, 01 de agosto de 2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº. 89.837-8. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília-DF, 16 de outubro de 2006.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 205.473-9. Relator: Min. Carlos Mário Velloso. Brasília-DF, 19 de março de 1999.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº. 233.072-4. Relator: Min. Nelson Jobim. Brasília-DF, 03 de maio de 2002.

IMPESSOALIDADE E IMPARCIALIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AÇÃO PENAL

Valter Foleto Santin

Promotor de Justiça/SP

Resumo: O trabalho procura definir a condição de parte impessoal do Ministério Público na ação penal, diferentemente do juiz que possui imparcialidade na condução e decisão da causa.

Palavras-chave: Ação penal. Ministério Público. Parte. Impessoal. Impessoalidade. Imparcial. Imparcialidade.

1. INTRODUÇÃO

O vínculo processual penal é formado tradicionalmente por juiz, autor e réu, em que o juiz decide a controvérsia imparcialmente, em face das atividades probatórias e processuais e alegações das partes.

A condição do Ministério Público, autor da ação penal pública, é peculiar, porque promove a acusação e pode pleitear a absolvição do acusado. A indefinição da posição jurídica do Ministério Público é motivo de insatisfação, com a pretensão nesta oportunidade de despertar as atenções e a rediscussão do tema. O Ministério Público na ação penal seria parte imparcial ou parte impessoal?

2. JUSTIFICATIVA

O processo é caracterizado por uma relação jurídico-processual, que para a sua constituição e desenvolvimento formata-se numa relação triangular, *actum trium personarum*, exigindo a presença e participação de sujeitos processuais principais ou essenciais, o juiz, o autor e o réu (Julio Fabbrini Mirabete, *Processo Penal*, 18ª ed., Atlas, p. 324-326; Fernando da Costa Tourinho Filho, *Manual de Processo Penal*, 8ª ed., Saraiva, p. 359-364; Guilherme de Souza Nucci, *Manual de Processo Penal e Execução Penal*, 2ª ed., RT, p. 503).

O processo acusatório é delineado pela separação das funções de acusar, defender e julgar, atribuídas a órgãos diferentes, marcantes no nosso sistema constitucional por privatividade da ação penal pública pelo Ministério Público (art. 129, I, da Constituição Federal), obrigatoriedade da defesa penal (art. 5º, LXIII, CF), inerência do direito de defesa aos princípios do devido processo legal, ampla defesa e contraditório (art. 5º, LIV e LV, CF), atividade essencial da advocacia e da defensoria (arts. 133 e 134, CF) e função jurisdicional na lesão ou ameaça a direito (art. 5º, XXXV, CF), em julgamento público e fundamentado (art. 93, IX, CF).

A imparcialidade constitui capacidade especial do juiz para o exercício jurisdicional (Mirabete, op. cit., p. 326), essencial para o cumprimento da missão (Tourinho Filho, op. cit., p. 18). O juiz deve se colocar entre e acima das partes, pressuposto para validade da relação processual, devendo o órgão ser subjetivamente capaz, como garantia de justiça para as partes (Cintra, Grinover e Dinamarco, *Teoria geral do processo*, p. 52-53).

A imparcialidade é característica da função judicante, pressuposto do juiz para prestação jurisdicional e regularidade processual (arts. 251 e seguintes, do Código de Processo Penal), inerente ao devido processo legal, pois a sua ausência caracteriza intervenção no resultado do processo e nulidade processual (art. 564, I, CPP). A quebra da isonomia processual (art. 5º, caput, da Constituição Federal), em razão da atuação do juiz em favor de uma parte, contraria a exigência de imparcialidade do julgador. A atividade judicial deve ter ligação com a obrigação de julgamento público e por decisão fundamentada (art. 93, IX, CF), que pressupõe evidentemente a instauração de processo e litígio (art. 5º, LV, CF), conduzido pela autoridade competente (art. 5º, LIII, CF), em consonância com o devido processo legal (art. 5º, LIV, CF) e os princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF).

O processo de partes pressupõe igualdade de condições, direitos, ônus e obrigações processuais, na participação dos litigantes das fases processuais, desde o acesso à justiça, exercício do direito de ação e de defesa, produção de provas, alegações e recursos até o direito de motivação e apreciação dos argumentos das partes na decisão judicial.

O próprio processo de partes traz inato que os participantes principais do processo sejam considerados "partes", com contraposição do acusador e da defesa entre si, mediados pelo juiz, sujeito imparcial, *super partes*, este encarregado de solucionar o conflito decorrente da dialética processual (Giandomenico Pisapia, *Relazione introduttiva*, in Il pubblico ministero oggi, XVIII Convegno di studio "Enrico de Nicola": Problemi attuali di diritto e procedura penale, *passim*; Francisco Saverio Borrelli, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, op. cit., *passim*; Delfino Siracusano, *Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale*, op. cit., *passim*). Sobre o processo acusatório vide Cintra, Grinover e Dinamarco, op. cit., p. 58; Tourinho Filho, op. cit., p. 18; Mirabete, op. cit., p. 21-22; Nucci, op. cit., p. 103-106; Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, p. 40-41; Edilson Mougenot Bonfim, *Curso de Processo Penal*, p. 28-32.

O autor e o réu são partes, pela parcialidade da sua atuação, um em favor da acusação e o outro, da defesa. O juiz, mediador, não é parte; é imparcial, um sujeito processual considerado não-parte. Há dicotomia entre imparcialidade e parcialidade, porque a imparcialidade decorre da condição de não-parte do juiz e a parcialidade tem relação direta com a posição de partes dos sujeitos processuais ativo e passivo da relação processual penal. A parte não pode ser imparcial; a atuação imparcial não condiz com a condição de parte.

É conhecida a indefinição da verdadeira posição processual do Ministério Público, em virtude da sua condição peculiar na relação processual penal, a merecer melhor verificação e qualificação jurídica. A doutrina considera o Ministério Público como parte instrumental ou parte original (Fernando da Costa Tourinho Filho, op. cit., p. 348; Fernando Capez, op. cit., p. 160) ou parte imparcial (Magalhães Noronha, *Curso de Direito Processual Penal*, p. 140; Tourinho Filho, op. cit., p. 348; Mirabete, op. cit., p. 333; Guilherme de Souza Nucci, op. cit., p. 513; Edilson Mougenot Bonfim, op. cit., p. 346-348).

Porém, as palavras de Piero Calamandrei são marcantes sobre as dificuldades de exercício do cargo de Ministério Público, porque "como sustentáculo da acusação, devia ser tão parcial como um advogado; como guarda inflexível da lei, devia ser tão imparcial como um juiz", num absurdo psicológico possível decorrente da postura de "advogado sem paixão, juiz sem imparcialidade", pelo risco de "perder, por amor da sinceridade, a generosa combatividade do defensor ou, por amor da polêmica, a objetividade sem paixão do magistrado" (*Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*, 7ª ed., Livraria Clássica, Lisboa, p. 59).

A condição de parte do Ministério Público no processo penal é a mais aceita, mesmo que funcione como órgão acusatório representante do Estado na persecução penal, observando que o próprio juiz também representa o Estado no exercício da função jurisdicional, e até mesmo a defesa pode ser exercitada por órgão estatal, a Defensoria Pública. O maior questionamento em relação ao Ministério Público consiste na adjetivação da condição de parte, pela consideração de parte "imparcial" ou necessidade de "imparcialidade" na sua atuação. Parece-me que a melhor adjetivação para o Ministério Público na ação penal pública é de parte "impessoal".

Segundo aponta a professora Odete Medauar os princípios da impessoalidade, moralidade e publicidade apresentam-se intrincados de maneira profunda, em instrumentalização recíproca. A impessoalidade configura-se meio para atuações dentro da moralidade. A publicidade dificulta medidas contrárias à moralidade e impessoalidade. A moralidade implica observância da impessoalidade e publicidade (*A processualidade no Direito Administrativo*, p. 88-89).

Neste contexto, impessoalidade, imparcialidade e objetividade envolvem a idéia de atuação de funcionários em nome do órgão, com igualdade de tratamento dos administrados e com objetivo de atender ao interesse público. Impede-se o atendimento a objetivos pessoais (antipatias, simpatias, objetivos de vingança, represálias, "trocos", nepotismo e favorecimentos diversos). Vide Meduar, op. cit., p. 90; Valter Foleto Santin, *A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa*, p. 887.

No seu trabalho processual, o membro do Ministério Público deve pleitear a produção de provas favoráveis e desfavoráveis ao acusado, dentro do cumprimento da finalidade institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, Constituição Federal), mesmo porque no exercício da ação penal (art. 129, I, CF) o órgão acusador não é obrigado a buscar sempre a condenação do acusado, devendo pleitear a absolvição de inocentes, tudo no intuito de promover a Justiça. A visão mais correta da atividade do Ministério Público refere-se à atuação impessoal, de acordo com o princípio da impessoalidade (art. 37, caput, CF), devendo o seu membro agir com objetividade, sem a intenção de beneficiar ou prejudicar o indiciado ou acusado ou a vítima por razões pessoais ou subjetivas, até porque a sua atividade processual consiste na promoção e execução da lei (art. 257, do Código de Processo Penal), exatamente a busca da finalidade do princípio da legalidade (art. 37, caput, CF). Sobre a impessoalidade na investigação criminal vide Valter Foleto Santin, *O Ministério Público na investigação criminal*, *passim*.

Portanto, o Ministério Público deve ser qualificado como parte impessoal, de acordo com o princípio constitucional da impessoalidade, porque a imparcialidade é apenas inerente à função judiciária no processo, em que o juiz imparcial deve ser considerado como não-parte.

3. CONCLUSÃO

Assim, conclui-se:

- a) o Ministério Público é parte impessoal no processo penal, sendo incorreta a sua qualificação jurídica como parte imparcial;
- b) a imparcialidade é característica especial do exercício da jurisdição, atividade exclusiva do juiz, para a validade e regularidade da relação processual.

BIBLIOGRAFIA

BONFIM, Edilson Mougnot. *Curso de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BORRELLI, Francisco Saverio. "Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale". In: *Il pubblico ministero oggi*, XVIII Convegno di studio "Enrico de Nicola": Problemi attuali di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1994, p. 29-35.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 7ª ed., Lisboa: Livraria Clássica.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 7ª ed., São Paulo: RT, 1990.

MEDUAR, Odete. *A processualidade no Direito Administrativo*. São Paulo: RT, 1993.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.

NORONHA, E. Magalhães Noronha. *Curso de Direito Processual Penal*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1990.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2ª ed., São Paulo: RT, 2006.

PISAPIA, Giandomenico. "Relazione introduttiva". In: *Il pubblico ministero oggi*, XVIII Convegno di studio "Enrico de Nicola": Problemi attuali di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1994, p. 15-23.

SANTIN, Valter Foletto. *O Ministério Público na investigação criminal*. 2ª ed., Bauru: Edipro, 2007.

_____. "A indenização dos danos morais por ferimento ao princípio constitucional da moralidade administrativa". In: *12º Congresso Nacional do Ministério Público*. Fortaleza: ACMP, 1998, t. III, p. 882-901.

SIRACUSANO, Delfino. "Il ruolo del pubblico ministero nel nuovo processo penale". In: *Il pubblico ministero oggi*, XVIII Convegno di studio "Enrico de Nicola": Problemi attuali di diritto e procedura penale. Milano: Giuffrè, 1994, p. 39-43.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Manual de Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

IMPUTABILIDADE RELATIVA

Armando Lúcio Ribeiro

Promotor de Justiça/RN

SÍNTESE DOGMÁTICA/FUNDAMENTAÇÃO

Os reclamos sociais em face da crescente delinquência juvenil e a constatação da necessidade de revisão dos critérios de fixação de uma idade mínima a partir da qual um indivíduo possa vir a ser considerado imputável são elementos que a comunidade jurídica não pode desprezar no seu mister operacional, devendo evoluir pensamentos dentro de uma realidade de informações. Assim germina a idéia da implantação de uma maioria penal relativa, até mesmo como corolário da individualização da pena e da incessante procura da equidade.

1. JUSTIFICATIVA

Buscar o máximo rigor da aplicação da pena para aquele que abandonou recentemente a faixa da inimizabilidade absoluta ou manter-se inerte diante de uma transgressão penal da autoria de quem milita em seu favor uma cogitação cronológica elaborada na primeira metade do século XX, quando sabemos dos avanços verificados nos mais diversos campos da ciência, desenvolvimento e conhecimento humano, em geral, se constituem em um mesmo anacronismo.

Nesse contexto, impõe-se a necessidade de integração das ciências e produção de novas vias para enfrentamento da incômoda realidade, pelo menos para quem se propõe a colaborar na construção de mecanismos que resultem no bem-estar social.

2. A POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO PENAL

2.1 Conceituação de imputabilidade

Elemento integrante da culpabilidade, a imputabilidade “é a possibilidade de se atribuir a alguém a responsabilidade por algum fato, ou seja, o conjunto de condições pessoais que dá ao agente a capacidade para lhe ser juridicamente imputada a prática de uma infração penal”.¹

Na doutrina encontramos noções em torno da imputabilidade que esteiam a idéia de íntima correlação entre os elementos “compreensão da conduta” e “possibilidade de imputação”, vindo de Magalhães Noronha o ensinamento de que imputabilidade:

É o conjunto de requisitos pessoais que conferem ao indivíduo capacidade, para que, juridicamente, lhe possa ser atribuído um fato delituoso. Pelos próprios termos do art. 26, imputável é a pessoa capaz de entender o caráter ilícito do fato e de determinar-se de acordo com esse entendimento. Sinteticamente, pode dizer-se que a imputabilidade é a capacidade que tem o indivíduo de compreender a ilicitude de seu ato e de livremente querer praticá-lo.²

Assim, a capacidade de entendimento que conduz à compreensão, pelo agente, do caráter criminoso demonstrado por seu comportamento, conduz, inexoravelmente, à idéia de imputabilidade. Por lógico, pois não se concebe seja alguém punido sem que o ato por ele praticado fosse permeado de consciência de ilicitude, tanto quanto é

¹ GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte geral*. 7. vol. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

² NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 1. vol. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

humanamente descabido que, tendo essa compreensão, fique à margem da aplicação da lei penal sob o argumento de ser inimputável.

2.1 Inimputabilidade relativa

A idéia não advém, como desavisadamente pode ser suscitada, de ocorrências históricas do momento – embora a conhecida predisposição para uma legislação de avalanches que por vezes nos acomete –, mas de uma reflexão em torno da adoção de medidas que melhor possam refletir a nossa realidade. Ora, desde a tentativa de implantação de um novo Código Penal em 1969, já tínhamos a previsão de uma inimputabilidade ou imputabilidade relativa: o seu artigo 33 estabelecia o parâmetro do discernimento baseado no critério biopsicológico. Havia a expressa previsão de aplicação de pena àqueles situados na faixa etária entre 16 e 18 anos, com redução de 1/3 até 1/2 da pena, assim os situados nessa faixa entendessem o caráter delituoso do ato.

Algumas críticas pairavam em torno da necessidade da realização de exame criminológico para aferição desse estado, contudo a construção de um estado justo e preocupado com a boa aplicação de suas normas não pode se deixar vencer pelas primeiras dificuldades devendo aparelhar seus órgãos de aplicação e controle legais para os desideratos exigidos pelos instrumentos que venham a ser criados.

Há que se ponderar que a verdadeira individualização da pena reclama a existência de uma maioria penal relativa, para que, no caso concreto, com base em diagnósticos das ciências auxiliares, o aplicador do direito possa avaliar a intensidade de consciência daquele que está sendo julgado.

O atual presidente da Ordem dos Advogados do Brasil da seção do Estado de São Paulo (reeleito), Luiz Flávio Borges D'Urso, que já exerceu a presidência da Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas, sobre esse aspecto assim já ponderou:

Os adolescentes infratores, com idade entre 12 e 18 anos, precisariam ser submetidos a um exame 'multidisciplinar', que obedeceria a um 'critério biopsicológico', para avaliar se eles "entenderam o caráter criminoso de sua conduta". Se o adolescente já possui um desenvolvimento físico e mental suficiente, deveria responder por seu ato criminoso, como se fosse maior.

Evidentemente que há profunda reflexão e responsabilidade nessas afirmações, mormente quando destaca a necessidade de criação de estabelecimentos penais específicos para a população carcerária oriunda dessa categoria de neo-imputáveis, o que não se constituiria embaraço, uma vez que o nosso sistema penitenciário poderia facilmente comportar novas especialidades, a exemplo dos já existentes presídios femininos, federais, e para policiais.

3. CRITÉRIO DO LEGISLADOR BRASILEIRO - MOMENTO HISTÓRICO

Embora seja registrado às escâncaras que o nosso ordenamento jurídico adota o critério biopsicológico para a determinação da inimputabilidade, no particular tema que versa sobre a maioria penal ele é nitidamente biológico, confundindo-se com a nomenclatura "etário". Aponta o eminente Nelson Hungria que esse posicionamento é:

Inspirado principalmente por um critério de política criminal colocou os menores de 18 anos inteira e irrestritamente à margem do direito penal, deixando-os apenas sujeitos às medidas de pedagogia corretiva do Código de Menores. Não cuidou da maior ou menor precocidade psíquica desses menores, declarando-os por presunção absoluta, desprovidos das condições da responsabilidade penal, isto é o entendimento ético-jurídico e a faculdade de autogoverno.³

Ora, pelo critério biopsicológico, considera-se inimputável todo aquele que, ao tempo da infração penal, não tinha capacidade de entender o caráter criminoso do fato, nem de determinar-se conforme esse entendimento, em face de doença mental ou de desenvolvimento mental incompleto ou retardado. Que fazer, então, diante de uma situação em que um indivíduo com idade inferior aos dezoito anos incide em um ilícito penal, mesmo entendendo o caráter criminoso e que possa ter determinação conforme preconiza o legislador? Seria justo e, onde a equidade de ser considerada uma pessoa imputável ou não apenas na virada de um dia para outro?

Abalizadas vozes jurídicas nacionais têm criticado a existência isolada desse critério "etário" em que somente a idade do indivíduo é fator para definir sua condição de imputável. É como se houvesse uma linha imaginária a partir da qual se adquire consciência plena, produzindo profundas modificações no intelecto humano. Sabemos que tal não ocorre, e que essa chegada à plenitude do discernimento ocorre por etapas e em diferentes estágios individuais. Daí a necessidade de uma relativização, nos moldes de uma responsabilidade penal diminuída, como propõe o douto Cezar Bitencourt:

Admitimos, de lege ferenda, a possibilidade de uma terceira via: nem a responsabilidade penal do nosso Código Penal, nem as medidas terapêuticas do Estatuto da Criança e do Adolescente, mas uma responsabilidade penal diminuída, com conseqüências diferenciadas, para os infratores jovens com idade entre dezesseis e vinte e um anos...⁴

³ HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, t. II.

⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Vol. I. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

Não se colocar à reflexão exigida pelo tema é dormir sobre um barril de pólvora, podendo ser observado o esforço de muitos países em produzir textos legislativos atuais em busca de uma maior eficácia dos seus instrumentos. A perplexidade do “estalo” na consciência de ilicitude é assim abordada por Borges D’Urso:

Um minuto antes de completar a idade marco de 18 anos, o indivíduo, conforme a lei, não tem a compreensão de sua conduta criminosa. No minuto seguinte, após a meia-noite, completados os 18 anos, ele deixa de ser incapaz e passa a ter consciência da ilicitude praticada. O critério vem demonstrando eficácia duvidosa e está sendo abandonado por muitos países.⁵

Após pontuar que algumas nações estão utilizando em larga escala o critério biopsicológico para os crimes violentos, e por isso mesmo definindo uma faixa intermediária de imputabilidade por idade cronológica, prossegue o advogado criminalista:

Nesse espectro se faz avaliação para saber se o jovem pode ou não responder por sua conduta, desde que entenda o caráter criminoso do seu comportamento. Diante dessa tendência mundial, o sistema da legislação brasileira precisaria ser debatido, com equilíbrio e cautela, assim como a possível adoção do critério biopsicológico.

Psicanalista e professora da Associação de Psicanálise de Curitiba, Lúcia Cavalcanti pondera, no entanto, que tudo é uma questão de educação, que principia desde o berço e que nesse período proposto para uma faixa etária de relatividade o indivíduo *já deveria estar capacitado a reconhecer e aceitar as normas da sociedade. Se cometer um crime, é porque isso não aconteceu. Colocá-lo numa prisão não vai ajudar a educá-lo, assim como também não ajuda alguém mais velho.*

“Imputação mitigada” é a nomenclatura que preferiu utilizar em sua obra o saudoso membro do Ministério Público Paulista Antônio Tomaz Bentivoglio, quando, refletindo com olhos científicos a necessidade de estabelecimento de novo critério, tanto porque justo não seria a pura redução da maioridade penal, tampouco reine a impunidade para o portador de convencimento ou consciência e ilicitude, expondo assim seu posicionamento:

A criação de outras faixas de responsabilização penal, capaz, de par e passo, conscientizar a sociedade e seus membros de que cada violação da norma penal corresponde a uma sanção, ainda que se atentando para as características etárias do violador. Trata-se, como se vê, da chamada “imputação mitigada”, adotada entre outras, pela legislação penal Italiana. (...) Dar ao adolescente, ainda não inteiramente formado, tratamento símile ao do infrator adulto viola a realidade científica e não traz, em mesmo a sociedade a sociedade, qualquer vantagem evidente. A adoção, por outro lado, da responsabilidade mitigada” evita que crianças e adolescentes infratores sejam colocados todos na mesma vala, como inimputáveis absolutos, às vezes, convivendo dentro da mesma instituição.⁶

É certa a existência de movimentos populares pugnando pela redução da maioridade penal, em decorrência de momentos cada vez mais próximos, de ocorrências violentas envolvendo jovens que o atual parâmetro da imputabilidade penal ainda não conseguiu alcançar. Tem-se até isso como forma de incentivo. É voz corrente que os jovens beirando a maioridade são recrutados por criminosos, justamente pela pouca eficácia de aplicação das medidas contidas na legislação específica, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente. Nesse diapasão, verificando a chaga que a delinquência juvenil abre na sociedade, abre-se a perspectiva, pela opinião pública, de adoção de critérios tendentes a estancar esses acontecimentos. No dizer dos doutos, *a opinião pública, assim considerada, é um ‘estado de opinião’, isso é, uma interpretação consolidada de certa realidade social e um acordo básico sobre a necessidade e o modo de influir sobre a mesma.*⁷

Nada obstante a cautela que se deve ter para que não se embarque em movimentos do tipo “lei e ordem”, temos por indiscutível a força da participação popular na formação de instrumentos jurídicos que auxiliem a convivência social harmônica, afinal é função precípua da lei proporcionar bem-estar àqueles que devam viver sob sua égide. Nesse sentido, pondera a doutrina:

Com efeito, a opinião pública desempenha um papel capital na aplicação do sistema jurídico e, assim, deve intervir efetivamente no seu processo de construção. Ainda que não seja necessário modificá-lo, o direito penal está condenado a ser letra morta se não for vivido pelo povo, isto é, sustentado pela opinião popular.⁸

Edílson Mougenot Bonfim, defendendo a adoção de parâmetros legislativos que atendam à realidade nacional, e não à realidade virtual, com maestria, defende o direito de pensarmos por nossa e, conseqüentemente, buscarmos soluções para os problemas exigidos por nossa sociedade, enfim, o direito a uma produção científica no campo das ciências jurídicas e sociais ditada pelas necessidades nacionais. Enfatiza:

⁵ D’URSO, Luiz Flávio Borges. *A impunidade e a maioridade penal* - Correio Braziliense - 3 de março de 2007.

⁶ BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. “Imputabilidade”. In: Revista Infância & Cidadania, vol.2 - Munir Cury (org.). São Paulo: InorAdopt, 1998. p. 21/22;

⁷ RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005, p. 31.

⁸ DOTI, René Ariel. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

Incumbe é pensar, valorizar, buscar o referencial axiológico aqui mesmo. Sem a superafetação quantas vezes bocó do magister dixit, -- o mestre disse, diz ou dirá --; o mestre europeu, italiano, alemão, espanhol, americano, argentino falou, "é lei!"⁹

4. POSIÇÃO DA PSIQUIATRIA FORENSE E OUTRAS CIÊNCIAS

Partindo-se da constatação que uma orientação geral para o estabelecimento da maioridade penal, somente de forma absoluta, atingindo o indivíduo 18 anos de idade, há necessidade de buscar-se a época em que tal proposta foi formulada, e percebe-se que é uma construção mental da primeira metade do século XX. Vozes de ciências auxiliares, como a psiquiatria, contestam a manutenção desses paradigmas, conforme se depreende desse posicionamento de Arthur Kaufman, Professor Doutor do Departamento de Psiquiatria da FMUSP:

Ocorre que, na época em que foi decidida tal idade, as pessoas de 18 anos eram muito mais ingênuas, mais "crianças" do que nos dias de hoje. Especialmente após a introdução do Novo Código Civil - que outorga plenos poderes aos maiores de 18, considerando-os maiores absolutamente capazes e antecipando a maioridade civil (que até então só ocorria aos 21 anos) - um cidadão de 18 anos há muito já não é criança. Aos 16 já é tido como relativamente capaz, com poderes para trabalhar e, inclusive, escolher seus governantes. Os crimes praticados por jovens são cada vez mais frequentes e comuns.¹⁰

Com acerto, considera o professor Paulista que quem dispõe de consciência, discernimento, ao praticar determinados tipos de crimes, deve ser considerado imputável. Diz mais, formulando um abalizado juízo, que para portadores de alguns transtornos psiquiátricos uma medida de internação por até três anos, como é a máxima permitida aos inimputáveis por menoridade, a recuperação é infinitamente duvidosa, afirmando, *litteris*:

Os portadores de problemas graves de personalidade, tais como a sociopatia e a psicopatia, não costumam beneficiar-se por medicações, e atividades como sócio e psicoterapia têm efeito bastante limitado, ao contrário do que ocorre com pacientes neuróticos, ou mesmo com psicóticos. É evidente, portanto, que um período de internação de três anos não tem efeito sequer paliativo. Para a perversidade inata, não há tratamento médico, não existe reeducação possível em três anos, e talvez nem sequer em 30.

A medicina legal é capaz de responder às estipulações do artigo 26 e seu parágrafo único do Código Penal, informando o grau de compreensão do ilícito de que era detentor o agente na época do fato. O Código de Processo Penal, em seus artigos 149 e seguintes, para as situações dessa natureza, já regulamenta o processamento desse incidente, sendo perfeitamente aplicáveis às situações de uma estabelecida maioridade penal relativa.

Da estatística, colhemos que, conforme esmagadora maioria de entrevistados, há um sentimento favorável à redução da maioridade penal. No ano de 2006, a Agência Estado publicou pesquisa da responsabilidade da Toledo & Associados que, entrevistando 3.100, colheu que 87,9% dos brasileiros são a favor da redução da idade penal de 18 para 16 anos. O sítio www.educacional.com.br, por seu turno, divulgou que em pesquisa realizada entre 923 usuários professores, contabilizou que sobre o mesmo tema 683 entrevistados, que corresponde a 74%, são favoráveis à redução da idade penal.

Estatísticas que revelam número reduzido de cometimento de atos infracionais por indivíduos que estariam na faixa de maioridade penal relativa - e que por isso mesmo indiquem o ínfimo reflexo no combate à violência a adoção desse novo enfoque que propomos -, não podem desprezar que a própria cultura e quase certeza das frustrantes medidas da lei especial (estatuto da criança e do adolescente) inibem a denúncia desses atos tidos como infracionais, o que culmina na subestimação dos dados, incorporando-se ao rol das infrações não notificadas e, portanto, não contabilizadas, porquanto somente uma análise sem compromisso com o real pode abstrair essa omissão na alimentação dos dados em torno da violência urbana.

Sob encomenda da Associação dos Magistrados Brasileiros, a Universidade Federal do Rio Grande do Sul realizou junto a 1.017 juízes de diversos estados pesquisa sobre a aprovação da redução da maioridade penal, como fator para mitigação da violência, concluindo que 583 são de opinião que deve haver uma redução dos 18 para 16 anos de idade. (Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4218>>. Acesso em: 22.jul. 2007.)

De resto, constata-se a Ciência Penal não pode se transformar em uma ilha refratária tanto aos anseios sociais como aos indicadores de outros ramos científicos. Não existe o verdadeiro direito penal, aquele que se pretenda guardião e última instância para a tranquilidade social, sem a interação de outros segmentos, sendo, por isso mesmo, que estudiosos do assunto já firmaram entendimento de que:

Detectada a impossibilidade de a Ciência Penal permanecer como sistema fechado, alheio aos influxos do sistema social, a consequência lógica é admitir a abertura do sistema penal à complexidade social e suas necessidades e, a partir daí, orientar-se para a solução dos problemas.¹¹

⁹ *Direito Penal da Sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997, p. 146

¹⁰ Kaufman, Arthur. *Revista de Psiquiatria Clínica. Maioridade Penal*. Vol.31 no.2 São Paulo 2004

¹¹ CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa*. Uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005.

5. ABORDAGEM DO TEMA NO DIREITO COMPARADO

A questão da fixação da maioria ou maioridades no âmbito penal e, em consequência, definir a partir de qual idade o indivíduo passa a ser imputável, é tema que cada Estado soberano deve cuidar, tendo em vista estudos de sua respectiva realidade, buscando-se parâmetros compatíveis com as situações vividas na sociedade, sendo certo que diante de realidades diferentes não seria possível uma uniformização. Grande parte incrementa em seus ordenamentos legislações específicas para evitar a impunidade.

O que demarca uma tomada de posição pode muito bem ser as exigências sociais em menor ou maior grau de tolerância. Não existe uniformidade de procedimentos, dependendo do grau de tolerância de cada nação para fixar parâmetros para a determinação da idade penal. Igualmente se dá entre nós, aos dezoito anos, atingem a maioria penal os franceses, colombianos e nascidos em Luxemburgo, entre outros.

A par desses e outros que fixam em termos absolutos uma única idade para cessação da inimputabilidade decorrente da menoridade, há legislações que adotam com grande êxito uma posição intermediária, em que são observadas condições de discernimento ou mesmo da gravidade do crime cometido, para o reconhecimento da imputabilidade. Na França, excepcionalmente, há previsão de menoridade relativa entre os treze e os dezoito anos. No Reino Unido, a maioria penal é de vinte e um anos quando se tratar de crimes comuns; de dez anos, quando se tratar de crimes hediondos. Aos dezessete anos um indivíduo deixa de ser imputável em razão da menoridade na Polônia. Entre os nossos vizinhos argentinos é possível a condenação criminal de uma pessoa com dezesseis anos. Essa idade diminui para quinze anos entre os nórdicos Dinamarca, Noruega e Finlândia; para quatorze anos, na Alemanha, Armênia, Áustria, China, Itália, Coreia do Sul, Japão e Haiti; para treze anos, em alguns casos, na Espanha; para doze, no Equador e Líbano; para dez, na Malásia; para nove, no Iraque; para oito, na Líbia; para sete na Austrália, Egito, Kuwait, Suíça e Trinidad e Tobago. Bélgica, Portugal, Chile, Cuba e Israel prevêm em seus ordenamentos jurídicos a imputabilidade a partir dos 16 anos de idade, sendo que este último cogita de uma maioria relativa a partir dos doze anos de idade.

Com seu sistema confederativo, nos Estados Unidos, prolifera uma diversidade de legislação entre sua meia centena de estados, porém há uma estipulação pacífica de que, em todos eles, é sacramentado que a partir dos dezoito anos de idade, o indivíduo passa a ser considerado imputável para fins penais, sem embargo de que alguns Estados consideram imputáveis desde os quatorze anos de idade um indivíduo que cometa crime que a lei local considere grave.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não propomos simplesmente a redução da maioria penal, porém um estudo que melhor defina o tema, sempre com a preocupação de tornar mais equânime a aplicação da lei penal.

Diante dos argumentos aqui levantados, urge que se busquem soluções para o enfrentamento do tema, colocando como foco o aperfeiçoamento dos institutos jurídicos, destacando-se, pontualmente:

- a) Busca de equilíbrio entre direitos individuais e coletivos, de forma que se amadureçam os anseios sociais e que não resultem esses mesmos reclamos, em mais um amontoado de regras obtusas e em descompasso com a política criminal de que a sociedade necessita;
- b) Estabelecimento de uma maioria relativa, com vertentes que acolham uma *imputação mitigada* ou *responsabilidade penal diminuída*, que afastem tanto uma séria sensação de impunidade, como o rigorismo de riscos decorrentes de generalizações, posto que a pretensão de justa aplicação da lei penal não pode ser desvinculada da individualização das responsabilidades.
- c) À semelhança do questionamento de ordem médico-legal aplicado àqueles que já situados em faixa de verificação de discernimento e compreensão do caráter delituoso, sejam os que se situem na faixa de maioria penal relativa aos mesmos exames para verificação de imputabilidade.

BIBLIOGRAFIA

- BENTIVOGLIO, Antônio Tomás. "Imputabilidade". In: Revista Infância & Cidadania, vol.2 - Munir Cury (org.). São Paulo: InorAdopt, 1998.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal. Vol. I. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- EDILSON, Mougenot Bonfim. *Direito Penal da Sociedade*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1997.
- CAVALCANTI, Eduardo Medeiros. *Crime e Sociedade Complexa*. Uma abordagem interdisciplinar sobre o processo de criminalização. Campinas: LZN, 2005.
- DOTTI, René Ariel. *Reforma Penal Brasileira*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. *A impunidade e a maioria penal* - Correio Braziliense - -3 de março de 2007.
- GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. *Direito penal: parte geral*. 7. vol. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HUNGRIA, Nelson, Comentários ao Código Penal, 3. ed. t. II. Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- KAUFMAN, Arthur. Revista de Psiquiatria Clínica. Maioridade Penal. Vol.31 no.2 São Paulo, 2004
- NORONHA, E. Magalhães. *Direito penal: introdução e parte geral*. 1. vol. 33. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- RIPOLLÉS, José Luis Díez. *A racionalidade das Leis Penais*. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: RT, 2005.

IN DUBIO PRO TORTURADO SISTEMA DE LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ

Nadilson Portilho Gomes

Promotor 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, do CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. O Órgão do Ministério Público deve, sempre que possível, adotar o entendimento a favor da vítima de tortura (*in dubio pro torturado*).

2. Deve tratar com prioridade as denúncias de tortura, adotando todas as medidas cabíveis e diligências no caso em exame, de forma célere e acompanhada.

FUNDAMENTAÇÃO

1 Introdução

A vítima de tortura passa, na maioria das vezes, por tragédia única e pessoal, no sentido de contar com a dor e traumas de uma violência ímpar e ser testemunha sozinha de sua própria desgraça e do desalento de ter que provar que fora realmente vítima do seu algoz aos olhares de operadores de direito que primam, tradicionalmente, pela versão do agressor.

As circunstâncias peculiares dos cometimentos das violências da tortura, locais de consumação e condições das vítimas fazem questionar sobre a fragilidade do “*in dubio pro reo*” ou do “*in dubio pro stereotipo*”, verdadeiros escudos protetivos dos agressores, mas de aplicar-se o entendimento em favor do ofendido, o que já ocorre nos crimes sexuais. Nesse sentido:

Induvidoso que nos crimes sexuais, a palavra da vítima, quando em harmonia com os demais elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria e às circunstâncias do crime. Precedente (STF - 2ª Turma, HC 79.850-1, rel. Min. Maurício Corrêa). Nesta direção, posiciona-se a corrente pretoriana, inclusive do STJ: A palavra da vítima, nos crimes contra os costumes, quando em perfeita harmonia com outros elementos de certeza dos autos, reveste-se de valor probante e autoriza a conclusão quanto à autoria por ela apontada (STJ - 6ª - HC 9.289 - rel. Min. Fernando Gonçalves). Os crimes contra os costumes são dos que se procura cometer entre quatro paredes às ocultas, horas mortas, sem vigília de ninguém. Bem por isso as vítimas são suas grandes testemunhas. Descrer delas, só quando se arregimentam elementos seguros de que têm imaginação doentia ou agem por vingança irracional (RT 455/332).

Semelhantemente aos crimes sexuais, os delitos de tortura ocorrem às escondidas, em lugares ermos, longe de testemunhas, onde os seus autores, na maior parte das vezes, valem-se das condições indefesas das vítimas para perpetrarem suas maldades.

A aplicação do brocardo latino do “*in dubio pro reo*” aos casos de tortura mostra-se incompatível com a nova ordem constitucional brasileira e internacional que visa coibir e reprimir essa prática. Em outras palavras, a mínima dúvida não deve militar em favor do acusado como regra, mas em apoio à vítima.

A luta pela repressão dessa praga abominável deve ser abraçada por todos os operadores de direito sobre diversas formas, em especial, diante do olhar diferenciado dessa violência sob o prisma prioritário da vítima e não do violador de direitos.

2 Objeto

Pretende-se discutir aqui, não o poder-dever da ação penal no crime de tortura pelo MP sob a ótica formal, mas o enfrentamento dessa grave violência do ponto de vista material, à vista dos elementos de prova disponíveis.

3 Funções constitucionais do MP, princípios do processo penal e interpretação

A atual ordem constitucional define o Ministério Público 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 (CF, art. 127). E não só, estabelece como função do MP a promoção privativa da ação penal pública, na forma da lei. Com isso, assegurou ao MP a defesa da sociedade frente a maioria dos crimes, especialmente àqueles graves, merecedores de especial proteção do Estado diante de suas repulsividades e intolâncias sociais, tais como o de tortura, prevendo tratamento severo. Porém, o rigor previsto diante dos casos de violência de tortura não tem sido adotados a contento pelos doutrinadores, estudiosos, juízes e tribunais brasileiros.

O princípio do *in dubio pro societate* (na dúvida, a favor da sociedade), aplicável na fase da pronúncia nos crimes dolosos contra a vida, não serve para os casos de tortura, pois encerra juízo de admissibilidade indevido para esse tipo de delito.

Por sua vez, o do *in dubio pro reo*, utilizado largamente no juízo singular, não serve para, realmente, traduzir o que espera-se do processo penal relativo às violências de tortura, na medida em que acaba por favorecer o torturador em detrimento da indefesa vítima, naturalmente taxada de culpada por ser agredida ou provocadora dos atentados sofridos, a qual é considerada desmerecedora de credibilidade por seu comportamento, antecedentes criminais, envolvimento em delito, condição social, simples parentesco ou conhecimento com bandidos, rixa com policiais ou desentendimentos anteriores com agressores ou mera rebeldia, por estar presa, por fugir do ergástulo, por não confirmar os atos praticados pelos denunciados, por calar, mentir e, naturalmente, temer. Inegavelmente, traduzindo-se em verdadeiro “*in dubio pro stereotipo*”, isto é, na dúvida, a favor do estereótipo, como bem já assinalaram os seguintes julgados:

A alegação de tortura, desacompanhada de prova e partindo de preso foragido de penitenciária e considerado de alta periculosidade, não oferece credibilidade (TJSC – HC 9.695 – SC – 1ª C. Crim. – Rel. Dês. Nauro Collaço – DJSC 25.03.91 – p. 9). **A versão de que a confissão policial fora obtida mediante tortura, sem prova convincente, não merece guarita, mormente diante da presunção de legitimidade dos atos praticados por autoridades públicas** (TJMS – Acr – Classe A – XII – N. 54.749-3 – Miranda – 1ª T. Crim. – Rel. Dês. Gilberto da Silva Castro – J. 21.10.97). **Alegação de tortura que em nenhum momento se provou não há como poder ser considerada: o que não está nos autos, não está no mundo** (STF – HC 73565 – SC – 2ª T. – Rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 20.09.96). **Se o réu em sua defesa alega que a confissão foi obtida após sessões de tortura e afogamento, a ele cabe demonstrar a veracidade das alegações. Não conseguindo provar o alegado, admite-se a confissão feita com riqueza de detalhes** (TJMT – Acr 1.918/94 – Classe I – 14 – Várzea Grande – 1ª C. Crim. – Rel. Dês. Carlos Avallone – J. 04.04.95). **Valoração da prova. Princípio do livre convencimento do juiz. O juiz aprecia livremente a prova dos autos, indicando os motivos que lhe formam o convencimento. O número de testemunhas não é relevante para a comprovação de um fato, mas sim a idoneidade e a credibilidade do depoimento, eis que o Direito atual, tendo repellido o sistema da prova legal, repudia o brocardo jusromanista do *testius unius, testius nullius*. Desconsiderar o passado impecável de uma autoridade, bem como o seu elogiável perfil profissional, para dar credibilidade ao que disseram testemunhas a respeito da apologia à tortura que teria sido feita no recesso de um gabinete importaria a versão do valor das provas e na própria negação do direito processual** (TJRJ – AC 9.376/1999 – AC. 04111999) – 2ª C. Cív. – Rel. Dês. Sérgio Cavalieri Filho – J. 10.08.99). **É válida a prova produzida pelos depoimentos dos policiais que participaram da prisão do agente, não podendo o julgador suspeitar, por princípio, daqueles que o próprio Estado encarrega de zelar pela segurança da população** (TJRJ – Acr. 180/99 – (Reg. 200.599) – 1ª C. Crim. – rel. p/o Ac. Dês. Ricardo Bustamante – J. 23.03.1999). **A prova testemunhal obtida por depoimento de agente policial não se desclassifica na suposição de que tende a demonstrar a validade do trabalho realizado; é preciso evidenciar que ele tenha interesse particular na investigação ou, tal como ocorre com as demais testemunhas, que suas declarações não se harmonizem com outras provas idôneas. Precedente** (TJSC – Acr. 98.001935-4 – SC – 1º C. Crim. Rel. Des. Amaral e Silva – J. 28.04.98).

Sem dúvida, a ênfase da necessidade de dar credibilidade à palavra da vítima nos crimes contra os costumes, reconhecida como vértice de todas as provas, de forma unânime pela jurisprudência dominante, deve ser estendida aos casos de tortura, se assim não fosse, da mesma forma que, dificilmente alguém seria condenado como sedutor, corruptor, estuprador etc., não o seria pela tortura, uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não poderem ser praticadas à vista de outrem.

A liberdade de convicção confere ao juiz a faculdade de decidir conforme o seu convencimento, com base em qualquer das provas dos autos a que dê mais crédito e validade.

Não há ofensa à presunção de inocência na escolha da versão da vítima face a mesma não se dar de forma desregrada, mas apoiada nos elementos coligidos nos autos, integrantes de conjunto probatório firme e uníssono, onde meras contradições ou vacilações sobre fatos ou circunstâncias acessórias não tem o condão de elidir ou fazer cair as suas declarações.

Da mesma forma, deve-se estar atento, nesses processos, para o exame da vítima, pois “*quando a infração*

deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado" (art. 158 do CPP), *"não sendo possível o exame de corpo de delito, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir-lhe a falta*, conforme o art. 167, do CPP. Ainda, para as diligências que, no curso da instrução ou antes de proferir sentença, o juiz, de ofício, poderá determinar para dirimir dúvida sobre ponto relevante.

Mas isso não basta, é preciso o acompanhamento cerrado das investigações e da instrução criminal nesses casos para que o inquérito ou processo não desvirtuem-se em abuso de autoridade, lesões corporais contra os agressores ou de desacato, corrupção, contravenção de perturbação ao trabalho e sossego, ou delitos mais graves contra as vítimas, ou enseje o arquivamento pela "ausência de provas" ou pela ocorrência da prescrição ou decadência.

Isso sem contar, o "desaparecimento" misterioso da vítima e testemunhas diante das ameaças, temor do agressor e aliciamento, de conceitos de influência e poderio, inclusive fuga forjada dos presos da prisão para desmerecer ainda mais o torturado.

Por outro lado, existem várias jurisprudências de abuso de autoridade que adotaram o entendimento a favor da vítima, pelos crimes terem sido praticados nos recintos das delegacias e ambientes prisionais, sem testemunhas externas, por agentes da lei:

ABUSO DE AUTORIDADE – CRIME COMETIDO POR POLICIAIS CONTRA PRESO NO INTERIOR DE CADEIA PÚBLICA – PROVA PARA A CONDENAÇÃO – PALAVRA DA VÍTIMA E DEPOIMENTOS DE OUTROS DETENTOS – VALIDADE – RECURSO DESPROVIDO – As violências contra pessoas presas, praticadas na prisão, entre quatro paredes, via de regra não têm testemunhas de vista, daí tanta impunidade. Mas se os depoimentos dos ofendidos são convincentes, firmes, verossímeis, é possível a condenação (JC 25/436). (TJSC – Acr. 97.003218-8 – 1ª C. Cr. – Rel. Des. Nilton Macedo Machado – J. 27.05.97).

PROVA – CRIME DE ABUSO DE AUTORIDADE – PALAVRAS DA VÍTIMA – VALOR – ENTENDIMENTO – Em se tratando de crime de abuso de autoridade acontecido no recinto de delegacia de polícia, longe das vistas de testemunhas, a oposição entre a versão do acusado e a do ofendido resolve-se por meio da prova indiciária, sendo apta à condenação a incriminação feita pelo sujeito passivo, que, harmônico e coerente, permaneceu inabalado durante todos os trâmites processuais (TACRIMSP – Acr. 716.883 – 2ª C. – rel. Juiz Haroldo Luz – J. 06.08.92).

Assim também deve ser o entendimento a ser adotado para os casos de tortura, por uma questão de justiça.

Da mesma forma, não deve-se furtar em fazer justiça sob mera alegação de falta de prova, desprezando-se o indício, conforme prevê o art. 239 do CPP, *"considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias"*.

O indício vale como qualquer outra prova e impossível o estabelecimento de regras práticas para apreciação do quadro indiciário. Em cada caso concreto, incumbe ao juiz sopesar a valia desse contexto e admiti-lo como prova, à luz do art. 239, do CPP. Uma coleção de indícios, coerentes e concatenados, pode gerar a certeza reclamada para a condenação (TACRIMSP – Ap. 1.108.809/6 – 11ª C. Crim. – Rel. Juiz Renato Nalini – J. 28/06/1998) (02.758/583).

CONCLUSÃO

Deve ser adotado o princípio do "in dubio pro torturado" nos casos postos à apreciação do Ministério Público, sempre que possível.

As investigações e as instruções criminais dos casos de tortura devem ter atenção especial por parte do MP, de forma a garantir-se a preservação das provas e a busca da verdade real dado o caráter único desses tipos de violências, a necessidade de suas prevenções e repressões rigorosas e situação singular de fragilidade da vítima.

Com isso, estar-se-à combatendo, verdadeiramente, a *"grande distância entre a estrutura das disposições constitucionais e as instituições legais criadas para defender os direitos humanos, e a persistente violência e falta de garantias práticas que assolam alguns âmbitos sociais e geográficos, e que o sistema judicial, primeira salvaguarda das garantias que oferece o Estado, padece de lentidão, formalismos complexos e desnecessários e debilidades institucionais"*². Também, esse *"resultado da impunidade institucionalizada de funcionários policiais por seus próprios abusos ou grupos de delinqüentes protegidos pela polícia ou da inoperância do sistema judicial"*. E buscando-se preservar a integridade física ou moral do ser humano, direito fundamental

LEI Nº 11.340/06

PREVENÇÃO E TRATAMENTO – NOVAS FORMAS DE ABORDAGEM NA QUESTÃO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER

Karla Bugarib e Elaine Caravellas

Promotoras de Justiça/SP

Justificativa. *A violência doméstica é uma realidade mundial e reconhecida como problema de saúde pública, face às suas consequências. A necessidade de estabelecimento de normas que buscassem a prevenção e o combate a este tipo de delito, considerado crime contra os direitos humanos, sensibilizou órgãos internacionais, os quais inclusive fizeram uma série de recomendações ao Brasil em virtude do caso de Maria da Penha Fernandes, vítima de tentativa de homicídio praticada por seu marido. Foi o primeiro caso reconhecido internacionalmente como de violência doméstica, bem como constituiu-se no primeiro reconhecimento de descumprimento da Convenção de Belém do Pará.*

O que se observa, entretanto é que a prevenção e o combate à violência doméstica implicam numa mudança de crença e paradigmas. A visão popular de que existe “mulher que gosta de apanhar” ou de que não se deve intervir “em briga de marido e mulher” precisa ser substituída pela noção real de que a violência doméstica tem um custo muito elevado para toda a população, na medida em que se reflete na vida e saúde da sociedade, que não deve tolerar a convivência com qualquer espécie de violência. É preciso ter a consciência que, de uma maneira ou de outra, o que se passa dentro de cada família vai se refletir na comunidade como um todo e que ignorar a existência de um problema não o soluciona.

Os dados estatísticos, a abrangência mundial do problema relacionado à violência doméstica e familiar e suas consequências evidenciam a seriedade com a qual o assunto deve ser tratado, bem como revelam a importância da efetiva intervenção estatal para prevenção, controle e combate da questão.

A Lei 11.340/06 avança de maneira inovadora, na medida em que prevê a implementação obrigatória de política pública para solução do problema, reconhecendo-o como uma questão de saúde pública e com impacto em toda a sociedade, que por força de lei, deverá ser orientada e esclarecida acerca da gravidade e das consequências da violência doméstica e familiar.

O Ministério Público tem papel fundamental na garantia de aplicação da lei, de maneira a garantir sua eficácia e se mostrar atuante na prevenção e combate de crimes de tamanha relevância social.

1. Introdução

A Lei 11.340, de 7 de agosto de 2006, batizada de “Lei Maria da Penha”, veio atender ao clamor de vários grupos e entidades que buscavam maior rigor na resposta estatal à violência doméstica, especialmente depois da repercussão de casos como o de Maria da Penha Fernandes.

Em 1983, em Fortaleza/CE, Maria da Penha Fernandes foi vítima de dupla tentativa de homicídio praticada por seu marido Marco Antonio Heredia Viveiros, que já a agredia, bem como suas filhas, há vários anos. Denunciado em 1984, Marco Antonio foi pronunciado em 1986 e submetido a julgamento popular em 1991, quando foi condenado. Este primeiro julgamento foi anulado por vício processual e Marco Antonio foi submetido a novo julgamento em 1996, quando foi condenado a dez anos e seis meses de reclusão. Desta decisão também houve recurso e, em 2001, sem que ainda houvesse sentença definitiva, Maria da Penha, juntamente com o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e com o Comitê Latino Americano de Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) peticionou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos alegando tolerância da República Federativa do Brasil para com seu caso.

É certo que a violência doméstica e, mais especificamente, contra a mulher, não aflige somente as brasileiras.

Segundo dados da Organização Mundial de Saúde (OMS), quase metade das mulheres assassinadas no mundo são vítimas dos maridos ou companheiros. A violência contra mulher é considerada pela organização um dos mais graves problemas que atinge a humanidade e está entre as principais causas de morte de mulheres entre 15 e 44

anos. Dados colhidos em setenta países levantou que 70% das mulheres são vítimas de violência doméstica, 20% das mulheres e 10% dos homens são vítimas de abuso sexual na infância, 30% das primeiras experiências sexuais são forçadas e 5% dos idosos são vítimas de abusos no lar. Os índices apurados em diferentes países mostram que o problema é mundial, não se restringindo aos países menos desenvolvidos. A título de exemplo, a proporção de mulheres agredidas por parceiros no mundo foi de 29% no Canadá (1991/92); 34% no Egito (1995/98); 28% na Nicarágua (1998); 21% na Suíça (1994/96); 10% no Paraguai (1995/96) e 22% nos Estados Unidos (1995/96)¹.

No ano de 1993, a Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos em Viena reconheceu formalmente a violência contra as mulheres como violação aos direitos humanos, sendo importante ressaltar, também que esse tipo de violência já é reconhecido internacionalmente como problema de saúde pública, afetando o bem-estar das comunidades como um todo. Um levantamento do Banco Mundial mostra que: 1) um em cada cinco dias de falta ao trabalho no mundo é causado pela violência sofrida pelas mulheres dentro de suas casas; 2) a cada cinco anos a mulher perde um ano de vida saudável se sofre violência doméstica; 3) o estupro e a violência doméstica são causas importantes de incapacidade e morte de mulheres em idade produtiva; 4) na América Latina e Caribe a violência doméstica atinge entre 25 e 50% das mulheres; 5) no Canadá um estudo estimou que os custos da violência contra as mulheres superam um bilhão de dólares canadenses por ano em serviços, incluindo polícia, sistema de justiça criminal, aconselhamento e capacitação; 6) nos Estados Unidos este custo é estimado entre cinco e dez bilhões de dólares ao ano; 7) nos países em desenvolvimento estima-se que entre 5 a 16% de anos de vida saudável são perdidos pelas mulheres em idade reprodutiva como resultado da violência doméstica. No mesmo sentido, estudo do Banco Interamericano de Desenvolvimento estimou que o custo total da violência doméstica oscila entre 1,6% e 2% em média do PIB de um país².

No Brasil, pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo em 2001, por meio do Núcleo de Opinião Pública, levantou que 11% das mulheres entrevistadas, num total de 61,5 milhões, sofreu espancamento pelo menos uma vez, sendo que 31% declararam que a última vez que isso ocorreu foi nos últimos doze meses anteriores à pesquisa. Uma projeção destes dados relativa ao ano de 2001, quando foi elaborada a pesquisa, mostra que, no Brasil, uma mulher é espancada a cada quinze segundos³.

Outra pesquisa feita pelo Instituto Patrícia Galvão e IBOPE, em setembro de 2004, levantou que 91% dos entrevistados, homens e mulheres, considerava muito grave a agressão da mulher pelo marido ou companheiro e 90% achavam que o agressor deveria sofrer processo e ser encaminhado para reeducação. O contraste entre as respostas dadas pelos entrevistados, assim como o número reduzido de processos criminais sobre violência doméstica chamam atenção e demonstram como a questão permanece encoberta por fatores como a vergonha e o medo. Conforme a mesma pesquisa, 86% dos entrevistados rejeitaram a ideia de que a mulher deveria suportar agressões em prol da estabilidade familiar, contudo, 16% dos homens e 13% das mulheres admitiram que há situações que justificariam agressões do homem contra a mulher⁴.

Os dados estatísticos acima referidos refletem que a violência doméstica é uma realidade mundial, bem como que suas consequências revelam a seriedade com que o assunto deve ser tratado.

Com efeito, levando-se em conta, por exemplo, a projeção estatística de que no Brasil uma mulher é espancada a cada 15 segundos, não se pode deixar de indagar quantas são as pessoas, além destas mulheres, atingidas pela violência doméstica. Quantas crianças, filhos ou enteados, por exemplo, também não figuram, quer como atores ou expectadores desta realidade? E quais as consequências destes fatos em suas vidas?

Neste sentido, foi feito um estudo com crianças vitimadas, cujos casos foram notificadas ao CRAMI (Centro de Registro e Atenção aos Maus Tratos na Infância), em Campinas/São Paulo, no período de 1990/1991, as quais foram ouvidas quatro anos após o atendimento, já na fase de adolescência. Este estudo revelou, dentre outras coisas, que "96,7% dos adolescentes ouvidos têm dificuldade em lidar com um mínimo de conflito social. Eles reagem agressivamente, evitando o diálogo e a solidariedade de seus pares, precipitando agressões físicas contra colegas da mesma idade"⁵.

A repercussão mundial acerca da violência doméstica levou à realização da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), adotada pela ONU em 1979 e em vigor no Brasil desde 1984, que nasceu da constatação de que em quase todos os países ainda existiam leis de conteúdo discriminatório que impediam as mulheres de desfrutar de uma vida digna e justa, livre de todas as formas de preconceito e de violência. Esse tratado, no entanto, não foi suficiente para garantir a implementação pelos Estados de providências concretas para erradicação da discriminação contra as mulheres, surgindo daí o Protocolo Facultativo à CEDAW, ao qual o Brasil aderiu em 2002, como forma de fortalecer a Convenção permitindo a um Comitê criado especificamente para esse fim, verificar se os países que aderiram ao tratado estão de fato cumprindo suas determinações.

¹ Organização Mundial da Saúde. *Relatório Mundial sobre a Violência e a Saúde*, 2002.

² Instituto Patrícia Galvão, em 06/07.

³ Fundação Perseu Abramo, em 07/07.

⁴ Instituto Patrícia Galvão, *idem*.

⁵ Revista Ciência & Saúde Coletiva. *As representações sociais da violência doméstica: uma abordagem preventiva*, vol 4, ano 1999, p. 164.

Em 1994, realizou-se no Brasil a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificada em 1995. Esta convenção definiu violência contra a mulher como sendo “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.

Das recomendações recebidas dos órgãos internacionais diante do descumprimento dos tratados assinados pelo Brasil, algumas das quais decorrentes da provocação feita por Maria da Penha, surgiu a lei 11.340/06 que, por este motivo, passou a ser conhecida pelo nome daquela vítima.

2. Objetivos e interpretação da lei

O novo estatuto, baseando-se na definição de violência doméstica dada pela Convenção de Belém do Pará, considera violência doméstica e familiar contra mulher “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial” (art. 5º).

A lei tem por objetivo criar “mecanismos para coibir a violência doméstica, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal e dos tratados internacionais” ratificados pelo Brasil, além de estabelecer “medidas para a prevenção, assistência e proteção às mulheres em situação de violência” (art. 1º).

O art. 3º considera “dever da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público, em especial, assegurar à mulher condições para o exercício pleno de seus direitos mediante ações que “visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares” com o intuito de “resguardá-la de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”. O art. 4º acrescenta que na interpretação da lei serão considerados os “fins sociais a que ela se destina”.

Ao atribuir ao Estado, de forma especial, o **dever** de garantir às mulheres o exercício de seus direitos e ao prever ações para alcançar esse objetivo, a Lei Maria da Penha determina a implementação de políticas públicas para formar uma rede de atendimento capaz de prestar assistência em todos os níveis, seja médico, psicológico, assistencial, policial, jurídico ou material reconhecendo que a violência doméstica é um problema que demanda atuação conjunta dos órgãos públicos, e nisto exatamente reside seu grande mérito e seu indiscutível avanço.

Portanto, a formação da rede de atendimento integral às mulheres não se trata de mera discricionariedade do administrador, como a redação de alguns dispositivos pode fazer crer, mas sim de dever do Poder Público em todas as suas esferas, como se depreende da interpretação sistemática e teleológica da lei.

Por isso, ao analisar seus dispositivos não se poder perder de vista os fins sociais previstos no art. 4º, a situação peculiar de vulnerabilidade da mulher e todas as circunstâncias históricas que levaram à sua criação.

Significativo lembrar, antes que se levante a questão da desigualdade no tratamento dado a homens e mulheres pela Lei Maria da Penha, que a igualdade formal assegurada pela lei a todos os cidadãos não garante que na prática todos compartilhem dos mesmos resultados. Para DAHL, “as leis sobre a igualdade de tratamento não produzem, só por si, resultados iguais e justos, nem no plano individual nem no plano coletivo. Muitas vezes acontece precisamente o contrário, isto é, para que haja igualdade é necessário um tratamento desigual, de forma a garantir às partes ou grupos desfavorecidos oportunidades de igualdade de mérito equivalente. Neste domínio, uma correta avaliação do Direito só é possível se, para além da letra e do espírito da Lei, se analisarem as consequências que traz para os indivíduos”⁶.

O artigo 8º da Lei 11.340/06 dispõe que “a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher *far-se-á* por um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não governamentais”, estabelecendo em seus incisos as diretrizes para tanto. Ele prevê um conjunto articulado de ações que vão desde a integração dos órgãos estatais, sistematização de dados estatísticos e cuidados na forma como os valores familiares são veiculados pela mídia, até a implementação de centros de atendimento multidisciplinar às pessoas envolvidas em situação de violência doméstica e incentivo às parcerias para a implementação de programas (não só para mulheres), implementação de atendimento policial especializado e capacitação de pessoas que atuam em cada etapa do atendimento às vítimas, desde a delegacia de polícia ou hospital ao fórum.

Poder-se-ia argumentar que quando fala em diretrizes, o legislador fornece um rol exemplificativo de ações, uma vez que diretriz é orientação, e não norma e que por isso todo o conteúdo previsto no artigo seria de implementação discricionária, conclusão que, entretanto, não é correta. Com efeito, o “caput” do artigo não deixa dúvida de que a política pública deve ser implementada e deve se dar de forma articulada (note-se que o verbo vem no imperativo), e tal poderá se dar de acordo com aquelas diretrizes. Com isso se quer dizer que outras medidas poderão também ser adotadas, mas sempre no espírito emanado pela lei. A integração e articulação dos órgãos estatais e da sociedade para coibir a violência doméstica, contudo, são medidas obrigatórias, impositivas.

Sustentando esse entendimento, o artigo 9º da lei prevê que a assistência à mulher será (verbo imperativo) prestada de forma articulada.

⁶ Tove Stang Dahl. *O Direito das Mulheres*, p. 4.

Depreende-se, portanto, pela leitura destes artigos, somada ao fato de que a lei originou-se justamente do atendimento às recomendações da OEA (Comissão Interamericana de Direitos Humanos) e que os fins da lei visam à justiça social (artigo 4º) que a implementação das políticas públicas é **obrigação** da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Não é difícil perceber que os objetivos norteadores da Lei só serão atingidos se essas políticas públicas forem implementadas visto que a atual estrutura (ou falta de) está muito distante de proporcionar atendimento devido às vítimas de violência doméstica e de coibir que as agressões continuem a ser perpetradas numa cadeia que se sucede, geração após geração, criando toda uma cultura de acomodação e de conformismo diante da opressão de gênero.

De um lado, a vítima que recebe a agressão e procura a delegacia, mas depois desiste de dar andamento ao processo e resolve dar “outra chance” ao agressor, seja por medo, dependência econômica e afetiva ou aceitação. O agressor, a seu turno, cumpre seu papel no ciclo da violência, alternando fases de tensão que eclodem em atos violentos, seguidos de manifestações de arrependimento e mesmo de carinho em relação às vítimas, até que novo ciclo se inicie.

De outro, há policiais, profissionais da saúde, educação, assistência social, operadores do direito e cidadãos em geral, que por não vivenciarem esse tipo de situação e desconhecerem os mecanismos perversos da violência familiar, ou até por pretenderem ocultar situações idênticas com as quais se defrontam em suas famílias e perante as quais se sentem impotentes, rotulam e estigmatizam as “mulheres que gostam de apanhar” e minimizam a importância da questão da violência doméstica quando comparada a fatos “mais graves”. Isso pode resultar na leniência que já se verifica em certos casos de aplicação da nova lei retirando dos agentes que atuam nas diversas fases do atendimento às vítimas a preocupação de interferir efetivamente no processo da violência de modo a promover uma verdadeira mudança de mentalidade que de fato permita a erradicação dessa forma de opressão.

As políticas públicas previstas na lei visam justamente a modificar essa realidade, prevendo a realização de campanhas educativas e cursos de capacitação para os profissionais envolvidos no atendimento, bem como proporcionando assistência integral às vítimas e inovando no atendimento aos agressores, que não devem ser somente penalizados, mas encaminhados para programas de recuperação e reeducação.

Desse modo, e feitas essas observações, interpretando-se a lei de maneira sistemática e teleológica podemos afirmar, com absoluta segurança, que a implementação das políticas públicas para prevenir e coibir a violência doméstica e familiar é obrigação e não faculdade.

Analisando-se integralmente a lei, conclui-se que há outros dispositivos cujo caráter impositivo deve ser reconhecido para permitir a efetiva aplicação desta, embora uma interpretação meramente literal possa levar à primeira vista a entendimento diverso.

O art. 14, por exemplo, estabelece que poderão ser criados juizados especiais, com competência cível e criminal, pela União, Distrito Federal, Territórios e Estados, os quais teriam competência para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher. Já o artigo 33 dispõe que enquanto não estruturados esses juizados, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para apreciar aquelas causas, às quais ainda é garantido o direito de preferência (parágrafo único).

Embora tenha sido usada a expressão “poderão”, é evidente que o art. 33, inserido no título das disposições transitórias, prevê solução temporária, e não definitiva, para o julgamento dos processos sobre a matéria até que os juizados especiais de violência doméstica e familiar sejam criados. De outro modo, não haveria sentido para a previsão da medida transitória. Além do mais, se a nova lei estabelece a criação de medidas de assistência e proteção às vítimas (art. 1º), a capacitação permanente dos profissionais pertencentes ao Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública e demais áreas de atendimento às vítimas quanto às questões de gênero e de raça ou etnia (art. 8º, VII), atribui competência cível ao juiz criminal (art. 15), que também deverá aplicar no caso concreto a legislação específica relativa à criança, ao adolescente e ao idoso (art. 13), não se vê como as varas criminais comuns, já assoberbadas nas grandes cidades por enorme número de feitos, possam exercer mais essas funções sem que isso comprometa a qualidade da prestação jurisdicional no caso concreto e frustre totalmente os objetivos da lei. Não por outro motivo, o Conselho Superior de Justiça, na Recomendação nº 9, datada de 06 de março de 2007, sugeriu aos tribunais dos Estados a criação dos juizados especializados.

A instituição dos juizados especiais é, pois, necessária e prioritária, devendo ocorrer no prazo mais breve possível.

No art. 29 há previsão de que os juizados especiais que vierem a ser criados *poderão* contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar para oferecer subsídios técnicos ao juiz e às partes, bem como para orientar e encaminhar vítimas e familiares, especialmente crianças e adolescentes, para os programas adequados, disposição que também tem caráter vinculativo, pois se criação dos juizados especiais tem por finalidade tratar a questão da violência doméstica e familiar contra a mulher de forma abrangente, não pode prescindir de equipe técnica, tal como ocorre nas varas especializadas em infância e juventude, a fim de poder encaminhar adequadamente a solução a ser dada no caso concreto.

A comprovar o caráter vinculativo deste dispositivo, observe-se que o artigo 31 refere que quando o caso exigir avaliação mais aprofundada, o juiz poderá determinar a manifestação de profissional especializado, mediante a indicação da equipe de tratamento multidisciplinar, deixando evidente que tal equipe deverá necessariamente existir para que o magistrado *possa* a ela recorrer quando a complexidade da situação assim indicar.

O art. 35, por sua vez, diz que a União, o Distrito Federal, Estados e Municípios *poderão* criar e promover centros de atendimento integral e multidisciplinar e abrigos para as vítimas e seus dependentes, delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde, programas e campanhas sobre o tema violência e centro de educação e reabilitação para agressores.

Confrontando esse dispositivo com o art. 8º, que estabelece todo um conjunto articulado de ações pelos entes estatais e organismos não governamentais como forma de concretizar os objetivos da lei, não resta dúvida de que a implantação dos mecanismos descritos no art. 35 é de caráter obrigatório, e não discricionário.

Ao dispor sobre a criação daquela rede completa para assistência às vítimas, (*centros de atendimento, casas abrigo, delegacias, núcleos de defensoria pública, serviços de saúde e centros de perícia médico legal especializados*), o artigo 35 deixa evidente a preocupação com a existência de um atendimento multidisciplinar especializado, para tratamento adequado das mulheres em situação de violência, o que mais uma vez evidencia a necessidade e a urgência da criação dos juizados especializados, de maneira a lograr-se a articulação, exigida pela lei para prevenção, enfrentamento e combate da violência doméstica.

Quanto à atuação do Ministério Público observa-se também pela leitura da lei, que este exerce papel fundamental para garantia de sua eficácia. Neste sentido, dispõe a lei em seu artigo 26 que cabe ao Ministério Público nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário:

“I- requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros;

II- fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas;

III- cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher”

Note-se que no projeto original, tais atribuições eram previstas como faculdade do órgão ministerial, à exceção do cadastramento de dados, que não era mencionado, ressaltando da modificação ocorrida na redação a importância da atuação do Ministério Público na proteção às vítimas de violência doméstica e familiar.

Diante de tais atribuições e seguindo-se o princípio de especialização contido na lei, o ideal seria também a criação de Promotorias de Justiça especializadas, dotadas de funcionários capacitados e devidamente orientados, a fim de auxiliar o Promotor de Justiça no cadastramento dos casos e fiscalização das entidades públicas ou particulares.

Diz ainda a lei que “o Ministério Público intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher” (artigo 25), daí se podendo concluir que a atuação do Promotor de Justiça Cível se amplia, na medida em que deve obrigatoriamente intervir em todas as causas cíveis que decorram de violência doméstica ainda que inexistam menores ou incapazes, o que gera a necessidade de revisão dos atos administrativos que têm limitado a atuação ministerial, mesmo porque o artigo 25, ao prever atuação obrigatória do Ministério Público afirma que o direito em questão tem natureza indisponível⁷. Note-se que constava originalmente do projeto enviado ao Congresso que o Ministério Público poderia intervir naquelas causas quando caracterizada situação de violência doméstica contra a mulher. A alteração da redação primitiva confirma que a intervenção ministerial é agora obrigatória em todas as ações individuais afetas aos casos de violência contra a mulher.

Também se amplia a atuação do Promotor de Justiça Criminal, que poderá, enquanto as Varas Especializadas não forem criadas, ingressar com ações civis públicas ou celebrar termos de ajustamento de conduta para garantir a implementação das políticas públicas previstas na lei, com base no artigo 26.

Afinal, se as varas criminais acumularão competência até a criação das varas especializadas, caberão aos promotores de justiça criminais todas as obrigações constantes da lei (artigo 26 e incisos). E, se devem cadastrar os casos de violência doméstica, fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares e adotar as medidas administrativas e judiciais cabíveis, certamente a propositura de ação civil pública para implementação de tais políticas e criação da rede de atendimento, ou mesmo para criação e implementação das Varas Especializadas, se constitui em um dos meios judiciais previstos na lei.

Na mesma linha de raciocínio, o art. 37 dispõe que incumbe ao Ministério Público, ao lado das associações legitimadas, a defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na lei, o que o legitima para a instauração do inquérito civil, a elaboração de termos de ajustamento de conduta e a propositura da ação civil pública, dentre outras medidas cíveis e administrativas, sempre que for constatada irregularidade nos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher vítima de violência doméstica e familiar (art. 26).

Por decorrência lógica, se há previsão expressa sobre a adoção dessas medidas no caso de irregularidade, com maior razão, deverá o órgão ministerial atuar quando os serviços de atendimento não existirem, não forem criados pelo poder público ou forem insuficientes para prestar às vítimas e seus dependentes o atendimento adequado.

⁷ Luiz A. Souza e Vitor F. Kümpel, *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*, p. 119.

3. Questões processuais

Algumas questões processuais importantes foram levantadas a partir da edição da lei, merecendo que se discorra a respeito delas.

Com efeito, embora num primeiro momento se associe a lei somente à punição do agressor, já sendo comum ouvir-se que “bater em mulher agora dá cadeia” esse não é o verdadeiro sentido da nova legislação.

A Lei Maria Penha veio para modificar um panorama fortalecido pela inadequação da aplicação da Lei 9099/95 e tem como objetivo coibir os abusos e a violência praticados contra a mulher no âmbito das relações domésticas e familiares, tanto de forma preventiva como repressiva e terapêutica.

Antes da entrada em vigor da Lei Maria da Penha, a Lei 9099/95, que criou os Juizados Especiais Criminais para os crimes de menor potencial ofensivo, prevendo a possibilidade de composição civil e transação penal, era a que se aplicava aos casos de ameaças, lesões corporais leves e outros delitos comuns na violência contra a mulher. A má aplicação desta lei, contudo, gerou, ao longo do tempo, uma simplificação inaceitável do procedimento no tocante à violência doméstica, banalizando a imposição do pagamento de cestas básicas aos autores desses delitos como forma de extinção da punibilidade.

Apesar daquele diploma prever que na formulação da proposta da transação penal deveria se atentar à suficiência da medida, na maioria dos casos a resposta estatal ao agressor da mulher passou a ser aquela, a ponto de telenovelas abordarem o assunto para criticar a pouca eficácia de penas desse tipo a maridos e companheiros violentos.

O maior problema, entretanto, não estava propriamente na lei, mas sim na sua aplicação, daí a preocupação de que tal se repita com a lei Maria da Penha, que impede a simples imposição de cestas básicas ao infrator, mas não o impede de receber outros benefícios legais, como a suspensão condicional da pena (CP, art. 77) ou o seu cumprimento desde o início em regime aberto (CP, art. 33, § 2º, “c”).

Alguns sustentam maior severidade da Lei Maria de Penha em razão da previsão da prisão em flagrante e a prisão preventiva para os autores de violência doméstica e familiar contra mulher (art. 20 e 42).

Não é difícil concluir, contudo, que poucos autores desse tipo de crime serão efetivamente presos, pois nossos juízes e tribunais dificilmente impõem penas muito além do mínimo legal, além do que são cabíveis os benefícios acima referidos, de modo que apenas reincidentes teriam alguma probabilidade de cumprir pequena parte da pena encarcerados, já que a Lei de Execução Penal também prevê outros tantos benefícios. Somente para exemplificar, ainda que o autor de lesão corporal leve contra a esposa recebesse pena máxima, hipótese de rara possibilidade de ocorrência, poderia iniciá-la em regime aberto se não fosse reincidente.

Da mesma forma pode-se antever que a decretação da prisão preventiva, além de obviamente exigir a presença dos requisitos legais, somente deverá ser aplicada a casos excepcionais, visto que até em homicídios qualificados, nossa jurisprudência contempla vários (casos) e conhecidos casos de concessão de liberdade provisória ou de denegação da medida mais drástica, o que não deverá ser diferente nos delitos de que trata a Lei Maria da Penha.

Por tudo isso, o caráter repressor da lei não constitui a sua característica mais marcante ou o seu maior trunfo, apesar da primeira impressão passada à população em geral após sua entrada em vigor. Aliás, o resultado dessa última, a longo prazo, poderá ser um novo descrédito em relação ao diploma, à medida que os envolvidos nos casos de violência doméstica forem percebendo as reais consequências do processo penal decorrentes da mera imposição das penas previstas na lei.

Assim, parece indubitoso que se deva dar atenção redobrada aos aspectos preventivo e terapêutico da Lei, os quais se mostram mais aptos a contribuir para a mudança da cultura da violência de gênero, principal objetivo da lei.

Já se falou acima das medidas preventivas e protetivas da mulher, ressaltando-se a necessidade da pronta implantação das redes e atendimento, e como isso deve ser interpretado como dever do poder público a fim de garantir o efetivo alcance da lei.

Contudo, um ponto que nos parece igualmente relevante é a complementação daquelas medidas destinadas à mulher e seus dependentes, com a criação do centro de educação e reabilitação para os agressores previsto no art. 35, V e os programas de recuperação e reeducação mencionados pelo art. 45, parágrafo único, ambos destinados aos agressores.

Isso porque, é justamente a adoção de medidas que visem ao autor de violência doméstica que permitirá uma mudança do comportamento deste frente às mulheres em geral e possibilitará, via de consequência, em conjunto com as medidas destinadas à mulher, a interrupção da violência cotidianamente observada. Em diversos casos de homicídios praticados por maridos ou companheiros verifica-se que o autor já possuía um histórico de agressões e ameaças contra a vítima ou outras mulheres com as quais se relacionara anteriormente, numa demonstração de que o crime contra a vida talvez pudesse ter sido evitado caso ele houvesse sido submetido a medidas de tratamento e reeducação.

Por isso, países como Inglaterra, Estados Unidos, Canadá e França possuem há décadas serviços de atendimento às vítimas e autores de violência de gênero, uma vez que apenas o tratamento a todos os envolvidos poderá resultar na prevenção e erradicação deste tipo de violência.

O estudo feito em Campinas/SP com adolescentes agredidos na infância, já referido anteriormente, mostrou que a assistência universalizada aos parentes protege a criança e o adolescente de modelos de identificação inadequados que podem levá-los mais tarde a repetir os padrões de conduta que presenciaram em sua fase de formação. O mesmo estudo apontou como forma de prevenção o desenvolvimento de políticas que propiciem, de um lado, proteção e assistência às vítimas e, de outro, a implementação de programas voltados aos alcoolistas, dependentes químicos, desempregados e desajustados sociais buscando o equilíbrio do ambiente familiar⁸, solução que sem dúvida nenhuma pode ser estendida aos agressores de mulheres, mesmo porque, não raro estes praticam violência também contra filhas e filhos menores.

Diante dessa constatação, as questões processuais que se levantaram após a edição da lei também devem ser apreciadas sem perder de vista os seus objetivos, levando-se em conta a instrumentalidade do processo.

Uma delas diz respeito à necessidade ou não de representação pela vítima nos crimes de lesão corporal de natureza leve.

Dispõe o artigo 16 da lei que nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida só se admitirá a renúncia à representação perante o juiz e em audiência designada especialmente para esta finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Tecnicamente o termo é incorreto porquanto a renúncia só seria possível antes do oferecimento da representação. Quando esta já existe, fala-se em retratação e não renúncia. Superada esta imprecisão técnica e interpretando-se a lei de modo a atender ao seu espírito, o que se pode compreender é que procurou o legislador dificultar a desistência da ação em razão de qualquer pressão externa. Se assim é, forçoso reconhecer que se a lei exige designação de audiência para renúncia, tal também deve ser feita para retratação. Afinal, se o que se pretende é dificultar a desistência da ação pelas razões acima expostas, pouco importa seja via retratação ou renúncia da representação, de onde se conclui que, a melhor solução seria a designação, em qualquer caso em que haja necessidade de representação, da audiência referida no artigo 16. Portanto, a renúncia ou a retratação da representação, para serem aceitas deverão ser feitas perante o juiz, na presença do Promotor de Justiça.

Outra discussão surgiu porque, de forma distinta do projeto, a lei prevê textualmente, em seu artigo 41 que a Lei 9099/95 não se aplica aos crimes praticados com violência doméstica contra a mulher, independente da pena prevista.

A maior polêmica gerada por tal artigo diz respeito à possibilidade de aplicação da suspensão do feito, prevista no artigo 89 da Lei 9099/95 e da natureza da ação penal nos casos de lesão corporal dolosa leve.

É sabido que antes da Lei dos Juizados Especiais Criminais a ação penal nos crimes de lesão corporal dolosa leve ou culposa eram de ação penal pública incondicionada, situação que mudou com a entrada em vigor desta última, face ao disposto em seu artigo 88.

A Lei Maria da Penha, por sua vez, em seu artigo 41 dispõe de maneira expressa que a Lei 9099/95 não se aplica aos crimes ali definidos, tendo o legislador apenas afastado a possibilidade de aplicação daquela no que tange à possibilidade de transação penal, não atingindo a natureza da ação.

É certo que, face à amplitude e generalização do dispositivo, surgiram entendimentos no sentido de que os crimes de lesão corporal leve voltariam a ser de ação penal pública incondicionada nos casos em que a vítima fosse mulher e a agressão baseada no gênero, hipóteses do artigo 5º e incisos, o que, entretanto, não parece ser a melhor interpretação da lei.

Com efeito, em outros delitos, como ameaça, estupro e injúria, bastante comuns nos casos de violência doméstica e familiar e capazes de infligir às mulheres sofrimentos tão atroz ou piores do que a ofensa leve à integridade corporal, não se discute a necessidade de representação ou da queixa-crime, permanecendo a ofendida com a faculdade de processar ou não os autores desses delitos, não havendo qualquer lógica em condicionar-se apenas a lesão à vontade da ofendida. O artigo 16, portanto, não excepciona o crime de lesão corporal leve.

Não se ignora que em grande número de casos (cerca de metade) as mulheres se arrependem de registrar boletim de ocorrência e procuram a delegacia ou o fórum para se retratar. Trata-se de fenômeno que traduz em muitos casos medo do agressor, mas em muitos outros representa o desejo de muitas vítimas de que a simples notícia levada ao conhecimento da autoridade faça interromper o ciclo da violência e sirva como alerta ao agressor.

Sabe-se que a retratação pura e simples não evita que a ofensa, de qualquer natureza, se torne recorrente ou até se agrave, porém, não se pode retirar da ofendida a decisão final sobre o prosseguimento do feito, sob pena de se subestimar a capacidade das mulheres em geral de gerir sua vida pessoal e familiar.

Além dos argumentos acima expostos, não se pode deixar de observar que, ao referir-se pela primeira vez à violência doméstica, no artigo 129, § 9º do Código Penal, não fez o legislador distinção de sexo, preferindo referir-se à expressão "*prevalecendo-se o agente das relações domésticas ou de hospitalidade*", não havendo dúvida de que os demais crimes nele previstos, por força do disposto no artigo 88, terão ação penal condicionada à representação do ofendido.

⁸ Revista Ciência & Saúde Coletiva. As representações sociais da violência doméstica: uma abordagem preventiva, vol 4, ano 1999, p. 169-170.

Outrossim, com o aumento da pena máxima de um para três anos, conforme artigo 44 da Lei 11.340/06, aí pouco importando seja a vítima mulher ou não, os crimes de lesão corporal descritos no § 9º do artigo 129 do CP (violência doméstica), não são mais de menor potencial ofensivo, podendo-se então dizer, com segurança, que a Lei 9099/95 a eles não se aplica, eis que não se admitirá nestes casos, composição entre as partes e nem proposta de aplicação imediata de pena, mas nem por isso passarão a ter ação penal incondicionada ou se impedirá a proposta de suspensão do processo aos seus autores.

Porque este aumento de pena veio previsto na lei de violência doméstica e familiar contra a mulher, mas refere-se também aos casos de lesões praticadas contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, com quem conviva ou tenha convivido e sem distinção de sexo, conferiu a lei tutela a outras relações estranhas a seu âmbito de incidência, havendo cogitação acerca da inconstitucionalidade deste dispositivo.

Raciocínio incorreto, contudo, porquanto embora o aumento de pena em questão venha previsto na lei de violência doméstica e familiar contra a mulher, sabe-se que este tipo de violência não as escolhe com exclusividade como vítimas, havendo também crianças e idosos, dos sexos masculino ou feminino na mesma situação, não se podendo deixar de reconhecer a necessidade da tutela também destas pessoas.

Se a tutela da lesão corporal de violência doméstica se estendesse apenas às mulheres é que se poderia cogitar de inconstitucionalidade, uma vez que estaria a lei dando tratamento diverso a pessoas na mesma situação fática.

O entendimento mais acertado, portanto, é o que conclui pela constitucionalidade do dispositivo.

Do mesmo modo que a Lei 11.340/06, que no artigo 41 tutelou matéria estranha à sua abrangência, a Lei 9099/95 também o fez. Com efeito, é certo que a mesma dispõe sobre os juizados especiais criminais, estabelecendo ritos próprios para processamento e julgamento dos crimes de menor potencial ofensivo. Entretanto, nas disposições finais, regula matéria que extrapola a competência de tais juizados quando trata da ação penal nos crimes de lesão corporal e da suspensão condicional do processo para outros tipo de delito, que não os de menor potencial ofensivo (artigos 88 e 89 da Lei 9099/95). Assim, e por este exato motivo é que, mesmo agora que a lesão corporal prevista no artigo 129§ 9º não mais pode ser considerada como de menor potencial ofensivo, a ela se aplica o disposto nos artigos 88 e 89 da Lei 9099/95, eis que estes dois dispositivos não são restritos àqueles tipos de delito.

Interpretar-se a lei de outra maneira seria aceitar que, em situação idêntica (lesão corporal praticada em contexto de violência doméstica) a ação penal fosse incondicionada se as vítimas fossem mulheres e condicionada se fossem homens, o geraria a hipótese absurda de, em um contexto onde mãe e filho tivessem sido agredidos pelo mesmo autor (marido e pai, por exemplo), no caso da mãe a ação penal ser pública incondicionada e, no caso do filho depender de representação (da mãe).

Justificativa alguma haveria nisso e, aí sim, estaríamos diante de explícito caso de discriminação.

O que se percebe com a leitura da lei é que a preocupação do legislador foi em afastar-se a possibilidade de aplicação dos benefícios da lei 9099/95 em todo e qualquer caso de violência doméstica, não somente quanto aos casos de lesão corporal. Até porque, quanto a estes, a possibilidade estaria afastada com o aumento da pena. Só assim se compreende o teor do artigo 41 da mesma lei a referir que independente da pena prevista não se aplica a Lei 9099/95, para ampliar para os outros delitos que poderiam se enquadrar como de violência doméstica (ameaça, vias de fato, crimes contra a honra, etc) em razão da pena, a exclusão daqueles benefícios. A lesão, contudo, pela própria pena, já estaria excluída.

Assim, se nenhum reflexo há no tocante à ação penal na lesa corporal leve, que continua sendo condicionada à representação pelas razões acima expostas, do mesmo modo, não se exclui a possibilidade de suspensão do feito nos casos de violência doméstica.

Essas colocações permitem que na aplicação da Lei Maria da Penha se procure conciliar a vontade da vítima de agressão e de outros delitos com a necessidade de ver acolhida sua busca por obtenção de ajuda para solucionar a situação de violência que vive dentro do lar ou em seus relacionamentos.

Nesse ponto, vale lembrar que a Lei da Maria da Penha, embora possua normas de natureza penal, é muito mais ampla e busca a implementação de mecanismos que devem ser aplicados de forma integrada para garantir a plena assistência às mulheres vítimas da violência. Um dos mecanismos previstos é justamente a criação dos Juizados Especiais de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, órgãos dotados de competência cível e criminal para o processo, julgamento e execução das causas decorrentes da prática desse tipo de violência.

O juiz detém poderes para aplicar medidas protetivas de urgência, de caráter penal, civil e administrativo, devendo ainda contar com equipes de atendimento multidisciplinar para fornecer-lhe subsídios e providenciar encaminhamentos.

Por tudo isso, fica claro que os processos criminais de violência de doméstica e familiar que correrem perante esses juizados não terão por finalidade somente a imposição de penas aos agressores, mas a busca de soluções concretas que permitam interferir no ciclo da violência e evitar a sua reiteração.

Diante desse panorama, o instituto da suspensão do processo surge como uma alternativa bastante viável como forma de se atingir esses objetivos.

Desse modo, após a lavratura do boletim de ocorrência, os autos são remetidos ao fórum, onde o promotor se manifesta acerca da concessão das medidas protetivas que serão apreciadas pelo juiz em quarenta e oito horas. Enquanto se aguarda a conclusão do inquérito policial poderão ocorrer diferentes situações.

Em primeiro, se a vítima representou na delegacia de polícia os autos de inquérito irão ao promotor que poderá oferecer denúncia e analisará os requisitos para a suspensão do processo propondo, caso estejam aqueles presentes, além das condições legais, outras que se mostrem adequadas ao caso concreto, como tratamento de alcoolismo ou drogadição, frequência a tratamento psicológico ou grupos reflexivos para reeducação sobre as questões de violência de gênero, etc. O juiz também poderá especificar essas e outras condições, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado (art. 89, §2º), tais como aquelas pleiteadas pela ofendida a título de medidas protetivas de urgência (afastamento do lar, proibição de aproximação da vítima e seus familiares, etc). Na audiência de proposta de suspensão a vítima deverá estar presente, até para se apurar se existe prejuízo a ser reparado como uma das condições do benefício. Ela também será orientada a noticiar nos autos eventual descumprimento das condições impostas ao réu, o que poderá dar ensejo à revogação da suspensão do processo, além do que será ouvida, a fim de que se possa conhecer sua situação e a de sua família, proporcionando os encaminhamentos para os atendimentos que se fizerem necessários, da forma prevista na lei.

Se por qualquer motivo o acusado não fizer jus ao benefício, o processo prosseguirá e, nesse caso, as providências acima referidas com relação à vítima e seus familiares poderão ser determinadas na audiência de instrução, obtendo-se com sua oitiva os dados necessários aos encaminhamentos e atendimentos pertinentes.

Por fim, ainda que seja o autor condenado, nos termos do artigo 45, poderá o juiz determinar seu comparecimento obrigatório aos programas de recuperação e reeducação, o que revela que o caráter da lei não é exclusivamente punitivo, já que mesmo quando há condenação, existe a previsão de submetê-lo a tratamento.

Conclusões:

- 1) As políticas públicas previstas na lei 11.340/06 devem ser obrigatoriamente implementadas, constituindo dever do Estado e não mera faculdade;
- 2) A criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher é necessária e prioritária, devendo ocorrer no prazo mais breve possível;
- 3) O Ministério Público, na figura do promotor de justiça criminal, pode ingressar com ação civil pública ou celebrar termos de ajustamento de conduta para implementação das políticas públicas previstas na Lei 11.340/06 e para criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a mulher;
- 4) Deverão ser criadas Promotorias de Justiça especializadas para atuar nos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as quais deverão contar com funcionários previamente capacitados para atender as vítimas que procuram o atendimento ao público, auxiliar o promotor no cadastramento dos casos de violência doméstica e na fiscalização dos estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar;
- 5) Os atos da Procuradoria Geral de Justiça que dizem respeito à atuação do promotor de justiça cível devem ser revistos para adequação à lei 11.340/06, já que aqueles devem intervir, quando não forem parte, obrigatoriamente, em todos os casos em que haja violência doméstica e familiar contra a mulher;
- 6) A ação penal no caso de lesão corporal dolosa leve é condicionada a representação, ainda que praticada contra a mulher e em contexto de violência doméstica ou familiar;
- 7) Aplica-se o artigo 89 da lei 9099/95 nos casos de violência doméstica ou familiar, devendo o promotor de justiça zelar para que também sejam impostas como condições à concessão do benefício medidas que tenham por objetivo tratar e reeducar o réu de modo a inibir a reiteração da conduta delituosa.

Bibliografia

DAHL, Tove Stang. *O Direito das Mulheres*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

Fundação Perseu Abramo. <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article.php?storyid=227>, *Projeção da taxa de espancamento*, em 07/07.

Instituto Patrícia Galvão. <http://www.patriciagalvao.org.br>, em 06/07.

Organização Mundial da Saúde. *Relatório Mundial sobre a Violência e a Saúde*, 2002.

Revista Ciência & Saúde Coletiva. *As representações sociais da violência doméstica: uma abordagem preventiva; Prevenção da violência conjugal contra a mulher*, vol 4 (1), ano 1999.

SOUZA, Luiz Antônio; KÜMPPEL, Vitor Frederico. *Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher*. São Paulo: Método, 2007.

MEDIDAS PREVENTIVAS DE COMBATE AO CRIME ORGANIZADO

Isabel de Lizandra Penha Alves

Promotora de Justiça/PE

EXPOSIÇÃO:

A globalização se consolida como elemento estimulador da corrupção e do crime organizado, na medida em que realça e aproxima as desigualdades de ordem econômica, social, cultural e jurídica, o que permite a coexistência de realidades que em muito divergem entre si. Com isto, tem-se um campo propício ao oferecimento e à conseqüente aceitação de vantagens indevidas e a formação e disseminação de favelas fornecedoras de mão-de-obra para o crime organizado.

Vivemos um momento em que integrantes do alto escalão do Poder Judiciário estão sendo acusados de vendas de sentenças e demais decisões judiciais. Entretanto, diferentemente do que ocorre com os menos favorecidos quando são presos por roubarem galinhas, em poucos dias voltaram ao seio social, enquanto os presídios estão lotados de pessoas que nunca tiveram acesso às políticas públicas.

Por outro lado, enquanto um quarto da população mundial vive em pobreza absoluta, 15% da população do mundo produziu e consumiu 70% do rendimento mundial. Fomentando assim, a concentração de riquezas e a formação de um exército de miseráveis dispostos a exercer a distribuição de renda através da violência.

É preciso revisar não só a política de segurança, mas a correta aplicação do orçamento público, bem como a aplicação do mesmo em políticas públicas voltadas para a educação, saúde, moradia, geração de renda, dentre outras necessidades primordiais, sem as quais o ser humano não está no exercício pleno de sua cidadania. O adequado enfrentamento do crime requer informação, inteligência, estratégia, a participação popular através do senso comum e principalmente a atuação do Ministério Público na fiscalização do Patrimônio Público e na correta aplicação das verbas públicas.

A situação caótica que vivemos diariamente com a institucionalização da barbárie, em que a ordem pública restou acuada pela decretação de um estado de alerta ditado pelo império do crime organizado, onde o cidadão vive aprisionado em seus lares, deve ser estudado e analisado de forma séria e efetiva. Urge que o Estado Brasileiro se aperceba de que o que gera o crime organizado, muitas vezes não é a ausência de normas jurídicas e sim a falta de efetividade das mesmas, precisamos torná-las efetivas, inclusive com o aprimoramento dos instrumentos necessários ao regular e democrático exercício do poder de polícia em suas várias fases, inclusive a imposição de sanções quando necessárias, mas precisamos urgentemente nos conscientizar de que o crime organizado não será combatido de forma eficaz se não for através de investimento em políticas públicas em educação, saúde, moradia, saneamento básico, geração de emprego e renda etc.

O crime organizado deve ser enfrentado sob o prisma sociológico e não apenas sob o aspecto jurídico, pois há muito deixou de ser concebido como um fenômeno setorial, que surge e se desenvolve de forma superposta aos limites territoriais de determinada cidade, região ou estado da federação. Na medida em que o crime organizado rompe fronteiras, expandindo-se de forma desenfreada, torna-se imperativa a existência de ações integradas e de mecanismos de cooperação entre os diferentes Estados. Daí surge a necessidade de um Ministério Público forte e atuante, principalmente, no controle efetivo do orçamento público, na verificação e acompanhamento das políticas pública, fortalecimento.

Estamos enfrentando um exército de criminosos que desconhecem e não respeitam as estruturas organizacionais do Estado por que jamais obtiveram desse mesmo Estado qualquer tipo de política pública. Não adianta a polícia, o executivo ou o próprio Ministério Público querer contar com o apoio da população no combate ao crime organizado se não tiverem o envolvimento e a simpatia da população. Temos que assumir que a figura do Representante Ministerial parecerista, preso em seu gabinete, distante da população e dissociado de sua realidade não ganhará dessa mesma população a simpatia e confiança necessárias para a batalha na luta em combate ao crime organizado.

Precisamos nos conscientizar de que na favela a figura do traficante funciona como um verdadeiro Prefeito. Fazendo, assim, às vezes de Poder Executivo, gerando emprego “emprego” ao contratar crianças e adolescente para trabalharem no mundo da criminalidade, distribuindo renda quando remunera essas pessoas, as quais vão gerando outras. Enquanto, o Executivo desvia as verbas públicas ou gasta de forma inadequada e o Ministério Público não fiscaliza ou quando fiscaliza não consegue dá uma resposta eficiente a população.

O Estado e a Sociedade Civil sempre foram negligentes com a violência e com o sistema prisional. Em 2006 as Agências de Segurança do Estado de São Paulo acreditavam, equivocadamente, que a construção de presídios seria a solução para o problema da violência. Então, o Estado para transmitir uma falsa paz social e segurança a Sociedade Civil começaram a amontoar nos presídios uma massa de excluídos (vagabundos, prostitutas, ladrões de baixa categoria, pequenos traficantes etc), os quais ficavam totalmente segregados e deles não tínhamos notícias, salvo quando eram assassinados pelo próprio Estado ou em rebeliões provocadas por facções adversárias.

Contudo, a violência não diminuiu, ao contrário, estranhamente percebemos que de tanto segregarmos excluídos o jogo mudou, hoje os excluídos se uniram, o que fez nascer as “organizações criminosas” brasileiras, que facilmente corrompem os agentes públicos, alguns extremamente mal remunerados, como policiais civis e militares e outros bem remunerados mais contaminados pela corrupção, como juizes, Desembargadores e Ministros. O que facilmente se conclui que o que gera a corrupção não é má remuneração.

Atualmente nos presídios os presos não têm apreendido outra coisa que não seja novas e modernas técnicas para se converter num soldado das facções criminosas.

Com máxima articulação e eficiência, o crime organizado disseminou o terror, o pânico e o medo coletivo. Em rasgada afronta ao Estado de Direito, instalou-se o Estado da Natureza, marcado pela violência, pela força e pela brutalidade, deixando o trágico saldo de milhares de vítimas.

Duas perguntas emergem. Como compreender o alto grau de articulação e eficácia do crime organizado? Como enfrentá-lo?

Estruturado em bases hierárquicas, rígida disciplina e códigos de conduta, o crime organizado constitui atividade extremamente rentável, a seduzir um exército de jovens excluídos que, sem outras alternativas, somam-se às fileiras da corporação criminosa.

Com grau de sofisticação, o crime organizado enraiza-se, infiltra-se e transnacionaliza-se, por vezes contando com a promiscua facilitação de agentes públicos, que passam também a ser seus diretos beneficiários em esquema de perversa corrupção.

O adequado enfrentamento do crime organizado requer informação, inteligência, estratégia e perspicácia e uma modificação do senso comum de justiça na população, sem a participação popular será impossível vencermos esta batalha. Entretanto, reputo como indispensável a figura do Promotor de Justiça com atuação no controle de verbas públicas, vez que temos que atingir as causas e não remediar as consequências.

Requer a adoção de medidas preventivas e repressivas, sob o prisma da transversalidade da segurança pública.

Essencial é prevenir o crime, mediante experiências inovadoras e criativas, que permitam a desarticulação criminosa, bem como punir os seus perpetradores, operando com a certeza da punição. Pra isso, precisamos urgentemente de uma limpeza ética no Poder Judiciário, Legislativo e Executivo.

A resposta ao crime organizado a médio e curto prazo demanda ações integradas, conjuntas e articuladas e requer a profunda revisão da política de segurança pública e a reestruturação das polícias (por meio da integração das polícias civis e militares, capacitação, melhoria salarial, treinamento e tecnologia), com a mútua cooperação na esfera federativa, entre União, Estados, municípios e Distrito Federal e principalmente com uma atuação séria e incansável do Ministério Público no combate a corrupção e no controle da aplicação das políticas públicas.

Entretanto, em curto prazo, precisamos investir em educação e geração de emprego e renda. Proponho, ainda, inicialmente que o governo federal ou governo estadual desenvolva um programa com os jovens. Tal programa estaria ligado ao fornecimento de uma bolsa remuneratória, aos jovens, não só aqueles que se encontram em situação de risco social, os quais freqüentariam a escola pela manhã e no período da tarde participariam do programa agente jovem social, com aulas de cidadania, estrutura do Estado, ética e gestão participativa. Assim, essa massa de jovens excluídos que, sem outra alternativa, somam-se às fileiras da corporação criminosa, poderiam encontrar nesse programa social uma alternativa de conhecer profundamente a estrutura do Estado, seus direitos e deveres, bem como servir como multiplicadores do senso comum de justiça e participação social em suas famílias e comunidades.

Proponho, ainda, que as Universidades participem ativamente deste processo social, com a produção científica de projetos voltados ao combate do crime organizado. O seio universitário é rico de idéias devendo ser melhor aproveitado pelo poder executivo que através de convênios com as Universidades poderia estimular os alunos e professores a desenvolver trabalhos científicos de combate ao crime organizado.

Proponho, também, o envolvimento da população com o trabalho das polícias e do Ministério público, de forma a aproximar a população e gerar confiança, vez que só confiamos naquilo que conhecemos por isso a população da favela confia no traficante por que ela o conhece.

Precisamos melhorar a visão que a população, principalmente, a de baixa renda tem da Polícia. Paradoxalmente, hoje em dia a população passou a ajudar o crime organizado, seja por temor ou por simpatia, de outro lado desenvolveu um verdadeiro pavor da polícia e em algumas vezes do próprio Ministério Público.

Necessita que o Ministério Público desenvolva dentro da própria Instituição uma campanha de combate a

tortura, infelizmente, alguns Representantes Ministeriais totalmente dissociados das atribuições que nos foram impostas constitucionalmente, fecham os olhos para a prática rotineira de tortura em alguns presídios e cadeias públicas. Gerando assim, um ciclo vicioso de violência.

Urge que desenvolvemos uma mudança psicossocial, propícia ao desenvolvimento de senso comum de participação social, para isso requer esforço conjunto dos Ministérios Públicos dos Estados, Ministério Público Federal, Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário e demais instituições e setores sociais, como as universidades e o setor privado, a fim de que políticas e práticas exitosas sejam identificadas e multiplicadas.

Respostas solitárias, isoladas e atomizadas jamais serão suficientes para combater a complexidade do crime organizado. A barbárie do medo e do terror deve fomentar este “contrato inter-institucional”, para que, à luz das molduras do Estado democrático de Direito, sejam inventadas e fortalecidas ações e políticas, integradas e articuladas, para prevenir e erradicar o terror e punir os seus responsáveis.

FUNDAMENTAÇÃO LEGAL:

Nos termos do art. 127, *caput*, da Constituição Federal, ao Ministério Público incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

A propósito, os incs. II, III e VII, do art. 129 da Magna Carta são expressos:

“Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

(...)

II – zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia;

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.

VII – exercer o controle externo da atividade policial (...)

Nesse sentido, consultem-se os arts. 25, inciso IV, b, e 27, da Lei Federal 8.625/93 (**Lei Orgânica Nacional do Ministério Público**), e os arts. 4º, inciso IV, b, e 5º, da Lei Complementar nº 12/94 (**Lei Orgânica Estadual do Ministério Público de Pernambuco**).

Como explica Carlos Roberto de Castro Jatahy:

“O Ministério Público possui legitimidade para defender interesses ligados ao patrimônio público e social, conforme previsto no art. 129, III da Carta Magna, sendo sua função institucional a promoção de inquérito civil e de ação civil pública para tal tutela”.¹

No mesmo diapasão, a Súmula 329 do Superior Tribunal de Justiça: **“O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público”.**

Por fim, cite-se o art. 17, *caput*, da Lei 8.429/92 (**Lei de Improbidade Administrativa**), o qual confere manifesta legitimidade ativa *ad causam* do *Parquet* nas ações de improbidade, visando à defesa do patrimônio público, pertencente à coletividade administrada (art. 1º, parágrafo único, da CF/88).

Percebe-se que a nova feição do Ministério Público é de verdadeiro defensor da sociedade, devendo, pois está atento para os anseios sociais, somos uma das Instituições que detêm maior credibilidade junta a sociedade, entretanto precisamos nos unir para mantermos a credibilidade conquistada ao longo de nossa história. Precisamos urgentemente efetivarmos nossa atividade de controle da atividade policial, vez que fomos incumbidos constitucionalmente da defesa da ordem jurídica do regime democrático de direito e do interesse público, devendo o Ministério Público fiscalizar as organizações policiais, fazendo com que essas corporações zelem pelo efetivo respeito à decisão judicial, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal de 1988 e na legislação em geral, promovendo as medidas necessárias a sua garantia e contra os abusos verificados.

CONCLUSÃO:

Urgente é o desmantelamento do crime organizado e o combate à impunidade, para isso faz-se necessário:

¹ JATAHY, Carlos Roberto de Castro. Curso de Princípios Institucionais do Ministério Público, 2ª ed. Rio de Janeiro: Roma Victor, 2006, p. 265.

1. Envolvimento da população com o trabalho das Polícias e do Ministério Público;
2. Combate à tortura;
3. Atuação séria, estruturada e perspicaz do Ministério Público no combate a corrupção e na correta aplicação da verba pública;
4. Programas de Renda Mínima;
5. Criação de um programa federal que forneça bolsa remuneratória, aos jovens, não só aqueles que se encontram em situação de risco social, os quais freqüentariam a escola pela manhã e no período da tarde participariam do programa agente jovem social, com aulas de cidadania, estrutura do Estado, ética e gestão participativa;
6. Celebração de convênios do Poder Executivo (Federal, Estadual e Municipal) com Universidades visando o fomento de teses, artigos e projetos de combate ao crime organizado;
7. Campanhas educativas em rede de televisão e rádio, em horário nobre, visando a informação do Cidadão da estrutura do Estado e de seus direitos e a quem recorrer para garantia a efetivação de tais direitos;
8. Campanha a nível nacional a ser encabeçada pelo CNMP ou pela CONAMP de forma a incentivar os Promotores e Procuradores de Justiça a dá prioridade as atividades de controle e fiscalização de verbas públicas e combate a corrupção;
9. Criação de um roteiro básico que poderá ser seguido pelo Promotor de Justiça com atuação no patrimônio público, de forma simplificar e organizar as ações, visando assim padronizar as ações, gerar um banco de dados nacional e principalmente possibilitar a agilização do fluxo de informação;
10. Reestruturação organizacional das Polícias (civil, militar) visando dotá-las de flexibilidade e agilidade na produção de resultados que satisfaçam o cidadão;
11. Integração de políticas e ações entre as polícias (civil, militar e federal);
12. Gestão Inteligente e eficaz dos custos operacionais em segurança pública visando possibilitar a racionalização dos custos fixos para ter condições efetivas de realizar investimentos estratégicos, de acordo com as necessidades apontadas nos bancos de dados que deveram ser criados e monitorados diariamente, bem como interligados de forma que todas as polícias e o Ministério Público tenham acesso;
13. Simplificação e racionalização dos processos de trabalho, visando possibilitar agilização dos fluxos de informações e aplicação intensiva da Tecnologia da Informação. Podendo ser criado um roteiro de rotina básico a ser cumprido por todas as polícias em todo território nacional;
14. Modificação de atitudes, comportamentos e relacionamento de todas as pessoas que compõem o sistema de segurança nacional, o que poderá ser atingido com capacitação e treinamentos em gestão de conhecimento, gestão de participação, gestão de tecnologia da informação e relações interpessoais;
15. Criação de um plano de cargos e salários dos profissionais que atuem em segurança que propicie um crescimento dentro da instituição.
16. Tornar efetivas as normas de conduta para o correto, honorável e adequado cumprimento das funções públicas. Tendo em vista que essas normas estão orientadas a prevenir conflitos de interesses e assegurar a prevenção e o uso adequado dos recursos atribuídos aos funcionários públicos no desempenho de suas funções. Tal medida ajudará a preservar a confiança na integridade dos funcionários públicos e na gestão pública;
17. Mecanismos para estimular a participação da sociedade civil e das organizações não-governamentais nos esforços destinados a prevenir a corrupção e o crime organizado.

MINISTÉRIO PÚBLICO NA TUTELA DOS DIREITOS HUMANOS DAS VÍTIMAS DE CRIME

Cândido Furtado Maia Neto*

Promotor de Justiça/PR

Justiça penal democrática à luz do direito vitimal e da política vitimológica, moderna postura institucional ministerial na tutela dos interesses individuais e sociais indisponíveis da cidadania, ante a vigência da Carta Magna, do Código Penal (Lei n. 7.209/84), Código de Processo Penal (Dec-lei n. 3.689/41), Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), c.c. Código Civil (Lei n.º 10.406/2002) e Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73).

Justificativa - Resumo

Trata-se de proposta em prol da sociedade e dos Direitos Humanos das vítimas de delitos, para a melhor e mais eficiente praxis policial-judicial, com a especialidade a atuação do Ministério Público, na devida valorização pessoal do titular do bem jurídico-penal "tutelado", ou seja das vítimas de delitos.

Para implementar o verdadeiro Estado Democrático de Direito em base aos princípios gerais de Justiça, dentre eles a legalidade, a utilidade do movimento da máquina judiciária, a dignidade da pessoa humana, a hierarquia vertical das normas, sob os fundamentos que regem os direitos civis e políticos e os interesses indisponíveis da cidadania.

Se faz imprescindível uma política penal-criminológica-vitimológica moderna, ante as exigências sociais mundiais atuais, para a valorização dos órgãos que atuam na administração da justiça criminal, considerando a vigência das normas infra-constitucionais, a saber: Código Civil (Lei n.º 10.406/2002), Código de Processo Civil (Lei n.º 5.869/73), Código Penal (Lei n. 7.209/84), Código de Processo Penal (Dec-lei n. 3.689/41) e Lei de Execução Penal (Lei n. 7.210/84), ademais da preeminência das cláusulas pétreas e dos direitos e deveres fundamentais assegurados na Constituição Federal (1988), sem olvidarmos da legislação das Nações Unidas e da Organização dos Estados Americanos, onde citamos o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (OEA/1969), como instrumentos pertencentes aos ordenamento jurídico pátrio, aderidos e/ou ratificados pelo processo legislativo próprio, desde o ano de 1992, devendo-se na atualidade ser aplicada a Emenda Constitucional nº 45/2004, § 3º do art. 5º da CF; também os documentos internacionais de aceitação tácita universal, dentre eles as Diretrizes das Nações Unidas para os Representantes dos Ministério Público, e a Declaração sobre os Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos (ONU/1985), e a Declaração Universal dos Direitos Humanos (ONU/1948), como normas básicas às garantias judiciais.

Sendo a instituição do Ministério Público titular da ação penal pública, na qualidade de *dominus litis* da persecução criminal, encarregada do exercício jurisdicional do *ius perseguendi* e do *ius puniendi*, como órgão estatal incumbindo de atuar legalmente na investigação policial, na instrução criminal, na execução penal e na área civil para os fins de pleitear indenizações e ressarcimentos as vítimas de crime, nos termos da Carta Magna nacional, dos instrumentos de Direitos Humanos e legislação infra-constitucional.

(*) Do Ministério Público do Paraná. Promotor de Justiça de Foz do Iguaçu. Ex-assessor do Procurador-Geral de Justiça do Estado do Paraná, na área criminal (1992/93). Professor do Curso de Mestrado em Direito da UNIPAR – Universidade Paranaense. *Expert* em Direitos Humanos. Membro da Associação Internacional de Direito Penal (AIDP-BR). Pós-doutor em Direito.

Existe plena legitimidade ao *Parquet* na propositura e acompanhamento da ação *ex delicto*, conforme previsão legal expressa, para impedir a impunidade e responsabilizar o autor de delito, na esfera criminal e cível, concomitantemente.

As garantias individuais devem ser observadas no processo penal ante a vigência do Estado Democrático de Direito, posto que o próprio direito penal material e formal reconhece a necessidade individual e coletiva da(s) vítima(s) de ser ressarcida ou indenizada pelos danos resultantes do crime, seja no setor público como privado.

A vítima de crime deve ter direito de voz e vez, ante suas prerrogativas naturais. Direito líquido e certo como obrigação do Estado no âmbito do processo penal e processo civil.

Introdução

O Decreto lei nº 3.689/41 estabelece que em todo território brasileiro ressalva-se no processo penal os Tratados e as Convenções de direito público internacional (art. 1, inc. I). Já decidiu o Pretório Excelso, na hipótese de conflito entre lei (ordinária, leia-se Direito Penal) e Tratado, prevalece o Tratado (documentos internacionais de **Direitos Humanos** - STF, HC 58.272, DJU 3.4.81, p. 2854; HC 58.731, DJU 3.4.81 p. 2854).

A Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (ONU - 1969) expressa nos artigos 26 e 27: “Todo Tratado obriga as Partes e deve ser executado por elas de boa-fé (*“pacta sunt servanda”*); e “uma Parte não pode invocar as disposições de seu direito interno como justificativa para o inadimplemento de um Tratado”; inclua-se, num conceito *“lato sensu”*, outros instrumentos legais de Direitos Humanos, como: Pactos, Convenções, Declarações, etc”.

Também a Convenção Americana (OEA) sobre Direitos Humanos, ou o chamado Pacto de San José da Costa Rica (1969), aderido pelo governo brasileiro, em 1992, determina: “nenhum dispositivo da presente Convenção poderá ser interpretado no sentido de permitir a supressão, excluir ou limitar exercício de direitos e da liberdade”.

Por sua vez, a *“lex fundamentalis”* brasileira no parágrafo 2º do artigo 5º, dispõe: “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. A Emenda Constitucional nº 45/2004, incluiu o § 3º, expressando: “os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”.

Os Direitos Humanos possuem proteção a nível internacional e regional. No nível internacional a proteção inicia com a criação do Pacto da Sociedade das Nações no ano de 1920, posteriormente, em 26 de junho de 1945, assina-se a Carta da Organização das Nações Unidas (ONU), com o propósito da cooperação internacional ao desenvolvimento e estímulo de respeito aos Direitos Humanos e às liberdades fundamentais de todos, sem nenhuma distinção. Surge, em seguida, a Declaração Universal dos Direitos Humanos (10.12.1948). Regionalmente, no continente americano a tutela dos Direitos Humanos começa formalmente com a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, aprovada pela Nona (9ª) Conferência Internacional Americana em Bogotá-Colômbia, também no ano de 1948, criando-se a Organização dos Estados Americanos (OEA), com o fim de propugnar pela ordem, paz e justiça do continente, onde na sua Carta constam os “Direitos Fundamentais da Pessoa Humana”, como um dos princípios da Organização.

O *iter victimae* é o caminho da vitimização, ou seja, aquele itinerário do indivíduo que se converter em vítima. Ao passo que o *iter criminis* é a trajetória do crime realizada pelo autor. Muito interessante é a relação entre o *iter victimae* e o *iter criminis*, posto que o Ministério Público atua nas duas frentes, com a incumbência de responsabilizar o ofensor e atender o ofendido.

Na missão ética ministerial, como parte da filosofia, da moral e da arte de se fazer o bem, na prática do homem profissional para resolver os problemas coletivos. Um novo *Direito Penal*, caminha na atenção às crianças e aos jovens, às mulheres, aos idosos, aos estrangeiros, etc., definido no novo perfil da Anistia Internacional, lutar não somente contra prisões políticas ou de consciência, mas também e sobre tudo, contra a impunidade, contra as injustiças e principalmente em favor das vítimas dos crimes violentos¹.

“Mutatis mutandis”, considerando que o Direito Penal material e formal devem sempre desempenhar um papel conjunto em perfeita sintonia com os postulados da Carta Magna e dos Direitos Humanos, na prática não devem existir distorções jurídicas; razão pela qual propomos um Novo atuar Ministerial para um *Novo Direito (Processual) Penal (Executivo)*, em estrita e em correta obediência aos princípios vigentes.

Tendo em conta o preâmbulo, o art. 1º incs. II e III e art. 3.º inc. I da Constituição Federal do Brasil [5.10.88], como fundamentos do Estado de Direito e da República, onde reza: *“assegurar o exercício dos direitos individuais, a segurança, o bem-estar, a igualdade, a justiça, a solução pacífica das controvérsias, a cidadania, a dignidade*

¹ Informe 2000 “El olvido está lleno de memoria”; Ed. EDAI, Madrid.

da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e “solidária” [direitos do réu e da vítima]; e a cláusula 18 das Diretrizes das Nações Unidas Diretrizes para os Fiscais do Ministério Público (Aprovada em 1990, ONU), dita: “De conformidade com a legislação nacional os fiscais considerarão devidamente a possibilidade de renunciar o processamento, interrompê-lo condicional ou incondicionalmente ou procurar que o caso penal não seja considerado pelo sistema judicial, respeitando plenamente os direitos do suspeito e da vítima...”, de aceitação universal”.

O Código de Processo Penal brasileiro no artigo 3º estabelece claramente que: “A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito”.

Note-se, portanto, as urgentes necessidades de mudanças no âmbito do Ministério Público, no atuar de seus legítimos agentes, considerando que se trata de instituição encarregada da tutela dos direitos indisponíveis individuais [da vítima de crime] e sociais [coletividade – contrato social], ante a titularidade exclusiva da “*persecutio criminis*”, do “*ius persequendi*”, como detentora do litúgio ou do conflito social – diga-se: crime – na qualidade de “*dominus litis*” da ação penal pública (“*ex vi*” do art. 127 “*caput*” e art. 129, inc. I, da Carta Magna), como órgão superior e oficial da execução penal.

Sem dúvida, cabe ao Ministério Público, também com plena legitimidade a proposição da ação “*ex delicto*”, em fulcro ao contido no art. 81 do CPC, por sua essencial função jurisdicional em nome dos direitos indisponíveis da cidadania na tutela da ordem jurídica e democrática.

Não há incompatibilidade alguma entre os direitos da vítima com a titularidade da ação penal do Ministério Público. O instituto da ação pena subsidiária e a Constituição prevêm o direito de acesso aos tribunais. “É altamente democrática a participação da vítima no processo criminal, constituindo fator de transparência para a justiça e do controle da atividade ministerial. A admissão de terceiros no processo constitui os mais eficazes modo de garantir o acesso à justiça”².

A “*actio civilis ex delicto*” está prevista no art. 63 e sgts do código de processo penal brasileiro, considerado ou não culpado o réu (art. 386 CPP), Trata-se da relação direito penal substantivo com o código civil e com o código de processo civil; sem olvidarmos o direito constitucional e os Direitos Humanos, no contexto da Teoria Geral do Ordenamento Jurídico.

A atribuição legal para interpor ação *ex delicto*, pelo Ministério Público na qualidade de substituto processual, ainda que exista a Defensoria Pública, legitimidade *ad causam*, em fulcro aos arts. 32, §§ 1º e 2º, 63, 64 e 68 do CPP c.c. art. 129 IX CF, como dever de tutela dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A proteção do crime interessa diretamente à vítima, à sociedade em geral e ao Estado, concomitantemente³.

O Ministério Público possui capacidade postulatória e legitimidade ativa para a propositura de ação de indenização decorrente de dano de crime, quando postula em favor do carente (vítima). O Ministério Público é parte legítima para propor ação civil em favor de pessoa necessitada à reparação de dano. Assim e desta maneira entende Ada Pellegrini Grinover; também Tourinho (*in Processo Penal Vol 1. pg. 563*) “Entendeu o Estado que deveria dar um substrato de direito público à pretensão de ressarcimento, zelar pela vítima do crime, e, ao mesmo tempo, fazer com que aquele que violasse a norma penal satisfizesse integralmente os prejuízos ocasionados à ordem jurídica. Ao autor de crime e culpado, receber a pena por si só não basta. É preciso que se restabeleça, tanto quanto possível, o status quo anterior, isto é, que desapareçam os efeitos do crime. Somente a reparação da ofensa completa a pena. Na verdade, os efeitos do crime, de certo modo, desaparecem como o castigo decorrente da pena e a satisfação do dano”.

Neste novo paradigma as funções do Ministério Público, no direito penal encontram também os direitos das vítimas, e não somente a análise do delito e do delinquente, como historicamente vem se demonstrando de maneira inócua e até demagógica.

Somente vamos alcançar maior credibilidade pública para a administração de Justiça Penal (Polícia – Ministério Público - Poder Judiciário), quando efetivamente os litígios criminais resultarem, na prática, em sanções úteis à sociedade, com a atenção às vítimas de crimes.

As reais funções do Ministério Público dizem respeito ao atendimento às vítimas de crime, no desempenho das atribuições no âmbito do processo penal, porque ao Promotor de Justiça ou representante do Ministério Público compete:

- a) tutelar os direitos indisponíveis individuais [das vítimas e dos autores do crime] e sociais [coletividade];
- b) fiscalizar a correta aplicação da lei [“*custos legis*”];
- c) exercer com exclusividade a “*persecutio criminis*” [denunciar, acusar e respeitar o devido processo legal];
- d) atuar como órgão oficial da jurisdicionalização da execução penal [tutela dos direitos do condenado e da vítima];

² M Cappelletti/B.Garth, in FRAGOSO, Cristiano: “Assistente: A Condição de Vítima como limite à sua atividade”; Boletim IBCCRin, n.º 117, ano 10, agosto, 2002, São Paulo-SP.

³ CADERNOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO / PR: Vol 2 – n. 10 (1999) e vol 3- ns. 5 e 10 (2000), Centro de Apoio Operacional das Promotorias Especiais de Reparação do dano Resultante de Crime do MP-PR.

- e) ser assistido por particular contratado pela vítima para acusar o agressor; e
- f) dever primordial de realizar justiça atendendo os direitos do réu e também os das vítimas de crime.

Nesse sentido é que o Ministério Público deveria ter audiências prévias ou preliminares [prejudiciais ou extrajudiciais] com as vítimas de delito, seja para os fins de promover arquivamento da investigação policial, para uma possível composição, para oferecimento de denúncia, para propor meios de prova, para ponderar ante o juiz pela viabilidade de perdão judicial, ou também até para requerer a absolvição do réu ou a condenação na espécie de pena mais adequada, atendendo no conjunto as vítimas para a melhor forma de reparação do dano resultante do crime. Em outras palavras, o papel de atender a vítima desde a acusação até o término do processo ou da extinção de execução da sentença condenatória.

Promover justiça significa realizar com correção e eficiência tanto os direitos do réu como da(s) vítima(s), assim se busca a conciliação e a reparação do dano como caminho para reabilitar a vítima e o vitimário, reintegrando-os à sociedade, como objetivo mor da “*lex fundamentalis*”, das leis penais e da pena, analisando-se o “*iter criminis*” e o “*iter victimae*”.

Para alcançar a função de prevenção delitiva devemos encontrar o elo da engrenagem [respeito aos direitos das vítimas] e fixar a real finalidade social na tendência da política criminal: **primeiro** “*desjuridicalização*” [mediação, composição...]; **segundo** – “*desdramatização*” [para não aumentar o efeito da ação delitiva, via meios de comunicação de massa, quanto a opinião pública sobre o descrédito da administração de justiça]; **terceiro** – “*socialização*” [assistir jurídica e socialmente o vitimário e as vítimas]; **quarto** – “*descriminologização*” [trabalhar com as cifras reais, oficiais e não oculta da delinquência]; **quinto** – “*descolonização*” [políticas criminais e penitenciárias próprias e não importadas], neste sentido, Berstein aponta o objetivo material da pena e formal com novas perspectivas pelo modelo da “*persecutio criminis*”.

Destacamos que a decisão penal não impede a proposição de ação civil para a reparação, porque são independentes, porém, influentes, na hipótese do réu ser condenado criminalmente, no juízo cível poderá ser condenado como absolvido; “*mutatis mutandis*”, se o réu for absolvido criminalmente [negativa de autoria], a probabilidade é de não ser obrigado a reparar nenhum prejuízo no juízo cível. Mas a título de exemplificação e de direito comparado, expressa a norma penal espanhola: “*Toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente*” (art. 19 Código Penal Espanhol).

O sistema de indenização atual de ação “*ex delicto*” se concentra no modelo penal tradicional por vislumbrar o fato e não nos direitos elementares das vítimas de delitos, como ponto principal do sistema punitivo. Sanções ou medidas principais no direito penal, por imperativo legal, como alternativas ou forma cumulativas:

1. obrigação de reparar os danos resultantes do crime, em benefício da vítima;
2. pena privativa de liberdade, ofensa à lei ante a quebra do contrato social; e
3. penas ou medidas alternativas à prisão

A sanção de obrigação de reparação do delito serve tanto como medida alternativa como substitutiva, como ponto principal de responsabilidade criminal do réu (“Art. 91 CP: “*São efeitos da condenação: I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime*”). Todas as demais sanções são de caráter legal por imposição judicial, em relação ao “*quantum*” da pena privativa de liberdade ou da multa, como condições estabelecidas pelo juiz.

Nos chamados “*delitos sem vítima(s)*”, naqueles casos em que os cofres públicos sofrem prejuízo, perda ou atentado, na verdade toda a sociedade é vítima. Nestes casos, a sugestão, primeira, estaria voltada para a criação de um fundo de reserva ao ressarcimento de prejuízos das vítimas; como exemplo citamos o fundo penitenciário, onde os valores pecuniários aplicados nas penas de multa, são convertidos para a reestruturação e re-aparelhamento dos estabelecimentos prisionais do País (art. 49 Lei 7.209/84 c.c arts. 164 e segts. e 203, da Lei n.º 7.210/84 e regulamentação legal correspondente), similarmente pode ser em atenção as vítimas de delitos.

“*Hay que continuar esta lucha; la víctima debe tener, al menos, los mismos derechos que el victimário, y es una batalla en la que todos estamos involucrados, pues nuestras probabilidades de ser víctimas son mucho mayores que las de ser criminales*”⁴.

A palavra “*querella*” como *potestade* da vítima tem relação com a palavra acusação como *potestade* do Ministério Público. O agente do Ministério Público torna-se acusador por representação da vítima, procurador-geral dos seus direitos, exercendo um papel de garante num Direito Penal Moderno, apresentando soluções, propondo acordos e conciliando as partes. Quando a vítima muda da figura passiva para a figura ativa no direito processual penal.

A *dupla penal*, ou na expressão em espanhol - la *pareja penal* - como denomina Jiménez de Asúa, para se referir ao delinqüente e a vítima.

O Ministério Público é órgão de controle e tutor dos conflitos intersubjetivos, instituição estatal que garante, assegura e promove a justiça pública sem desrespeito aos interesses privados. O agente ministerial é o verdadeiro e por excelência o Ombudsman dos Direitos Humanos⁵.

⁴ Manzanera, Luis Rodriguez: in “*Derecho Victimal*”; Zaffaroni, Raúl: in “*La mujer y el poder punitivo*” *Anales Internacionales de Criminologia*, Anne, 1995 – vol 33 – 1/2, pg. 106.

⁵ Maia Neto, Cândido Furtado, in “*O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos*”, ed. Juruá, Curitiba, 1ª ed. 2ª tiragem, 2003.

O Professor Antonio Beristian em seu livro “Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia”⁶, explica com grande propriedade os princípios e as diferenças marcantes entre o que chama de “justiça recreativa” versus a ultrapassada e ortodoxa “justiça retributiva”, ou seja as “linhas fundamentais das cosmovisões retributiva e restaurativa”. O mestre do País Vasco, com muita sabedoria apresenta os traços fundamentais do novo modelo, que inteligentemente pode contribuir para uma convivência mais justa, mais pacífica e mais solidária.

A função jurisdicional com base na conciliação promovida pelo Ministério Público Social, é revestida de eficácia, para o direito positivo entre as partes, porque a mediação faz parte do sistema de administração da justiça. A conciliação efetivada entre particulares (um negócio particular) sem natureza de ato judicial não produz efeitos jurídicos, mas aquela caracteriza verdadeira Justiça, mais rápida e segura para solucionar interesses.

A responsabilidade civil derivada dos delitos e sua extensão, obriga a reparar os danos e prejuízos causado. O causador do dano poderá optar para reparar o dano antes de iniciado o processo civil através da restituição via indenização material e moral. A indenização não é exclusiva da vítima do crime, mas também é direito de seus familiares, podendo inclusive haver a compensação dos valores dos prejuízos se o agente passivo contribuiu para o ilícito de alguma forma, com negligência ou imprudência ao dever de cuidado ou de zelo.

O juiz penal pode fixar o valor da indenização no momento da sentença e sua execução. Todos os envolvidos – réus, co-réus, cúmplices, partícipes – respondem pela indenização na medida de suas responsabilidades subsidiária ou solidariamente.

O acesso à justiça está assegurado na Constituição federal brasileira e nos documentos de Direitos Humanos, nas Declarações, Pactos internacionais e Convenções, seja nível de 1º ou de 2º grau, ou em ambas as instâncias judiciais.

Há que se trazer para o processo penal, melhores mecanismos de acesso à Justiça para a prestação jurisdicional de asseguramento e efetivação dos direitos das vítimas de crime, proclamando-se alternativas ao sistema, como ponto central para uma moderna Justiça Penal e aplicação da moderna ciência jurídico-penal. Um novo enfoque de acesso à Justiça, é a vítima ter resposta efetiva em razão do seu prejuízo, indo além do simples direito de pleitear ou de propor uma ação. A própria ação governamental do Poder Público via promoção do Ministério Público, onde o Judiciário concede, assegura e efetiva os direitos das vítimas de crime.

Na atualidade já estamos visualizando tal tendência e necessidade, para o inter-relacionamento das partes litigantes e a tão almejada reinserção ou reintegração social dos apenados pela Justiça Penal. O Ministério Público ocupa na administração da Justiça um papel relevante, para não dizer o principal, como instituição incumbida de mediar e compor o conflito social (denominado de crime), assegurando direitos indisponíveis da sociedade (art. 127 “caput” CF), significando que ao tempo que busca a responsabilização penal, labora também para a reparação do dano, do contrário, os pratos da balança - da Justiça - estarão desequilibrados. Promover Justiça é dar atenção a ambas as partes, condenar os culpados, ante o devido processo legal, e reconhecer os direitos e garantias fundamentais de amparar as vítimas de delitos.

Melhor se poderá reconhecer a figura do Promotor de Justiça se a atuação também for na proteção dos direitos das vítimas de crime, assim tornar-se-ia, um Promotor de “Justiça Social”, dos Direitos e dos Deveres Humanos. O representante do Ministério Público é um verdadeiro promotor geral do *ius persequendi* e do *ius puniendi*, na qualidade:

- **promotor da investigação** (*pro direitos humanos do agente ativo e passivo do crime*)
- **promotor da repressão e aplicação da lei penal** (*pro direitos humanos do processado e do ofendido*)
- **promotor da mediação e da reconciliação** (*pro direitos humanos do vitimário e da vítima*)
- **promotor da reparação moral e material** (*pro direitos humanos da vítima*)
- **promotor e fiscal da execução penal** (*pro direitos humanos do condenado e da vítima*)

A vítima-cidadã exige do Estado a prestação jurisdicional e a tutela dos direitos indisponíveis individuais, como titular do bem jurídico-penal “tutelado”, ou lesado e danificado.

A legitimidade da Justiça passa ou começa pela legalidade democrática, onde o Ministério Público como instituição tutora dos direitos das vítimas (de crimes) cidadãs, atende e promove justiça eficiente e na prestação jurisdicional, como dizia Tristão de Ataíde “*é preciso restaurar o Direito nas consciências. Para que estas o restaurem nas instituições político-sociais. E se refaça o caminho perdido, restaurando-se o Direito na concepção geral da vida*”.

O prof. G. Kaiser do Instituto Max-Planck de Direito Penal da Alemanha, comprova e afirma que o Direito Penal necessita cambiar radicalmente, devendo deslocar do seu centro o delinqüente e incluir a vítima, trazendo consequências práticas às instituições da polícia e do Ministério Público, numa nova práxis policial-forense, adequada as exigências sociais e os compromissos de deveres do Estado, na condução e solução das lides penais.

⁶ Trad. MAIA NETO, Cândido Furtado, ed. UNB, 2000-DF.

Considerações finais

É perfeitamente possível aplicar o Código Penal e o Código de Processo Penal combinado com os dispostos do Código Civil, para a base de cálculo na sentença penal, seja ao nível de Justiça penal comum, como na decisão do Juizado Especial Criminal, sem contudo utilizar ou inviabilizar a possibilidade de demanda no juízo cível com a interposição da chamada “ação ex delicto” (art. 63/65 CPP), utilizando-se como base de cálculo indenizatório o contido nos artigos 186/188 e 927 *usque* 954 do Código Civil brasileiro, sobre atos ilícitos e obrigação de indenizar.

Este é um novo paradigma em que o homem – operador do direito, Promotor de Justiça – é chamado a criar sob o manto da necessidade de proteger as vítimas de crime, que não deseja apenas serem consoladas, deve haver a restauração da ordem quebrada, para amenizar os seus sofrimentos.

O modelo penal atual é eminentemente repressivo, vez que olha para o passado, isto é, enfoca sua atuação no crime, no delinquente e na pena, olvidando-se dos direitos das vítimas, no sentido social, econômico e jurídico; inclusive quanto a preservação do direito à intimidade, como o sistema faz com o acusado de crime, quando as exigências fáticas e legais recomendam.

Pode-se dizer que num delito sempre existirão mais de uma vítima, assim as Nações Unidas conceitua como vítimas todos os prejudicados pelo crime, direta ou indiretamente, consideram-se os familiares, amigos, pessoas com relação mais próxima ou imediata, que tenham sofridos danos ao intervir para assistir as vítimas no perigo ou para prevenir a vitimização; independentemente de que se identifique, prenda, processe ou condene o autor do delito⁷.

A Constituição brasileira de 1988, expressa no seu preâmbulo e arts.1º, incs.II e III e 3º inc. I, que são fundamentos do Estado Democrático e da República: “assegurar o exercício dos direitos individuais, a segurança, o bem estar, a igualdade, a justiça, a solução pacífica das controvérsias, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e a construção de uma sociedade livre, justa e solidária”.

O Programa federal de Assistência as Vítimas (Lei n. 8.807/99 e Dec. n. 3.518/2000 – do Brasil), pode ser considerado como um passo para alcançar o que se pretende, quanto a um direito penal recreativo, mas até o presente momento à sua implementação e a aplicação encontra-se bastante tímida.

Existem algumas injustiças cometidas contra as vítimas de crime, quando do tratamento perante a lei, primeiramente porque são olvidadas ante os juízos e tribunais, posto que não são atendidas devidamente como pessoas e na qualidade de titular do bem jurídico-penal lesado; ademais porque: **1.** Não é oferecido, às vítimas de crimes, sequer um “cafézinho” ou um copo de água fresca durante a espera dos julgamentos [audiências judiciais]; **2.** Não existem salas de esperas nos edifícios públicos, para as vítimas, corriqueiramente são forçadas a encontrar e se esbarrem com o delinquentes, nos corredores dos “fóruns”, muitas vezes são injuriada e maltratada pelas testemunhas de defesa, em geral amigo(a-s) do réu; **3.** No Código de Processo Penal a vítima pode até ser conduzida, em outras palavras, detida no local onde se encontre – casa ou trabalho – e encaminhada à presença do juiz e da polícia, nos termos do parágrafo único art. 201 CPP; **4.** Quanto a competência para o processamento e julgamento do crime, muitas vezes quando não determinada pelo lugar do ilícito, prevalece o local de residência do réu e não se menciona sobre o local da residência da vítima, assim disciplina o art. 69, I e II CPP; **5.** A vítima é obrigada a se deslocar ou se movimentar as suas próprias custas e gastos pessoais, para participar do processo-penal. O sistema deve procurar uma fórmula mais conveniente para atender e assistir melhor as pessoas ofendidas e prejudicadas pelo crime; **6.** A justiça deve sempre ser realizada em nome das vítimas de delito.

Decálogo básico como propostas para uma nova práxis da administração de justiça, necessárias à devida atenção às vítimas de crime em prol do Direito Vitimológico e da Política Vitimológica moderna; como:

1. As vítimas de delitos – pessoa física ou natural – que tenham seus documentos pessoais furtados, roubados ou destruídos em face de alguma ação ilícita, devem possuir o direito de auxílio estatal para a confecção de novos documentos (2ª via) com a isenção de taxas públicas.

Justificativa: Com a ocorrência do delito o Estado falhou no dever de promover segurança pública (art. 144 CF).

2. Nos edifícios dos Tribunais, nos fóruns, nas sedes do Ministério Público e repartições da Polícia, devem existir salas apropriadas para a atenção e permanência das vítimas de crimes – pessoa física ou natural – pelo tempo que for necessário à realização do ato público, seja para fins de reconhecimento dos autores do crime, para depoimentos e declarações.

Justificativa: Trata-se do titular do bem jurídico-penal “tutelado”, a ação penal existe em face de dano e prejuízos ocorridos a um cidadão.

3. Nas salas de audiências judiciais, as vítimas – pessoa física ou natural – devem ter acessos diferenciados aos ambientes destinados aos atos judiciais, acessos que não permitam o encontro ocasional com o vitimário, nos corredores, ante-salas ou portas de entrada e de saída dos edifícios públicos.

Justificativa: Evitar constrangimentos, receios, pressões ou possíveis ameaças por parte do vitimário ou de seus amigos e parentes, sobre a vítima.

⁷ Declaração sobre Princípios Fundamentais de Justiça para as Vítimas de Delitos e Abuso de Poder – ONU/1985.

4. Principalmente o Ministério Público, o Poder Judiciário e a Polícia, devem dispor de pessoal capacitado com atribuições específicas para um trabalho interdisciplinar de assistência jurídica, social e psicológica em atenção às vítimas de crime – pessoa física ou natural -.
Justificativa: O maior interessado – direto – e mais prejudicado pelo ato ilícito é a vítima.
5. Os nomes e endereços das vítimas – pessoa física ou natural -, se necessário for, deverão ser mantidos em segredo de justiça, constando apenas em arquivos e registros oficiais sigilosos, para preservação da identidade e sua proteção pessoal.
Justificativa: Desta forma aumentará o número de vítimas dispostas a colaborar com a justiça e denunciar os autores dos crimes.
6. Reformar ou adequar a legislação no que diz respeito aos direitos e atenção às vítimas de crime – pessoa física ou natural -, no âmbito do direito penal material e formal.
Justificativa: O direito penal substantivo e adjetivo se encontram superados, é preciso que o sistema possua uma nova perspectiva.
7. O sistema judicial do direito vitimal adequado à política vitimológica deve proporcionar a remissão para o réu, bem como a remissão à vítima, concomitantemente. O vitimário resgatando o seu ato, libertando-se do erro através da responsabilidade de indenizar e reparar o dano causado à vítima; e a vítima, por sua vez, concedendo perdão total ou parcial. Primeiro é preciso reconhecer a falta e depois pedir perdão, na sequência efetiva-se a composição e o cumprimento das obrigações, sejam dos deveres ou dos direitos.
Justificativa: Menos ódio e menos vingança, mais acordo e mais conciliação, para a reparação e devida responsabilização do ato ilícito praticado, objetivando a reinserção e a paz social.
8. Na hipótese de aceitação e início da reparação dos danos às vítimas, pelo autor do crime, a Ação Penal poderá ser suspensa ou sobrestada até a total reparação (indenização-ressarcimento dos prejuízos).
9. A pena de multa e a sanção de prestação pecuniária reparadora para as vítimas de delito, devem ser e estar na mesma categoria da sanção principal, podendo ser determinada pelo juiz penal, de maneira cumulativa, sem prejuízo das demais sanções, podendo inclusive a pena de prestação pecuniária reparadora, ser meio ou forma de atenuar outras sanções, amenizando o “*quantum*” geral da pena na sentença judicial condenatória.
10. Na fase do art. 499 do Código de Processo Penal, na Ação Penal que conste a confissão do réu, o Ministério Público deve de imediato requerer ao juízo que oportunize o autor do crime a se manifestar pela vontade e sua possibilidade de reparar os danos causados pelo delito. A mesma prática deve ser promovida no âmbito da 2ª instância, onde o Ministério Público (estadual ou federal) deve viabilizar a reparação do dano ante os Tribunais Superiores, a fim de ser concretizada a redução ou atenuação da pena imposta, em grau de recurso.

Finalizando, afirmamos que não se pode falar em devido processo legal se não existir o devido respeito às vítimas de crime. Como se falar em justiça na aplicação da punição se não se efetiva à reparação dos danos causados pelo delito. E como se fala em respeito à integridade física ou moral do processado, do preso ou do condenado, se as vítimas de crime ainda não recuperaram suas dignidades.

BIBLIOGRAFIA (indicações e recomendações p/ leitura)

ANIYAR DE CASTRO; Lola:

- “La nueva criminología y lo criminalizable”; in Capítulo Criminológico, vol. 15 (1987); Rev. del Instituto de Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo/Venezuela; febrero-1989; pg. 27.

- “Notas para el análisis de las relaciones entre democracia y justicia penal”; in Capítulo Criminológico, vol. 16 (1988); Rev. del Instituto de Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo/Venezuela; febrero-1990; pg. 43.

- “La búsqueda a la legitimación: Justicia Participativa y Derecho a Castigar”, pg. 201, vol 21, nº 2, 1983

- “Victimologia” Universidad Del Zulia. Venezuela.1969

- “Los Desviados como víctimas”, Rev. Capítulo Criminológico nº 2, 1974, Ed. UNIZULIA – Universidad del Zulia, Maracaibo/Venezuela.

AURTENETEXE, J.L.: “Políticas a favor de las víctimas en Euskadi”; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 11 – 1997; pg. 267.

BARATTA, Alessandro:

- “La política criminal y el derecho penal de la Constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales”; in Capítulo Criminológico, vol. 26, nº 2; Rev. del Instituto de Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo/Venezuela; diciembre-1998; pg. 9.

BERGALLI, Roberto: “Justicia Forma, Justicia Participativa y Derecho a Castigar”, pg. 219, vol. 21, nº 2, 1983

BERISTAIN, Antonio:

- "Proceso Penal y víctimas: pasado, presente futuro"; in Política Criminal, Derechos Humanos y Sistemas Jurídicos en el Siglo XXI, vol. en homenaje al prof. Dr. Pedro R. David, ed. Depalma, Buenos Aires, 2001.
- "El nuevo Código penal de 1995 desde la Victimología"; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 10, Extraordinario – 1997; pg. 57.
- "La construcción criminológica de la realidad"; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 8 – 1994; pg. 105.
- "Cuestiones penales y criminológicas"; Ed. Reus, Madrid, 1979
- "Victimología Nueve Palabras Claves; ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

BINDER, Alberto M.:

- "Estratégias para a Reforma da Justiça Criminal" Revista Jurisprudência Brasileira Criminal, vol. 33., 1994, ed. Juruá, Curitiba-PR.; traduzido ao português, por Maia Neto, Cândido Furtado
- "Justicia Penal y Estado de Derecho", ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993

DE LA CUESTA Arzamendi, José Luis:

- "Responsabilidad Civil": Ponencias de las Jornadas sobre "La Ley Orgánica 5/2000 de la Responsabilidad Penal de los Menores" Consejo Vasco de la Abogacía – San Sebastián, España)
- "De la Política Penal hacia una Política Victimológica (¿y criminal?): El caso de la violencia doméstica"; in "Notáveis do Directo Penal", ed. Cónsules, 2006, Brasília.

DIJK, J. Van: "¿Una nueva Sociedad de Victimología?"; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 11 – 1997; pg. 289.

DOTTI, René Ariel: "Curso de Direito Penal", ed. Forense, Rio de Janeiro-RJ, 2001.

DUARTE, Luiz Carlos Rodríguez: "Vitimologia e Crime Organizado"; in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 16, ano 4 outubro-dezembro, 1996; ed. Rev. dos Tribunais, São Paulo; pg. 252.

FRAGOSO, Cristiano: "Assistente: A Condição de Víctima como limite à sua atividade"; Boletim IBCCRin, nº 117, ano 10, agosto, 2002, São Paulo-SP

GONZÁLEZ VIDOSA, Fely: "Derechos Humanos y la Víctima"; Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, nº 3 – 1989; pg. 107.

KOSOVSKI, Ester: "Victimización de las Minorías"; in Capitulo Criminologico, vol. 18-19 (1990-1991); Rev. del Instituto de Criminología, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo/

MAIA NETO, Cândido Furtado:

- "Direitos Humanos do Preso: Lei n.º 7.210/84 de Execução Penal". Editora Forense; 275 páginas; Rio de Janeiro/RJ - 1998.
- "O Promotor de Justiça e os Direitos Humanos: Acusação com Racionalidade". Ed. Juruá, 178 páginas; Curitiba/PR - 2000.
- "Código de Direitos Humanos: Para a Justiça Criminal Brasileira" Ed. Forense/ Rio de Janeiro/ 2003
- "Direito Constitucional Penal do Mercosul: Direitos Humanos, Meio Ambiente e Legislação Comparada" Ed. Juruá; 515 páginas; Curitiba/PR - 2005
- "Criminalidade: Doutrina Penal e Filosofia Espírita; ed. Allan Kardec, São Paulo-SP, 2005
- "A Nova Criminologia à luz do Direito Penal e a Vitimologia" - Antonio Beristain Ed. UNB – Brasília. 2000. (livro - tradutor)

MANZANERAS, Luis Rodríguez:

- "Victimologia"; Editorial Porria, México, 1990
- "Derecho victimal", pg. 93, vol. 33, nº 1/2, 1995

MAYR, Eduardo: "Vitimologia e Direitos Humanos"; Revista Brasileira de Ciências Criminais, IBCCrim, n. 37, ano 10, janeiro-março, 2002, ed. RT, São Paulo-SP, pg. 235.

MOREIRA DE PAULA, Jonatas Luiz: "Uma Abordagem Crítica da Jurisdição", in Rev. de Ciências Jurídicas e Sociais da UNIPAR - Universidade Paranaense, Campus Toledo-PR, vol. 5, nº 2, jul/dez/2002.

MOURA BITTENCOURT, Edgard de: "Víctima", ed. Universitária de Direito, São Paulo, 1987.

NEUMAN, Elías:

- "Victimologia", Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984

PELEGRIÑO, Laércio: "Vitimologia"; ed. Forense, Rio de Janeiro, 1987.

PIEIDADE JUNIOR, Heitor: "Vitimologia-Evolução no Tempo e Espaço"; ed. Livraria Freitas Bastos; RJ -1993.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl.: Derecho Penal Parte General, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 2000.

NARCOTRÁFICO X DESCRIMINALIZAÇÃO DOS MALES QUAL O MENOR ?

Valério Bronzeado

Promotor de Justiça/PB

SUMÁRIO

SÍNTESE DOGMÁTICA E PREMISSAS

1. ADVERTÊNCIA
2. INTRODUÇÃO
3. POLÍTICA CRIMINAL
4. LIBERDADES INDIVIDUAIS
5. LEI SECA
6. A INDÚSTRIA DAS DROGAS
7. O COTIDIANO DO TRÁFICO
8. JOVENS TROCAM TRÁFICO POR ASSALTO
9. MÉXICO, O CAMPEÃO DO NARCOTRÁFICO
10. CONCLUSÕES
11. BIBLIOGRAFIA

SÍNTESE DOGMÁTICA

Ao se criminalizar as drogas, semelhante ao ocorrido em Chicago durante a Lei Seca, criou-se um fato social devastador, monstruoso, um verdadeiro bicho-de-sete-cabeças, que encontra nas perversas condições sociais um terreno fértil: o tráfico ilícito de entorpecentes. Tudo está a indicar que a criminalização das drogas fez o tiro sair pela culatra devido ao aumento significativo da criminalidade violenta em razão do narcotráfico. É necessária uma comparação científica entre as consequências sociais ruínas do comércio ilícito de drogas com os malefícios gerados pelo consumo isoladamente dessas substâncias. Suspeita-se que o objetivo da proibição dos entorpecentes, ou seja, a proteção da saúde pública e da paz social foram anulados e atropelados pelos fatos criminais devastadores (corrupção, chacinas, gastos com repressão e com presídios, tráfico de armas, formação de quadrilhas, narco-guerrilha etc) gerados pelo tráfico.

É provável - um estudo científico poderá dizer isto - ser socialmente menos ruinoso (especialmente no que tange a perdas humanas - chacinas, acertos de contas, assassinatos de jovens, policiais etc) mais fácil e econômico lutar contra o consumo e o vício e tratar de eventuais viciados com medidas propedêuticas, prevenção, redução de danos e internação hospitalar do que lutar contra duas frentes : o vício mais as atividades criminosas ruínas das quadrilhas geradas pelo tráfico ilegal, penalização do consumidor e o encarceramento de milhares de traficantes.

Recomenda-se, então, o aprofundamento da discussão via amplo conhecimento da matéria, através de um minucioso estudo científico patrocinado pelo Estado com a participação de entidades interessadas em política criminal (sociólogos, criminalistas, médicos, psicólogos, psiquiatras, IBCCRIM, CONAMP, AMB etc), abrangendo a coleta de dados estatísticos sobre os malefícios gerados pelo tráfico (numero de mortes, gastos com prevenção, repressão, prisões etc), para que se permita avaliar concretamente esse dano social para efeito de

comparação com os males sociais produzidos pelo consumo das drogas (estudos sanitário-epidemiológico, psicológico e sociológico etc), tudo para a adoção de uma política criminal mais consentânea visando a diminuição dos danos gerados pelo narcotráfico e pelas substâncias estupefacientes.

PREMISSA NÚMERO 1

Se é imanente a qualquer ser vivo e principalmente ao ser humano priorizar a conservação de suas funções orgânicas, físicas e mentais, então, somente uma minoria de insensatos e inconseqüentes é que se entregariam à toxicofilia e a vícios ruinosos como o alcoolismo, que agredem o organismo, aniquilam os valores de convivência social, abatem o ego e impedem a realização pessoal.

PREMISSA NÚMERO 2:

"Se a liberdade é um valor a respeitar e cultivar a decisão sobre utilizar drogas, desde que consciente, deveria ser estritamente pessoal e intransferível. Ao Estado cabe regulamentar o comércio e zelar para que as pessoas recebam toda a informação disponível sobre os perigos e os males do consumo" (Milton Friedman, 92 anos de idade, Prêmio Nobel de Economia de 1985 e outros 499 economistas em carta ao Presidente George W. Bush e ao Congresso norte-americano).

PREMISSA NÚMERO 3

É menos ruinoso, mais fácil e econômico combater o vício e tratar do viciado com prevenção, redução de danos e internação hospitalar do que combater o fato monstruoso que é o tráfico ilegal com a penalização do consumidor e o encarceramento de milhares de traficantes. Teríamos menos chacinas, menos crimes, menos gastos com repressão, com presídios, e, sobretudo, menos perdas humanas.

1. ADVERTÊNCIA

Abomino as drogas. Não almejo nem proponho neste trabalho a atenuação nem a letargia no seu combate. Sou radicalmente contrário ao consumo de qualquer tipo de substância psico-ativa. O consumo de drogas causa danos à normalidade física, orgânica e psicológica de um indivíduo. Ele abate o ego, desvirtua a dinâmica familiar, destrói os valores de convivência social e lança o indivíduo na chamada "síndrome amotivacional". O viciado se enfraquece fisicamente, fica sem condições de trabalhar, sentindo-se vencido e marginalizado.

Compartilho com o que disse o Governador Sérgio Cabral, em entrevista à Revista "Veja": não quero que meus filhos sejam usuários de drogas, substâncias nocivas que degradam a pessoa humana e as relações sócio-familiares. Nem de bebidas alcoólicas (droga lícita), ou até mesmo de cigarros, que viciam e prejudicam a saúde.

2. INTRODUÇÃO

Esta abordagem é com base num fenômeno social gravíssimo, monstruoso, que tenho notado e é chamado de tráfico ilegal de entorpecentes. Ele tem gerado milhares de perdas humanas, notadamente adolescentes, policiais, jornalistas, cidadãos inocentes etc. O tráfico é uma fábrica de criminosos. Ele exige gastos bilionários na repressão. Além disso, seu combate gera despesas astronômicas com o encarceramento de milhares de traficantes e consumidores num sistema prisional medieval e falido. Qualquer interessado na diminuição dos crimes e na paz social não pode ficar de costas para esse gravíssimo fato social.

O tráfico ilegal é a raiz de onde brota 90 % da criminalidade da sociedade brasileira. Ele empurra o jovem para o crime. Ao usar a droga ilícita o jovem rasga a tábua de valores éticos-morais. O consumo de drogas ilícitas passa a ser o primeiro degrau da escada que o jovem sobe em direção ao crime. Daí em diante tudo é permitido.

O tráfico milionário instalou-se em cada favela e também nas classes sociais mais favorecidas. Ele corrompe e destrói parcela significativa da juventude. Não pára de produzir bandidos e marginais que vivem do lucro fácil e da prática de crimes gravíssimos. O alcoólatra comete crimes, às vezes, mas exclusivamente por motivos passionais. Já o traficante, o consumidor de drogas ilícitas mata a troco de banana, por qualquer motivo e de forma cruel. Qual a razão? O motivo é que a ilicitude e a criminalidade lhe é introjetada no nascedouro da conduta de consumir drogas.

Os danos causados à saúde e à paz da população pelo uso de substância estupefacientes – motivos reais da proibição legal – são menores se comparados aos estragos causados pelo seu comércio ilícito. É necessária uma reflexão pois parece que o tiro saiu pela culatra. Os fatos sociais, as chacinas e homicídios estão comprovando que a proibição da droga criou um fenômeno criminal monstruoso - um bicho-de-sete-cabeças - que precisa ser aniquilado. Mas, no dizer de um editorialista angustiado, "faltam pessoal e coordenação seja da polícia, seja do Ministério Público; falta depurar o corpo policial e o Judiciário dos que estão a serviço das quadrilhas. Falta atacar com as armas positivas do Estado (educação, saúde, saneamento etc.) as milhares de cidades onde germina o "staff" criminoso, falta frear o consumo de entorpecentes".

Estima-se que os órgãos de repressão apreendem apenas 1 % das drogas em circulação na sociedade brasileira. Nesse patamar a guerra contra as drogas não passa de uma utopia.

3. POLÍTICA CRIMINAL

Os objetivos da política criminal devem ser a redução dos níveis de criminalidade. Günter Kaiser define a Política Criminal como sendo o estudo “das estratégias, táticas e instrumentos de controle social da delinquência”. Segundo Heleno Cláudio Fragoso Política Criminal visa descobrir os “meios mais adequados para o controle da criminalidade, valendo-se dos resultados que proporciona a Criminologia. Ela é, segundo João José Leal e Rodrigo José Leal, o conjunto de conhecimentos capazes de conduzir o legislador – no momento de gestação da norma penal – e o operador jurídico, no momento de sua aplicação e execução, a construir um sistema penal mais eficiente (útil) e legítimo (justo). Mireille Delmas-Marty entende a Política Criminal como sendo “o conjunto dos procedimentos através dos quais o corpo social organiza as respostas ao fenômeno criminal”.

Aníbal Bruno chamou a atenção que “o fim do Direito Penal é, portanto, a defesa da sociedade, pela proteção dos bens jurídicos fundamentais, como a vida humana, a integridade corporal do homem, a honra, o patrimônio, a segurança da família, a paz pública, etc, entendendo-se por bem jurídico, conforme conceito de Von Liszt, tudo o que pode satisfazer uma necessidade humana e, nesse, sentido, é tutelado pelo Direito”.

Acontece que estamos diante de um fato novo. O crescimento avassalador do tráfico de drogas. Ele desgarrou-se do consumo e passou a praticar crimes e malefícios terríveis de forma independente.

É necessário, portanto, um estudo e uma revisão na política criminal de combate às drogas para que sejam sopesados os malefícios sociais gerados pelo comércio ilícito de entorpecentes em comparação aos danos causados pelo eventual consumo das substância estupefacientes.

Contudo discutir a descriminalização das drogas implica em:

- 1) tratar dos gastos bilionários na repressão;
- 2) da despesa com o encarceramento de milhares de traficantes e consumidores num sistema prisional medieval e falido;
- 3) abordar a debilitada estrutura do sistema de segurança;
- 4) tratar das perdas humanas, notadamente policiais, jornalistas, crianças e adolescentes, das chacinas etc.;
- 5) implica em filosofar sobre as liberdades individuais;
- 6) analisar a questão sanitário-epidemiológica;
- 7) os malefícios para a família;
- 8) as possíveis sanções internacionais decorrente da descriminalização unilateral;
- 9) visualizar com cifras o fato criminológico devastador que é o tráfico de drogas, o maior agente multiplicador de criminosos da sociedade brasileira, dentre outros temas.

4. LIBERDADES INDIVIDUAIS

É evidente que não se pode abordar o tema “consumo de drogas” sem ligá-lo às liberdades individuais.

Friedman, 92 anos de idade, Prêmio Nobel de Economia de 1985 e outros 499 economistas enviaram ao Presidente George W. Bush e ao Congresso norte-americano uma carta na qual pedem a liberação de todas as drogas. A posição liberal do respeitável economista (tido como homem conservador de direita) e dos demais acadêmicos que assinaram a carta fundamenta-se no fato de que a liberdade é um valor a respeitar e cultivar. Por conseguinte, a decisão sobre utilizar drogas, desde que tomada conscientemente, deveria ser estritamente pessoal e intransferível. Se o Estado tem algum papel a exercer seria o de regulamentar o comércio e zelar para que as pessoas recebam toda a informação disponível sobre os perigos e os males do consumo.

Faz sentido. Se é imanente a qualquer ser vivo e principalmente ao ser humano priorizar a conservação de suas funções orgânicas, físicas e mentais, então, somente uma minoria de insensatos e inconseqüentes é que se entregariam à toxicofilia e a vícios ruinosos como o alcoolismo, que agredem o organismo, aniquilam os valores de convivência social, abatem o ego e impedem a realização pessoal.

Segundo a Folha de São Paulo, estudo da Universidade Harvard concluiu que os EUA economizariam US\$ 14 bilhões por ano se a maconha fosse legalizada (menos US\$ 7,7 bilhões de despesas com policiamento e mais US\$ 6,2 bilhões com impostos). Argumenta-se, entretanto, que existe uma dimensão sanitária do problema: a do vício, da dependência à drogas.

5. LEI SECA

As megalópoles brasileiras são hoje replicas aumentadas da Chicago dos anos 30. Durante a vigência da lei seca surgiram os gangster e dezenas de quadrilhas violentas, armadas com metralhadoras. O fenômeno repete-se, mas em proporções avassaladoras. Ao invés da quadrilha de Al Capone, de paletó e gravata, vendendo bebidas, agora é o “Comando Vermelho”, “ADA”, o “PCC”, em pés-de-chinelo, vendendo drogas nas favelas, com armamento ainda mais letal. Jovens iniciam-se no tráfico e migram para outros crimes, como furto de

veículos, seqüestros, assaltos etc. De dentro dos presídios os traficantes ordenam execuções, massacres e outros atos abomináveis.

Há muito o Rio de Janeiro vem sendo vítima do tráfico de drogas. Quem não se lembra do ator global que morreu dormindo no seu apartamento em Copacabana com um balaço de AR 15 que transfixou a parede e o atingiu? Crianças são baleadas na sala de aula. Em São Paulo mais de mil pessoas morreram e outras foram vítimas de fogo cruzado entre traficantes e policiais no ano passado. O tráfico instalou-se nos bolsões de miséria e passou a ser uma espécie de estabelecimento industrial de crimes.

Como constatou a CPI do Narcotráfico, o comércio ilegal gerou atividades criminosas paralelas como o roubo de cargas e automóveis, assaltos a bancos e a existência de bandos armados com granadas, AR 15, metralhadoras e até mísseis. O dinheiro do narcotráfico penetra e corrói também as instituições; manda bandidos ao parlamento, corrompe policiais famintos, agentes penitenciários e outros membros do sistema de segurança. O tráfico gerou até uma "narcoguerrilha", a grande exportadora de armas pesadas na América do Sul e que o Brasil, inexplicavelmente, negou-se a combater. O tráfico é, enfim, responsável por uma gama de males que sopesado e comparado com o consumo de drogas dá de dez a zero no objetivo da proibição dos entorpecentes, ou seja, a proteção da saúde pública. Embora se gaste cada vez mais no combate ao tráfico ele anda cada vez mais ávido e destruidor. E quanto maior a repressão mais favorecido torna-se o comércio ilegal com o aumento vertiginoso do preço do tóxico. É a lei da oferta e da procura. É evidente que a descriminalização das drogas poria fim na criminalidade brutal gerada pelo tráfico. Se os recursos despendidos nessa guerra, - que, pelo lado estatal, emprega milhares de pessoas e que são infensas ao debate do tema - fossem direcionados exclusivamente para a prevenção, como o incentivo à prática de esportes pela juventude e campanhas sobre a nocividade dessas substâncias, alcançaríamos de forma mais adequada o objetivo de ter uma população hígida, sadia. Afinal, é da natureza do ser humano priorizar a conservação de suas funções orgânicas, físicas e mentais. Só insensatos entregam-se à toxicofilia e a vícios ruinosos que impedem a realização pessoal, no lar, no trabalho, na sociedade.

Esse trabalho, então, propõe que seja feito um estudo científico comparando-se os malefícios do tráfico em confronto com os malefícios sociais que a eventual liberação de todas as drogas poderia causar. É preciso, em bases reais o objetivas, sopesar isto. A ONU, as universidades, através dos "Núcleos de estudo da violência", sociedades de estudos criminais, o Ministério da Justiça, a CONAMP, a AMAGIS devem promover esse estudo para se avaliar se os malefícios do tráfico ilidem os objetivos da proibição das drogas, isto é, se é menos ruinoso combater o vício e tratar do viciado do que combater o tráfico e punir o traficante.

6. A INDÚSTRIA DAS DROGAS

Atualmente, o narcotráfico é um dos negócios mais lucrativos do mundo. Segundo o professor Osvaldo Coggiola, professor doutor do Departamento de História da Universidade de São Paulo, no artigo "O comércio de drogas hoje", a rentabilidade do narcotráfico se aproxima dos 3.000%. Os custos de produção somam 0,5% e os de transporte gastos com a distribuição (incluindo subornos) 3% em relação ao preço final de venda. De acordo com dados recentes, o quilo de cocaína custa US\$ 2.000 na Colômbia, US\$ 25.000 nos EUA e US\$ 40.000 na Europa. Na Bolívia, os lucros com o narcotráfico chegam a US\$ 1,5 bilhão contra US\$ 2,5 bilhões das exportações legais. Na Colômbia, o narcotráfico gera de US\$ 2 a 4 bilhões, enquanto as exportações oficiais geram US\$ 5,25 bilhões. Esse comércio ilegal é o maior responsável pela criminalidade juvenil e pela geração de crimes em proporção avassaladora. Chacinas, frutos, roubos, extorções, de perdas humanas, notadamente policiais, jornalistas, crianças e adolescentes. O tráfico exige gastos bilionários sempre crescentes para a repressão; Ele gera despesas enormes com o encarceramento com severas penas de milhares de traficantes, em crimes tidos como hediondos, agravando a crise penitenciária. E dentro desse quadro, de poderio econômico do tráfico, está a combatê-lo uma debilitada e desaparelhada estrutura do sistema de segurança.

O tráfico de drogas é um negócio capitalista. Ele é organizado como uma empresa, estimulada pelo lucro. Segundo estimativa do National Intelligence Council, um movimento anual de US\$ 100 bilhões a US\$ 300 bilhões deriva da reciclagem do dinheiro das drogas proibidas. Para a Organização das Nações Unidas (ONU), o montante varia de 3% a 5% do PIB planetário e, no ano de 2002, a lavagem do dinheiro das drogas alcançou a casa dos US\$ 400 bilhões. Na avaliação do Banco Mundial, as cifras são pouco superiores a US\$ 100 bilhões anuais.

O narcotráfico como atividade criminosa construiu um mundo empresarial paralelo ao instituído no Brasil. Segundo o editorial da Folha de São Paulo "existem casos de grandes empresas verticalizadas, ou seja, que englobam todas as fases da produção da droga e que ainda a distribuem para o consumidor final. "Os vestígios dessa grande fatia de mercado ilegal e criminoso são comprovados através de extratos bancários, remessas de dinheiro ao exterior, empresas de fachada, contas telefônicas, processos judiciais. É diante dessa atividade monstruosa que estão as autoridades brasileiras interessadas no combate ao narcotráfico".

Nos países produtores de drogas, sobretudo da cocaína, a corrupção é generalizada. Os narcotraficantes controlam o governo, as forças armadas, o corpo diplomático e até as unidades encarregadas do combate ao tráfico. Não há setor da sociedade que não tenha ligações com os traficantes e até mesmo a Igreja recebe contribuições, como disse o Professor *Osvaldo Coggiola*.

7. MORTES DO COTIDIANO DO TRÁFICO

Reportamos a seguir duas notícias recentes, que se repetem diariamente e de forma avassaladora nas metrópoles brasileiras. São perdas humanas impressionantes geradas pelos males do tráfico.

“Jornal CORREIO DA PARAÍBA, matéria escrita por Lidiane Gonçalves
Quinta, 9 de Agosto de 2007

“JOVEM É EXECUTADO POR ENCAPUZADOS EM BAYEUX

Quatro homens encapuzados executaram um jovem de 18 anos, em Bayeux, na madrugada de ontem. Luan Alves de Brito morava sozinho no bairro da Imaculada e, segundo vizinhos e familiares, tinha envolvimento com drogas. O crime aconteceu por volta da 00h30, perto da residência do rapaz.

Segundo uma vizinha, que prefere não se identificar, com medo de represálias da família ou dos assassinos do rapaz, Luan morava sozinho, há cinco anos, desde que sua mãe faleceu. “Os irmãos não gostavam dele, porque ele sempre foi muito mimado pela mãe. Então, quando ela morreu, o menino ficou abandonado, morando sozinho. Acho que foi por causa disso que ele começou a consumir drogas, dizem que ele se envolvia com todo tipo de gente”, afirmou.

Outra vizinha de Luan disse que para pagar as dívidas contraídas com os traficantes o rapaz vendou tudo que tinha. “Ele começou vendendo os eletrodomésticos, depois os móveis, as roupas. Acabou vendendo até as portas e janelas da casa”, disse. Testemunhas do crime informaram que por volta da meia noite, quatro homens encapuzados, usando três motos pretas, rondavam o bairro”.

Folha de São Paulo - Cotidiano
São Paulo, segunda-feira, 13 de agosto de 2007

“QUATRO JOVENS SÃO MORTOS A TIROS EM CASA EM NOVA FRIBURGO - DA SUCURSAL DO RIO”

“Dois homens assassinaram a tiros dois casais de jovens, provavelmente enquanto dormiam, na madrugada de ontem, na casa onde viviam em Nova Friburgo (região serrana do Rio). Os corpos foram encontrados deitados nas camas e não havia sinais de reação. Quinze cápsulas de balas foram recolhidas para perícia. Devido à grande quantidade de sangue no local, a polícia não sabia precisar o número exato de tiros ou onde foram atingidos Felipe dos Reis Soares, 19 anos, a namorada Paloma Barbosa, 17, Hamilton Neves Lambret, 22, e a companheira Camila Rimes Novaes, 21.

Apenas a filha de Camila, de 1 ano e três meses, não foi morta pelos dois criminosos. Suja de sangue mas sem ferimentos aparentes, a menina foi recolhida pela polícia e entregue à avó materna.

A Polícia Civil obteve informações preliminares de que o grupo estaria vendendo drogas na casa. As mortes seriam uma reação dos traficantes do Comando Vermelho que controlam o tráfico na cidade, contrariados com a concorrência. O traficante Baú, que comanda o tráfico em três favelas do Rio, é o principal suspeito. Ele teria agido com um comparsa.

Vizinhos relataram que havia intenso movimento de visitantes na casa, que fica no Vale dos Pinheiros, bairro de classe média. Segundo a polícia, Felipe dos Reis Soares, 19, o “Chatuba”, e Hamilton Neves Lambret, 22, os dois rapazes mortos, embora não tivessem ficha criminal, eram conhecidos na cidade por praticar roubos. Hamilton, porém, tinha emprego em uma confecção. A casa estava alugada havia dois meses”.

8. JOVENS TROCAM TRÁFICO POR ASSALTO

Segundo notícia publicada no jornal Folha de São Paulo, “a queda acentuada dos rendimentos do tráfico de drogas no varejo do Rio tem contribuído para que jovens deixem a atividade e passam a praticar assaltos”.

Essa é uma das conclusões da pesquisa “Caminhada de Crianças, Adolescentes e Jovens no Tráfico de Drogas no Rio de Janeiro”, divulgada pelo Observatório de Favelas.

Com a ajuda de dez pessoas que faziam o elo entre entrevistadores e entrevistados, foram ouvidas 230 pessoas de 34 comunidades, de 11 a 24 anos, em 2004. Em 2.001 um vapor (vendedor de drogas na favela) ganhava até mais de dez salários mínimos, agora a maioria recebe entre um e três salários.

De acordo com a reportagem “concorrência da cocaína com drogas sintéticas, como o ecstasy, e os conflitos que assustam usuários estão entre os motivos da queda das vendas. Os chamados *bonde do 155* (furto) e *bonde do 157* (roubo) tinham menos status que os rapazes do tráfico, mas hoje muitos adolescentes preferem ser ‘trabalhadores autônomos’, como eles dizem, para não ter patrão e ganhar mais”. Com as mortes ou saídas dos mais velhos – que também se desencantam ao trabalhar mais de dez horas por dia, praticamente sem folga – é cada vez mais baixa a idade com que se entra e se ascende no tráfico. A faixa etária mais declarada (57,4%) foi entre 13 e 15 anos. E há quem já seja gerente de boca de fumo nessa idade.

O citado jornal lembra que na cidade do Rio de Janeiro, um em cada quatro processos que correm na Justiça fluminense guarda relação com drogas ilícitas. Os jovens são utilizados como traficantes ou em outras atividades das quadrilhas, beneficiados que são pela menoridade penal.

9. MÉXICO, O CAMPEÃO DO NARCOTRÁFICO

O México assumiu a liderança na distribuição de cocaína e drogas sintéticas nas Américas. Cerca de 90 % da cocaína e 80 % da metanfetaminas (ecstasy, crystal, ice) consumidas nos EUA são produzidas no México. Nesse país surgiram poderosas máfias, que passaram a assassinar milhares de pessoas, inclusive juízes, promotores e políticos. Semelhante ao “Plano Colômbia” - onde foram destinados US\$4,2 bilhões desde 2.000 - os EUA estudam uma ajuda para o México da ordem de US\$ 1,5 bilhão.

Na Colômbia, após a derrocada dos cartéis de Medellín e Cali, o negócio da droga se fragmentou. Porém, devido a proximidade do grande centro consumidor que é os EUA, o tráfico surgiu com força no México. Segundo informa o jornal Folha de São Paulo de 09/08/2007, os Zetas, temida milícia formada por ex-militares de elite que debandaram para o tráfico e colaboram com o cartel do Golfo, já atuam em seis Estados americanos. O governo convocou o exército para a luta contra as drogas. Despachou 30.000 militares para as áreas onde atuam os sete cartéis mexicanos. Até agora 1.500 pessoas foram presas e 1.400 morreram em combates só em 2.0007.

No México 284 agentes e 34 comandantes da Polícia Federal foram afastados por corrupção e ligações com narcotraficantes.

Os cartéis mexicanos lucram de 20 a 30 bilhões de dólares ao ano com o narcotráfico. Para se ter uma idéia da dimensão do problema, os cartéis Colombianos ganham menos : US\$ 5 bilhões por ano.

A violência, de centenas de seqüestros a chacinas promovidas pelos barões da droga, com mais de 1.400 mortes em 2.007, é uma das maiores preocupações dos mexicanos, segundo várias pesquisas de opiniões públicas (FSP, 09.08.2007, *Mundo fls A 13*).

10. CONCLUSÕES

- 1) Suspeita-se que as conseqüências negativas do comércio ilícito de drogas confrontadas com os malefícios gerados pelo consumo, anulam o objetivo da proibição dos entorpecentes, ou seja, a proteção da saúde pública e da paz social.
- 2) As evidências apontam que poderia ser menos ruinoso, mais fácil e econômico combater o vício e tratar do viciado medidas propedêuticas, prevenção, redução de danos e internação hospitalar do que lutar contra duas frentes : o vício mais as atividades criminosas ruinosas das quadrilhas geradas pelo tráfico ilegal, penalização do consumidor e o encarceramento de milhares de traficantes. Seriam evitadas, sobretudo, milhares de perdas humanas em decorrência direta da ação do tráfico..
- 3) Por conseguinte, recomenda-se o aprofundamento da discussão através de amplo conhecimento da matéria e de um minucioso estudo científico abrangendo a coleta de dados estatísticos sobre os malefícios gerados pelo tráfico em cortejo com os males produzidos pelo consumo de drogas, patrocinado pelo governo com entidades interessadas em política criminal (sociólogos, criminalistas, médicos, psicólogos, psiquiatras, IBCCRIM, CONAMP, AMB etc), para a avaliação de uma política criminal mais consentânea visando a diminuição dos danos gerados pelas substâncias estupefacientes.

11. BIBLIOGRAFIA

- 1) Osvaldo Coggiola, professor doutor do Departamento de História da Universidade de São Paulo, no artigo “O comércio de drogas hoje”, in http://www.passeiweb.com/saiba_mais/voce_sabia/narcotrafico_comercio
- 2) “Os Grandes Sistemas de Política Criminal”
Mireille Delmas-Marty Editoria Manole,
- 3) Nova política criminal e controle do crime de tráfico ilícito de drogas, João José Leal e Rodrigo José Leal, texto publicado no site <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9948>
- 4) FRAGOSO, Heleno Cláudio. Lições de Direito Penal – Parte Geral. Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 18
- 5) Firmo, Aníbal Bruno de Oliveira, Direito Penal, parte Geral, tomo I, 1997.
- 6) “Proposta de uma nova política criminal e penitenciária para o Brasil”, Luiz Flávio Borges D’Urso <http://www.cjf.gov.br/revista/numero6/artigo16.htm>
- 7) Firmo, Aníbal Bruno de Oliveira, Direito Penal, parte Geral, tomo I, 1997.
- 8) jornal FOLHA DE SÃO PAULO, 24.11.2006 *Cotidiano fls 01*, 09.08.2007, *Mundo fls A 13* e 13/08/2007, *Cotidiano*.
- 9) Jornal CORREIO DA PARAÍBA, 09/08/2007

O CAOP CRIMINAL E O MAPEAMENTO DA CRIMINALIDADE NO ESTADO COMO FORMA DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

Roberto Burlamaque Catunda Sobrinho

Promotor de Justiça/PE

Dentro do Projeto de Reestruturação do CAOP Criminal, por nós elaborado, está contemplada a criação de um banco, com o intuito de armazenar dados referentes à criminalidade e à atuação da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário, em suas esferas de atuação, pois pretende-se que os promotores, de posse dos dados colhidos diretamente dos órgãos policiais em cada comarca, os encaminhem para o Centro de Apoio, que então os armazenará no banco, os compilará e elaborará mapa da criminalidade no estado de Pernambuco, e, além disto, da análise da atuação desse tripé (POLÍCIAS/MINISTÉRIO PÚBLICO/PODER JUDICIÁRIO), será possível tecer diagnósticos e soluções para tornar mais efetiva e eficaz a atuação governamental no combate à criminalidade.

EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA

Verifica-se, atualmente, que nas várias delegacias do estado, quase sem exceção, existem pilhas de certidões de ocorrência policial, de perícias, de BO's e ROP's, entre outros documentos, sem o devido tombamento e tomada de providências.

Para a grande maioria desses registros, deveriam ser instaurados Inquéritos Policiais, que posteriormente seriam enviados à Justiça, conforme os prazos estabelecidos no Artigo 10, do Código de Processo Penal¹.

É certo e cediço que, nas várias delegacias do estado, quase sem exceção, existem pastas classificadoras contendo grande quantidade de perícias tanatoscópicas e de certidões de ocorrência policial sem qualquer providência tomada e, o que é pior, sem a remessa dessas ocorrências à justiça e/ou Ministério Público, equivalendo a um arquivamento tácito, procedimento ilegal adotado por inúmeros delegados de polícia, algo vedado em nosso ordenamento processual criminal.²

E os argumentos apresentados para esta ilegalidade são muitos, entre estes, alguns até procedentes, como a falta de estrutura, de veículos, de pessoal etc.

Somente para se ter uma idéia, somente na capital do estado, Recife, no mês de abril/2007, foram registradas cerca de 3.000 (três) mil ocorrências nas 18 delegacias da circunscrição – no ano de 2006, o número ultrapassa a casa das 50.000 ocorrências.³

O quadro é alarmante, quando se verifica que durante todo o ano de 2006, em todo o estado de Pernambuco, foram enviados apenas 7.973 (sete mil, novecentos e setenta e três) inquéritos policiais à Justiça, equivalendo a uma média mensal de 3,59 inquéritos para cada uma das 185 cidades e o Distrito de Fernando de Noronha. A média em 2007, até o mês de maio, é superior, e chegou aos 5,71 inquéritos.⁴

Ora, considerando que existem cidades com mais de uma delegacia, mas que em toda cidade existe ao menos uma delegacia policial, é fácil perceber que houve casos em que algumas delegacias não registraram ocorrências, ou, pior, não mandaram qualquer inquérito à justiça, como foi o caso de Afrânio, no extremo oeste do estado, segundo o próprio titular daquela unidade oficiou à promotoria local, através do ofício n.º 053/2007, de 08.06.2007, acerca do mês de maio/2007.

O problema que aparece nesse *status quo* é que, entre as muitas ocorrências não investigadas por problemas logísticos, podem constar outras em que algum policial desonesto, por interesse escuso, seu ou de outrem, as tenha

¹ CPP. Artigo 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 (dez) dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

² CPP. Artigo 17. A autoridade policial não poderá mandar arquivar autos de inquérito.

³ Fonte: Polícia Civil de Pernambuco – Unidade de Estatística Criminal.

⁴ Fonte: Corregedoria Geral do Ministério Público – Relatórios de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça.

inserido naquelas pastas que dormitam nas prateleiras das delegacias, e, com isto, sem que jamais tais ocorrências sejam remetidas para tombo em juízo, elas nunca virão a ser apuradas, passando ao largo do mundo jurídico, capitaneado pelo Poder Judiciário junto com o Ministério Público, *dominus litis* da ação penal pública.⁵

O Sistema Arquimedes, atualmente em fase de implantação no Ministério Público, somente pode controlar aqueles inquéritos que efetivamente se transformaram em processo, com a denúncia do Ministério Público, ou, quando muito, algum inquérito baixado para diligências.

De outra banda, o Sistema Judwin, em pleno uso pelo Poder Judiciário e que, de certa forma, complementaria o Sistema Arquimedes, também só revela aqueles processos que foram fruto das ocorrências encaminhadas pela polícia à Justiça.

Assim, ficam ao largo de todo o aparelho judicial aquelas ocorrências que não foram alvo de investigação pelas várias razões alhures mencionadas, o que chamaremos de “demanda reprimida”.

Para acabar com isto, a idéia é a de que cada Promotor de Justiça Criminal possa solicitar aos respectivos delegados que encaminhem à Justiça, sem exceção, todas as ocorrências policiais existentes, em curso ou sem investigação, zerando suas prateleiras e pastas, a fim de que passem a existir no sistema do Poder Judiciário e do Ministério Público, ficando de fora apenas as ocorrências em que as partes, por qualquer motivo, não fizeram a notícia chegar aos órgãos policiais ou de justiça.

O que se propõe aqui, então, é formatar um banco de dados, bem como o de levantar as necessidades, carências e dificuldades encontradas pelas polícias no desempenho de suas atividades, agindo primordialmente de uma forma educativa. Em seguida, a partir da formatação do banco de dados, elaborar propostas para melhorar o desempenho do estado no combate ao crime.

Igual procedimento deverá ser requerido às Polícias Militares (batalhões/destacamentos), para que sejam os dados armazenados no banco do CAOP Criminal.

A informação, uma vez transformada em conhecimento, possibilitará a eleição de prioridades e a criação de processos de trabalho voltados a direcionar as atividades do MPPE no combate à criminalidade.⁶

Ao final, esse procedimento, na prática, sutilmente equivale a um “controle das polícias”, além do que o controle externo de livros, boletins etc, a serem realizados *in loco* podem ser substituídos, sem prejuízo das visitas, pela obrigação de todo delegado enviar as ocorrências à justiça, conforme determina o Artigo 17, do CPP, como vimos.

É bom lembrar que semelhante procedimento foi adotado em 2000, na gestão Jarbas Vasconcelos, quando da época da CPI do Narcotráfico e que trouxe bons resultados, porque, através da Portaria de n.º 22.244/2000, estabeleceu-se o envio a juízo de todas as certidões de ocorrências e perícias existentes nas delegacias, zerando o acervo.⁷

Com os inquéritos ou ocorrências sem resultados em mãos dos Promotores de Justiça, estes poderão requisitar as diligências necessárias à elucidação de cada uma das ocorrências⁸.

Será possível para o promotor realizar um tratamento das informações por critérios acerca da **natureza e tipo do crime, local, horário, perfil do criminoso, perfil da vítima, grau de instrução, *modus operandi*, ação individual ou conjunta**, etc..

Além do mais, irá possibilitar-lhe aferir, de acordo com as ocorrências recebidas, observar as prioridades que a polícia estará dando aos crimes, cujas notícias lhe chegam, importando, com isto, na adoção de uma postura pró-ativa do Ministério Público que definirá **agenda própria**, desvinculada da oferta aleatória de investigações criminais feitas pela polícia, a partir de prioridades eleitas tendo por parâmetro o novo conhecimento produzido.

Com isto, pelo menos se enfrentará a resistência de alguns componentes do aparelho policial em fornecer dados.

O importante é que nenhuma ocorrência policial, seja oriunda da polícia civil ou da militar, deixe de ser registrada no âmbito do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Na verdade, o que acontece é que embora a cada dia a imprensa alardeie o aumento da criminalidade e que cada um de nós cidadãos sintamos esse aumento à nossa volta, não se verifica um aumento proporcional no número de inquéritos policiais instaurados e posteriormente encaminhados à Justiça.

O que vem ocorrendo é que grande parte daqueles documentos anteriormente citados deixam de ser devidamente utilizados, muitas vezes até por falta de estrutura de nossa polícia, mas, por outras, por interesses escusos de algum policial desonesto, com a conivência ou não de seus superiores, ou de outrem, que os deixam empilhados, sem jamais serem apuradas as circunstâncias que o originaram, sem o devido conhecimento da Justiça e do Ministério Público, o que, analisando de outra ótica, como se disse, equivale a um arquivamento tácito.

É claro que o ideal seria um sistema *on-line*, através do qual a ocorrência registrada na polícia, de imediato, já aparecesse nos computadores do Ministério Público e do Judiciário, salientando-se, por oportuno, que já existe na própria Polícia Civil tecnologia para isto, o que pode e deve ser o objetivo final a ser perseguido.

⁵ No caso de Afrânio, é praticamente impossível que não existam ocorrências policiais pendentes de apuração e que tenham dado entrada naquela delegacia antes do mês de maio/2007. Ou então, é a melhor cidade do país para se viver...

⁶ É possível, como idéia alternativa para um futuro próximo, a concepção de um Modelo de Ocorrência Policial, onde os dados necessários à alimentação do banco no Caop estejam, de forma objetiva e clara, previstas num formulário de campos numerados.

⁷ Em anexo, cópia da referida Portaria n.º 22.244/2000.

⁸ Segue, em anexo, um MODELO para este tipo de requisição, por nós elaborado na época e adaptado para a atualidade.

Mas enquanto isto não acontece, a proposta do CAOP Criminal para acabar com essa lacuna existente entre as ocorrências que chegam até a autoridade policial e o que efetivamente é levado ao conhecimento do Poder Judiciário e do Ministério Público, a chamada *demanda reprimida*, é que cada Promotoria de Justiça solicite aos respectivos delegados e comandantes de batalhões ou destacamentos da Polícia Militar, ou mesmo a qualquer órgão envolvido na atividade policial, que encaminhem à Justiça, sem exceção, todos os registros existentes em seu poder, zerando suas prateleiras, a fim de que os dados das ocorrências passem a fazer parte dos sistemas de informações do Poder Judiciário e do Ministério Público, e, a partir de então, todas as ocorrências sejam diariamente remetidas ao órgão ministerial da comarca para posterior envio ao CAOP Criminal para depuração e tabulação.

No âmbito das Promotorias de Justiça da Capital e da Região Metropolitana, além do que já foi abordado, propomos um plano de atuação onde os Promotores atuariam divididos em grupos de Promotorias, que ficariam responsáveis por um grupo de Delegacias, em sistema de rodízio, a ser estabelecido pela Procuradoria Geral de Justiça, dentre os membros responsáveis especificamente pelo controle externo da atividade policial, a princípio, Promotores Criminais, do Júri e da Cidadania, com apoio logístico do CAOP Criminal, no que se refere a datas, horários, transporte e servidores de apoio.

NECESSIDADES

Para a consecução dos objetivos propostos, contudo, é **primordial e imprescindível**:

1. A efetivação da reestruturação do CAOP Criminal, conforme projeto em anexo;

2. Atuação do Procurador Geral de Justiça:

2.1. **no âmbito externo**: junto ao Governador do Estado, o Secretário de Defesa Social, o Comandante da Polícia Militar e o Chefe da Polícia Civil, no sentido de que cada um em sua esfera de atuação dissemine a idéia proposta e a cultura entre seus membros;

2.2. **no âmbito interno**: elaborando instrumento normativo que entender mais adequado (portaria, recomendação, instrução, etc.), no sentido de determinar que os Promotores de Justiça respectivos encaminhem os dados necessários para a elaboração do banco de dados pelo CAOP Criminal;

3. Além do melhoramento, aperfeiçoamento e simplificação do Sistema Arquimedes, aquisição de software adequado para gerenciar o banco de dados, permitindo-se verificar o cruzamento de informações;

4. Capacitação de equipe técnica em cada comarca e/ou sede de circunscrição, composta por um promotor (preferencialmente o coordenador da circunscrição) e 02 (dois) servidores, com vistas a retirar dos promotores de justiça mais essa atribuição;

5. A viabilização da adesão das equipes internas, motivando-as.

A difusão e a internalização desse novo conhecimento produzido poderão ser feitos pela *intranet*, para os usuários internos, e pela *internet*, para os externos, bem como através de seminários, grupos de trabalhos, encontros regionais, etc., sendo de fácil consecução, na medida em que dispõe o MPPE de capital humano especializado no trabalho de análise de informação, com quadro de membros e servidores com escolaridade superior, capacidade estrutural e relacional aptos a produzirem o banco de dados a partir de fatos ocorridos na sociedade.

POSSIBILIDADES

Com esta forma de controlar as ocorrências, que poderão – *e efetivamente serão* – rastreadas pelo Caop Criminal, na sua missão de apoiar logisticamente as promotorias criminais, tornar-se-á possível:

1. Geração de relatórios pelo Sistema Arquimedes, já melhorado, aperfeiçoado e simplificado para o uso cotidiano dos promotores, no sentido de ajudar no preenchimento de peças e relatórios nas promotorias;

2. Disponibilizar aos promotores uma central de antecedentes criminais, baseada nos dados encaminhados, em complemento ao atual Instituto Tavares Buril, que peca, muitas vezes, por não ser atualizado com o andamento dos processos;

3. Disponibilizar para os promotores e usuários em geral (órgãos de segurança, imprensa, sociedade civil) o conhecimento adquirido, visando o trabalho mais eficaz, dando condições aos destinatários de elegerem prioridades no combate à criminalidade, propiciando uma maior eficácia nas medidas adotadas, e, aos gestores públicos, subsídios para definição de políticas públicas; e

4. Redefinir os processos estatísticos de mapeamento da criminalidade no estado de Pernambuco, tendo por fonte o conhecimento produzido pelo MPPE, viabilizando a comparação com os registros difundidos pelos aparelhos policiais, reiniciando o ciclo do conhecimento organizacional.

Como qualquer idéia que visa mudanças comportamentais, esta não foi concebida pronta e acabada, podendo passar por alterações no curso de sua implementação, daí porque o início pode se dar como um projeto-piloto em alguma sede de circunscrição, sugerindo-se uma sede que englobe o maior número de municípios com menor IDH – Índice de Desenvolvimento Humano.

CONCLUSÃO

1. Encaminhando toda e qualquer ocorrência aos sistemas de computação do Ministério Público e do Poder Judiciário, a autoridade policial estará apenas cumprindo o que preceitua o Artigo 17, do Código de Processo Penal;
2. Com um banco de dados mais confiável e controlado pela própria Instituição, o mapeamento da criminalidade no estado permite a melhor atuação ministerial no seu mister de promoção privativa da ação penal pública, na forma da lei, como realça o Artigo 129, inciso I, da Constituição Federal;
3. O controle das ocorrências propicia o atendimento direto do que preceitua o Artigo 129, inciso II, da Lei Maior, no que diz respeito à função institucional 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”;
4. Com fundamento no Artigo 129, inciso VII, da Carta Cidadã de 1988, o exercício do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público pode e deve ser exercido desde o nascedouro das ocorrências policiais;
5. Sobre a função institucional de requisitar diligências investigatórias e abertura de inquérito policial (Constituição Federal, Artigo 129, inciso VIII), o Ministério também pode e deve interferir na pauta de trabalho do delegado, desde que, à vista das ocorrências que chegam ao banco de dados, o Promotor de Justiça perceba que a autoridade policial releva certos tipos de crime ou de procedimento, em favor dos de menor potencial ofensivo ou autos de prisão em flagrante;
6. Compete, primordialmente, ao Caop Criminal a gerência do Banco de Dados do Ministério Público, em face do que dispõe o Artigo 33, e seus incisos, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei n.º 8.625, de 12.02.1993.

ANEXOS

ANEXO 01 : DECRETO N.º 22.244, DE 04 DE MAIO DE 2000

Determina que a Secretaria de Defesa Social, através de sua Corregedoria, apure os casos referentes a inquéritos policiais não instaurados ou pendentes de conclusão e os requisitórios do Ministério Público Estadual e mandados de prisão expedidos não cumpridos, e dá outras providências.

O GOVERNADOR DO ESTADO, no uso de suas atribuições que lhe são conferidas pelo artigo 37, incisos II e IV, da Constituição do Estado de Pernambuco;

CONSIDERANDO o resultado do início das investigações empreendidas pela Comissão Especial, instituída pelo Decreto n.º 22.176, de 07 de abril de 2000, incumbida de acompanhar as apurações da CPI do narcotráfico, da Câmara de Deputados;

CONSIDERANDO o quadro de insegurança vivido em Pernambuco, notadamente na Região da Mata Sul, onde se instalou no dia 24 de abril do corrente ano a Comissão Parlamentar de Inquérito CPI da Assembleia Legislativa Estadual;

CONSIDERANDO os depoimentos havidos em audiência da CPI Estadual em Palmares, com relatos de parlamentares, magistrados, empresários, cidadãos, e especialmente as declarações dos membros do Ministério Público das Comarcas de Água Preta, Xexéu, Palmares, Catende e Joaquim Nabuco, que dão notícia da precariedade e pequena incidência de conclusões de inquéritos policiais, ou mesmo da instauração destes, naquela Região,

DECRETA:

Art. 1.º Fica a Secretaria de Defesa Social, através de sua Corregedoria, incumbida de apurar na Região da Mata Sul todos os casos referentes:

I - a inquéritos policiais instaurados há mais de 30 (trinta) dias, sem conclusão;

II - a queixas feitas às Delegacias da Polícia Civil Estadual que não geraram a instauração do competente inquérito policial;

III - aos requisitórios do Ministério Público Estadual não atendidos; e

IV - aos mandados de prisão expedidos e não cumpridos.

Parágrafo único. Os inquéritos policiais que se enquadram nas condições previstas no inciso I deste artigo deverão ser remetidos no prazo de 10 (dez) dias ao Poder Judiciário Estadual.

Art. 2.º O Secretário de Defesa Social, mediante Portaria, determinará a forma de acompanhamento da atuação dos delegados da Polícia Civil responsáveis pelos inquéritos policiais não instaurados e pendentes de conclusão e pelos requisitórios e mandados de prisão expedidos não cumpridos nos termos do artigo anterior.

Art. 3.º Este Decreto entra em vigor na data de sua publicação.

Art. 4.º Revogam-se as disposições em contrário.

PALÁCIO DO CAMPO DAS PRINCESAS, em 04 de maio de 2000.

JARBAS DE ANDRADE VASCONCELOS
Governador do Estado
IRAN PEREIRA DOS SANTOS
HUMBERTO CABRAL VIEIRA DE MELO
SÍLVIO PESSOA DE CARVALHO

ANEXO 02 : (MODELO DE) REQUISIÇÃO DE DILIGÊNCIAS N.º

INQUÉRITO POLICIAL N.º
INDICIADO(S) -
VÍTIMA (S) -
TIPO PENAL -

MM. JUIZ,

Tendo em vista o Decreto n.º _____, do Exm.º Sr. Governador do Estado, determinando que fossem enviados à Justiça todos os inquéritos e ocorrências policiais que se encontravam nas delegacias das Comarcas a que alude, a autoridade policial remeteu o presente inquérito como diligências.

Entretanto, na análise do Ministério Público, para uma melhor apreciação das presentes peças e futura instauração da competente ação penal, algumas das providências abaixo ainda carecem de ser realizadas a fim de que se complete a investigação policial, que é o que ora se requisita daquela autoridade policial :

1. () Portaria de instauração do Inquérito, assinada pela autoridade policial;
2. () Certidão da ocorrência policial;
3. () Oitiva de outras testemunhas;
4. () Reinquirição de
5. () Autenticação dos documentos de fls.
6. () Qualificação do(s) Acusado(s);
7. () Perícias: 7.1.() Traumatológica – Lesões corporais leves; 7.2.() Traumatológica Complementar – Lesões corporais graves e gravíssimas; 7.3.() Tanatoscópica – homicídio; 7.4.() Eficácia e Prestabilidade de Arma de Fogo – Porte Ilegal de Arma; 7.5.() Outras perícias – Especificar à parte
8. () Folha de Antecedentes Criminais;
9. () Boletim Individual do(s) Acusado(s);
10. () Rol de Testemunhas;
11. () Relatório do Dr. Delegado;
12. () Assinatura da Autoridade policial que presidiu o ato às fls.
13. () Outras Diligências – Especificar à parte.

Requer, por oportuno, que seja assinalado o prazo máximo de 30 (trinta) dias para que a autoridade policial devolva à Justiça o presente caderno investigatório com o cumprimento das diligências ora requisitadas, sendo que, na impossibilidade de cumprimento de tal prazo, deve a autoridade policial requerer dilação do mesmo a esse Juízo.

Local (PE) / Data

O ENUNCIADO Nº 70 DO FONAJE E A ATUAÇÃO DOS JUÍZES LEIGOS E CONCILIADORES NOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS

Ubirajara Braga de Albuquerque* e Danilo Lovisaro do Nascimento**

Corregedor-Geral do Ministério Público e Membro do Ministério Público/AC

SÍNTESE DOGMÁTICA: A tese critica o enunciado nº 70 do FONAJE e propõe que a atuação dos juízes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais Criminais se restrinja à intermediação da proposta de transação, que deve ser exclusivamente formulada pelo representante do Ministério Público. Não se admite que a proposta de acordo penal seja elaborada pelos juízes leigos ou conciliadores, em substituição ao representante do Ministério Público, combatendo-se interpretações que não encontram respaldo no ordenamento jurídico e que refletem uma compreensão equivocada e ampliativa do citado enunciado.

I - JUSTIFICATIVA

O enunciado nº 70 do FONAJE apresenta a seguinte redação: **“O Conciliador ou o Juiz Leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento das propostas de transação.”**

É certo que o verbete citado não tem força de lei e tampouco apresenta qualquer caráter vinculatório. É sabido, porém, que esses enunciados expedidos pelo FONAJE, posto que gerados a partir do consenso entre magistrados que atuam nos Juizados, findam por assumir, pelo menos, um *status* de orientação interpretativa, que, muitas vezes, são aplicados sem maiores reflexões ou qualquer crítica.

No caso do enunciado citado, já se verificou, em caso concreto, o alargamento indevido do seu conteúdo para se admitir que juízes leigos, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, ofereçam propostas de transação penal (art. 76, da lei nº 9.099/95), no lugar do representante do Ministério Público, que, em momento posterior, apenas ratifica, placidamente, o acordo ou tem a alternativa de rechaçar a proposta apresentada pelo juiz leigo.¹

* Corregedor-Geral do Ministério Público.

** O autor é Membro do Ministério Público do Estado do Acre, Titular da Oitava Promotoria de Justiça Criminal da Capital. Professor da Universidade Federal do Acre e mestrando em Direito pela UFSC.

¹ Exemplo desta interpretação equivocada do enunciado nº 70 do FONAJE é a Portaria nº 18/2007, de 19 de abril de 2007, expedida pelo Juiz de Direito do Juizado Especial Criminal da Comarca de Plácido de Castro/AC, a seguir reproduzida para conhecimento: PORTARIA 18/2007, DE 19 DE ABRIL DE 2007.

Dispõe sobre o processamento das audiências preliminares do Juizado Especial Criminal.

O Juiz de Direito Edinaldo Muniz dos Santos, no uso de suas atribuições legais e regulamentares;

Considerando os princípios previstos no art. 2º da Lei 9.099/1995;

Considerando que “a expressão conciliação prevista no art. 73 da Lei 9099/95 abrange o acordo civil e a transação penal, podendo a proposta do Ministério Público ser encaminhada pelo conciliador, nos termos do art. 76, parágrafo 3º da mesma lei”, conforme o enunciado 47 do Fonaje;

Considerando o art. 93, XIV, da Constituição Federal, no sentido de que “os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório”;

Considerando que tem sido difícil nesta comarca, por razões diversas, conseguir reunir o juiz, o promotor e o defensor para a realização de audiências

preliminares do juizado especial criminal;

Considerando que conforme dispõe o art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal, “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”;

Não há a menor dúvida que a função de juiz leigo é prevista no art. 98, inciso I, da Constituição Federal; no art. 60, da Lei nº 9.099/95 e que o microsistema jurídico que surgiu com o advento da Lei dos Juizados guarda peculiaridades e é orientado por princípios que lhe são próprios, a saber: **simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade** (art. 2º, da LJE).

Assim, na sistemática dos Juizados, no que toca ao procedimento previsto para as infrações penais de menor potencial ofensivo, há uma fase prévia ao processo e de caráter consensual, em que se desenvolve uma audiência preliminar, na qual se busca a composição civil (art. 72), que inviabilizada dará ensejo a uma nova tentativa de acordo, desta feita de transação penal (art. 76). Apenas no caso de frustração desta fase preliminar, poderá haver deflagração do processo com a denúncia ou queixa, na forma oral.

O que se questiona no caso sob exame é a atuação do juiz leigo. Em outros termos, em que fase do procedimento dos Juizados Especiais Criminais poderia atuar o juiz leigo?

Para se aprofundar esta discussão, cabe registrar inicialmente que a atuação dos juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis, por força de disposições legais expressas em vários artigos da Lei nº 9.099/95, apresenta uma amplitude que não encontra ressonância nas funções que lhe são cometidas nos Juizados Especiais Criminais. Daí, talvez, a confusão que se faça quanto às funções dos juízes leigos.

Com efeito, nos Juizados Especiais Cíveis é dado ao juiz leigo, além da conciliação (art. 22), atuar como árbitro quando instaurado o juízo arbitral (art. 24) ou, naqueles casos em que não for escolhida esta via, conduzir a instrução e até sentenciar (arts. 37 e 40). Sempre com a cautela, neste último caso, de que os atos praticados pelo juiz leigo, quando determinada a via processual, seguem sob orientação do juiz togado e que a sentença pode ser homologada ou substituída, bem como reaberta a instrução.

O legislador não conferiu aos juízes leigos nos Juizados Especiais Criminais semelhantes poderes aqueles gozados pelos juízes leigos nos Juizados Especiais Cíveis, não sendo um exagero afirmar que a sua atuação, na área criminal, se restringe a mera função de conciliador.

Com efeito, a audiência preliminar, como determina o art. 72, da LJE, é presidida pelo juiz togado e para a sua realização exige-se a presença do representante do Ministério Público, do autor do fato, da vítima e do responsável civil, quando for o caso. Estes deverão estar acompanhados de advogados.

A exceção a esta regra de condução da audiência preliminar pelo juiz togado é a conciliação, pois como prevê o art. 73, da LJE, pode o ato ser dirigido pelo juiz ou por um conciliador e, neste último caso, *a fortiori*, a função poderá ser desempenhada por um juiz leigo.

Nesse sentido, para melhor compreensão da questão, convém reproduzir o dispositivo legal pertinente:

RESOLVE:

Art. 1º. Inexistindo determinação em contrário, quando não for possível, por qualquer razão, reunir o juiz, o promotor e o defensor para as audiências preliminares do Juizado Especial Criminal, as referidas audiências serão presididas por conciliador, nomeado por escrito ou oralmente pelo juiz, observado o disposto nesta Portaria.

Art. 2º. Aberta a audiência preliminar, presidida pelo conciliador, presentes o autor dos fatos e a vítima, o conciliador procurará, inicialmente, quando cabível, compor civilmente as partes, em acordo civil que poderá dispor sobre qualquer matéria não legalmente proibida, inclusive de família.

Art. 3º. Quando não for possível a composição civil, por vedação legal ou impossibilidade de acordo entre as partes, o conciliador adiantará ao autor dos fatos, quando cabível, o compromisso de se submeter, desde logo, independentemente de ação penal, ao cumprimento de sanção restritiva de direitos.

§ 1º. Aceita a proposição do conciliador, na forma do disposto no caput, os autos deverão ser imediatamente submetidos ao Ministério Público para, se for o caso, ratificar a proposição, ratificação essa que poderá ser feita mediante simples lançamento do "de acordo", "ciente" ou outra anotação no próprio termo de audiência.

§ 2º. Se o autor dos fatos compareceu desacompanhado de advogado ou de defensor público na audiência e aceitou o compromisso de cumprir sanção restritiva de direitos, depois de cumprido o § 1º, e sem nenhuma demora, os autos deverão ser submetidos à Defensoria Pública para, se for o caso, ratificar o compromisso, mediante simples lançamento do "de acordo", "ciente" ou outra anotação no próprio termo.

§ 3º. Depois de cumpridos os § 1º e 2º, não havendo recusa do Ministério Público ou da Defensoria Pública, os autos serão submetidos ao juiz para, se for o caso, assinar a minuta da sentença, já constante dos autos, de homologação da transação penal.

§ 4º. Havendo impugnação expressa do Ministério Público ou da Defensoria Pública quanto aos termos da proposição do conciliador, os autos deverão ser imediatamente submetidos ao juiz para as providências entendidas cabíveis.

Art. 4º. O termo de audiência, quando houver transação penal, na forma do disposto nesta Portaria, deverá observar, tanto quanto possível, a minuta anexa, com as devida adaptações.

Art. 5º. Quando o conciliador verificar incabíveis a composição civil e a transação penal, providenciará a remessa dos autos ao Ministério Público para manifestação, independentemente de despacho, constando do termo o motivo entendido.

Art. 6º. Esta Portaria entrará em vigor nesta data, devendo ser publicada no quadro de avisos e no Diário da Justiça, ficando revogada a Portaria 10/2006, de 02 de março de 2006.

Plácido de Castro/AC, 19 de abril de 2007.

Edinaldo Muniz dos Santos

JUIZ DE DIREITO

Acredita-se, por óbvio, que, a exemplo deste ato normativo praticado por um magistrado em Comarca do interior do Estado do Acre, em outros Estados portarias ou atos normativos neste mesmo sentido devem ter sido editados.

Art. 73. A conciliação será conduzida pelo Juiz ou por conciliador sob sua orientação.

Parágrafo único - Os conciliadores são auxiliares da Justiça, recrutados, na forma da lei local, preferencialmente entre bacharéis em Direito, excluídos os que exerçam funções na administração da Justiça Criminal.

Com se pode notar, o ato de presidir a audiência preliminar, na qual se tentará primeiro a composição civil, naqueles casos em que o acordo desta natureza seja admitido, e depois a transação penal, cabe exclusivamente ao juiz.

O que a lei permite, e caso assim seja determinado pelo juiz, é que a conciliação seja conduzida por um conciliador, incluindo-se aí também figura do juiz leigo, que poderá exercer seguramente esta função.

Ainda que não seja totalmente pacífico o entendimento acerca da necessidade do Ministério Público participar da conciliação para os fins de composição civil (art. 72), pois há aqueles que sustentem haver esta exigência apenas quando a vítima seja incapaz, prefere-se a literalidade do art. 72, por se considerar o Ministério Público também como fiscal da lei.

Logo, mesmo naqueles casos em que a conciliação seja conduzida por um conciliador ou juiz leigo, a presença do Ministério Público é indispensável, pois caberá a ele velar pela legalidade do ato, acompanhando a atuação do conciliador e fiscalizando o respeito à ordem jurídica, bem como requerendo ao juiz a correção de irregularidades ou ingressando com as medidas legais cabíveis, quando for o caso. A atuação do Ministério Público se justifica, principalmente, quando se sabe que na prática ocorrem abusos nestas conciliações.

O ponto nodal, entretanto, é saber o limite da atuação do conciliador no âmbito dos Juizados Especiais Criminais. Esta é a questão que interessa ao Ministério Público, posto que a atuação de quem quer que seja além dos limites estabelecidos pela lei pode até mesmo ter implicações no campo penal, ante a figura típica do crime de usurpação de função pública, previsto no art. 328, do Código Penal.

Tendo em vista as repercussões que a questão suscita, assevera-se de forma muito clara que a atuação do conciliador não é presidir a audiência preliminar, pois este papel é de competência do juiz togado, como se depreende da leitura do art. 72, da LJE.

A função do conciliador, quando autorizado, é conduzir a conciliação, sob a orientação do juiz togado. Logo, cabe a ele tentar conciliar autor do fato e vítima, encerrando-se a sua atuação, caso alcance um acordo, na redução a escrito dos termos deste ajuste para posterior homologação por sentença pelo juiz togado.

Se não houver acordo civil, será possível ainda a tentativa da transação penal, que ocorre, contudo, entre autor do fato e Ministério Público.

Abre-se, assim, nova fase de conciliação. Daí porque não é errado se entender que também neste segundo momento poderá atuar o conciliador, aí bem entendido também o juiz leigo.

O enunciado n° 70 do FONAJE chegou a dispor sobre o tema, nos seguintes termos:

O Conciliador ou o Juiz Leigo podem presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais, propondo conciliação e encaminhamento das propostas de transação.

É fundamental, no entanto, para que não haja equívocos, que se faça a correta interpretação do enunciado, mesmo sabendo que tal verbete não têm força de lei. Como já se pontuou no início deste estudo, porém, os enunciados do FONAJE têm servido de orientação interpretativa e, por isso, é importante a sua análise até para que se possa atacar as decisões judiciais fundamentadas nesses enunciados que estejam contrárias ao ordenamento jurídico.

A afirmação contida no verbete de que o conciliador ou o juiz leigo pode presidir audiências preliminares nos Juizados Especiais Criminais deve ser compreendida *cum grano salis*.

Assim, o conciliador ou o juiz leigo não preside jamais a audiência preliminar, pois a lei confere tal função apenas ao juiz togado, como se infere da simples leitura do art. 72, da LJE.

O juiz togado, como ficou assentado linhas atrás, pode na audiência preliminar passar ao conciliador – aí compreendido o juiz leigo – as funções de conciliação (art. 73), que seriam, então, realizadas por este sob a orientação do magistrado.

O enunciado, portanto, foi além do que a lei autoriza e deve ser interpretado de forma restritiva para que fique bem entendido que não é o conciliador ou o juiz leigo que preside a audiência preliminar, pois tal função é do juiz.

Isto não quer dizer que o momento da conciliação não possa ser feito pelo conciliador ou pelo juiz leigo. Isto não quer dizer, também, que o representante do Ministério Público não deve se fazer presente a conciliação, sobretudo quando lhe cabe fiscalizar o fiel cumprimento da lei.

Outro aspecto que merece atenção, ainda em relação ao verbete citado, está na alocação **“propondo conciliação e encaminhamento da proposta de transação”**.

Ora, é sabido que a proposta de transação penal é de atribuição exclusiva do Ministério Público. Este entendimento está até sufragado, ainda que por analogia, no enunciado n° 696, da Súmula de Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal, que explica que nem mesmo o juiz está autorizado a fazer a proposta de suspensão condicional do processo no lugar do Ministério Público, cabendo, no caso de recusa do *Parquet*, aplicar o art. 28, do Código de Processo Penal, para que a palavra final seja dada pelo Chefe da Instituição. Trata-se de u'a

modalidade de transação penal. Logo, não se concebem ingerências nesta atribuição do Ministério Público.

A doutrina sempre rechaçou de forma incisiva que a proposta de transação fosse feita pelo conciliador, como se pode notar dos excertos a seguir, que foram colhidos do artigo de **Ana Raquel Colares dos Santos**, intitulado *O papel do conciliador no Juizado Especial Criminal*²:

[...] O Conciliador tem como função apenas presidir, sob orientação do juiz, a tentativa de conciliação entre as partes, como auxiliar da Justiça que é, nos limites exatos da lei. Não há possibilidade que interfira, por exemplo, na tentativa de transação, já que esta implica imposição de pena, matéria exclusivamente de ordem pública a cargo do Ministério Público e do juiz. Violar-se-ia com a sua interferência preceito constitucional (art. 5º, LIII da CF) (...) A função do conciliador, portanto, é meramente administrativa, embora se insira no quadro da política judiciária e de racionalização da justiça, com a participação comunitária desejável em uma sociedade democrática e pluralista. (MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Juizados Especiais Criminais*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 76).

A participação dos conciliadores na audiência prevista pelo art. 72 da lei cessa com o encerramento da fase de reparação civil dos danos entre ofensor e ofendido, qualquer que seja o seu resultado. (Confederação Nacional do Ministério Público, conclusão nº 11).

Tanto o Juiz como o Conciliador poderão conduzir a conciliação. Ressalte-se, porém que este não tem a função jurisdicional e, portanto, não poderá homologar acordo e nem transação penal, tarefa exclusiva daquele. (TEÓFILO NETO, Mário Parente e MELO, José Maria. *Lei dos juizados especiais comentada*. 1. ed. Editora Juruá, 1997, p. 102).

[...] Concluímos que, de *jure constituto*, o conciliador atuará apenas na área de satisfação do dano. Se o legislador criou dois institutos, conciliação (para a satisfação dos danos) e transação (para a aplicação da pena não privativa de liberdade), e se conferiu ao juiz ou conciliador a tarefa de conduzir a conciliação, por óbvio ficará ele arredado da transação, mesmo porque, nesta, formulada a proposta, cumpre ao autor do fato dizer se a aceita ou não, podemos, conforme vimos, formular uma contraproposta. Por certo que deve ser assessorado pelo Advogado que tiver, ou lhe for nomeado, não devendo ter o conciliador, nessa fase, qualquer participação. (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Comentários à lei dos juizados especiais criminais*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 81).

Logo, quando o enunciado nº 70 do FONAJE se refere a possibilidade do conciliador encaminhar a proposta de transação, **deve ficar bem entendido que a proposta de transação jamais será formulada pelo conciliador, pois esta só pode ser feita pelo representante do Ministério Público.**

O papel do conciliador, mais uma vez e por mais redundante que possa parecer, só é de conciliar, sendo que na hipótese de não ser possível a composição civil, caberá ao auxiliar da justiça propor a nova conciliação, agora para fins do art. 76, **nos limites que a proposta de acordo penal foi apresentada pelo Ministério Público.**

Encaminhar a proposta de transação penal não é fazer a proposta no lugar do representante do Ministério Público, mas na acepção clara do verbo “encaminhar”, com o significado de “mostrar”, “dirigir”, “guiar” ou “intermediar”. O autor do fato será guiado pelo conciliador à nova proposta que está lhe sendo apresentada, desta vez pelo Ministério Público.

² LINARD, Ana Raquel Colares dos Santos. *O papel do conciliador no Juizado Especial Criminal*. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 186, 8 jan. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4704>>. Acesso em: 30 jan. 2007.

Caso ocorra a aceitação da proposta, somente o juiz togado poderá homologá-la.³

Neste sentido é o posicionamento esposado pelo Desembargador **Rêmulo Letteriello**, Presidente do Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de Mato Grosso do Sul, que no artigo *O Juiz Leigo e os Juizados Especiais*⁴, esclarece o seguinte:

‘Recentemente, o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais de Mato Grosso do Sul, respondeu a uma Consulta da MM. Juíza do Juizado Especial Adjunto da Comarca de Miranda, Dra. Vânia de Paula Arantes, sobre se os Juizes Leigos poderiam realizar as audiências preliminares criminais. A relatora, Juíza Sandra Regina da Silva Ribeiro Artioli, fez consignar, na sua judiciosa manifestação, os ensinamentos de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes, contidos na obra ‘Juizados Especiais Criminais - Comentários à Lei 9.099/95’, de que ‘melhor seria que as Justiças abrissem a oportunidade para a atuação de juizes leigos em matéria criminal, o que já é admitido nas Justiças Militares (federal e estadual) e na Justiça comum para os crimes de competência do júri’ e que ‘com isso, seria ampliada, com inegáveis vantagens para o sistema criminal, a participação popular Além da colaboração recebida, que multiplica a capacidade de trabalho do juiz, contribuindo para o desafogo dos órgãos judiciários, ainda haveria a vantagem de maior proximidade entre o povo e a Justiça, ganhando esta em transparência (p. 56. Ed. RT 1997)’.

Escorada nessa doutrina e na sua coincidente opinião pessoal, a ilustre relatora, no que foi acompanhada pelos demais integrantes do Conselho, respondeu afirmativamente à consulta no sentido de ser possível a realização daquelas audiências por juizes leigos que, orientados pelo juiz togado, ‘podem promover a composição de danos e intermediar a transação penal, após a proposta elaborada pelo Ministério Público, ressalvando que não estarão, os mesmos investidos da função jurisdicional para homologar acordos e proferir atos decisórios’.

No nosso pensar essa proclamação está absolutamente correta.

Os juizes leigos integram o órgão de conciliação dos Juizados, ao lado dos conciliadores. Na audiência preliminar a que alude o art. 72 da Lei 9.099/95, instalada com o objetivo de se obter a reparação de danos sofridos pela vítima, o esclarecimento sobre a possibilidade da composição dos danos e da aplicação de pena não privativa de liberdade, pode ser feito tanto pelo juiz

³ O Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais do Estado de Mato Grosso do Sul disciplinou a atuação do juiz leigo perante os Juizados Especiais Criminais, através da Instrução nº 4/04, de 2 de abril de 2004, a seguir reproduzida:
Instrução nº 4/04, de 2 de abril de 2004

Contém normas sobre a atuação dos Juizes Leigos e Conciliadores nos Juizados Especiais Criminais.

O CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUIZADOS ESPECIAIS CÍVEIS E CRIMINAIS DO ESTADO DE MATO GROSSO DO SUL, no uso das atribuições que lhe conferem o inciso VIII, do parágrafo único, do art. 5º da Lei nº 1.071, de 11 de julho de 1990, CONSIDERANDO a decisão emanada do E. Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, na sessão do dia 20 de fevereiro de 2004, respondendo a Consulta sobre a possibilidade de realização, por Juiz Leigo, de audiência preliminar no Juizado Especial Criminal,

CONSIDERANDO a necessidade de se dissipar qualquer dúvida sobre a inteligência do parágrafo único do art. 68 e do parágrafo 3º, do art. 74 da Lei nº 1.071, de 11 de julho de 1990, bem como dos artigos 72 e 73 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

RESOLVE

Art. 1º - O Juiz Leigo ou Juiz não togado e o Conciliador auxiliares da Justiça e agentes multiplicadores da capacidade laborativa do Juiz togado, podem realizar,

presidindo e conduzindo, sob a orientação deste, a audiência preliminar de esclarecimento sobre a possibilidade da composição dos danos e da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade.

Art. 2º - Havendo a composição dos danos civis e reduzida a escrito o Juiz Leigo ou o Conciliador a encaminhará ao Juiz togado para homologação. Não obtida a composição, segue-se como determinado pelos artigos 75, parágrafo 2º da Lei nº 1.071/90 e 75, caput, da Lei nº 9.099/95.

Art. 3º - O Juiz Leigo ou o Conciliador que conduzir a audiência preliminar poderá encaminhar a proposta formulada pelo Ministério Público, de transação penal, aceita pelo autor da infração, ao Juiz togado para o seu pronunciamento judicial.

Art. 4º - A atividade jurisdicional do Juiz Leigo nos Juizados Criminais restringe-se à prática dos atos mencionados nos artigos anteriores sendo-lhe vedado emitir sentenças, decretar prisão, resolver incidentes, executar penas ou qualquer outra atividade privativa do Juiz togado.

Art. 5º - O Juiz Leigo ou o Conciliador que conduzir a audiência preliminar mencionada no art. 1º, fará jus à gratificação por conciliação negativa ou positiva, nos termos dos artigos 1º e 2º, da Resolução n. 292, de 16.03.2000, do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso do Sul.

Art. 6º - Esta instrução aplica-se em todos os Juizados Especiais do Estado a partir da data de sua publicação.

Campo Grande, MS, 02 de abril de 2004

Des. Rêmulo Letteriello

Pres. do Conselho de Supervisão

⁴ LETTERIELLO, Rêmulo. *O juiz leigo e os Juizados Especiais*. Disponível em http://www.tj.ms.gov.br/juizados/doutrina/DTR_20050607181228.pdf. Acesso em 2 de maio de 2007).

togado como pelo leigo. Se o conciliador pode, sob orientação do juiz togado, conduzir a conciliação, elemento integrante da denominada fase preliminar (art. 73) por que estaria impedido de assim atuar o juiz leigo, que é tecnicamente superior ao conciliador, uma vez que a lei exige, para o exercício dessa função, advogado com mais de cinco anos de experiência profissional?

Em vista da resposta àquela Consulta, o Conselho de Supervisão dos Juizados Especiais fez expedir a Instrução nº 4/04, de 2 de abril de 2004, que cuida da atuação dos juizes leigos e conciliadores nos Juizados Especiais Criminais, estabelecendo que esses auxiliares da Justiça e agentes multiplicadores da capacidade laborativa do juiz togado estão autorizados a realizar, presidindo e conduzindo, sob a orientação deste, a audiência preliminar de esclarecimento sobre a possibilidade de composição dos danos, bem como encaminhar ao juiz togado, para o seu pronunciamento, a proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade. Essa Instrução estabelece, ainda, que a atividade jurisdicional do juiz leigo fica limitada à participação na audiência preliminar sendo-lhe vedado emitir sentenças, decretar prisão, resolver incidentes, executar penas ou qualquer outra atividade privativa do juiz togado”.

Talvez em uma visão mais rígida se poderia exigir a presença do juiz togado no momento da proposta de transação penal, porém não parece afrontar os princípios que norteiam os Juizados Especiais, que a proposta de transação penal, devidamente apresentada pelo representante do Ministério Público, seja encaminhada ao autor do fato pelo conciliador, imprimindo simplicidade ao ato e conferindo, evidentemente, maior celeridade e informalidade à audiência.

Não se pode deixar de registrar, entretanto, que não é de todo incorreto o entendimento que vê no fim da fase da conciliação para a reparação do dano civil a atuação do conciliador. Orientação esta, aliás, já foi defendida pela CONAMP, conforme enunciado a seguir:

A participação dos conciliadores na audiência prevista pelo art. 72 da lei cessa com o encerramento da fase de reparação civil dos danos entre ofensor e ofendido, qualquer que seja o seu resultado. (Confederação Nacional do Ministério Público, conclusão n. 11).

Este posicionamento, porém, está arrimado na interpretação literal do art. 76, da LJE e não resiste à interpretação sistemática, bem como à aplicação da lei segundo os princípios norteadores dos Juizados.

A própria colocação topológica do art. 73, da Lei nº 9.099/95, que autoriza ao juiz permitir que a conciliação seja conduzida por um conciliador se deu, acredita-se, propositadamente, antes dos arts. 74 e 76. Aquele prevendo a composição civil e este o acordo penal. Sendo assim, o art. 73, que está diretamente relacionado ao art. 72, é aplicável a qualquer conciliação que ocorra na audiência preliminar.

A audiência preliminar, por sua vez, é o ato judicial (e não jurisdicional) onde se oportuniza tanto a reparação dos danos civis (art. 74), quanto a transação penal (art. 76).

Daí concluir-se que havendo conciliação esta pode ser conduzida pelo conciliador ou juiz leigo, desde que o juiz assim determine e esta se dê sob a sua orientação.

II - CONCLUSÃO

Conclui-se, portanto, pela legalidade da intervenção do conciliador ou juiz leigo na audiência preliminar dos Juizados Especiais Criminais, para o exclusivo fim de conduzir a conciliação naqueles casos em que for autorizado pelo juiz togado, ficando a sua atuação restrita a tentar conciliar o autor do fato e a vítima para a composição dos danos civis, ou não sendo possível o acordo civil, prosseguir na conciliação para encaminhar (intermediar) a proposta de transação penal ofertada, exclusivamente, pelo representante do Ministério Público, não se admitindo jamais a realização de proposta para esse fim, pelo conciliador ou juiz leigo, no lugar do agente ministerial, sob pena até de responsabilização penal.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO ÓRGÃO DE CONTROLE SOCIAL FORMAL LEGÍTIMO PARA EXIGIR A IMPLANTAÇÃO E EFETIVIDADE DA POLÍTICA PÚBLICA DE SEGURANÇA

Rosemary Souto Maior de Almeida¹

Promotora de Justiça/PB

I Colocação do problema

Este trabalho discute a legitimidade constitucional do Ministério Público de exigir Políticas Públicas de Segurança efetivas e eficazes. Após uma análise sobre o fenômeno é apresentada uma proposta concreta de ação. A matéria está vinculada diretamente a violência como fenômeno social. O Sistema de Segurança que aí está tem proporcionado uma série de injustiças. As pessoas menos favorecidas são excluídas do processo e, ainda, são mais vulneráveis, ora na condição de vítimas e em outras como agressores. A inexistência de uma Política Pública estruturante de **Segurança** no país, com reflexos nas unidades da Federação e nos próprios municípios tem acarretado a impunidade e consequentemente maior estímulo a criminalidade. Os órgãos formais de Segurança Pública têm trabalhado de forma desordenada, desencontrada. Não há dados estatísticos, ação articulada e sistematização. Outras vezes a atuação é antagônica e até competitiva, o que tem evitado maior eficiência, maior controle e prevalência dos Direitos Humanos no Sistema Jurídico Pátrio. O Ministério Público a partir da Constituição de 1988 assumiu um encargo de ser legitimado pelo art., 129, Inciso II, para exigir, promover medidas necessárias de garantia que façam valer os Princípios da Dignidade Humana e a Paz social, mediante instrumentos legais e extrajudiciais (Lei n.º 7347/85), *zelando pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública*. A banalização do direito à **Vida** pressupõe uma investida maciça na responsabilização das autoridades omissas e nos agressores. Assim como em investimentos (materiais e humanos) na busca de um efetivo controle da atividade policial civil e militar, pois nos moldes atuais um homicídio deixará de ser investigado, em tese, simplesmente se o Delegado de Polícia não desejar investigá-lo ou alegar ausências de condições materiais de fazê-lo. A realidade é que inúmeros homicídios nas capitais e no interior do país ficaram impunes, permanecem impunes e continuarão impunes por omissão dos órgãos oficiais de segurança pública. O que nós do Ministério Público estamos fazendo a respeito? A situação não pode depender apenas de decisões políticas. No regime Democrático, cabe, também, ao órgão Ministerial o mister de judicializar a questão da Segurança Pública, caso não seja possível a solução pela mediação prevista no citado diploma legal. O importante é que o Ministério Público Nacional reflita sobre a gravidade e complexidade da problemática, se articule em torno da matéria e norteie a ação de seus membros de forma articulada, uniforme e efetiva, não podemos mais esperar. À hora é agora. O art. 144 da CF estabelece: *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*.

Palavras Chaves: Impunidade, Criminalidade, Política Pública de Segurança, serviço de relevância pública, Dignidade Humana, Paz Social, Direitos Humanos e Ministério Público.

II Introdução:

A situação atual do país evidencia que para o Estado brasileiro o mais importante são as políticas neoliberais, pagamento dos juros da sua dívida do que as políticas de saúde, educação e segurança pública. Uma Sociedade justa não se baseia no afã do "mercado". A esfera pública é como bem diz **Emir Sader**, o âmbito em que o Estado deve se estruturar, garantindo direitos universais para todos. Um caminho essencial para que o Brasil deixe de "*ser uma democracia política assentada sobre uma ditadura social*".²

¹ Promotora de Justiça da Comarca de Itambé e Docente da Faculdade de Direito de João Pessoa-UFPB.

² Sader Emir. *Direitos e Esfera Pública* - Revista de Serviço Social & Democracia n.º 77 Ano XXV/abril/04-p.7/10.

O modelo de Sistema de Justiça presente no país se apresenta como deficiente, omissos e desarticulados. O desencontro e desarmonia entre os órgãos formais de segurança resultam em violência e criminalidade ascendentes, cuja palavra chave é a impunidade.

O Direito Penal Brasileiro não guarda qualquer sintonia com a segurança pública. As investigações inquisitoriais perpetradas pela Polícia Judiciária são lentas e deficientes, excludentes, pois muitas vezes somente responsabiliza os menos favorecidos, os ricos sempre encontram um "jeitinho brasileiro" para não ser indiciado, com raras exceções. O Ministério Público por sua vez precisa ser mais arrojado, enfrentar o controle externo da Polícia como um direito da coletividade. Só assim mudaremos a cultura jurídica existente que ainda, insiste em remeter os inquéritos policiais para a Justiça ao invés de fazê-lo diretamente ao Ministério Público como determina a Carta Magna e o próprio Código de Processo Penal, nos crimes de ação penal pública. Tal assertiva facilitaria maior controle no cumprimento das diligências requeridas pelo órgão Ministerial (art. 16 do CPP), ressalvada a exceção das Centrais de Inquérito existentes nas capitais.

Não obstante a credibilidade social do órgão Ministerial é imprescindível a atuação na seara da segurança pública, porque ainda, é tímida. Sem falar da crise de identidade de alguns integrantes do Ministério Público Brasileiro quando assumem cargos nas pastas de Segurança Públicas nas unidades da Federação.

Os Promotores de Justiça dispõem de ferramentas constitucionais, legais e processuais para uma atividade fiscalizadora mais efetiva e eficiente, cujos resultados deveriam ser publicizados e a Sociedade como um todo poderia acompanhar os passos dos órgãos formais de Segurança, sem dúvidas ou subterfúgios; pelo contrário avançaríamos na maior transparência e impessoalidade do sistema de segurança. Hoje uma caixa preta que deverá ser aberta o mais breve possível, pois a sociedade não suporta mais tanta injustiça e impunidade, principalmente contra seres humanos mais vulneráveis, tais como: crianças, adolescentes, mulheres, idosos e pobres em geral.

É importante ressaltar que anteriormente a Constituição de 1988 o Ministério Público era mais conhecido como Promotor Público, se destacava pela sua atuação na acusação, principalmente nos plenários de Júri. Contudo, a situação mudou, o Promotor Público foi substituído pelo Promotor de Justiça, aquele que defende a cidadania em sua dinâmica social, buscando sempre meios e formas alternativas de promoção de Justiça Social, uma atividade múltipla, que poderíamos resumir em instrumentos de defesa e promoção dos Direitos Humanos, de primeira e segunda geração. Um órgão com poder-dever que tem diuturnamente demonstrado a efetivação e prevalência dos **direitos humanos**. Entretanto, quando se fala em Segurança Pública, embora legitimado, se depara com inúmeros obstáculos e desafios, têm muito que fazer em prol de uma Política Pública de Segurança, inexistente no país, em todas as unidades da Federação, é só lembrar a situação do Rio de Janeiro e São Paulo. As políticas públicas de segurança são emergenciais e dirigidas para "apagar incêndios", dependendo do alcance e do interesse do gestor público do momento.

Em consequência desse quadro acima delineado, nos deparamos com a seguinte constatação: mesmo não havendo dados estatísticos específicos e confiáveis, o número considerável de homicídios sem identificação de autor tem funcionado como incentivador da criminalidade. Se as políticas sociais são governamentais e emergentes, se faz mister políticas públicas estruturantes para a segurança pública. A omissão dos governantes não autoriza a inércia do Ministério Público nesta área. Pelo contrário, o MP conhecendo a problemática de cada município tem condições suficientes de adotar medidas de enfrentamento, na busca de soluções, pois os instrumentos de atuação para dar início ao processo estão disponíveis, só precisa utilizá-los.

III Justificativa

A cultura da Paz Social e a prevalência dos Direitos Humanos, garantidas no art. 4º, Incisos II e VI da Constituição Federal somente se constrói com trabalho social. A conscientização dos órgãos formais de segurança pública deve deixar de lado eventuais competições, rivalidades e sim buscar um ideário comum. Os auspícios da Dignidade Humana pressupõem um novo olhar, multidisciplinar, onde fique patente a importância de cada autoridade e suas funções, sem olvidar que o sistema só funcionará bem se todos os órgãos se articularem entre si em torno dos mesmos objetivos. Caso contrário, não será possível avançar nesse sentido. Identificar quais os objetivos, como planejar, monitorar, avaliar etc.

O sucateamento da Polícia Judiciária e Militar, com escassez de equipamentos, cursos de aperfeiçoamento, número insuficiente de Policiais e Agentes, são fatores determinantes do *status quo*. Os gestores se esqueceram de investir no suporte humano e material. Como consequência não há Polícia Preventiva e a repressiva não cumpre seu papel, por falta de condições ou até por vícios existentes nas instituições, tão arraigados que são difíceis de erradicá-los, sem uma política de segurança estruturante. Entretanto, é preciso insistir no combate à corrupção nos órgãos de segurança pública e nos demais.

A população crescente e a extensão territorial dos municípios pernambucanos, por exemplo, é outro dado de realidade, reflexo perverso da omissão do Estado, pois a violência acompanha tais índices. Por outro lado, a banalização da vida é um dos fatores que impõe ao MP a adoção dos instrumentos legais disponíveis para exigir dos Estados uma postura mais condizente com a realidade atual, através de seus representantes, eleito democraticamente.

Como preleciona **Dallari Bucci** "*não basta uma Constituição bem escrita para que ela seja cumprida e*

*obedecida – há possibilidade de se travar, pelas vias do direito e com base na Constituição, uma batalha própria, capaz de melhorar as condições sociais, por meio da garantia do exercício de direitos individuais e de cidadania a todos, da forma mais abrangente possível”.*³

Não basta o Ministério Público ser o órgão que tem a incumbência de **exercer o controle externo da atividade policial (art. 129, Inciso VII da CF)**. É imprescindível que de fato tal controle externo se efetive. Desde 1988 que se fala a respeito mais de concreto o que temos feito? A solução somente virá se institucionalmente articularmos a respeito.

A Segurança Pública é um serviço de relevância pública e a ausência de uma política pública de segurança motiva uma luta (ação e não inércia) por parte do Ministério Público, pois a Carta Magna garante sua relevância mas na prática, é preciso trilhar pela via do Direito, envidar esforços e encontrar meios de efetivação, uma batalha de cunho social e principiológico que viabilize uma solução mais abrangente possível, como garantia da cidadania. Um processo é evidente, mas que precisa ser trilhado e conquistado diuturnamente.

O Código de Processo Penal e a praxis vigente no Poder Judiciário hoje é que um homicídio somente poderá ser investigado pelo Delegado de Polícia, caso ele tome tal iniciativa. Caso contrário, na prática o MP não tem condições de investigar o homicídio diretamente, principalmente os mais complexos, de autoria desconhecida ou de execuções sumárias, o que vale dizer em outras palavras que em matéria de Polícia Judiciária, suas atribuições são ilimitadas e seus poderes difíceis de fiscalizá-los, sem cogitar, ainda, do corporativismo policial exacerbado, cultuado durante anos a fio.

A prevenção dos crimes e consequentemente a repressão da totalidade dos criminosos são na verdade uma realidade inatingível nos dias de hoje. Tal assertiva vincula-se ao fato de que sem repressão e mecanismos de prevenção a violência simplesmente aumenta assustadoramente. Não agimos sob a égide do planejamento de ação, diagnóstico, mecanismos de monitoramento, análise dos resultados, avaliação e fiscalização, portanto não podemos esperar outros resultados. Toda ação dos órgãos formais de segurança é improvisada enquanto o “bandido” tem ação criminosa especializada e estudada com base nas fragilidades da própria segurança pública existente, mesmo quando custodiado em Presídios de segurança máxima.

A Polícia Judiciária, por sua vez, não oferece um serviço público permanente à população (finais de semana e feriados), não se está garantindo acesso às pessoas, que tem seus direitos humanos violados, principalmente quando se trata de homicídios, cadáveres encontrados em desovas, em avançado estado de putrefação e sem qualquer identificação, sinais nítidos da existência de um desserviço, ou seja, uma total inversão de valores, onde o “criminoso” fica impune por conhecer as fragilidades dos mecanismos de segurança pública de cada município, preferirá fazer a desova em locais mais apropriados.

Em Pernambuco no final de uma gestão (19/12/06), o Ministério Público do Estado de expediu Resolução **RES-CPJ n.º 012/06** sobre como fazer a fiscalização das Delegacias, Cadeias Públicas, publicada no Diário Oficial do Estado de 27/12/06. Uma maneira dos Promotores de Justiça uniformizarem suas condutas em relação ao controle externo da Polícia e ao mesmo tempo indicando os devidos encaminhamentos em caso de omissão, abuso ou ilícitos perpetrados pelas autoridades ali fiscalizadas. Comenta-se que a Polícia Judiciária não está satisfeita com a Resolução, entretanto, a regulamentação do controle da atividade policial é preceito Constitucional e no nosso entender faz parte de uma política de segurança pública, que precisa ser ampliada, discutida com as autoridades competentes e, se for o caso, até com a população local por intermédio de audiências públicas.

Um exemplo concreto de atuação Ministerial em prol de uma Política Pública de Segurança é a Portaria n.º 001/07 referente ao Inquérito Civil 01/07, consoante sua fundamentação contida na Portaria, publicada no Diário Oficial do Estado de 19/01/07 (Anexo). Um caminho que está sendo percorrido e que esperamos ao final seja positivo.

É possível que outras propostas sejam válidas, contudo neste trabalho nossa preocupação maior foi trazer à baila de forma concreta uma tentativa de solução, dentre outras, que acreditamos ser viável, pois debruçaremos com várias alternativas possíveis, inclusive a possibilidade concreta de avançar na questão pela via da mediação (termo de ajustamento de conduta) e, somente após esgotados os mecanismos de mediação sem que a solução seja encontrada, aí sim o Ministério Público ingressaria com uma Ação Civil Pública nos termos da Lei n.º 7347/85.

A segurança é sinônima de garantia. Na vida social nenhuma garantia é doada e sim criada, buscada. Com bem diz **Fabio Konder Comparato**: “*pode-se dizer que não há segurança natural; ela é sempre criada ou mantida, quer pelo exercício de um poder de fato do mais variado tipo – militar, econômico, tecnológico, religioso, de autoridade moral, de sedução amorosa etc., quer pela ordem jurídica*”.⁴

Lenio Streck vislumbra o Direito como campo necessário de luta para implantação das promessas modernas.⁵

A Ordem Jurídica que o MP deve defender (art. 127 da CF) apresenta os meios de enfrentamento do tema, mas a luta, em sentido salutar é necessária, pois só será conquistada se tentada inúmeras vezes, mediante pequenas vitórias e derrotas, que reiteradas fortalecerão a Paz social, mitigando a impunidade de forma paulatina.

É no Ordenamento Jurídico pátrio que encontramos o caminho para a implantação das lutas sociais, dentre as quais a Política Social de Segurança Pública.

³ BUCCI, Maria Paula Dallari et alli - *Buscando um Conceito de Políticas Públicas para a Concretização dos Direitos Humanos*., p.8.

⁴ COMPARATO, Fabio Konder. *Direitos Políticos e cidadania*, p. 199

⁵ STRECK, Lenio Luiz, *Violência, Criminalidade, Segurança Pública e a Modernidade Tardia no Brasil*., p.457.

A Segurança Pública é uma atividade a ser desenvolvida pelo Estado, destinando-se à promoção de ações para sua implementação, oferecendo estímulos positivos para que os cidadãos possam conviver, trabalhar, produzir, usufruir do lazer, sem o medo e o terror da criminalidade. A defesa social é um conjunto de mecanismos coletivos, tanto públicos como privados, direcionados a preservar a paz social, reduzindo a níveis suportáveis a criminalidade inevitável. O Estado defende as garantias dos direitos individuais e coletivos, a **Segurança Pública** é; ao mesmo tempo, enfrentamento de calamidades⁶.

As instituições responsáveis devem atuar com o fim de inibir, neutralizar ou reprimir a prática de atos anti-sociais, garantindo a proteção coletiva dos seres humanos, bens e serviços públicos. No entanto, nosso dia-dia aponta para a realização de outros fins completamente contrários à promoção da Segurança Pública. A mídia divulga diariamente situações concretas relativas a condutas de autoridades, direcionadas para os crimes e organizações criminosas. Por outro lado, a escalada da violência de norte a sul do país.

O emprego da atividade de Segurança Pública como dever do Estado, é dividido entre os Poderes Estatais: Executivo, Legislativo, Judiciários e Ministério Público – para aqueles que o admitem como o quarto Poder Estatal (ou poder-dever) e a Polícia.

É bem verdade que temos poucos policiais nas ruas e nas Delegacias de Polícia, e, que tais profissionais por vezes abusam de suas atribuições, utilizando-se mal da autoridade, desviando condutas e infringindo os ditames legais. Também é verdade que a Polícia é quem, antes mesmo do Direito Penal, atua em defesa da sociedade. Neste sentido, o Policial é captador do Direito Penal, ele captura o infrator e o encaminha, a grosso modo, ao Direito Penal. É importante destacar que anteriores a ele, havia diversos mecanismos de controle social, como também depois dele, não podendo ficar adstrito a Polícia a responsabilidade total pela Segurança Pública. Com efeito, muitas vezes é deixado quase que exclusivamente para a Polícia a função de promover “**Segurança Pública**”, quando se sabe que, na verdade, ela será incapaz de sozinha, lograr êxito neste particular. Sobre a questão aqui suscitada, valioso é o depoimento de um Policial do Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar do Rio de Janeiro (BOPE)⁷, que ao ser indagado sobre o problema do tráfico de drogas no Rio de Janeiro, retrucou: “*A Polícia é o único representante do Estado a subir os morros cariocas. Como é que a Polícia, sozinha, vai resolver o problema do tráfico de drogas no Rio de Janeiro?*”⁸

O estudo e a interpretação do fenômeno da criminalidade são importantes para avaliação do recrudescimento da criminalidade.⁹

O Estado arrecada tributos com o fim de realizar suas funções sociais fundamentais, como educação, saúde, Segurança Pública, etc. Porém, dificuldades existem em um país como o nosso, onde impera a escolaridade precária, um sistema de saúde mal gerido e uma Segurança Pública sem qualquer Política Pública de qualidade e quantidade capaz de suprir as necessidades da população. A improvisação é a marca característica da Segurança Pública no país hoje. O imediatismo e as respostas automáticas (prontas) escamoteiam a verdadeira face da segurança pública no Brasil.

Segundo **Durkheim**¹⁰, a violência e a criminalidade é algo inerente ao convívio social. Algo previsível, cuja ação estatal deve investir em seu combate: “*O crime não é doença, mas os níveis de criminalidade que existem em determinada sociedade em determinado tempo é que se pode considerar doentio; a consciência sobre o crime como fato social nos emerge a idéia de que, toda a sociedade é reflexo de um porvir desejável, contrário ao que aquela refuta como desprezível, abominável.*”

Com bem preleciona **Boaventura Santos** no final do século a única utopia realista é a utopia ecológica e democrática. Tem como escopo as virtualidades que **Gramsci** entendia imprescindíveis na construção de idéias hegemônicas¹¹. Não existe democracia sem Segurança Pública, portanto a inclusão social somente se dará com as garantias de igualdade e liberdade de todos os seres humanos, livres para fazer suas escolhas, mas responsáveis ao assumir seus desatinos, que comprometam o equilíbrio e a Paz social. Portanto, uma ação efetiva do estado em prevenir e reprimir a criminalidade, combatendo a impunidade, principalmente de autoridades, ricos e poderosos.

Conclusões: Diante do quadro sombrio da Segurança Pública no Brasil o nosso trabalho procurou apresentar: 1) uma proposta concreta de combate à impunidade. A ação seria desenvolvida pelo órgão Ministerial mediante adoção de medidas concretas, instrumentos legais e processuais existentes no Ordenamento Jurídico nacional. Face à omissão das autoridades em direcionar um trabalho em prol da implementação de políticas públicas de Segurança Pública durante séculos, não há mais tempo a perder, não se pode mais esperar decisões políticas unilaterais de governo nesse sentido. 2) Portanto, cabe ao Ministério Público com função constitucional tomar a iniciativa e as rédeas da situação. A medida inicial seria a instauração de um **Inquérito Civil Público** para o diagnóstico e radiografia

⁶ CÂMARA, Paulo Sette. **Defesa Social e Segurança Pública**. In: LEAL, César Barros; PIEDADE JR, Heitor (Org). *Violência e Vitimização: A face sombria do cotidiano*. p.343/359.

⁷ O BOPE é um grande e atuante órgão no combate ao tráfico de drogas nos morros cariocas.

⁸ LUND, Kátia; SALLES, João Moreira. **Notícias de uma Guerra Particular**. Coleção Vídeo Filmes. DVD 1.

⁹ LEMOS, João Gonçalves de, **Segurança Pública: Direito do Cidadão X Obrigação do Estado**. In: LEAL PIDADE JR (org), op. Cit., p.149/169.

¹⁰ DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p.32.

¹¹ SANTOS, Boaventura de Sousa. **Pela mão de Alice: o social e o político na pós modernidade** - 11ª ed. São Paulo: Cortez, 2006. p.43.

da situação. A realização de uma audiência com a participação de todas as autoridades que compõem os órgãos oficiais de Segurança Pública, no caso em epígrafe, no âmbito do município, célula *mater* da Sociedade. Em segundo momento, se necessário, a realização de uma audiência pública, onde funcionaria como Fórum amplo de discussões e apresentação de propostas para cada localidade, pois a realidade de um município não é idêntica a de outro, embora se identifique pontos comuns. Ao final se a solução surge-se mediante **TAC (Termo de Ajustamento de Conduta)**, seria a oportunidade de se fixar um cronograma e as etapas a serem percorridas: planejamento, formas de monitoramento, análise de resultados, avaliação e ajustes necessários. 3) Inviabilizado o caminho da mediação, seria o caso de ajuizamento da competente **Ação Civil Pública de obrigação de fazer**, tendo como objeto a elaboração, implementação de todas as variáveis de uma Política Pública de Segurança sistematizada, possível de causar os impactos necessários e transformar o *Status quo* e ai sim, caminharmos rumo a uma sociedade mais justa, digna e solidária, pois contaríamos com um Poder Judiciário Independente e comprometido com as grandes questões estruturantes deste país.

BIBLIOGRAFIA

- BUCCI**, Maria Paula Dallari et alli. **Direitos Humanos e políticas públicas**. São Paulo: Polis, 2001.
- CÂMARA**, Paulo Sette. **Defesa Social e Segurança Pública**. In LEAL, César Barros; PIEDADE JR, Heitor (Org). *Violência e Vitimização: A face sombria do cotidiano*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 343/359.
- COMPARATO**, Fábio Konder. **O papel do juiz na efetivação dos direitos humanos-visões contemporâneas**. São Paulo: Método editoração e editora Ltda, 2001.
- DURKHEIM**, Émile. **As regras do método sociológico**. 2º ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 32
- KOERNER**, Andrei. **A independência do Judiciário como garantia institucional dos direitos humanos – visões contemporâneas**. São Paulo: Método editoração e editora Ltda, 2001.
- LEMO**s, João Gonçalves de, **Segurança Pública: Direito do Cidadão X Obrigação do Estado**, In LEAL, Piedade Jr (org) p. 149/169.
- LUND**, Kátia; **SALLES**, João Moreira. **Notícias de uma Guerra Particular**. *Coleção Vídeo Filmes DVD 1*
- MONTEIRO**, Valdênia Brito. **Tolerância e direitos humanos**. *Revista de Direitos Humanos/Gajop*. Recife, ed. Especial, dez/1999.
- SADER**, Emir. **Direitos e Esfera Pública**. *Revista de Serviço Social e Democracia*. N. 77. ano XXIV. Abr/2004.
- SANTOS**, Boaventura de Sousa. **Pela Mão de Alice: o social e o político na pós modernidade** - 11º ed. São Paulo: Cortez, 2006. p. 43.
- SILVA**, Afonso José. **Democracia, segurança e garantismo**. *Notícia do direito brasileiro*. Nova série. N. 7. Brasília: UNB, Faculdade de Direito, 2000.
- SOARES**, Luiz Eduardo. **Proposta de uma política de segurança pública**. *A Proteção Internacional dos direitos humanos e o Brasil*. Brasília: Supremo Tribunal de Justiça, 2000.
- STRECK**, Lenio Luiz. **Violência, Criminalidade, Segurança Pública e a Modernidade tardia no Brasil**. P. 457.

ANEXO – PUBLICADA NO DOE DE 19/01/07.

PROMOTORIA DE JUSTIÇA DE ITAMBÉ

Portaria n.º 01/07.

O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE PERNAMBUCO, por seu representante legal que esta subscreve titular da Promotoria de Justiça Única, no uso das atribuições legais conferidas pelo art.129, Incisos II e III, da Constituição Federal; Lei Federal n.º 8.625/93(LONMP); art. 8º § 1º da Lei n.º 7347/1985; Lei Complementar n.º 12/94, modificada pela Lei Complementar n.º 21/98;

CONSIDERANDO a existência de mais de uma centena de homicídios com características de execução sumária, sem elucidação nos anos de 2000/2006, inclusive sem investigação, alguns sem qualquer registro de ocorrência por parte da Polícia Judiciária, podendo assim caracterizar maior impunidade e estímulo à criminalidade;

CONSIDERANDO que o Direito Humano a vida tem prevalência na forma do art. 4º Inciso II da Carta Magna, assim como a defesa da Paz social (Art. 4º, Inciso VI da CF);

CONSIDERANDO que a Constituição Federal considera a **Segurança Pública** dever do Estado, exercida nos Estados Federados pelas Polícias Militar e Judiciária, sendo a primeira responsável pela polícia ostensiva e a preservação da ordem pública e a outra pela polícia judiciária responsável pela apuração de infrações penais, exceto as militares (art. 144, da CF);

CONSIDERANDO que os Princípios da Dignidade da pessoa humana pressupõem o respeito aos Direitos Humanos à vida, cuja violação afeta de forma significativa a Paz social e a vida comunitária, principalmente daquelas pessoas mais vulneráveis, tais como: menos favorecidos, crianças, adolescentes, mulheres, etc.;

CONSIDERANDO a constatação de precárias condições materiais e de pessoal existentes na Delegacia de Polícia do Município de Itambé, cuja população sofre e fica desprotegida, sem acesso as comunicações de ocorrências, quando encontra as portas da Delegacia frequentemente fechada, principalmente nos finais de semana e feriados, por carência de agentes de Polícia de Plantão e agentes de permanência e investigação;

CONSIDERANDO a existência de uma só viatura da Polícia Judiciária e da Polícia Militar para atender a sede e aos três distritos longínquos entre si (Caricé, Ibiranga e Vila Quebec), o motorista é o próprio Agente de Polícia Plantonista e de investigação;

CONSIDERANDO que o município possui três distritos (Caricé, Ibiranga e Vila Quebec), o primeiro próximo a cidade de Goiana; segundo próximo a cidade de Juriupiranga-PB e o terceiro próximo do município de Camutanga, nenhum deles tem posto policial (civil ou militar) para atender à população, o acesso à segurança passa a não ser garantido;

CONSIDERANDO o alto índice de crimes de homicídios sem a devida investigação constitui total descaso e desrespeito à vida e a dignidade dos seres humanos, cidadãos Itambeenses; sendo uma realidade a desova de seres humanos e de cadáveres encontrados e não identificados pelo adiantado estado de putrefação;

CONSIDERANDO o número insuficiente de Policiais Militares lotados no destacamento da Polícia Militar local, impossibilita o trabalho ostensivo e preventivo nas ruas e nos distritos, sem falar que a única viatura é velha e frequentemente sofre avarias, que a impedem de funcionar, prejudicando toda a sociedade;

CONSIDERANDO que a Segurança Pública é um serviço de relevância pública e a sua ausência, deficiência ou omissão das autoridades acarreta maiores índices de criminalidade e menor capacidade de repressão;

CONSIDERANDO a inexistência de uma Política Pública de Segurança articulada e vinculada a objetivos, metas e estratégias, visando coibir a atual situação, inclusive organizações criminosas, fica evidente a impossibilidade de responsabilização dos criminosos, segundo consta em relatórios específicos sobre a matéria;

CONSIDERANDO que o órgão Ministerial é por dever Constitucional um dos legitimados para exigir uma política pública de ação em prol da segurança, adotando as medidas necessárias pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição;

CONSIDERANDO que todo crime deve ser noticiado perante a Polícia Judiciária, investigado e deve seguir o devido processo legal, a existência de inquéritos policiais de homicídios sem identificação de autoria impede a propositura da competente ação penal pública por parte do Ministério Público;

RESOLVE:

INSTAURAR O presente Inquérito Civil Público para apurar as ocorrências de possíveis omissões das autoridades, condições precárias de funcionamento da Polícia Judiciária e Militar no enfrentamento da questão em tela, no âmbito do município de Itambé, para posterior promoção de termo de ajustamento de conduta, ação civil pública nos termos da lei, DETERMINANDO:

a) A notificação nos termos do art. 6º § 1º da Lei Orgânica do Ministério Público, do Excelentíssimo Senhor Secretário de Defesa Social, Chefe da Polícia Civil, Corregedor Geral da Polícia, Comandante Geral da Polícia Militar para participarem de audiência designada para o **dia 01 de fevereiro, às 09h00min horas no Gabinete da Promotoria de Justiça de Itambé**, sito no Fórum Juiz Roberto Guimarães, PE-075, KM 28, Centro, município de Itambé;

b) Se for necessários, a designação de **audiência pública** a ser definida com as autoridades acima elencadas, visando à participação social da população do município, em busca dos novos rumos de atuação conjunta de todos os órgãos para um verdadeiro enfrentamento do problema, objetivando resultados satisfatórios após periódicas avaliações;

c) A transcrição em livro próprio desta portaria, cuja cópia em meio magnético deverá ser encaminhada à Secretaria Geral para publicação do Diário Oficial do Estado, nos termos da Resolução n.º 03/87-PGJ, art. 1º, § 2º.

Itambé, 08 de janeiro de 2007.

Promotora de Justiça

a) Rosemary Souto Maior de Almeida

O MINISTÉRIO PÚBLICO E SUA TAREFA DE DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO. UMA VISÃO GARANTISTA.

Maria Amélia Sampaio Góes

Promotora de Justiça/BA

SÍNTESE DOGMÁTICA

Esta dissertação tem como tema o Ministério Público e o Estado Democrático de Direito. Justifica-se esta pesquisa pelo fato de ter a Constituição Federal, em seu art. 127, cometido ao Ministério Público a defesa do regime democrático. Os problemas que se colocam são os de determinar qual o alcance da norma constitucional que comete ao Ministério Público a tarefa de defender o regime democrático e como os membros do Ministério Público podem se desincumbir de tal função. Tem por objetivos definir no que consiste a defesa do regime democrático cometido ao Ministério Público e propor uma prática específica, capaz de realizar tal tarefa. Parte do pressuposto de que a democracia que o texto constitucional fala, é democracia material, ou seja, é a concretização dos direitos humanos, constitucionalmente positivados, logo, a hipótese é que defender o regime democrático, para o Ministério Público, significa garantir a eficácia dos direitos fundamentais, através do exercício de sua função pedagógica. A metodologia escolhida foi a de pesquisa teórico-bibliográfica. Percorreu-se o caminho histórico da constituição do Estado de Direito, sob seu aspecto formal e material, da democracia moderna, do Ministério Público brasileiro. Ao final, pôde-se concluir pela comprovação da hipótese; pois, se as lutas pretéritas garantiram o reconhecimento e a positivação dos direitos humanos, chamados agora fundamentais, a luta pela concretização deles, ao menos no caso brasileiro, impõe-nos diária preocupação e cuidado, devendo o órgão do Ministério Público lançar mão da Teoria denominada Garantista, no plano jurídico, como instrumento adequado para a defesa do regime democrático, e no plano de sua práxis, a ação política/pedagógica a ser exercida pelo Ministério Público para o cumprimento de seu dever de defesa do regime democrático.

O Ministério Público que conhecemos, hoje, muito distante está de seu ponto inicial, se considerarmos sua origem, como carreira, na *ordonnance* francesa de 1522 e, posteriormente, complementada pelas de 1553 e de 1586¹, quando sua existência permanecia ligada à defesa dos interesses *du Roi*, na França, na Idade Média.

Podemos observar, que o Ministério Público possui um conjunto de atribuições que não são, simplesmente, o somatório de encargos; mas, sim, um conjunto harmonioso de atribuições conferidas a uma instituição que tem um fim a realizar no meio social, fim este que torna o Ministério Público brasileiro inconfundível e único no mundo inteiro, com muito bem salienta e demonstra um de seus maiores pensadores, Hugo Nigro Mazzilli.

O Ministério Público não é mais um órgão do Estado destinado a intransigentemente defender a Coroa, ou a correspondente Fazenda Pública de hoje, nem, com maior razão, é hoje destinado à defesa dos governantes. Agora a Constituição deu liberdade e autonomia ao Ministério Público; a seus agentes deu independência funcional, inamovibilidade e vitaliciedade, para que defendam intransigentemente os interesses da coletividade como um todo, para que zelem pelas liberdades públicas, para que defendam os direitos do cidadão até mesmo em face do Estado e dos governantes, ainda que para isto tenham que contrariar os interesses desses últimos.²

¹ MORAIS JR. Flávio Queiróz de. Da estrutura filosófica do Ministério Público. *Justitia – Órgão do Ministério Público do Estado de São Paulo*, nº 123, p.25.

² MAZZILLI, Hugo Nigro. Visão crítica da formação e das funções do promotor. *Formação Jurídica*/ coordenação José Renato Nalini. – 2. ed. rev. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 92.

³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988, art. 127.

A ele se reservou o lugar da defesa da ordem jurídica e social, quando a Constituição Federal fez dele instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado e conferiu-lhe a incumbência da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.³

Com tal destinação constitucional, podemos afirmar que, atualmente, seus membros ocupam-se, ou deveriam se ocupar, da proteção dos valores fundamentais da sociedade politicamente organizada.

O ordenamento jurídico brasileiro optou pela constitucionalização dos direitos fundamentais, e o fez dividindo-os em cinco grandes grupos, a saber:

- a) Direitos individuais e coletivos, previstos basicamente no art. 5º e que se referem aos diretamente ligados ao conceito de pessoa humana e sua própria dignidade;
- b) Direitos sociais, previstos fundamentalmente no art. 6º e que correspondem aos direitos que implicam liberdade positiva e que objetivam a igualdade social.
- c) Direitos de nacionalidade.
- d) Direitos políticos, regulamentados no art 14, e que conferem o atributo de cidadania ao nacional, e que decorrem do princípio democrático insculpido no art. 1º, parágrafo único da Constituição Federal, que afirma que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente;
- e) Direitos relacionados à existência, organização e participação em partidos políticos, que são concebidos como fundamentais para a construção e preservação do Estado democrático de Direito.

Por sua constitucionalização, os direitos fundamentais não são meras declarações formais de intenções. São, no dizer de Moraes⁴ “a plena positivação de direitos, com base nos quais qualquer indivíduo poderá exigir sua tutela perante o Poder Judiciário, para a concretização da democracia”.

É neste contexto que sobressai o papel do Ministério Público, pois se qualquer indivíduo **poderá** exigir perante o Poder Judiciário a efetivação de direitos fundamentais positivados por sua constitucionalização, o Ministério Público terá o **dever** de fazê-lo quando se tratar de **interesses sociais e individuais indisponíveis**⁵, **em defesa da ordem jurídica e do regime democrático**, já que o respeito aos direitos fundamentais, principalmente pelas autoridades públicas, assinala Moraes⁶ “é pilastra mestra na construção de um verdadeiro Estado de direito democrático” que visa, em verdade, a dignidade da pessoa humana, pois, “se existe algum fundamento último para a democracia, ele não pode ser outra coisa senão o próprio reconhecimento da dignidade humana”⁷.

Uma visão garantista.

JANELA SOBRE AUTOPIA

Ela está no horizonte-
diz Fernando Birri-. Aproximo-me
dois passos. Caminho dez passos,
ela se afasta dois passos.
Caminho dez passos e o horizonte
fica dez passos mais longe.
Por muito que eu caminhe,
nunca a alcançarei.
Para que serve a Utopia?
Serve para isto: para caminhar.
(Eduardo Galeano, 1993)

O garantismo se apresenta como o modelo ideal, por isso utópico. Dele podemos, mais ou menos, nos aproximar; mas como a utopia, serve para nos fazer avançar.

Não se trata de nenhuma novidade afirmar que vivemos uma crise no Direito por falta de efetividade de parcela expressiva do texto constitucional, inclusive no que se refere aos direitos fundamentais, colocando em xeque a nossa proclamada democracia. Diante de tal realidade, a pergunta que não quer calar é: como trazer para a vida das pessoas os direitos já reconhecidos e positivados?

Conscientes dessa realidade e, ao mesmo tempo, do dever funcional de defesa do regime democrático cometido ao Ministério Público, tentaremos encontrar, no garantismo jurídico de Ferrajoli⁸, instrumentos e mecanismos para a efetivação de direitos fundamentais na vida do povo brasileiro.

⁴ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 167.

⁵ INDISPONÍVEL. É o direito do qual o titular dele não pode abdicar, no conceito de J.J. Calmon de Passos. (DE PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2000, p. 427)

⁶ MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2002, p. 167.

⁷ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade Humana e Moralidade Democrática*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001, p. 48.

⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

Conhecida é a passagem de *A era dos direitos*⁹, em que Bobbio afirma, ao discorrer sobre o presente e o futuro dos direitos do homem, que uma vez solucionados os problemas de sua enunciação com as diversas Declarações Universais e na maioria das atuais Constituições, bem como solucionados também os problemas de sua fundamentação com o consenso de todos os homens, a grande questão que se coloca é a efetivação dos direitos proclamados.

No dizer de Bobbio, que prefacia com maestria a 1ª edição italiana de *Direito e Razão*, o modelo do garantismo tenta elevar-se:

a modelo ideal do Estado de direito, entendido não apenas como Estado liberal, protetor dos direitos de liberdade, mas como Estado social, chamado a proteger também os direitos sociais; em segundo lugar, apresentando-o como uma teoria do direito que propõe um juspositivismo crítico, contraposto ao juspositivismo dogmático; e, por último, interpretando-o como uma filosofia política, que funda o Estado sobre os direitos fundamentais dos cidadãos e que, precisamente, do reconhecimento e da efetiva proteção (não basta o reconhecimento!) destes direitos extrai sua legitimidade e também a capacidade de se renovar, sem recorrer à violência subversiva.¹⁰

Na *Quinta Parte* de sua obra *Direito e Razão*, Ferrajoli anuncia uma *Teoria Geral do Garantismo*. Para dar início à anunciada *Teoria Geral do Garantismo*, o autor informa que concebe o termo *garantismo* em três acepções diferentes, todavia, com significados conexos.

Em um primeiro significado, *garantismo* designa um *modelo normativo de direito* qual seja: um modelo de estrita legalidade, próprio de um Estado de Direito, que sob o plano epistemológico se caracteriza como uma *técnica idônea a minimizar a violência e a maximizar a liberdade*¹¹. Parte o autor do Direito penal, mas pretende atingir todo o Direito. Sob esta ótica, há que se distinguir sempre entre o modelo constitucional e a efetividade do mesmo. Assim fala em “graus” de garantismo de um sistema, encontrando-se em grau maior aquele sistema constitucional que oferecer mecanismos que assegurem os direitos normativamente proclamados.

Já, em um segundo significado, *garantismo* designa uma teoria jurídica da validade e da efetividade. Ferrajoli é claro na distinção que faz entre validade e efetividade, tratando-as como categorias distintas. Apresenta uma diferença entre “ser” e “dever-ser” no Direito, pondo como questão teórica central *a divergência existente nos ordenamentos complexos entre modelos normativos (tendentemente garantistas) e práticas operacionais (tendentemente antigarantistas)*.¹²

Por fim, de acordo com um terceiro significado o *garantismo* designa uma filosofia política que requer do Direito e do Estado o ônus da justificação externa com base nos bens e nos interesses dos quais a tutela ou a garantia constituem a finalidade. Nesta última acepção de filosofia política, o garantismo propõe uma doutrina laica de separação entre Direito e moral, entre validade e justiça, entre ponto de vista interno e ponto de vista externo na valoração do ordenamento, ou mesmo entre o “ser” e o “dever-ser” do Direito.

São elementos da teoria geral do garantismo¹³: a) o caráter vinculado do poder público no Estado de Direito; b) a divergência entre validade e vigor produzida pelos desníveis das normas e um certo grau irredutível de ilegitimidade jurídica das atividades normativas de nível inferior; c) a distinção entre ponto de vista externo (ou ético-político) e ponto de vista interno (ou jurídico) e a conexa divergência entre justiça e validade; d) a autonomia e a prevalência do primeiro e em certo grau irredutível de ilegitimidade política com relação a ele das instituições vigentes.

Ferrajoli usa a expressão *Estado de Direito*, como um governo *sub lege* ou submetido à lei. Para o autor, o poder *sub lege* de que trata é o entendido forte, ou estrito, ou substancial, no qual o poder deve ser limitado pela lei que lhe condiciona não somente as formas, mas, também, os conteúdos. Para o autor, a expressão Estado de Direito deve ser reservada apenas aos Estados constitucionais, e, em particular, àqueles Estados de Constituições rígidas, como o caso da brasileira. Estados, assim, incorporam, nos níveis normativos superiores, limites de poder não apenas formais, mas, também, substanciais ao exercício de qualquer poder. Quanto à legalidade, é entendida em seu sentido estrito, ou, diz também o autor, de validade substancial, que exige que as matérias de competência e os critérios de decisão sejam legalmente preordenadas e circunscritas mediante obrigações e vedações. Neste sentido, o termo “Estado de Direito” é sinônimo de “garantismo”, pois designa um Estado não apenas legal ou regulado por leis, mas, sim, um modelo de Estado nascido com as modernas constituições e caracterizado:

⁹ BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 25.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. Cit. p. 10.

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit. p. 684.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 684.

¹³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 686.

a) no plano formal, pelo princípio da *legalidade*, por força do qual todo poder público – legislativo, judiciário e administrativo – está subordinado às leis gerais e abstratas que lhes disciplinam as formas de exercício e cuja observância é submetida a controle de legitimidade por parte dos juízes delas separados e independentes...; b) no plano substancial da funcionalização de todos os poderes do Estado à garantia dos *direitos fundamentais* dos cidadãos, por meio da incorporação limitadora em sua Constituição dos deveres públicos correspondentes, isto é, das vedações legais de lesão aos direitos de liberdade e das obrigações de satisfação dos direitos sociais, bem como dos correlativos poderes dos cidadãos de ativarem a tutela judiciária.¹⁴

Das duas condições apresentadas, a primeira representa a fonte de legitimação formal e a segunda a legitimação substancial. Assim, graças à concepção destas duas fontes, não existe no Estado de Direito poderes sem regulamentação e atos de poder sem controle. Todos os poderes são limitados por deveres jurídicos, relativos não somente à forma, mas também aos conteúdos de seu exercício, cuja violação é causa de invalidez judicial dos atos e, ao menos em teoria, de responsabilidade de seus autores, afirma o doutrinador.¹⁵

Com precisão, afirma o autor, em seqüência, que a distinção entre legitimidade formal e legitimidade substancial, ou, em outros termos, entre as condições formais e as condições substanciais impostas ao válido exercício do poder, é essencial para esclarecer a natureza da relação entre democracia política e Estado de Direito.

Esta afirmação se torna clara se observarmos quais são os objetos das regras da democracia: “quem” pode e “como” se deve decidir (condições formais), e “o que” se deve e “o que não” se deve decidir (condições substanciais). Da natureza das primeiras depende o caráter politicamente democrático, ou não, do sistema político enquanto que da natureza das segundas depende o caráter de direito do Estado.

A exemplo da Constituição italiana que Ferrajoli analisa, a Constituição brasileira também contém regras dos dois tipos. Assim, ao menos teoricamente, não encontramos dificuldades de, sob a ótica garantista, de classificar nosso ordenamento como Estado democrático e como Estado de Direito. Temos, na Constituição Federal de 1988, regras claras que disciplinam as formas de soberania popular definindo “quem” decide e “como” se decide e estabelecendo para tal fim competências e procedimentos, e que se consubstanciam nas regras de democracia política. Já as regras do Estado de Direito encontram-se sobretudo, mas não unicamente, nos cinco capítulos do Título II da Carta de 1988 (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), que prescrevem os direitos fundamentais dos cidadãos, estabelecendo “o que deve” e o “que não deve” se decidir, e assinalando para tal fim vedações legais e obrigações aos poderes do Estado. De um lado, as vedações legais de suprimir ou limitar, senão nos casos taxativamente previstos, a liberdade pessoal e a inviolabilidade de domicílio, por exemplo, e de outro, a obrigação de garantir direitos sociais como educação e saúde, por exemplo.

Lembra Ferrajoli que:

...a violação das regras do primeiro tipo é causa de inexistência ou não-vigor, enquanto aquela das regras do segundo tipo é causa de invalidez das normas produzidas; e que a característica estrutural do Estado de direito com relação ao mero Estado legal é a possível divergência entre validade e vigor, ou seja, a existência de normas vigentes mas inválidas porque conformes às regras do primeiro tipo e desconformes às do segundo.¹⁶

De qualquer maneira o Estado de Direito sempre conviverá com uma certa ilegitimidade jurídica, tanto maior quanto maior for a distância que separa as promessas normativas das realizações do governo. Essa aporia insuprimível de todo Estado de Direito era desconhecida do Estado absolutista que desconhecia deveres e não realizava promessas.

Assim, o progresso do Estado de Direito e, em consequência, a democracia substancial, que nos negamos a parar de perseguir, consiste, por óbvio, bem mais que no crescimento das promessas, no desenvolvimento de garantias capazes de realizá-las.

A divergência entre promessas normativas e efetividade é a principal força oferecida aos titulares dos direitos proclamados, mas insatisfeitos, pois, à medida que tais direitos são insatisfeitos, estes cidadãos podem, graças às garantias, tirar a legitimação dos poderes, invalidando-lhes as ações e omissões, vinculando-os às prestações correspondentes.

Mas o que seria o Direito ilegítimo? Se aceitarmos a tese de que o “garantismo coincide com a forma de tutela dos direitos vitais dos cidadãos que se realiza historicamente por meio da sua positivação no Estado de direito”¹⁷, encontramos-nos no campo teórico do positivismo jurídico. Neste ponto, cabe uma digressão: ao elaborar sua teoria

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. Cit. p. 688.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 688.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 689.

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit, p. 689.

do direito, Ferrajoli afirma que norma (direito como norma - normativismo) e fato (direito como fato-realismo), bem como, normatividade e efetividade devem ser concebidas como dois pontos de vista, parciais e complementares de cada fenômeno jurídico normativo.

Cada um destes – ao menos nos ordenamentos minimamente complexos, e tipicamente naqueles próprios do Estado de direito – é ao mesmo tempo norma, relativamente aos fatos (também normativos) que ele regula, e fato (mesmo se normativo), relativamente às normas que o regulam.¹⁸

Assim, “direito vigente” não coincide com “direito válido”: é vigente, ainda que inválida, uma norma efetiva que não se sujeita a todas as normas que regulam a sua produção. Nem coincide, de outra parte, com “direito efetivo”: é vigente, ainda que não efetiva, uma norma válida não obtemperada pelas normas às quais regula a produção.¹⁹

Ferrajoli chama de “juspositivismo dogmático” cada orientação teórica que ignora o conceito de vigor das normas como categoria independente da validade e da efetividade. Para o autor, é “juspositivismo dogmático” a orientação teórica que assume como vigente apenas as normas válidas como também as orientações teóricas que assumem como vigentes apenas as normas efetivas. Afirma que:

Uma abordagem exclusivamente normativa, limitando-se à análise (o significado) das normas, permite apenas descrever o “dever ser” normativos dos fenômenos jurídicos regulados, e não também o seu “ser” efetivo. Inversamente, uma abordagem exclusivamente realista, limitando-se à observação daquilo que ocorre de fato, consente apenas descrever os fenômenos jurídicos como efetivamente “são”, e não como normativamente “devam ser”. Em ambos os casos resultam favorecidos modelos unidimensionais de ciência jurídica: no primeiro caso a contemplação acrítica e edificante da imagem legal (mas desafortunadamente irreal), que, com suas normas, um sistema jurídico dá de si mesmo e a sua identificação com o “ser” do direito; no segundo caso, o registro acrítico e resignado dos seus modos de funcionamento reais (mas desafortunadamente ilegais) e a sua troca com o “dever ser” do direito.²⁰

Ferrajoli propõe uma “teoria do direito de impoção garantista” que pretende realizar a crítica do direito positivo vigente de forma externa e política, *de iure condendo*, e também de forma interna, jurídica, *de iure condito*, voltada aos seus delineamentos de não efetividade e de invalidade. O próprio autor denomina sua teoria de “positivismo crítico”. Esta orientação se reflete na forma de conceber o trabalho dos operadores do direito, e põe em questão dois dogmas sagrados do positivismo dogmático, quais sejam: a fidelidade do juiz à lei e a função meramente descritiva e valorativa do jurista na observação do direito positivo vigente. De forma surpreendente, o autor contesta os dogmas do positivismo Kelseniano. Diz Ferrajoli que, em um Estado de direito dotado de Constituição rígida, onde leis vigentes são passíveis de invalidade, não existe, nem mesmo para os juízes, a obrigação de aplicá-las, pois lei em vigor é apenas a lei que está expressa por um texto legislativo não anulado e que pode ser aplicada, ou não aplicada, se o juiz a considerar inválida. Assim é na Itália de Ferrajoli e, também, no caso brasileiro, em que o juiz, no caso concreto, poderá declarar qualquer ato normativo inválido em contraste com a Constituição Federal (art. 102, I, a). Por outro lado, dizer que uma norma tenha sido sempre aplicada não implica dizer que seja válida. É apenas efetiva. O segundo dogma do positivista de Kelsen, refere-se à postura do jurista e à função da ciência jurídica no tocante ao direito positivo. Ao contrário da teoria “pura” do Direito, que não aceita “juízos subjetivos de valor”, Ferrajoli prega como tarefa, não só civil e política, mas primeiramente científica, “do jurista valorar a validade ou invalidade das normas sob a base dos parâmetros de validade, tanto formais quanto substanciais, ditadas pelas normas jurídicas a elas superiores”.²¹

No terceiro significado ao termo garantismo, Ferrajoli designa uma doutrina filosófica e política que permite a crítica e a perda da legitimação desde o exterior das instituições jurídicas positivas, baseadas na rígida separação entre direito e moral, ou entre validade e justiça, ou entre ponto de vista jurídico ou interno e ponto de vista ético-político ou externo ao ordenamento.

Ao contrário das doutrinas idealistas e realistas que vêem o Estado como um fim (ponto de vista unicamente interno do Estado) e que encarnam valores ético-políticos de característica supra-social e supra-individual, a doutrina utilitarista (através de suas várias correntes filosóficas-políticas) entende o Estado como um meio (ponto de vista externo da sociedade e das pessoas que a compõem), legitimado unicamente pelo fim de garantir os direitos fundamentais do cidadão, e politicamente ilegítimo se não o garante, ou pior, se ele mesmo os viola.

O direito, em geral, é concebido como um “artifício” criado pelo homem e para o homem, como seu instrumento. O que para este é *natural* não é, com rigor, o Estado ou o poder, mas as pessoas e as suas necessidades vitais; enquanto o que para este é *artificial* não é a liberdade ou a vida, mas as suas garantias jurídicas e em geral os deveres e poderes instituídos pela norma positiva para tutelá-los ou limitá-los. Direitos “inatos” ou “naturais”, para além da metafísica jusnaturalista onde foram concebidos, significam precisamente direitos “pré-estatais” ou “pré-políticos”, no sentido em que não são fundados por aquela criatura que é o Estado, mas são “fundamentais” ou “fundadores” de sua razão de ser, como parâmetros externos e objetivos de sua organização, delimitação e disciplina funcional.²²

¹⁸FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 698.

¹⁹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 699.

²⁰FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 699.

²¹FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 701.

²²FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 707.

Sob tal ponto de vista, não é a fonte ou a forma das normas, mas os seus conteúdos concretos que justificam ou não, politicamente, a sua produção.

Para o autor acima citado, “ponto de vista externo” ou “de baixo”, quer dizer o ponto de vista das pessoas, de todas as pessoas e de cada uma delas. Assim, o valor é a pessoa. Decorrente do “ponto de vista da pessoa” é a moderna concepção de tolerância, a qual consiste no respeito de todas as possíveis identidades pessoais. Ferrajoli chega a definir a tolerância como “a atribuição a cada pessoa do mesmo valor, enquanto a intolerância é o desvalor associado a uma pessoa qualquer em força de sua particular identidade”.²³ Acrescenta que o primado axiológico da pessoa como valor e o conexo princípio da tolerância formam, a seu ver, “os elementos constitutivos do moderno princípio da igualdade jurídica... o qual inclui as diferenças pessoais e exclui as diferenças sociais”, fazendo, “de qualquer pessoa um indivíduo diverso dos outros e de qualquer indivíduo uma pessoa como todas as outras”.²⁴

Para as pessoas o Estado existe, e a elas cabe o papel fundamental de delineamento do conteúdo substancial do Estado.

O garantismo não é apenas um modelo teórico. É, também, e neste ponto muito útil para a reflexão que se seguirá em item subsequente, um programa de ação para a transformação das práticas dos operadores jurídicos da atualidade e, em especial, do promotor de justiça, no que se refere à promoção da efetivação da democracia, capaz de realizar transformação social no mundo real, quando compreendida como:

fruto de uma constante tensão entre poder político-representativo, que se identifica com o Estado, e poder social-direito, que se identifica com o exercício da liberdade em função de permanente alteridade e oposição.²⁵

A proposta garantista não se apresenta acrítica e não se rende a soluções falaciosas e simplistas. Lembra que não basta a força de um “poder bom” para satisfazer as funções de tutela atribuídas ao direito (falácia política), como também não é a simples presença de um “direito bom” dotado de sistemas avançados e realizáveis de garantias constitucionais, suficiente para conter os poderes e para pôr os direitos fundamentais a salvo de distorções (falácia garantista).

Se a primeira falácia representa um vício ideológico induzido habitualmente pelos sistemas políticos autoritários, baseados na valoração *a priori* do poder político na desvalorização das garantias, a segunda falácia representa uma tentação recorrentemente induzida pela mesma estrutura garantista do Estado de Direito. Acresço que o primeiro vício é mais difuso no meio político, e o segundo, entre os juristas.²⁶

Contra reduções simplistas e falaciosas, ensina Ferrajoli que nenhuma garantia jurídica pode reger-se exclusivamente por normas e que nenhum direito fundamental pode se concretizar se não for apoiado pela luta por sua implementação, por parte de quem é seu titular, e pela solidariedade com esta, das forças políticas e sociais. Em suma, lembra que “um sistema jurídico, porquanto tecnicamente perfeito, não pode por si só garantir nada”.²⁷

É...de lutas individuais e coletivas para a sua defesa e para o seu desenvolvimento, do empenho civil e intelectual contra as carências e distorções dos poderes em todos os níveis do ordenamento-que forma a praxe do garantismo e das iguais garantias *externas*, não menos importantes do que aquelas *internas* ou jurídicas, da efetividade dos direitos fundamentais.²⁸

Dessas reflexões, podemos afirmar que a luta por um direito insatisfeito ou violado é uma luta de resistência e que esta também é o espaço para a reivindicação de novos direitos, já que pudemos registrar, no primeiro capítulo, que na história da afirmação dos direitos fundamentais nunca houve um que não tivesse sido fruto de conflitos e conquistado a custa de lutas, resistências, revoluções, sofrimentos e dor.

Retomando nosso fio condutor, qual seja a defesa do regime democrático, lembramos que a democracia é um regime político que permite o dissenso interno, que oferece instrumentos para o desenvolvimento e a resolução pacífica de conflitos, permitindo, assim, constantes transformações sociais e institucionais. Assim, temos que a democracia prevê espaço para a constante luta pelo direito, ao tempo que os direitos garantem a democracia.

Concluimos, aceitando as palavras de Bobbio, em prefácio a obra de Ferrajoli, que afirma que, paradoxalmente, até o mais perfeito sistema do garantismo não pode encontrar em si mesmo sua própria garantia e exige a intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos na defesa dos direitos que, ainda que se encontrem normativamente declarados, nem sempre estão definitivamente protegidos.²⁹

Considerando a necessidade da intervenção ativa por parte dos indivíduos e dos grupos organizados da sociedade na defesa de direitos, e compreendendo que não pode defender direitos aquele que sequer conhece os direitos que possui, propomos que o Ministério Público, ao ser erigido, pela CF/88, a guardião do regime democrático, que para nós significa, garantia de efetividade de direitos fundamentais, fez dele co-responsável pela educação para o direito e para a democracia de cada cidadão, já que impossível a defesa de direitos das pessoas que sequer conhecem os direitos que possuem.

²³ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 726.

²⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 726.

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 757.

²⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 752.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 753.

²⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 753.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Op. cit., p. 10.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DA PREVALÊNCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA DO NASCITURO.

Iertes Meyre Gondim Pinheiro

Promotora de Justiça/CE

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. Princípios Fundamentais e Humanitários do Direito; 2.1. O Direito à Vida: sob o ponto de vista jurídico-científico; 2.2. Limites ao direito de liberdade: supressão da autonomia da vontade privada; 3. Impedimento de acesso aos direitos da personalidade e a não exigência da forma humana e da viabilidade do nascido; 4. O princípio da hierarquia das normas; 5- Conclusão; 6- Bibliografia, 7-Notas.

SÍNTESE DOGMÁTICA

A reflexão sobre o **Direito Fundamental à Vida do Nascituro** encontra-se atualmente em discussão no Supremo Tribunal Federal – STF, por meio da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental Nº. 54, ajuizada pela Confederação Nacional Dos Trabalhadores na Saúde – CNTS, que em síntese pretende obter autorização para que gestantes possam submeter-se à operação terapêutica de parto(aborto) de fetos com má formação, com maior incidência, os anencefálicos. O assunto de natureza complexa, polêmica, atual e recorrente, nos motivou a um estudo mais aprofundado. Devemos lembrar, não obstante a prerrogativa do livre convencimento do membro do Ministério Público, a necessária fundamentação do pronunciamento ministerial, sob a ótica da interpretação sistemática das normas, examinando-se a prevalência do direito posto à apreciação da atividade jurisdicional, ante a aplicação do princípio da hierarquia das normas, sem descurar-se do exame da matéria em atenção aos fins sociais a que se destina, e às exigências do bem comum, inteligência do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. A busca do conhecimento aprofundado da matéria pelo membro do Ministério Público é imperioso, seja no aspecto científico seja no jurídico, em face do disposto no art. 127 da Carta Magna. A matéria versa sobre **direito indisponível**, o primeiro de todos os direitos, a espinha dorsal donde se ramificam todos os demais direitos assegurados como fundamentais na Constituição da República Federativa do Brasil.

FUNDAMENTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

Muito se tem discutido sobre o direito de se facultar à mulher decidir o que fazer com seu corpo; ou de forma mais clara, se quer ou não abortar; ou se quer ou não interromper uma gravidez indesejada, seja de feto normal ou com má formação; ao ponto de ser acionada a atividade judiciária, para dirimir tais questões. Basta analisar que, no Brasil, embora haja vedação expressa, quer pela Carta Magna de 1988, artigo 5º, *caput*, quer pelo Código Penal, artigos 124 ao 127, quer pela simetria que guarda a legislação pátria com as regras internacionais de prevalência da vida e controle de natalidade¹, o número de abortos provocados cresce assustadoramente, em grande parte, autorizados pelo próprio judiciário, muitas vezes com parecer favorável do Ministério Público. Segundo dados extra-oficiais levantados por pesquisadores do assunto¹, somente na década de 90 foram concedidos mais de 350 (trezentos e cinquenta) alvarás autorizando a prática da chamada *Interrupção Seletiva de Gravidez*, representada pela sigla *ISG*, também chamada de aborto eugênico. A estimativa atual é a de que mais de 2.000 (dois mil) processos estejam tramitando nos tribunais nacionais visando o mesmo objetivo. No Congresso Nacional há vários projetos legislativos

¹ Gollop T. in: O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP 1995 nº 24 pgs.54-59

com o propósito legalista do aborto, sendo o PL nº 20/91, o mais questionado. Consta-se, no cenário nacional, o desencontro de entendimentos, a divergência de julgados, a partir de idênticos fatos e normas, que resultam decisões discrepantes, causam perplexidade, geram insegurança jurídica, descrédito no Judiciário e, o que é pior, com angústia e sofrimento ímpares vivenciados por aqueles que esperam a prestação jurisdicional, posto versar sobre os patrimônios jurídicos humanos mais importantes, "Direito à Vida", e, "Direito a Liberdade", implicando necessariamente estudo mais aprofundado sob pena de gerar lesividade de natureza irreversível. Atualmente o Egrégio Supremo Tribunal Federal, tem sua inteligência desafiada ao examinar a Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 54, instituto jurídico utilizado quando não há cumprimento de algum preceito fundamental. A alegativa feita pela autora da ação foi a de que a proibição de aborto nos casos de bebês anencefálicos labora contra preceitos fundamentais como a dignidade humana, liberdade e autonomia. O tema é de suma importância, porque revigora o debate nacional sobre o aborto, dantes adormecido, e perpassa a fronteira do direito atingindo matizes científicos, filosóficos, religiosos, ou mesmo sociológicos, ensejando divergências interpretativas ao lume de matérias, no caso da citada ação, dissociada da essência funcional daquela Egrégia Corte, de há muito esculpida no artigo 102 da atual Carta Política, com a agravante do reflexo da súmula vinculante. Não é contemporânea, nem territorial, a polêmica sobre a legalização do aborto. Há tempos, movimentos sociais prós e contras, debatem acirradamente os seus argumentos quanto à possibilidade jurídica ou não da interrupção da gestação. Destarte, a decisão judicial da ADPF, embora ainda não sufragada pelo colegiado, e sob a alegativa de que não obriga a mulher gestante, que se encontra nessa situação, a provocar o aborto (apenas transmite-lhe o poder de decisão sobre o futuro de seu filho e da disposição de seu corpo), exige pronunciamento do Ministério Público na medida em que além de versar sobre matéria de interesse público, abre grave precedente a outros mecanismos antijurídicos ligados à morte, como a eutanásia, a própria pena de morte e o extermínio de raças consideradas impuras, além de afrontar o direito positivo brasileiro.

2. PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS E HUMANITÁRIOS DO DIREITO

Fundamentais são todos os direitos tidos como inerentes ao ser humano. Na realidade, os direitos fundamentais são princípios constitucionais fundamentais, pois guardam os valores basilares da Ordem Jurídica e de um Estado Democrático de Direito. Paulo Bonavides² os classifica em quatro gerações (dimensões); Norberto Bobbio³ os atrela à democracia; J. J. Gomes Canotilho⁴, aos direitos da personalidade; e Celso Antônio Bandeira de Melo⁵ os chama de mandamento nuclear de um sistema. Neste caso, o que se tem em pauta é o mais estrutural dos direitos fundamentais: o direito à vida. Alexandre de Moraes⁶, a propósito, afirma que: "*O direito à vida é o mais fundamental de todos os direitos, já que se constitui em pré-requisito à existência e exercício de todos os demais direitos*". Partindo da premissa de que o legislador nada escreve por acaso, inarredável reconhecer a sua segura intenção de inaugurar o rol dos princípios fundamentais listados no art. 5º da CF, com o direito à vida.

E quando começa a vida? A ciência jurídica silencia a respeito, inclusive em sede constitucional, inexistindo definição legal do que seja o marco do início da vida. **EIS UMA QUESTÃO PARA A BIOÉTICA⁷ E PARA O BIODIREITO⁸ vez que tais questões estão relacionadas às ciências da vida.**

² Direito à liberdade, direitos sociais, direitos comuns e solidários e direitos à democracia, informação e ao pluralismo. Conferir Curso de Direito Constitucional, pgs. 516 a 525.

³ Bobbio atesta que sem direitos do homem reconhecidos e protegidos, não há democracia; sem democracia, não existem as condições mínimas para a solução pacífica dos conflitos. In: A Era dos Direitos, 10 ed., Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 34.

⁴ In: Estudos sobre direitos fundamentais. Ed. Coimbra, pg. 34.

⁵ Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Malheiros, 2000, pp. 747.

⁶ Curso de Direito Constitucional, Ed. Atlas, 13ª edição pg. 63.

⁷ Bioética é o estudo interdisciplinar entre biologia, medicina e filosofia (dessa, especialmente as disciplinas da ética, da moral e da metafísica), que investiga todas as condições necessárias para uma administração responsável da vida humana (em geral) e da pessoa (em particular). Considera, portanto, a responsabilidade moral de cientistas em suas pesquisas, bem como de suas aplicações. São temas dessa área, questões delicadas como a fertilização in vitro, o aborto, a clonagem, a eutanásia e os transgênicos.

⁸ ... no âmbito bioético, legitimam um uso responsável da expressão biodireito, para identificara maneira mais igualitária de entender e empregar o jurídico. Se o direito existe para a proteção e promoção da dignidade da pessoa humana, e se todo indivíduo humano é pessoa, conforme as diretrizes bioéticas assinaladas, inadmissível é o uso da expressão biodireito senão para a tutela integral da vida, desde a concepção... Acta Bioethica 2002; Año VIII, Nº 2 Bioética E Biodireito: As Implicações De Um Reencontro.

Para a biologia não há consenso científico, a doutora Anna Giuli⁹, Bióloga molecular defende que: *Um novo indivíduo biológico humano, original em relação a todos os exemplares de sua espécie, inicia seu ciclo vital no momento da penetração do espermatozóide no ovócito. A fusão dos gametas masculino e feminino (chamada também «singamia») marca o primeiro «passo geracional», isto é, a transição entre os gametas – que podem considerar-se «uma ponte» entre as gerações – e o organismo humano não-formado. A fusão dos gametas representam um evento «crítico» de «descontinuidade» porque marca a constituição de uma nova individualidade biológica, qualitativamente diferente dos gametas que a geraram.*

O Cientista Jérôme Lejeune, professor da Universidade René Descartes, em Paris, que dedicou toda a sua vida ao estudo da genética fundamental, descobridor da Síndrome de Darwn (popularmente conhecida por mongolismo), nos diz: *“Não quero repetir o óbvio, mas, na verdade, a vida começa na fecundação. Quando os 23 cromossomos masculinos se encontram com os 23 cromossomos da mulher, todos os dados genéticos que definem o NOVO ser humano estão presentes. A fecundação é o marco do início da vida. Daí pra frente, qualquer método artificial para destruí-la é um assassinato”.*

A análise da questão é bastante complexa na medida em que as opiniões são pautadas em aspectos éticos, jurídicos, morais, religiosos, e até interesses financeiros¹⁰ estão envolvidos.

2.1. Direito à vida: sob o ponto de vista jurídico-científico

Do ponto de vista jurídico, o direito à vida está inserido como princípio fundamental na CF/88 logo no *caput* do artigo 5º, que preconiza, *in verbis*: “*Todos são iguais perante a lei, (...) garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:*” (grifamos). Também na mesma carta, define o artigo 227, *in verbis*: “*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*”. (grifamos). A garantia constitucional incidente sobre a vida humana é reflexo de um Estado que prima pela ampla liberdade e igualdade de direitos, em contrapartida aos que primam por outros valores sociais menos caros, historicamente atrelados às sociedades descompromissadas com os direitos humanos. Paulo Bonavides¹¹ afirma que os direitos fundamentais, mormente os de primeira geração, têm por titular o indivíduo, sendo oponíveis ao Estado numa política de liberalismo e de não intervenção, traduzindo-se como faculdades ou atributos da pessoa: “*são direitos de resistência ou de oposição perante o Estado*”.

As correntes jus-naturalistas já definiam certas categorias de direitos como sendo inerentes à própria existência humana. A vida é consagradamente um direito inato ao homem, um direito natural e universal, independentemente de credo, convicção política ou filosófica. Ives Gandra Martins¹², ao tratar do tema, leciona: “*O direito à vida é o primeiro dos direitos naturais que o direito positivo pode simplesmente reconhecer, mas que não tem a condição de criar*”.

E quando aborda o dever do Estado em privilegiar a vida, sobretudo a dos mais indefesos, continua o jurista: “*O direito à vida, talvez mais do que qualquer outro impõe o reconhecimento do Estado para que seja protegido e, principalmente o direito à vida do insuficiente. Como os pais protegem a vida de seus filhos logo após o nascimento, pois estes não teriam condições de viver sem tal proteção, dada sua fraqueza, e assim agem por imperativo natural, o Estado deve proteger o direito à vida do mais fraco, a partir da ‘teoria do suprimento’.* Por esta razão, o aborto e a eutanásia são violações ao direito natural à vida, principalmente porque exercidas contra insuficientes”. (grifos)

Ora, ao se decidir pela autorização do aborto, ainda que em casos de má formação, como a Anencefalia por exemplo, afronta-se, além de um direito natural, um princípio fundamental, vez que, se traduz na intervenção do Estado na esfera jurídica do indivíduo pela limitação do direito à vida, quando o próprio Estado edita normas de proteção à vida. Sob nenhum aspecto, como iremos verificar, é justificável tal impropério jurídico. Nas palavras do Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes¹³, *Os bebês anencéfalos, embora não tenham cérebro, ou boa parte dele, têm o tronco cerebral funcionando.* Explicando cientificamente a anencefalia ele afirma que:

⁹ Giuli Anna, Bióloga molecular, Professora de Bioética na Faculdade de Medicina da Universidade Católica do Sagrado Coração (Roma), publicou um livro com o título «Início da vida humana individual. Bases biológicas e implicações bioéticas.

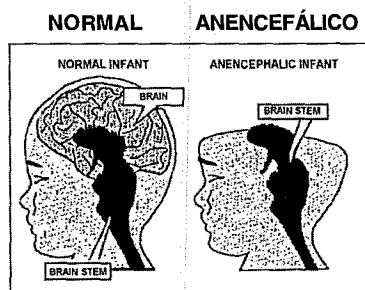
¹⁰ Aquino, Professor Felipe, Livro Aborto?... Nunca!...

¹¹ Idem, ibidem.

¹² O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 127 - 144. Pg. 128 à 134.

¹³ Livre docente em cirurgia torácica pela UFERJ, em aula magna ministrada por ocasião do II Seminário de Bioética Regional Sul 1.

- O nome mais apropriado é Meroanencefalia (meros - parte)
- É uma afecção congênita em que há ausência de
- parte do encéfalo, ossos do crânio e couro cabeludo.

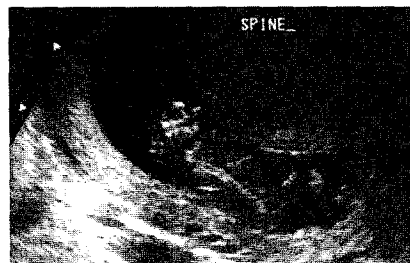


1- Os hemisférios cerebrais são ausentes ou extremamente rudimentares.

2- A área cerebrovasculosa contém vasos e massas irregulares de tecido cerebral.

3- O tronco encefálico e o diencéfalo podem estar presentes em proporções variáveis.

4- O cerebelo pode ser normal ou mal-formado: Quanto maior a ausência óssea menos tecido nervoso é achado na base do crânio.



ULTRASONOGRAFIA NA ANENCEFALIA

Defeito dos tubos neurais – Patogênese

- A Anencefalia corresponde a um defeito de fechamento da porção anterior do tubo neural e a espinha bífida na porção posterior, ocorridos aproximadamente nos 25º e 27º dias, respectivamente.

Descortinando-se a carga semântica depositada na expressão “direito à vida” se inferem duas situações: 1º - o direito de permanecer vivo, que já pressupõe a existência do indivíduo e; 2º - o direito de nascer vivo, que antecede ao surgimento do indivíduo no mundo exterior. Se analisada sob o ponto de vista da primeira situação, abre-se perigoso espaço para o debate da “pena de morte”; pelo prisma da segunda situação, trata-se inegavelmente do aborto. Essas duas vertentes são, precisamente, fortalecedoras do argumento utilizado pelos defensores da tese abortista. É que a teoria adotada é a de que o “direito à vida”, preconizado na legislação, refere-se somente ao indivíduo que já se tornou pessoa, inclusive com atributos da personalidade, e aí sim, consubstanciaria crime qualquer atentado contra si. No caso do nascituro, como não teria se tornado pessoa, não constituiria ato ilícito a sua abortagem. Ledo engano! O nascituro é pessoa! E ainda que não seja assim considerado por alguns, bastaria estar vivo dentro do útero, pois o crime é contra a vida do ser, não contra a denominação biológica que se queira dar ao feto. Trata-se de um ser humano, e assim o é, porque descende da espécie humana. Não se pode dar tratamento “coisificado” ao feto, considerando-o como um ser inanimado (salvo se já estiver morto) ou como um animal de outra espécie (porque biologicamente impossível). Continua o Dr. Rodolfo Acatauassú Nunes em suas explicações:

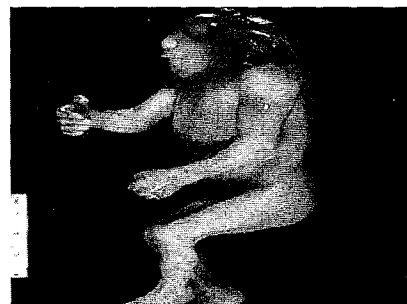
Características do Nascido Vivo:

- Apresenta movimentos e reflexos
- Chora
- Respira espontaneamente
- Tem batimentos cardíacos e pulso arterial
- Não pode ser feita necropsia ou ser sepultado



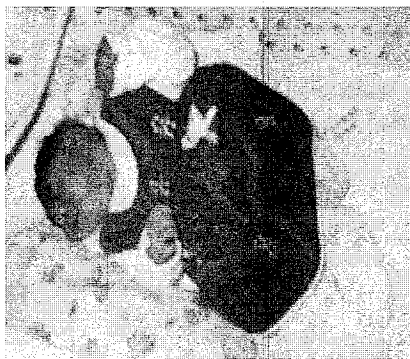
Características do Natimorto:

- Não tem movimentos espontâneos ou reflexos
- Não tem movimentos respiratórios
- Não tem batimentos cardíacos ou pulso arterial
- Pode ser feita a necrópsia e/ou sepultado



A tese que, via de regra, fundamenta decisões favoráveis à interrupção de gravidez em casos de má formação do feto, trilha a mesma corrente adotada pelo eminente julgador Ministro Marco Aurélio, quando concedeu liminar nos autos da ADPF 54, na qual o Ministro não aceita que o feto anencefálico seja possuidor de vida. Disse o Ministro, *verbis*: “(...) **a gestante convive diuturnamente com a triste realidade e a lembrança ininterrupta do feto, dentro de si, que nunca poderá se tornar um ser vivo. Se assim é - e ninguém ousa contestar (...)**” – grifamos.

Os fatos não só ousam, mas, efetivamente contestam!



MARCELA: O FATO QUE FAZ CALAR O ARGUMENTO¹⁴. Tanto os argumentos de natureza jurídica como os científicos caem por terra. No dia 20 de novembro de 2006, nasceu na cidade de Patrocínio Paulista(SP), Marcela de Jesus Ferreira, uma menina anencéfala, filha de Cacilda Galante Ferreira (36 anos) e Dionísio Justino Ferreira (46 anos). Aos quatro meses de gestação, a Sra. Cacilda soube que seu bebê era anencéfalo e recebeu a sugestão de “interromper a gravidez” ou “antecipar o parto”. **A gestante rejeitou totalmente a idéia do aborto, e, a criança que segundo o Ministro “...nunca poderia se tornar um ser vivo...”**, contrariando os prognósticos, científico-jurídicos, completou 09(nove) meses de idade no dia 20 de agosto de 2007. Assim, em nosso sentir, esse discurso teratológico de que o ser intra-uterino não tem vida, ou se a tem, não pode ser considerado como

pessoa (e neste caso, não haveria crime de morte se fosse praticado o aborto), é mais aberrante do que o próprio ato.

Por outro lado, do ponto de vista científico, o que parece estar em jogo é a incerteza do que seja “vida”, ou do que seja “vida viável”. Neste aspecto é inarredável esclarecer que a vida não pode ser confundida com condições necessárias, ou viabilidade de existência. É, outrossim, o resultado indissociável da geração biológica do ser, independentemente do seu desenvolvimento ou da forma que assumirá.

Obtém-se a vida com a fertilização do óvulo e a formação do zigoto¹⁵ e não quando o embrião se torna feto. Este momento crucial marca não só o início da vida, mas também assegura os direitos, ou, ao menos, as expectativas de direito do nascituro. Engana-se quem desconsidera este momento inicial como marco científico de relevância para o direito, pois é justamente neste limiar que confluem a vida e o direito, resultando na chamada vida intra-uterina. William A. Liley¹⁶, considerado o pai da medicina fetal, descreve a importância que tem o ser em formação: “*O novo indivíduo comanda o seu ambiente e o seu destino com tenacidade de propósito, implanta-se na parede esponjosa do útero e numa demonstração de vigor fisiológico interrompe a menstruação da mãe. Tal é, pois, o feto que nós conhecemos e que nós próprios fomos um dia. É o feto de que cuidamos na obstetrícia moderna, que vem a ser o mesmo bebê do qual cuidamos antes e depois do nascimento, o qual pode ficar doente antes e depois de nascer, exigindo diagnóstico e tratamento como qualquer outro paciente.*”

Esta importância que a ciência dá ao feto é a prova clara de que o homem já se convenceu que a vida criada é totalmente distinta da criadora, embora interligadas. Aliás, em frase secular, Jérôme Lejeune¹⁷, descobridor da Síndrome de Down, proferiu o seguinte raciocínio: “*Aceitar o fato de que, depois da fertilização, um novo ser humano começou a existir não é uma questão de gosto ou de opinião. A natureza humana do ser humano, desde a sua concepção até sua velhice não é uma disputa metafísica. É uma simples evidência experimental.*”

Neste sentido, por reconhecer o nascituro como possuidor de vida independente, é que a moderna medicina fetal trata o ser intra-uterino como paciente, chegando a submetê-lo, quando necessário, a tratamento médico, inclusive cirúrgico. **Assim, qualquer manipulação do nascituro no útero materno, com o fim de levá-lo à expulsão forçada é, sem dúvida, um eufemismo para a “pena de morte”.**

O argumento que pretende justificar o direito de interromper a gravidez quando uma mulher apresenta ou supõe apresentar uma má-formação de um filho que vai nascer, é o mesmo que poderia garantir a outra gestante que não pôde ou não teve oportunidade de realizar exames pré-natais, o direito de ser contemplada mais adiante com uma legislação que permitisse praticar impunemente o infanticídio ou a eutanásia neo-natal.

Outra justificativa utilizada na decisão interlocutória na ADPF 54, que conflita com o direito moderno, ainda remonta aos idos tempos do direito medieval. Diz a temerária decisão: “*(...) diante de uma deformação irreversível do feto, há de se lançar mão dos avanços médicos tecnológicos, postos à disposição da humanidade não para simples inserção, no dia a dia, de sentimentos mórbidos, mas, justamente, para fazê-los cessar.*” Mas qual é o

¹⁴ www.providaanolis.org.br

¹⁵ Alexandre de Moraes. *Idem, ibidem*

¹⁶ News Exchange of “The World Federation of Doctors who respect the Human Life”. Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Darnival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

¹⁷ News Exchange of “The World Federation of Doctors who respect the Human Life”. Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Darnival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

prejuízo que pode causar ao direito um ser deformado? Nenhum! É carecedor dos mesmos benefícios jurídicos dos seres normais! O direito brasileiro não discerne seres perfeitos e imperfeitos! Recorra-se agora à lição de Washington de Barros Monteiro¹⁸: “*Perante o nosso Código, qualquer criatura que provenha da mulher é ente humano, sejam quais forem as anomalias e deformidades que apresente, como o monstrum vel prodigium do direito romano.*” O avanço da medicina tem por objetivo salvar vidas e não ceifá-las, eis que de acordo com a ética médica não se pode negar nenhum tipo de assistência à alguém que vai morrer.

Merece registro que nos casos ora tratados não há risco de morte para a gestante.

2.2. Limites ao direito de liberdade: supressão da autonomia da vontade privada

No viés da questão está um direito não menos fundamental: o da liberdade, também garantido constitucionalmente. A decisão monocrática do Ministro Relator Marco Aurélio de Mello na ADPF 54 traz, em seu bojo, sua preocupação quanto ao exercício deste direito, bem como o da autonomia da vontade privada, *in verbis*: “*Consoante o sustentado, impor à mulher o dever de carregar por nove meses um feto que sabe, com plenitude de certeza, não sobreviverá, causa à gestante (...) cerceio à liberdade e autonomia da vontade*”

Não se discute ser a liberdade um sagrado direito, consagrado que está em nossa Carta Política. Também é plenamente reconhecível a autonomia da vontade privada de um indivíduo, porque, aliás, intrinsecamente ligados; se há direito de liberdade, há o de autonomia da vontade. **O que se pergunta é: pode a mulher, alegando tais direitos, dispor de seu corpo como bem lhe aprouver, nem que isto signifique por fim a vida de um ser intra-uterino? Pode o tribunal constitucional interpretar distinções na dimensão de princípios fundamentais desta magnitude?**

Ora, como dantes demonstrado, cientificamente, a gestação de uma vida faz dela totalmente individualizada da outra, embora dependentes biologicamente entre si. Ao gerar o filho, a mulher perde completamente o domínio desta parte de seu corpo, que cresce involuntariamente, dependendo, é claro, dos inevitáveis suprimentos que aquela fornecerá. Noutros termos, o feto gerado não é mais considerado como mera víscera da mulher, como propagava Ulpiano¹⁹. Física e biologicamente falando, a mulher tem a função de criar um ambiente interno para o desenvolvimento do novo ser que se avizinha e disso cuida a natureza com toda sua “tecnologia de ponta”, que não conta com uma interrupção abrupta para atender egos e vontades psíquicas manifestadas, quando mais acobertadas pelo manto da justiça.

O corpo humano não é um contrato e o aborto não pode ser objeto de negócio jurídico para que se albergue a pretensa argumentação da autonomia da vontade privada. A liberdade deve ser tangível sob certos limites, de tal modo que as pessoas possam dela desfrutar com a livre consciência de que não poderão invadir a esfera jurídica de terceiros, sob pena de afrontar princípios básicos inseridos no próprio propósito de liberdade. Aliás, Montesquieu²⁰, fazendo alusão à liberdade nas democracias, certa vez disse: “*É verdade que nas democracias o povo parece fazer o que quer; mas a liberdade política não consiste nisso (...) A liberdade é o direito de fazer tudo o que as leis permitem; se um cidadão pudesse fazer tudo que elas proíbem, não teria mais liberdade, porque os outros também teriam tal poder*”.

E no Brasil não há, via de regra, permissão para o aborto. Desta forma, não faz sentido invocar o princípio fundamental da liberdade, em defesa da mãe e em favor do ato, pois a nova camada de direitos gerada com a vida que se inicia está tutelada juridicamente (ao passo que o outro não) e desautoriza qualquer eventual direito de liberdade da mãe sobre o seu corpo, por não ser mais seu em plenitude.

Algumas correntes argumentam que uma criança com três meses de concebida não é pessoa, pois sua vida depende inteiramente da mãe. Apesar de já ter todos os seus órgãos formados desde o segundo mês (inclusive com impressões digitais), apesar de seu cérebro já estar produzindo ondas desde as 6 semanas (um mês e meio), apesar de seu coração funcionar desde 21 dias (menos de um mês de vida), para os defensores de tal tese a criança de três meses de vida intra-uterina não é pessoa. O argumento dessa tese é simples ou simplista: “*se esta criança for retirada do útero materno, morrerá inevitavelmente; logo, ela não é pessoa*”.²¹

É verdade que a criança por nascer depende da mãe para sobreviver. Mas tal dependência é puramente **extrínseca**. Desde a fusão do óvulo com o espermatozóide, forma-se um novo indivíduo que comanda o seu próprio crescimento e desenvolvimento. Seu código genético é distinto da mãe. Seus aparelhos e sistemas são totalmente outros. Não é o organismo da mãe que vai construindo a criança. É a criança que constrói a si mesma, usando do alimento e do oxigênio fornecidos pela mãe. É o bebê, e não a mãe, que produz o famoso hormônio HCG, habitualmente usado nos testes de gravidez. É o bebê quem, por conta própria, suprime o período menstrual da mãe e constrói para si uma placenta e um envoltório protetor com líquido amniótico. E finalmente é o bebê quem determina o dia em que vai nascer, pois está fora de dúvida, segundo Dr. William A. Lilley²² (o “pai da fetologia”) que o início do parto

¹⁸ Op. Cit. Pg. 60

¹⁹ In: fr.1, § 1 D. 25. 4: “*Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*”.

²⁰ Idem, pg. 135.

²¹ News Exchange of “The World Federation of Doctors who respect the Human Life”. Vol.8, nº12. Set./Out. 1982, *apud* Dernival da Silva Brandão. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 15 - 58. pg. 25.

²² In: fr.1, § 1 D. 25. 4: “*Partus enim antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum*”

é uma decisão unilateral do nascituro a criança não depende da mãe intrinsecamente, como o braço depende do restante do organismo. Sua dependência, puramente extrínseca, reduz-se ao lugar para hospedar-se, à alimentação e à respiração. Mas tal dependência permanece depois do nascimento. Pois, se depois de nascer, a mãe não a nutre com seu leite nem a acolhe em sua casa, a criança morrerá inevitavelmente. Para ser coerente os adeptos da tese deveriam dizer que o recém-nascido também não é pessoa, e, portanto não tem personalidade, uma vez que continuará a depender totalmente da mãe.

A liberdade concedida à gestante será sempre prévia ao ato da concepção, ou seja, decidir ou não pela gravidez, pois o momento posterior é reservado a outro direito fundamental: o da vida, e, este último, como visto, é idêntico para mãe e filho. Os constitucionalistas costumam discutir sobre a relação de aplicabilidade de direitos fundamentais quando há uma aparente colisão entre si. Abre-se aqui um parêntese (pequeno, para não se tornar enfadonha a discussão, mas suficiente para clarear nossa posição), para abordarmos a verticalidade e a horizontalidade, mediatidade e imediatidade de tais direitos perante os indivíduos sociais.

Este mesmo reconhecimento científico da dissociabilidade dos seres, genitor e gerido, é que forçou o Direito a reconhecer que o nascituro, embora não se tenha constituído de personalidade possa ser ao menos merecedor de proteção jurídica, registrando-se entretanto a existência de correntes que defendem o direito a personalidade civil desde a concepção.

3. IMPEDIMENTO DE ACESSO AOS DIREITOS DA PERSONALIDADE E A NÃO EXIGÊNCIA DA FORMA HUMANA E DA VIABILIDADE DO NASCIDO

Inevitável a abordagem aos Direitos da Personalidade, dantes tocados, *en passant*, e que fazem referência direta ao ser humano que nasce com vida, o que já constitui, *de per se*, outro grave cerceamento de direito conseqüente de decisões do Poder Judiciário favoráveis à pretensão de natureza abortista. Pode até surgir a pergunta: *mas por que tratar dos direitos da personalidade, quando o direito em pauta é o da vida, uma vez que, sem esta, tudo mais perde o sentido?* A resposta é que a conjuntura é propícia, pois o intuito é provar o efeito em cadeia que decisões de natureza abortistas, à semelhança de liminares concedidas, provocarão em breve, deflagrada a ordem de “aborto vinculante”²³. Mas, para que se tenha uma mínima idéia de quão devastadora a alteração provocada na cadeia de direitos com o ato decisório, peguemos o exemplo citado por Carlos Roberto Gonçalves²⁴ que se encaixa perfeitamente ao caso do aborto anencefálico: “Se, por exemplo, o genitor, recém-casado pelo regime da separação de bens, veio a falecer, estando vivos os seus pais. Se o infante chegou a respirar, recebeu, *ex vi legis*, nos poucos segundos de vida, todo o patrimônio deixado pelo falecido pai, a título de herança, e a transmitiu, em seguida, por sua morte, à sua herdeira, que era sua genitora. Se no entanto, nasceu morto, não adquiriu personalidade jurídica e, portanto, não chegou a receber, nem transmitir a herança deixada por seu pai, ficando esta com os avós paternos.” Grifamos.

O impedimento de nascer que o Estado opôs ao nascituro, exterminando qualquer possibilidade de adquirir sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, os direitos aos quais se referem, é mais uma ininteligência inquietante. O Estado não pode ser opositor da convivência humana nem predador do bem-estar social. Ao Estado cumpre, sobretudo, a defesa dos interesses sociais, transindividuais, coletivos, difusos e individuais homogêneos, além de seus interesses em manter a pacificação social. Se há garantias pétreas de direitos como à vida, à personalidade, por que desrespeitá-las? Por que o Estado se lança em busca de uma involução jurídica, quando séculos foram trespassados em busca da evolução, do progresso? Os direitos de personalidade são inatos ao ser humano, têm relação direta com a existência humana e somente a ela se referem. O que pretende o Estado tornando inacessíveis tais direitos a certas pessoas?

Diz o Novo Código Civil brasileiro, *verbis*: “Art. 2º A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro”. grifos

Caio Mário da Silva Pereira²⁵ esclarece que o início da personalidade jurídica do indivíduo, para o atual direito brasileiro, tem um momento certo, um marco zero que é quando a criança é separada biologicamente do ventre materno, desfazendo a unidade biológica, constituindo, mãe e filho, dois corpos, com vida orgânica própria. Carlos Roberto Gonçalves, completando o raciocínio, lembra que é indiferente que o cordão umbilical tenha sido rompido, contrariando o entendimento de *Washington de Barros Monteiro e Pacchioni*²⁶. É assim o momento do nascimento com vida coincidente ao do início da personalidade, não sendo coincidentes quando se tratar de expulsão provocada por meios abortivos, pelo que não se tem mais a figura do nascituro, e, sim, a do natimorto, do qual não cuida o direito.²⁷

²³ In: De l'Esprit des Loix, 1748, livro primeiro, capítulos I e III. Tradução Martins Fontes, 1996.

²⁴ Idem, pg. 135.

²⁵ Revista jurídica Jus Navigandi a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>

²⁷ Resolução 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina (Publicada no D.O.U. 13.09.04, seção I, p. 140). Autorização ética do uso de órgãos e/ou tecidos de anencéfalos para transplante, mediante autorização prévia dos pais. **RESOLVE: Art. 1º Uma vez autorizado formalmente pelos pais, o médico poderá realizar o transplante de órgãos e/ou tecidos do anencéfalo, após o seu nascimento.**

A imposição do nascimento com vida reflete uma obviedade: a de que só aos vivos interessa a tutela jurídica do Estado. A vida aqui será comprovada pela respiração do bebê, medida de qualquer forma, hoje mais modernamente, através de aparelhos ou da experiência clínica dos médicos, pois nem sempre foi assim²⁸. O choro da criança normal, que antigamente era o resultado natural do nascimento com vida, não será ouvido com o ser anencefálico. Questão importante para o caso em estudo é a observância de que, para o direito nacional, não interessa quanto tempo sobreviveu a criança, pois basta a primeira respiração para que se componha o surgimento do ser e da personalidade jurídica. Novamente recorreremos às lições de Carlos Roberto Gonçalves²⁹: *“Muitas vezes torna-se de suma importância saber se o feto, que morreu durante o parto, respirou e viveu, ainda que por alguns segundos (...) Essa constatação se faz, tradicionalmente, pelo exame clínico denominado docimasia de Galeno³⁰. Baseia-se essa prova no princípio de que o feto tendo respirado, inflou de ar os pulmões. Extraídos do corpo do que morreu durante o parto e imersos em água, eles sobrenadam. Os pulmões que não respiram, ao contrário, estando vazios e com as paredes alveolares encostadas, afundam. A medicina tem hoje recursos modernos e eficazes, inclusive pelo exame de outros órgãos do corpo, para apurar se houve ou não ar circulando no corpo do nascituro.”*

Desta forma, fadada ao insucesso qualquer argumentação de que não adiantaria permitir o nascimento de anencefálico pois não duraria mais do que algumas horas. Lembremos o que disse o ministro: *“a má-formação por defeito do fechamento do tubo neural durante a gestação, não apresentando o feto os hemisférios cerebrais e o córtex, leva-o ou à morte intra-uterina, alcançando 65% dos casos, ou à sobrevivência de, no máximo, algumas horas após o parto”*.

De fundamental importância lembrar até mesmo para efeitos de direitos sucessórios, que mesmo acompanhando a temerária tese acima, inarredável reconhecer que mesmo minutos de vida são suficientes para conceber ao nascituro anencefálico, por exemplo, os direitos à personalidade civil, que origina outros direitos que se incorporam ao seu patrimônio jurídico.

Mais um exemplo que pode ser citado é a ação ajuizada pelo defensor público da **Vara da Infância e Juventude de São Bernardo do Campo no final de junho do ano passado**, que após agravar de instrumento decisão judicial monocrática, conseguiu reformá-la, garantindo ao feto o direito de figurar no pólo ativo, para assegurar atendimento pré-natal e pós-parto adequado às grávidas e parturientes, tudo com fundamento nos arts. 7º, 8º e 9º, da **Lei Nº 80969/90 – Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA)**, que aduz que **em razão do Estatuto da Criança e do Adolescente o feto é, sim, sujeito de direitos, em razão do princípio da proteção integral que inspira o citado diploma legal**. Diz trecho do acórdão relatado pelo desembargador José Cardinale, em que também participaram os desembargadores Canguçu de Almeida (presidente) e Sidnei Beneti: *“Eleito o nascituro para integrar o pólo ativo da ação, não poderia o juiz determinar a emenda da inicial por entender impossível a figuração do feto como autor em qualquer espécie de demanda. Isso porque, segundo a jurisprudência, pode o feto, devidamente representado, desde o momento da concepção, ainda que desprovido de personalidade jurídica, pleitear judicialmente seus direitos”*

A sábia decisão repercute inclusive para os casos de investigação de paternidade de uma criança, uma vez que a decisão pode fortalecer o exercício dos direitos do nascituro, que em muitos casos necessitam de cuidados especiais durante a gestação, inclusive nos casos de gestantes de anencefalos que se submetendo a tratamento prévio de ácido fólico evitaria ou minimizaria o risco de gestar feto com a citada má formação. No entanto sabe-se que muitos são os pais que se esquivam da responsabilidade de cuidar dos filhos nascido vivos, quanto mais os intra-uterinos.

Embora o referido artigo da Lei Suprema refira-se apenas à criança, o “caput” do artigo 5º garante o direito à vida, e o art. 4º do Pacto de São José, Tratado Internacional sobre direitos fundamentais do qual o Brasil é signatário, declara que a vida começa na concepção.

O Código Civil preconiza o termo: *“Toda pessoa”* para aludir quem são sujeitos de direitos e obrigações, sem, entretanto, fazer qualquer exigência quanto à forma que possuem. O nascido vivo é “pessoa natural” suplantada que está a antiga terminologia discriminatória de “pessoa física” que causava a falsa impressão de que a pessoa nascida tinha que apresentar a forma física de um ser humano e também por desprezar as qualidades morais e espirituais do homem³¹. Assim, não importa o fato de que o nascituro seja fisicamente deformado. As garantias jurídicas da personalidade lhe serão atribuídas normalmente.

²⁸Lei de Transplantes (Lei 9434/1997) impõe sanções para a remoção de órgãos e tecidos em desacordo com essa lei. Vejamos a gravidade da pena imposta para o caso: Art. 14. Remover tecidos, órgãos ou partes do corpo de pessoa ou cadáver, em desacordo com as disposições desta Lei: [...] § 4.º Se o crime é praticado em pessoa viva e resulta morte: Pena - reclusão, de oito a vinte anos, e multa de 200 a 360 dias-multa.

²⁹Interessante expressão utilizada pelo Pe. Luiz Carlos Lodi da Cruz, presidente do movimento *Pró-vida de Anápolis*, em seu vociferante artigo, sob o mesmo título, publicado na Revista jurídica Jus Navigandi a. 8, n. 372, 14 jul. 2004. Disponível em: <http://www.jus.com.br>

³⁰In: Instituições de Direito Civil, vol. 1, pg. 79

³¹In: Curso de Direito Civil, vol. 1, pg. 79.

4. PRINCÍPIO DA HIERARQUIA DAS NORMAS

À guisa do que comentamos no item 2.2, a liberdade é direito fundamental, assim como a vida, mas que no cenário jurídico montado, não se afrontam. A questão é saber se existe qualquer relação de subordinação entre os direitos aqui elencados: vida, liberdade e autonomia de vontade, assim como hierarquia entre as normas que traçam tais direitos. Inicialmente constata-se no rol dos princípios elencados a partir do art. 5º da Carta Magna, como princípio inaugural, o direito à vida, seguido dos demais.

A Convenção de Viena de 1969, sobre os Direitos dos Tratados, em seu art. 60 prescreve que é proibido invocar o direito interno, para se descumprir um Tratado aderido, e, muito menos a própria Constituição pode contrariar a normativa de um Documento de Direito Público Internacional, pois a violação de um Tratado pode acarretar sua suspensão, ou extinção.

Celso Antônio Bandeira de Mello³², em lição lapidar, aduz que: *“Princípio é, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, dispositivo fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. (...) Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”*.

O princípio da hierarquia das normas compõe a estrutura do ordenamento jurídico. As leis ordinárias, por sua inferioridade em relação à legislação humanitária internacional aderida, quando da existência de manifesta contraposição, automaticamente de maneira tácita e/ou com declaração expressa resulta inconstitucional.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu, na hipótese de conflito entre lei (ordinária) e Tratado, este prevalece. Descumprir um documento de Direitos Humanos, seja ele bilateral ou multilateral, configura flagrante atentado à *lex fundamentalis*, à soberania nacional e à ordem jurídica internacional, por ser o tratado, na expressão de Clóvis Beviláqua, *um acordo de maior importância*.

No dia 06.11.1992, foi promulgado o Dec 678, por meio do qual o Brasil passou a ser signatário da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (conhecida como Pacto de São José da Costa Rica), que estabelece *in verbis*: *“Artigo 4º - Direito à vida: 1. Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”* – grifos.

Fere de morte o ordenamento jurídico superior, a **Resolução 1.752/04 do Conselho Federal de Medicina**³³, que **autoriza eticamente os médicos a usarem órgãos e/ou tecidos de anencéfalos, para transplante**, independentemente da condição dos recém-nascidos nascerem e permanecerem vivos ou não, condicionando o “assassinato” tão somente ao “prévio consentimento dos pais”, não obstante a incerteza do período de sobrevivência do nascido vivo. Aos pais a informação repassada é a tese que fundamenta a referida Resolução em seu mérito, ou seja, que não existe qualquer possibilidade do nascituro sobreviver; o que é uma inverdade. Negar o direito fundamental à vida ao ser vivo, mesmo que nasça com má formação, mas que apresenta sinais vitais, respira, chora, se alimenta, com perspectiva de sobrevivência por período incerto, como de toda forma incerta é a sobrevivência dos considerados “normais”, é trilhar a mentalidade nazista, abrindo um grave e escancarado precedente para o eugenismo.

Ademais, há de se atentar para o fato de que a Lei de Transplantes³⁴ (Lei 9434/1997) prevê como criminosa a conduta de quem remove órgãos e tecidos de pessoa viva, o que de forma aberrativa é “eticamente” autorizado pelo Conselho Federal de Medicina. Nas palavras do Dr. Dornival da Silva Brandão (CRM 52 00471.1), **essa resolução afirmando que “os anencéfalos são natimortos cerebrais, é uma “excrecência”**. Grifos.

À guisa de conhecimento, trazemos a colação que pelo menos 50 (cinquenta) médicos, a maioria professores universitários especializados no assunto, no ano 2006, encaminharam ao Conselho Federal de Medicina, um documento intitulado: **Pedido de Reconsideração da Resolução CFM nº 1.752/04**, contendo 49 laudas, para salvaguardar que o médico venha, por imprudência, a cometer o erro de considerar morto um paciente que está vivo, pedido este indeferido pelo colegiado, pelo que se verificou de sua resposta ao pelo Ministério Público Federal por provocação do Ministério Público do Estado do Ceará.

³² Orlando Gomes observa que: “São de grande importância as regras atinentes à determinação do começo da personalidade, especialmente para fins de sucessão ‘moris causa’ e de qualificação da nacionalidade. (...) Não basta o nascimento é preciso que o concebido nasça vivo, O natimorto não adquire personalidade.” Op. Cit. Pg. 144.

³³ Roberto de Ruggiero, lecionava sobre o tema, expondo: “Não há presunções legais de vida, nem vigoram já hoje os antigos critérios dos Romanos que, exigindo o vagido ou tornando como suficiente qualquer outra manifestação exterior da vida, fundavam esta sobre indícios: na dúvida, o requisito comprova-se com os meios da ciência médico-legal e a prova da vida, havendo tais dúvidas, deve ser feita por quem tenha interesse.” Op. Cit. Pg. 440.

³⁴ Idem, ibidem.

5. CONCLUSÃO

O trabalho ora apresentado teve por base estudos de vários especialistas - em genética, medicina, bioética, psicologia, sexualidade humana e ciências jurídicas - com mentalidades e prismas científicos diversos - de diferentes orientações e ideologias - após o que se chegou a compreender a necessidade do estudo amplo e sistemático, inclusive de forma verdadeiramente científica, em face da relevância da matéria, para que a verdade real viesse a ser entendida por todos aqueles que diante dela se debrucem com plena isenção, responsabilidade e compromisso ministerial. Não se pode olvidar que cada membro do Ministério Público invocando o princípio do livre convencimento possa emitir pronunciamento, que inarredavelmente, além do conhecimento técnico, traz em sua bagagem uma carga indissociável de sua formação humana, cultural, princípios e profissão de fé. Todavia, não menos certo é que ao assumirem tão sublime e desafiante *múnus*, o membro do Ministério Público quer pelo juramento firmado perante o Conselho Superior do Ministério Público, quer por dever constitucional, há de laborar sempre na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis em observância ao disposto no art 127 da Carta Magna, pautados não só nos fundamentos normativos já mencionados, mas também em atenção ao mandamento ou fim social à que se destina a norma, inteligência do art. 5º. da Lei de Introdução ao Código Civil. A necessidade inafastável, da busca do conhecimento da matéria seja de natureza jurídica e/ou científica é premissa indispensável, os conceitos ampliativos, como os insertos no art. 3º. da Política Nacional do Meio Ambiente que abrange a vida em todas as suas formas. Afirmamos nosso posicionamento em simpatia à teoria concepcionista da qual fizeram parte Augusto Teixeira de Freitas e Clóvis Beviláqua e que encontra em Silmara Chinelato e Francisco Amaral a seguinte lição: *“Não há meia personalidade ou personalidade parcial...”* e, *“Pode-se ser mais ou menos capaz, mas, não se pode ser mais ou menos pessoa”*. Transcrevemos a guisa de conclusão o entendimento do Dr. Dernival Silva Brandão, médico ginecologista, a quem recorremos por diversas vezes no feitiço deste trabalho para fundamentar nossa tese e, com o qual, mais uma vez concordamos: *“Não se pode desconhecer a situação angustiante de uma gestante portadora de uma intercorrência grave, e a de um médico que tenha em suas mãos um problema de tal magnitude. Não se pode ser insensível e indiferente diante deste tipo de sofrimento, mas a morte direta de um ser humano como meio para este fim não é lícito; não se justifica matar deliberadamente um ser humano inocente, mesmo que a finalidade seja boa”*. Assim, sem mais acrescer, fica a lição: Os fins não justificam os meios. Sem a pretensão de esgotar o debate sobre o relevante tema, entendemos que ninguém, jamais pode negar o desejo de que todas as crianças nasçam saudáveis e perfeitas. Ninguém pode também menosprezar a aflição e as dificuldades dos pais de crianças malformadas. No entanto, isso por mais pungente que seja não autoriza ninguém, em especial, ao Ministério Público, a quem compete dentre muitas atribuições, a tutela dos hiposuficientes. É dado esse poder, isto é, o poder de determinar até quando alguém vai viver. **O ser humano não pode ser julgado, na avaliação de sua existência, pela plenitude de vida e independência sócio-econômica, nem muito menos pelo fulgor de uma inteligência privilegiada ou pela formosura de seus traços físicos, porque ele não foi proposto para torneios e disputas, mas para realizar o destino da criatura humana, merecendo pois respeito em especial face ao princípio da dignidade da pessoa humana.** Estando o direito à vida associado aos fundamentos de um Estado Democrático de Direito, não se pode erigir contra ele qualquer ação, porque contrariaria a logicidade do sistema normativo, não podendo o Ministério Público curvar-se diante de teses que estigmatizam as opiniões dos especialistas que defendem a vida desde a sua concepção, como sendo simplesmente de conotação humanista e cientificista, rotulada de postura *laica*, como se as posturas dos cientistas que defendem a vida dos embriões e dos fetos estivessem baseadas mais em princípios de caráter religioso do que em razões científicas, impostação esta que agride intelectualmente os especialistas que são acusados de abraçarem determinadas opiniões mais em razão da sua crença do que dos postulados da ciência. O poder atribuído ao membro do Ministério Público é na verdade poder-dever limitado à observância do ordenamento jurídico hierárquico, pois também estão os seus membros submetidos a ordem jurídica em vigor.

BIBLIOGRAFIA:

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo, 12ª edição, Ed. Malheiros, 2000;
BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, parte especial, vol. 2, . Ed. Saraiva, 2003;
BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos, 10ª edição, Ed. Campus, 1992;
BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional, 14ª edição, Ed. Malheiros, 2004;
CANOTILHO, José Joaquim Gomes, Estudos sobre direitos fundamentais, 5ª edição, Ed. Coimbra, 2001;
ESPÍNOLA, Eduardo. Tratado de Direito Civil Brasileiro, vol. 10, Ed. Freitas Bastos, 1941;
FIÚZA, César. Direito Civil curso completo, 6ª edição, Ed. Del Rey, 2003;
FIÚZA, Ricardo. Novo Código Civil Comentado, 1ª edição, 2ª tiragem, Ed. Saraiva, 2002;
GOLLOP, Thomaz Rafael. O descompasso entre o avanço da ciência e a lei. Revista USP nº 24, 1995;
GOMES, Orlando. Introdução ao Direito Civil, 18ª edição, Ed. Forense, 2001;

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro, vol. I, Ed. Saraiva, 2003;
 HOUAISS, Antônio. Enciclopédia e Dicionário ilustrado. Ed. Delta, 2000;
 JOSERRAND, Louis. Direito Civil, Tomo I, vol. I, Ed. Bosch, 1950;
 LILEY, William A. O Aborto. Ed. Paulinas, 1980.
 MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. Revista jurídica Jus Navigandi, a. 8, nº 378, 2004. Disponível em: . Acesso em: 20 jul. 2004.
 MARTINS, Ives Gandra. O Direito constitucional comparado e a inviolabilidade da vida humana. Artigo publicado em colaboração in: A vida dos Direitos Humanos: Bioética Médica e Jurídica. Ed. Fabris, 1999;
 MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 13ª edição, Ed. Atlas, 2003;
 PAGE, Henri de. Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, Bruxelas, 1948;
 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de Direito Civil, Vol I, Saraiva, 2003.
 RODRIGUES, Silvio. Direito Civil, parte geral, 34ª edição, Ed. Saraiva, 2003;
 RUGGIERO, Roberto de. Instituições de Direito Civil, vol. 1, 1ª edição, Ed. Bookseller, 1999;
 SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 15.ª edição Ed. Malheiros, 1998;
 TAVARES, André Ramos. Curso de Direito Constitucional. Ed. Saraiva, 2002;
 VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil, vol. 1, 4ª edição. Ed. Atlas, 2004.
www.providaanapolis.org.br
www.juristas.com.br
 Revista Consultor Jurídico, 8 de janeiro de 2007

³⁵Docimasia hidrostática de Galeno. Do grego, dokimasia, francês docimasia, experiência, prova. Medida pericial, de caráter médico-legal, destinada a verificar se uma criança nasceu viva ou morta, vale dizer, se chegou a respirar A docimasia apresenta imensa utilidade para o direito, na determinação do momento da morte, pois a demonstração de que a pessoa tenha vindo à luz já morta ou que tenha nascido viva acarreta consequências jurídicas. Se um homem vem a falecer, deixando sua mulher grávida, e a criança vem à luz morta, o patrimônio do *de cujus* transmitir-se-á aos herdeiros deste, que poderão ser seus genitores; mas se a criança vier à luz viva, morrendo no momento subsequente ao do nascimento, o patrimônio do pai passará aos herdeiros da criança, no caso, sua mãe. obs.dji: Perícias Sobre Cadáveres. Medicina Legal - Corpo de Delito - Identificação Médico-Legal - Documentos Médicos-Legais - Morte Jurídica - Exame do corpo de delito e perícias em geral.

³⁶(Dr. & Mrs. J.C. Wilke. *Handbook on Abortion*. Cincinnati (OH), Hayes Publishing Co., 1975, pp. 24-25).

³⁷(Dr. & Mrs. J.C. Wilke. *Handbook on Abortion*. Cincinnati (OH), Hayes Publishing Co., 1975, pp. 24-25).

³⁸A. William Liley, MD, *A Case Against Abortion*, Liberal Studies, Whitcombe & Tomb Ltd, 1971). Op.Cit. Pg. 60.

³⁹Maria Helena Diniz, Sílvio de Salvo Venosa, Washington de Barros Monteiro, Carlos Roberto Gonçalves, dentre outros.

⁴⁰“A nomenclatura ‘pessoa natural’ revela-se, assim, a mais adequada, como reconhece a doutrina em geral, por designar o ser humano tal como ele é, com todos os predicados que integram a sua individualidade”. Maria Helena Diniz in: Curso de Direito Civil Brasileiro, vol. 1, pg. 137.

⁴¹In: Droit Civil, tomo I, vol. 1, pg.172.

⁴²In: Traité Élémentaire de Droit Civil Belge, 10ª edição, Tomo I, pg. 294, nota 236.

O MINISTÉRIO PÚBLICO NO BANCO DOS RÉUS ABORDAGEM CRÍTICA DO ART. 342 DO CÓDIGO ELEITORAL

Eduardo Diniz Neto

Promotor de Justiça/PR

RESUMO: Este trabalho respeita à análise do Art. 342 do Código Eleitoral, sob o *nomen iuris* “não apresentação de denúncia ou não execução de sentença penal condenatória no prazo legal”, norma penal incriminadora eivada de vícios formais atentatórios ao regular e seguro desempenho das funções eleitorais pelos órgãos do Ministério Público, em razão do que se concluirá, ao final, pela imprescindibilidade, ao menos, de alteração legislativa tendente a dar nova redação ao dispositivo.

JUSTIFICATIVA

Diversos delitos funcionais capitulados no Código Eleitoral (Lei n.º 4.737, de 15-7-1965), notadamente com o advento da Constituição Federal de 1988 - a par de nitidamente afrontarem princípios fundamentais de direito penal hauridos do consenso societário vaticinado, de forma explícita ou implícita, na Carta Magna, a começar pelo caráter fragmentário¹ e a feição subsidiária² do Direito Penal vertidos do *princípio da intervenção mínima*³, limitador, por sua vez, do *princípio da legalidade ou da reserva legal*, a dar ensejo, virtualmente, ao controle difuso ou mesmo concentrado da constitucionalidade desses dispositivos legais -, podem representar perigoso instrumento nas mãos dos *inimigos de plantão* dos órgãos responsáveis por prevenir, coibir e punir as condutas atentatórias aos bens jurídicos cuja tutela penal verdadeiramente se faz necessária nesse campo de ação.

¹ Segundo MUÑOZ CONDE (Introducción al Derecho Penal. Barcelona: Bosch, 1975, p. 72), da contextualização da feição tripartite do caráter fragmentário do Direito Penal, tem-se que o Direito Penal não deve sancionar todas as condutas lesivas dos bens jurídicos, mas tão-somente aquelas condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens mais relevantes: em primeiro lugar, defendendo o bem jurídico somente contra ataques de especial gravidade, exigindo determinadas intenções e tendências, excluindo a punibilidade da prática imprudente de alguns casos; em segundo lugar, tipificando somente parte das condutas que outros ramos do Direito consideram antijurídicas; e, finalmente, deixando, em princípio, sem punir ações meramente imorais, como, v.g., a mentira.

² “Se outras formas de sanção ou outros meios de controle social revelarem-se suficientes para a tutela desse bem, a sua criminalização é inadequada e não recomendável. Se para o restabelecimento da ordem jurídica violada forem suficientes medidas civis ou administrativas, são estas que devem ser empregadas e não as penais. Por isso, o Direito Penal deve ser a ultima ratio, isto é, deve atuar somente quando os demais ramos do Direito revelarem-se incapazes de dar a tutela devida a bens relevantes na vida do indivíduo e da própria sociedade” (BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal - Parte Geral. 8.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, v. 1, p. 11). “Na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica” (MAURACH, Reinhart. Tratado de Derecho Penal. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Ed. Ariel, 1962, t. 1, p. 31). O Direito Penal assume, destarte, uma feição subsidiária e sua intervenção só se justifica quando fracassam os demais meios e formas protetoras do bem jurídico previstas em outros ramos do Direito. A razão desse princípio, por fim - afirma Roxin - “radica em que o castigo penal coloca em perigo a existência social do afetado, se o situa à margem da sociedade e, com isso, produz também um dano social” (ROXIN, Claus et alii. Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal. Barcelona: Ariel Derecho, 1989, p. 23).

³ A propósito, preleciona LUIZ LUISI (Os princípios constitucionais penais. 2. ed. rev. e aum. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 39-40) que, nas legislações constitucionais e penais contemporâneas, o princípio em causa, em geral, não se encontra explicitado, porém é um princípio imanente que por seus vínculos com outros postulados explícitos e com os fundamentos do Estado de Direito se impõem ao legislador, e mesmo ao hermeneuta. É o que se distingue, na Constituição Federal brasileira - tal qual, v.g., no artigo 13 da Constituição italiana; e no artigo 1.º da Carta Magna alemã -, a partir da conjugação do artigo 5.º, caput, com o artigo 1.º, inciso III, ao estabelecer, o primeiro dispositivo, que são invioláveis os direitos à liberdade, à vida, à igualdade, à segurança e à propriedade, e, o segundo, que alça como fundamento do nosso Estado democrático de direito a dignidade da pessoa humana. “Decorrem, sem dúvidas, desses princípios constitucionais, como enfatizado pela doutrina italiana e alemã, que a restrição ou privação desses direitos invioláveis somente se legitima se estritamente necessária a sanção penal para a tutela de bens fundamentais do homem, e mesmo de bens instrumentais indispensáveis a sua realização social” (LUISI, Luiz. La Función de Garantía del Derecho Penal Moderno: Anuario de Filosofía del Derecho. Madrid: s.e., 1973, p. 215).

Dentre essas normas penais incriminadoras sobressai-se, como se poderá concluir ao final, particularmente quanto à atuação dos membros do Ministério Público no exercício das funções eleitorais, o artigo 342 do Código Eleitoral, ou seja, a *não apresentação de denúncia ou não execução de sentença penal condenatória no prazo legal, verbis*:

Art. 342. Não apresentar o órgão do Ministério Público, no prazo legal, denúncia ou deixar de promover a execução de sentença condenatória:

Pena - detenção até dois meses⁴ ou pagamento de 60 a 90 dias-multa.

Antes de adentrarmos a análise pontual das perigosas deficiências formais que podem levar à banalização da utilização desta figura típica, em detrimento do bom e ponderado desempenho das atribuições pelos agentes ministeriais, convém, para uma melhor compreensão do tema, traçarmos as características gerais do delito.

Trata-se de delito inserido entre os crimes concernentes à organização e funcionamento dos serviços eleitorais no CE, em que *sujeito ativo* é o representante do Ministério Público com atribuições eleitorais (arts. 72 e ss. da LC n.º 75, de 20.5.1993; e 32, inc. III, da Lei n.º 8.625/1993), que direta e pessoalmente tem o dever de agir e, no entanto, dolosamente se omite (delito de mão própria). É crime funcional a partir do conceito de servidor público para efeitos penais extraído da conjugação do art. 283 do CE com o art. 327 do Código Penal. Mais especificamente, portanto, a definição do art. 283 do CE: "Para os efeitos penais são considerados membros e funcionários da Justiça Eleitoral: I - os magistrados que, mesmo não exercendo funções eleitorais, estejam presidindo Juntas Apuradoras ou se encontrem no exercício de outra função por designação de Tribunal Eleitoral; II - Os cidadãos que temporariamente integram órgãos da Justiça Eleitoral; III - Os cidadãos que hajam sido nomeados para as mesas receptoras ou Juntas Apuradoras; IV - Os funcionários requisitados pela Justiça Eleitoral. § 1º Considera-se funcionário público, para os efeitos penais, além dos indicados no presente artigo, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública. § 2º Equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal ou em sociedade de economia mista". Assim, o conceito é largo e abrangente, alcançando qualquer representante dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, bem como do Ministério Público, e não apenas aqueles pertencentes à Justiça Eleitoral, inclusive, *a priori*, os servidores de empresas públicas, autarquias, sociedades de economia mista e outras entidades paraestatais (STOCCO, Rui; STOCCO, Leandro de Oliveira. *Legislação Eleitoral Interpretada*. Doutrina e Jurisprudência. São Paulo: RT, 2006, p. 363). *Sujeito passivo* do delito é o Estado.

As condutas típicas omissivas, na esfera da tipicidade objetiva, circunscritas às funções do representante do Ministério Público como titular da ação penal pública incondicionada na seara eleitoral (art. 355, CE)⁵, consistem em *não apresentar* (deixar de oferecer), no prazo legal, a denúncia ou *deixar de promover* a execução de sentença condenatória no âmbito da Justiça Eleitoral. Sem justificativa plausível ou, ainda, por óbvio, não sendo caso de arquivamento ou dilação investigatória imprescindível, o agente ministerial que deixa de oferecer denúncia, incorre no delito, ainda que seja oferecida queixa subsidiária, nos termos do art. 5.º, LIX, da CF; de igual sorte, se deixa de promover a execução da sentença condenatória. O prazo para o oferecimento de denúncia é de 10 (dez) dias (art. 357, CE), contados desde o formal recebimento da comunicação do delito (seja por auto de prisão em flagrante delito, inquérito policial, documentos, depoimentos, etc.); será de 5 (cinco) dias, tratando-se de indiciado preso (art. 46, CPP, c/c. o art. 364, CE). O prazo para a execução da sentença condenatória será de 5 (cinco) dias, contados da data da vista ao Ministério Público (art. 363, CE). Como regra geral e complementar, a reiterar a incriminação da conduta em apreço, os parágrafos 3.º ao 5.º do art. 357 e o parágrafo único do art. 363, ambos do CE, acentuam que o descumprimento daqueles deveres funcionais pelo *Parquet* constitui o delito do art. 342.

Ressalte-se que a conduta é direta e pessoalmente assumida pelo órgão do Ministério Público pretensamente desidioso, em razão do que não há como se admitir o concurso de agentes em qualquer de suas modalidades (co-autoria e participação).

O delito consuma-se com a mera omissão, no momento em que o agente abstém-se de agir, vale dizer, não oferece, sendo o caso, a denúncia, ou não promove a execução de sentença condenatória, não se exigindo a produção de qualquer resultado (delito de mera conduta ou atividade). A tentativa é inadmissível, pois se trata de delito unissubsistente, cujo processo executivo cinge-se tão-só ao ato omissivo. Consigne-se a propósito que o delito classifica-se, ainda, como uniofensivo, de mão própria, omissivo, doloso e de mera atividade.

Inserindo-se no contexto de infração de menor potencial ofensivo, cabível, desde que reunidos os demais requisitos objetivos e subjetivos, a transação penal (art. 61, Lei n.º 9.099/1995), assim como a suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei n.º 9.099/1995).

⁴ Detenção de quinze dias (art. 284, CE) a dois meses.

⁵ Sem embargo de o Art. 355 estabelecer que as infrações penais definidas no Código Eleitoral são tão-só de ação pública, o v. Acórdão-TSE n.º 21.295, de 14.8.2003, sentenciou: "Cabimento de ação penal privada subsidiária no âmbito da Justiça Eleitoral, por tratar-se de garantia constitucional, prevista no art. 5º, LIX, CF. Inadmissibilidade da ação penal pública condicionada à representação do ofendido, em virtude do interesse público que envolve a matéria eleitoral".

A competência para processo e julgamento do delito é da Justiça Eleitoral (art. 121, CF, c/c. o art. 35, II, CE). Sendo autor o membro do MP estadual, originariamente competente será o Tribunal Regional Eleitoral respectivo (art. 96, III, CF; e art. 29, I, d, CE, extensivamente); se o procurador-geral eleitoral (Procurador-Geral da República), competente será o STF (art. 102, I, b, CF); se o procurador regional eleitoral, competente originário será o STJ (art. 105, I, a, CF).

Pois bem. Impende, desde logo, consignar que as condutas comissivas exigidas do órgão do Ministério Público pelo conteúdo normativo imperativo do Art. 342 do CP, quais sejam, oferecer a denúncia e executar a sentença condenatória tempestivamente, por óbvio, não vinculam sua atuação nos prazos ali assinalados quando justificável a impossibilidade de seu atendimento (o que poderia, em tese, até caracterizar uma discriminante ou dirimente), ou quando se convencer da incorrência dos requisitos legais ensejadores das medidas, pois goza de independência funcional a torná-lo inviolável e impenetrável em suas convicções⁶. Além disso, “para fiscalizar a atuação de seus integrantes, sob o aspecto disciplinar e funcional, há legislação específica, como as Leis Orgânicas do Ministério Público Federal e do Ministério Público nos Estados, tarefa essa entregue à Corregedoria Geral. Ademais, no exercício de sua atividade e atuando perante a Justiça Comum, o Ministério Público jamais necessitou de legislação coativa, com ameaça de lhe impingir a mesma pena reservada aos marginais para exercer o seu *munus*”⁷. Acresce-se ao rol de órgãos legitimados à fiscalização disciplinar e funcional, mais recentemente, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP e a Ouvidoria Geral.

A par da possibilidade, como visto, de se invocar a inconstitucionalidade do Art. 342 do CE - por afrontar, em tese, além dos princípios fundamentais de direito penal já referidos, também, segundo alguns, o específico *princípio institucional da independência funcional* do Ministério Público, assegurado no Art. 127 da CF -, tendo em conta, porém, que o dispositivo legal continua em pleno vigor, alguns aspectos nevrálgicos no tocante a sua estrutura típica, notadamente subjetiva, podem ser destacados, a ponto de merecer, senão sua revogação, ao menos nova redação *de lege ferenda*.

Já num primeiro momento, porque a conduta típica, a despeito de inserida dentre os delitos concernentes à organização e funcionamento dos serviços eleitorais no CE, sequer diz respeito às atribuições do Ministério Público relativas ao micro-processo eleitoral (fases da votação e apuração) ou ao macro-processo eleitoral (consistente, além daquelas, das fases do alistamento, registro de candidatos, propaganda eleitoral e diplomação dos eleitos), podendo alcançar todo o período de designação eleitoral do membro do *Parquet*, o que contraria a própria *mens legis* quanto aos crimes dessa natureza, sabidamente tendente à tutela da lisura e do regular desenvolvimento do processo eleitoral, em particular no que toca à tempestiva atuação de seus órgãos protagonistas e auxiliares, cujos atos devem se compatibilizar com o apertado e dinâmico calendário das eleições, sob pena de total ineficácia da intervenção jurisdicional. Daí porque a prioridade atribuída ao serviço eleitoral, preferindo a qualquer outro (art. 365 do CE; e art. 94 da Lei n.º 9.504/1997), dentro do qual evidentemente não se insere a omissão típica do órgão do Ministério Público segundo o Art. 342.

Em sendo assim, evidentemente que dispensável a capitulação, até porque, se presente o especial fim de satisfazer interesse ou sentimento pessoal, incorrerá o autor no delito de prevaricação (Art. 319, CP), onde este outro elemento subjetivo do injusto é expreso.

Contudo, no caso vertente (Art. 342, CE), o legislador contempla somente o dolo no âmbito da tipicidade subjetiva do delito, não exigindo qualquer outro elemento subjetivo do injusto, seja como expressa intenção, seja como tendência, postura compactuada pela esmagadora maioria dos doutrinadores⁸.

Percebe-se, portanto, que a inexistência da especial finalidade na conduta do agente ministerial pode consubstanciar não só perigosa discricionariedade dos magistrados quanto à relevância penal do fato - pois comporta e se condiciona à larga margem de arbítrio do intérprete judicial, que leva o julgador a desmudar-se em legislador, de modo a atentar, sobretudo, também contra a feição garantística do princípio da legalidade e seu consectário da taxatividade -, mas também, desencadear potencial perseguição daqueles tradicionais “inimigos do Ministério Público”, que, a qualquer tempo, verificando o descumprimento dos prazos ali assinalados, podem, no mínimo, dar causa à instauração de investigação policial ou investigação administrativa contra aquele, tudo a interferir indevidamente no bom desempenho profissional do Promotor de Justiça, carecedor da paz e da tranquilidade para a consecução de seu mister, uma vez que vive diuturnamente sob muitas outras formas de pressão psicológica, lembrando ainda que, pertinentemente aos outros feitos eleitorais, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, esses terão prioridade também para a participação do

⁶ Nesse sentido, Fávila Ribeiro (Direito Eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 644) e Suzana de Camargo Gomes (Crimes Eleitorais. São Paulo: RT, 2000, p. 273).

⁷ STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. Legislação Eleitoral Interpretada. Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: RT, 2006, p. 698.

⁸ Nesse sentido, Fávila Ribeiro (Direito Eleitoral. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 645); Suzana de Camargo Gomes (Crimes Eleitorais. São Paulo: RT, 2000, p. 273); e Joel José Cândido (Direito Eleitoral Brasileiro. 4. ed. Baur: Edipro, 1994, p. 261). O único autor consultado que entende visar a conduta à satisfação de algum interesse pessoal ou de terceiro é Rui Stocco (STOCO, Rui; STOCO, Leandro de Oliveira. Legislação Eleitoral Interpretada. Doutrina e Jurisprudência, São Paulo: RT, 2006, p. 699-700).

Ministério Público junto a todas as instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança, sendo defeso ao agente ministerial deixar de cumprir qualquer prazo da Lei em razão do exercício das funções regulares cumuladas à eleitoral, sob pena de incorrer em crime de responsabilidade, além de estar sujeitos a medidas de natureza correicional.⁹

CONCLUSÃO

Conclui-se que para dar sobrevida ao Art. 342 do Código Eleitoral, de modo a transformá-lo em crime análogo ao de prevaricação no âmbito eleitoral e afastar, por conseguinte, qualquer questionamento quanto a sua constitucionalidade, e principalmente para dar a almejada segurança jurídica também para o regular e bom desempenho das atribuições ministeriais, afigura-se premente a já tardia alteração legislativa tendente a inserir expressamente como elemento subjetivo do injusto o especial fim de visar à satisfação de algum interesse ou sentimento pessoal do membro do Ministério Público desidioso ou interesse de terceiro, notadamente que venha a beneficiar ou prejudicar determinado candidato, partido político ou coligação.

⁹ O art. 94 da Lei n.º 9.504/1997 (Lei das Eleições) – que revogou, neste particular, o art. 1.º da Lei n.º 4.410/1964 –, estabelece que, no período entre o registro das candidaturas até cinco dias após a realização do segundo turno das eleições, os feitos eleitorais terão prioridade para a participação do Ministério Público e dos Juízes de todas as Justiças e instâncias, ressalvados os processos de *habeas corpus* e mandado de segurança (caput), sendo defeso a essas autoridades deixar de cumprir qualquer prazo da Lei em razão do exercício das funções regulares cumuladas à eleitoral (§ 1.º), sob pena de incorrerem em crime de responsabilidade, além de estarem sujeitos a medidas de natureza correicional (§ 2.º). Traz o parágrafo 2.º, portanto, modalidade de crime de responsabilidade dos órgãos jurisdicionais e do Ministério Público eleitorais pelo descumprimento injustificado dos prazos da Lei das Eleições (e não do CE), que é, por seu turno, aquele delito funcional capitulado no art. 2.º da Lei n.º 1.079/1950 (Lei do Impeachment), cuja exclusiva pena é a perda do cargo, com inabilitação, até cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, obedecendo-se ao rito procedimental da Lei n.º 8.038/1990, sem prejuízo do processo e julgamento do acusado por crime comum.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA GESTÃO DEMOCRÁTICA DA SEGURANÇA PÚBLICA.

Ythalo Frota Loureiro

Promotor de Justiça/CE

Síntese Dogmática:

O papel do Ministério Público na gestão democrática da segurança pública é participar da formulação, fixação e alterações das políticas públicas de segurança pública, até fiscalizá-las, analisando os serviços policiais, mediante reuniões públicas, contatos junto ao Executivo e pela utilização do inquérito civil e da ação civil pública; e defender a promoção da inserção da sociedade na gestão da segurança pública, sugerindo a criação de métodos de policiamento comunitário e de conselhos comunitários de defesa social; enfim, dando aplicação ao artigo 144, *caput*, da Constituição Federal, o qual prescreve que a segurança pública é dever do Estado e direito e responsabilidade de todos.

Fundamentação:

1. Introdução

O Ministério Público é a instituição essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. A Constituição Federal remete o Ministério Público a exercer uma função bastante ampla. O art. 129, da Constituição Federal, que prevê as funções institucionais, não esgota as atribuições do Ministério Público. O inciso IX, do art. 129, determina que o Ministério Público deva exercer outras funções que lhe forem conferidas, desde que compatíveis com sua finalidade. A defesa dos interesses sociais não se enquadra em fórmulas específicas, mas é expressa por toda e qualquer atividade que vise à aplicação das normas e princípios jurídicos que lhe são inerentes. Por exemplo, a defesa da segurança pública pelo Ministério Público não pode ser realizada somente através de normas jurídicas específicas, impossibilitando a efetiva promoção do direito difuso através de iniciativas *pró-ativas*.

Na aplicação de normas e princípios constitucionais inerentes ao Ministério Público, se devem procurar, com astúcia e sensibilidade, soluções para as graves deficiências no sistema de segurança pública junto ao Poder Público e à Sociedade. Cabe ao Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Isto lhe confere uma legitimidade singular no que diz respeito à promoção da segurança pública, eis que, caso haja deficiência na atividade policial, que consiste no ciclo de policiamento e investigação, fatalmente, a ação penal ficará prejudicada. Sendo assim, é natural que os membros do Ministério Público exijam um bom trabalho policial. Na medida em que a Constituição Federal conferiu ao Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial e o poder de promover o inquérito civil público e ação civil pública, bem como o poder de expedir notificações, de requisitar informações e diligências investigatórias nos procedimentos administrativos de sua competência (art. 129, da Constituição Federal), pode-se afirmar que os membros do Ministério Público também podem promover iniciativas *pró-ativas* visando demover o Poder Público de sua inércia em promover um sistema de segurança pública eficaz e de demover a Sociedade de sua natural passividade diante do horror da criminalidade. Acionar o Estado para que crie políticas públicas de segurança pública ou cumpra as políticas públicas prometidas durante as campanhas eleitorais sempre é atividade louvável do Ministério Público, mas possui uma duvidosa eficácia, dado que dificilmente o Estado se sensibiliza com estes pleitos, ainda mais quando as limitações do orçamento público normalmente se opõem contra as pretensões requeridas ao Ministério Público. Sendo assim, procurar desenvolver laços de relacionamento entre a comunidade e a polícia parece-nos fundamental.

Muitas vezes as deficiências na área de segurança pública não estão ligadas à insuficiência de investimentos. Os estudos mais balizados sobre a qualidade do policiamento realizados nos Estados Unidos da América por David

H. Bayley e Jerome H. Skolnick concluíram, entre outras, que: 1. aumentar o número de policiais não reduz necessariamente o índice de criminalidade nem eleva a proporção de crimes solucionados; 2. o serviço de patrulha motorizada aleatória não reduz o crime nem melhora a possibilidade de prender suspeitos; 3. os tipos de crimes que mais aterrorizam os norte-americanos – o assalto à mão armada, o roubo, o furto de domicílio, o estupro, o homicídio – raramente são enfrentados pelo pessoal em patrulha; 4. a melhoria no tempo de atendimento aos chamados de emergência não tem qualquer efeito sobre a possibilidade de prender criminosos ou mesmo sobre a satisfação dos cidadãos envolvidos (2001: 18-19). O que pode ajudar no combate à criminalidade? O apoio e o envolvimento da comunidade, ou seja, a efetiva criação de mecanismos de diálogo entre Sociedade e Polícia. Significa dizer que a promoção da segurança pública não passa somente pelo Estado. A participação da Sociedade nesta questão é fundamental. A Constituição Federal, no seu artigo 144, estabelece que a segurança pública seja dever do Estado e direito e responsabilidade de todos. A polícia, seja federal ou estadual, e as guardas municipais, por si só, não são suficientes para diminuir os índices de criminalidade. As políticas de segurança pública vão muito além do que simplesmente investir na polícia. Fazer o controle externo da atividade policial e exigir mais recursos para as polícias são atividades salutaras do Ministério Público. Contudo não se pode deixar de estimular a comunidade a se envolver com a segurança pública, procurando estabelecer mecanismos de efetiva participação.

Mas o que justifica o Ministério Público procurar estabelecer mecanismos de participação popular para tornar a gestão da segurança pública democrática? Porque a polícia precisa do apoio da comunidade? Quais são as técnicas ou mecanismos que o Ministério Público pode sugerir para tornar a gestão da segurança democrática?

2. A legitimidade do Ministério Público na defesa da segurança pública

Segundo os ensinamentos de Glauco Barreira Magalhães Filho, podemos destacar os seguintes princípios de hermenêutica constitucional: a) o princípio da unidade da Constituição, no qual *“a interpretação constitucional deve garantir uma visão unitária e coerente do Estatuto Supremo e de toda ordem jurídica”* (2002: 79). A Constituição é um sistema unitário e harmônico de princípios e regras, devendo ser harmonizadas as antinômias existentes. A Constituição democrática é um documento que, por vezes, resulta inúmeras esquizofrenias ideológicas e corporativas. Não obstante, para possuir efetividade, precisa de uma unidade axiológica, elegendo o poder constituinte princípios fundamentais, sem os quais o sistema constitucional não adquire eficácia e legitimidade; b) o princípio do efeito integrador, no qual *“a interpretação constitucional, portanto, deverá ser aquela que mais contribuir para a integração social”* (2002: 80). O princípio do efeito integrador impõe que o intérprete dê precedência aos pontos de vista que levem as soluções integradoras; c) o princípio da máxima efetividade, pelo qual *“deve-se preferir a interpretação da norma que lhe conferia maior eficácia (realização prática e acatamento social)”* (2002: 80). O princípio da máxima efetividade significa que o intérprete deve atribuir às normas constitucionais o sentido que lhes dê maior eficácia; d) o princípio da força normativa da Constituição, pelo qual deve ser considerada a *“vivência dos valores por parte da comunidade, de modo que os preceitos constitucionais obriguem as consciências e tenha sua normatividade reconhecida”* (2002: 80). O princípio da força normativa da Constituição impõe ao intérprete que considere as soluções que possibilitem a atualização do texto constitucional à realidade social vigente, garantindo a sua eficácia e legitimidade; e) o princípio da repartição funcional, pelo qual se ressalta que o intérprete deve considerar ao fato de a Constituição organizar estruturalmente o Estado, *“regulando e distribuindo funções”* (2002: 80). O princípio da repartição funcional impõe ao intérprete que considere as funções que exercem os diversos órgãos que compõe o Estado, pois funcionalmente organizado, deve significar uma unidade lógica e integrada. A legitimidade do Ministério Público na defesa da segurança pública pode ser explicada segundo a interpretação da Constituição. Conforme os princípios da unidade, do efeito integrador, da máxima efetividade e da repartição funcional, as atividades de investigação criminal e de criação de mecanismos de relacionamento entre polícias e Sociedade não são exclusivas das polícias. A atividade de investigação criminal destina-se ao Ministério Público e a defesa do direito à segurança pública, legitima o Ministério Público a exigir um policiamento ostensivo com o mínimo de qualidade. Da mesma forma, a defesa da Democracia e da Sociedade permite que o Ministério Público sugira a criação de mecanismos de interação entre polícia e comunidade, visando à gestão democrática da segurança pública.

Diaulas Costa Ribeiro afirma que o Ministério Público representa uma quarta dimensão do Estado no processo de individualização da pena. Disse que há *“a função legislativa, ao votar e aprovar o projeto de lei (lei em sentido formal) com o tipo e os limites da escala penal; a função executiva, ao sancionar e promulgar essa mesma lei; a persecutória – o Ministério Público – ao promover a ação penal, com base nessa lei, delimitando os fatos e, como consequência de um processo de individualização, o máximo da pena a ser aplicada; e, por fim, a função judicial, ao assegurar o direito individual, aprovando na íntegra ou ponto vetos parciais ou integrais à denúncia do Ministério Público”* (2003: 331). Neste sentido, a atividade do Ministério Público depende das funções legislativas, executiva e judicial. Não é possível que o Ministério Público desenvolva suas atividades sem a participação dos demais poderes da República e da Sociedade. Como explicou Valter Foletto Santin, *“o Ministério Público pode participar ampla e irrestritamente da política de segurança pública, desde a sua formulação, fixação e alterações até a fiscalização, acompanhamento da execução e exigência de sua aplicação pelos organismos estatais, administrativa ou judicialmente. A participação do órgão de acusação pode ser por meio de audiências públicas,*

contatos e gestões administrativas junto ao Executivo ou pela utilização do inquérito civil e da ação civil pública" (2004: 265/266). Enfim, o Ministério Público deve promover medidas administrativas e judiciais para exigir a melhoria dos serviços policiais.

A atividade policial de investigação é tão importante que a *Assembléia Constituinte* conferiu ao Ministério Público a atribuição de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar (art. 129, inciso VII, da Constituição). Segundo a Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e a Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, cabe ao Ministério Público examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos; requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial e de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; e representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder. A polícia é uma instância administrativa que visa subsidiar o Ministério Público na sua atividade de promover, privativamente, a ação penal pública. Em última análise, a investigação criminal está a serviço do Ministério Público, inclusive porque o arquivamento do inquérito policial não pode ser promovido pela autoridade policial (art. 17, do Código de Processo Penal). Segundo Diaulas Costa Ribeiro, *"O triângulo não representa a relação processual pena integrada pelo Ministério Público. No processo penal público, uma reta com o Ministério Público de um lado e o juiz de outro pode ser uma melhor ilustração da relação processual penal: a sociedade de um lado, o indivíduo de outro. O Ministério Público protegendo a primeira, o juiz o segundo e ambos protegendo todos, tornando real o Estado Democrático de Direito"* (2003: 455). E acrescenta: *"A investigação criminal é função administrativa do Ministério Público que visa à sua função privativa de promover a ação penal pública (...) A atividade de polícia criminal – na realidade uma atividade de instrução – é exercida por agentes na condição de mandatários do Ministério Público* (2003: 455/456). Assim, explica-se a legitimidade que o Ministério Público possui em exigir mudanças institucionais e organizacionais nas polícias investigativas para melhorar as investigações criminais. Nas cidades onde não existem serviços policiais de investigação ou são prestados de forma ineficiente, o Ministério Público deve manter contatos com o Executivo, sejam em nível federal, estadual ou municipal, para exigir a criação de delegacias ou o melhoramento dos respectivos serviços. Caso estes contatos sejam infrutíferos, pode o membro do Ministério Público instaurar inquérito civil público e instaurar ação civil pública, eis que *"as políticas públicas e serviços públicos são passíveis de controle judicial"* e *"a discricionariedade e a interdependência e harmonia não podem ser óbices ao controle judicial (...)"* (Santin, 2004: 266).

Como afirmou Valter Foleto Santin, baseado no preâmbulo, arts. 5º, 6º. e 144, da Constituição Federal, *"o direito à segurança pública tem característica de direito humano, pelos valores que protege e resguarda para uma qualidade de vida comunitária tranqüila e pacífica."* (2004: 80). Portanto, o direito à segurança pública, como direito difuso, por sua natureza transindividual, indivisível, pode ser defendido pelo Ministério Público. E arremata: *"A intervenção do Ministério Público é perfeitamente possível no assunto segurança pública, administrativa ou judicialmente, para correto fornecimento dos serviços e reparação de falhas, ligados à quantidade, qualidade, adequação e eficiência dos serviços de segurança pública, pela presença de interesse difuso (art. 129, III, CF) e de porção significativa de interesse social e indisponível (preservação da incolumidade das pessoas), inclusive pelo caráter de direito social do valor segurança (art. 6º.), predcados incluídos facilmente no rol dos 'interesses sociais' defendidos pelo Ministério Público (art. 127, caput, CF)"* (204: 209). Sendo assim, explica-se a preocupação dos membros do Ministério Público em procurar avaliar a qualidade do serviço de policiamento. A atividade policial é um ciclo que compreende o policiamento ostensivo e a atividade de investigação criminal. Aliás, a parte majoritária da polícia se ocupa com o policiamento. É o policiamento a atividade que necessita da maior parte dos recursos destinados à segurança pública. O número de policiais e de equipamentos envolvidos no policiamento é muito maior daqueles empregados na polícia investigativa. A atividade de policiamento é a que garante a ordem pública e nos livra da barbárie. É atividade fundamental em qualquer democracia moderna, nos termos do art. artigo 12, da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão, (França, 26 de agosto de 1789), *in verbis*: *"A garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública; esta força é, pois, instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada"*. No Brasil, as polícias militares (PMs) são as organizações policiais mais importantes do País. Não só pela sua expressão numérica – correspondem a cerca de 70% dos agentes policiais no sistema de segurança (Benedito Domingos Mariano, 2004: 37) – mas, principalmente, porque são as primeiras – senão as únicas – que socorrem o cidadão comum de um perigo atual ou iminente e as que, inevitavelmente, podem ser acionada durante as vinte e quatro horas do dia e os sete dias da semana. Da mesma forma, nas cidades onde não há serviços de policiamento ou são prestados de forma ineficiente, o Ministério Público deve manter contatos com o Executivo, sejam em todos os níveis da federação, para exigir a criação de unidades policiais de policiamento ou o melhoramento dos respectivos serviços.

O bom funcionamento do sistema de segurança não depende apenas da participação do Ministério Público. A participação popular é fundamental, eis que é o cidadão que colabora para prestação dos serviços públicos, por meio de tributos. Contudo, como advertiu Valter Foleto Santin, *"é visível que o Executivo sinaliza a pretensão de exclusividade na elaboração da política de segurança pública e medidas de prevenção, sem abrir espaço adequado para o povo e outros entes estatais"* (2004: 198). De fato, existem motivos para que o cidadão comum não participe da formulação e fixação de políticas de segurança pública. Parafraseando Pedro Lenza, que destaca as

razões pelas quais o Ministério Público é órgão que mais propõe ações civis públicas (2003: 190-191), existem várias razões para justificar a inércia da Sociedade e a legitimidade do Ministério Público em procurar criar mecanismos de participação popular na gestão da segurança pública. Com a Constituição Federal de 1988, o Ministério Público assumiu tantas funções relevantes na defesa da segurança pública, que suprimiu, de certa forma, a necessidade de atuação das associações. Embora associações possam promover a defesa da segurança pública, apenas o Ministério Público 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 da segurança pública. Ademais, o cidadão não se sente estimulado a se associar e participar da gestão segurança 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 da segurança pública por estas associações pode tender a uma politização desnecessária e inconveniente. Sendo assim, parece impossível a participação popular na gestão da segurança pública. E de fato, também é verdade que, mesmo criados os mecanismos para participação popular, o número de participantes sempre é muito pequeno nas primeiras reuniões e atividades. Nunca é fácil a construção de uma prática comunitária em locais em que a participação popular é desestimulada por fatores históricos, sociais e institucionais. Ressalte-se ainda que, mesmo após a redemocratização – a partir de 1984 – as polícias brasileiras continuaram a possuir, como até hoje, uma estrutura autoritária, dificultando a criação de canais de conversação com a comunidade. É o chamado fenômeno da *redemocratização sem polícias democráticas*. Para Maria Cecília de Souza Minayo (2003: 57/58), “*passado o período histórico de ditadura militar, as instituições policiais pouco evoluíram no sentido da democratização*”. Na verdade, as polícias brasileiras sofrem a angústia de uma nova ordem jurídica, em que não se pode utilizar os mesmos métodos repressivos utilizados na ditadura militar, sem encontrar a resistência legítima e eficiente da Sociedade e das instâncias e setores estatais cuja missão é defesa dos direitos fundamentais. Ao comentar sobre a polícia militar, Jaqueline Muniz foi enfática: “*As transformações no mundo das leis não se traduzem automaticamente em mudanças nas ‘realidades do mundo’ e é preciso que as PMs voltem a ‘aprender de novo a fazer polícia’ e a ser ‘Polícia de verdade’*” (1999: 78/79). Até hoje, as polícias mantêm uma estrutura organizacional altamente autoritária, o que dificulta a comunicação até mesmo no interior das instituições. Sendo assim, é natural que não existam canais eficazes e recorrentes entre policiais e Sociedade. Ministério Público pode assumir o ônus de provocar a criação de mecanismos de inter-relacionamento entre polícias e Sociedade, uma vez que não há, na estrutura constitucional do Estado brasileiro, melhor órgão destinado a esta função. O Ministério Público pode propor a criação de leis que favoreçam suas atividades e a promoção dos direitos difusos, como a segurança pública. Neste ínterim é que se legitima a atividade do Ministério Público em procurar mecanismos que promovam a participação popular na gestão democrática da segurança pública.

3. Polícia, Democracia, Policiamento Comunitário e mecanismos de participação popular

Na democracia, a polícia é uma peça fundamental, *the thin blue line* – a linha tênue entre a paz e a barbárie, circunstância tão necessária à Sociedade como ao Estado. Como a polícia é criada e mantida pelo Estado, ela está mais propensa a servir aos que detêm o poder. Aliás, a imagem da polícia pode ser mais autoritária ou mais democrática quanto for o regime político.

A polícia moderna somente pode ser concebida no Estado Democrático de Direito. Como ressaltou Herman Goldstein (2003: 13), numa sociedade livre, a polícia é uma anomalia, pois a capacidade legal da autoridade policial em poder prender, investigar, deter e usar a força é aterrorizante, no sentido que pode “*desagregar a liberdade, invadir a privacidade e, de uma forma rápida e direta, causar forte impacto sobre os indivíduos*”. Ainda assim, para Goldstein (2003: 13): “*a democracia depende de maneira decisiva da força policial. Cabe à polícia prevenir contra a pilhagem de coisas alheias, dar uma sensação de segurança, facilitar o ir e vir, resolver conflitos e proteger os mais importantes processos e direitos - como eleições livres, liberdade de expressão e liberdade de associação - , em cuja continuidade está a base da sociedade livre. O vigor da Democracia e a qualidade de vida desejada por seus cidadãos estão determinados em larga escala pela habilidade da polícia em cumprir suas obrigações.*” Para Jean-Claude Monet (2001: 29), mais do que em qualquer outro regime político, a Democracia depende muito da qualidade de sua polícia e dos valores que a fundamentam. E acrescenta Monet (2001: 29): “*Melhor, é reconhecer a natureza política da função policial. Só os regimes autoritários podem fingir acreditar que manter a ordem pública é simplesmente uma questão de técnica. Com a Democracia, a função policial reencontra suas raízes gregas e aparece pelo que ela é: uma dimensão central da ação política*”. Portanto, na democracia, a polícia é a polícia urbana, cujo cliente é o cidadão comum, o homem sem qualidades, como destacou Dominique Monjardet (2003: 284). Trata-se da polícia de proximidade com a Sociedade que pretende assegurar a ordem e a tranquilidade. Na sociedade democrática, a polícia encontra autenticidade e precisa encontrar, em suas ações cotidianas, sua auto-afirmação perante a Sociedade, sem deixar de ser um braço armado do regime político. Para Luis Fernando Camargo da Cunha Lima (2002: 244): “*A polícia coloca-se, portanto, sempre entre duas perspectivas – a polícia é sempre colocada em duas perspectivas: a da prestação de serviços e a de força, ou ação coercitiva, o que quer dizer que ela atende, de um lado, à demanda da sociedade, junto à qual atua, e, de outro, às injunções do estado, que a*

constitui e mantém. Momentos históricos e países diferentes plasmam o papel da polícia, fazendo-a pender ora numa, ora noutra direção. Poder-se-ia, em tese, dizer que, nos estados democrático-liberais, a polícia atua predominantemente como serviço e goza de maior assentimento da população, ao contrário do que ocorre nos estados totalitários”. Sendo, pode-se afirmar, sem sobra de dúvidas, que defender uma polícia moderna, urbana e comunitária é papel do Ministério Público, eis que, em última instância, se promoveria a concretização do regime democrático quanto à gestão da segurança pública.

O policiamento não é atividade simples como se pensa. Não basta permanecer sob estrita vigilância e agir com rigor contra os supostos infratores da lei. Nestes moldes, o policiamento ostensivo é sempre repressivo, quando não é mesmo violento e arbitrário. Assim, os tipos de policiamento que possuem alguma funcionalidade são os denominados *policiamento orientado para solução de problemas* e *policiamento comunitário*. O primeiro tipo de policiamento significa, nos dizeres de Goldstein, citado por Jean-Paul Brodeur (2002: 30), no engajamento do policiamento orientado para solução de problemas específicos ou um “*enfoque mais analítico para esses problemas*”, que implica em “*conceitualizar novamente a função geral da polícia*”. Trata-se na tentativa da polícia em rever seus conceitos organizacionais e aplicar seus recursos na solução de problemas específicos. Por sua vez, o segundo – *policiamento comunitário* – implica no relacionamento entre polícia e comunidade para promoção da segurança pública. Como afirmou Bayley e Skolnick (2002: 18): “*A premissa principal do policiamento comunitário é que o público deve exercer um papel mais ativo e coordenado na obtenção da segurança. A polícia não consegue arcar sozinha com a responsabilidade, e, sozinho nem mesmo o sistema de justiça criminal pode fazer isso. Numa expressão bastante adequada, o público deve ser visto como ‘co-produtor’ da segurança e da ordem, juntamente com a polícia. Desse modelo, o policiamento comunitário impõe responsabilidade nova para polícia, ou seja, criar maneiras apropriadas de associar o público ao policiamento e à manutenção da lei e da ordem.*”

O policiamento comunitário é termo muito popular, mas que possui múltiplas definições. Nele cabe qualquer programa de governo que pretenda aproximar as polícias da Sociedade e pode ser utilizado como instrumento de palanque político. Não se trata de qualquer novidade, pois todos concordam que a polícia faz melhor seu trabalho se tiver a colaboração da sociedade. O art. 144, da Constituição Federal, estabelece que a segurança pública seja dever do Estado – diga-se das polícias – e responsabilidade de todos. Ocorre que as pessoas que pretendem colaborar com a polícia nem sempre encontram canais institucionais abertos. Para que o policiamento comunitário ganhe respaldo, faz-se necessário que o policial seja estimulado a exercitá-lo, o que não ocorre em polícias de formato paramilitar e burocrático. Ressalte-se que, segundo relatado por David H. Bayley e Jerome H. Skolnick, em seu livro “*Nova Polícia: Inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas*”, nas últimas décadas do século passado, foram introduzidas ou experimentadas nas polícias norte-americanas várias técnicas e programas de policiamento comunitário que geraram resultados satisfatórios. Como as polícias norte-americanas possuem estruturas paramilitares, ainda enfrentam entraves e resistências na introdução do *policiamento comunitário*. Como explica Egon Bittner (2003: 146/147), no caso dos antigos departamentos de polícias norte-americanos, não havia nenhum padrão de procedimento correto, tal como nenhuma instigação para se agisse bem, uma vez que “*as recompensas eram limitadas e distribuídas segundo o favoritismo pessoal*”. Segundo Bittner (2003: 146/147), com a introdução de métodos de disciplina burocrático-militar, as recompensas vincularam-se a comportamento de disciplina interna dos policiais, cujos “*juízos que são transmitidos não têm praticamente nada a ver com o trabalho do policial na comunidade, sem qualquer exceção significativa*”, ou seja, o reconhecimento ou mérito da atividade policial é dado a quem age bem no departamento, e não fora dele, onde todos os deveres reais estão localizados. Assim, neste sistema de recompensas, é nitidamente possível que policiais de comportamento violento com a população, no trato da atividade de policiamento, tenham fichas disciplinares impecáveis e irrepreensíveis. O trabalho real do policial, por sua extrema complexidade, não é estabelecido pelas regulamentações paramilitares, portanto, não fornecem uma base para avaliar o policial. Estruturas policiais extremamente centralizadas e fundadas em técnicas burocrático-militares em nada favorecem o desenvolvimento de polícias preocupadas com os problemas de uma comunidade. Como afirmou Bayley e Skolnick (2002: 86), nas organizações paramilitares, “*a política é estabelecida pelo chefe ou comissário e o pessoal do comando. O policiamento comunitário, ao contrário, implica um grau de descentralização da autoridade*”. E sentenciam (2002: 86): “*quanto mais centralizado e hierárquico for o sistema de responsabilização de um departamento de polícia, mais difícil será introduzir o policiamento comunitário.*” De fato, não é mais comum ver o policiamento a pé, próximo do cidadão ou um atendimento pessoal e vise os problemas de um bairro. Assim, parece não mais existir a conversa franca entre policial e cidadão, pois aquele teme incorrer em infração disciplinar e o segundo não sente qualquer estímulo para perguntar como o policial pode ser ajudado para prestar um melhor serviço à comunidade em que vive. Assim, existe mesmo, um distanciamento entre a polícia e sociedade. Mas também existem riscos. Como bem frisou Morris e Tonry (2003: 108/109): “*Paradoxalmente, o movimento em prol de uma polícia comunitária com grande participação política e dos cidadãos, ameaça a neutralidade política da polícia, pois padrões locais de legalidade podem prevalecer sobre os padrões universais, e o poder político pode, novamente, tornar-se a base da distribuição dos recursos, sempre escassos, para a polícia.*” Como frisaram Morris e Tonry (2002: 29), o policiamento comunitário não envolve apenas ouvir com simpatia. “*Se à polícia não se propuser, no mínimo, a tolerar o que o público tem a dizer sobre as operações, o policiamento comunitário será visto apenas como ‘relações públicas’, e o distanciamento entre polícia e público vai, mais uma vez, aumentar mais ainda*”. Implantar o policiamento comunitário em Países cuja tradição policial é a organização paramilitar ou

quase militar – como é o caso do Brasil – parece ser uma tarefa das mais difíceis, tornando-se uma alternativa pouco rentável politicamente, do que a habitual solução de aumentar os recursos policiais e endurecer a repressão penal. Não obstante, o policiamento voltado à comunidade possui o condão de dar um novo impulso no policiamento, apesar de não constituir em um programa único coerente, mas sob o fundamento lógico, nem sempre expresso claramente, de que a polícia deve, de maneira prática, envolver a comunidade na gestão da segurança pública.

Visando avaliar a qualidade das polícias, o Ministério Público pode reorientar o controle externo da atividade policial, tornando a gestão da segurança pública mais democrática. Para tanto, o Ministério Público, através de seus órgãos de execução, diante da realidade constatada (criminalidade elevada, número insuficiente de policiais civis e militares e precariedade das condições de trabalho – implicando num atraso da prestação policial de investigação e de policiamento –, precariedade do sistema penitenciário e inexistência de conselhos comunitários de defesa social ou de segurança pública em atividade) pode criar mecanismos para mudança da realidade, com a participação das polícias e da comunidade. Para tanto, o Ministério Público, em cada Estado, cidade, bairro ou área responsável, pode propor soluções práticas junto com a comunidade, como a criação de *fundo de defesa social* e a promoção de reuniões públicas para discutir soluções para transformar a realidade constatada. Desta forma, se não é possível mudar as instituições, organizações e profissões policiais, de tal forma que as polícias e os policiais sejam estimulados a se relacionar de forma *ativa* com a Sociedade, ainda é possível criar canais de diálogos entre comunidade e policiais, sob a mediação do Ministério Público.

Na cidade de Mauriti, Estado do Ceará, onde o autor deste ensaio é promotor de justiça titular, mediante sugestão da Promotoria de Justiça, foi criado o *Fundo Municipal de Defesa Social do Município de Mauriti*, gerenciado pelo *Conselho Municipal de Defesa Social do Município de Mauriti* para captar e administrar recursos para investir em programas sociais e nas polícias e na cadeia pública local. Conforme o art. 1º. da Lei Municipal nº 634, de 26 de abril de 2006: “*Fica instituído o Fundo Municipal de Defesa Social do Município de Mauriti – FMDS, de natureza contábil-financeira, destinado a apoiar o financiamento do desenvolvimento institucional dos órgãos que integram a Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social e a Secretaria da Justiça e Defesa Social no âmbito do Município de Mauriti, objetivando a elaboração de diagnósticos, formulação, implementação, desenvolvimento, acompanhamento e monitoramento das políticas, das estratégias, programas, projetos, construção e reforma da infra-estrutura física, o reaparelhamento com móveis, máquinas, equipamentos de apoio e veículos*” A regulamentação do Fundo Municipal de Defesa Social do Município de Mauriti deu-se através de aprovação do seu estatuto em assembléia, seguindo-se a criação de pessoa jurídica de direito privado, de fins sociais, sem qualquer vinculação, seja de ordem política ou administrativa, com o Município de Mauriti. Segundo a Lei Municipal nº 634/2006, constituem receitas do Fundo: a) transferências à conta do orçamento municipal; b) doações, pelo Ministério Público Estadual, das receitas decorrentes da aplicação imediata de pena restritiva de direitos, prevista no art. 76, da Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995; c) auxílios, subvenções e outras contribuições de entidades públicas ou privadas, nacionais ou estrangeiras; doações, legados e outros recursos a este título destinados ao Fundo; d) taxas pela prestação de serviços e atividades de fiscalização e controle, pelo exercício do poder de polícia do Município de Mauriti; e e) saldos financeiros de Fundos extintos. O Fundo Municipal de Defesa Social do Município de Mauriti – FMDS tem como fundamento a idéia de democratização da segurança pública, possibilitando que a comunidade, através do Conselho Municipal de Defesa Social, participe da formulação das políticas públicas de segurança pública, com a contrapartida de ajudar nas estratégias, programas, projetos, construção e reforma da infra-estrutura física, o reaparelhamento com móveis, máquinas, equipamentos de apoio e veículos dos órgãos que integram a Secretaria da Segurança Pública e Defesa Social e a Secretaria da Justiça e Defesa Social no âmbito do Município de Mauriti. Ainda que pese a polêmica quanto a aplicação de recursos oriundos de transações penais em favor dos órgãos policiais, não impede que seja aplicado pelo Fundo Municipal em programas de fins filantrópicos, ainda que seja sob a orientação das polícias. Certo é que nenhum conselho comunitário terá prestígio suficiente para influir nas políticas públicas de segurança pública se não oferecer auxílio efetivo aos órgãos de segurança pública, ainda mais, quando são notórias as deficiências de ordem material e pessoal da combalida polícia militar e a inexistência de corpo de bombeiros, polícia civil ou setor de perícia na Comarca de Mauriti. O Fundo Municipal de Defesa Social do Município de Mauriti – FMDS tem a capacidade de tornar real a tão propalada “*polícia comunitária*”, na medida em que os órgãos de segurança pública, em virtude dos recursos a serem aplicados, sentirão a necessidade de ouvir a comunidade e assegurar com mais propriedade o atendimento de suas expectativas. Durante suas reuniões, existe a possibilidade de se discutir inúmeros assuntos, direta ou indiretamente, relacionados com a segurança pública, promovendo um considerável aumento de confiança no trabalho policial e na efetiva participação da comunidade na gestão da segurança pública, visando soluções para modificar a realidade constatada. Atualmente, o Fundo Municipal ainda está em face de consolidação e carece de participação de vários setores da sociedade mauritiense e do próprio Poder Público, que ainda não aprovou as transferências à conta do orçamento municipal ou oriundo das taxas pelo exercício do poder. Os auxílios e contribuições de entidades públicas ou privadas são quase inexistentes. O Fundo tem sobrevivido apenas com as doações das prestações pecuniárias obtidas através das transações penais. Ainda falta uma mobilização por parte dos membros do Fundo e demais setores da Sociedade e do Poder Público. Não obstante, já foi criado este canal de relacionamento entre comunidade e polícias para tratar sobre segurança pública, a nível municipal. Cabe ao Ministério Público, através da Promotoria de Justiça de Mauriti, o papel fundamental de mediador entre a população e polícia, demonstrando os dados sobre as deficiências do

policiamento, da investigação criminal e da execução penal, procurando soluções para promoção da segurança pública, inclusive quanto a necessidade de promover as iniciativas para arrecadação de recursos, na forma da lei municipal, para sua devida aplicação, conforme o desejo da comunidade e as necessidades dos serviços policiais. Neste ínterim, procura-se tornar real o controle externo da atividade policial, visando não apenas coletar dados sobre a eficiência da atividade policial, mas também procurar soluções efetivas, contando com a participação da comunidade e do Poder Público, tornando real o Estado Democrático de Direito, através da efetiva aplicação dos princípios norteadores do art. 144, *caput*, da Constituição Federal.

4. Referências Bibliográficas

- BITTNER, Egon. **Aspectos do Trabalho Policial**. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003 (Série Polícia e Sociedade; nº 8).
- BRODEUR, Jean-Paul (organizador). **Como Reconhecer um Bom Policiamento: Problemas e Temas**. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Ed. da Universidade de São Paulo, 2002 (Série Polícia e Sociedade; nº 4).
- GOLDSTEIN, Herman. **Policiando uma Sociedade Livre**. Tradução de Marcello Rollemberg. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003 (Série Polícia e Sociedade; nº 9).
- LENZA, Pedro. **Teoria Geral da Ação Civil Pública**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- LIMA, Luis Fernando Camargo da Cunha. **O Controvertido Papel da Polícia**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, Jul./Set. 2002, Trim., no. 39, p.241-249. ISSN 1415-5400.
- MAGALHÃES FILHO, Glauco Barreira. **Hermenêutica e Unidade Axiológica da Constituição**. 2ª. ed., Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.
- MARIANO, Benedito Domingos. **Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004 (Col. Brasil Urgente).
- MINAYO, Maria Cecília de Souza e SOUZA, Edinilsa Ramos de (orgs.). **Missão Investigar: entre o ideal e a realidade de ser policial**. Rio de Janeiro: Garamond, 2003.
- MONET, Jean-Claude. **Polícias e Sociedades na Europa**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001 (Série Polícia e Sociedade; nº 3).
- MONJADET, Dominique. **O que Faz a Polícia: Sociologia da Força Policial**. Tradução de Mary Amazonas Leite de Barros. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2003 (Série Polícia e Sociedade; nº 10).
- MUNIZ, Jacqueline de Oliveira. **Ser policial é, sobretudo, uma razão de ser: cultura e cotidiano da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro**. Tese de Doutorado em Ciência Política. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1999.
- RIBEIRO, Diaulas Costa. **Ministério Público: dimensão constitucional e repercussão no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- SANTIN, Valter Foletto. **Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- SKOLNICK, Jerone H. e BAYLEY, David H. **Nova Polícia: Inovações nas polícias de seis cidades norte-americanas**. Tradução de Geraldo Gerson de Souza. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2001 (Série Polícia e Sociedade; nº 2).
- _____. **Policiamento Comunitário: Questões e Práticas através do Mundo**. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2002 (Série Polícia e Sociedade; nº 6).

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO DA VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER: CONSOLIDAÇÃO DE SUA ATUAÇÃO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Nadilson Portilho Gomes e Carmen Burle 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, do CF/88).

SÍNTESE DOGMÁTICA

1. A Lei nº. 11.340, de 07.08.06, fortaleceu as atribuições do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais, em especial, no enfrentamento da violência doméstica e familiar contra mulheres.
2. O Ministério Público assumira, por assim dizer, a defesa de todas as mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar.
3. E não só, tivera, finalmente, de forma taxativa, reconhecida entre suas atuações, a defesa contra a desigualdade de gênero.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

Com a edição da Lei nº. 11.340, de 07.08.06, o Ministério Público fora legitimado para a defesa e proteção dos direitos individuais das mulheres, vítimas de violência doméstica e familiar. Essa, entendida como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial, independentemente de sua orientação sexual, no âmbito da unidade doméstica (compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas); no âmbito da família (compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa); ainda, em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (art. 5º e parágrafo único).

Sem dúvida, referida Lei dera um passo muito grande no reconhecimento da atuação do Ministério Público na defesa dos direitos individuais, dito fundamentais. Rompendo com isso, com a visão conservadora e tradicional de operadores do direito e doutrinadores que nunca viram o Ministério Público como defensor dos direitos fundamentais.

2. Objeto

Pretende-se discutir aqui, a importância da Lei nº. 11.340/06 para essa mudança de visão sobre a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais e no enfrentamento da violência doméstica e familiar.

3. Funções constitucionais do MP, legitimação privativa e interpretação

A atual ordem constitucional define o Ministério Público 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 (CF, art. 127). E não só, estabeleceu como função institucional do MP a promoção, privativa, da ação penal pública, na forma da lei (CF, art. 129, I). Com isso, assegurou ao MP a missão de defesa da sociedade e dos direitos fundamentais, ao mesmo tempo.

Mesmo que não pareça fácil a conciliação dessas duas defesas, a da sociedade e do indivíduo, pelo próprio texto constitucional, o Ministério Público deve desempenhar essas atribuições com rigor. É nessa dicotomia ou conjugação de valores ou defesas que a democracia é possível. Não parecendo razoável ao Ministério Público defender e resguardar o regime democrático, sem a proteção e respeito aos direitos individuais indisponíveis, ou melhor, com a contínua violação dos direitos humanos. Nesse contexto, a proteção das vítimas de violência doméstica e familiar ganha sentido.

Na Lei nº. 11.340, de 07.08.06, o MP ganhara um papel de destaque, sendo sua atuação prevista no Capítulo III, onde se lê que *“intervirá, quando não for parte, nas causas cíveis e criminais decorrentes da violência doméstica e familiar contra a mulher”* (art. 25); e que *“cabará ao Ministério Público, sem prejuízo de outras atribuições, nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, quando necessário: I - requisitar força policial e serviços públicos de saúde, de educação, de assistência social e de segurança, entre outros; II - fiscalizar os estabelecimentos públicos e particulares de atendimento à mulher em situação de violência doméstica e familiar, e adotar, de imediato, as medidas administrativas ou judiciais cabíveis no tocante a quaisquer irregularidades constatadas; III - cadastrar os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher”* (art. 26). E não só, fora incluído como necessário na política pública nessa área, conforme art. 8º, item I *“a política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por diretrizes: I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação”*. Especialmente, na área criminal, fora incluída a *“renúncia”* da vítima nas ações penais públicas condicionadas à representação, somente após ouvido o Ministério Público (art. 16). Ainda, a possibilidade de requerimento de medidas protetivas e de revisão das mesmas pelo Ministério Público em favor das vítimas, de seus familiares e de seus patrimônios (arts. 19 e seu § 3º). Inclusive, requerimento de prisão preventiva do agressor (art. 20). Sem contar, a previsão de incumbência ao Ministério Público da defesa dos interesses e direitos transindividuais previstos na aludida Lei, de forma concorrente com associação, com atuação na área, constituída há pelo menos um ano, nos termos da legislação civil (art. 37).

Assumira ao mesmo tempo, o Ministério Público atuações institucionais, administrativas, cíveis e criminais e especiais. Institucionais, no sentido de possuir papel preponderante nas políticas públicas nessa área, sendo incumbido, constitucionalmente, 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”* (art. 129, II). Cíveis, como órgão agente ou *custos legis*. Criminais, no campo dos *“crimes”*, na prevenção, fiscalização e repressão. Especiais, e principal, de realmente enviar esforços para que as violências no âmbito familiar e doméstico sejam prevenidas e reprimidas o mais rápido possível, porém buscando-se zelar pela família. Não podendo ser utilizada as violências surgidas no seio da mesma para acabá-la. Sem dúvida, esta última é uma das atribuições das mais difíceis, em razão de nem todos os membros ministeriais gozarem de preparação adequada para demanda tão complexa, sensível e evadidas de estigmas, tabus e preconceitos.

Veja-se que, a Lei trata da mulher vítima de violência, a mulher subjugada, a mulher discriminada, a mulher objeto de opressão, socialmente submissa ao homem, a que é incapaz de resistir, na maioria dos casos, a mulher desamparada abandonada com os filhos, sem recursos financeiros, a mulher grávida faminta, a mulher expulsa de sua casa por sua orientação sexual, a mulher manipulada, a mulher perseguida, a mulher ridicularizada, a mulher impedida de engravidar ou de ter mais filhos contra sua vontade, a mulher vista apenas como objeto sexual ou de lascívia: a mulher aviltada, simplesmente por ser mulher e por uma cultura machista que a priva de direitos e liberdades. Nesse sentido, não se vê nenhuma óbice em sua defesa, pois deixar de protegê-las, significa fechar os olhos para esse tipo de violência e tolerar com tal situação. Assim, mulher com direitos iguais ao do homem de que fala a Lei Maior (CF/88, art. 5º, item I, *“homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”*) é aquela não submetida à violência da força física do homem, a sua dominação ou violência psicológica, não sujeita a privação de sua liberdade e anulação de sua independência como pessoa humana, como sujeito de vontades e direitos, não dominadas por aquele, por seu *status* cultural, que o erige a ser superior por seu sexo. Assim, *“o conceito de violência de gênero deve ser entendido como um relação de poder de dominação do homem e de submissão da mulher. Ele demonstra que os papéis impostos às mulheres e aos homens, consolidados ao longo da história e reforçados pelo patriarcado e sua ideologia, induzem relações violentas entre os sexos e indica que a prática desse tipo de violência não é fruto da natureza, mas sim do processo de socialização das pessoas”* (In CAVALCANTI, Stela Valéria. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. Revista do Ministério Público – Alagoas, n. 15, jan./jun. 2005).

Da mesma forma que, o Ministério Público defende e resguarda os direitos e interesses das crianças, adolescentes, idosos, portadores de necessidades especiais, das pessoas torturadas, deve defender os direitos das vítimas de violências doméstica e familiar por suas situações especiais de aviltamentos e demais tratamentos indignos de pessoa humana, não sendo tolerável silenciar diante da impunidade e gravidades dessas violências, as quais acabam prejudicando a sociedade como um todo. Foi incisivo o legislador ordinário, mas nem precisava dizer que: "Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social" (art.2º).

É de interesse público que a dignidade da mulher seja preservada como pessoa humana, não se podendo entendê-la no campo restrito dos problemas conjugais, familiares, reservado ao casal, pois "o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações" (CF/88, art. 226, § 8º). Ainda, pela própria proteção constitucional que goza a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, dizem ANA PAULA SCHWELM GONÇALVES e FAUSTO RODRIGUES DE LIMA "...ademais, que a dignidade humana é valor imperativo e fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III, da Constituição Federal). Representa, juntamente com os direitos fundamentais, a própria razão de ser da Constituição da República, já que o Estado é apenas meio para promoção e defesa do ser humano. A dignidade é mais que um princípio: é norma, é regra, é valor, que não pode ser postergado em qualquer hipótese. Aliás, os direitos fundamentais decorrem exatamente do reconhecimento da dignidade do ser humano. Sem esta, não tem sentido pensar naqueles. Por sua própria natureza, a dignidade humana é irrenunciável. E, como se não bastasse a clareza da norma constitucional em comento, o Brasil, juntamente com os demais Estados americanos, firmaram a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (conhecida como Convenção de Belém do Pará), que determina ao Estado brasileiro: art. 7º (...) b) agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; (...) e) Tornar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher" (In GONÇALVES, Ana Paula Schwelm & LIMA, Fausto Rodrigues de. A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. Fonte: www.JusNavigandi, 13.09.06). Sem contar, a proteção dos direitos humanos das mulheres na órbita internacional: a Carta das Nações Unidas (1945); a Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (1979); a Declaração de Viena (1993); a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher (1993); a Declaração de Beijing (1995) e o Protocolo Facultativo à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação contra a Mulher (2002). Registre-se, que o Brasil como signatário deve observar.

Enfrentando-se a violência doméstica e familiar não se está combatendo os homens, mas repudiando os agressores, defendendo as mulheres, vítimas de violências, em respeito as suas dignidades como pessoas humanas e toda desigualdade reinante de uma cultura patriarcal, machista, sexista e opressora com o sexo feminino, destaque-se, em defesa da família. Assim, não se está discriminando o homem pelo seu sexo, mas por seus comportamentos violentos. Não havendo nenhuma violação aos princípios da igualdade e proporcionalidade previstos na CF/88, na medida em que o tratamento mais rigoroso do crime e de atendimento especial da mulher justifica-se pela violência sofrida e por afrontar a dignidade e autonomia da mesma como pessoa de direitos e vontades. E não só, por agredir valores da família. Logo, homens e mulheres estão em igualdade perante a Lei em direitos e obrigações, não podendo haver o *discrimen* sexual, nada impedindo ao legislador a elaboração de comandos normativos que visem atenuar os desníveis de tratamento em razão do sexo. Assim, não protege a Constituição Federal o agressor em razão de vigor no nosso ordenamento jurídico-constitucional o princípio da convivência das liberdades públicas (ninguém pode alegar direitos e garantias fundamentais para acobertar práticas ilícitas e esquivar-se do cumprimento das leis).

As leis postas e o sistema de garantia de direitos ficara muito focado, por muito tempo, para as violências ocorrentes na família e ambiente doméstico com relação às crianças e adolescentes, esquecendo-se da mulher, da esposa, companheira, namorada, não importando essa sua qualidade, acabando por legitimar a reprodução de violências.

No dizer de Stela Valéria Cavalcanti "apesar de a Constituição Federal de 1988 ter incluído entre seus princípios fundamentais a dignidade da pessoa humana, o direito penal e processual penal pátrios ainda se preocupam em demasia com o crime e com o criminoso, deixando de lado quem mais necessita de assistência e apoio: a vítima" (In CAVALCANTI, Stela Valéria. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. Revista do Ministério Público – Alagoas, n. 15, jan./jun. 2005).

Como bem disse MARIA BERENICE DIAS "a melhor maneira de dar um basta à violência contra a mulher, perverso crime cometido de forma continuada, é fazer o agressor conscientizar-se de que é indevido seu agir. Esta é a única forma de minimizar os elevados índices de violência doméstica. Precisa reconhecer que a mulher não é um objeto de sua propriedade, do qual pode dispor do modo que lhe aprouver e descarregar em seu corpo todas as suas frustrações" (In DIAS, Maria Berenice. A violência doméstica na justiça. Fonte: <http://www.juristas.com.br>).

Está assim, o Ministério Público investido da missão de fazer valer os direitos das mulheres, de dar cumprimento da tal dita igualdade, sem ofender a família, indispensável para a sociedade. Porém, não deve esquecer que o homem, violento e portador dessa cultura desprezível, merece ser tratado a fim de extirpar o ciclo vicioso, no qual, o preconceito é disseminado e transmitido através das gerações.

CONCLUSÃO

1. Nesse sentido, o Ministério Público assumira, de uma vez por todas, a defesa dos direitos fundamentais, reconhecidos das mulheres, vítimas de violências de gênero, transformando-se em promotor de valores, para cuja atuação as ações civis e criminais representam apenas um dos seus instrumentos.
2. A Lei nº 11.340, de 07.08.06, reforça a atuação do Ministério Público da defesa dos direitos fundamentais, prevendo atendimento especial às vítimas.
3. Com a dita Lei, o Ministério Público fica envolto na defesa da família e da mulher, vítima desse tipo de violência.
4. A compreensão da importância da missão constitucional do Ministério Público como necessária para efetividade dos direitos humanos no Brasil, passa pela ruptura com valores nocivos à civilização, de submissão e visão sexista da mulher pelo homem, não podendo mais isso ser tolerado no âmbito das relações familiares e domésticas.

BIBLIOGRAFIA

FONSECA, Antonio Cezar Lima da Fonseca. Ministério Público e Lei Maria da Penha.

Fonte:

<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9305>

CAVALCANTI, Stela Valéria. A violência doméstica como violação dos direitos humanos. Revista do Ministério Público – Alagoas, n. 15, jan./jun. 2005.

COSTA JÚNIOR, Quintino Farias da. Ação Penal Pública e a Lei Maria da Penha: algumas considerações.

Fonte:

http://www.mp.pa.gov.br/caocriminal/arquivos/acao_penal_publica.pdf

DIAS, Maria Berenice. A violência doméstica na justiça. Fonte: <http://www.juristas.com.br>.

GONÇALVES, Ana Paula Schwelm & **LIMA**, Fausto Rodrigues de. A lesão corporal na violência doméstica: nova construção jurídica. Fonte: WWW. Jus Navigandi, 13.09.06).

PAES, Fabiana Dal'Mas Rocha. Ministério Público e desafios da proteção aos direitos humanos da mulher.

Fonte:

<http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/clipping/abril/ministerio-publico-e-desafios-da-protecao-aos-direitos-humanos-da-mulher/>

PEREIRA, Sumaya Saad Morphy. Direitos Fundamentais e Relações Familiares. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo: meio ambiente, consumidor, patrimônio cultural, patrimônio público e outros interesses. 16. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2003.

O PRINCÍPIO DA VERDADE REAL E O JULGAMENTO ANTECIPADO NO PROCESSO PENAL

Maria Jacqueline Faustino de Souza

Promotora de Justiça/CE

Antes que existissem leis feitas, existiam relações de justiça possíveis. Dizer que não existe nada de justo nem de injusto senão o que as leis positivas ordenam ou proíbem, é o mesmo que afirmar que, antes de ser traçado o círculo, todos os seus raios não eram iguais.¹

SÍNTESE ARTICULADA:

- 1) o princípio da verdade real une-se ao contraditório e à ampla defesa, com a finalidade de propiciar ao juiz aproximar-se, o tanto quanto possível, da realidade dos fatos trazidos ao seu julgamento;
- 2) os princípios do contraditório, da ampla defesa e da verdade real impõem ao devido processo legal penal uma estrutura dialética ao colocar em patamar de igualdade o direito de ação e o direito de defesa, enquanto confere ao magistrado a postura de intermediar o desenvolvimento dessa dialética, objetivando encontrar elementos que o conduzam à realidade dos fatos, sempre com vistas a prolatar uma prestação jurisdicional mais justa, equânime, e próxima à realidade social que clama a aplicação do direito material;
- 3) a relação processual deverá ser o mais célere possível, de modo que a prestação jurisdicional incida com maior eficácia nas relações sociais, atentando-se para que o resultado propiciado aproxime-se o máximo do direito postulado, conforme definido e assegurado pelas normas jurídicas materiais;
- 4) uma vez manifesta e cristalina a verdade real desde o início da ação; uma vez assegurados o contraditório e a defesa técnica subscrita por profissional; e uma vez verificado que a supressão da instrução criminal nenhum prejuízo importará à pessoa do acusado e em nada alterará o convencimento do juiz na prolação da decisão, nada obsta a que o magistrado antecipe o julgamento do feito no processo penal, em analogia ao julgamento antecipado do feito pacificamente aplicado no processo civil;
- 5) o quê deverá orientar a aplicação do julgamento antecipado da ação no sistema processual penal é se essa aplicação, embora a princípio pareça mais gravosa, na realidade, revele-se mais benéfica aos interesses do réu, posto lhe poupar de uma instrução judicial morosa, onerosa e constrangedora, possibilitando-lhe, efetivamente, um retorno mais célere às suas atividades cotidianas.

FUNDAMENTAÇÃO:

1. A lide e o processo penal

Ao iniciar a obra *Processo Penal*, o doutrinador Tourinho Filho o fez principiando por dedicar preciosas linhas à explicação do que seja “lide”, como a sua incidência afeta a harmônica convivência social, e como o ordenamento jurídico poderá atuar de modo a restabelecer o desequilíbrio social dele proveniente².

¹ In. MONTESQUIEU. *Do Espírito das leis* (texto integral). Tradução Jean Melville. São Paulo: Martin Claret. 2004. p 18.

² Cf. TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. 13.ed.rev e atual, principalmente em face da Constituição de 5-10-1988. São Paulo: Saraiva, 1992. p 5.

Para tanto, adotou a definição proposta por Francesco Carnelutti segundo o qual a lide seria *um conflito (intersubjetivo) de interesses qualificado por uma pretensão contestada (discutida)*³.

Na ânsia de melhor explicitar o tema, Tourinho Filho prossegue seu magistério informando que o sentido empregado à palavra “pretensão” corresponde à exigência de que o interesse de um dos sujeitos envolvidos na relação se submeta ao interesse do outro sujeito. Quando essa exigência não é voluntariamente atendida, ou seja, quando um dos sujeitos resiste em se submeter ao interesse do outro sujeito, tem-se um conflito de interesses o qual, juridicamente, passou a ser denominado como “lide”.

Os conflitos de interesses naturalmente surgem na convivência social e, quando não pacificados, podem gradualmente comprometer a ordem jurídica e, conseqüentemente, a própria sobrevivência do grupo social.

Hodiernamente, compete ao Estado estabelecer normas de condutas que devem ser observadas por todos os indivíduos que se encontram sob sua soberania. Como forma de assegurar que tais normas serão cumpridas, o Estado também cuidou em estabelecer sanções aplicáveis aos indivíduos que, mesmo cientes acerca do conteúdo normativo, realizam ações contrárias aos interesses tutelados pelo poder estatal. A aplicação destas sanções tem por finalidade coibir a reincidência de tais ações, e constituem, por conseguinte, a forma utilizada pelo Estado para restabelecer a ordem jurídica então violada.

As normas de natureza penal tutelam os interesses mais caros à sociedade (vida, integridade física, honra, respeito aos mortos, respeito à natureza, etc.) e, por tal razão, prevêm sanções igualmente caras àqueles que manifestarem condutas atentatórias a tais interesses. A severidade da sanção é proporcionalmente graduada pela natureza do interesse tutelado e pela gravidade dos efeitos gerados pela violação.

No entanto, para que o Estado exerça o poder de punir, ou seja, de aplicar a sanção prevista à violação de determinado interesse, tratou o próprio Estado de estabelecer regras procedimentais a serem previamente observadas à aplicação da pena, como forma de garantir a inocorrência dos abusos que, historicamente, foram perpetrados por muitos agentes outrora investidos no poder estatal.

Na ação criminal, diz-se que a lide é constituída pelo conflito existente entre o interesse do Estado em punir (*jus puniendi*), e o interesse do réu que, ao contestar a pretensão estatal, resiste em se submeter a essa punição.

A finalidade das normas procedimentais penais é possibilitar a composição da lide, de modo a permitir a efetivação do Direito Penal, através de instrumentos que viabilizem concretizar o *jus puniendi* estatal⁴, em conformidade com as garantias asseguradas ao indivíduo que violou a norma, as quais também são tuteladas pelo ordenamento jurídico. Tem-se, portanto, que sua natureza é inegavelmente instrumental, uma vez que se destina a, através da composição do litígio, constituir o elo entre o Direito Penal e o fato social que reclama sua aplicação.

Ao discorrer sobre a instrumentalidade do processo penal, Tourinho Filho expõe ainda alguns aspectos acerca da discussão entre o caráter unitário ou dualista do Direito Processual, oportunidade em que também se posiciona como defensor da concepção unitarista, sem perder de vista as diversas nuances que caracterizam e diferenciam os procedimentos jurisdicionais penais e os vários procedimentos jurisdicionais civis. Para ele, o Direito Processual Civil e o Direito Processual Penal constituem duas faces de um único direito, o Direito Processual, uma vez que decorrem de um único fenômeno, qual seja, a necessidade de interligar o Direito ao fato concreto, distinguindo-se somente em face da natureza da pretensão que se pretende assegurar (pretensão civil ou pretensão penal)⁵.

José Frederico Marques igualmente posiciona-se como exímio defensor do caráter unitário do Direito Processual, sendo célebre o seu magistério:

*Instrumento da atividade jurisdicional do Estado, o processo não sofre mutações substanciais quando passa do campo da justiça civil para aquela da justiça penal. Direito Processual Civil e Direito Processual Penal são divisões de um mesmo ramo da Ciência do Direito, que é o Direito Processual. E isto porque o processo, em sua essência, é um só, tanto na jurisdição civil como na jurisdição penal*⁶.

No Brasil, prevalece o entendimento de que o Direito Processual possui caráter unitário, muito embora acirrada discussão ressurgir quando, na prática, propõem-se a aplicação de institutos próprios do processo civil ao processo penal.

2. Princípios do contraditório, ampla defesa e verdade real:

Os princípios do contraditório e da ampla defesa surgiram como corolários para assegurar aos litigantes, em geral, oportunidade para manifestar os motivos pelos quais resistem em se subordinarem à pretensão do outro

³ In. CARNELUTTI, Francesco. *Instituições de Processo Civil*. Tradução Adrián Sotero De Witt Batista. São Paulo: Classic Book. 2000. p 78. v.1

⁴ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. 18.ed. rev. e atual. 2 reimpr. São Paulo: Atlas. 2006. p 21

⁵ Ob. cit. p

⁶ Cf. JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 11.ed.rev e atual. Rio de Janeiro:Forense. 2002. p. 20

sujeito, cujo direito a princípio mostra-se violado. Neste compasso, o princípio da verdade real veio unir-se ao contraditório e à ampla defesa, com a finalidade de propiciar ao juiz aproximar-se, o tanto quanto possível, da realidade dos fatos trazidos ao seu julgamento.

Longa história decorreu desde o surgimento de tais princípios e o reconhecimento de que suas aplicações eram indispensáveis para se evitar a repetição dos abusos e erros outrora cometidos pelas autoridades responsáveis pela administração da justiça, em especial da justiça criminal.

Através do contraditório, a cada um dos litigantes é oportunizada a realização de atos que objetivam convencer ao juiz que sua pretensão é a que melhor se coaduna ao direito e, por conseguinte, que a decisão a ser prolatada deverá ser favorável aos seus interesses. Ademais, também compreende o direito da parte ser cientificada sobre qualquer fato processual realizado, e a possibilidade de emitir manifestação acerca deste, antes de ser prolatada a decisão judicial⁷.

A ampla defesa, por sua vez, importa ser exercida com os meios e recursos a ela inerentes⁸, inclusive com a possibilidade do acusado, pessoalmente, defender-se contra as acusações que lhes são impostas na ação (autodefesa). Por outro lado, também garante a assistência de advogado que deverá patrocinar defesa técnica em seu favor, não obstante efetuada a autodefesa por ocasião do interrogatório. Neste contexto, importante se faz ressaltar que embora a autodefesa seja renunciável (direito do réu permanecer em silêncio), a defesa técnica constitui medida imprescindível à própria validade do processo, sendo esta a razão pela qual ao Estado é imposta a obrigação de nomear defensor ao acusado, sempre quando este não dispuser de recursos financeiros para contratar advogado para patrocinar sua defesa.

Já o princípio da verdade real, segundo o doutrinador Julio Fabbrini Mirabete, *procura estabelecer que o jus puniendi somente seja exercido contra aquele que praticou a infração penal e nos exatos limites de sua culpa numa investigação que não encontra limites na forma ou na iniciativa das partes*⁹.

No processo penal, o contraditório e a ampla defesa garantem aos acusados produzir provas que possam afastar a imputação que lhes é imposta na ação criminal, como forma de se eximir da sanção dela decorrente, caso procedente a ação. A verdade real, por sua vez, impõe-se com a finalidade de propiciar ao juiz ultrapassar os limites artificiais da verdade formal para alcançar, o tanto quanto possível, a verdadeira materialidade dos fatos analisados na ação penal.

Como consequência, a incidência dos três princípios impõe ao devido processo legal penal uma verdadeira estrutura dialética ao colocar em patamar de igualdade o direito de ação, que é exercido pelo Estado, e o direito de defesa (contestação), que é exercido pelo réu¹⁰, enquanto o magistrado permanece em uma postura a conduzir e intermediar os termos em que se desenvolve essa dialética, objetivando encontrar elementos que o conduzam à realidade dos fatos, sempre com vistas a obter uma prestação jurisdicional mais justa, equânime, e próxima à realidade social que clama sua aplicação.

Em face de sua natureza, podemos afirmar que os princípios do contraditório e da ampla defesa, através da obtenção da verdade real, objetivam possibilitar a efetivação do direito material, sem que isto importe em abuso do poder punitivo estatal, em inequívoco prejuízo à pessoa do réu.

Por tal razão, tem-se que tais princípios deverão ser tanto mais incidentes quanto maior a resistência de uma das partes em se submeter à pretensão exigida pela outra parte. Em outras palavras, quanto mais contenciosa mostrar-se a lide, maior será o compromisso do magistrado em perseguir a verdade real, e maior a necessidade de realização de todos os atos rvdos em obter a verdade real e maior ser analisados na ação penal que garantam o contraditório e a ampla defesa, como requisitos necessários à validade da sentença que julgar a ação.

3. Da ação penal desprovida de lide

Ao aprofundarem estudos acerca do Direito Processual, em meados de 1924, os italianos Chiovenda, Carnelutti e Calamandrei fundaram a *Rivista di Diritto Processuale Civile* que muito contribuiu para a divulgação das construções jurídicas por eles desenvolvidas, em especial as definições elaboradas por Carnelutti acerca de lide e jurisdição. A partir de 1928, contudo, a história registra o início de polêmica discussão na qual Calamandrei passou a questionar os vários conceitos propostos pelo colega Carnelutti, em especial a valoração da lide como elemento essencial à caracterização do processo judicial¹¹.

⁷ Cf. CAPEZ, Fernando. *Curso de Processo Penal*. 13.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2006. p 19

⁸ Art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

⁹ Ob.Cit. p. 25

¹⁰ Cf. JARDIM. *Idem*. P 40

¹¹ Cf. GIORGIS, José Carlos Teixeira. *A lide como categoria comum do processo*. Porto Alegre: Letras Jurídicas Editora Ltda. 1991. p.33

Já àquela época, Calamandrei destacou a existência de situações nas quais, não obstante exercido o direito de ação, nem sempre o outro sujeito envolvido na relação processual manifestava resistência (contestação) em se submeter à pretensão do autor¹².

Ao replicar Calamandrei, Carnelutti sustenta que tais situações somente seriam possíveis nos procedimentos inerentes à jurisdição voluntária, nos quais o Estado-juiz é chamado não para pacificar um conflito já existente, mas sim para atuar de modo a preveni-lo¹³.

Calamandrei, contudo, mantém-se convicto em seu questionamento ao rebater que idêntica situação também ocorre na jurisdição contenciosa quando o réu, uma vez citado para contestar a ação, reconhece judicialmente a procedência do pedido¹⁴.

No âmbito do Direito Processual Penal, não obstante prevaleça atualmente a teoria unitarista e, por conseguinte, o reconhecimento de que o Direito Processual Penal e o Direito Processual Civil, em verdade, constituem duas faces de um mesmo direito, tem-se que a maior doutrina, ao seguir o pensamento de Carnelutti, não se mostra simpática à idéia de que, também no processo penal, seria possível a existência de uma ação sem que haja, necessariamente, uma pretensão resistida.

Como fundamento da rejeição a essa proposição, afirma-se que a ação criminal, em sendo constituída pelo contraste permanente e indisponível entre o direito de punir do Estado e o direito subjetivo de liberdade do acusado, eis que o conflito, e, portanto, a lide, sempre se fará presente no processo penal, até mesmo quando o réu não opuser qualquer contestação à pretensão punitiva estatal¹⁵. Como consequência, tal entendimento, na prática, resultou por obrigar o magistrado a realizar todos os atos processuais necessários à efetivação do contraditório, mesmo quando inexistente, na ação penal, qualquer aspecto contraditado pelo réu, e mesmo quando obtida, desde o início da ação, a verdade real dos fatos levados ao crivo do julgador.

Não obstante tal entendimento, relevante se faz destacar construções elaboradas por renomados juristas brasileiros que admitem a possibilidade de que a ação criminal, apesar do caráter punitivo, nem sempre encerra uma pretensão resistida, conforme outrora proposto pelo mestre Carnelutti.

Dentre tais juristas, destacamos Afrânio Silva Jardim que, ao fazer referência à lição de Calamandrei, sustenta a ausência de lide nas ações criminais em que o réu *confessar integralmente os fatos que lhes são imputados na denúncia ou queixa e manifestar inequívoco desejo de submeter-se à pena máxima prevista na norma penal incriminadora*¹⁶.

Outras situações apontadas por Silva Jardim, nas quais também estaria ausente a *resistência* do réu em se submeter a uma *pretensão*, seriam as ações que tratam sobre revisão criminal, reabilitação, execução penal e alguns casos de *habeas corpus*¹⁷. Em tais situações, o processo vem a ser constituído tão somente por uma *pretensão do autor manifestada em juízo, exteriorizada pelo pedido e delimitada pela causa de pedir ou imputação*.¹⁸

Hélio Tornaghi igualmente reconhece a possibilidade de ações civis e penais sem que haja, necessariamente, a existência de uma lide. Para ele, o que caracteriza o processo judicial em tais situações, é apenas a pretensão do autor que se dirige ao Estado-juiz para obter uma prestação, a qual, embora não contestada, necessita da manifestação judicial para se tornar válida e, portanto, socialmente aceita por todos¹⁹.

Após admitir a possibilidade de ações penais desprovidas de lide (pretensão resistida), Silva Jardim ressalta que a função do processo penal, em tais circunstâncias, é possibilitar uma construção destinada a satisfazer juridicamente uma irresignação levada a juízo por um sujeito, em relação a uma situação que foi originada pela conduta de outrem²⁰.

4. Celeridade processual e eficácia da prestação jurisdicional

Além da discussão acerca da lide como componente nuclear do processo judicial, em especial do processo penal, outra questão que muito despertou a preocupação de estudiosos da ciência jurídica refere-se à celeridade processual como requisito indispensável à eficácia da prestação jurisdicional.

Ao discorrer acerca da matéria, o filósofo polonês Chaim Perelman, a exemplo de outros ícones da Filosofia do Direito, adverte que as demandas judiciais não podem se prolongar, mediante debates intermináveis, por lapso de tempo superior ao razoável, sob pena de comprometerem a paz social que o Poder Judiciário busca zelar através de

¹² Cf. GIORGIS, p. 34

¹³ Cf. CARNELUTTI, Ob. Cit. p. 95

¹⁴ Cf. JARDIM, Ob. Cit. p. 22

¹⁵ Cf. GIORGIS, Ob. Cit. p. 92

¹⁶ Ob. Cit. p. 22

¹⁷ Ob. Cit. p. 23

¹⁸ Ob. Cit. p. 24

¹⁹ Cf. *Instituições de Processo Penal*, 1977, p. 224-227, vol. 1

²⁰ Cf. JARDIM, Ob. cit. p. 28.

suas decisões. Caso isso ocorra, o próprio Judiciário colocar-se-á em posição a ser questionado quanto à sua legitimidade institucional para pacificar os conflitos sociais²¹.

Na seara processualista brasileira, destacamos o doutrinador Humberto Theodoro Júnior que, ao discorrer sobre a instrumentalidade do processo e o ideal de efetividade do direito, referiu-se ao processo judicial como sendo a *via de realização do direito e da justiça, em cumprimento de um dever que o Estado Democrático de Direito assumiu perante o homem*²². Por tal razão, destaca que a prestação jurisdicional há de apresentar duas características primordiais para que possa se aproximar do justo: 1) deverá efetivar-se o mais rápido possível nas relações sociais; e 2) o resultado propiciado deverá se aproximar o máximo do direito postulado, conforme definido e assegurado pelas normas jurídicas materiais.

Ora, uma vez pacificada a admissão de processo judicial desprovido de lide; uma vez despertada a consciência de que a prestação jurisdicional extemporânea representa, na realidade, uma prestação jurisdicional injusta; e uma vez verificado que a injustiça decorrente da morosidade ou omissão judicial, por ser contrária ao direito, põe em risco a paz social e, por conseguinte, a sobrevivência do próprio grupo social, eis que a doutrina processualista pátria pacificou a admissão dos princípios da celeridade e da economia processual em vários procedimentos jurisdicionais civis, inclusive naqueles em que se persegue uma tutela de natureza cognitiva (ações de conhecimento). Em tais casos, é comum o julgamento antecipado da ação uma vez que, em inexistindo resistência à pretensão do autor, caberá ao Estado-juiz agir o mais célere possível, de modo a tornar a relação processual menos onerosa e, por conseguinte, a prestação jurisdicional mais eficaz.

No âmbito processual penal, um dos melhores exemplos da incidência dos princípios da celeridade e da economia processual encontra-se inserido na Lei 9.099/95 (Juizados Especiais) que, ao iniciar sua vigência, representou uma verdadeira revolução na dogmática processualista penal brasileira ao possibilitar a mitigação do princípio da indisponibilidade da ação penal pública, outrora intocável e inquestionável em sua primazia principiológica. Na prática, a Lei 9.099/95 representou importantíssimo avanço na efetividade da prestação jurisdicional ao possibilitar um procedimento mais célere tanto às ações civis, quanto às ações criminais submetidas à sua competência. Como consequência, não obstante as inúmeras vozes que, equivocadamente, se insurgiram contra a constitucionalidade de referida lei, atualmente é pacífico o entendimento segundo o qual os Juizados Especiais, no ordenamento jurídico brasileiro, são os que mais possibilitam a efetividade do direito e, portanto, os que mais se aproximam da almejada justiça social.

Há que ser destacado, contudo, que equilibrar a efetividade da prestação jurisdicional, através da celeridade processual, com os demais princípios que regem a atividade jurisdicional, nem sempre se mostra tarefa fácil aos operadores do direito. Em muitas situações, o Judiciário é obrigado a apresentar respostas às pretensões que, embora aparentemente desprovidas de disciplina legal, são amparadas por sólidas fundamentações jurídicas que somente a hermenêutica possibilita erigir. Nestas circunstâncias, é inegável o papel que a hermenêutica jurídica ocupa na evolução e no aprimoramento do pensamento jurídico, uma vez que, ao se colocar como instrumento para a construção do direito jurisprudencial, possibilita a busca de uma solução justa e pacificadora para o conflito, ao mesmo tempo em que permite que essa solução também se mantenha em coerência com o direito, embora o tornando mais flexível e em conformidade com as evoluções que se operam na sociedade.

Ao discorrer sobre a constante necessidade de atualização do sistema jurídico, mesmo que não ocorra, necessariamente, alteração no sistema legal, Cháim Perelman, que foi um dos maiores catedráticos da Universidade de Bruxelas, leciona:

(...) o sistema jurídico não é um sistema fechado, isolado do contexto cultural e social no qual se insere, pelo contrário, sofre constantemente o seu influxo. O direito jurisprudencial elaborase por ocasião dos conflitos que o juiz deve arbitrar, encontrando-lhes soluções convincentes e satisfatórias em direito porque juridicamente bem motivadas. E toda nova legislação não faz mais que responder a uma necessidade do meio político, econômico e social.

(...) É por esta razão que a aplicação do direito, a passagem da regra abstrata ao caso concreto, não é um simples processo dedutivo, mas uma adaptação constante dos dispositivos legais aos valores em conflito nas controvérsias judiciais²³.

Em seu magistério, Perelman sustenta que a prestação jurisdicional justa não será obtida tão somente pela conformação do fato à lei, uma vez que ela não decorre de uma simples dedução silogística que deve se impor à

²¹ In. PERELMAN, Cháim. *Lógica jurídica: nova retórica* / Cháim Perelman. Tradução Virgínia K. Pupi; revisão da tradução Maria Ermantina de Almeida Padro Galvão; revisão técnica Gildo Sá Leitão Rios. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2004 – (Justiça e direito). p. 167.

²² In. THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1992. vol. II. p. 561

²³ *Op cit.*, p. 115/116

coletividade, até mesmo quando se apresentar diametralmente contrária à pretensão perseguida. A prestação jurisdicional justa, segundo ele, somente será alcançada através da elaboração de um raciocínio jurídico que permita à mente do julgador realizar um verdadeiro vaivém entre a situação vivenciada e a lei apontada como aplicável. Tal dialética, como consequência, possibilitará ao julgador exercer não apenas uma função jurídica, mas, sobretudo uma função política que é *harmonizar a ordem jurídica de origem legislativa com as idéias dominantes sobre o que é justo e equitativo em dado meio*²⁴.

Celso Agrícola Barbi, por sua vez, adverte acerca da necessidade de haver equilíbrio entre a aplicação do direito material e do direito processual, de modo que as normas processuais não constituam óbices à efetivação do direito material, tornando, por conseguinte, a prestação jurisdicional inócua ou mesmo contrária aos próprios fins do direito. Destacamos, por oportuno, trecho de uma de suas manifestações que reflete expressamente tal advertência:

*As longas controvérsias havidas ao longo da história do Direito mostram que as formas são indispensáveis e que o problema é estabelecer o equilíbrio, fazendo com que as formalidades protejam os direitos, em vez de impedirem sua realização*²⁵.

Neste sentido, sem olvidar abalizada doutrina que orienta a realização obrigatória de todos os atos inerentes à instrução processual penal, mesmo quando já esclarecidos os fatos trazidos ao crivo do Judiciário, e mesmo quando ausente qualquer contestação à pretensão punitiva estatal, temos como possível o julgamento antecipado da ação penal, a exemplo de algumas ações civis, por acreditarmos que, nesta situação, o apego exacerbado à forma, em verdade, constitui inegável obstáculo à efetivação do direito material, cujas consequências são maléficas não somente para a sociedade, mas, sobretudo para o acusado que, não obstante manifeste consciência em reconhecer, e por vezes até se arrepender pela prática do ato ilícito, é submetido a um processo judicial moroso e oneroso que, além da sanção penal que lhe será imposta, também lhe expõe a inescusável situação de constrangimento.

5. A verdade real e o julgamento antecipado da ação penal

Uma vez disseminada a consciência de que a celeridade processual constitui importante requisito para a eficácia da prestação jurisdicional, eis que importantes trabalhos foram desenvolvidos no sentido de fundamentar a possibilidade de ser aplicado o julgamento antecipado às ações penais, em especial àquelas em que a sentença extintiva resultar na absolvição do réu.

Hugo de Brito Machado, em fevereiro de 1995, publicou artigo no qual defende sua aplicação quando o julgador de primeiro grau convencer-se liminarmente da improcedência da ação, e constatar que a instrução criminal ser-lhe-ia absolutamente inútil²⁶. Para fundamentar juridicamente tal entendimento, suscitou o emprego da analogia ao art. 6º, da Lei 8.038/90, que possibilita ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e ao Supremo Tribunal Federal (STF) decidir liminarmente sobre a improcedência da acusação, nas ações criminais submetidas originalmente às suas respectivas competências quando, uma vez constatada a ausência de “justa causa”, *a decisão não depender de outras provas*²⁷.

Salise Monteiro Sanchotene, juíza federal afeta à Seção Judiciária do Rio Grande do Sul, publicou artigo no qual defende o julgamento antecipado em situações nas quais, mesmo após recebida a denúncia (ou queixa), o magistrado constatar a inequívoca ilegitimidade passiva do acusado. Em sua exposição, a eminente magistrada defende que a expressa ilegitimidade passiva do réu, quando detectada após o início da ação, constitui vício processual insanável que torna nula a própria relação jurídica processual e, por tal razão, deverá ser reconhecida pelo próprio juiz do feito que, ao assim agir, estará apenas efetuando o controle judicial das condições da ação. Propõe, assim, que uma vez reconhecido ao juiz penal competência para analisar as condições da ação em momento posterior ao recebimento da denúncia, e, por conseguinte, competência para analisar as próprias condições para a validade do processo, desnecessário seria a interposição do habeas-corpus “de ofício”, conforme disposto no art. 654, § 2º, do Código de Processo Penal Brasileiro. Para fundamentar sua proposição, recorre à aplicação da analogia ao art. 267, inciso VI, do Código Processual Civil Brasileiro²⁸.

A título de esclarecimento, importante se faz relembrar que a utilização da analogia está prevista na legislação processual penal (art. 3º, CPP) e constitui expediente pacificamente aceito pela doutrina, posto que meio idôneo para auxiliar o juiz a decidir o caso concreto, quando a lei processual penal for omissa em disciplinar específica situação (art. 4º, LICC).

²⁴ *Op cit.*, p. 115/116

²⁵ *In*. BARBI, Celso Agrícola. Ação popular – julgamento antecipado – prova de lesão. *Revista de Direito Público*, n. 100, out/dez, p. 82.

²⁶ Cf. MACHADO, Hugo de Brito. Julgamento antecipado em matéria penal. *Revista Jurídica*, n. 208, fev. 1995, p. 33

²⁷ Lei 8.038, publicada em 28 de maio de 1990.

²⁸ Cf. SANCHOTENE, Salise Monteiro. Julgamento antecipado da ação penal – ilegitimidade de partes. *Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários*, n.º 10, Brasília, 2000. Disponível em www.cjf.gov.br/revista/numero10/artigo2.htm. Consultado em 16/07/2007

Em sede de construção jurisprudencial, a analogia vem fundamentando o julgamento antecipado da ação penal, quando inequívoca a absolvição do réu (por ilegitimidade passiva processual, ou por inexistência do delito), em especial em alguns julgados prolatados pela Justiça Federal. A propósito, destacamos o seguinte acórdão:

Penal e Processual Penal. Estelionato. Julgamento antecipado da lide. Possibilidade, quando se tratar de hipótese de absolvição do réu. Reconhecida pela própria Justiça do Trabalho a inexistência de relação empregatícia do réu, na atividade de pedreiro, caracterizada restou a inexistência do delito do art. 171, do CP. Absolvição. (Processo nº 2001.85.00.3835-8 – SPCr – Classe 07000 – 1ª Vara Federal – Juiz Ricardo César Mandarin Barretto – Seção Judiciário do Estado de Sergipe).

Em meados de 1999, o promotor de justiça do estado de Goiás, Isaac Benchimol Ferreira, publicou sugestão de minuta de proposta legislativa para inclusão de parágrafo ao art. 24, do CPP, em face do qual ao Ministério Público seria possível requerer o julgamento antecipado da ação penal, quando presentes as hipóteses constantes no art. 386, I, II, III, IV, V e VI, do CPP, que se referem à absolvição sumária nas ações de competência do Tribunal do Júri, ou o perdão judicial²⁹.

Há que ser destacado, contudo, que não obstante a crescente publicação de construções doutrinárias e jurisprudenciais que propõem o julgamento antecipado da ação criminal, eis que muitos ainda se mostram refratários à sua aplicação, em especial quando a sentença final importar na procedência da acusação, uma vez presente a confissão judicial do réu, e uma vez detectada, antes de iniciada a instrução, a verdade real dos fatos *sub judice*..

Por considerarmos a importância do tema, importa destacar definição proposta pelo doutrinador Fernando Capez, acerca da confissão judicial na ação criminal:

É a aceitação pelo réu da acusação que lhe é dirigida em um processo penal. É a declaração voluntária, feita por um imputável, a respeito de fato pessoal e próprio, desfavorável e suscetível de renúncia.

Quanto aos fatores determinantes, destacam-se o remorso, a possibilidade de abrandar o castigo, a religião, a vaidade, a obtenção de certa vantagem, o altruísmo (representado pelo amor fraterno, paterno etc), o medo físico, o prazer da recordação etc³⁰.

Ao discorrer sobre o valor probante da confissão, Fernando Capez ainda destaca:

A jurisprudência tem decidido que as confissões judiciais ou extrajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou pelos detalhes fornecidos, os quais não poderiam ter sido criados pela autoridade interrogante, e desde que corroborados por outros elementos de prova, ainda que circunstanciais (nesse sentido: STF, DJU, 5 jun. 1992, p 8430)³¹.

Acerca do tema, Flávio da Silva Andrade, juiz federal da Seção Judiciária de Rondônia, publicou artigo intitulado “A confissão e o julgamento antecipado no processo penal” no qual defende que a confissão do réu, *não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos*³², e em sendo suficiente para fundamentar uma condenação, poderá possibilitar o julgamento antecipado da ação, posto que desnecessária a colheita de outras provas por meio da instrução criminal. Em sua exposição, o magistrado sustenta a inexistência de violação aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa ao lembrar que, após a confissão e antes de iniciada propriamente a instrução, tem-se a defesa prévia do acusado que, em sendo elaborada por advogado, perfaz a defesa técnica necessária à efetivação de tais princípios. Por outro lado, acrescenta que a defesa prévia, nesta situação, libertar-se-ia do caráter meramente formal que possui na atualidade para assumir relevante valor jurídico-processual ao invocar a aplicação de vários benefícios em favor do acusado, dentre eles a atenuante da confissão, fixação da pena no mínimo legal e fixação de regime menos rigoroso para início de cumprimento de pena.

Em sendo analisada tal possibilidade, temos que o fundamento legal para o julgamento antecipado da ação penal, nesta circunstância, seria a aplicação, por analogia, do disposto no art. 330, inciso I (parte final), do Código de Processo Civil, que prevê o julgamento antecipado quando a questão de mérito, em sendo de direito e de fato, dispensar a necessidade de produção de outras provas em audiência.

²⁹ In artigo intitulado “Julgamento antecipado no processo penal – proposta legislativa”. Disponível em www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo581. Consultado em 16/07/2007.

³⁰ In CAPEZ. Ob cit. p. 333

³¹ In CAPEZ. Ob cit. p. 334

³² In. ANDRADE, Flávio da Silva. A confissão e o julgamento antecipado no processo penal. Disponível em <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4547>. Consultado em 16/07/2007.

Ora, em sendo considerado que o mérito da ação penal refere-se à questão de direito e à questão de fato, e em sendo considerado que a confissão judicial e espontânea do réu, quando harmoniosa com os demais elementos de prova coligidos aos autos, revela, *ab initio*, a veracidade do ilícito penal a ele imputado, bem como a ausência de qualquer resistência em reconhecer a procedência da acusação que lhe é atribuída na ação, temos que nada obsta a que o magistrado, após receber defesa técnica interposta por advogado, dispense a produção de outras provas requeridas na denúncia (ou queixa), em especial a prova oral, e julgue antecipadamente a ação, posto verificar a inexistência de qualquer controvérsia ou dúvida ao que lhe foi inicialmente apresentado.

Efetivamente, o julgamento antecipado da ação penal quando procedente a acusação, somente nos parece juridicamente possível quando aplicado em analogia ao art. 330, inciso I, do CPC, o que importa, obrigatoriamente, a observância das seguintes condições: 1) que o réu olvide contestar a procedência da acusação e reconheça pessoalmente, perante o juiz, a responsabilidade criminal que lhe é atribuída (confissão judicial); 2) que as provas liminarmente apresentadas ao juízo corroborem a confissão e se mostrem suficientes à consecução da verdade real, de modo que a produção de outras provas em audiência seja absolutamente dispensável à prolação da sentença; e 3) que seja assegurado ao réu, após a confissão judicial e antes de prolatada a decisão, defesa técnica patrocinada por advogado que, inclusive, poderá pleitear a concessão de benefícios legais que poderão auxiliá-lo no retorno à convivência social.

Ao analisarmos o requisito referente à confissão do acusado, temo-nos como necessário à extinção do caráter contencioso do feito, uma vez que tornará a ação criminal desprovida de lide (conflito de interesses), e, portanto, passível à incidência dos princípios da celeridade e da economia processual, com vistas à obtenção de uma prestação jurisdicional mais rápida e eficaz em relação à sociedade e ao próprio acusado.

O segundo requisito tem-se como justificado em face de ser inútil a realização de todos os atos judiciais inerentes à instrução criminal, os quais necessários em outras circunstâncias à consecução da verdade real, quando, desde o início da ação, a verdade real já se apresentar cristalina e inequívoca aos olhos do julgador.

O terceiro requisito, por sua vez, apresenta-se como fundamental à efetivação dos preceitos constitucionais do contraditório e da ampla defesa e, por conseguinte, à própria validade do processo, posto que, tão logo conferida oportunidade judicial para o réu contraditar pessoalmente a acusação que lhe é atribuída na ação, e mesmo quando confessar judicialmente a ausência de qualquer aspecto a ser contestado, ainda assim, impõe que lhe seja assegurada a defesa técnica exercida por intermédio de profissional qualificado, o qual poderá requerer, em seu favor, os benefícios legais que lhes sejam pertinentes.

O julgamento antecipado da ação penal com procedência da acusação por vezes encontra, em um primeiro momento, reação adversa à sua admissão em face de que, como se trata de tema pouco debatido, poderá induzir ao entendimento equivocado de que ensejará situação mais gravosa ao réu.

Na realidade, o que se verifica na prática é exatamente o oposto, tendo em vista que sua incidência, ao ensejar uma prestação jurisdicional mais célere, vai ao encontro do desejo do acusado em resolver, o mais cedo possível, a pendência judicial contra si assacada, de modo a permitir-lhe mais rapidamente o retorno à normalidade de suas atividades cotidianas.

Neste sentido, imperioso se faz destacar que as ações criminais submetidas ao procedimento ordinário, em sua grande maioria, prolongam-se por fatigantes anos e causam pesado ônus financeiro e psicológico àqueles que, embora autores de ilícitos penais, desejam arcar com as consequências de seus atos perante o Estado, e retornar à convivência social da forma mais saudável possível. Como exemplo, podemos citar as ações criminais nas quais os réus, presos em flagrante delito, permanecem privados de sua liberdade durante toda a instrução criminal, até a obtenção de sentença final, mas cuja condenação resultará em pena na qual a forma inicial de execução mostrar-se-á distinta da privação absoluta de liberdade somente imposta pelo regime fechado. Por outro lado, mesmo que responda à ação criminal em liberdade, também não nos parece justo e razoável ao réu permanecer vinculado à tramitação de um processo judicial, cuja morosidade, apesar da clarividência incontroversa dos fatos levados ao crivo do julgador, impõe-lhe a realização obrigatória de todos os atos inerentes à instrução, cuja morosidade lhe acarreta incertezas quanto ao futuro próximo, prejudicando-lhe, inclusive, o exercício de atividade laboral lícita e, por conseguinte, o próprio reingresso à convivência social. Ainda a título de exemplo, o que dizer do réu confesso que, mesmo em estado de liberdade, é submetido à inescusável e constrangedora produção de prova judicial oral, em face da realização de ato ilícito que, por si só, já lhe trouxe pessoalmente profundas dores e sofrimentos para, somente ultimados todos os atos inerentes à instrução, receber o benefício do perdão judicial?

Atente-se, por oportuno, que embora o perdão judicial lhe conceda a extinção da punibilidade, igualmente decorre de uma decisão de mérito na qual o magistrado deverá, obrigatoriamente, analisar a procedência da acusação.

Ora, em sendo considerado que a legislação processual penal brasileira determina que *nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa*³³, imperioso se faz questionar qual o prejuízo imposto ao acusado por crime de lesão corporal grave, receptação, ou mesmo furto, que

³³ Art. 563, Código de Processo Penal

ciente de sua responsabilidade, e por vezes até arrependido pela conduta ilícita outrora realizada em momento de fraqueza, admite pessoalmente a um juiz a procedência da acusação e, por ser ladeado por outros elementos de prova que corroboram a veracidade de sua versão e manifestam a verdade real dos fatos expostos na ação, obtém o julgamento antecipado do feito, cuja consequência, na prática, possibilitar-lhe-á um retorno mais célere às suas atividades sociais e profissionais cotidianas? Qual o prejuízo imposto ao autor de delito de trânsito que, não obstante a dolorosa constatação de ter provocado a morte do próprio filho, recebe o benefício do perdão judicial mediante julgamento antecipado da ação, cuja consequência, na prática, poupar-lhe-á da constrangedora e tormentosa instrução criminal que em nada acrescentará à elucidação do fato, mas que muito agravará sua já fragilizada higidez física, psicológica e emocional? Qual o prejuízo, então, em se permitir a aplicação do julgamento antecipado da ação penal quando, após alcançada a verdade real e uma vez assegurados o contraditório e a ampla defesa técnica, a pessoa mais beneficiada por essa aplicação seja exatamente a própria pessoa do acusado?

Por outro lado, ao considerarmos que *não será declarada a nulidade de ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa*³⁴, como justificar a impossibilidade de ser dispensada a instrução criminal quando a verdade substancial já estiver expressamente demonstrada através de laudos periciais, documentos públicos ou privados não impugnados, e por outros elementos de provas que já se encontram, desde o início da ação, à evidência do julgador? Como justificar a impossibilidade de ser dispensada a produção de outras provas quando nada mais houver que ser esclarecido e, portanto, a instrução judicial mostrar-se absolutamente dispensável à decisão da causa?

Ademais, relevante também se faz destacar que não obstante tais questionamentos sejam analisados pelo magistrado e pelas partes envolvidas na relação processual (Ministério Público e acusado), estando todos assentes quanto à ausência de qualquer prejuízo, mas, mesmo assim, a defesa técnica suscite violação de direito de defesa do réu, tem-se que nada obsta a que, ao receber vistas dos autos após o interrogatório, o advogado proteste pela realização de todos os atos inerentes à instrução, por considerar que sua supressão poderá ensejar nulidade do feito por cerceamento de defesa de seu constituinte.

A arguição de nulidade, contudo, deverá demonstrar objetivamente os prejuízos correspondentes que poderão influir na apuração da verdade real e, por conseguinte, no convencimento do juiz para decidir o mérito da ação, sob pena de não serem acatadas. Não basta, portanto, a mera notícia de prejuízo para inviabilizar a antecipação do julgamento, sem que haja, necessariamente, a demonstração objetiva de como a realização de todos os atos inerentes à instrução criminal poderá alterar o convencimento do magistrado no julgamento do feito.

A propósito da questão, suscitamos a Súmula 523, editada pelo Supremo Tribunal Federal (STF), que assim dispõe: *no processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.*

Neste sentido, temos como propício o magistério de Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho que assim lecionam:

A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação.

Isso não significa que em todos os casos se exija a produção de prova da ocorrência de prejuízo; normalmente essa demonstração se faz através de simples procedimento lógico (...).

*No entanto, deve-se salientar que, seja o prejuízo evidente ou não, ele deve existir para que a nulidade seja decretada. E nos casos em que ficar evidenciada a inexistência de prejuízo não se cogita de nulidade, mesmo em se tratando de nulidade absoluta*³⁵.

Ora, em sendo considerado que a maior crítica assacada contra o julgamento antecipado da ação penal consiste na possibilidade de julgar procedente a acusação, sem que haja, necessariamente, o esgotamento de todos os atos inerentes à instrução, o que poderá prejudicar a defesa do acusado; entendemos que tal crítica, a teor do disposto na legislação processual penal vigente e a teor do disposto na Súmula 523, do STF, não encontra procedência jurídica caso não se demonstre, em cada situação específica, o prejuízo decorrente da supressão da instrução do feito.

Quanto ao temor de que o acusado assumia, mediante coação de terceiros, autoria de delito com vistas a burlar a responsabilidade criminal inerente ao verdadeiro autor, temos que a confissão judicial, quando desconexa com os

³⁴ Art. 566, Código de Processo Penal.

³⁵ In. GRINOVER, Ada Pellegrini. SCARANCE FERNANDES, Antônio. GOMES FILHO, Antônio Magalhães. *As nulidades do Processo Penal*. 9. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. p. 31

demais elementos de prova que instruem o feito, não há de apresentar qualquer valia para fins de julgamento antecipado, razão pela qual, nessa situação, a tramitação processual deverá prosseguir em seus ulteriores termos, independentemente de posterior manifestação do advogado em sentido contrário, inclusive com a realização de todos os atos inerentes à instrução o quanto forem suficientes para esclarecer a(s) divergência(s) detectada(s) entre a confissão judicial do réu e as demais provas, sobretudo periciais, como forma de se perseguir a verdade real dos fatos objeto da ação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A aplicação do direito ao caso concreto manifesta-se procedimento delicado, e por vezes complexo, que exige não apenas o conhecimento literal acerca do preceito normativo a ser aplicado. Mais que fluência no conhecimento das leis, ao operador do direito também se exige equilíbrio e bom senso no exercício de suas funções, a fim de que, afastadas as paixões e os preconceitos que são alimentados pelas sombras da ignorância, a prestação jurisdicional apresente-se o mais razoável, justa e próxima à pretensão perseguida, conforme disciplinado pelas normas que integram o universo do direito material.

A capacidade para afastar-se das paixões, aliada à disposição para analisar o que aparentemente se apresenta como novo, constituem importantes requisitos a mobilizar relativo crescimento àqueles que, mesmo sob influência dos preconceitos, ousaram refletir acerca de novas perspectivas que lhes são descortinadas.

Na evolução do pensamento jurídico, incontáveis são as contribuições que, não obstante inicialmente recebidas como juridicamente impossíveis, eis que, com o aprofundamento do estudo e extensão dos debates, mostraram-se legítimas e passíveis de serem perfeitamente absorvidas pelo sistema jurídico nacional, em suas várias dimensões. Como exemplo, cita-se a “desconsideração da personalidade jurídica” que, uma vez sistematizada e adaptada para o Direito Brasileiro por Rubens Requião, foi inicialmente rechaçada e rotulada como juridicamente inconcebível (vez que incompatível com o princípio da autonomia patrimonial dos entes personalizados) até posteriormente consagrar-se na doutrina e tornar-se fonte inspiradora para a elaboração de vários dispositivos legais, dentre os quais o constante no art. 28, da Lei 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) que prevê sua aplicação sempre que a responsabilidade da pessoa jurídica constituir obstáculo ao ressarcimento do dano. A possibilidade de transação nas ações penais públicas incondicionadas, incorporada na legislação brasileira por força do art. 76, da Lei 9.099/95, por sua vez, também foi recebida com desconfiança e até mesmo desprezo em um primeiro momento, face à equivocada e precipitada crença de que encerrava uma verdadeira mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública incondicionada, outrora secularmente defendida pela doutrina processual penal brasileira. Mas, dentre todas essas construções, talvez a que mais impacto e desconforto tenha acarretado em sua proposição tenha sido a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica, que, aos mais conservadores, expressamente obrigou a uma considerável reformulação dos conceitos inerentes à responsabilidade penal.

O julgamento antecipado da ação penal com desfecho absolutório também representa importante inovação na sistemática processual penal, e, progressivamente, vem se firmando na doutrina e no direito jurisprudencial brasileiro sem maiores controvérsias.

A admissão do julgamento antecipado da ação penal com procedência da acusação, por sua vez, igualmente apresenta-se como realidade juridicamente possível, quando incontestável que sua aplicação, em verdade, ensejará tratamento menos gravoso ao réu.

Ora, uma vez verificadas situações em que o julgamento antecipado da ação, quando lídima e cristalina a verdade real, resulta, na realidade, mais benéficos ao acusado do que o estrito e formal cumprimento de todos os atos inerentes à instrução criminal, nada obsta a que o julgador, amparado pelo disposto no art. 3º, do CPP, em consonância com o art. 330, inciso I, do CPC, antecipe, por analogia, o julgamento da ação penal, independentemente que a sentença final importe em absolvição do réu ou na procedência da acusação.

Na realidade, o julgamento antecipado da ação penal somente nos parece juridicamente possível quando presentes, obrigatoriamente, os seguintes requisitos: 1) quando o réu, ao ser interrogado judicialmente, voluntariamente reconheça a procedência dos fatos contra si imputados; 2) que as provas liminarmente coligidas aos autos, tais como laudos, perícias, documentos públicos ou privados não impugnados, e outros elementos de provas, legitimem a confissão, de modo que a produção de outras provas em audiência seja desnecessária à consecução da verdade real e, por conseguinte, mostre-se absolutamente dispensável à prolação da decisão; e 3) que seja assegurado ao réu, após a confissão judicial e antes de prolatada a sentença, defesa técnica patrocinada por advogado que, inclusive, poderá corroborar a confissão e pleitear a concessão de benefícios legais em favor de seu cliente, ou, por outro lado, contestar o feito e protestar pela realização de instrução criminal nas situações em que objetivamente demonstrar que a verdade real ainda não se encontra esclarecida e, por conseguinte, que a supressão da instrução judicial, efetivamente, importará em prejuízo à defesa do acusado.

Assim, uma vez manifesta e cristalina a verdade real desde o início da ação, uma vez atestada a legitimidade da confissão (nos casos em que procedente a acusação), e uma vez verificada que a supressão da instrução criminal nenhum prejuízo importará à pessoa do acusado e em nada alterará o convencimento do juiz, temos que nada obsta a que o magistrado antecipe o julgamento do feito, devendo fazê-lo com fundamento nos dispositivos legais acima referidos.

Importa esclarecer, por conseguinte, que o quê deverá orientar a aplicação do julgamento antecipado da ação no sistema processual penal é se essa aplicação, em verdade, possibilitará ao réu tratamento menos gravoso, a exemplo do que ocorre com a sua aplicação no sistema processual civil. Importa indagar, portanto, se sua aplicação, embora a princípio pareça mais gravosa, na realidade, revela-se mais benéfica aos interesses do réu, posto lhe poupar de uma instrução judicial morosa, onerosa e constrangedora, possibilitando-lhe, efetivamente, um retorno mais célere às suas atividades cotidianas.

Ora, uma vez esclarecida a motivação e a fundamentação jurídica a autorizar o julgamento antecipado da ação penal, resta-nos destacar que a defesa técnica ofertada por advogado em momento posterior à confissão, aliada às outras provas coligidas aos autos, além de assegurar a efetivação do princípio constitucional da ampla defesa, também elidirá o temor de confissões simuladas, obtidas mediante coação, nas quais o réu atrai para si a responsabilidade criminal, com vistas a ludibriar o Estado-juiz na punição do verdadeiro autor do delito. Aliás, quanto a esta remota possibilidade, importa destacar que apesar do Código de Processo Penal (e consequentemente de seus dispositivos que impõem a realização obrigatória dos atos inerentes à instrução judicial), ter sido promulgado em meados de 1942, pelo então Presidente da República Getúlio Vargas, certo se pode afirmar que o réu brasileiro da atualidade, apesar da possibilidade de ser submetido (ou mesmo agraciado) ao julgamento antecipado da ação penal, ainda assim, está mais resguardado de tais simulações, do que o réu preso e submetido à ação estatal daquela época, bem como da época de violenta repressão política que se seguiu entre os anos posteriores à promulgação de referido Código e a promulgação da Constituição Federal Brasileira.

O RACISMO INSTITUCIONAL COMO ELEMENTO DIFICULTADOR DO COMBATE AO RACISMO NO MINISTÉRIO PÚBLICO

Maria Bernadete Martins de Azevedo Figueiroa

Procuradora de Justiça/PE

1. JUSTIFICATIVA

O debate sobre relações raciais na sociedade brasileira tem se intensificado no início deste século, especialmente a partir da renovação dos compromissos assumidos na II Conferência Mundial Contra o Racismo, a Xenofobia, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, realizada em setembro de 2001, em Durban, na África do Sul, da qual o Brasil participou ativamente, através dos organismos governamentais e do Movimento Negro. Posteriormente, em 12.06.2003, mediante Declaração Facultativa à Convenção, reconheceu a competência do Comitê Internacional para a Eliminação da Discriminação Racial, a fim de receber e analisar denúncias contra violação de direitos humanos.

Esta circunstância, aliada à maturidade política dos movimentos sociais negros, tem forçado a criação de novas demandas e a efetiva aplicação de princípios e normas há muito inseridos na ordem jurídica brasileira, gerando a necessidade de uma releitura crítica desses princípios e normas, numa perspectiva que considere a diversidade e a igualdade étnico-racial como um imperativo ético e jurídico a ser imediatamente implementado.

No entanto, observa-se que, de um modo geral, nas instituições sociais, especialmente no âmbito das instituições jurídicas encarregadas dessas mudanças, predomina uma visão preconceituosa construída historicamente em relação ao povo negro, contrapondo-se a uma identificação positiva do branco. Essas práticas estabelecidas, a par de trivializar as violações de direitos sofridas por aquele segmento discriminado, possibilita uma ação institucional que dificulta ou mesmo impede a implementação de políticas públicas afirmativas que têm por objetivo combater o racismo promovendo ações concretas de enfrentamento.

Nesse contexto, o objetivo desse trabalho é demonstrar, a partir da experiência do Grupo de Trabalho sobre Discriminação Racial do Ministério Público de Pernambuco - GT-Racismo,¹ a necessidade de discussão, reflexão, apreensão e disseminação do conceito de Racismo Institucional, como estratégia de percepção das práticas institucionais racistas, reproduzidas ao longo dos séculos.

Notadamente no que se refere ao Ministério Público, como órgão essencial à administração da Justiça (CF, artigo 127), tais práticas impedem uma ação focada na garantia do direito à inclusão social da população afrodescendente. Neste sentido, o presente trabalho poderá subsidiar a construção de novas práticas institucionais, sintonizadas com as diversas dimensões que conformam as demandas da sociedade nesse novo milênio.

1.1 RACISMO E POBREZA

Os indicadores sociais existentes são incisivos na demonstração de que as mudanças sociais ocorridas no Brasil, no decorrer do século XX, embora tenham sido positivas em muitos aspectos, não representaram qualquer

¹ O referido Grupo de Trabalho foi instituído mediante Portaria do Procurador Geral da Justiça publicada no DOE do dia 10.12.2002 e é composto por 4 procuradores/procuradores de justiça, 5 promotores/promotoras de justiça das diversas áreas de cidadania da capital e região metropolitana, um servidor e uma servidora do MPPE.

alteração relativa à qualidade de vida dos grupos discriminados, mantendo-os num quadro de condições de vida aviltante e degradante (HENRIQUES; CAVALLEIRO, 2005). Com vistas ao enfrentamento dessa situação de desigualdade, impelido pelo ordenamento jurídico interno, pela comunidade internacional das nações democráticas e pelas novas demandas da sociedade, o Estado brasileiro tem introduzido, ainda que timidamente, políticas públicas específicas que levam em conta essas diferenças, tais como aquelas voltadas às populações afrodescendentes.

Entre os estudiosos da temática racial (GOMES, 2005; HENRIQUES; CAVALLEIRO, 2005; SALES JUNIOR, 2006) há um consenso de que a forma como foram historicamente construídas as relações raciais no Brasil ao longo dos seus quinhentos anos - a fusão de etnias e culturas, o mito da "democracia racial", etc - possibilitou um racismo fragmentado, não dito, disfarçado, que naturaliza o lugar social da pessoa negra como uma consequência "natural" dessa condição.

Embora a população brasileira seja composta de 45 % de pretos e pardos, dados do IPEA revelam que 64% dos pobres e 69% dos que estão abaixo da linha de pobreza são negros, numa demonstração de que, como observa Henriques (2001, p. 2), "a pobreza é um dos mais agudos problemas econômicos do país, mas a desigualdade - principal determinante da pobreza - é o maior problema estrutural do Brasil", contrapondo-se ao argumento de que a desigualdade é um problema "social" e não "racial". Essa super-representação negativa também demonstra que a democracia brasileira reflete, em certo sentido, o mito da "democracia racial", na medida em que, embora asseverando ter por objetivo primeiro "construir uma sociedade livre, justa e solidária" (CF, art. 3º. I), o Estado de Direito não tem agido concretamente através de suas instituições democráticas na consecução desse desiderato.

Por sua vez, estudos e pesquisas recentes (BARROS, 2006; SALES JUNIOR, 2006) demonstram que a reprodução secular dessas situações de desigualdade tem sido alimentada em razão de preconceitos e estereótipos racistas disseminados e fortalecida pelas mais diversas instituições sociais, tais como a família, a escola, os meios de comunicação, e o que é mais grave, pelas próprias instituições do Estado que, em tese, deveriam garantir a realização de uma cidadania plena, com a participação de todos.

Todavia, em que pese já existir um aparato legislativo significativo, inclusive um Programa Nacional de Direitos Humanos prevendo ações afirmativas em favor de grupos vulneráveis, e apesar de serem evidentes as condições de desvantagem nas quais se encontra a grande maioria da população negra, mesmo em relação aos outros pobres não negros, o Ministério Público, de um modo geral, não tem empreendido ações institucionais de enfrentamento dessas discriminações de modo eficiente, utilizando-se de um discurso legalista que remete a uma interpretação literal, isolada e descomprometida dos princípios e normas quando se trata dos direitos da população negra.

Entende-se que essa postura é uma forma grave de omissão, principalmente quando a mesma ocorre dentro de órgãos encarregados pela Constituição de garantir o respeito e de assegurar o exercício dos direitos fundamentais, sem qualquer distinção de raça, cor, sexo, origem, nacionalidade ou etnia, como no caso do Ministério Público. Portanto, um dos maiores desafios atuais que se apresenta a esta instituição é ter uma atuação que assegure aos seguimentos discriminados da sociedade, como a população negra, por exemplo, padrões dignos de cidadania no exercício dos direitos sociais, tendo como meta a utopia configurada na promessa constitucional de igualdade e justiça social.

Pode-se, então, concluir que o combate à discriminação racial em todas as suas formas de manifestação, antes de ser uma atribuição a mais entre tantas outras, é um compromisso prioritário do Ministério Público como instituição incumbida de "zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados [na] Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia" (CF, artigo 129, inciso II).

1.2 RACISMO, DISCRIMINAÇÃO RACIAL E RACISMO INSTITUCIONAL

Ao longo dos tempos, a crença na existência de raças superiores e inferiores - racismo - foi utilizada para justificar a escravidão e o domínio de determinados povos por outros. No Brasil, o fato de não haver uma legislação segregadora, nos moldes do *apartheid*, não tem impedido a existência do racismo, como se pode constatar da simples verificação de dados disponibilizados pelos órgãos oficiais como IPEA e IBGE, os quais demonstram com clareza que a população negra - compreendidos pretos e pardos - vem se mantendo ao longo dos séculos em condições de vida inferior a população não negra. Sejam quais forem os indicadores utilizados - renda, educação, saúde, habitação, etc - as pesquisas sinalizam para a presença do racismo como elemento potencializador e reproduzidor dessas condições (HENRIQUES, 2001).

A ideologia racista, subentendendo ou afirmando claramente a existência de raças puras, superiores às demais e que tal superioridade autoriza uma hegemonia política e histórica, valoriza positivamente essas características físicas hegemônicas, em detrimento da população negra, gerando uma concepção de mundo que hierarquiza os grupos humanos por suas diferenças raciais.

A discriminação racial se diferencia do racismo, na medida em que se configura numa prática, uma ação de exclusão, restrição ou preferência que impede, restringe ou dificulta o acesso igualitário de determinados grupos em razão da cor.

Para análise a que este trabalho se propõe, utiliza-se o conceito de discriminação racial definido pela ONU

(BRASIL, 2006), entendido como “qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada na raça, cor, ascendência, origem étnica ou nacional com a finalidade ou efeito de impedir ou dificultar o reconhecimento e/ou exercício, em bases de igualdade, aos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico social, cultural ou qualquer outra área da vida pública”

A discussão sobre o Racismo Institucional nos meios governamentais do Brasil surgiu a partir da proposta do Programa de Combate ao Racismo Institucional no Nordeste do Brasil – PCRI - desenvolvido pelo PNUD/DFID, programa de cooperação internacional comprometido com a erradicação da pobreza no mundo, na perspectiva do cumprimento das chamadas Metas do Milênio.

O racismo institucional, é assim compreendido, como “o fracasso coletivo de uma organização em prever um serviço profissional e adequado às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica”. Nesse diapasão, “o racismo institucional pode ser visto ou detectado em processos, atitudes ou comportamentos que denotam discriminação resultante de preconceito inconsciente, ignorância, falta de atenção ou de estereótipos racistas que colocam minorias étnicas em desvantagem” e “determina a inércia das instituições e organizações frente às evidências das desigualdades raciais” (DFID, 2004).

Trata-se de um conceito que, na visão do referido Programa, possibilita identificar os mecanismos institucionais racistas consubstanciados em leis, normas atitudes e comportamentos estabelecidos, visto que o Racismo Institucional, enquanto um não-dito nas relações raciais, engendra arranjos institucionais que restringem a participação de determinado grupo racial, ora afetando a punibilidade do racismo (SALES JÚNIOR, 2006) ora forjando uma conduta rígida frente às populações discriminadas.

Além desse aspecto externo que se reflete na qualidade da prestação do serviço à sociedade, o Racismo Institucional também permeia os Ministério Público na sua composição, (como de resto, as demais instituições e as organizações privadas) na medida em que não se questiona e se vê como natural o racismo refletido em sua hierarquia interna, onde os cargos e os salários mais elevados e representativos de poder se encontram majoritariamente com as pessoas brancas, contrapondo-se a um segmento terceirizado predominantemente constituído de pretos e pardos.

1.3 A EXPERIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE PERNAMBUCO NO COMBATE AO RACISMO: LIMITES E POTENCIALIDADES

Na esteira da II Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia Intolerâncias Correlatas em Durban, em setembro de 2001, instalou-se o debate na sociedade brasileira sobre a discriminação, ações afirmativas e as cotas, gerando uma expectativa justa dos movimentos sociais negros em relação às instituições responsáveis pela efetivação dos direitos reclamados, o que, por sua vez, vem suscitando uma avalanche de questionamentos em torno de temas como igualdade formal e igualdade material, universalidade e seletividade, direito e privilégio, motivando o estabelecimento do conflito legítimo, porque próprio da Democracia.

Neste sentido é que, para Chauí (2006, p. 139), “por seu vínculo constitutivo com o conflito, a Democracia não cessa de fazer surgir novos sujeitos políticos, que emergem dos conflitos e são criadores de direitos novos. Ela é, fundamentalmente, processo de criação de direitos (o que também é uma de suas originalidades) e, por isso mesmo, é uma forma política aberta ao tempo e à história”. Como é sabido, o processo de aperfeiçoamento da democracia se dá através do eficiente funcionamento de suas instituições.

Nos limites a que se propõe este trabalho, apenas se coloca essa questão como indicativa da situação estratégica em que se encontram instituições como o Ministério Público, ao mesmo tempo Fiscal da Lei e agente político garantidor da cidadania. Por seu turno, ao prestígio por ele alcançado perante a sociedade ao longo de quase duas décadas, corresponde a responsabilidade de ser a ponte para a consolidação dos “direitos novos” a que se refere a autora citada, impulsionando-o à ações concretas e transformadoras, previstas no texto constitucional: “Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”: I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e marginalização reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outra forma de discriminação” (CF, art. 3º.).

Sobre esse tema, discorre ROCHA (1996, p. 93 apud GOMES, 2005, p. 62): “Verifica-se que todos os verbos utilizados na expressão normativa – *construir, erradicar, reduzir, promover* – são de ação, vale dizer, designam um comportamento ativo. O que se tem, pois, é que os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil são definidos em termos de obrigações transformadoras do quadro social e político retratado pelo constituinte quando da elaboração do texto constitucional”. Donde se pode deduzir que o Ministério Público não pode se omitir de uma atuação proativa, que contribua efetivamente para a transformação dessa realidade.

Nesse contexto, o Ministério Público de Pernambuco – MPPE, a partir da iniciativa de um grupo de promotores e procuradores da cidadania, criou o Grupo de Trabalho Sobre Discriminação Racial GT-Racismo, com o objetivo geral de desenvolver estratégias de inclusão social mediante ações de combate às atitudes discriminatórias, inserindo a temática racial na prática institucional. Nessa perspectiva, foi construído, junto com a assessoria de Planejamento do MPPE, um Plano de Atuação para o GT-Racismo, com metas, prazos e responsáveis bem definidos,

a partir de uma Audiência Pública com o Movimento Negro de Pernambuco, que propôs duas prioridades básicas: 1. Garantir a implementação da Lei Nº 10.639/03 – (que altera a Lei no. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, para incluir no currículo oficial da rede de ensino a obrigatoriedade da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”), e 2. Garantir a implementação de políticas públicas de Saúde da População Negra.

Tão logo instalou-se o debate dentro da instituição, o Grupo se apercebeu de que havia dificuldade de percepção, por parte da maioria dos membros e servidores, da existência do racismo como um dado real, capaz de interferir negativamente na vida das pessoas, porque há uma concepção no imaginário social de que se vive numa “democracia racial”. Ora, se o “racismo não existe”, e se há tantas questões “realmente” importantes na agenda do Ministério Público, para que, então, enfrentá-lo? Por outro lado, se não se assume que existe racismo, inclusive dentro do Ministério Público, como este poderá prestar um serviço isento, adequado, que contemple essas novas demandas, que implemente a legislação anti-racista, penalizando as violações desses direitos?

A parceria com o Programa de Combate ao Racismo Institucional oportunizou a realização de oficinas de capacitação e sensibilização sobre este tema no MPPE com equipes técnicas multidisciplinares especializadas em relações raciais, com a participação do Movimento Negro, possibilitando a capacitação de cerca de 100 promotores e 40 servidores. Nessas ocasiões, foram reconstruídas e, em alguns casos relatados, experiências vividas que retratavam o racismo implícito, revelando, por outro lado, que a complexidade do tema ultrapassa, em muito, uma abordagem meramente jurídica. Pôde-se observar que esse processo alterou, em certos casos de forma visível, a prática institucional de alguns participantes.

A ausência dessa discussão, da apropriação de conhecimentos específicos sobre o tema, a interação com os movimentos sociais negros dentro das instituições, porém, pode representar um dos maiores entraves para a compreensão da necessidade das políticas públicas afirmativas, de um modo geral, e, em particular, da implementação da Lei 10.639/03.

1.4 LEI 10.630 DE 09 DE JANEIRO DE 2003 - ENSINO DA HISTÓRIA E CULTURA AFRO-BRASILEIRA E AFRICANA

A Lei 10.639, de 09 de janeiro de 2003 - que alterou a Lei n. 9394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelecendo a obrigatoriedade do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana na Educação Básica - é um instrumento legal de fundamental relevância no sentido de serem reconstruídas as relações raciais entre negros e não negros no Brasil, na medida em que essa lei contém as premissas básicas para a implantação de uma educação cujas práticas pedagógicas considerem positivamente as relações étnico-raciais, “visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho” (art. 205, CF). Essa lei representa uma conquista do Movimento Negro do Brasil, e um avanço em direção à garantia plena dos direitos, pela efetiva contribuição para a cidadania de uma população que teve interdita a sua participação positiva na História por ela também construída.

Objetivando a sua implementação, o Ministério da Educação, através do Conselho Nacional de Educação, editou o Parecer n 003/2004, aprovado em 10.03.2004, dirigido aos Conselhos de Educação dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, estabelecendo Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico Raciais. Trata-se de uma Ação Afirmativa básica com foco no racismo institucional e no racismo individual, voltada para a formação de professores e gestores, a elaboração e distribuição de material didático e paradidático, currículo escolar e projeto político-pedagógico.

Não obstante esteja em vigor há mais de 4 anos e em que pese sua importância para o combate ao racismo, o desconhecimento quanto a existência dessa lei e a resistência à sua implementação nos mais diversos níveis de poder, são reveladores do quanto é difícil para a população negra se fazer ouvir e respeitar.

Enquanto isso, segmentos expressivos das representações dominantes da sociedade, reitera o senso comum da permanência do mito da “democracia racial”, utilizando-se do discurso de repúdio às cotas, como elemento instaurador do conflito instituído. Dessa forma, desconsidera-se a realidade, porque o mito cristaliza crenças e valores que são interiorizados pela sociedade como se realidade fosse, desempenhando uma função apaziguadora e repetidora do *status quo* existente, como suporte da ideologia dominante, encarregada de manter a matriz mítica inicial (CHAUI, 2007).

Portanto, sendo a escola um espaço privilegiado de construção (e desconstrução) de valores, se a Lei 10.639/03 determina uma ação de construção e disseminação de conhecimentos sobre o racismo e suas consequências, mediante um compromisso ético e político de uma educação anti-racista, é urgente que se priorize sua implementação, como ação transformadora.

1.5 O CRIME DE RACISMO

No que diz respeito a estratégia repressivo-punitiva para o enfrentamento da discriminação, observa-se que o crime de racismo, não obstante figurar como inafiançável e imprescritível no texto constitucional, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei (CF, artigo 5º, XLII), os estudos recentes (SILVA JR, 2006) demonstram que a

impunidade é a regra e que o mito da “democracia racial” e o racismo institucional (SALES, 2006) também dificultam, quando não inviabilizam por completo, a punição desses crimes. Nestes, a ação supostamente ilícita é analisada isoladamente de seu contexto discursivo, favorecendo uma interpretação que sempre beneficia “inconscientemente” o agente discriminador - ou porque a ocorrência sequer ultrapassa a esfera policial, ou porque, considerada como injúria qualificada (artigo 140, § 3º. CP) possibilita, via de regra, a decadência, quando, na maioria das vezes, a hipótese é típica do crime de discriminação racial previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, que é imprescritível e cuja titularidade da ação é do Ministério Público.

Tese apresentada pelo promotor de justiça Roberto Brayner, membro do GT-Racismo, no VI Congresso Estadual do MPPE, em setembro de 2005, defende que os crimes de injúria, praticados com ofensas verbais de conteúdo racista, são crimes de racismo (Lei. 7.716/89, art. 20), em face da manifesta inconstitucionalidade do artigo 140 § 3º do Código Penal, frente ao que dispõe o artigo 5º, XXII, da Constituição Federal.

Esse entendimento está em consonância com as recomendações do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o qual destaca que as investigações relacionadas à discriminação racial devem ser conduzidas com diligência e agilidade, a fim de que proporcionem o esclarecimento rápido dos fatos, principalmente quando praticados em público e por grupos, recomendando a revisão da política e dos procedimentos nesses casos, inclusive com pagamento de indenizações para amenizar os danos.

Por sua vez, a alteração produzida pela Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004 que acrescentou o § 3º ao artigo 5º da Constituição, atribui maior relevância aos Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos (art. 5 §§ 3º e 4º., CF), na medida em que prevê a aplicabilidade imediata dessas normas de garantia de direitos fundamentais, incorporando-as automaticamente à Ordem Jurídica brasileira e declara a submissão do Brasil ao Tribunal Penal Internacional

2. CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

A renovação dos compromissos assumidos pelo Brasil para o combate à discriminação racial, na Conferência Mundial Contra o Racismo, a Xenofobia, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância, realizada em setembro de 2001, em Durban, na África do Sul, impõe a incorporação do viés racial nas práticas institucionais, gerando a necessidade de uma releitura crítica dos princípios e normas que integram a ordem jurídica.

Observa-se que não obstante a existência de um aparato legislativo (constitucional e infraconstitucional) determinando medidas repressivo-punitivas e compensatórias no combate ao racismo, as instituições governamentais, de um modo geral, e as instituições jurídicas em especial, não tem dado efetividade esses princípios e normas.

O Ministério Público, órgão essencial à administração da Justiça (CF, artigo 127), instituição incumbida de “zelar pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados [na] Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia” (CF, artigo 129, inciso II), não tem sido eficiente no combate ao racismo, utilizando uma prática institucional que trivializa as violações de direitos sofridas pela população negra e dificulta a implementação de políticas públicas afirmativas.

O Racismo Institucional, enquanto prática institucional resultante de estereótipos racistas, presente nas organizações e instituições, que restringe a participação de determinado grupo racial, também se reflete no Ministério Público, ora afetando a punibilidade do racismo, ora forjando uma conduta rígida frente às populações discriminadas, de modo a dificultar uma atuação institucional eficiente e adequada, o que exige a discussão, análise compreensão e disseminação desse conceito.

A Lei 10.639, de 09 de janeiro de 2003 - que alterou a Lei n. 9394/96, de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelecendo a obrigatoriedade do ensino da História e Cultura Afro-Brasileira e Africana na Educação Básica - é uma ação afirmativa fundamental para o combate à discriminação, na medida em que possibilita a reconstrução das relações raciais entre negros e não negros no Brasil, devendo ser urgentemente implementada pelo Ministério Público.

Na análise do crime de racismo, não obstante ser este inafiançável e imprescritível no texto constitucional (CF, artigo 5º, XLII), a prática institucional tem possibilitado em muitos casos, a impunidade, uma vez que as ações supostamente ilícitas são analisadas num contexto discursivo que favorece uma interpretação benéfica para o agente discriminador. Considerado quase sempre injúria qualificada (artigo 140, § 3º. CP) possibilita, na maioria dos casos, a decadência, quando, via de regra, a hipótese é típica do crime de discriminação racial previsto no artigo 20 da Lei 7.716/89, que é imprescritível e cuja titularidade da ação é do Ministério Público.

Essa prática contraria as recomendações do Comitê sobre a Eliminação da Discriminação Racial, instituído pela Convenção Internacional sobre Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, o qual destaca que as investigações relacionadas a esses crimes devem ser conduzidas com diligência e agilidade, recomendando também a revisão da política e dos procedimentos nesses casos, inclusive com pagamento de indenizações para amenizar os danos.

REFERÊNCIAS

BARROS, Geová de. **Racismo Institucional: a cor da pele como principal fator de suspeição**. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Pernambuco, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **Contra a Violência**. Disponível em <http://www2.fpa.org.br/portal/modules/news/article> Acesso em 30 jul. 2007.

_____. **Cidadania cultura: o direito à cultura**. São Paulo: Ed. Fundação Perseu Abramo, 2006.

SALES JUNIOR, Ronaldo L. de. **Raça e Justiça: o mito da democracia racial e o racismo institucional no fluxo de justiça**. 2006 Tese (Doutorado). Universidade Federal de Pernambuco, Recife.

GOMES, J. B. Barbosa. **A recepção do instituto da ação afirmativa pelo Direito Constitucional Brasileiro**. In: SANTOS, Sales A. dos. (org.). **Ações afirmativas e combate ao racismo nas Américas**. Brasília: Ministério da Educação, 2005. Coleção Educação para Todos.

PIOVESAN, Flávia. **Direito Internacional dos Direitos Humanos e igualdade étnico-racial**. In: PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas. (Org.). **Ordem jurídica e igualdade étnico-racial**. Brasília: SEPPIR, 2006.

DFID. Department Four International Development. **Programa de Combate ao Racismo Institucional no Nordeste do Brasil/PCRI/NE**. Brasília, 2002.

BRASIL. Ministério da Educação. **Resolução nº 1**, de 17/06/2004: Institui Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação das Relações Étnico-Raciais e para o Ensino de História e Cultura AfroBrasileira e Africana. Disponível em: <http://www.educacaopublica.rj.gov.br/biblioteca/documentos/doc>. Acesso em 30. jul. 2007.

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

O REAL SENTIDO DA EXPRESSÃO “DETERMINAÇÃO JUDICIAL” REFERIDA NO ART. 5.º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

Antonio Milton de Barros

Promotor de Justiça aposentado/SP

Sumário: 1. Introdução. 2. A necessidade de separação dos institutos de busca e apreensão. 2.1. Busca. 2.1.1. Etimologia, conceito, natureza jurídica e Finalidade. 2.1.2. Condição de legitimidade da busca. 2.1.3. Modalidades de busca: domiciliar e pessoal. 2.1.3.1 Conceito, hipóteses e condições da busca domiciliar. 2.2. Apreensão. 3. O sentido da expressão “determinação judicial” contida no art. 5.º, XI, da Constituição. 3.1. Apreensão de objetos distintos daqueles referidos na “determinação” ou “autorização” judicial. Conclusões e proposições. Referências bibliográficas.

1. INTRODUÇÃO

A análise do tema busca e apreensão, no processo penal, pressupõe a observância dos direitos individuais previstos na Constituição Federal, especialmente aqueles do artigo 5.º, XI, X e III, que se referem, respectivamente, à inviolabilidade de domicílio, intimidade e vida privada e incolumidade física e moral.

Em primeiro lugar, trata-se da proteção da casa do indivíduo, cuja inviolabilidade só pode ser excepcionada nas situações estritas da Constituição.

De outro lado, a Constituição, proclama serem invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, bem como sua incolumidade moral e física.

De fato, enquanto se manteve presente, em todas as Constituições, a preocupação com a proteção do indivíduo no interior de sua casa, a atual carta é mais abrangente na proteção das liberdades públicas, tendo estendido seu manto sobre as questões relativas à intimidade e à incolumidade física e moral.

Tais direitos, como se sabe, não são absolutos, podendo sofrer limitações no sentido de se conciliarem com o poder-dever estatal de punir, desde que obedecidos critérios de estrita legalidade, de proporcionalidade e necessidade, sob pena de ferimento, também, de duas outras garantias constitucionais do processo: o devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (art. 5.º, LIV e LVI)¹.

2. A NECESSIDADE DE SEPARAÇÃO DOS INSTITUTOS DE BUSCA E APREENSÃO

O Código de Processo Penal disciplina duas formas de busca: domiciliar e pessoal (art. 240, *caput*). Coloca a apreensão, tão só, como finalidade da busca, deixando de regulamentá-la.

Contudo, certamente que a busca não se destina, sempre, à apreensão. Pode ocorrer busca para se prender criminosos e para o encontro de provas. Também pode verificar-se a apreensão sem busca, quando, por exemplo, a autoridade comparece ao local do fato (CPP, art. 6.º), ou em caso de entrega espontânea.

Como esclarece Cleunice Pitombo², não obstante o legislador ter juntado a busca e a apreensão, dois são os institutos, apresentando a busca limites constitucionais, enquanto a apreensão surge como limitação ao poder individual de deter pessoas ou de reter coisas. São, portanto, institutos autônomos, e assim devem ser estudados.

O tratamento unitário dos institutos, segundo Sérgio Pitombo, referido pela mesma autora, ocorre porque “a apreensão, no mais das vezes, segue a busca. Emerge daí o costume de vê-las unidas. Conceitos que se teriam

¹ PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. Da Busca e Apreensão no Processo Penal. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005. p. 5.

² Op. cit., *passim*.

fundido, como se fossem uma e mesma coisa, ou objetivamente inseparáveis. As buscas, contudo, se distinguem da apreensão, como os meios diferem dos fins”.

Ademais, conforme adverte Ronaldo Batista Pinto³, a doutrina, de forma unânime, aponta a má colocação da busca e apreensão na sistemática de nosso código, elencada entre as provas. Com efeito, por ter uma natureza nitidamente acautelatória, deveria figurar dentre as outras medidas de igual natureza.

2.1 Busca

2.1.1 Etimologia, conceito, natureza jurídica e finalidade.

“Busca” vem do verbo ‘buscar’, sinônimo de ‘procurar’, tratar de descobrir ou de ‘encontrar’. Assim, ‘busca’ é a diligência que se faz em determinado lugar, com o fim de aí encontrar-se pessoa ou coisa que se procura”⁴.

Eduardo Espínola Filho⁵, com apoio em Mayer, define busca como um meio coercitivo, pelo qual é, por lei, utilizada a força do Estado para apossar-se de elemento de prova, de objetos a confiscar, ou da pessoa do culpado ou para investigar os vestígios de um crime.

José Frederico Marques⁶ lembra que a colheita acautelatória de provas e indícios torna imprescindível a atribuição de poderes coercitivos à autoridade policial, destinados a efetivar as providências tendentes a assegurar o êxito da investigação. Esses poderes, que se realizam por meio de busca e apreensão, quando impliquem em cerceamento da liberdade, devem ser submetidos a controle judicial prévio, salvo no caso de prisão em flagrante.

Cleunice Pitombo⁷ assevera que há dificuldade, na doutrina, em apontar a natureza jurídica da busca por dois aspectos: 1) a unidade legislativa dos institutos; 2) o dissenso classificatório; assim, a medida ora é considerada meio de prova, ora instrumento de sua obtenção; ou, ainda, coação processual penal lícita; esse é mais um motivo para se separar a busca da apreensão, por não possuírem a mesma natureza jurídica, pois “a busca pode, em alguns momentos, assumir característica de urgência, enquanto a apreensão, na maioria das vezes, efetiva-se com o escopo assecuratório”.

Apesar de tais considerações e em que pese se achar inserida no capítulo das provas, sendo por tal razão assim classificada pela lei, a busca se configura em uma medida cautelar (ou acautelatória) coercitiva destinada a obstar o pericúlo de prova do crime.

As buscas destinam-se ao fim de assegurar, ao processo, coisas que possam servir à prova, ou de prender acusado, ou outra pessoa, indiciada de crime ou evadida, segundo Manzini, citado por Espínola⁸; este autor, contudo, afirma que se deve acrescentar, além de coisas, pessoas, “mesmo que não sejam acusadas ou suspeitadas de atividade delituosa, mas tendo, ao invés, sofrido os efeitos da ação criminosa alheia; expressa é a letra g do § 1.º do artigo 240”. O autor cita os casos em que se faz busca e apreensão de pessoas vítimas de crime, como seqüestro e cárcere privado. Faz-se a busca na casa onde se suspeita que esteja oculta e presa a vítima, constituindo a sua apreensão a constatação material do corpo de delito.

A busca volta-se “para o descobrimento do que se procura (CPP, art. 245, § 3.º). Assim, não se sai em busca de coisa qualquer, de pessoa incerta, ou local não sabido, mas do que, efetivamente, importa e serve ao processo penal”⁹.

2.1.2 Condição de legitimidade da busca

A busca, assim como sua finalidade, seja em domicílio, seja aquela que se faz na pessoa, constituem situações que exigem, por razões óbvias, estrita legalidade, como de resto deve ocorrer sempre que se proponha a limitar ou restringir direitos e garantias individuais.

A realização da busca domiciliar não fica à vontade da autoridade, seja ela policial ou judiciária. É preciso que haja, nos termos do artigo 240, “fundadas razões”, pois, como diz Fernando da Costa Tourinho¹⁰, não parece coerente a Constituição cercar o cidadão de reais garantias e ao mesmo tempo permitir que o juiz viole aquilo que ela própria, Constituição, considera “asilo inviolável”.

A autoridade judicial, portanto, em nosso sistema processual penal, para autorizar a busca domiciliar deve, de forma inequívoca: a) demonstrar, nos “fundados motivos”, que a restrição ao direito individual aflora inafastável

³ PINTO, Ronaldo Batista, Prova Penal segundo a jurisprudência. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 368.

⁴ BORGES DA ROSA, Inocêncio. Processo penal brasileiro, Porto Alegre: Globo, 1942. p. 144.

⁵ ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal anotado. 3. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954. p. 195.

⁶ MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Vol. 1. Campinas-SP: Bookseller, 1997. p. 287.

⁷ Op. cit., p. 109.

⁸ Op. cit., p. 195.

⁹ PITOMBO, Cleunice. Op. cit., p. 117.

¹⁰ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2003. p. 365.

para a persecução penal; b) evidenciar que o interesse social concreto prevalece sobre o individual; c) que é proporcional ao fim almejado; d) que está ajustada, em sua concretude, com a finalidade perseguida¹¹.

Daqui se pode extrair a conclusão parcial de que a ordem judicial não torna legítima a busca, se não houver observância a esses parâmetros legais e constitucionais.

2.1.3 Modalidades de busca: domiciliar e pessoal

O Artigo 240 do Código refere-se a duas modalidades de busca, a domiciliar e a pessoal. "No primeiro caso, tem-se o *varejo*; no segundo, a revista. A casa é varejada, para pesquisa; a pessoa é revista, para o mesmo fim."¹² Para a busca domiciliar exige "fundadas razões" (art. 240, *caput*) e, para a busca pessoal, "fundadas suspeitas" (art. 240, § 2.º). A doutrina encara de modo diferente a correlação entre as expressões.

Tourinho¹³ considera haver maior seriedade nesta última, na medida em que a busca domiciliar constitui medida mais drástica. De forma diferente pensa Hélio Tornaghi¹⁴, que equipara as duas expressões, afirmando: "A fundada suspeita de que fala esse dispositivo (240 § 2.º) é o mesmo que a fundada razão da qual falei ao tratar da condição de legitimidade da busca domiciliar". Espínola¹⁵ também equiparou as duas situações, quando advertiu: "Tal como a pessoal, a busca domiciliar só é de ser ordenada quando há suspeita séria e fundada de que, na casa, aposento ou compartimento a varejar, se encontrem pessoas ou coisas, cuja apreensão interessa ao processo criminal, e, pois, há razão de esperar sejam, aí, achadas, se procuradas."

Para Cleunice Pitombo¹⁶, as duas modalidades encontram fronteiras na Lei Maior, na exata medida em que as normas processuais penais constituem, sempre, projeção das garantias constitucionais; de tal modo, sob qualquer ângulo que se observe, "apresentam-se os preceitos da Constituição respeitantes ao Direito Processual Penal, como base e diretriz das regras disciplinadoras do respectivo processo". Conseqüentemente, no estudo destes preceitos, impõe-se ter presente os regramentos constitucionais que lhe são atinentes.

Este trabalho se destina a analisar apenas a busca domiciliar em face da Constituição Federal de 1988, especialmente quanto ao alcance da expressão "determinação judicial" contida no art. 5.º, XI.

2.1.3.1 Conceito, hipóteses e condições da busca domiciliar

A busca domiciliar é a que se realiza em casa (CF, art. 5.º, XI), que compreende compartimento habitado, aposento de habitação coletiva, compartimento não aberto ao público onde alguém exerce profissão, ou atividade (CP, art. 150, I, II e III e CPP, arts. 245 e 246).

A busca pode ser realizada nas seguintes hipóteses (CPP, art. 240, § 1.º): a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos e falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova da infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento de seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crime; g) colher qualquer elemento de convicção.

O artigo 241 do Código dispõe que, "quando a própria autoridade policial ou judiciária não a realizar pessoalmente, a busca domiciliar deverá ser precedida da expedição de mandado". Esse dispositivo estava perfeitamente de acordo com a tutela constitucional da inviolabilidade do domicílio, cujos princípios não sofreram alteração substancial ao longo da história, pese embora haver a Constituição de 1937 (que vigorava quando promulgado o Código) omitido a regulamentação; tanto é certo que a Constituição de 1946, que, por restabelecer a democracia, poderia influir para eventual reinterpretação do Código recentemente promulgado, praticamente repetia os dizeres das anteriores.

Desse modo, não excluída pelo texto constitucional, a autoridade policial, no regime do Código de Processo Penal em vigor, tinha (antes da Constituição atual) a prerrogativa de ingressar no domicílio de qualquer pessoa para realizar busca visando a cumprir ordem de prisão ou apreender coisas.

Mas, a Constituição Federal de 1988 dispõe de modo diferente a respeito das formas permissivas de ingresso no domicílio à revelia do morador, como se pode conferir no inciso XI do artigo 5.º, *verbis*: "a casa é o asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial".

¹¹ PITOMBO, Cleunice. Op. cit., p. 117.

¹² ESPÍNOLA, Op. cit., p. 201.

¹³ Op. cit., p. 372.

¹⁴ TORNAGHI, Hélio. Curso de processo penal. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990. p. 463.

¹⁵ Ibid. p. 206.

¹⁶ Op. cit., p. 125.

Portanto, há necessidade de “ordem” escrita de autoridade judiciária para penetrar-se no domicílio, salvo se esta estiver presente (hipótese menos comum) ou se houver consentimento do morador.

Desse modo, os dispositivos processuais devem ser entendidos de forma harmônica com o sistema. Antes da promulgação da última Constituição, a autoridade policial podia comandar as diligências de busca domiciliar e pessoal ou expedir mandado para que seus agentes o executassem.

Agora, ainda que a autoridade policial esteja presente, não prescinde de “ordem” judicial para a busca domiciliar, razão pela qual não pode, também, expedir mandado para o mesmo fim; fica revogado, nessa parte, o artigo 241 do Código de Processo Penal, que deve ser interpretado como se referindo tão somente à autoridade judiciária, desde 1988.

Desse modo, o “mandado judicial” é exigível em regra (CF, art. 5.º, XI, CPP, arts. 240 § 1.º e 241), sendo dispensado nos seguintes casos: a) quando houver consentimento do morador; b) em caso de flagrante delito; c) quando realizada pela própria autoridade judiciária (CPP, artigo 241 cc. CF, art. 5.º, XI).

A prova que originar de diligência sem o cumprimento de tais regras será considerada ilegal.

2.2 Apreensão

Segundo Borges da Rosa¹⁷, “apreensão vem do verbo apreender, que significa pegar, agarrar, segurar, tomar, apossar-se. Assim, apreensão é a tomada ou o apossamento da pessoa ou coisa que se buscava ou procurava e foi encontrada”. E, para Hélio Tornaghi¹⁸, “a apreensão é o ato pelo qual a autoridade ou seu agente retira a pessoa ou coisa de quem a detém”.

A apreensão pode ser coercitiva, geralmente originada em busca, ou espontânea, mediante livre apresentação ou exibição.

O ato de apreender pode conduzir a guardar e conservar elementos sensíveis da infração penal. Às vezes, traz consigo indícios, muito embora tal fato jamais baste para lhe dar exclusiva natureza de meio de prova. O apossamento de prova material não lhe esgota a essência, também. A eventual necessidade de apreender-se, com urgência, coisa ou pessoa, de igual modo, não autoriza, só por isso, classificar a apreensão qual medida cautelar, daí afirmar-se que tem natureza variada, segundo diz Cleunice Pitombo¹⁹. Conclui essa autora que a apreensão, no processo penal, apresenta natureza jurídica variada, multifária. A sua classificação vincula-se à função que se lhe der. Ora é tida como medida cautelar, ora como meio de prova e, outras vezes, como instrumento de sua obtenção.

A nosso ver, apesar de se encontrar, conjuntamente com a busca, no capítulo da prova e como tal ser considerada pela lei processual, a apreensão se apresenta com a natureza de medida cautelar que se destina à obtenção de prova ou seu asseguramento.

3. O SENTIDO DA EXPRESSÃO “DETERMINAÇÃO JUDICIAL” CONTIDA NO ART. 5.º, XI, DA CONSTITUIÇÃO

Como visto, a Constituição Federal de 1988 retirou da autoridade policial a prerrogativa de deliberar sobre a entrada na casa, condicionando sua ação a uma “determinação judicial”.

Mas, não se discute, também, que a autoridade policial pode realizar a busca sem o mandado judicial, inclusive no interior de qualquer casa; basta que seja autorizada pelo morador (livre e conscientemente). Se nesse caso, encontrar-se alguma prova de crime, poderá apreender.

Assim, a nosso ver, em vez de “mandado”, o juiz deveria expedir uma “autorização” para a entrada na casa. Essa autorização constitui-se em suprimento da negativa injustificada do morador, porque quando incabível a busca nem o juiz pode autorizá-la. E quando for admissível, por certo que não poderá negar sua realização. Então, a hipótese se enquadra como um caso de apreensão sem busca. Afinal, é tarefa da polícia apreender coisas relacionadas com o crime, independentemente de haver busca (CPP, art. 6.º).

Efetivamente, esse “mandado judicial” deve ser tido como uma “autorização”, uma espécie de “alvará”, suprimindo o consentimento do morador; apesar de no art. 5.º, XI, constar “determinação”, a busca em si e até mesmo a apreensão fazem parte da atividade fim da polícia; portanto, a respectiva autoridade deve conhecer seus deveres e os limites de sua atuação; se houver desvio ou abuso, a prova que originar da diligência será ilegal, a despeito da existência prévia de controle judicial.

Parece que Rogério Lauria Tucci já preconizara a distinção ora discutida, entre a atividade jurisdicional e a atribuição própria da polícia. É certo que o eminente professor da USP ora refere a “ordem judicial”, ora emprega o termo “autorização do juízo”. Mas, em qualquer caso, deixa patente que a autoridade policial é quem detém a prerrogativa de definir o objeto mesmo da apreensão, tanto que o documento judicial pode ser expedido genericamente.

¹⁷ Op. cit., p. 144

¹⁸ Op. cit., p. 468

¹⁹ Op. cit., p. 230.

Em consequência, se não realiza pessoalmente a diligência, a autoridade policial deve expedir mandado de busca, com a imprescindível especificação da coisa buscada²⁰.

Entretanto, a nosso ver, não se trata de “ordem judicial” e sim de um deferimento ao pedido formulado pela autoridade policial. Nem faria muito sentido que esta recebesse uma “ordem” para cumprir aquilo a que se propôs, previamente.

Isso não significa que o juiz não possa emitir uma ordem de busca. Ele poderá fazê-lo no âmbito do processo que estiver presidindo. Afinal, a legislação processual penal, ainda, lhe confere tal prerrogativa, a exemplo do controvertido art. 156, do CPP.

3.1 Apreensão de objetos distintos daqueles referidos na “determinação” ou “autorização” judicial

Segundo a doutrina, a autorização que a lei (CPP, art. 6.º, incs. I e II) confere à autoridade policial, de apreender os objetos encontrados no local do fato, impõe seja observado se tais coisas estão efetivamente relacionadas com o fato; caso contrário, não podem ser apreendidas.

Porém, uma questão surge controvertida; é a que diz respeito ao encontro de objetos distintos daqueles eventualmente relacionados no mandado de busca. Guilherme de Souza Nucci²¹ afirma que não se pode apreender, desde logo, aqueles objetos ilícitos fora do objetivo estipulado no mandado, referentes a delito até então desconhecido. Diz que o local deve ser preservado até que se obtenha outra autorização legal para se proceder à apreensão. Afirma mais que somente será possível apreender-se tais objetos se pertencerem ao morador contra quem se autorizou a busca. Se forem de terceiro, nem a polícia pode apreender, nem o magistrado pode autorizar.

Cleunice Pitombo²² externa o mesmo ponto de vista, a respeito do encontro casual, se inexistente relação entre os motivos e finalidades da ordem originária e o encontro fortuito, concluindo que é “melhor que a autoridade policial preserve o local, providenciando a autorização judicial, para que a tomada se concretize em plena legalidade”.

É, sem dúvida, um posicionamento que busca obviar qualquer intenção de se alargar a quebra excepcional da garantia da inviolabilidade de domicílio e que, em princípio, mereceria ser prestigiado. Entretanto, parece questionável, a partir da própria discussão acerca da inadmissibilidade da prova obtida por meio ilícito, inclusive a ilícita por derivação. Ocorre que, no caso, a busca domiciliar foi precedida de regular “mandado”, em que o juiz fundamentou adequadamente sua “autorização”.

Não se trata, pois, de ato ilícito. Como lembra a mesma autora acima referida, a busca frustrada não torna ilegal a diligência policial. Ou seja, mesmo que não localizado o objeto da busca, não se pode acoimar de ilegal a entrada na casa alheia.

A acolhida da tese principal aqui formulada (no sentido de que a autoridade judicial expede uma autorização ou alvará e não uma determinação) resultará para a autoridade policial a liberdade de decidir sobre o que pode e o que não pode apreender no interior da casa, desde que ali tenha entrado lícitamente.

4. CONCLUSÕES E PROPOSIÇÕES

1. A análise do tema busca e apreensão, no processo penal, pressupõe a observância dos direitos individuais previstos na Constituição Federal, especialmente aqueles do artigo 5.º, XI, X e III, que se referem, respectivamente, à inviolabilidade de domicílio, intimidade e vida privada e incolumidade física e moral.
2. Os direitos individuais não são absolutos, podendo sofrer limitações no sentido de se conciliarem com o poder-dever estatal de punir, desde que obedecidos critérios de estrita legalidade, de proporcionalidade e necessidade, sob pena de ferimento, também, de duas outras garantias constitucionais do processo: o devido processo legal e a inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito (art. 5.º, LIV e LVII).
3. Conquanto inseridas no capítulo das provas, sendo por tal razão assim classificadas pela lei, a busca e a apreensão se configuram em medidas cautelares (ou acautelatórias) coercitivas, destinada a obstar o perecimento de prova do crime.
5. A autoridade judicial, no sistema processual penal brasileiro, para autorizar a busca domiciliar deve, de forma inequívoca, demonstrar, nos “fundados motivos”, a necessidade, o interesse social, a proporcionalidade e a adequação da medida. Caso não preencha tais requisitos, a ordem judicial não torna legítima a busca.
7. Após a Constituição Federal de 1988, ainda quando presente no local, a autoridade policial cede de “ordem” judicial para a busca domiciliar, razão pela qual não pode, também, expedir mandado para o mesmo fim; não tendo sido recepcionado, nessa parte, o artigo 241 do CPP.

²⁰ TUCCI, Rogério Lauria. A polícia civil e o projeto de Código de Processo Penal, A polícia à luz do direito. Bismael B. Moraes (Coord.). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. p. 117, apud PITOMBO, Cleunice. Op. cit., p. 128, nota 87.

²¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 481.

²² Op. cit., p. 267.

9. A busca e mesmo a apreensão fazem parte da atividade fim da polícia; portanto, a respectiva autoridade deve conhecer seus deveres e os limites de sua atuação; se houver desvio ou abuso, a prova que originar da diligência será ilegal, a despeito do controle judicial prévio.
10. A expressão “determinação judicial”, referida no art. 5.º, XI, da Carta Magna, não deve ser entendida como um “mandado”, mas sim como uma “autorização” judicial de busca, constituindo-se em suprimento da negativa injustificada do morador.
11. Consequentemente, a autoridade policial possui inteira liberdade de decidir sobre o que pode e o que não pode apreender no interior da casa, desde que ali tenha entrado licitamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BARROS, Antonio Milton de. *Da prova no processo penal: apontamentos gerais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.
- BARROS, Marco Antonio. Sigilo Profissional. Reflexos no âmbito das provas ilícitas. In: *Revista Justitia*, vol. 175, p. 17, jul-set.1996.
- BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo penal brasileiro*, Porto Alegre: Globo, 1942.
- CÂMARA LEAL, Antonio Luiz da. *Comentários ao Código de Processo Penal brasileiro*, vol. I, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1942.
- ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal anotado*. 3. ed., vol. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.
- MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão cautelar e liberdades fundamentais*. Rio de Janeiro: Lúmen-juris, 2005.
- MARQUES, José Frederico. *Elementos de direito processual penal*. Vol. 1. Campinas-SP: Bookseller, 1997.
- PITOMBO, Cleunice Valentim Bastos. *Da Busca e Apreensão no Processo Penal*. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2005.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- PINTO, Ronaldo Batista, *Prova Penal segundo a jurisprudência*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- TORNAGHI, Hélio. *Curso de processo penal*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1990.
- RIOS, Carlos Alberto dos. *Manual teórico e prático de polícia judiciária*. São Paulo: Edipro, 1991.
- SILVA, José Geraldo da Silva. *O inquérito policial e a polícia judiciária*. Leme-SP: LED, 1994.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Cosa. *Processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2003.

O RESSURGIR DA TORTURA NA ATUALIDADE E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Daniel Henrique Queiroz de Azevedo¹

Promotor de Justiça/PA

I. JUSTIFICATIVA:

Na atualidade, não obstante serem formalmente garantidos os direitos humanos pela maioria dos ordenamentos jurídicos e, conseqüentemente, ser assegurada legalmente a proibição de tortura, inclusive em âmbito internacional², tal prática continua a se fazer presente na maioria dos Estados, até mesmo naqueles democráticos de direito, como o brasileiro.

Assim, a tortura, embora seja proibida legalmente, ainda encontra um largo espaço para se desenvolver na sociedade moderna e na própria justiça estatal, notadamente em ambientes obscuros e ocultos, já que, agora, é praticada nos locais ermos e na presença de poucos, porém, com a mesma frieza e violência de outrora, materializada em procedimentos antigos e também em novas formas de execução, por meio das quais se busca não deixar marcas visíveis, com ênfase na violação mais do psicológico da vítima do que de sua parte física.

Esse espaço em que se revigorou a tortura na sociedade moderna foi se sedimentando em razão de diversos fatores, os quais incidiram no campo econômico³ e político dos Estados, como o fenômeno da globalização e o desenvolvimento de regimes totalitários, bem como no campo ideológico, por meio do surgimento e da posterior disseminação pela imprensa de doutrinas que pregam a redução das garantias fundamentais daqueles que cometem crimes, a fim de conseguirem uma melhor proteção dos bens coletivos.

Todos esses fatores, aliados ao despreparo dos agentes estatais, criam uma atmosfera de medo, que alimenta a violência e incrementa a atuação desvirtuada da justiça penal, que passa a ser um instrumento social eminentemente de neutralização e intimidação dos criminosos, os quais acabam por ser considerados inimigos da coletividade e não indivíduos que devem ser ressocializados e trazidos de volta ao convívio social.

Nesse contexto, o Ministério Público, enquanto fiscal da lei, precisa coibir veementemente a tortura, através de ações preventivas e repressivas, notadamente quando tais nefastas práticas sejam provenientes da atuação de agentes estatais, para que, dessa forma, a justiça pública não se dissocie das diretrizes humanitárias necessárias à garantia da dignidade de todos e de cada um dos membros da sociedade.

II. SÍNTESE DOGMÁTICA

1. Contexto e causas do ressurgimento da tortura na atualidade

Hoje, vivemos em um mundo globalizado, no qual as barreiras territoriais estão sendo superadas, o que – mesmo gerando incontáveis benefícios sociais – também produz, em contrapartida, a universalização das situações

¹ O autor é mestre em ciências jurídico-criminais pela Universidade de Coimbra-Pt e doutorando em direitos humanos pela Universidade de Salamanca-Es.

² Dentre os instrumentos internacionais, podem ser citados: *Declaração Universal dos Direitos do Homem*; *Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos*; *Convenção contra a Tortura e Outras Penas ou Tratamentos Cruéis, Desumanos ou Degradantes*; *Convenção Interamericana para Prevenir e Sancionar a Tortura*; *Convenção Europeia para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos*; *Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais*; *Desumanos ou Degradantes*; *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*.

³ Segundo Vigil, "El imperativo económico (el hombre como mero productor o consumidor) se hace cada vez más absoluto en mayor cantidad de países. En este clima de deshumanización se hace más fácil justificar prácticas inhumanas... El actual modelo de civilización está basado en la falta de armonía (diferencias escandalosas entre hombres), en el hipercontrol de los Estados sobre los individuos, en el gigantismo del entorno (macrociudades, macro fábricas...), en el abuso desconsiderado de la naturaleza y por esto, en el desprecio de la vida, de lo vivo, en la otra atomización de la persona (pieza de enormes engranajes), en el uso del hombre como objeto..." (VIGIL, M. Lopez. Torturas Viernes Santo permanente. *Vida Nueva*, n. 1223, p. 28).

de riscos. Nesse contexto, a sociedade brasileira, além de estar amedrontada com a violência interna do país, que assume proporções quase de guerrilha nas favelas do Rio de Janeiro e na cidade de São Paulo, por exemplo, também sente os resultados de eventos disseminadores do pânico ocorridos a milhares de quilômetros de distância, como o atentado de 11 de setembro de 2001, que atingiu as Torres Gêmeas, nos EUA.

Dessa forma, a mesma rede que universaliza relações, estimulando a miscigenação e a interação de culturas e localidades distantes, gera também uma homogeneização das formas de vida, envoltas em situações e sensações de risco. O risco, portanto, passou a integrar o fato social e é difundido entre um sem-número de pessoas de diferentes lugares de nosso país, não sendo mais um mero inconveniente temporário e acidental, passível de controle ou cujos efeitos podem ser facilmente reduzidos.

Esse novo panorama otimiza os pânicos públicos, instrumentalizando políticas de controle saturadas pela noção de *segurança*⁴, que acabam por legitimar práticas como a tortura, utilizadas pelos agentes estatais na redução dos riscos decorrentes da criminalidade, notadamente daquela considerada grave.

O discurso da violência passa, dessa forma, a imperar na sociedade moderna – inclusive na brasileira – baseado em ideologias que sustentam que o enfrentamento da criminalidade exige a oferta da própria violência, e conseqüente redução de garantias criminais, como políticas públicas ou autodefesa dos membros da coletividade⁵. Assim, a nova gestão penal da intolerância trouxe modelos ideológicos que *compreendem o crime como o lado patológico do convívio social, a criminalidade como uma doença infecciosa e o criminoso como um ser daninho*⁶. Em outras palavras, as soluções propostas insinuam, de forma recorrente, a idéia de ampliação das atribuições conferidas às polícias, a necessidade de mais investimentos na compra de armamentos, a liberação do porte de armas para a comunidade e, fundamentalmente, um agravamento da legislação penal interna com a redução de garantias e direitos fundamentais, o que oferece condições para que, mesmo sem se autorizar expressamente, pelo menos se tolere a prática de torturas.

Ocorre, que em Estados Democráticos de Direito como o brasileiro, no qual a dignidade humana é um dos seus fundamentos, conforme art. 1º da Constituição Federal de 1988, não se pode admitir que acusados ou suspeitos de crimes sejam tratados pela justiça pública como meros objetos do processo, pois devem ser vistos como sujeitos portadores de direitos, que precisam ser respeitados e jamais submetidos a práticas do jaez da tortura, em atenção, inclusive, a proscrição absoluta constante do art. 5º, inc. III, da Carta Magna. Destarte, é incontestável que a concretização dos pressupostos de ideologias embasadas em “guerras preventivas” não pode ser admitida nem social, tampouco juridicamente, uma vez que dinamita os fundamentos da convivência em paz e da tolerância, bem como esvazia a razão das leis segundo o ideário iluminista que justificou a criação do Estado de Direito, ou seja, torna sem efeito o pensamento iluminista de que não é possível subordinar os direitos da pessoa a qualquer bem ou interesse público⁷.

Outrossim, vale aqui ser frisada a importante contribuição da imprensa para o surgimento e a disseminação dessas doutrinas da intolerância. De fato, matérias sensacionalistas, e até instigativas, impulsionaram os sentimentos de *pânico moral em torno da criminalidade*, cultivando o solo em que germinaram as soluções violadoras de direitos humanos.

Na atualidade, a espetacularização da violência, recarregada incessantemente pela emissão de cenas em tempo real pelos meios de comunicação em massa, suscitou dois tipos de sentimentos ambivalentes: o primeiro, que se utiliza da banalização e da vulgarização para produzir posturas de apatia, indiferença e embrutecimento; o segundo, que provoca sensações e reações repletas de medo e ódio. Ambos são constitutivos e informadores de uma ordem social essencialmente autoritária, pois, embora com sinais trocados, dão amparo e legitimidade a uma

⁴ A sensação de risco compartilhado, provocada pelo temor da violência perpetrada contra o familiar e o vizinho, ou contra alguém vitimizado no outro canto do planeta, consiste hoje num dos principais efeitos da nova condição que proporciona o deslocamento instantâneo da informação em tempo real, o que acaba por gerar o alargamento dos sentimentos de identificação, ultrapassando as barreiras que anteriormente reduziam os impactos dos perigos e aumentando as demandas socializadas de segurança.

⁵ Nesse sentido, assevera Laura Zúñiga: “En todos los casos la lógica es la misma: se absolutiza un mal, presentado como una amenaza para la subsistencia humana, la cultura o la civilización, como justificante para invocar una necesidad apremiante, inmediata e impostergable de neutralizarlo, con un coste de garantías. Siguiendo el esquema del estado de necesidad, el poder político presenta una determinada amenaza a nuestra convivencia como especialmente grave y presenta la respuesta penal máxima posible como única vía para conjurarla.” (ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Viejas e nuevas tendencias político criminales en las legislaciones penales. In: BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio; SANZ MULAS, Nieves (Coord.). *Derecho Penal de la democracia vs seguridad pública*. Granada: Comares, 2005, p. 103).

⁶ FRANCO, Alberto Silva. *Crimes hediondos*. São Paulo: RT, 2000, p. 82 apud CARVALHO, Sávio. *As reformas parciais no processo penal brasileiro*. In: ROCHA, Leonel Severo (Org.). *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado*. Faculdade de Direito, Universidade Vale dos Sinos, 2001, p. 311.

⁷ Vide ZÚNIGA RODRÍGUEZ, Laura. Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. In: INSTITUCIÓN DEL ARARTEKO. *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*. Vitoria-Gasteiz, 2003 (Colección Jornadas sobre Derechos Humanos, n. 7). cap. 3, p. 132

intensificação das medidas investigatórias e punitivas, gerando a desconsideração das garantias fundamentais das pessoas, por meio de procedimentos do jaez da tortura⁸.

2. O papel do Ministério Público no combate à Tortura

O ponto de partida para atuação ministerial no combate à tortura deve ser centrado, primordialmente, em algumas das causas do ressurgimento deste fenômeno e não apenas nas consequências – como recorrentemente é defendido – ou seja, os membros do “Parquet” devem desenvolver ações preventivas que impeçam a ocorrência da tortura. Essa atuação preventiva aqui defendida bem se amolda à nova forma de atuação do Ministério Público, o qual, modernamente, tem desempenhado um importante papel no fomento e promoção direta de políticas públicas que atendam aos interesses coletivos, bem como na mediação dos conflitos entre a sociedade e os poderes estatais, notadamente o Executivo, por meio do controle exercido sobre agentes públicos.

Dessa forma, a atuação ministerial no combate a tortura deve se iniciar através de ações educativas, como palestras em escolas e locais públicos das Comarcas onde trabalham, inclusive, com o uso dos meios de comunicação disponíveis, bem como por meio de constantes reuniões e conferências com os segmentos policiais e outros que atuem no auxílio à justiça pública, visando a formação de uma nova consciência de respeito aos direitos humanos⁹. Note-se que aqui se propõe algo mais, ou seja, uma política de conscientização não apenas dos agentes estatais que de alguma forma participem ou atuem na administração da justiça, mas sim, de toda a população, para que conheçam a gravidade das imposições legais que proíbem a tortura e a importância da proteção dos direitos fundamentais que lhe são inerentes, de modo a buscarem seus direitos acaso sejam vítimas, ou jamais pratiquem, tampouco tolerem, condutas que possam ser caracterizadas como tortura¹⁰. Em suma, a mais importante forma de prevenção das torturas não está somente nas leis, senão nas mentes das pessoas¹¹.

Neste mesmo diapasão, devem os órgãos ministeriais realizar Termos de Ajustamento de Conduta e até interpor Ações Cíveis Públicas cabíveis, no sentido de obrigar os representantes do Poder Executivo a cumprirem seu dever, constitucionalmente previsto no artigo 144º da Lei Maior, de garantirem a Segurança Pública tão-acalmada e exigida pela sociedade atual. Assim, através de medidas extrajudiciais ou judiciais o Ministério Público precisa garantir investimentos maciços na formação e capacitação das polícias, para que atuem comprometidas com o respeito aos direitos humanos, bem como é preciso viabilizar a aquisição de recursos materiais e equipamentos, que permitam uma eficiente investigação, sem que o policial se veja na contingência de lançar mão de métodos ilícitos para a apuração dos fatos.

Releva destacar, que essa especialização funcional e capacitação, também devem ser promovidas *interna corporis* pela Instituição Ministerial aos seus membros, através da criação de promotorias especializadas na apuração¹² e processamento de todas as situações que, em tese, configurem o crime de tortura, bem como no incentivo para que promotores e procuradores aprofundem seus estudos, participando de Congressos, Seminários e Palestras sobre o tema.

Outrossim, no campo eminentemente prático do combate à tortura efetivada por agentes estatais, os órgãos ministeriais poderiam desenvolver – de acordo com a realidade local – as seguintes ações:

⁸ Não se pode olvidar que, quando se defende o uso da violência arbitrária contra um suspeito, por questão lógica, também se deveria aprovar o uso da violência contra o policial torturador; se assim fosse, instalar-se-ia a guerra de todos contra todos, bem como a possibilidade de todos serem vítimas dessa violência e dessa arbitrariedade. É, pois, a instauração do chamado “estado da natureza” prenunciado no *Leviatã* de Thomas Hobbes, em que o homem é considerado o lobo do homem (*Homo Homini lupus*).

⁹ Tal medida é preconizada no art. 10, 1, da Convenção contra a Tortura e outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, quando impõe aos Estados partes “que o ensino e a informação sobre a proibição da tortura sejam plenamente incorporados no treinamento do pessoal civil ou militar encarregado da aplicação da lei, do pessoal médico, dos funcionários públicos e de quaisquer outras pessoas que possam participar da custódia, interrogatório ou tratamento de qualquer pessoa submetida a qualquer forma de prisão, detenção ou reclusão”. Conteúdo semelhante possui o art. 7º da Convenção interamericana para prevenir e punir a tortura.

¹⁰ Como afirma a Doutora Laura Zúñiga, o futuro da tortura não está somente na forma como as leis tratam do tema, mas principalmente reside no interior da própria sociedade civil, quer dizer, em seu projeto social, em sua maneira de entender a convivência, na forma de compreender e de relacionar-se com o outro. (ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, 2003, p. 132.)

¹¹ O importante é o que Montesquieu chamava de “o espírito das leis”, ou o que os penalistas chamam de “normas de cultura”, pois são definitivamente os sujeitos sociais que criam, aplicam e interpretam as leis. De nada valem leis magníficas, se as mentes das pessoas estão sequestradas pela intolerância.

¹² Não é demais lembrar que no seu art. 16, a Convenção contra a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes exige que os Estados signatários tomem iniciativa de realizar investigações sobre atos de tortura, mesmo na ausência de uma queixa formal, e que confiram às pessoas o direito de denunciarem, de terem suas queixas investigadas e de receberem proteção contra qualquer outro tratamento ou punição cruel, desumano ou degradante. O tribunal interamericano de direitos humanos considerou que a impossibilidade de se iniciar uma investigação é uma violação do direito de proteção contra tortura e tratamento desumano, conforme decisão do caso *Velásquez Rodríguez*, Sentença de 29 de julho de 1988, Inter-Am. CtJ. HR Series C, nº 4.

2.1 - Durante a execução penal definitiva ou provisória

- a) Realizar visitas carcerárias periódicas, sem aviso prévio e em datas aleatórias, nas quais se opere a avaliação pessoal de cada preso e do local de cumprimento da custódia, inclusive, no que se refere a existência de equipamentos ou instrumentos que possam ser utilizados para infligir maus tratos ou torturas. Frise-se que as entrevistas com os detentos devem ser preferencialmente realizadas de maneira confidencial, ou seja, sem serem vistas ou ouvidas pelo pessoal que exerce suas funções no local de custódia;
- b) Exigir o cumprimento dos direitos do preso, constitucionalmente previstos, notadamente o direito de informação, contato com familiares e comunicabilidade, especialmente com o seu advogado ou defensor;
- c) Exigir registros atualizados de custodiados, nos quais deve constar o nome dos detentos, local de detenção e identidade dos responsáveis pela prisão. Em tal documento devem ser mantidos os pedidos realizados pelos detentos e respostas dadas pelas autoridades públicas. Para que se evitem fraudes e adulterações deve ser exigido que tais registros sejam apostos em livros encadernados com páginas prenumeradas e guardados por ao menos 05 anos;
- d) Requerer à Prefeitura Municipal que, mensalmente, disponibilize um ou mais médicos da saúde pública para comparecerem a delegacia e casas de custódia em geral, com o fim de prestarem atendimento aos presos que dele necessitem, devendo os resultados dos exames e constatações clínicas serem colocados à disposição do recluso, sem que a autoridade policial tenha acesso direto ou ingerência sobre tais documentos;
- e) Exigir, na medida do possível, que algumas categorias de detentos mais vulneráveis, como idosos, jovens recém saídos da adolescência, estrangeiros, minorias étnicas, pessoas de orientação sexual diferente, doentes, incapacitados mentais, dentre outros, recebam tratamento especial ou sejam separados dos demais presos, como forma de serem evitadas discriminações e abusos que possam caracterizar tortura;
- f) Exigir que todos os detentos sejam submetidos a avaliação médica, imediatamente após sua prisão, de modo a serem atestadas suas condições de saúde física e, se possível, psicológica.

2.2 - Durante a colheita de interrogatórios de suspeitos ou acusados

- a) Exigir que somente sejam registradas as informações prestadas pelo interrogado nos locais de detenção oficialmente reconhecidos e, preferencialmente, com a presença de um advogado;
- b) Solicitar que sejam inseridos no termo de interrogatório a hora exata do seu início e do término, de modo a evitar longos períodos de inquirição;
- c) Recomendar que as autoridades policiais efetuem gravações eletrônicas dos interrogatórios, pois isso além de inibir sensivelmente a prática de torturas durante este ato inquisitorial e facilitar a verificação de ilegalidades, também permite que a própria autoridade interrogante possa se defender contra alegações falsas;
- d) Fiscalizar não apenas o momento em que o detento é formalmente questionado, mas também assegurar que não sejam aplicadas coações ou pressões físicas e psicológicas contra o interrogado nos períodos anteriores e posteriores aos questionamentos. Tal fiscalização pode ser exercida por meio da solicitação de novos exames de corpo de delito e outras perícias cabíveis.

Por fim, de nada adiantariam todas essas referidas ações – educativas, de infra-estrutura material e organizacional, de capacitação, intensificação da fiscalização sobre os demais Poderes e controle externo da atividade policial – fomentadas e promovidas pelos representantes do Ministério Público, acaso não seja igualmente efetivada uma dura repressão àqueles que inobservem as determinações legais que proíbem expressamente a prática de tortura.

Com efeito, os membros do “Parquet” devem, efetivamente, aplicar os dispositivos da Lei 9455/97, que regulam o crime de tortura em nosso país, seja requisitando a instauração de inquéritos policiais com o fim de apurar tais práticas, ou realizando investigações diretas e denúncias, quando presentes os indícios de autoria e materialidade deste delito. É importante, ainda, ser desenvolvida uma rede integrada de parcerias entre os membros do Ministério Público e as ONGs, entidades e instituições da sociedade civil que fiscalizem e informem sobre a prática de torturas, para que, em conjunto, se possa atribuir maior eficácia e amplitude às atuações repressivas.

Não restam dúvidas que na atual realidade brasileira, a maioria dos crimes de tortura não são nem mesmo apurados, o que pode ser abstraído através de um simples exame dos relatórios sobre a tortura em nosso país, produzidos por entidades públicas e privadas como a Anistia Internacional ou a Comissão de Direitos Humanos e Minorias da Câmara dos Deputados. De fato, tais relatórios informam centenas de casos de tortura ocorridos todos os anos, em contraposição aos dados obtidos através de uma simples pesquisa na jurisprudência dos principais tribunais de 2º grau e superiores de nosso país, no quais não se encontra praticamente nenhum julgado que trate da aplicação da Lei 9455/97, contra um agente torturador. O Ministério Público, portanto, precisa ser o agente legitimador da referida legislação sobre tortura, para que seus termos não se transformem em letra morta ou meras determinações simbólicas e sem força coercitiva.

III. CONCLUSÃO

O Ministério Público brasileiro, enquanto Instituição Pública inserta em um Estado Democrático de Direito, deve garantir amplamente os direitos humanos e dignidade de todos os membros do corpo social, inclusive daqueles suspeitos ou acusados de terem cometido condutas penalmente puníveis. Nesse contexto, os órgãos ministeriais não podem ficar alheios a força com que ressurgiu a tortura na atualidade, notadamente aquela praticada pelos agentes responsáveis pela administração da justiça, tampouco podem se deixar contaminar pelo clima de *moral panic* e ideologias anti-humanistas¹³, formadas a partir da intolerância como estilo, da violência como método e da irracionalidade como conteúdo. Dessa forma, sempre tomando por base que os indivíduos são intransponíveis e que por isso a justiça penal não pode ser alcançada em detrimento das liberdades públicas, o Ministério Público deve assumir o seu papel de defensor da sociedade e fiscal da lei, também no âmbito da prática de torturas, impedindo ou ao menos dificultando que tais violências sejam efetivadas, bem como punindo severamente todos aqueles que cometam tal delito.

IV. BIBLIOGRAFIA

- FERNANDES, Paulo Silva. *Globalização, "sociedade de risco" e o futuro do Direito Penal*: panorâmica de alguns problemas comuns. Coimbra: Almedina, 2001.
- JURICIC, Paulo. *Crime de tortura*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.
- KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Nacional, 1964.
- MACHADO, Carla; ANGRA, Cândido da. Insegurança e medo do crime: da ruptura da sociabilidade e reprodução da ordem social. *RPCC*, [S.l.], ano 12, n. 1, p. 79-101, jan./mar. 2002.
- PETERS, E. *La tortura*. Tradução de E. Minguez. Madrid: Alianza Editorial, 1987.
- PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. São Paulo: Max Limonad, 1998.
- VERRI, P. *Observaciones sobre la tortura*. Tradução, prólogo e notas de M. Rivacoba y Rivacoba. Buenos Aires: Depalma, 1977.
- VIGIL, M. Lopez. Torturas Viernes Santo permanente. *Vida Nueva*, [S.l.], n. 1223.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. Instrumentos jurídicos para prevenir la tortura y los tratos inhumanos y degradantes. In: INSTITUCIÓN DEL ARARTEKO. *La prevención y erradicación de la tortura y malos tratos en los sistemas democráticos*. Vitoria-Gasteiz, 2003 (Colección Jornadas sobre Derechos Humanos, n. 7). cap. 3.

¹³ A condição para a humanização reside exatamente no olhar do outro.

PENAS E MEDIDAS ALTERNATIVAS À PRISÃO - SOLUÇÕES PARA MINIMIZAR O ABISMO QUE HÁ ENTRE O RESPEITO À DIGNIDADE HUMANA E A REPRESSÃO AOS INFRATORES PENAIIS PELO ATUAL SISTEMA E O SUSTENTÁCULO PARA O SURGIMENTO DE UMA NOVA POLÍTICA CRIMINAL

Américo Bigaton

Promotor de Justiça/SC

Síntese Dogmática: diante de um revelado quadro pré-falimentar, ou já falido, doentio e ineficiente do Sistema Prisional Brasileiro, dentro do qual, com raras exceções, as penas privativas de liberdade são resgatadas de modo a tornarem-se instrumento à incorrigibilidade do delinqüente, servindo de estímulo à reincidência, além de atentatórias à dignidade humana, levantam-se vozes abalizadas de todos os quadrantes do país e fora dele, clamando por melhora urgente no sistema repressor penal pátrio, com o propósito de minimizar o caos emoldurado. Caos este refletido, em resumo, na superpopulação carcerária, resultado do *déficit* de vagas no sistema; na estimulação à delinqüência em face da 'escola do crime' que se tornou a maioria das unidades prisionais do país; na comprovada falência da tríplice função da pena privativa de liberdade: punição, prevenção geral e específica e recuperação do preso; na lúcida afirmação de Bernard Shaw que é "impossível melhorar alguém através de maus tratos". Nesta seara, exsurge com maior eloquência e comprovada exigência, a adoção de caminhos alternativos e substitutivos à pena privativa de liberdade como solução moderna para a punição, prevenção ou intimidação, efetiva reinsersão social do agente criminoso e reparação dos danos causados à vítima. Desnecessário lembrar ainda, do custo financeiro e social elevadíssimo que a privação da liberdade impinge à sociedade. Vislumbra-se também, e a toda evidência, que para atingir maior efetividade das penas e medidas alternativas à prisão, se faz necessário o aprimoramento da norma penal e procedimental. Por fim, a construção de uma moderna política criminal, exigindo, pois, a sensibilização da sociedade brasileira para essa nova perspectiva ideológica criminal, com eco obrigatório no poder legiferante pátrio, e de modo especial, nos operadores do Direito, prioritariamente, o Juiz e o Promotor de Justiça, atores principais nesse processo evolutivo. Sendo tais objetivos alcançados, teremos o Direito Penal como *ultima ratio* e a pena privativa de liberdade como *extrema ratio*, e em seu lugar, tanto quanto possível, a aplicação de medidas e penas alternativas com todas as vantagens decorrentes.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Sistema prisional brasileiro – recidivas transgressões às normas constitucionais; 3. Penas Substitutivas (e alternativas) à prisão - Base Constitucional - Art. 5º, XLVI, *a*, 2ª parte, *b*, *c*, *d* e *e* e Art. 98, I (*que permite a transação penal*) e art. 5º LIV (*que cuida do devido processo legal*); 4. Desafio (às) das velhas mentalidades; 5. Experiências da Comarca de Concórdia/SC na aplicação da Lei 9.099/95; 6. Novas Leis Despenalizadoras; 7. Uma sugestão: ampliação de substitutivos penais; 8. Conclusão.

1. Introdução

O tema está aqui desenvolvido, no sentido de se buscar maior aplicação das penas restritivas de direito, alternativas ou substitutivas à pena de prisão, com ênfase conscientizatória dos Magistrados e dos Membros do Ministério Público, na condição de efetivos operadores do Direito, para valoração deste viés jurídico. E, na esfera legiferante, chamar a atenção dos parlamentares para ampliação do espectro de opções legais para tal desiderato, e bem assim, a implantação lenta e gradativa, de uma inteiramente nova política criminal no país.

Esta exposição objetiva demonstrar que as penas restritivas de direitos e medidas alternativas à prisão devem ser aplicadas com maior frequência, deixando, pois, o encarceramento, para os crimes graves e gravíssimos.

Porquanto, isso resultará na diminuição da reincidência penal, na redução do custo financeiro para manutenção do atual sistema prisional, na redução da criminalidade e em ganho social, em face da possibilidade real de reinserção dos agentes infratores em seu meio.

Portanto, num primeiro momento, faremos uma abordagem de maneira sintética do atual sistema penal brasileiro e por segundo, buscaremos demonstrar a eficiência das penas alternativas – leia-se nas transações penais, ou substitutivas à pena privativa de liberdade, através de uma brevíssima pesquisa de campo realizada no Fórum da Comarca de Concórdia. Por fim, algumas novas opções de instrumentos legais a fim de atingir tal aspiração.

Pela amplitude do tema enfrentado, não ousamos dizer que exaurimos as possibilidades de análise e reflexão, porém, prometemos continuar nossos estudos no sentido de oferecer à comunidade política e jurídica, obra mais completa e dotada de melhor didática.

Dito isso, passamos, então, à exposição do tema proposto.

2. Sistema prisional brasileiro – recidivas transgressões às normas constitucionais

Reza a Magna Carta que a dignidade da pessoa humana constitui-se em um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito (Art. 1º, III).¹ Por sua vez, o art. 5º, XLVII² e seguintes do mesmo diploma legal, declaram que os presos terão direito: a integridade física e moral; pena cumprida em estabelecimentos distintos de acordo com a idade, natureza do delito, sexo; e, assegura também, que as mães podem permanecer com seus filhos durante o período de amamentação. No art. 5º, item III, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamento desumano e degradante”.³

Pelo que se observa no cenário nacional, cotidianamente e vergonhosamente, o Brasil tem sido palco de inúmeras transgressões constitucionais, quando joga para o interior do sistema carcerário uma superpopulação de presos que passam pelas mais variadas opressões, sejam morais, ou físicas, verdadeiros tratamentos desumanos.

Não há um dia sequer sem notícias escabrosas, dando conta da desumanidade experimentada por presos, de norte a sul do país.

Jornal Diário Catarinense do dia 16 de julho de 2007: “no dia 28 de junho, 15 presos do Presídio Masculino de Florianópolis disseram ter sido agredidos por soldados do Batalhão de Operações Especiais da Polícia Militar”. O caso está sendo apurado pelas autoridades competentes.

É apenas uma notícia sobre o verberado tema trazido ao estudo.

“Estão se tornando cada vez mais comuns as notícias de rebeliões e fugas em presídios brasileiros. O atrasado sistema penal do país não colabora e junta, em cadeias superlotadas, criminosos primários e homicidas, seqüestradores, estupradores e outros. O resultado é que, ao invés de ser um espaço para reeducar o preso, o sistema carcerário do Brasil se tornou uma espécie de ‘pós-graduação’ no mundo do crime. Um jovem delinqüente que entre em uma dessas carceragens, sai de lá como um líder de facção, disposto a enfrentar a polícia”, adverte **Renato Marques**.⁴

“As prisões e penitenciárias brasileiras são verdadeiros depósitos humanos, onde homens e mulheres são deixados aos montes sem o mínimo de dignidade como seres humanos que são. O excesso de lotação dos presídios, penitenciárias e até mesmo distritos policiais, também contribui para agravar a questão do sistema penitenciário. Locais que foram projetados para acomodar 250 presos, amontoam-se em média 600 ou mais presos, acarretando essa superlotação, o aparecimento de doenças graves e outras mazelas, no meio dos detentos”.⁵

Embora tenha cometido crime, “o réu deve ser tratado como pessoa humana”⁶ e a “pena deve ser usada como profilaxia social, não só para intimidar o cidadão, mas também para recuperar o delinqüente”⁷. O que importa é que seja punido em conformidade com a lei penal do seu tempo, e na proporcionalidade do delito praticado. Parte considerável de pessoas vê, lamentavelmente, que a qualquer transgressão, deve o autor ser banido do seu meio e mantido na prisão, pelo maior tempo possível e de preferência, sem qualquer respeito à pessoa do agente. É a alternativa que mais satisfaz, quase voltando a Talião.

Não queremos adentrar no debate sociológico, especialmente com o fito de determinar quem são os agentes, atores e suas obrigações neste quadro. Mas de forma ampla, podemos afirmar que, embora as autoridades tenham suas constitucionais responsabilidades, a sociedade deve integrar-se para a minimização deste estigma que vem envergonhando a nação.

A dignidade no cumprimento das penas aos presos do sistema prisional brasileiro é exigida por acordos e tratados internacionais (ratificados pelo Brasil), pela Constituição do Brasil e por normas infraconstitucionais (Lei de Execução Penal). Contudo, o que se observa é o gritante desrespeito às referidas exigências legais e humanitárias.

¹ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*, p. 3.

² Idem, p. 5.

³ Idem, p.4.

⁴ http://www.universia.com.br/html/materia/materia_bajag.html.

⁵ <http://www.advogado.adv.br/estudantesdireito/uniceuma/bartiramousinholima/falenciasistemacarcerario.htm>

⁶ DAMASIO E de Jesus, *Direito Penal*. São Paulo. Editora Saraiva. 25ª edição, 2002 p.11.

⁷ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal*. São Paulo, 18ª ed. Atlas, 2001. p.39.

Poderia ser o tema mais profundamente discorrido, mas em linhas gerais, está posta a *quaestio* para o que adiante se pretende demonstrar. Todavia, está extremamente assegurado que o atual sistema prisional brasileiro está padecendo de crônica e recidiva inconstitucionalidade, com ressalva para uns poucos e isolados estabelecimentos penais, e o que é pior, com o consenso de boa parte da sociedade que não se envergonha dessa situação.

3. Penas Substitutivas (e alternativas) à prisão - Base Constitucional - Art. 5º, XLVI, *a*, 2ª parte, *b*, *c*, *d* e *e* e Art. 98, I (que permite a transação penal) e art. 5º LIV (que cuida do devido processo legal).

Da Constituição Federal⁸ se extrai: Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais, no seu Capítulo I – Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos **que:** Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

XLVI - a lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou **restrição da liberdade;**
- b) **perda de bens;**
- c) **multa;**
- d) **prestação social alternativa;**
- e) **suspensão ou interdição de direitos;**

Já o art. 98 prevê que “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 os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”;

Por fim, o art. 5º, LIV da Constituição Federal, que estabelece a garantia “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Adverte, pois, Flávia Piovesan, que a Carta de 1988, como marco jurídico da transição ao regime democrático, alargou significativamente o campo dos direitos e garantias fundamentais, estando dentre as Constituições mais avançadas do mundo no que diz respeito à matéria.⁹

E nesta senda, a Constituinte de 1988, vislumbrou a necessidade de avanços significativos e permitiu que a construção de uma nova ordem constitucional, que emplacou substancial avanço humanitário na punição dos agentes infratores. Como atenta José Afonso da Silva: “É a Constituição Cidadã, na expressão de Ulysses Guimarães, Presidente de Assembléia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente, porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania”.¹⁰

Cumprir destacar, neste sentido, que a nossa Constituição garantiu a observância do contido na Resolução 217 A (III), da Assembléia Geral das Nações Unidas, a qual adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos e, mais particularmente para nosso estudo, a consagração de que “ninguém será submetido à tortura, nem a tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes”. Também o que deliberou o 6º e o 7º Congresso das Nações Unidas acerca da redução de presos, de incremento nas *soluções alternativas à prisão* e à reinserção social dos delinquentes, conforme bem observou Luiz Flávio Gomes na obra *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*.¹¹ Desta forma, mais recentemente, o Brasil passou a observar também as Regras Mínimas das Nações Unidas para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade, também denominadas de *Regras de Tóquio*.¹²

Importante ainda registrar que, penas substitutivas e alternativas não se confundem. Naquelas é preciso um processo, denúncia, provas, aplicação da pena de prisão e, finalmente, sua substituição por outra sanção (CP, art. 44); nestas a sanção alternativa é aplicada diretamente, sem necessidade de processo, denúncia, provas, condenação, etc. (exemplo: transação penal).

4. Desafio (às) das velhas mentalidades

O Brasil é um país notadamente *sui generis* no que cinge à esfera da produção normativa e da sua Política Criminal oficial. Várias foram as vezes em que nós, profissionais do direito, nos deparamos com leis que foram criadas obedecendo ao rigor do modelo penal clássico, da política criminal paleorrepressiva, em claro contraste com a tendência mundial de criação e ampliação de leis penais mais humanitárias, como as Medidas Alternativas.¹³

A pressão da mídia televisiva que “vende” a imagem de uma política criminal repressiva, como forma de

⁷ BRASIL, *Constituição da República Federativa do Brasil*.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 53.

⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 80.

¹⁰ GOMES, Luiz Flávio. *Penas e Medidas Alternativas à Prisão*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. p. 21.

¹¹ Aprovada pela Resolução 45/110, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 14 de dezembro de 1990.

¹² <http://www.advogado.adv.br/artigos/2002/carlocappi/medidasalternativas.htm>.

¹³ *idem*.

alavancar audiência, encontra fácil aceitação por parte da população. Esta, apavorada pela onda de violência social reinante, acaba por refrear as tentativas de se estabelecer um modelo mais condizente com a realidade brasileira, que valorize o conceito de cidadania, à luz de uma pedagogia da pena mais condizente com o estágio atual de evolução da proteção dos Direitos Humanos.¹⁴

Este errôneo conceito de cidadania acabou por contaminar também a política criminal brasileira, fazendo com que adotássemos um ideal assistencialista de tal fôlego, que passamos a acreditar que apenas o Estado seria responsável pelo tratamento dispensado aos delinquentes. Desta feita, isentamo-nos de um dever que, frise-se, no atual estágio de evolução dos direitos humanos, não mais podemos transferir ao Estado.¹⁵

Cabe igualmente a nós, como sociedade civil organizada, auxiliarmos o ente estatal na melhoria das condições do sistema punitivo pátrio. Não podemos abrir mão de prestar auxílio direto na recuperação do apenado. Devemos servir de instrumento de apoio no difícil processo de reeducação do criminoso. Desta forma, cumpriremos com o papel ao qual estamos destinados, como parte integrante de uma cidadania emancipada: seremos verdadeiros cidadãos.¹⁶

No que diz respeito especificamente às medidas emergenciais, acreditamos que nosso país esteja caminhando, em sentido correto, adotando Medidas Alternativas à Prisão, medidas estas norteadas pelo moderno ideário inserto nas Regras Mínimas da ONU para a Elaboração de Medidas Não-privativas de Liberdade - as Regras de Tóquio.

Com a reforma do Código Penal de 1984, foram introduzidas com a lei 7.209/84 as penas restritivas de direitos em nosso ordenamento jurídico pátrio, entre elas a prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas, a interdição temporária de direitos e a limitação de fim de semana. Essas penas são de caráter substitutivo, as quais a sociedade apelidou de "Penas Alternativas". Quatorze anos mais tarde, a lei 9.714/98 ampliou o rol, passando, então para dez substitutivas à prisão.

Afirma-se, pois, com segurança, que os instrumentos legais insculpidos pelas Leis 7.209/84 e 9.714/98, proporcionaram ao país uma bem sucedida experiência na aplicação da lei penal, afastando do sistema prisional, criminosos que experimentaram a sanção penal sem o caráter odioso e desumano contido no cárcere. Os diplomas legais anteriormente citados emolduraram os seguintes institutos substitutivos à prisão: 1 - prestação pecuniária (art. 43, I); 2 - prestação de outra natureza - inominada (arts. 43, I e 45, §§ 1º e 2º); 3 - perda de bens e valores (arts. 43, II e 45, § 3º); 4) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas (arts. 43, IV e 46, §§ 1º e 2º); 5 - proibição de exercício de cargo, função ou atividade pública (art. 43, V e 47, I); 6 - proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício que dependam de habilitação oficial, de licença ou autorização do Poder Público (art. 43, V e 47, II); 7 - suspensão de autorização ou habilitação para dirigir veículo (art. 43, V e art. 47, III); 8 - proibição de freqüentar determinados lugares (art. 43, V e art. 47, IV); 9 - limitação de fim de semana ou "prisão descontínua" (art. 43, VI e art. 48) e 10 - multa (art. 44, § 2º).

Novo avanço com surgimento dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais, através da Lei 9.099/95, porque assim permitiu o art. 98, I, da Carta Maior, ao estabelecer a permissibilidade para criação e implantação de "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 os procedimentos oral e sumaríssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau".

Como bem observa Luiz Flávio Gomes, as penas e medidas verdadeiramente alternativas, no Brasil, vieram com a Lei dos Juizados Criminais: destacam-se a composição civil do art. 74, transação penal do art. 76 e a suspensão condicional do processo do art. 89¹⁷.

Porém, é preciso mais.

As experiências consolidadas em face da efetiva aplicação do instituto da transação penal introduzida no Brasil pela Lei 9.099/95, mostram que se pode ir além. É necessário avançar nos diplomas legais permissivos a outras medidas e penas alternativas à prisão e com isso, ir assegurando, passo a passo, a transposição para um modelo novo de política criminal.

Já temos, portanto, extraordinárias experiências de eficiência comprovadas, que são a composição civil (Lei 9.099/95, art. 76), a transação penal (penas alternativas), as penas restritivas de direito (CP art. 43 - substitutivas à prisão) e a suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/95 - medida alternativa), a representação para os crimes de lesão corporal leve e lesão culposa (art. 88), exurgindo formas promissoras de despenalização do direito penal e servem de paradigma para que o legislador se empenhe na produção de novos caminhos jurídicos para aprimorar ainda mais o sistema.

Na esteira do sucesso desta modalidade despenalizadora, ainda existe a questão da reincidência. Neste aspecto, vale aqui transcrever o que consta na justificativa do Projeto de Lei nº 163/2007, de autoria do Senador

¹⁴ idem.

¹⁵ idem.

¹⁶ idem.

¹⁷ GOMES, Luiz Flávio. *Penas Alternativas*. Boletim IBCCRIM nº 56 Julho Esp./1997.

Aloizio Mercadante, que tramita no Senado Federal e propõe alteração em dispositivos do Código Penal que tratam da substituição da pena privativa de liberdade: *“pesquisas demonstram que o índice de reincidência dos condenados que tiveram a substituição de pena privativa de liberdade é incrivelmente mais baixo do que aqueles que cumpriram pena, encarcerados. De acordo com dados do Programa de Fomento às Penas e Medidas Alternativas, do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN), do Ministério da Justiça, enquanto se apresenta um índice de reincidência de 70% a 85 % entre os condenados à prisão, em se tratando de penas alternativas o índice cai vertiginosamente para uma variação de 2% a 12%”*

É necessário então, em que pese algumas vozes contrárias que por certo ecoarão, que se modernize, com urgência, o texto infraconstitucional, permitindo assim, um maior avanço no sentido de um direito penal mais ressocializador, integrador, consensualizador, contemporâneo às exigências atuais.

5. Experiências da Comarca de Concórdia/SC na aplicação da Lei 9.099/95

Não poderíamos deixar de citar neste breve trabalho, mesmo que resumidamente, os benefícios diagnosticados nas ações do Ministério Público e do Poder Judiciário na Comarca de Concórdia/SC, para uma população de aproximadamente 90.000 habitantes, em face da aplicação da lei anteriormente citada:

- descongestionamento na Vara Criminal;
- rapidez da resposta estatal;
- consideração dada à vítima (reparação do dano e certeza da punição);
- comprovada diminuição da reincidência;
- elevadíssimo número de conciliações;
- diminuição da sensação de impunidade;
- tempo maior para que a Justiça Criminal possa cuidar dos processos referentes a casos mais graves;
- integração do Poder Judiciário e do Ministério Público com a sociedade, através da PSC;
- integração da sociedade na questão da prevenção da delinquência;
- repasse de mais de meio milhão de reais para o FIA dos municípios que integram a comarca e para instituições sociais cadastradas no Fórum, valor este oriundo das transações penais desde a edição da lei;
- aquisição de dois veículos com recursos das transações penais (um para o Conselho Tutelar e outro para o Conselho da Comunidade);
- aquisição de um veículo para a Polícia Ambiental, fruto de composição civil com infrator ambiental;
- reforma do Presídio Regional, paga com valores obtidos em transações penais, e, do mesmo modo, a construção da Casa do Albergado;
- construção de uma cerca em torno do Presídio Regional (idem ao anterior);
- pagamento parcial de curso profissionalizante para dezenove detentos, junto ao SENAI, também com recursos oriundos das transações penais;
- inúmeras instituições beneficiadas com a prestação de serviços comunitários;

Na contramão de muitas comarcas Brasil a fora, nas quais o conjunto de crimes tem aumentado, em Concórdia/SC, dados apresentados pela Polícia Militar¹⁸ demonstram exatamente o contrário, e isto se deve, naturalmente, pela ação conjunta das Polícias Civil e Militar, do Poder Judiciário e do Ministério Público, bem como através de grande utilização da justiça consensual.

Em outro vértice, a reincidência, como pôde comprovar a então acadêmica Luciana Nezzi¹⁹, em monografia apresentada ao final do curso de Direito, da Universidade do Contestado, Campus de Concórdia, depois de analisar 220 (duzentos e vinte) procedimentos que envolveram 295 infratores, que “esse baixo índice de reincidência indica uma das grandes vantagens de se aplicar as penas alternativas, pois nesses casos podemos afirmar, na grande maioria, que o objetivo da pena, que é a reabilitação e ressocialização foi com certeza atingido. Ganhando a sociedade em geral, e os apenados juntamente com suas famílias, que não tiveram que conviver com a triste realidade dos presídios.”

O quadro abaixo demonstra a distribuição do número de processos por infrator, entre os 295 analisados:

Apenado com 1 processo	Apenado com 2 processos	Apenado com 3 processos	Apenado com 4 processos	Apenado com 5 a 10 processos	Apenado acima de 10 processos
236	34	18	5	1	1

¹⁸ O JORNAL, 12/05/2007, p. 18.

¹⁹ NEZZI, Luciana. Penas Alternativas e sua Efetiva Aplicação na Comarca de Concórdia. UnC. 2006. p

Também observou o estudo empírico²⁰ que, dos 220 processos analisados, 52,75 % tiveram a entrega da prestação jurisdicional, no período compreendido entre de 01 (um) a 04 (quatro) meses. O restante, em um período entre 33 (trinta e três) a 42 (quarenta e dois) meses.

Para melhor exemplificar, foi elaborado o quadro abaixo, o qual evidencia, de forma clara, o tempo transcorrido entre a ocorrência do fato e a decisão judicial, em cada processo:

Lapso Temporal	De 1 a 4 meses	De 5 a 8 meses	De 9 a 12 meses	De 13 a 16 meses	De 17 a 24 meses	De 25 a 32 meses	De 33 a 42 meses
Processos	116	47	20	10	12	8	7

Com meridiana clareza, se observa uma descomunal vantagem desse sistema sobre a antiga forma de resolução penal de delitos de menor potencial ofensivo, com diminuição da criminalidade, da reincidência e com celeridade processual, refletida na resposta estatal, em face do crime ou contravenção praticados.

Porém, cumpre destacar que o Ministério Público tem desenvolvido relevante papel, porquanto tem participado ativamente dos atos judiciais, dispensada inclusive, a figura do conciliador leigo, e laborando para que haja maior proficiência na resolução dos conflitos, através da conciliação das partes e analisando com extremo cuidado a aplicação do contido no art. 76 da Lei 9.099/95.

6. Novas Leis Despenalizadoras

Nos últimos tempos, se tem visto e ouvido muito na imprensa nacional, constituindo um debate em torno de projetos que tendem resolver os problemas que afetam o sistema prisional brasileiro e, tal qual na maioria das vezes, o legislador, um pouco apressado ou pressionado em face de exposição contínua dos ergástulos mazeados na imprensa, busca, em legislações extravagantes e casuais, resolver o que sabidamente não vai conseguir.

Por certo, existem bons projetos em tramitação na Câmara e no Senado Federal, os quais vão ao encontro da pretendida evolução do atual sistema.

Neste sentido, o que precisa ser garantido é um rígido acompanhamento das suas tramitações e, bem assim, a participação de integrantes do Ministério Público e do Poder Judiciário na elaboração dos novéis diplomas legais, minimizando, com isso, a produção de inservíveis leis.

7. Uma sugestão: ampliação de substitutivos penais

Dentre as penas restritivas de direitos, propostas em projetos que tramitam no Congresso Nacional, cito, à guisa de exemplo, a que estabelece o “recolhimento domiciliar”, contida no Projeto de Lei nº 163/2007, que altera o Código Penal, de autoria do Senador Aloizio Mercadante e a “obrigatoriedade de frequência a curso presencial de educação ambiental, com carga horária mínima de nove horas-aula e duração não inferior a uma semana” prevista no Projeto de Lei nº 44/2007, de autoria do Senador Walter Pereira, que cria nova modalidade de pena restritiva de direitos na lei 9.605/98.

Todavia, entendo que além de provocar o debate e a efetiva criação de novas penas restritivas de direitos, as quais servirão para aplicação de forma alternativa na esfera da transação penal, entendo que também se faz necessária a criação ou ampliação das medidas alternativas que antecedam o processo. O bom exemplo vem da suspensão condicional do processo (Lei 9.099/95, art. 89).

Pretendemos aqui propor, salvaguardados entendimentos melhores sobre o tema, que é perfeitamente possível ampliar a aplicabilidade do citado instituto, como forma de diminuir o número de demandas penais a serem instruídas nos juízos e com grande eficácia ressocializadora e retributiva.

Assim disciplina o art. 89 da lei acima referida:

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

A proposta que apresentamos diz respeito ao aumento do *quantum* mínimo da cominação penal, que permite a aplicação do instituto acima citado.

O art. 44 do Código Penal estabelece que “as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: **(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)**

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com

²⁰ Idem.

violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; **(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)**

II – o réu não for reincidente em crime doloso; **(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)**

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. **(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)**

§ 1º **(VETADO) (Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)**

§ 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. **(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)**

§ 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. **(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)**

§ 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. **(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)**

§ 5º Sobrevindo condenação à pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. **(Incluído pela Lei nº 9.714, de 1998)**

Na prática, o que ocorre: na ação penal por crime, cuja pena resta aplicada em patamar igual ou inferior a quatro anos, o processo terá tido seu curso integral (denúncia, interrogatório, inquirição das testemunhas – acusação e defesa, alegações finais e sentença) para, ao final, preenchidos os requisitos legais, o juiz determinar ou a substituição da pena privativa de liberdade por uma ou duas restritivas de direitos (CP, art. 44), ou concederá o *sursis* (CP, art. 77 e seguintes).

Ora, por que não antecipar, consensualmente com o réu e seu defensor, com posterior homologação judicial, a aplicação de tais penas (aqui de forma alternativa), que seriam aplicadas ao final da ação penal, deixando o processo suspenso na forma do art. 89 da Lei 9.099/95?

Portanto, por simetria ao artigo 44, inc. I, do CP, aplicar-se-ia a Suspensão Condicional do Processo para todos os delitos praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa quando a pena mínima cominada no tipo for igual ou inferior a quatro anos, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos, e atendidos os demais requisitos legais (incisos II, III do citado artigo), desde que não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes, ainda, os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal).

Nos termos do art. 89, são estabelecidas algumas condições para que o processo fique suspenso:

“§ 1º Aceita a proposta, pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo o acusado a período de prova, sob as seguintes condições:

I - reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo;

II - proibição de frequentar determinados lugares;

III - proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz;

IV - comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades.

§ 2º O juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado.

E, além da observância do contido no § 2º acima, evidentemente que outras condições poderiam estar inseridas no § 1º, como por exemplo:

- prestação pecuniária;
- perda de bens e valores com destruição (armas, por exemplo) ou destinação social;
- prestação de serviços à comunidade ou entidades públicas;
- interdição temporária de direitos (CP, art. 47, inc. I, II e III);
- pagamento proporcional das custas processuais;
- inclusão em programas oficiais para tratamento de dependência química ou narco-dependência;
- recolhimento domiciliar em determinados dias e horários, mediante fiscalização;
- frequência à escola regular;
- frequência à escola profissionalizante;

Permaneceriam inalteradas, em princípio, as demais disposições legais do art. 89.

O resultado prático, por certo, será:

- a resposta quase que imediata do Estado ao agente, em face de sua conduta delitiva, pois com a denúncia oferecida já haveria a proposta de suspensão, nos moldes atuais, apenas com o aumento do rol de delitos que estariam sujeitos à suspensão condicional do processo;

- descongestionamento ainda maior dos juízos criminais;

- consideração dada à vítima (reparação do dano e certeza da punição, pois o agente já estará na *condicional*, cumprindo as obrigações ajustadas);
- diminuição da reincidência;
- diminuição da incidência da prescrição da pretensão punitiva do Estado em ações penais em tramitação;
- diminuição da sensação de impunidade, porque a resposta estatal foi rápida num contraponto às condenações que ocorrem anos depois do fato, quando, na grande maioria dos casos, o apenado sequer lembra do delito praticado;
- maior tempo para a Justiça Criminal cuidar dos processos referentes a casos mais graves;
- maior integração do Poder Judiciário e do Ministério Público com a destinação à comunidade de prestadores de serviços, das prestações pecuniárias, pelo recebimento por instituições credenciadas de bens e valores que tiveram ajustados o seu perdimento;
- integração da sociedade na questão da prevenção da delinquência, bem como evitando a reincidência gerada pelo sistema prisional, podendo ocorrer a participação do infrator na sociedade mais ampla e o despertar para a responsabilidade civil e acarretar a ressocialização do criminoso, tendo em vista o fato de ele não ser retirado do seu convívio social e de não sofrer a influência do ambiente criminoso da prisão.

Assim, com a suspensão condicional do processo para crimes praticados sem violência ou grave ameaça à pessoa punidos com pena mínima de até quatro anos, ou qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos, não sendo reincidente em crime doloso, desde que não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes, ainda, os requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal) se estará antecipando, em linhas gerais, o que ditaria o juiz, em sentença final condenatória, após anos de demorada instrução processual.

Por certo, o período de prova que hoje está previsto de 2 (dois) a 4 (quatro) anos (art. 89 da Lei 9.099/95), deverá ser alterado, restando desde já sugerido o período de 3 (três) a 6 (seis) anos e a inclusão das demais condições conforme referido acima, carecendo, então, esta adequação legislativa como eficiente substitutivo penal.

8. Conclusão

Para casos efetivamente graves, para os crimes de alto poder ofensivo, é certo que a prisão ainda é um instituto necessário. É preciso compreender que existem presos incorrigíveis, como, por exemplo, Elias Maluco e Fernandinho Beira Mar. Nesses casos, são necessárias segurança máxima e restrição efetiva.

Há, por óbvio, uma gama de infratores que precisam de contenção, de privação da liberdade. São para criminosos de reconhecida e indiscutível periculosidade.

Nesses casos, então, o Estado, com menor contingente carcerário ante a aplicação mais efetiva das penas e medidas alternativas à prisão, haverá de dispor de mais vagas no sistema prisional e maiores condições para aplicar, com maior eficácia, o contido na Lei de Execução Penal. Objetiva-se, desse modo, alcançar não só a expiação como consequência pela infração praticada, mas também, evidenciar o caráter preventivo, intimidativo (geral e específico), e a reparação dos danos causados à vítima.

Temos em conta, ainda, que haverá redução no número de rebeliões nos estabelecimentos penais, que nefastos sob todos os aspectos.

O que se pretende, com a ampliação de penas e medidas alternativas, não é apenas reduzir o contingente carcerário como solução para a superlotação dos estabelecimentos penais e nem mesmo “abrir as portas da cadeia”, como afirmam críticos dessas medidas. É também reduzir os gastos do aparelho estatal, podendo ser os recursos redirecionados para a contratação e qualificação dos agentes penitenciários, bem como maior assistência ao egresso. Todavia, o mais importante é, sem dúvida alguma, impedir o encarceramento desnecessário do infrator, evitando a corrupção moral com oportunidade de ressocialização no seu meio social.

De resto, as construções de prisões mais modernas, para poucos detentos e até mesmo, a privatização do setor, são soluções que devem integrar o elenco de medidas, objetivando solucionar a crise do sistema penitenciário brasileiro.

PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO: O PODER INVESTIGATÓRIO DO PARQUET

Paula Fernanda Almeida

Promotora de Justiça/ES

SÍNTESE DOGMÁTICA: O PODER INVESTIGATÓRIO DO MP, COMO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO NA CONSTITUIÇÃO, SENDO UM DOS INSTRUMENTOS DE EFETIVIDADE PARA O EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES MINISTERIAIS (artigo 129, I, II c/c artigo 144, §4º, todos da Constituição da República)

Há polêmica nos meios acadêmicos e jurisprudenciais sobre a possibilidade do Órgão Ministerial realizar, através de seus Promotores de Justiça, suas investigações criminais, sem que haja ofensa aos direitos e garantias fundamentais previstos na Carta Magna, como direitos supremos do cidadão.

Nos últimos tempos, vê-se manifestos contra tal possibilidade, partindo, principalmente, dos Delegados de Polícia, sob o argumento de que a atividade investigativa foi consagrada pela Constituição com exclusividade à polícia judiciária, não cabendo ao Ministério Público se infiltrar nesta fase, concomitante, a atuação da Autoridade Policial. Não admitem a investigação prévia e ou concomitante com aquela realizada pela polícia.

Em uma breve análise histórica, após um período ditatorial de total massacre aos direitos individuais e da sua não observância por parte daqueles que à época governavam o país, o Constituinte originário entendeu necessário elencar o rol de direitos e garantias fundamentais, rol este tratado com *status* de cláusulas pétreas. Rol taxativo e imutável para extinção ou redução de seu valor, cabendo mutação apenas para ampliação.

Os governantes militares justificavam as atrocidades e torturas cometidas em favor do Estado, na busca de um fim maior, o qual traria a ordem e o progresso à nação, sob a alegação de que os meios utilizados seriam justificados pelo fim.

Com a queda do regime militar, o Constituinte Originário focou a elaboração da constituição na consagração de direitos e garantias fundamentais que garantissem aos brasileiros a atuação estatal pautada na legalidade e no respeito efetivo de tais direitos e garantias.

Dentro deste rol de garantias, também se previu as garantias institucionais, das diversas instituições que compõem um Estado Democrático de Direito, dentre elas o MP.

As proteções constitucionais asseguradas a determinadas instituições fundamentais para a sociedade são denominadas de garantias institucionais.

O escopo principal destas garantias é assegurar a permanência da instituição, preservando o mínimo de sua essência, contra qualquer tipo de lesão, sobretudo pelo legislador, que é o seu principal destinatário.

Embora consagradas e protegidas pela Constituição, estas garantias não são direitos atribuídos diretamente a uma pessoa, mas sim a uma instituição.

É cediço que os direitos e garantias fundamentais não estão apenas elencados no artigo 5º da Constituição, estando espalhados em diversas oportunidades por todo texto constitucional.

Os direitos são aqueles valores escolhidos no plano axiológico e consagrados no plano normativo, seja expressa, seja implicitamente. Já as garantias, apesar de também estarem ligadas a um determinado valor ou valores indeterminados, possuem um aspecto mais instrumental que substancial.

Vale afirmar que toda garantia de direitos é um instrumento a serviço de outro direito substancial. Todavia, nem sempre essa linha divisória é nítida.

A atuação ministerial tem proteção constitucional, sendo considerada verdadeira cláusula pétrea do escopo jurídico brasileiro. O Constituinte originário tratou como uma instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, trazendo, conseqüentemente, outros reflexos, limitando, desta feita, o próprio poder de reforma da Constituição.

Partindo-se da própria natureza da atividade ministerial desenvolvida, toda ela voltada ao bem-estar da coletividade, protegendo-a, em especial, contra os próprios poderes constituídos, a sua existência pode ser considerada como ínsita no rol dos direitos e garantias fundamentais, sendo vedada a apresentação de qualquer proposta de emenda tendente a aboli-la, com fulcro no artigo 61, parágrafo 4º, inciso IV da CR de 1988.

Como reflexo direto desta atuação ministerial temos o PODER INVESTIGATÓRIO DO MP, sendo um princípio constitucional implícito na Constituição, no intuito de salvaguardar e garantir a atividade exercida pelo Promotor de Justiça, no uso de suas atribuições legais, em sua plenitude.

Destarte, também verifica-se a incidência do Princípio constitucional do poder investigativo do Promotor a partir da análise do artigo 129, II da Constituição, na qual preceitua a *ratio essendi* da atuação do *Parquet*.

Unindo as características do substantivo da instituição e do adjetivo essencial, é possível afirmar que somente o órgão ministerial pode desempenhar as atividades que lhe tenham sido privativamente outorgadas pelo Constituinte originário quando da feitura do texto constitucional e, também, pelo legislador infraconstitucional, que tem como norte a própria Carta Magna.

O Ministério Público tem o dever institucional de zelar pela ordem jurídica, não sendo a ordem jurídica similar apenas à lei, mas sim com o Direito, noção extremamente mais ampla.

O Ministério Público é o *dominus litis* da ação penal, cabendo-lhe, com exclusividade, o seu exercício conforme previsto no artigo 129, I da CR/88.

A ação penal para ser proposta pressupõe a existência de justa causa para a sua deflagração, o que exige a colheita de elementos probatórios mínimos da existência do crime e da autoria ora imputada.

O inquérito policial é mera peça informativa, passível de ser dispensado pelo Promotor, quando este já disponha de informações suficientes para a propositura da ação penal.

O *Parquet* como titular da ação penal não possui apenas o interesse mas o dever de zelar por investigação elucidativa, capaz de produzir provas para formação de sua *opinio delicti*. O Promotor de Justiça tem o dever funcional de propor ação penal apenas e tão somente na existência de justa causa, sob pena de violar a lei.

A ausência de justa causa elide a propositura de ação penal, por falta de interesse de agir do Promotor, sendo desarrazoado o oferecimento de denúncia baseado em provas frágeis.

Em verdade, a investigação penal é ínsita e inseparável da atribuição privativa para o ajuizamento da ação penal, estando implícita no artigo 129, I da CR/88.

Em certos tipos de investigação, as pessoas investigadas são as mesmas que deveriam estar atuando no combate a empreitada delitiva, agindo de encontro aos seus preceitos funcionais, prejudicando a prestação estatal.

O poder investigativo do MP é uma ferramenta para auxiliar o Promotor de Justiça na elucidação dos fatos investigados, principalmente, quando há o envolvimento de agentes públicos nos crimes, tais como o envolvimento de policiais em atividades criminosas.

Além do que a atividade investigatória não foi dirigida com exclusividade à polícia judiciária pelo próprio constituinte conforme pode ser observado no próprio artigo 144, §4º da CR/88, não cabendo ao intérprete inserir conceitos que não expressamente redigidos pelo legislador constituinte originário, sob pena de se violar o espírito do texto constitucional, devendo sê-lo interpretado em harmonia e como um todo, e não artigos isolados, que trariam uma aparente contradição interna ao texto. Não se vislumbra no artigo 144, §4º da Constituição a expressão “exclusiva” dentro das atribuições conferidas à Polícia Judiciária, não podendo-se admitir uma interpretação restritiva e que tolhe o exercício ministerial no desempenho de suas funções como um todo.

Se a Constituição atribui ao MP a consecução de um fim, qual seja a promoção privativa da ação penal, certamente, não lhe negou os meios necessários à sua consecução, sendo a investigação e colheita de provas uma delas.

Cabe, ainda, ressaltar a admissibilidade de controle externo da atividade policial ao órgão ministerial, sendo inconcebível não se admitir àquele que controla uma atividade, não a possa exercer pessoalmente.

A interpretação de que o Constituinte originário teria determinado à Polícia, com exclusividade, as investigações criminais, não é a melhor interpretação constitucional, gerando um conflito interno de normas inadmissível no ordenamento jurídico brasileiro. Tal interpretação caminha para um retrocesso que não se pode admitir tanto no meio acadêmico quanto institucional.

Os membros do Ministério Público devem buscar a defesa de suas prerrogativas e garantias conferidas pela Carta Magna com afinco, para que não lhe sejam negadas garantias constitucionais previstas, explícita ou implicitamente, para o desempenho de sua função.

O MP representa a sociedade como um todo e por isso não pode deixar que suas garantias não sejam exercidas em sua plenitude.

O Princípio da unidade da Constituição, considerado pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha como o mais importante princípio de interpretação da constituição, consiste numa especificação da interpretação sistemática, impondo o dever de harmonização das tensões e contradições existentes entre as normas constitucionais, uma vez que entre elas não existe hierarquia, sendo inadmissível no Brasil a tese das normas originárias constitucionais inconstitucionais.

A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da constituição e sobre ela também se projeta. As normas constitucionais não devem ser consideradas isoladamente, mas os preceitos integrados num sistema interno unitário de regras e princípios.

Considerando o ordenamento jurídico como um sistema, a constituição seria o elo entre os seus elementos, por ser a origem comum de todas as normas. É ela, como norma fundamental, que confere unidade e caráter sistemático ao ordenamento.

A pluralidade de concepções, ou seja, o pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador, torna-se imprescindível a unidade da interpretação.

Konrad Hesse explica que “todas as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que se evitem contradições com outras normas constitucionais.”

O MP sendo o titular da ação penal é o maior interessado que as investigações sejam realizadas com afinco e zelo, o que muitas vezes resta comprometido pela polícia por envolver muitos dos seus.

Não é nenhuma heresia afirmar que em certos casos há envolvimento direto de policiais civis e militares no cometimento de crimes, restando esta triste realidade espalhada por todo Brasil, não sendo um ônus apenas carregado pelo Estado do Espírito Santo.

Portanto, o Promotor pode vir a ter interesse em realizar as suas próprias investigações, na tentativa de apurar melhor os fatos sob análise e de promover a ação penal em face daqueles que realmente cometeram o crime, evitando-se a impunidade de muitos.

Além do que a investigação ministerial não exclui de nenhuma forma a investigação policial, que pode vir a ser realizada paralelamente com aquela, não havendo qualquer prejuízo as atividades atribuídas à Polícia Judiciária.

Outrossim, conclui-se estar o Princípio constitucional do Poder investigatório do Promotor de Justiça, implícito, nos artigos 129, I e VII da CR/88 c/c artigo 144, §4º do mesmo diploma, devendo ser atribuída uma interpretação harmoniosa e unitária de todo o texto constitucional, devendo ser afastada a interpretação descompartmentalizada.

REVISÃO CRIMINAL E SOBERANIA DOS VEREDICTOS

Antonio Milton de Barros

Promotor de Justiça aposentado/SP

1. REVISÃO CRIMINAL

1.1 Considerações preliminares

A revisão criminal foi introduzida na legislação brasileira por meio do decreto n. 848, de 11.10.1890, que atribuiu ao Supremo Tribunal Federal a competência revisional da sentença condenatória definitiva. A regra foi prevista na Constituição de 1891 e mantida na de 1934. Embora não constasse na Carta de 1937, previa-a o Código de Processo Penal, que foi promulgado durante sua vigência. A partir de 1946, o instituto voltou a ser consagrado em nível constitucional.

Seu fundamento reside no fato de que a imutabilidade da coisa julgada, estabelecida em nome da segurança jurídica, não pode prevalecer em caso de erro no julgamento do condenado, para que não se perpetue uma injustiça de tão graves consequências.

Sérgio de Oliveira Médici¹ esclarece que o conceito de revisão criminal depende da corrente doutrinária adotada a respeito de sua natureza jurídica: recurso, ação, instrumento misto, remédio extraordinário etc. Entretanto, ela será sempre um meio voltado à impugnação da sentença condenatória que esteja contaminada por erro judiciário e tenha transitado em julgado.

Quanto à natureza jurídica, no entendimento desse autor, a revisão constitui meio de impugnação que se aparta tanto dos recursos como das ações, pois a coisa julgada exclui a possibilidade de interposição de recurso, e, ao requerer a revista da sentença, o condenado não está agindo, mas reagindo contra o julgamento. “A ação penal anteriormente vista é então revista por meio da revisão que, entretanto, não implica inversão das partes (em sentido processual)” (...) “Ao propiciar a reabertura do processo, enseja o instituto novo julgamento a respeito do mesmo crime, imputado à mesma pessoa. Pode-se dizer, então, que a ação penal condenatória, julgada por decisão irrecurável, fica submetida a outro julgamento por meio da revisão”.

Entretanto, de um modo geral, a doutrina considera que a revisão tem natureza de verdadeira ação, ou seja, de “uma ação penal de natureza constitutiva e *sui generis*, de competência originária dos tribunais, destinada a rever decisão condenatória com trânsito em julgado, quando ocorreu erro judiciário. Trata-se de autêntica ação rescisória na esfera criminal...”², ou, ainda, “... ação autônoma impugnativa de sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais...”³

2.2 O sistema brasileiro de revisão criminal

Quanto à extensão da admissibilidade legal, existem duas espécies de revisão: a restrita e a ampla, sendo que a primeira, identificada como sistema francês, admite unicamente a revisão favorável ao condenado, em hipóteses legalmente previstas. A segunda modalidade, conhecida como sistema germânico, admite a revisão de modo amplo em favor do condenado e, em casos específicos, também contra ele⁴.

¹ MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Revisão criminal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 148)

² NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de processo e execução penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 850.

³ GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO Antonio Magalhães & Fernandes Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed. Paulo: Malheiros, 1993. p. 316

⁴ MÉDICI, op. cit., p. 212 e ss.

A distinção entre os dois sistemas está na concepção de coisa julgada penal. O sistema francês, por motivos políticos e sociais, impede que seja reaberto o processo com decisão transitada em julgado, em caso de absolvição, ainda que se verifique erro judiciário, em atenção ao princípio do *non bis in idem*. Já o sistema germânico tem a busca da verdade material como fim do processo penal. Todavia, este último sistema propicia mais oportunidades de revisão *pro reo*, limitando as hipóteses em que se admite rever as decisões absolutórias com trânsito em julgado. Assim, enquanto que para o acusado obter a revisão da condenação, basta a demonstração da existência de novos fatos ou de novos elementos de prova, a revisão *pro societate* requer a adequação a uma das hipóteses previstas em lei (como, por exemplo, a falsificação da prova ou a confissão do autor do delito).

No Brasil, a revisão sempre foi e continua sendo meio de corrigir o erro da sentença condenatória, pois se optou por sua utilização apenas em favor do condenado, seguindo a orientação restrita, de origem latina ou francesa.

Os principais argumentos apontados em defesa da existência da revisão criminal somente em favor do condenado são os seguintes: a) a garantia constitucional da liberdade pessoal não pode ser sobrepujada pelos interesses ligados à segurança jurídica; b) o erro na condenação de uma pessoa provoca repercussão negativa, na coletividade, muito superior à causada pela absolvição fundada em equívoco do julgador; c) a revisão *pro reo*, ainda que requerida inúmeras vezes pelo mesmo condenado, não produz consequência negativa para a Justiça, ou para a sociedade; d) já a revisão *pro societate* pode transformar-se em instrumento de perseguição ou de indesejável constrangimento para a pessoa absolvida por decisão com trânsito em julgado.

Por sua vez, Sérgio Médici considera inaceitável a revisão *pro societate*, por uma série de razões, das quais se destaca, em primeiro lugar, aquela de ordem histórica, segunda a qual a idéia de revisão sempre esteve ligada à existência de uma sentença condenatória; por último, tendo em vista os amplos poderes persecutórios de que dispõe o Estado, não se justifica a possibilidade de revisão dos julgados, provocando a intranquilidade de todos os que se submeteram ao julgamento criminal, ou seja, tanto os que foram absolvidos por erro quanto os que obtiveram a plena demonstração da inocência.

Ainda reforçando a tese contrária à revisão contra o réu, invocam-se instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, como a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), vigente no Brasil desde 1992, todas no sentido de que “o acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. No plano do direito interno, os fundamentos da lei penal no tempo se harmonizam com o sistema restrito de revisão criminal, acolhido pela legislação processual penal brasileira. Assim, a retroatividade da lei nova descriminadora (*abolitio criminis*) ou favorável ao acusado (*novatio legis in melius*), prevista na CF (art. 5.º, XL) e no CP (art. 2.º, *caput* e parágrafo único), mostra-se plenamente compatível com a revisão *pro reo*, pois ambas situações constituem instrumentos aptos a afastar a coisa julgada.

Portanto, o sistema brasileiro, desde a primeira previsão, adotou a revisão somente em benefício do acusado. E, como alerta Vicente Greco⁵, nem mesmo a extinção da punibilidade obtida com certidão de óbito falsa pode ser admitida para ensejar a revisão *pro societate*, apesar da tentativa de considerar a decisão, nesse caso, inexistente. “Tal exceção poderia ser perigosa fresta na garantia das liberdades e não deve, pois, ser admitida”.

2. REVISÃO DAS DECISÕES DO JÚRI

O direito à revisão criminal tem amparo constitucional, na medida em que a Constituição Federal determina a indenização por erro judiciário (art. 5.º, LXXV), contrapondo-se ao princípio constitucional consistente na intangibilidade da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI). Mas, é absolutamente pacífico o entendimento que, ante a possibilidade de que a coisa julgada consagre uma injustiça, o sistema processual deve possuir mecanismos de investida contra os efeitos da coisa julgada, notadamente em matéria penal.

Mas, a colisão estabelecida com outro princípio constitucional, o da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII, c) não é encarada com a mesma tranquilidade. Embora seja unânime em admitir a revisão das decisões do júri, a doutrina se divide quanto à possibilidade de ser o réu absolvido na própria revisão. Guilherme Nucci, na obra já citada, defende que o Tribunal togado deveria ir apenas até o proferimento do juízo rescindente, deixando para o próprio júri o juízo rescisório. Antes já sustentara o mesmo entendimento Jorge Romeiro, como salienta Tourinho⁶.

Corroborando tal ponto de vista, preleciona Antonio Scarance Fernandes⁷: “difícil, contudo, afastar a ofensa à soberania, sobrepondo o Tribunal de Justiça a sua vontade àquela manifestada pelos jurados. Por outro lado, é possível garantir a soberania dos veredictos e a revisão criminal. Se há prova nova, ainda não apreciada pelos jurados e que pode, através de um juízo prévio de probabilidade, alterar o quadro condenatório, o correto seria cassar a decisão e encaminhar o réu a novo julgamento”.

Todavia, no pensamento de Frederico Marques, referido por Tourinho, se a finalidade da soberania é resguardar o *jus libertatis*, absurdo seria manter essa intangibilidade quando se demonstra que o júri condenou erradamente;

⁵ GRECO FILHO, Vicente. Manual de processo penal. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. p. 456.

⁶ TOURINHO FILHO, Fernando da Cosa. Processo penal. Vol. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. 607

⁷ FERNANDES, Antonio Scarance. Processo penal constitucional. São Paulo: Revista Tribunais, 1999. p. 166.

Tourinho acrescenta que não faria sentido algum repetir-se o julgamento no caso, por exemplo, de se descobrir que a vítima está viva.

De fato cuida-se, efetivamente, de questão controvertida. Prevalece, contudo, na doutrina e na jurisprudência, a corrente que admite competência ampla do tribunal togado, na ação revisional; essa corrente ampara-se no argumento de que a soberania dos veredictos, assim como a própria razão de existência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, é instituída em favor dos interesses do acusado, como expressão de garantia constitucional individual.

Todavia, perfilha-se o entendimento de que a instituição do júri, e com ela a soberania dos veredictos, configura, ao mesmo tempo garantia individual e garantia dos princípios do devido processo legal e do juiz natural, de forma que esse duplo enfoque constitucional deve ser assegurado e preservado, quer quando o réu é absolvido, quer quando é condenado. Trata-se, em suma, do reconhecimento da competência jurisdicional constitucional do Tribunal do Júri.

Por isso, posiciona-se no sentido de que a revisão deve apenas prestar-se à desconstituição da sentença condenatória, cassando-a, quando identificar alguma injustiça, para que seja realizado novo julgamento pelo próprio tribunal popular, se for o caso. É evidente que, descobrindo-se que a vítima não morreu e desde que não tenha sofrido sequer atentado, não será necessário, nem possível, novo julgamento, prevalecendo a anulação decretada.

Ademais, os mecanismos de controle e correção das decisões do júri, na atualidade, são numerosos e eficientes, sem necessidade de reforma direta de suas decisões, pelo tribunal togado. Aliás, a história registra grave precedente no sentido de que o contrário também pode ocorrer: acerto dos jurados e erro dos tribunais. Afinal, quando se admitia a reforma da decisão do júri pelo mérito, em virtude de apelação, na vigência da Constituição de 1937, o Tribunal togado, por duas vezes, reformou decisão absolutória proferida pelo júri, para condenar réus inocentes, cuja vítima não sofrera sequer uma ameaça (o notório caso dos irmãos Naves). Acertaram os jurados e erraram os juízes profissionais, de primeiro e de segundo graus.

CONCLUSÕES

1. A revisão criminal tem amparo constitucional, na medida em que a Constituição Federal determina a indenização por erro judiciário (art. 5.º, LXXV).
2. Trata-se a revisão de garantia que se contrapõe ao princípio constitucional consistente na intangibilidade da coisa julgada (art. 5.º, XXXVI) e ao da soberania dos veredictos (art. 5.º, XXXVIII).
3. O fundamento da revisão criminal reside no fato de que a imutabilidade da coisa julgada, estabelecida em nome da segurança jurídica, não pode prevalecer em caso de erro no julgamento do condenado, para que não se perpetue uma injustiça de tão graves consequências.
4. O sistema brasileiro adota a revisão somente em benefício do acusado. Não deve ser prestigiada qualquer tentativa de se admiti-la *pro societate*, pelo envolver risco em relação à garantia da liberdade.
5. A soberania dos veredictos configura, ao mesmo tempo garantia individual e garantia dos princípios do devido processo legal e do juiz natural. Por tal razão, a decisão dos jurados deve ser preservada quer quando o réu é absolvido, quer quando é condenado, por se tratar do reconhecimento da competência jurisdicional constitucional do Tribunal do Júri.
6. Diante do exposto, a revisão deve apenas prestar-se à desconstituição da sentença condenatória, cassando-a, quando identificar alguma injustiça, para que seja realizado novo julgamento pelo próprio tribunal popular, se for o caso.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. São Paulo: Revista Tribunais, 1999. GRECO FILHO, Vicente. *Manual de processo penal*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 1999. GRINOVER, Ada Pellegrini, GOMES FILHO Antonio Magalhães & Fernandes Antonio Scarance. *Recursos no processo penal*. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MÉDICI, Sérgio de Oliveira. *Revisão criminal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de processo e execução penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

TOURINHO FILHO, Fernando da Cosa. *Processo penal*. Vol. 1, 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

SIGILO DAS INVESTIGAÇÕES EM FACE DO DIREITO DE DEFESA

Leonir Batisti

Promotor de Justiça/PR

RESUMO

Estuda o sigilo das apurações e investigações em face do direito constitucional e infraconstitucional do Brasil. Enfatizando a mútua correlação entre vários direitos fundamentais, analisa o aparente conflito entre o sigilo no interesse da eficiência da investigação (no inquérito policial, no procedimento investigatório criminal e no inquérito civil) e o direito de conhecimento (publicidade), especialmente dos interessados (em particular da pessoa cujo nome venha a ser ventilado como envolvido nos fatos em apuração). Apresenta uma explicitação dogmática de solução desse conflito aparente e delinea os momentos em que o sigilo deve cessar.

1 – INTRODUÇÃO. 2 – MEIOS DE APURAÇÃO E ORIENTAÇÃO NORMATIVA QUANTO AO SIGILO. 3 – O DIREITO DE DEFESA E A ACESSIBILIDADE ÀS INVESTIGAÇÕES. 4 – RESUMO DA CONTROVÉRSIA E PROPOSTA. 5 – MÉTODO PARA SOLUÇÃO. 6 – ESQUEMA DE RESPOSTA E FUNDAMENTAÇÃO. 6.1 – PROVAS DIRETAMENTE DERIVADAS DE UM DIREITO FUNDAMENTAL. 7 – CONCLUSÕES

1. INTRODUÇÃO

A - Como é sabido por todos, reforçou-se no BRASIL, em especial a partir da Constituição de 1988, a preocupação com os direitos fundamentais. É que a Constituição de 1988 listou um conjunto bem abrangente de direitos, liberdade e garantias, o que está evidenciado no art. 5º.

Portanto, de modo mais criterioso do que constavam anteriormente em outras Constituições Brasileiras, a de 1988 procurou especificar com minúcias o que chamou de direitos e deveres individuais e coletivos, notadamente aqueles que afetam o *estado de liberdade pessoal*, que é o que importa aqui destacar. Há um sem número de incisos do art. 5º que se referem ao direito penal e igualmente, outros tanto, ao direito processual penal.

As referências que se está a fazer são para destacar que direitos, liberdades e garantias *entrelaçam-se*, e assim, há que efetivar invariavelmente uma leitura com transversalidade como condição de expressar qualquer pensamento que tenha o propósito de pensar na concretude do direito considerado. O entrelaçamento, é visível, por exemplo, quando o princípio de *presunção de inocência* é colocado em todos os principais INSTRUMENTOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS na perspectiva do processo, como desdobramento das garantias ao processo¹.

¹ CONVENÇÃO EUROPÉIA DOS DIREITOS DO HOMEM DE 1950. Artigo 6.º - (Direito a um processo equitativo): 6.2- *Qualquer pessoa acusada de uma infração presume-se inocente enquanto a sua culpabilidade não tiver sido legalmente provada.*

PACTO INTERNACIONAL DOS DIREITOS CIVIS E POLÍTICOS DE 1966. ARTIGO 14: 14.2 - *Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se PRESUMA SU INOCENCIA mientras no se pruebe su culpabilidad conforme la ley.*

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS-PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA - Artigo 8 - Garantias judiciais: 8.2 - *Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se PRESUMA SUA INOCÊNCIA enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:*

Na mesma ordem de idéias, vários dos direitos listados na Constituição Federal convergem para o direito de defesa, mormente aqueles derivados ou complementares ao princípio nuclear do devido processo legal. E, pode-se dizer, o direito de defesa é consectário da presunção de inocência.

Para o exercício de um eficiente direito de defesa, em face de qualquer relação jurídica, mas principalmente na relação jurídica de caráter penal impõe-se que o titular do direito de defesa tenha conhecimento dos fatos debatidos ou a debater.

B - Não há dúvida que havendo o processo, não há restrição ao conhecimento do que quer que seja quanto ao processo, e, resguarda-se esta possibilidade de conhecimento e exame amplo aos interessados diretos, em especial ao acusado. É que, uma vez estabelecida a relação jurídica ou seja, havendo a acusação, incidem todos os direitos, liberdades e garantias. Por conta disso ou talvez para isso, o Constituinte de 1988 atribuiu caráter de publicidade (art. 5º, inciso LX) aos atos processuais.

C - Eventual problema, surge na FASE DE APURAÇÃO OU DAS INVESTIGAÇÕES.

O Constituinte, apesar de ter se referido aos atos processuais, nada mencionou em relação aos atos de apuração. Obviamente nada mencionou porque a apuração não se sujeita a formalismos.

A PROPOSTA do presente estudo é analisar este direito de conhecer os FATOS EM APURAÇÃO por parte dos interessados diretos, em particular do denominado suspeito, cujo direito de conhecer substancia o direito de defesa, e efetiva o direito à presunção de inocência, em FACE DA CONTRAPOSIÇÃO do sigilo das investigações.

Em particular, o que se pretende, é apresentar uma posição conclusiva do alcance e extensão do sigilo, após a análise de vários dos aspectos que respeitam aos temas, pontuando certos instrumentos de provas.

A análise que se fará deverá considerar mais robustamente a contraposição entre os direitos de defesa como inerentes à presunção de inocência² e o interesse da sociedade ou coletividade ou interesses públicos.

D - Uma derradeira observação:

O termo publicidade tem pelo menos dois ângulos de abrangência: i) publicidade oficial ou geral (cujo fenômeno é a publicização) e que tem repercussão no direito de imprensa, e também na presunção de inocência, em plano mais próximo; ii) a publicidade em face de interessados, em especial do suspeito, com repercussão no direito de defesa e por extensão também na presunção de inocência decorrentemente.

Logicamente, quando se estabelece que há publicidade oficial ou geral esta engloba a publicidade em face dos interessados.

A área que mais interessa ao presente trabalho é o sigilo e/ou publicidade em face do SUSPEITO, interessado direto, na fase de APURAÇÃO.

2. MEIOS DE APURAÇÃO E ORIENTAÇÃO NORMATIVA QUANTO AO SIGILO

Os meios de apuração que se tem como objeto de observação para as finalidades do presente estudo são: o inquérito policial; o procedimento investigatório criminal, a cargo do Ministério Público; os inquéritos civis. (Por tal razão, não se adentrará no mérito das objeções daqueles que entendem que não cabe ao Ministério Público promover investigações).

Do plano de direito positivado, há que observar que a CONSTITUIÇÃO DE 1988, apesar de minuciosa e extensa, não dispôs a respeito da natureza dos meios investigatórios, quer seja o inquérito policial quer seja o inquérito civil, isto é, não dispôs expressamente sobre direito ao conhecimento de apuração das infrações penais de pessoa apontada como envolvida nos ilícitos quando da apuração³.

A regulamentação da matéria passou assim à legislação ordinária. Neste particular:

O sigilo inquérito policial está referido no CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, no seu artigo 20: "A autoridade assegurará no inquérito o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade".

O procedimento investigatório criminal, decorrente de investigações a cargo do próprio Ministério Público é objeto de regulamentação por parte de órgãos ligados à Instituição⁴.

O inquérito civil não é disciplinado em lei, sendo expedidas apenas Resoluções de caráter interno para o Ministério Público⁵. Daí que, diretamente nada se fala sobre sigilo inerente a ele.

² O direito de defesa é visivelmente um direito inerente à presunção de inocência, na medida em que o primeiro materializa o segundo.

³ A CONSTITUIÇÃO quanto a provas, refere-se à proibição das obtidas por meios ilícitos, art. 5º, inciso LVI; igualmente, no que aqui importa destacar, limitou-se ao referir-se às polícias federal e civis, a mencionar como incumbência a apuração de infrações penais: art. 144, par. 1º, incisos I e IV (polícia federal, e art. 144, par. 4º (polícias civis).

⁴ O CNMP - CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO editou a RESOLUÇÃO N.º 13, DE 02 DE OUTUBRO DE 2006, que regulamenta o art. 8º da Lei Complementar 75/93 e o art. 26 da Lei n.º 8.625/93, disciplinando, no âmbito do Ministério Público, a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal, e dá outras providências.

⁵ A LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA, LEI 7347/85, no seu art. 8º, § 1º, dispõe: "O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis".

A LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO, LEI 8625/93 no art. 25, IV menciona ser incumbência do Ministério Público a promoção de inquérito civil e a ação civil pública. (Consta no CNMP-CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO proposta para edição de Resolução de regulamentação do inquérito civil).

Decorrente desta *regulamentação e da ausência dela*, impõe-se tecer algumas considerações, para algumas conclusões provisórias inerentes ao sigilo:

A – Quanto ao *inquérito policial*, à primeira vista, pode parecer que tem natureza sigilosa. Efetivamente, *quando colocado em oposição ao processo*, ao qual se pode atribuir a natureza de publicizado, (conforme a própria Constituição Federal, art. 5º, inciso LX que refere publicidade dos atos do processo), o inquérito seria *sigiloso*.

Olhando-se mais atentamente, vai-se perceber que o *Código de Processo Penal* indica que o inquérito *pode ser sigiloso*⁶. O sigilo aqui referido no CÓDIGO DE PROCESSO PENAL está voltado para não permitir o exame e conhecimento a todos e a qualquer um, pois está sendo destacado a finalidade do próprio, qual seja a *elucidação do fato*. Por certo que quando se busca o sentido de elucidação do fato, vai-se definir que o escopo da investigação, como se tem repetido, é determinar o fato e suas circunstâncias e determinar as pessoas que de alguma forma tenham envolvimento com aquele fato ilícito.

Assim, o sigilo aqui previsto dá primazia ao interesse da investigação, como aliás deixa claro o Código de Processo Penal, ao excepcionar o sigilo pela necessidade para elucidação do fato e quando exigido pelo interesse da sociedade. Numa visão *utilitarista*, o sigilo visa a eficácia da investigação.

Por tal razão, ao inverso, em certas situações é justificada a publicidade, (que assim engloba o acesso geral), como quando necessário em relação a alguns crimes alertar pessoas que possam ter sido vítimas a se apresentarem, ou quando a publicidade facilita a investigação. Obviamente, esta situação reafirma o sentido de buscar preservar os bens jurídicos que cabe ao Estado garantir, mediante o direito penal⁷.

Em síntese, do ponto de vista do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL o inquérito é sigiloso quando contraposto ao publicismo inerente aos atos processuais, e portanto, pode ser sigiloso ou pode ser publicizado, *no interesse da eficiência da investigação*.

B – Quanto ao *procedimento investigatório criminal* seguindo a RESOLUÇÃO 13 do CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO-CNMP, ver-se-á um esforço de atualização quanto ao tema. Com efeito, titulado como *publicidade*, constam na Resolução aludida no capítulo IV, artigos 13 e 14, que tratam do tema⁸

Dali se extrai que:

b.1 – o procedimento é sigiloso no geral – (prestações de informações ao público devem obedecer o princípio da presunção de inocência) – e *publicizado aos interessados* (investigado, vítima ou representante legal, ou terceiro interessado, obviamente além do Judiciário e Ministério Público).

b.2 – pode ser determinado, fundamentada e justificadamente sigilo, que abrangerá todo o procedimento ou parte do conteúdo dele, resguardado ao investigado (que é o que nos interessa aqui destacar) *só a obtenção*, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos que tenha, pessoalmente participado.

C – Quanto ao *inquérito civil*, o PROJETO DE RESOLUÇÃO do CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO busca tratar o tema publicidade levando em consideração a *natureza inquisitorial, unilateral e facultativa* do inquérito civil. A proposta de tratamento da matéria consta no artigos 7º e 8º⁹

⁶ GRECO FILHO, Vicente. *Manual de Processo Penal*, 6ª ed. – São Paulo: Saraiva, 1999, p. 91.

⁷ PALMA, Maria Fernanda. *Direito Constitucional Penal*. – Coimbra: Almedina, 2006, p. 49.

⁸ CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP – RESOLUÇÃO N.º 13, DE 02 DE OUTUBRO DE 2006:

Art. 13 – Os atos e peças do procedimento investigatório criminal são públicos, nos termos desta Resolução, salvo disposição legal em contrário ou por razões de interesse público ou conveniência da investigação.

Parágrafo único. A publicidade consistirá:

I – na expedição de certidão, mediante requerimento do investigado, da vítima ou seu representante legal, do Poder Judiciário, do Ministério Público ou de terceiro diretamente interessado;

II – no deferimento de pedidos de vista ou de extração de cópias, desde que realizados de forma fundamentada pelas pessoas referidas no inciso I ou a seus advogados ou procuradores com poderes específicos, ressalvadas as hipóteses de sigilo;

III – na prestação de informações ao público em geral, a critério do presidente do procedimento investigatório criminal, observados o princípio da presunção de inocência e as hipóteses legais de sigilo.

Art. 14 – O presidente do procedimento investigatório criminal poderá decretar o sigilo das investigações, no todo ou em parte, por decisão fundamentada, quando a elucidação do fato ou interesse público exigir; garantida ao investigado a obtenção, por cópia autenticada, de depoimento que tenha prestado e dos atos de que tenha, pessoalmente, participado.

Fonte: Internet – /www.cnmp.gov.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resolucoes-index (acesso em 24-maio-2007).

⁹ – CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO – CNMP – PROJETO DE RESOLUÇÃO:

Art. 7º – Aplica-se ao INQUÉRITO CIVIL o princípio da publicidade, com exceção dos casos em que haja sigilo legal ou em que a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações.

§ 1º Não ocorrendo as exceções referidas no caput deste artigo, é facultado a qualquer interessado obter certidão do inquérito civil, bem como extrair cópias dos documentos constantes dos autos.

§ 2º A publicidade consistirá na divulgação oficial com o exclusivo fim de conhecimento público mediante publicação de extratos na imprensa oficial e, facultativamente, em meios cibernéticos ou eletrônicos, dela devendo constar as portarias de instauração e extratos dos atos de conclusão.

§ 3º A restrição à publicidade deverá ser decretada em decisão motivada, para fins do interesse público, e poderá ser, conforme o caso, limitada a determinadas pessoas, provas, informações, dados, períodos ou fases, cessando quando extinta a causa jurídica que a motivou.

Art. 8º – É defeso ao Órgão de Execução manifestar-se publicamente sobre qualquer fato que não esteja conclusivamente apurado, salvo para explicar as providências realizadas.

Art. 9º – Em todos os procedimentos de que trata esta Resolução deverão ser respeitados os direitos atinentes à privacidade.

Fonte: Internet – /www.cnmp.gov.br/documentos-e-publicacoes/resolucoes/resolucoes-index (acesso em 24-maio-2007).

É preciso observar que o *inquérito civil* é distinto de qualquer outra investigação, porque seu objeto é de apuração afeta a infração de caráter não penal. Daí porque, no *inquérito civil*, não está em causa a presunção de inocência. O que está em causa, eventualmente, é o direito à intimidade, na sua vertente de direito à privacidade.

Ademais, o *inquérito civil* tem outras especificidades:

Seu objeto de apuração são fatos que vão corresponder a defesa de interesses coletivos¹⁰. Grande parte dos investigados são-no na condição de pessoas ou agentes públicos, e por tal razão, o sigilo como manifestação da proteção à intimidade não tem a mesma extensão que quanto às pessoas não públicas.

Do projeto se extraem idéias bem similares às adotadas na Resolução 13 do CNMP que trata do procedimento investigatório criminal. Objetivamente:

c.1 - ao *inquérito civil* aplica-se o princípio da publicidade.

c.2 - aplica-se o sigilo quando determinado por lei ou quando a publicidade possa acarretar prejuízo às investigações.

c.3 - a restrição à publicidade exige decisão motivada, escudada no fim de interesse público, podendo ser limitada a determinadas pessoa, provas, informações, dados, períodos ou fases.

c.4 - especifica-se uma linha de tratamento para a publicidade geral (oficial), que está de acordo com a permissão estabelecida na LEI ORGÂNICA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO-Lei 8625/93, art. 26, VI, que *faculta* aos agentes do Ministério Público “*dar publicidade dos procedimentos administrativos não disciplinares que instaurar e das medidas adotadas*”.

EM SÍNTESE:

Toda a matéria é tratada, em sede normativa, com flexibilidade. Apenas de modo muito tênue se percebe a prevalência do critério escolhido.

O *inquérito policial* é sigiloso, em oposição aos atos processuais, mas pode ser sujeito à publicidade, e na linguagem do Código de Processo Penal é público mas pode ser sigiloso. O *procedimento investigatório criminal* do Ministério Público é na essência sujeito à publicidade aos interessados. Pretende-se que o *inquérito civil*, na essência, seja sujeito à publicidade.

O que há em comum é que o *sigilo de investigações é sempre colocado a serviço da eficiência das investigações*.

3. O DIREITO DE DEFESA E A ACESSIBILIDADE ÀS INVESTIGAÇÕES

Deixando de lado a publicidade geral, limitemo-nos a tratar do conhecimento e *exame das partes quanto ao inquérito policial, procedimento investigatório criminal e inquérito civil*.

Resgatando o aspecto essencial da síntese do item anterior, o que importa destacar é que o conhecimento e exame das partes em relação ao conteúdo apurado pode ser limitado em face do interesse das investigações ou de (outro) interesse público¹¹.

Ocorre, como também já se deixou consignado, que o exercício da defesa não pode ser postergado exclusivamente para o processo. Não é que se está defendendo a possibilidade de a investigação ser contraditória. Isto seria negar a própria natureza da investigação, e o que se está aqui a defender é exatamente o contrário.

Porém, tem-se entendido até universalmente (nos países que tenham sistema político e característica cultural semelhante ao nosso), que o exercício da defesa, *quando correlato ao princípio da presunção de inocência*, implica em alguma dose de abertura da investigação ao conhecimento do suspeito. Até porque, “*não é verdadeira a crença de que as normas jurídicas em geral – e normas constitucionais em particular – tragam sempre em si um sentido único, objetivo, válido para todas as situações sobre as quais incidem*”¹².

Veja-se que o ESTATUTO DA ADVOCACIA E A ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (OAB) – Lei 8.906/94, em seu art. 7º, inciso XIV considera ser direito do advogado, “*examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos*”.

¹⁰ LEI DA AÇÃO CIVIL PÚBLICA – LEI 7347/85, art. 1º. 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; II - ao consumidor; III - à ordem urbanística; IV - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; V - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo. VI - por infração da ordem econômica.

¹¹ (O interesse da investigação, a rigor é um interesse público também, mas o interesse público não é só interesse das investigações, o que justifica a dupla menção da Resolução 13 do CNMP, art. 14).

¹² LEITE, George Salomão (org). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 102. (O texto é atribuído a BARROSO, Luis Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Argumetnação e Papel dos Princípios*).

Mas, é de se notar, com base no mesmo art. 7º, inciso XIII, do mesmo ESTATUTO DA ADVOCACIA, que em relação aos processos findos ou em andamento, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, quanto aos quais se estabelece o mesmo direito de exame, ressalva-se que o direito *não vigora quando tais processos estejam sujeitos a sigilo*, nos termos do art. 7º, inciso XIII¹³.

O que o ESTATUTO DA ADVOCACIA traduz é que:

a) O exame de processos findos ou em andamento podem ser examinados, exceto quando estejam sujeitos a sigilo (art. 7º, XIII).

b) Obviamente, ao mencionar processos significa dizer que não está tratando de inquérito policial, nem de procedimento investigatório criminal, nem de inquérito civil, porque estes são antecedentes ao processo.

c) Autos de flagrante ou inquérito podem ser examinados livremente (art. 7º, XIV).

EM SÍNTESE

Vê-se que o ESTATUTO DA ADVOCACIA permite deduzir que quanto ao *inquérito policial* -(e aqui, desde logo se pode considerar também o procedimento investigatório criminal e o inquérito civil) *não paira sigilo oponível ao Advogado*, vale dizer, no interesse da defesa de alguém.

4. RESUMO DA CONTROVÉRSIA E PROPOSTA

A - O CÓDIGO PROCESSO PENAL em relação ao inquérito policial, a RESOLUÇÃO 13 DO CNMP em relação ao procedimento investigatório criminal e mesmo o PROJETO DE RESOLUÇÃO DO CNMP, em relação ao inquérito civil prevêem possibilidade de sigilo, oponível inclusive quanto aos investigados.

O ESTATUTO DA ADVOCACIA, conduz à idéia de que *não paira sigilo oponível ao Advogado*, que estará, obviamente, advogando ou prestes a advogar no interesse de alguém.

Apresenta-se aqui uma *aparente contradição entre os normativos legais apontados*.

B - A QUESTÃO QUE NOS PROPOMOS, É RESPONDER A ESTA APARENTE CONTRADIÇÃO, O QUE IMPLICA EM:

b.1 – definir como instrumentar dogmaticamente a solução desta aparente contradição.

b.2 – definir critérios de solução, o que implica em definir afinal, quais são os contornos deste direito ao exame de inquérito policial, de procedimento investigatório criminal e de inquérito civil.

5. MÉTODO PARA SOLUÇÃO

CONSIGNE-SE a impossibilidade de resolver o conflito aparente com base nos critérios de *geral-especial, posterior-anterior, primária-secundária ou qualquer outro*. O critério geral-especial não corresponde ao quadro, porque os instrumentos normativos já referidos não têm estes caracteres. O critério posterior-anterior não permite solucionar a questão porque os instrumentos normativos pertencem a esquadros distintos, são temática e finalisticamente distintos.

Em face dessa impossibilidade, a solução do aparente conflito há que *se fundamentar integralmente em um PROCESSO LÓGICO-TELEOLÓGICO, e acabará por CONCILIAR a coexistência de ambas as regras*. Ou seja, implica em dizer que *não há verdadeiramente um conflito*, já que este é tão somente aparente. Até porque, não parece ser possível identificar em uma das regras - sigilo ou a publicização - apoio em princípios mais importantes, o que, para RONALD DWORKIN constituiria um método de solução possível em tais situações¹⁴.

De início, impende dizer que a defesa do sigilo decorre e se sustenta no *direito de punir do Estado*, que é a *contraface da presunção de inocência*. A proposta inerente é a de que o sigilo é inicialmente um meio de eficiência para a investigação e simultaneamente, um meio de afirmação de que está vigente o princípio da presunção de inocência.

¹³ ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL – Lei 8906/94:

“Art. 7º - São direitos do advogado:

XIII - examinar, em qualquer órgão dos Poderes Judiciário e Legislativo, ou da Administração Pública em geral, autos de processos findos ou em andamento, mesmo sem procuração, quando não estejam sujeitos a sigilo, assegurada a obtenção de cópias, podendo tomar apontamentos;

XIV - examinar em qualquer repartição policial, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos;

XV - ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retirá-los pelos prazos legais;

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:

1) aos processos sob regime de segredo de justiça;”

¹⁴ Cfr. LEITE, George Salomão (org). *Dos Princípios Constitucionais – Considerações em Torno das Normas Principiológicas da Constituição*. – São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 58. (Os comentários são de HECK, Luis Afonso. *Regras e Princípios Jurídicos no Pensamento de Robert Alexy*).

O raciocínio quanto a esta última assertiva é o de que a presunção de inocência é o "estado natural", e até a Constituição reafirma isto ao declarar que "*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*" (art.5º, LVII). Logo, "*remover*" este "*estado natural*" implica em apurar *convenientemente, correta e criteriosamente* o fato e a autoria, em todas as suas circunstâncias, de modo a não vincular indevidamente pessoas. O sigilo, nesta perspectiva é um meio necessário para tanto.

Em contrapartida, o ESTATUTO DA ADVOCACIA ao estabelecer a possibilidade de exame de inquérito *sem qualquer restrição* tem como finalidade óbvia, garantir que o advogado possa peticionar ou tomar as medidas *em defesa* de pessoa.

Em todas as circunstâncias, as regras permissivas não são consagradas a favor do advogado como favor à sua pessoa, *mas como meios necessários ao exercício da função de advogado de defesa*. Poder-se-ia objetar que, a menção no art. 7º, XIII o ESTATUTO DA ADVOCACIA <mesmo sem procuração> indicaria uma prerrogativa à pessoa do advogado. Não é o que é correto entender: os termos linguísticos mencionados tem o significado de *reafirmação* de que, o exame de inquérito, como meio necessário ao exercício de função de advogado de defesa, não deve ser obstaculizado pela falta de procuração. O legislador atentou ao fato de que, eventual exigência de caráter burocrático, *mesmo que justificável*, não pode servir de óbice para o integral exercício do direito de defesa, protagonizado, conforme o sistema, pelo advogado.

Haverá de ter algum SIGNIFICADO o fato de o ESTATUTO falar em *autos de flagrante e inquérito policial*. E o tem:

Quando está mencionado AUTO DE FLAGRANTE significa que alguém já está ou esteve privado de sua liberdade, e que, portanto, *já houve imputação* mesmo que provisória processualmente, de um fato ilícito criminal.

Quando se fala em INQUÉRITO, a que se pode juntar PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO CRIMINAL e INQUÉRITO CIVIL, a situação é diversa:

UM, pode suceder que nem mesmo o fato está delineado integralmente;

DOIS, pode suceder que o fato esteja delineado mas não há indicação que vincule alguém à autoria;

TRÊS, pode suceder que o fato está delineado e há indicação suficiente de autoria;

QUATRO, pode suceder que o fato está delineado, há indicação de autoria, mas há necessidade de estender as provas ou para confirmar a autoria ou para atribuí-la outras pessoas.

Para situações diversas, impõem-se definições diversas, obtidas da compreensão da coexistência válida das regras que permitem marcar como sigilosas as investigações e do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL assim como do ESTATUTO DA ADVOCACIA.

6. ESQUEMA DE RESPOSTA E FUNDAMENTAÇÃO

Dadas as situações diversas possíveis quanto aos INQUÉRITOS POLICIAIS, PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS CRIMINAIS E INQUÉRITOS CIVIS, os sopesamentos das regras do CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, da RESOLUÇÃO 13 DO CNMP e do PROJETO DE RESOLUÇÃO DO CNMP, de um lado, e do ESTATUTO DA ADVOCACIA, do outro, estudadas à luz de um processo lógico-teleológico, vão permitir o seguinte ESQUEMA:

A) – Na hipótese UM (quando sucede que nem mesmo o fato está delineado integralmente) e na hipóteses DOIS (quando sucede que o fato esteja delineado mas não há indicação que vincule alguém à autoria), deve prevalecer o sigilo, justificado pelo interesse da investigação.

A solução, não afronta qualquer direito à defesa e, por extensão, não há que falar em afronta à presunção de inocência; já que:

a.1 - não há ninguém correndo risco jurídico em tal circunstância;

a.2 - não há nem mesmo um direito à defesa, porque não há a *situação objetiva* para exercício do direito de defesa;

a.3 - não há nem mesmo *direito subjetivo* à defesa, vez que *não há pessoa titular* desse direito.

B) – Na hipóteses TRÊS (quando sucede que o fato está delineado e há indicação suficiente de autoria), a resposta é a de que já não pode prevalecer o sigilo:

b.1 – há uma pessoa determinada, já sofrendo ou prestes a sofrer restrições no denominado *status libertatis*;

b.2 – forma-se um direito subjetivo inerente ao direito de defesa;

b.3 – este direito é exercitável *antes mesmo* da intimação para indiciamento e interrogatório; é exercitável igualmente ao ser imposta uma medida restritiva de liberdade (prisão preventiva, prisão temporária); é exercitável quando o agente sofrer uma medida de restrição patrimonial (indisponibilidade, sequestro, arresto, especialmente factível correlatamente ao inquérito civil).

C) – Na hipótese QUATRO (quando sucede que o fato está delineado, há indicação de autoria, mas há necessidade de estender as provas ou para confirmar a autoria ou para atribuí-la outras pessoas).

Esta hipótese é a de solução mais complicada, não enquanto solução considerada em abstrato, mas enquanto solução concreta, finalística. Há fundamento para o sigilo parcial.

Do ponto de vista dogmático é possível sustentar que:

c.1 – há direito ao conhecimento do inquérito (ou de outros meios de investigação) por parte de quem já esteja identificado como participante do fato ilícito;

c.2 – esse direito é exercitável *antes que seja o participante identificado chamado a interrogatório (e indiciamento)*;

c.3 – não há extensão desse direito de conhecimento do caderno investigatório a outrem, já que a decretação de sigilo, no *interesse sempre da investigação*, pode ser parcial e pode ser dirigida a alguns.

Como se afirmou, essa resposta é teoricamente consistente mas de praticidade discutível.

EM CONCLUSÃO

O direito ao conhecimento do conteúdo de caderno investigatório portanto, começa quando esteja evidenciada a participação de alguém em um ilícito, significando um momento antecedente ao que seria o indiciamento.

6.1 PROVAS DIRETAMENTE DERIVADAS DE UM DIREITO FUNDAMENTAL

A - Num sistema de colheita de provas tradicional que tinha em mira crimes de uma sociedade menos complicada e plural, havia duas espécies de prova que eram restringidas em face dos direitos fundamentais de liberdade: i) a busca e apreensão em domicílio; ii) a correspondência. Estas duas espécies de provas eram restringidas, *a priori*, com a inviolabilidade de domicílio e correspondência, consagrados desde a 1ª Constituição do BRASIL. Obviamente está se falando em restrição porque tais espécies de provas eram admitidas como exceção ao universo da inviolabilidade daqueles valores.

B - Mais modernamente, pode-se apontar 3 outras espécies de provas que refletem em eventuais violações. Destas uma é expressa na Constituição e as outras decorrem da idéia de proteção da intimidade.

O direito fundamental do *sigilo das comunicações*, contém uma restrição expressa na própria Constituição, o que em resumo permite a quebra.

O *sigilo bancário* não é diretamente um direito consagrado diretamente na CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. Sua defesa enquanto tal, só pode ser feita em face do direito de intimidade da vida pessoal.

O *sigilo fiscal*, igualmente, não é diretamente um direito fundamental, e sua defesa só pode ser feita sob o fundamento da inviolabilidade da intimidade.

C - O *propósito* aqui é responder como se deverá tratar estas modalidades de prova em face do direito de defesa.

Antes de passar à resposta, convém OBSERVAR que em face do conteúdo da Constituição e das leis que tratam das matérias referidas acima, há necessidade de autorização judicial para a busca e apreensão em domicílio (com exceções conhecidas), autorização judicial para apreensão de correspondência, autorização judicial para sigilo das comunicações. O sigilo bancário e sigilo fiscal podem ser quebrados sem obrigatoriedade de autorização judicial¹⁵.

Pois bem:

Não obstante o fato de se correlacionarem com direitos fundamentais, quaisquer destas modalidades de prova que decorram de investigação, no sistema BRASILEIRO sujeitam-se ao sigilo.

Fundamentalmente e resumidamente porque:

a – *Trata-se de provas* e não há razão para um tratamento que desconsidere isto. Compõem, portanto a apuração.

b – O *fato de que tais provas* correlacionam-se com direitos fundamentais não implica que a coleta se submeta a um contraditório nem permite o prévio conhecimento. O “cuidado” na coleta de tais provas já está consagrado em lei, quando impõe eventualmente necessidade de prévia autorização e as submete a um controle jurisdicional.

c – Se compõem a apuração, *ipso facto*, decretado o sigilo da apuração, este sigilo alcança estas espécies de provas referidas.

EM RESUMO

Não é o fato de que as provas dependem de autorização judicial ou o fato de que se correlacionem com direitos fundamentais que lhes retira o caráter de prova, e portanto, como provas que constituem desdobramento da apuração ou investigação lhes é inerente o sigilo, merecendo o mesmo tratamento do conteúdo de inquérito policial, procedimento de investigação criminal ou inquérito civil.

¹⁵ Neste sentido, decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, PLENÁRIO, ACO 730, 22-09-04, expressamente quanto ao sigilo bancário, reconhecendo poderes de quebra a COMISSÃO PARLAMENTAR DE INQUÉRITO de Assembléia Legislativa Estadual.

7. CONCLUSÕES

Diante de um aparente conflito entre o *sigilo* da investigação (do inquérito policial, do procedimento investigatório criminal e do inquérito civil) e *publicização, em especial para o investigado* - dada a imposição decorrente do direito de defesa como projeção principalmente do princípio da presunção de inocência, - impõe-se as seguintes CONCLUSÕES:

- 1º Enquanto não identificado juridicamente o responsável pelo ilícito criminal, nem mesmo há um titular em tese de do direito de requerer exame e vista das peças de apuração, que por tal razão pode ser objeto de sigilo absoluto.
- 2º O sigilo pode ser aplicado a toda investigação ou parte dela, sendo conveniente quando decretado, seja universalmente a todos.
- 3º As provas que dependem de autorização judicial e/ou que se correlacionem com direitos fundamentais, tais como interceptações telefônicas, dados de movimentação bancária e dados fiscais, como provas e conteúdo da apuração que são, sujeitam-se igualmente a sigilo, nos mesmos moldes.
- 4º O direito de exame do caderno investigatório surge quando a autoridade identifica suficientemente relação do agente com o ilícito criminal, o que significa que o direito ao conhecimento do conteúdo das provas e do caderno investigatório passa a existir, alternativamente: *i)* no tempo imediatamente anterior ao interrogatório e indiciamento; *ii)* com a restrição de liberdade (prisão preventiva, prisão temporária); *iii)* com restrição patrimonial (indisponibilidade, arresto ou sequestro).

TROCA DE TIROS EM PERSEGUIÇÃO POLICIAL: INEXISTÊNCIA DE TENTATIVA BRANCA DE HOMICÍDIO

Victor Mauricio Fiorito Pereira

Promotor de Justiça/RJ

Desta forma dispõem os artigos 301 e 302, inciso III do Código de Processo Penal:

Art. 301 - Qualquer do povo poderá e as autoridades policiais e seus agentes deverão prender quem quer que seja encontrado em flagrante delito.

Art. 302 - Considera-se em flagrante delito quem:

III - é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração;

Dos referidos dispositivos é possível estabelecer duas premissas, quais sejam: a de que os policiais têm o dever legal de prender quem se encontre em flagrante delito; e outra premissa que se extrai do disposto no artigo 302, inciso III do Código de Processo Penal, referente a obrigação dos policiais de efetuarem a perseguição em caso de fuga.

É fato corriqueiro, mormente em se tratando de crimes de roubo, porte de armas, tráfico de entorpecentes e extorsões quando ocorre a perseguição, os meliantes efetuarem disparos de arma de fogo contra os policiais, com o fim de desencorajar a continuidade da perseguição. Da mesma forma, é comum constar elementos nos autos de prisão em flagrante, que, em decorrência da “troca de tiros”, vários meliantes são alvejados enquanto que os policiais sequer são atingidos.

Alguns Promotores de Justiça, ao receberem os referidos autos de flagrante, vêm considerando que os disparos efetuados, pelos meliantes, contra policiais que os perseguem, caracterizam tentativa “branca” de homicídio. Sustentam eles que ao efetuarem os disparos contra os policiais, os meliantes no mínimo tiveram o dolo eventual de atingí-los, sendo que qualquer dúvida a respeito da existência ou não do dolo, deve ser dirimida pelo Tribunal do Júri, órgão instituído pela Constituição da República, na parte em que trata dos direitos e garantias individuais, como competente para julgar os crimes dolosos contra a vida. Ou seja, para aqueles que adotam tal entendimento, existe uma presunção quase absoluta da ocorrência do dolo.

Com a devida vênia, ousamos discordar deste entendimento. Consideramos que ao verificar a hipótese, quando do oferecimento da denúncia, a premissa *in dubio pro societatis* não pode ser invocada para justificar que qualquer disparo de arma de fogo feito por meliantes, contra seus perseguidores, caracteriza dolo eventual na prática de uma tentativa de homicídio.

Entendemos que para haver a subsunção perfeita do fato à norma, ou seja, para que haja perfeita correspondência entre um fato natural, ocorrido concretamente na vida real, e a descrição da conduta proibida, contida na lei penal incriminadora e também nos tipos permissivos, é necessário avaliar o elemento subjetivo do tipo, ou seja, a intenção do agente do crime. Em decorrência deste entendimento deixamos de adotar, há muito, a teoria causalista e passamos a adotar a teoria finalista da ação. A teoria causalista toma como base apenas a causa e a conduta do agente de forma mecânica, sendo, como afirmavam doutrinadores, uma verdadeira “teoria cega”. Ao revés, a teoria finalista, vai além, pois acrescenta elementos internos da pessoa, trazendo o dolo e a culpa para primeiro elemento analítico do crime, qual seja o fato típico. A Teoria finalista da conduta que teve como idealizador Hans Wezel, conduta é toda ação humana como o exercício de uma atividade finalista.

Em consequência, repise-se, o dolo e a culpa passam integrar a própria conduta como seus possíveis conteúdos subjetivos. Figurando o tipo penal à luz do finalismo como composto por duas vertentes, uma objetiva, correspondente aos elementos descritivos da ação e outra subjetiva, correspondente à atitude mental do agente no momento da realização dos elementos objetivos da conduta.

Portanto, é perfeitamente factível admitir-se que um indivíduo em fuga, efetuando disparos com arma de fogo, nem sempre tal atitude configura uma tentativa de homicídio, ou mesmo homicídio doloso. É preciso, conforme a teoria finalista da conduta, analisar a intenção do mesmo. Pode configurar, dependendo da intenção do indivíduo, além do homicídio, a lesão corporal, ou mesmo crimes subsidiários.

Na esteira desse pensamento, podemos destacar o que dispõe o artigo 15 da Lei 10826/03:

Art. 15. Disparar arma de fogo ou acionar munição em lugar habitado ou em suas adjacências, em via pública ou em direção a ela, desde que essa conduta não tenha como finalidade a prática de outro crime:

Trata-se de delito cuja objetividade jurídica é a segurança pública, figurando como sujeito ativo qualquer pessoa (crime comum), e como sujeito em primeiro plano a coletividade. Em segundo, as pessoas que, eventualmente, tenham sofrido perigo de dano decorrente do disparo da arma.

É considerado como crime de perigo abstrato, ou seja, não é necessária a prova de que pessoa determinada tenha sido exposta a risco, pois o perigo é presumido.

O disparo para o alto caracteriza o crime, desde que seja feito em via pública ou na direção desta.

Ora, se a lei exigisse que todo o caso de disparo de arma de fogo fosse submetido ao Tribunal do Júri, não seria instituído tal dispositivo, tendo em vista que em qualquer disparo de arma de fogo feito em local habitado ou em suas adjacências, sempre haveria o risco de atingir alguém. Neste caso, haveria sempre uma presunção de dolo eventual em um homicídio, o que usualmente é feito na hipótese aqui tratada, o que vai de encontro com o referido dispositivo legal.

Outro aspecto a ser considerado é o disposto no artigo 78, inciso I do Código de Processo Penal que determina que em casos de crimes conexos, havendo concurso entre a competência do Tribunal do Júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalecerá a competência do Tribunal do Júri.

Assim sendo, todos os delitos que ensejarem a perseguição policial, como roubos, tráfico de entorpecentes, extorsões, formação de quadrilha, porte de armas seriam da mesma forma que o “homicídio tentado”, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri.

Todos sabemos que o rito especial, peculiar ao processo e julgamento do Tribunal do Júri é bem mais complexo que o processo penal ordinário. É bastante comum a ocorrência de nulidades que viciam todo o julgamento em especial na parte da quesitação apresentada aos juízes leigos. As possibilidades de nulidade são ainda maiores ao envolver quesitação de outros crimes que não os dolosos contra a vida.

No entanto, elaborar a denúncia classificando o fato em questão como tentativa de homicídio, já tendo em vista que será operada a desclassificação em plenário, é movimentar inutilmente a já sobrecarregada máquina judiciária com o dispendioso procedimento do Júri, visto que pode haver a até mesmo a necessidade de repetir todo o processado com o aditamento da denúncia para a alteração do fato. Tudo isto sem mencionar que estaria o *dominus litis* subvertendo as regras do Direito Penal, instituindo, *contra legem*, uma presunção de culpa em detrimento do réu, imputando fatos que se não terá como provar. E, a esse respeito, vale lembrar que somente os fatos notórios são prescindíveis de serem comprovados.

Por isso, fora o aspecto legal já mencionado, é absolutamente inconveniente levar ao Tribunal do Júri a apreciação de outros crimes que não os dolosos contra a vida, mormente quando se pretende, nos tempos atuais, combater de forma **eficiente** a crescente criminalidade que assola a sociedade.

Sobre o **princípio da eficiência**, insculpido no artigo 37 *caput* da Constituição da República, aplicável também a atuação do Ministério Público, discorre José Afonso da Silva: “...Eficiência significa fazer acontecer com racionalidade, o que implica medir os custos que a satisfação das necessidades públicas importam em relação ao grau de utilidade alcançado. Princípio da eficiência, orienta a atividade no sentido de conseguir os melhores resultados com meios escassos que se dispõe e a menor custo. Rege-se, pois, pela regra da consecução do maior benefício com o menor custo possível.” (Curso de Direito Constitucional Positivo)

Com base nessas considerações, muito mais eficiente seria imputar aos meliantes o delito previsto no artigo 15 do Estatuto do Desarmamento, caso o delito tenha sido praticado em local habitado ou em suas adjacências em concurso com o artigo 329 (resistência) c/c seu parágrafo 2º, ou apenas o *caput*, caso o local onde foram efetuados os disparos não for considerado como local habitado ou suas adjacências. Tal forma de agir também evitaria o risco de desclassificação em sede de plenário para crime em que a pena é muito inferior ao do homicídio, acarretando inevitável reconhecimento de prescrição da pretensão punitiva.

É importante deixar claro que todo o exposto aqui somente se aplica no caso de disparos de arma de fogo (tentativa branca), em que a perícia ou outros meios de prova não apontarem indícios robustos da prática de crime mais grave. Na hipótese de um dos policiais perseguidores ser de fato atingido pelos disparos efetuados em sua direção, fica evidenciado o dolo de matar mesmo em que sua modalidade eventual, tendo em vista que restará comprovado que o disparo foi mesmo efetuado na direção do policial e não a centenas de metros deste, não havendo como afastar a imputação de homicídio tentado ou consumado, conforme o caso.

Por fim, para que não se diga que as ponderações retro expostas visam excluir definitivamente a “tentativa branca” do ordenamento jurídico, vale ressaltar que é possível a denúncia, desde que **prova pericial** faça a constatação de sua ocorrência, como, por exemplo, a existência de perfurações na lataria da viatura do policial, causadas pelos disparos. O que não se deve admitir é a prova testemunhal pura e simples, como verdadeira, visto que além de passível de ser tendenciosa, porque feita pelo policial, na ocorrência, transformado em vítima, sem a confirmação da prova pericial. É cediço que até mesmo em estádios de futebol são necessários computadores para analisar com precisão a trajetória da bola movida por força humana, o que se dirá de um projétil expelido por arma de fogo, estando o autor em movimento, em direção a um alvo também em movimento.

Conclusões:

1. O Tribunal do Júri, em razão das suas peculiaridades, possui o procedimento bem mais complexo do que o ordinário, sendo mais comum ocorrer nulidade em qualquer fase deste e em especial no plenário tornando necessária a realização de outro julgamento e dando ensejo ao relaxamento da prisão de réus perigosos;
2. O Promotor de Justiça, visando tornar mais eficiente a repressão penal, ao formular a denúncia deve ser criterioso ao classificar os disparos de arma de fogo efetuados por perseguidos contra policiais, com o fim de não deslocar inutilmente, a competência para o Tribunal do Júri dos crimes conexos, preferindo outras classificações para o fato, como o artigo 15 da Lei 10826/03 ou artigo 329 do Código Penal.

VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E A NATUREZA JURÍDICA DA AÇÃO PENAL

Celso Jerônimo de Souza e Ricardo Coelho de Carvalho

Promotores de Justiça/AC

1. **Introdução.**
2. **Violência no ambiente familiar e inovações da Lei nº 11.340/06.**
3. **A representação como condição de procedibilidade da ação penal por crime de lesão corporal leve em situação de violência doméstica e familiar.**
4. **Conclusões.**

1) **Introdução**

A violência, enquanto ato de força, se revela por diversos matizes e resulta da força ou ação irresistível, constituindo-se como um dos instrumentos de opressão, podendo ser utilizada pelos mais fortes para sobrepujar os mais fracos.

Essa força pode se manifestar pela forma física, material ou moral e por esta se apresenta a coação ou o constrangimento.

Interessa-nos, nestas breves anotações, em particular, a violência doméstica e familiar conta a mulher disciplinada pela Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, conhecida por Lei Maria da Penha¹, mais especificamente, no que se refere à natureza jurídica da ação penal decorrente da lesão corporal capitulada pelo art. 129, § 9º do Código Penal acrescentado pelo novel diploma.

2) **Violência no ambiente familiar e inovações da Lei nº 11.340/06**

Com o advento da chamada Lei Maria da Penha, foi acrescentado o § 9º ao art. 129 do Código Penal para a hipótese de lesão corporal produzida no lar familiar com pena majorada, ficando decretado pelo legislador penal o seguinte:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade:

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Além da violência física caracterizada pelo tipo penal mencionado, a nova lei consagrou ainda a violência psicológica, sexual, patrimonial e moral praticada no âmbito doméstico, familiar ou nas relações afetivas, tendo o legislador afastado, qualquer que seja a ofensa, o rito dos juizados. Previu a lei também a criação do Juizado de Violência Doméstica e enquanto este não for instalado, a competência para processar e julgar os delitos é dos juízes criminais.

¹ O título é uma homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, biofarmacêutica, que se caracterizou como símbolo da luta contra a violência doméstica e familiar sofrendo, por parte do ex-marido, duas tentativas de homicídios: na primeira foi alvejada com um tiro enquanto dormia, ficando paraplégica; na segunda, depois de retornar do hospital e se convalescendo, o ex-marido tentou eletrocutá-la, enquanto ela se banhava. Foi julgado, porém, em razão dos sucessivos recursos, acabou ficando sempre em liberdade.

Igualmente, não se admite os institutos despenalizadores inerentes às condutas que traduzem crimes considerados de menor potencial ofensivo, incluindo a lesão corporal leve como é a composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo.

Dispõe textualmente o artigo 41, da lei sob comento que fica afastada a incidência da Lei n. 9.099/95 nos crimes cometidos contra a mulher no ambiente doméstico ou familiar.

Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei 9.099, de 26 de setembro de 1995.

Com isso, surgiu uma corrente defendendo que a ação penal para a apuração do delito de lesão corporal leve cometido no ambiente doméstico ou familiar, agora passou a ser pública incondicionada, repristinando, no particular, a antiga regra do art. 129 do Código Penal, que até a promulgação da lei dos Juizados, cogitava a ação penal pública incondicionada como instrumento adequado à persecução criminal em desfavor do autor desta conduta incriminada.

Para os defensores desta corrente, a ação penal independe da autorização da vítima, podendo a autoridade policial e o Ministério Público de ofício adotar as providências arroladas nesta lei, sem a necessidade de representação desta.

Se embargo de merecer todo respeito a posição afirmada por esta corrente e aqueles que a defendem, contudo com ela não concordamos. Não chegou a tanto o legislador, nem mesmo foi esta sua pretensão com a inserção do artigo 41, como procuraremos demonstrar ao longo deste trabalho, o qual não tem a pretensão de esgotar o assunto, tampouco encerrar a polêmica que se estabeleceu, mas apresentar um ponto de vista, que para nossa satisfação não é isolado, posto ter nome de escol que também o defende.

Pois bem. Com o surgimento da Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995 no mundo jurídico dispoño sobre os Juizados Especiais, o artigo 129, *caput*, do Código Penal foi modificado passando-se a exigir autorização da vítima para que o titular da ação penal possa oferecer a peça acusatória conforme ordena o seu artigo 88, *verbis*:

Art. 88. Além das hipóteses do Código Penal e da legislação especial, dependerá de representação a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas.

A partir de então, os delitos com estas características passaram a exigir representação, condicionando o exercício da ação penal correspondente revelando-se como norma excepcional.

Sobrevindo a Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006 e o mandamento desta para não se aplicar a Lei n. 9.099/95, isto foi o bastante para alguns afirmarem que a ação penal nos crimes de lesões corporais leves seria pública incondicionada, porquanto, considerando que é desta o comando exigindo a autorização da vítima ou ofendida, sem a sua incidência, concluíram rapidamente que foi restabelecido o vigor da norma antiga.

Não parece ter sido esta a vontade da lei nova até porque existem outras regras, as quais recomendam interpretação sistemática que desautorizam, *data venia*, tal conclusão, como se verá ao longo deste trabalho.

Para começar é de rigor conferir a dicção do art. 16 da Lei n. 11.340/06, que apresenta o seguinte texto:

Art. 16. Nas ações penais públicas condicionadas à representação da ofendida de que trata esta Lei, só será admitida a renúncia à representação perante o juiz, em audiência especialmente designada com tal finalidade, antes do recebimento da denúncia e ouvido o Ministério Público.

Referida norma tem um sentido muito claro, reconhecer e atestar a existência dos tipos penais, incluindo as lesões corporais leves, que reclamam ação penal pública condicionada, sem excluir ou excepcionar nenhum deles. Deste modo, não pode ser aceita a posição que se apegua à literalidade do artigo 41 do mesmo diploma.

Cumprе assinalar que, antes desse dispositivo, a lei em referência inseriu no artigo 12, inciso I, a seguinte ordem:

Art. 12. Em todos os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, feito o registro da ocorrência, deverá a autoridade policial adotar, de imediato, os seguintes procedimentos, sem prejuízo daqueles previstos no Código de Processo Penal:
I – ouvir a ofendida, lavrar o boletim ocorrência e tomar a representação a termo, se apresentada.

Como é sabido, a lei não contém palavras inúteis e se realmente pudesse prevalecer a literalidade do artigo 41, então é inegável haver contradição entre este e o artigo 12, o qual aliás vem reforçar o poder conferido à mulher de decidir se deseja ou não a intervenção do Estado nas suas relações domésticas ou familiar.

Assim, para que não caracterize conflito entre dispositivos de um mesmo diploma é necessário compatibilizá-los, reforçando a tese de que não restou modificada a natureza da ação penal.

De fato, a exegese dos artigos 12 e 16 avalizam o entendimento segundo o qual as lesões corporais leves

cometidas contra a mulher ou quaisquer das pessoas arroladas pelo artigo 129, § 9º, do estatuto repressivo, no ambiente doméstico serão processadas mediante ação penal pública condicionada.

Note-se que o legislador generalizou para impor a **representação em todos os casos de violência doméstica**, sem excluir a lesão corporal de natureza leve.

Na verdade, o legislador pretendeu afastar a Lei nº 9.099/95 tão-somente no que respeita à composição civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo, sem com isso retirar o poder da mulher autorizar ou não a persecução penal contra o seu agressor. Destarte, se vier a representar, só poderá se retratar em audiência designada especialmente para este fim, perante o Juiz e ouvido o Ministério Público.

O exame da Lei Maria da Penha revela que o legislador se utilizou de atecnia, descrevendo a retratação como sendo renúncia à representação.

De renúncia não pode se tratar, pois considerando que ocorreu a autorização expressa verificando, assim, o exercício de um direito, a vítima nesta hipótese a rigor, só poderá desistir dele. A renúncia aliunde está associada à noção de que o direito não foi exercitado, enquanto a desistência significa que após o exercício do direito, seu titular resolveu desistir deste direito.

Em que pese o equívoco do texto legal, o certo é que onde está escrito renúncia deve-se fazer a leitura como sendo de retratação.

Depois destes esclarecimentos voltemos ao assunto principal, a natureza jurídica da ação penal resultante da lesão corporal cometida no ambiente doméstico, que malgrado reportemos o tempo todo à mulher como agente passivo da conduta incriminada, por força do artigo 44 da Lei nº 11.340/06 que alterou o artigo 129 do vetusto Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), é possível deduzir que a vítima em situação de violência doméstica ou familiar protegida por essa lei, pode ser inclusive o homem, hipótese rara é verdade, mas pode acontecer.

Para nós, quanto à ação penal, a lei nova, *permissa venia*, não apresentou nenhuma inovação. Continua sendo pública condicionada à autorização da pessoa agredida.

3) A representação como condição de procedibilidade da ação penal por crime de lesão corporal leve em situação de violência doméstica e familiar

Não se desconhece o avanço e a importância da Lei 11.340/06 como instrumento de combate à violência contra a mulher no ambiente doméstico, fruto do movimento e reivindicação das organizações de defesa da mulher. Sua edição atendeu aos compromissos internacionais em que o Brasil é signatário, como foi a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher; Plano de ação da IV Conferência Mundial sobre a mulher; Convenção Interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, a chamada convenção de Belém do Pará; Protocolo facultativo à convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher, entre outros instrumentos de direitos humanos.

Todavia, se por um lado, a lei foi rigorosa a fim de intimidar o agressor cominando pena mais grave para a lesão corporal leve rejeitando a ritualística dos Juizados e suas regras despenalizadoras, por outro, não pretendeu modificar a natureza jurídica da ação penal correspondente, conferindo à mulher um poderoso instrumento, a representação, para equilibrar as forças e inibir a conduta do agressor em potencial.

Assim, a lesão ventilada pelo artigo 129, § 9º, do Código Penal, não prescinde da representação da ofendida.

No caso de ausência desta ou se for apresentada, a retratação só poderá ocorrer perante a autoridade judiciária e o órgão ministerial em audiência específica, inibindo, com isso, a inauguração da instância criminal, segundo cogita o artigo 43, III, do Código de Processo Penal.

Sendo assim, se os delitos com pena detentiva máxima de até 2 (dois), são considerados de menor ofensivo, para efeito de fixação da competência dos juizados, a hipótese do artigo 129, § 9º, observado apenas o critério objetivo, por si, já escaparia da competência do juizado especial criminal.

Se o legislador quando quis, expressamente rejeitou a competência dos juizados para processar e julgar os delitos resultantes de violência no ambiente doméstico ou familiar, o silêncio no tocante à ação, não significa que desejou retirá-la da exceção, para reincluí-la na regra geral. A modificação da quantidade da pena, não é o bastante para transmutar a natureza da ação, remanesce a regra do artigo 88 da Lei nº 9.099/95.

Até porque o art. 88, do referido diploma legal, está inserido no Capítulo III, Seção VI, intitulada Disposições Finais, que a exemplo do art. 89, instituidor da suspensão condicional do processo, não se destinam a traçar regras exclusivas de delitos abrangidos pela competência dos Juizados Especiais Criminais.

Neste contexto, é de se lembrar do artigo 306 da Lei 9.503, de 23 de setembro de 1997 (CTB), que comina pena de 6 (seis) meses a 3 (três) anos de detenção, nem por isso a ação penal deixou de ser condicionada² (art. 291, par. único, CTB).

² Bem verdade que na hipótese, inexistente vítima imediata, mas tão-somente mediata, o Estado. Deste modo, não é possível imaginar como se daria essa representação.

Averbe-se que a exigibilidade de representação enquanto condição para o exercício da penal pública na hipótese sob exame tem apoio na doutrina liderada pelo Professor **Damásio de Jesus**³, cuja lição merece registro:

...a Lei nº 11.340/2006 não pretendeu transformar em pública incondicionada a ação penal por crime de lesão corporal cometido contra mulher no âmbito doméstico e familiar, o que contrariaria a tendência brasileira da admissão de um Direito Penal de Intervenção Mínima e dela retiraria meios de restaurar a paz no lar...O referido art. 88 da Lei nº 9.099/95 não foi revogado.

A mesma linha de entendimento é reforçada pela Desembargadora **Maria Berenice Dias**⁴, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao comentar que:

A lei Maria da Penha veio propiciar à vítima a discricionariedade de avaliar a necessidade de intervenção do Estado em suas relações doméstica e familiar. Portanto, a ação penal para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar permanece condicionada à representação, não sendo alcançada pelo art. 41, da Lei 11.340/2006.

De igual sorte, não pode ser olvidado o magistério de **Fernando Célio de Brito Nogueira**⁵, Promotor de Justiça de São Paulo, ao concluir que:

...persiste a exigência de representação nos casos do artigo 129, § 9º, do CP, e artigo 21, da LCP (por analogia); no caso do artigo 147 do CP, o parágrafo único exigia e exige tal condição de procedibilidade; se o legislador pretendesse banir referida condição da ação penal pública, não teria trazido a previsão do artigo 16 da lei, que impõe formalidade para a renúncia à representação.

Sobre este tema, ainda, é de rigor trazer à conferência os apontamentos feitos pelo Professor e Magistrado paulista, **Jayme Walmer de Freitas**⁶, Mestre em Processo Penal pela PUC/SP que defende a natureza jurídica da ação penal como pública condicionada na hipótese de lesão corporal ou culposa, no seio familiar e doméstico contra a mulher asseverando:

A interpretação sistemática conduz ao convencimento da manutenção do status quo ante. É certo que a Lei 11.340/06 foi extremamente rigorosa nos campos penal e processual, buscando intimidar e punir severamente os agressores com previsões mais gravosas que as usuais. Todavia, ao viabilizar a renúncia perante o Magistrado em audiência específica nos casos de crimes de ação pública condicionada, certamente flexibilizou aquela rigidez. Quisesse afastar, por completo, todos os institutos despenalizadores e o diploma evitaria toda e qualquer interpretação favorável ao agente (...)

O fim maior colimado pelo diploma é a tutela da mulher agredida, nas modalidades tratadas no art. 5º, referente ao Título II, o qual exatamente aborda a violência doméstica e familiar contra a mulher. Se o art. 16 que trata ao direito de representar vem disposto no Título VI, pertinente às Disposições Gerais dos procedimentos a serem adotados desde a fase policial, certamente tratou o legislador da violência em suas diversas manifestações e possibilitou a retratação para a vítima.

A lógica também favorece esta interpretação, vez que a exclusão da Lei 9.099/95 vem explicitada no art. 41, no Título VII, correspondente às Disposições Finais. A topologia dos títulos permite concluir que a previsão anterior prefere a posterior, caso não revogue explicitamente.

³ Artigo: Da exigência de representação da ação penal pública por crime de lesão corporal resultante de violência doméstica e familiar contra a mulher (Lei nº 11.340, de 7 de agosto de 2006), publicado pelo Escritório Online disponível em: <http://www.escriptorioonline.com/webnews/noticia.php?id_noticia=7248&>

⁴ A Lei Maria da Penha da Justiça. RT. p. 124.

⁵ Notas sobre a Lei 11.340/06, de proteção à mulher, disponível em: <http://ultimainstancia.uol.com.br/ensaios/ler_noticia.php?idNoticia=31333>

⁶ Juris Plenum Judicial. Edição 93 – março de 2007.

Não bastasse as abalizadas vozes já mencionadas, outras tão qualificadas e respeitáveis se posicionam pela necessidade da autorização da vítima reconhecendo, deste modo, tratar-se de ação pública condicionada, sendo oportuno consignar os apontamentos do insigne Professor de Direito Penal e Constitucional da Univates e Promotor de Justiça do Rio Grande do Sul, **Pedro Rui da Fontoura Porto**⁷, que discorre:

Assim é que, em uma interpretação sistemática dos dispositivos da Lei 11.340/06, antes citados, poder-se-ia concluir que o afastamento da Lei 9.099/95 é determinação genérica, relativa, precipuamente, aos institutos despenalizadores alheios à autonomia volitiva da vítima – a transação e a suspensão condicional do processo – ordinariamente vistos como institutos essencialmente despenalizadores e, como reiteradamente aplicados de forma benevolente, granjeando a má fama de serem benefícios causadores da impunidade.

Entretanto, a representação continua exigível nos crimes de lesões corporais mesmo ante a qualificadora do § 9º do art. 129, do CP, visto que, apesar de ser também uma medida despenalizadora, ela concorre em favor da vítima, outorgando-lhe o poder de decidir acerca da instauração do processo contra o acusado. E o legislador cercou esta decisão de garantias como a exigência de que a desistência ocorra em presença do juiz e seja ouvido o Ministério Público.

Esta posição também é defendida pela Professora de Processo Penal na Universidade Potiguar e Promotora de Justiça do Rio Grande do Norte, **Carla Campos Amico** em artigo publicado pelo IBCCRIM – Ano 14 – nº 170 – Janeiro de 2007, página 18/19 ao explicar:

A leitura apressada do artigo 41 pode conduzir à conclusão de que afastada a aplicação da Lei nº 9.099/95, o crime de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, praticado contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, volta a ser de ação pública incondicionada como antes da entrada em vigor da Lei nº 9.099/95.

Pretender uma interpretação gramatical do art. 41, sem analisar o contexto e objetivo da Lei nº 11.340/2006, para transmutar a ação penal de pública condicionada à representação para pública incondicionada, nos crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa, quando figurar como sujeito passivo a mulher em situação de violência doméstica e familiar, acarretará uma série de inconvenientes em que o antídoto trará os efeitos mais graves que o próprio veneno.

A ação penal para os crimes de lesão corporal leve e lesão corporal culposa praticados contra a mulher em situação de violência doméstica e familiar, portanto, permanece condicionada à representação, não sendo alcançada pelo art. 41 da Lei nº 11.340/2006.

Não é outra a opinião do Professor e Juiz de Direito em Minas Gerais, **Paulo Henrique Aranda Fuller**⁸, Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC/SP:

...a ação penal permanece pública condicionada à representação do ofendido, nos termos do art. 88 da Lei nº 9.099/95 (...) afinal, se o legislador cercou de garantias a renúncia ao direito de representação, prestigiando assim a vontade da ofendida, não seria coerente ignorar esta mesma autonomia no caso do crime definido no art. 129, § 9º, do Código Penal. Ademais, se fosse essa a intenção do legislador, ele certamente teria estabelecido a ação penal pública incondicionada para a generalidade dos crimes praticados com violência doméstica ou familiar contra a mulher, mormente para aqueles mais graves, como os de estupro e atentado violento ao pudor.

Por isso, a partir de uma interpretação sistemática da Lei nº 11.340/06, notadamente de seus arts. 41 e 16, consideramos que a ação penal do crime de lesão corporal de natureza leve qualificada pela ambiência doméstica ou familiar (art. 129, § 9º, do CP) continua sendo pública condicionada à representação da ofendida.

Deste modo, afigura-se idôneo arrematar que a ação penal visando apurar a prática de lesão corporal no seio familiar contra a mulher, é pública condicionada à representação, sem esta a persecução criminal não pode ser iniciada, sob pena de traduzir coação ilegal.

⁷ Anotações preliminares à Lei 11.340/06 e suas repercussões em face dos Juizados Especiais Criminais, publicado pelo Jus Navegandi, disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8917>>

⁸ Aspectos polêmicos da Lei de violência doméstica ou familiar contra a mulher (Lei nº 11.340/06), publicado no IBCCRIM – Ano 14 – nº 171 – Fevereiro- 2007, pág. 14/15.

Não fossem suficientes as posições doutrinárias trazidas à colação, a interpretação retirada do artigo 1.513 do Código Civil coloca uma pá de cal no assunto, afastando toda e qual incerteza que ainda pudesse advir, pois o legislador de forma cogente decretou:

Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

Fica evidente que a Lei Maria da Penha no seu artigo 41, ao afastar a incidência da Lei 9.099/95, em momento algum, teve a intenção de incluir o artigo 88 desta última.

Com efeito, a hermenêutica que leve em conta as normas dos artigos 12, I e 16 da Lei nº 11.340/06 e 1.513, do novel Código Civil permite, *data maxima venia*, afastar eventual incerteza que ainda possa haver entre os estudiosos do tema, sinalizando que a opção do legislador foi prestigiar a harmonia e a paz familiar, até porque a Magna Carta, art. 226, definiu que a *família tem especial proteção do Estado*.

Se restabelecidas a paz e harmonia familiar, não cabe ao Estado, tampouco ao particular interferir na relação conjugal devendo incentivar os mecanismos que pacifiquem os conflitos e, em contrapartida, abolir aqueles que os recrudesçam.

Se na doutrina, a questão divide opiniões; no pretório o tema ainda é incipiente. Para se ter uma idéia, a Corte de Justiça do Estado do Acre, na sua composição plena, foi chamada a se pronunciar sobre denúncia oferecida pelo Ministério Público nos autos do Inquérito nº 2007.001449-5, na qual se ventilou ofensa ao art. 129, § 9º, do Código Penal.

A peça acusatória findou rejeitada, à unanimidade, exatamente por ausência da representação, concluindo com isso ser a ação pública condicionada.

A relatoria coube ao eminente *Desembargador Samoel Martins Evangelista*, um dos autores deste trabalho e o seu voto, digno de registro não só por se revelar vanguardista, mas pelo brilho e sabedoria que encerra.

Na mesma esteira de entendimento seguiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios ao julgar o Processo nº 2006.091.0172536 e reforçando a posição aqui defendida definiu o seguinte:

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. LESÃO CORPORAL LEVE. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA MULHER. EXEGESE DOS ARTIGOS 16 E 41 DA LEI Nº 11.340/2006. NECESSIDADE DE REPRESENTAÇÃO. RETRATAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO. NÃO ACEITAÇÃO. PROVIMENTO DO RECURSO (Rel. Des. Mario Machado, publicado no DJU de 01/08/2007, p. 89).

4) Conclusões

4.1. A Lei Maria da Penha apesar de agravar a pena para o delito de lesão corporal leve praticada em ambiente doméstico ou familiar contra a mulher e afastar a incidência da Lei dos Juizados, apenas desejou impedir os seus institutos despenalizadores, como a composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo, não incluindo o seu artigo 88 que exige a representação como condição para o exercício da ação penal nos crimes de lesões corporais leves, dolosa ou culposa;

4.2. A natureza da ação penal para apurar o crime de lesão corporal leve cometido em situação de violência doméstica é pública condicionada à representação;

4.3. Ocorrendo a representação, a ofendida só poderá se retratar perante o juiz e ouvido o Ministério Público em audiência designada especialmente para este fim, antes da peça acusatória ser recebida.

VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL

Getúlio Barbosa de Andrade

Promotor de Justiça/AC

EMENTA: ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO JUNTO À DIREÇÃO DAS ENTIDADES RESPONSÁVEIS PELA ORGANIZAÇÃO DA COMPETIÇÃO E FORÇA PÚBLICA, VISANDO MINIMIZAR E/OU EVITAR A VIOLÊNCIA NOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL.

INTRODUÇÃO

Os estádios de futebol são palco de grande aglomeração de pessoas, estas por sua vez, freqüentam os locais, motivados pelo futebol que seu time preferido apresenta.

Duas ou mais agremiações são confrontadas nos prélios e sempre a paixão em torcer por uma cor, bandeira ou time empolga o torcedor. Nem sempre a adrenalina é positiva, de um lado os louros da vitória, do outro os reveses da derrota, aí está o fermento para a violência.

Muitas vezes os torcedores se filiam às “torcidas organizadas”, com camisas coloridas da agremiação, faixas, buzinas, chapéus, bótons, cachecóis, e outros apetrechos identificadores dos eletrizantes torcedores. No calor da disputa ou logo depois do término das partidas, envolvem-se em tumultos, distúrbios e confrontos, ora com outras torcidas, ora com a própria força pública local, que atua na preservação da ordem, sendo identificada pelo fardamento, armamento e equipamentos.

O torcedor é toda pessoa que aprecie, apóie ou se associe a qualquer entidade de prática desportiva do País e acompanhe a prática de determinada modalidade esportiva (art. 2º, Estatuto do Torcedor).

TORCIDAS ORGANIZADAS

Essas organizações não têm aulas de boas maneiras, nem treinamento técnico, estratégico ou político, de se comportar como torcidas. Os dirigentes são motivados pelo amor ao clube, pela paixão ao futebol, pela adrenalina passageira e por isso, as ações de violência não são freadas a contento, fogem ao controle ético, moral, podendo chegar ao ápice da selvageria perante outras pessoas com pisoteamento, alambrados abaixo, barras de ferro/madeiras servindo de armas e não escudos, alcançando verdadeiras turbas de malfeitores. As lesões corporais deslizam de leves, graves e até mesmo gravíssimas, porque não dizer óbitos! A consequência disso são famílias enlutadas. Assistimos pelas transmissões televisadas confrontos entre torcidas organizadas que parecem teatros de guerras, onde deveria haver congraçamento dos torcedores, cujo time ganhou e lamúrias pelos perdedores.

O Estatuto do Torcedor não prevê as torcidas organizadas, contudo, o art. 5º, XVI e XVII, CF assegura:

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

XVI - todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público, independentemente de autorização, desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente;

XVII - é plena a liberdade de associação para fins lícitos, vedada a de caráter paramilitar”.

A ESTRUTURA FÍSICA DOS ESTÁDIOS DE FUTEBOL

Todos os estádios de futebol, de Norte a Sul, recebem milhares de pessoas, com o fito de assistirem um espetáculo futebolístico ou outro evento festivo. Nem sempre as condições de acomodação do empreendimento são adequadas, principalmente no quesito segurança das instalações.

Para maior entrosamento entre a força pública e a direção do estádio, se faz necessário que sejam instaladas luzes de emergência, com geradores próprios capazes de iluminar todas as instalações, corredores, banheiros, bares, arquibancadas, portões e outros locais imprescindíveis. Outro quesito de segurança são as instalações contra incêndios, alarme, evacuação de pessoas, saídas de emergência. No que se refere ao monitoramento em todas as instalações com câmeras filmadoras interligadas, visando a vigilância da organização do evento em harmonia com a Polícia Militar. Com essas providências mínimas é possível dar tranquilidade aos frequentadores dos Estádios de Futebol, sejam crianças, adolescentes, adultos, senhoras gestantes, portadores de necessidades especiais e idosos.

DIREITO À SEGURANÇA

É evidente o clima de insegurança que toma conta da nossa sociedade. As pessoas estão assustadas e angustiadas com o crescimento da violência, fator externo que acarreta desconforto ao cidadão e gera muita ansiedade. O art. 144 da Constituição Federal disciplina a matéria e aponta a segurança como dever do estado e direito do cidadão.

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”.

O torcedor tem direito à segurança, art. 13 do Estatuto de Defesa do torcedor, *in verbis*:

“Art. 13. O torcedor tem direito a segurança nos locais onde são realizados os eventos esportivos antes, durante e após a realização das partidas”.

DIREITO AO LAZER

O lazer é uma atividade que deve fazer parte do cotidiano de todo cidadão, tendo direito de dispor de áreas e ambientes saudáveis para o exercício deste legado.

Na Carta Magna encontramos arrimo:

“Art. 6º 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”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 26, de 2000)

“Art. 217. É dever do Estado fomentar práticas desportivas formais e não-formais, como direito de cada um,...

§ 3º - O Poder Público incentivará o lazer, como forma de promoção social.”

A pessoa humana é, sem dúvida, o bem mais valorado e que carece de maior proteção. Recaséns Siches apresenta uma feliz definição sobre a vida humana:

“A vida humana, que é o objeto de direito assegurado no art. 5º, caput, integra-se de elementos materiais (físicos e psíquicos) e imateriais (espirituais). A vida é intimidade conosco mesmo, saber-se e dar-se conta de si mesmo, um assistir a si mesmo e tomar posição de si mesmo. Por isso é que ela constitui a fonte primária de todos os outros bens jurídicos. De nada adiantaria a Constituição assegurar outros direitos. No conteúdo de seu conceito se envolvem o direito à dignidade da pessoa humana, o direito à privacidade, o direito à integridade físico-corporal, o direito à integridade moral e, especialmente, o direito à existência”. (SICHES, Recaséns, Vida Humana, sociedad y derecho, Cit. na obra de Flávio da Silva Fernandes – “As pessoas Idosas na Legislação Brasileira – Direito e Gerontologia”, Editora LTR, 1997, pag. 22 e 23)

A constituição de 88, em seu art. 5º (caput) diz: **“Todos são iguais perante à lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”.** (grifos nossos).

A entidade responsável pela organização da competição disponibilizará um (01) médico, dois (02) enfermeiros-padrão, uma (01) ambulância para cada grupo de dez mil torcedores, como se vê na Lei 10.671, de 15 de maio de 2003.

“Art. 16. É dever da entidade responsável pela organização da competição:

I - confirmar, com até quarenta e oito horas de antecedência, o horário e o local da realização das partidas em que a definição das equipes dependa de resultado anterior;

II - contratar seguro de acidentes pessoais, tendo como beneficiário o torcedor portador de ingresso, válido a partir do momento em que ingressar no estádio;

III - disponibilizar um médico e dois enfermeiros-padrão para cada dez mil torcedores presentes à partida;

IV - disponibilizar uma ambulância para cada dez mil torcedores presentes à partida; e

V - comunicar previamente à autoridade de saúde a realização do evento”.

O PLANEJAMENTO DA FORÇA PÚBLICA – POLÍCIA MILITAR

Uma tropa que se preze, tem a obrigação de fazer levantamento do local, observar os riscos de agressões, como pedras, barras de ferros, madeiras, e outros objetos que facilitem o manuseio pelas torcidas, para causar desarmonia entre torcidas e/ou contra a tropa regular. A pesquisa deve ser contínua nas dependências dos estádios, como bares, banheiros, portões, vias acesso, vestiários, e tudo que diz respeito ao policiamento ostensivo, inclusive nos estacionamentos.

A tropa será a primeira a chegar ao local e a última a se retirar. A missão Constitucional (do art. 144, § 5º da CF), das Polícias Militares, que é o policiamento ostensivo e preservação da Ordem Pública, não é só ir ao jogo e assisti-lo. A preparação da tropa inicia-se nos cursos de formação de praças e oficiais, esses cursos variam de seis meses a 04 anos. Dentre as atribuições de policiamento ostensivo está o policiamento em estádios de futebol. Ao Comandante do policiamento incumbe a verificação do uniforme, armamento, munição, apetrechos, meios de comunicações e meios auxiliares (gás lacrimogêneo, que é o cloracetofenona, gás pimenta), a fim de conter a fúria dos envolvidos, mas só de extrema necessidade pode utilizá-lo, na defesa de si ou de terceiras pessoas.

Quanto ao armamento utilizado pela tropa regular, nas praças esportivas, dar-se prioridade à Pistola TASER, cujo efeito, num disparo, não é letal, apenas imobiliza por alguns segundos, tempo suficiente para retirar-se quaisquer objetos ou instrumentos com o agressor, capaz de lesionar outras pessoas, atletas, árbitros e mesmo a tropa.

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

O Ministério Público tem fundamental importância na fiscalização das atividades externas das Polícias (Civil e Militar), no âmbito dos Estados Membros.

Sua atuação começa nas exigências dos planos de policiamentos, inclusive nos estádios. Esses planos podem ser de pequeno, médio ou grande vulto, acompanhar os simulados, as abordagens, ações táticas, providências tomadas, caso a caso, até mesmo a utilização de cassetete, gases (cloracetofenona, pimenta e outros, se for o caso). Não se admite ver os policiais mal preparados, sem treinamentos específicos, adequados ao evento, chegando ao ponto de provocar as torcidas, essas pessoas ao verem as agressões partindo dos policiais revidam imediatamente, as consequências disso são as batalhas campais nos estádios de futebol.

A **Resolução nº 20 do Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP**, que regulamentou o art. 9º, da Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993 e o art. 80, da Lei nº 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, as atribuições do Ministério Público no controle externo da atividade policial, elenca várias ações e aqui destacamos o **controle difuso**, exercido através dos membros do Ministério Público com atribuições criminais e **controle concentrado**, esta incumbência aos membros do Parquet com atribuições específicas para o Controle Externo de Atividade Policial. Ambos os controles são importantes para acompanhar as atividades desempenhadas pelos policiais militares nas praças esportivas, e dentre essas, nos Estádios de Futebol.

Quanto aos Planos de Ações referentes a segurança, transportes, contingências e especiais (art. 17 – Estatuto do Torcedor), sob responsabilidade da entidade responsável pela organização da competição, serão fiscalizados pelo Ministério Público e caso não estejam adequados, ajustar-se-ão, mediante o Termo de Ajustamento de Conduta – TAC, como previsto na legislação específica.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA

O TAC é um título executivo extrajudicial, definido no § 6º, do artigo 5º, da Lei n. 7.347/85, e art. 113 do CDC, tendo precedentes no STJ – REsp 222582, rel. Milton Luiz Pereira, DJU 29/04/02 pg. 106, tendo como objetivo da norma a garantia da melhor tutela para os direitos transindividuais, direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Não há direito à celebração do ajuste por parte do violador da regra. A natureza jurídica é negócio jurídico (com

ênfase na bilateralidade da conciliação, esta adotada pelo novo Código Civil) administrativo. O Ministério Público pode celebrar dentro da esfera de atribuição, podendo ainda, ter ajustes pelos órgãos de execução – princípio do Promotor Natural. A legitimidade passiva, só compromete quem celebra o ajuste, são pessoas naturais, pessoas jurídicas de direito público e de direito privado, inclusive a administração do Poder Judiciário e a própria administração do Ministério Público. Quando houver descumprimento o Ministério Público executará no foro competente, que é aquele, também para conhecer a Ação Civil Pública.

CONCLUSÕES

1. O Controle de Atividade Externa das Polícias (Civil e Militar) de forma difusa e concentrada pelos Membros dos Ministérios Públicos dos Estados e MPDFT, deve abranger desde a fase do planejamento, execução e fase de retro alimentação dos próximos eventos, como objetivo de minimizar e/ou evitar violência nos estádios de futebol. Não se admite policiais militares participarem de policiamento nos estádios de futebol, sem treinamentos específicos, sem saber o que fazer por ocasião dos óbices;
2. Os Órgãos envolvidos nos eventos em estádios de futebol, adequar-se-ão às normas de segurança, acesso de pessoas portadoras de necessidades especiais, Estatuto do Idoso, ECA, através do TAC celebrados, caso não surta efeito o Ministério Público é legitimado a propor Ação civil Pública, nos moldes da Lei 7.347/85 e art. 113, do CDC.

BIBLIOGRAFIA

RODRIGUES, Geisa de Assis. Palestra sobre termo de Ajustamento de Conduta, em 07-10-2005, Rio Branco-AC.

PEREIRA, Daisy Maria de Andrade Costa. Os Direitos Humanos e a Inclusão do Idoso. XIV Congresso Nacional do Ministério Público, Livro de Teses Cível, Volume 2, Tomo I, p. 37/51.

FERNANDE, Flávio da Silva. As pessoas Idosas na Legislação Brasileira – Direito e Gerontologia, Editora LTR, 1997, p. 22 e 23.

VISITAS AOS LOCAIS DE DETENÇÃO COMO FORMA DE PREVENÇÃO CONTRA A TORTURA E OUTROS TRATAMENTO DESUMANOS E CRUÉIS.

Elaine Castelo Branco¹

Promotora de Justiça/PA

O apóstolo Paulo de Tarso, em Carta aos Hebreus, diz:

“Lembrem-se dos presos como se vocês estivessem na prisão com eles. Lembrem-se dos que são torturados, pois vocês também têm um corpo”

Síntese Dogmática:

O objetivo desta tese é defender que a prática de visitas regulares à estabelecimentos prisionais funciona como instrumento preventivo do crime de tortura e outros tratamentos desumanos e cruéis, e que tais visitas no âmbito de cada Ministério Público Estadual deverá ser realizada por equipe de monitoramento permanente designada pelo Procurador Geral de Justiça.

Apesar de considerar os relevantes anseios da sociedade de que o criminoso seja punido rigorosamente, o certo é que não se pode combater a violência com a violência. Práticas de tortura não devem ser aceitas, e ao Ministério Público como fiscal da lei, cabe zelar para o devido cumprimento da Constituição.

Nesse sentido, a dignidade do detento deve ser respeitada e prática de tortura condenada.

A inspiração para o assunto adveio, da experiência como Promotora de Justiça de Direitos Humanos da Capital do Estado do Pará, quando em procedimentos verificou-se a necessidade de realização de visitas in locu e o efeito surgido, após o relatório, no tocante à melhoria das condições dos detentos.

Justificativa

O Brasil é signatário de diversas convenções e tratados internacionais que visam erradicar toda e qualquer forma de tortura e tratamento desumano, degradante e cruel.

O ponto básico da criação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948, era o princípio das liberdades fundamentais e direitos humanos.

Não resta dúvidas de que os mais vulneráveis a tortura e os maus tratos são as pessoas privadas de liberdade e que estas geralmente ocorrem em locais de detenção inacessíveis a qualquer forma de escrutínio.

Atualmente, é amplamente aceita a idéia de que uma das melhores garantias contra a tortura e os maus tratos consiste em visitas regulares a estabelecimento prisionais. Com essa perspectiva visa-se uma maior transparência dos centros de detenção. Essa perspectiva foi refletida na adoção em 18 de dezembro de 2002, do protocolo facultativo à convenção contra a Tortura das Nações Unidas (OPCAT) cujo objetivo é “estabelecer um sistema de visitas periódicas realizadas por órgãos internacionais e nacionais independentes, a lugares onde se encontram pessoas privadas de liberdade, com o fim de prevenir a tortura, maus tratos, penas cruéis, desumanas ou degradantes.

A conferência mundial de Direitos Humanos declarou firmemente que os esforços para erradicar a tortura deveriam primeira e principalmente concentrar-se na prevenção e convocou a adoção de um protocolo facultativo à convenção, designado a estabelecer um sistema preventivo de visitas regulares para centros de detenção.

¹ Promotora de Justiça- MP-PA, em exercício perante a 3ª PJ de Direitos Humanos de Belém-Pa. Especialista em Direito Penal e Processo Penal, pela Universidade Estácio de Sá.

Ressalta-se que com a adoção do OPCAT, pela primeira vez foram estabelecidos em um instrumento internacional, critérios e garantias para o efetivo funcionamento de mecanismos de visitas nacionais.

A visita aos locais de detenção é absolutamente necessária, pois os locais de detenção, por definição, são locais fechados e quem está detido encontra-se fora do alcance dos olhos da sociedade, dependendo quase totalmente das autoridades e funcionários públicos para garantir a sua proteção, direitos e meios de subsistência.

O Princípio 29, parágrafo I do Conjunto de Princípios para a proteção de todas as pessoas submetidas a qualquer forma de detenção ou prisão assevera:

“a fim de velar pela estrita observância das leis e regimentos pertinentes, os locais de detenção serão visitados regularmente por pessoas qualificadas e experientes, nomeada por uma autoridade competente que não a autoridade diretamente encarregada da administração do lugar de detenção ou prisão, e dependentes dessa autoridade”.

Sem dúvida, a proteção de pessoas privadas de sua liberdade contra a tortura e maus tratos ou penas cruéis, desumanas ou degradantes pode ser reforçado por meios não-judiciais de natureza preventiva, baseados em visitas regulares a centros de detenção.

Com uma rotina de visitas, se estará da mesma forma pondo um freio na prisões arbitrárias, que em si mesmo já é uma violência, traduzindo-se em claro Abuso de Autoridade, face muitas delas serem baseadas em simples suspeitas.

Baseando-se na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em seu artigo 9º que dispõe que “ninguém será arbitrariamente preso, detido ou exilado, seguiram-se vários instrumentos normativos internacionais, com a natureza de compromissos jurídicos

Sem dúvida alguma, as visitas a locais de detenção têm uma função preventiva, pois por si só já contribui para a proteção daqueles que se encontram ali detidos que se incorporaram ao direito positivo dos Estados signatários.

O pacto de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela ONU em 1966, formalmente integrado ao direito positivo brasileiro pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1994, dedica ao tema da liberdade e segurança pessoais o seu artigo 9º que compreende vários itens. Além da afirmação de que ninguém poderá ser preso arbitrariamente, ficou estabelecidos temas de grande relevância como a de que ninguém poderá ser privado da liberdade e não ser com base em lei previamente existente, e obedecendo-se os procedimentos legais e que deverá ser informada imediatamente das razões das restrições à liberdade, deverá ser apresentada a um Juiz, bem como que qualquer pessoa vítima de prisão ou encarceramento ilegal terá direito à reparação.

Na mesma linha dispôs a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, incorporada ao direito positivo brasileiro pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992. O artigo 7º dessa Convenção praticamente reproduz as disposições do artigo 9º do Pacto de Direitos Civis e Políticos, acima referido.

Assim, portanto, por meio desses dois instrumentos normativos internacionais de direitos humanos, dá-se eficácia jurídica, no Brasil, à proibição de prisão, detenção ou exílio arbitrários contida na Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nessas visitas é comum se constatar a existência de graves violações aos direitos dos detentos, super lotação de celas, sem as mínimas condições dignas de vida, contribuindo ainda mais para desenvolver o caráter violento do indivíduo e seu repúdio à sociedade que ele acusa de tê-lo colocado ali, falta de higiene e assistência médica social.

Locais inadequados, sem estrutura de banho e local para suas necessidades, falta de alimentação, falta de assistência à saúde, com detentos necessitando de cuidados médicos, são outras situações detectadas.

As condições higiênicas em muitas cadeias são precárias e deficientes, além do que o acompanhamento médico inexistente em quase todas delas.

A promiscuidade e a desinformação dos presos, sem acompanhamento psico-social, levam à transmissão de AIDS entre os presos, muitos deles sem ao menos terem conhecimento de que estão contaminados

Verifica-se, ainda, que muitos não possuem advogados e não raro sua prisão ainda nem foi comunicada a familiares, estando entregues à própria sorte.

A possibilidade de um acompanhamento médico adequado evitaria que certas situações de maus tratos, espancamentos e outras violências contra os encarcerados ficassem sem a devida apuração e socorro.

Após contatar todas essas situações é que entendemos e defendemos que as visitas devem ser feitas regularmente por uma equipe permanente no âmbito do Ministério Público de cada Estado, sem qualquer aviso antecipado. Nessa equipe, além de Promotores de Defesa dos Direitos Humanos, devem fazer parte integrante pelo menos 01 (um) engenheiro, apto a subsidiar o trabalho dos Promotores, no tocante à estrutura física das celas e outros, 01 (um) médico, que poderá analisar situações que entender graves dando seu parecer, e 01 (um) psicólogo, que poderá ouvir detentos em situações delicadas.

A experiência nos mostra que as visitas são muito eficazes para a prevenção de tortura e dos maus tratos e para a promoção de melhorias contínuas.

Essa não é uma tarefa fácil, mas delicada e requer sensibilidade, bem como é importante que todos os envolvidos recebam informações teóricas, e possuam disponibilidade de tempo para reuniões, pelo menos semestrais, de forma a combinar metodologia das visitas, conduzir entrevistas, comportamento a ser adotado, avaliar resultados, e traçar novas diretrizes. É importante ressaltar que tais visitas devam ser preparadas com certa antecedência.

Essas visitas não se esgotam ao fim das mesmas, mas é o início de todo um processo que almeja chegar à melhoria das condições tratamento dispensada aos detentos, razão pela qual, logo após, deverá ser elaborado um relatório completo, onde deverá constar no final as recomendações, encaminhando-se a quem de direito, cobrando-se as providências.

Para aqueles que acham que a “defesa dos detentos” não é uma tarefa do Ministério Público, é preciso ter em mente que o Ministério Público é e sempre será um Defensor, um defensor da lei, do regime democrático, um defensor da Sociedade. Até mesmo quando o Ministério Público acusa, ela está defendendo- ele está defendendo a sociedade daqueles que transgridem a Lei. Portanto, ao defender tratamento digno ao recolhidos em locais de detenção, o Ministério Público também está defendendo a sociedade, pois como já dito antes, não se combate a violência com a violência, e aqueles que são colocados em situações subumanas no interior de um cárcere ou submetidos à sessões de tortura, com certeza ao saírem cobrarão um alto preço da sociedade.

Chegará o dia em que não haverá necessidade de controle e enfim todos poderão gozar dos direitos que lhes são garantidos.

Conclusão Articulada:

1. As visitas aos locais de detenção constituem-se no meio reconhecidamente eficaz contra atos de tortura e tratamentos desumanos e cruéis;
2. A Procuradoria Geral de Justiça, no âmbito do Ministério Público de cada Estado deverá criar uma Comissão Permanente de monitoramento a locais de detenção composta de no mínimo 02 (dois) Promotores de Justiça, 01 (um) engenheiro, 01 (um) médico e 01 (um) psicólogo, a fim de que realizem visitas regulares aos locais onde se encontrem custodiados, conforme for disposto em calendário anual.

XVII CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
MINISTÉRIO PÚBLICO E JUSTIÇA SOCIAL
OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

POLÍTICA
INSTITUCIONAL E
ADMINISTRATIVA

“A DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO PELO M.P.”

Darcy Paulillo dos Passos

Procurador de Justiça Aposentado/SP

SÍNTESE DOGMÁTICA. CONCLUSÃO OBJETIVA

1. É dever funcional dos membros do Ministério Público, com fundamento constitucional e legal, defender o regime democrático com o perfil definido nos arts. 1º, 3º e 4º da Constituição Federal, o que implica não só conhecê-lo, teoricamente, mas também, e principalmente, vivenciá-lo, praticamente.

2. Cabe-lhes, portanto, a difusão, a defesa e a garantia de todos os direitos individuais e coletivos, sociais e políticos, bem como todos os que perpassam a Constituição Federal (direitos à saúde, à educação, à cultura, etc.).

3. As tarefas decorrentes dessas obrigações são políticas, definida a política como “ciência, arte e virtude do Bem Comum”, mas não partidárias.

4. Para essa atuação é indispensável formação política, não partidária, que pode e deve ser adquirida, não nos partidos políticos, mas, sempre que possível, nos órgãos da instituição, nas Associações do Ministério Público, na militância nas entidades da sociedade civil, na Academia.

5. Recomenda-se que as Associações do Ministério Público, sempre e a instituição, quando possível, suscitem a criação de Grupos de Estudos, não para a formação intelectual e cultural, que se obtém na Academia, não para a formação funcional, que se consegue nos órgãos da instituição, para a formação política, não partidária, dos membros do Ministério Público.

6. Quando um Promotor ou uma Promotora age em defesa de objetivos (saúde, educação, meio ambiente, urbanismo, movimentos sociais, etc., etc.) políticos (nunca partidários!), não está apenas fazendo jus aos seus subsídios, não está apenas baixando as suas respectivas “pilhas” mas, muito mais do que isso, está construindo o regime democrático!

FUNDAMENTAÇÃO. EXPOSIÇÃO OU JUSTIFICATIVA.

I - O ESTADO BRASILEIRO: FUNDAMENTOS E OBJETIVOS

1. O Estado brasileiro é chamado “Estado Democrático de Direito” (cfr. C.F., Preâmbulo) mas preferimos chamá-lo “Estado Social de Direito”, para realçar os seus indispensáveis aspectos sociais.

2. Basta dizer que o seu “regime democrático” tem, como “fundamentos” (cfr. C.F., art. 1º), a “soberania” (inc. I), a “cidadania” (inc. II), a “dignidade da pessoa humana” (inc. III), os “valores sociais do trabalho e da livre iniciativa” (inc. IV) e o “pluralismo político” (inc. V).

3. Seus “objetivos” (cfr. C.F., art. 3º) são: “construir de uma sociedade livre, justa e solidária” (inc. I), “garantir o desenvolvimento nacional” (inc. II), “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (inc. III) e “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (inc. IV).

4. Esses objetivos, de um lado, estão impregnados de outros princípios constitucionais, como, por exemplo, “dignidade da pessoa humana” (cfr. C.F., art. 1º, inc. III) e “igualdade” (cfr. C.F., art. 5º, “caput” e inc. I) e, por outro lado, alicerçam textos legais que atribuem funções muito específicas ao Ministério Público, a saber: quanto à “raça” (Estatuto do Índio, Lei nº 6.001/1973, Estatuto da Igualdade Racial, em discussão), quanto à “idade” (Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069/1990; Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003), etc.

5. As “relações internacionais” (cfr. C.F., art. 4º), por sua vez, são regidas por outros princípios, quais sejam “independência nacional” (inc. I), “prevalência dos direitos humanos” (inc. II), “autodeterminação dos povos” (inc. III), “não intervenção” (inc. IV), “igualdade entre os Estados” (inc. V), “defesa da paz” (inc. VI), “solução pacífica dos conflitos” (inc. VII), “repúdio ao terrorismo e ao racismo” (inc. VIII), “cooperação entre os povos para o progresso da humanidade” (inc. IX) e “concessão de asilo político” (inc. X).

6. Aqui também se refletem outros princípios: “soberania” (cfr. C.F., art. 1º, inc. I) e “dignidade da pessoa humana” (cfr. C.F., art. 1º, inc. III).

II - A DEFESA DO REGIME DEMOCRÁTICO PELO M.P.:

TEMA ESTUDADO EM 2.006 PELOS GRUPOS DE ESTUDOS DO M.P. DO ESTADO DE SÃO PAULO.

A - QUAL REGIME DEMOCRÁTICO?

7. Essas considerações sobre o perfil do Estado brasileiro na Constituição são indispensáveis a esta tese que trata do tema dos estudos dos Grupos de Estudos de São Paulo no ano de 2.006, qual seja: **“a defesa do regime democrático” pelo M.P.** (cfr. C.F., art. 129; cfr. também C. E., art. 91; Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, LONMP, L. nº 8.625, 12/2/93, art. 1º; Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo, L.O.M.P.S.P., L.C. nº 734, 26/11/93, arts. 1º e 103, inc. I), numa abordagem mais “afetiva” (espírito) do que racional (texto), tal como ele vem delineado pela Constituição: **“sociedade livre, justa e solidária”, “desenvolvimento nacional”, “erradicação da miséria e da marginalização”, “redução das desigualdades sociais e regionais” e “promoção do Bem Comum** (cfr. C.F., art. 3º; cfr. também arts. 1º e 4º).

8. Os membros do Ministério Público devem ser defensores do regime democrático, tanto como cidadãos, quanto como “agentes políticos” e a relação entre a sua atuação funcional e a defesa do regime democrático pode ser assim explicada:

8.1. os sistemas políticos repousam sobre uma base social de sustentação e tem faixas (degraus) sócio-econômicas;

8.2. independentemente de nível de consciência, organização e combatividade políticas, a base social de sustentação, ou se amplia, quando os direitos sociais (emprego, salário, habitação, saúde, educação, etc.) são atendidos, ou se retrai, quando os direitos sociais se restringem em favor dos privilégios dos setores sociais mais “elevados”;

8.3. se a base social é ampla, o sistema político é estável e pode ser democrático; se a base social é estreita, o sistema político é instável e tende a ser autoritário (pesquisas revelam que o povo, para solução de seus problemas, chega a ficar disposto a sacrificar o regime ético e democrático em troca daquela solução);

8.4. assim, **quando o membro do Ministério Público defende direitos sociais, está defendendo o regime democrático!**

9. A nossa responsabilidade política é muito maior. O atual perfil constitucional do Ministério Público resultou, mais do que dos estudos dos mestres constitucionalistas, administrativistas e processualistas, das teses de dois Congressos Nacionais do Ministério Público e da força política da nossa categoria funcional: **o que nos legitima perante o povo é o cumprimento das obrigações constitucionais que pedimos e que os constituintes nos atribuíram.** Exemplos:

“O Ministério Público deve participar da construção da sociedade democrática” (CANDIDO RANGEL DINAMARCO, “Ministério Público: reminiscência e futuro”, Grupo de Estudos “Jorge Luiz de Almeida”, Jundiaí, 16/9/06)

“O Promotor de Justiça deverá conceder efetividade à Constituição Federal, aprimorando o desempenho das atribuições ministeriais nela previstas e construindo a ordem social nela preconizada” (PLINIO SOARES DE ARRUDA SAMPAIO, “A defesa do regime democrático pelo M.P.”, Grupo de Estudos “Amaro Alves de Almeida Filho”, ABCD, 26/4/06)

“Se a Constituição Federal estabelece ao Ministério Público incumbe a defesa da Ordem Jurídica e Estado Democrático de Direito, torna-se obrigatório e essencial a atuação do Promotor de Justiça na defesa dos direitos sociais das camadas menos favorecidas da sociedade para que assim se busca a erradicação da pobreza e garantia da dignidade da pessoa humana” (AUGUSTO EDUARDO DE SOUZA ROSSINI e ARUAL MARTINS, “Promotoria Comunitária”, Grupo de Estudos “João Severino de Oliveira Perez”, Araçatuba, 20/4/06)

10. Além disso, ao Ministério Público cabe “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” (C.F., art. 129, inc. II; cfr. também LONMP, art. 27; L.O.M.P.S.P., arts. 103, inc. VII e 295, inc. IX = Promotor de Justiça da Cidadania; Manual de Atuação Funcional dos Promotores de Justiça do Estado de São Paulo, Ato nº 168/98-PGJ e CGMP, art. 397). Exemplo:

“... democracia significa dar o poder às maiorias periféricas” (RUBENS RICUPERO, “Uma vaga de fundo”, FSP, 16/4/06, B-2);

B - DIREITOS ESPECÍFICOS

11. A “defesa do regime democrático pelo M.P.”, que é sua obrigação constitucional (inclusive estadual) e legal, impõe-lhe a defesa dos “direitos e deveres individuais e coletivos” (cfr. C.F., art. 5º), que são manifestações dos fundamentos e dos objetivos do Estado brasileiro (cfr. “dignidade da pessoa humana”, C.F., art. 1º, inc. III; “sociedade livre, justa e solidária”, C.F., art. 3º, inc. I; “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, C.F., art. 3º, inc. III).

12. Assim, os “direitos” “à vida”, “à liberdade”, “à igualdade”, “à segurança”, “à propriedade” (“caput”) e as “liberdades” de consciência e de crença (inc. VI), de manifestação do pensamento, vedado o anonimato (inc. IV), de manifestação do pensamento e da informação (Lei nº 5.250, 9/2/67), de ... comunicação, “independentemente de

censura”(inc. IX), à informação, “resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”(inc. XIV),

13. Da mesma forma, as liberdades de reunião(inc. XVI), de associação(inc. XVII), sindical(cfr. C.F., art. 8º), partidária(cfr. C.F., art. 17), que são manifestações do fundamento de “**pluralismo político**”, cfr. C.F., art. 1º, inc. V). Exemplos:

“O Ministério Público deverá estabelecer permanente diálogo formal com os movimentos sociais” (PLÍNIO SOARES DE ARRUDA SAMPAIO, “A defesa do regime democrático pelo M.P.”, Grupo de Estudos “Amaro Alves de Almeida Filho”, ABCD, 26/4/06)

“Ao atuar como Agente Político, o representante ministerial acaba por aproximar-se da comunidade, o que gera uma melhor visão dos anseios sociais e do próprio Ministério Público por esta e, por consequência, uma maior eficácia na atuação ministerial”(AUGUSTO EDUARDO DE SOUZA ROSSINI e IVANDIL DANTAS DA SILVA, “O Promotor de Justiça atuando como Agente Político”, Grupo de Estudos “Cláudia Soares Frota de Andrade”, Registro, 22/3/06)

14. Igualmente, a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas(inc. X).

C - MUITOS DIREITOS AO LONGO DA CONSTITUIÇÃO

15. Também vão compondo o “regime democrático”, a ser defendido pelo M.P., os direitos que se distribuem por toda a Constituição: direito à educação(cfr. C.F., art. 205); à cultura(cfr. C.F., art. 215), à comunicação social(“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição ...”, cfr. C.F., art. 220).

III – ATUAÇÃO POLÍTICA MAS NUNCA PARTIDÁRIA!

A – ENFOQUE POLÍTICO

16. A proposta de tema, evidentemente política(o Ministério Público é “agente político”, dizem todos), não implica em partidarização, nem externa, nem, muito menos, interna(que nem sequer deveria existir !), porque a vontade política do povo brasileiro politizou a instituição e caminhou para despartidarizar os seus membros(cfr. C.F., art. 128, inc. II, alínea “e”; cfr. também C. E., art. 96, inc. V; LONMP, art. 44, inc. V; L.O.M.P.S.P., art. 170, inc. V) ! Exemplo:

“Para que o Ministério Público possa cumprir sua função de defensor do Regime Democrático é imperiosa uma atuação despartidarizada da Instituição e de seus membros”(AUGUSTO NUNES, “O M.P., a mídia e a defesa do regime democrático,” Grupo de Estudos “Magalhães Noronha”, Araraquara, 6/5/06)

17. O enfoque político do tema perpassa:

17.1. o humanismo(“Sou homem e nada do que é humano, é estranho a mim”);

17.2. a paixão(elemento da Política, segundo Gramsci);

17.3. o emocional: no último Congresso Nacional do Ministério Público, em Belo Horizonte, na conferência inaugural, o Ministro CARLOS AIRES BRITO, falando sobre – “A Ética na Política” -, lembrou que os “operadores do Direito” tem formação racional e, assim, agem só com a razão, quando, na verdade, deveriam impregnar-se também da emoção. Lembrou mesmo, ao final, VINÍCIUS DE MORAIS: “a vida só se dá pra quem se deu, pra quem amou, para quem chorou, pra quem sofreu !”.

18. A formação racional dos membros do Ministério Público, quando acadêmica, faz-se na Academia(com a multiplicação de Universidades e Faculdades pelo interior, cada vez mais tornam-se Mestres, Doutores, professores, autores), quando funcional, faz-se através da Escola Superior do Ministério Público(cfr. LONMP, art. 35 e L.O.M.P.S.P., art. 53) ou através dos Centros de Apoio(cfr. LONMP, art. 33 e L.O.M.P.S.P., art. 51).

B – PROBLEMAS POLÍTICOS PERMANENTES DE INTERESSE OBRIGATÓRIO DO M.P.

19. É necessária uma mudança cultural para que os membros do M.P. bem desempenhem sua obrigação constitucional de “defender o regime democrático” !

20. Cada um dos “fundamentos”(cfr. C.F., art. 1º), dos “princípios”(cfr. C.F., art. 4º) e, sobretudo, dos “objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil”(cfr. C.F., art. 3º) perpassa “direitos assegurados nesta Constituição”, cuja “garantia” é imposta ao Ministério Público(C.F., art. 129, inc. II; cfr. também LONMP, art. 27; L.O.M.P.S.P., art.103, inc. VII), a saber:

20.1. “erradicação da pobreza”(cfr. C.F., art. 3º, inc. III): política salarial (cfr. C.F., art. 7º, incs. IV, V, VI, VII, VIII, IX, X e XII), direitos sociais “assegurados nesta Constituição”(cfr. C.F., art. 129, inc. II); “defesa do consumidor”(cfr. C.F., art. 170, inc. V; cfr. também L.O.M.P.S.P., art. 295, inc. VII = Promotor de Justiça do Consumidor; Manual de Atuação art. 422; Código de Defesa do Consumidor).

20.2. “erradicação da marginalização”(cfr. C.F., art. 3º, inc. III): “saúde(“direito de todos e dever do Estado”): “O país precisa investir em novas ferramentas de combate a moléstias negligenciadas pela indústria farmacêutica”.

“As 35mil pessoas que elas matam – por dia -, vivem e morrem em países pobres, invisíveis nos planos de negócios da indústria farmacêutica” (“Doença inescapável”, editorial, FSP, 26/6/06, A-2)

previdência e assistência social”(cfr. C.F., art. 194, 196, 201 e 203),

“educação”(“direito de todos e dever do Estado”)(cfr. C.F., art. 205 c/c 129, inc. II):

“... Na quarta-feira passada, um dado divulgado pelo IBGE reforçou esse olhar: 53,3 % de jovens entre 18 e 24 anos(73 % no Nordeste) matriculados no ensino fundamental, quando deveriam, pela faixa etária, estar cursando uma faculdade ...”(GILBERTO DIMENSTEIN, “Nós, jornalistas, também estamos falhando? Estamos”, FSP, 16/4/06, C-8);

“cultura”(“garantida a todos”)(cfr. C.F., art. 215).

20.3. a promoção do Bem Comum, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor(cfr. Estatuto da Igualdade Racial, em discussão), idade(cfr. LOMPSP, art. 295, inc. IV = Promotor de Justiça da Infância e Juventude; Manual de Atuação, art. 282; Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso) e quaisquer outras formas de discriminação”(cfr. C.F., art. 3º, inc. IV);

20.4. “redução das desigualdades sociais”(cfr. C.F., art. 3º, inc. III): “direito de propriedade”(cfr. C.F., art. 5º, inc. XXII) e sua “função social”(cfr. C.F., art. 5º, inc. XXIII), “política urbana”(cfr. C.F., art. 182; cfr. também Estatuto da Cidade) e a “função social da propriedade urbana”(cfr. C.F., art. 182, parágrafo 2º), “política fundiária”(cfr. C.F., art. 184; cfr. também Estatuto da Terra) e a “função social da propriedade rural”(cfr. C.F., art. 186). Exemplos:

“O MP deve estimular a criação e a mobilização das associações, ONGs ou organismos da sociedade civil para exigir do Executivo Municipal a observância das normas que regem o uso, a ocupação e o parcelamento do solo urbano, cobrar a implementação de políticas públicas e participar da elaboração de normas afetas à ordem urbanística (plano diretor, zoneamento, etc.)”

“O Ministério Público deve prover a proteção e recuperação dos espaços públicos, palco das manifestações cívicas, lúdicas e de recreação, proporcionando à população sua normal fruição e a tutela de duas funções sociais da cidade (circulação e lazer)”(JOSÉ CARLOS DE FREITAS, “A ordem urbanística e a defesa do regime democrático pelo M.P.”, Grupo de Estudos “João Batista de Arruda Sampaio”, Mogi das Cruzes, 11/5/06)

20.5. “redução das desigualdades regionais”(cfr. C.F., art. 3º, inc. III): loteamentos clandestinos, favelas, cortiços, etc.(cfr. LOMPSP, art. 295, inc. X = Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo), áreas de risco, poluídas, etc.(cfr. LOMPSP, art. 295, inc. VI = Promotor de Justiça do Meio Ambiente):

“Relatório da Organização Mundial da Saúde(OMS) mostra que 24 % do fardo das doenças(anos devida saudável perdidos) e 23 % dos óbitos(mortalidade prematura) estão diretamente ligados ao meio ambiente. Isso significa que problemas ambientais matam 13 milhões de pessoas por ano no planeta”(“Ambiente insalubre”, editorial, FSP, 17/6/06, A-2)

21. A comunicação social impressa, radiofônica e televisiva diária noticia problemas que afetam o M.P para cumprimento de suas obrigações constitucionais, a saber:

21.1. **globalização x projeto nacional**(“soberania”, “independência nacional” e “autodeterminação dos povos”, “igualdade entre os Estados”, “sociedade livre, justa e solidária” e “desenvolvimento nacional”);

21.2. **influência da dívida pública sobre os direitos sociais a serem defendidos pelo M.P.**(cfr. C.F., arts. 1º, 3º, 127 e 129, inc. II):

“No orçamento da União em vigor(2005), **um mês de pagamento de juros** corresponde ao **dispendio anual** de todo o Sistema Único de Saúde. **Quinze dias** correspondem ao **gasto anual** com **educação**. **Dez dias**, aos **recursos alocados no Programa Bolsa Família, que unificou quase todos os programas sociais anteriores**. **Um dia** de pagamento de juros cobre com sobras o **gasto previsto, no ano**, para a construção de **habitações populares**. **Um minuto** corresponde à **alocação anual** de recursos em políticas de defesa dos **direitos humanos**”(CÉSAR BENJAMIN, “Escravos de ganho”, “Caros Amigos”, ano IX, no. 102, setembro, 2005, pág. 17).

21.3. **“erradicação da pobreza”**(C.F., art. 3º, inc. III) **x distribuição de renda**(juros, lucros, renda, salários):

21.4. **“defesa do consumidor”**(C.F., art. 170, inc. V; cfr. também L.O.M.P.S.P., art. 295, inc. VII = Promotor de Justiça do Consumidor; Manual de Atuação art. 422; Código de Defesa do Consumidor);

21.5. **“erradicação da marginalização”**(C.F., art. 3º, inc. III) = **“direito de todos e dever do Estado”**(“saúde”, C.F., art. 196; “educação”, C.F., art. 205; “cultura”, C.F., art. 215; etc.);

21.6. **“redução das desigualdades sociais”**(C.F., art. 3º, inc. III) = **“direito de propriedade”**(C.F., art. 5º, inc. XXII) e **“função social”**(C.F., art. 5º, inc. XXIII) **da “propriedade urbana”**(cfr. C.F., art. 182 e parágrafo 2º; cfr. também Estatuto da Cidade) e **da “propriedade rural”**(C.F., art. 186; cfr. também art. 184 e Estatuto da Terra);

21.7. **“redução das desigualdades regionais”**(cfr. C.F., art. 3º, inc. III): **loteamentos clandestinos, favelas**(cfr. E.S.P., 12/2/06, págs. C-1, 3, 4 e 5), **cortiços, etc.**(cfr. LOMPSP, art. 295, inc. X = Promotor de Justiça de Habitação e Urbanismo); **áreas de risco, poluídas, etc.**(cfr. LOMPSP, art. 295, inc. VI = Promotor de Justiça do Meio Ambiente);

21.8. **promoção do Bem Comum**(C.F., art. 3º, inc. IV) **x “preconceitos de origem, raça, sexo, cor**(cfr. Estatuto da Igualdade Racial, em discussão), **idade**(cfr. Estatutos da Criança e do Adolescente e do Idoso; LOMPSP, art. 295, inc. IV = Promotor de Justiça da Infância e Juventude; Manual de Atuação, art. 282) **e quaisquer outras formas de discriminação”**.

IV. FORMAÇÃO POLÍTICA NÃO PARTIDÁRIAS DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A - OS GRUPOS DE ESTUDOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO(SÃO PAULO)

1º) HISTÓRICO

22. Em maio de 1.967, em Bauru, no 30º dia do falecimento do ex-Procurador-Geral MARIO DE MOURA E ALBUQUERQUE, colegas “tiveram a idéia de se fazerem reuniões periódicas entre os colegas, buscando o aprimoramento jurídico-institucional e o conagração entre os participantes”(ALBINO FERRAGINI, “A influência dos Grupos de Estudos no aperfeiçoamento institucional”, 17/11/00, pág. 1).

23. “A primeira reunião, realizada no dia 27 de maio de 1967, no Fórum da cidade de Bauru, contou com palestra de PAULO SALVADOR FRONTINI e CANDIDO RANGEL DINAMARCO, com o tema “Acidente de Trabalho”. Surgia o “GEMMA”, Grupos de Estudos Mário de Moura e Albuquerque”(cfr. idem, ibidem).

24. Era “vedada, inicialmente, a presença de integrantes da Segunda Instância, pois a razão era para evitar que o colega comparecesse só para prestigiar o Procurador de Justiça que eventualmente comparecesse”(cfr. idem, ibidem).

25. “... com o passar do tempo, e, em razão da consolidação do movimento, essa restrição (à “presença de integrantes da Segunda Instância”) não mais se justificava. E, em 11 de setembro de 1971, numa reunião solene do GEMMA, na cidade de Lins, o então ex-Procurador Geral de Justiça, José Augusto CÉSARSALGADO, proferia memorável palestra”(cfr. idem, ibidem, pág. 2).

26. “Posteriormente, numa reunião na sede social da Associação Paulista do Ministério Público, em 9 de dezembro de 1971, os participantes dos grupos de estudos decidiram pela adoção da figura de um “coordenador”, para atuar como seu representante junto à entidade de classe e presidindo a todas as reuniões dos Grupos. Nessa data Júlio César Ribas foi escolhido o primeiro Coordenador”(cfr. idem, ibidem, pág. 2).

27. “Já em 1972, sob os auspícios da Associação Paulista do Ministério Público, cujo Presidente era o saudoso Carlos Siqueira Neto, na cidade de Águas de São Pedro, foi realizado o primeiro “Encontro de Grupo de Estudos”, ficando-se metas e diretrizes para a consecução do “I Seminário”, que foi realizado, com pleno êxito no ano de 1973, na cidade de Águas de Lindóia, e o II Seminário, em Águas de São Pedro”(cfr. idem, ibidem, pág. 2).

28. O 1º Seminário Jurídico dos Grupos de Estudos, realizado em Águas de Lindóia nos dias 23 e 24 de novembro de 1973, no Tamoyo Hotel, que teve o patrocínio da “Associação Paulista do Ministério Público”, reuniu os sete Grupos de Estudos, de então...”(cfr. idem, ibidem, pág. 2).

29. Havia duas reuniões ordinárias por ano e os temas eram livres.

30. “É inegável a influência dos Grupos de Estudos no aperfeiçoamento jurídico e político-institucional, pois tem sido no Ministério Público paulista o nascedouro de grandes idéias(como, por exemplo, o inquérito civil, o aperfeiçoamento do projeto, que culminou na lei da ação civil pública e de inúmeros outros diplomas legislativos”(cfr. idem, ibidem, pág. 4).

31. Dentre os temas abordados constaram, por exemplo, em 2.004: “Atuação constitucional do Ministério Público e propostas para sua otimização”, “O poder investigatório do Ministério Público”, “Ministério Público e o Meio-Ambiente”, “Mídia, valores éticos e Justiça”.

32. Nos Seminários, temas escolhidos antes do fim de ano anterior, eram atribuídos a um Grupo autor e outro designado como relator, entre os quais:

32.1. XXIII Seminário, em 1995, “Ministério Público e crime organizado” e “O Ministério Público e a Lei de Improbidade Administrativa”;

32.2. XXIV Seminário, em 1996, “O Ministério Público e o atual contexto social – Aspectos criminais e cíveis” e “A atuação do Ministério Público no Processo Eleitoral”;

32.3. XXX Seminário, em 2002, “Ministério Público e a criminalidade: aspectos internos da sua atuação”, “Ministério Público e a criminalidade: aspectos externos da sua atuação” e “Repensando o Ministério Público: democracia interna e externa e efetividade da atuação”;

32.4. XXXII Seminário, em 2004, “A atuação constitucional do Ministério Público e propostas para sua otimização” e “O poder investigatório do Ministério Público”.

2º) O QUE OS GRUPOS DE ESTUDOS SÃO

33. Os Grupos de Estudos são:

33.1. organismos.

33.2. autônomos tanto em relação à instituição, quanto em relação à APMP.

3º) O QUE OS GRUPOS DE ESTUDOS NÃO SÃO.

34. Os Grupos de Estudos não são:

34.1. organizações(são informais, não tem personalidade jurídica).

34.2. vinculados nem à instituição, nem à APMP(embora esta lhes assegure a infra-estrutura).

34.3. concorrentes da formação racional da Academia(onde os/as colegas estão conquistando graus acadêmicos), nem à funcional da Escola Superior do Ministério Público e dos Centros de Apoio.

4º) O QUE OS GRUPOS DE ESTUDOS DEVEM SER

35. Os objetivos prioritários dos Grupos de Estudos neste ano são reconquistar os colegas mais antigos, cuja experiência não pode ser desperdiçada(houve, por exemplo, deliberação pelo II Encontro de Aposentados, recomendando-lhes, entre outras, a participação nas reuniões dos Grupos de Estudos) e atrair os mais jovens.

36. **Os Grupos de Estudos serão o que você os faça:**

"Eu sem você não tenho porque"(VINICIUS DE MORAIS, "Samba em prelúdio").

"Um só ser vos falta e tudo está despovoado"(CHARLES PÉGUY).

37. **A vontade política do povo, expressa na Constituição, vem politizando a instituição e despartidarizando os seus membros.**

38. Então, a formação política dos membros do M.P. não se faz na militância político-partidária mas deve sê-lo nas reuniões dos Grupos de Estudos,

38.1. ou escolhendo-se **temas políticos**(dentre os muitos que competem à ação dos membros do M.P.),

38.2. ou, se se escolher **tema funcional**, que **a sua análise, nas palestras, se faça do ponto de vista político**, convidando-se expositores de fora da carreira(militantes, ou políticos, ou dos movimentos sociais)

38.3. ou, **no mínimo, fazendo-se debate entre os especialistas internos e os externos.**

V. UM MÉTODO

A. VER, JULGAR E AGIR

39. Como método de preparação e realização das reuniões sugere-se o "ver, julgar e agir"(cfr. GÉRARD PETTETIER et alii, "10 anos de experiência. Estudo sobre um movimento de Ação Católica", Editora Fides, São Paulo, 1947).

40. Não se tratava de mero "passadismo" mas de um método muito atual: o jurista FÁBIO KONDER COMPARATO, num artigo - "Além das eleições"(FSP, 5/1/06, pág. A-3) reporta-se a ele:

40.1. VER:

"Enfrentemos, antes, o problema com o método criado pela antiga Ação Católica e, agora, adotado pelas várias escolas de governo existentes no país: ver, julgar e agir.

Antes de tudo, é preciso fazer o levantamento, tão completo e acurado quanto possível, da realidade nacional, destacando sem contemplações os seus elementos mais críticos.

40.2. JULGAR:

Em seguida, importa identificar quais são as causas determinantes do estado de regressivo subdesenvolvimento em que temos vivido no último quarto de século.

40.3. AGIR:

Com base no diagnóstico assim realizado, estaremos habilitados a formular um programa de ação, ou seja, elaborar um projeto nacional de desenvolvimento nas suas três dimensões essenciais - política, econômica e social - à luz da realidade internacional de hoje".

B. A APLICAÇÃO DO MÉTODO ÀS NOSSAS REUNIÕES E AOS NOSSOS OBJETIVOS PRIORITÁRIOS

41. Nas reuniões,

41.1. A fase do "**ver**" permitiria, de um lado, atrair a atenção dos colegas: a eles seria pedido que formulassem perguntas que viessem a ser respondidas na reunião, pelo palestrante(os colegas questionadores ficariam motivados a comparecer à reunião para discutir e participar da formulação das respostas)e, de outro lado, que o palestrante preparasse uma exposição que respondesse às indagações previamente formuladas(o que delinearía uma palestra mais voltada para a "prática" do que para a "teoria");

41.2. A fase do "**julgar**" seria a própria palestra, com a participação de todos, do palestrante à platéia, todos analisando e formulando as conclusões.

41.3. A fase do "**agir**" seria o conjunto das conclusões, a ser implementado pelos Grupos de Estudos, através da Associação, junto aos órgãos superiores do M.P., aos demais Poderes do Estado e aos organismos da sociedade civil: quanto ao "agir", "os sub-temas devem ter consequências práticas na atividade do promotor".

VI. AS REUNIÕES

A. OS PALESTRANTES

42. Os palestrantes, qualificados para o tema, devem ser escolhidos entre os membros do M.P., pela militância cívica, pela qualificação acadêmica ou pela atuação funcional(Escola Superior, Centros de Apoio, etc.) ou entre representantes da sociedade civil também pela militância cívica ou pela qualificação acadêmica("escolher gente de peso", "pessoas de projeção nacional".

B. A ESCOLHA DOS PALESTRANTES

43. Os palestrantes poderão ser escolhidos:

43.1. internamente:

43.1.1. entre os colegas(e são muitos !) que possuem formação acadêmica(graduados, pós-graduados ou autores de livros) especializada no tema geral e/ou nos sub-temas sugeridos;

43.1.1. entre os colegas que desempenham funções institucionais(professores da Escola Superior do Ministério Público, cfr. LONMP, art. 35 e L.O.M.P.S.P., art. 53 e integrantes dos Centros de Apoio, cfr. LONMP, art. 33 e L.O.M.P.S.P., art. 51) tendo por objeto o tema geral e/ou os sub-temas sugeridos;

43.2. externamente:

43.2.1. na Academia: professores de matérias constantes do tema geral e/ou dos sub-temas sugeridos(Professores de Economia, para, por exemplo, política salarial; de Sociologia, para, por exemplo, marginalização, discriminações; de Arquitetura e Urbanismo, para, por exemplo, loteamentos clandestinos, favelas, cortiços);

43.2.2. nos organismos da sociedade civil: militantes dos movimentos que lutam pela solução de aspectos do tema geral e/ou dos sub-temas sugeridos(movimentos sindical, negro, de mulheres, etc.).

C. OS PARTICIPANTES

44. Devem ser convidados, se possível pessoalmente ou, no mínimo, por telefonemas e, por comunicação, os colegas aposentados, os colegas mais novos na carreira, os frequentadores de reuniões anteriores eventualmente afastados, aproveitando as reuniões de Promotoria.

45. Quando a reunião, pelo seu tema, possa ou deva ser aberta, poderão e deverão ser convidados os interessados dos vários órgãos ou organismos do Estado e da sociedade civil.

D. O LOCAL

46. As reuniões devem, preferencialmente, se realizar, quando existirem e quando possível, em dependências, da própria instituição(MP) e/ou das Associações ou, quando possam e/ou devam ser abertas, em locais cedidos pelo Poder Judiciário, pela OAB, por outras instituições da sociedade civil(Faculdades, igrejas, sociedades de amigos de bairros, sindicatos, etc.).

47. Isso serviria para estimular a participação dos colegas na vida institucional e associativa, nos contactos com o Poder Judiciário e com a OAB e, também, para que o M.P., "órgão do Estado a serviço da sociedade", estreite os seus contactos com todas as instituições da sociedade civil.

E. PARTES DA REUNIÃO

48. As reuniões devem ser organizadas com duas partes: a primeira para abordagem do tema geral e dos sub-temas e a segunda para relato de experiências dos colegas presentes.

F. ACOMPANHAMENTO DAS REUNIÕES

49. Para evitar um hiato, em cada grupo, desde a sua reunião até o Seminário de final de ano, foram propostos comunicação das conclusões de cada reunião a, pelo menos, todos os demais Coordenadores Regionais, desejavelmente a todos os participantes habituais das reuniões dos Grupos de Estudos e, se possível, a toda a categoria funcional.

A TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E DA COMUNICAÇÃO COMO INSTRUMENTO DE UM NOVO MODELO DE GESTÃO PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO

Márcia Bastos Balazeiro

Promotora de Justiça/PE

SUMÁRIO: I. Introdução; II. Exposição; II.I. Modelo Integrado de Gestão; II.II. Coordenadoria de Tecnologia da Informação e Comunicação; III. Conclusão e IV. Referências Bibliográficas.

I. INTRODUÇÃO

Consoante estabelece a Constituição Federal:

“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.”

À luz do texto supra transcrito, não se pode negar o avançado perfil traçado pela Constituição da República para o Ministério Público.

Com efeito, a Carta Magna conferiu ao Órgão Ministerial *status* de agente político, atribuindo-lhe legitimidade judicial e extrajudicial para a defesa dos mais relevantes interesses sociais. Para tanto, dotou-lhe de instrumentos hábeis para o exercício desse poder, como a ação penal, a ação civil pública e o inquérito civil.

Na mesma linha de raciocínio, reconheceu garantias aos promotores de justiça para o exercício de suas funções e admitiu a independência e a autonomia financeira e administrativa da Instituição.

Ocorre que, a estrutura funcional, orgânica e administrativa do Ministério Público manteve, em grande parte, o modelo já em vigor antes do novo perfil constitucional trazido em 1988.

Diante disso, urge que se implemente um novo modelo de gestão, adequado à realidade constitucional e à reforma da gestão pública iniciada no Brasil em 1995.

Afinal, em um País repleto de problemas sociais graves, em que os números relativos à exclusão são alarmantes, tutelar todos os interesses da coletividade, nas inúmeras áreas de legitimação constitucional do “Parquet”, sem realizar, ao menos, um trabalho de modernização de gestão, planejamento, estabelecimento de metas e prioridades, é pretender alcançar o inatingível.

Não podemos coadunar com um modelo de gestão Ministerial burocrático, formalista e alheio aos verdadeiros anseios sociais, dissociado das recentes tecnologias.

Como nos ensina Luiz Carlos Bresser Pereira, em *Avanços e Perspectivas da Gestão Pública nos Estados*:

“A administração pública burocrática era adequada para tornar efetivo um Estado pequeno como era o Estado Liberal; a gestão pública é essencial para tornar gerencial o Estado Democrático e, portanto, eficiente. A administração pública burocrática podia ser centralizada e baseada em regulamentos rígidos; a gestão pública ou administração pública gerencial deve necessariamente ser descentralizada e se apoiar no controle por resultados..”

Nesse contexto, propomos um modelo de gestão integrado que promova a comunicação entre os diversos segmentos do Ministério Público, estruturado em três setores: 1) Setor Político; 2) Setor Organizacional e 3) Setor relativo à TIC (Tecnologia da Informação e Comunicação). Vejamos:

II. EXPOSIÇÃO

II. I- MODELO INTEGRADO DE GESTÃO

No modelo de gestão proposto, os setores existentes são harmônicos.

Assim, o setor político é o responsável por traçar diretrizes estratégicas da administração, planejar e realizar avaliações de suas ações de forma contínua.

O organizacional, por sua vez, preocupa-se em buscar as competências e os recursos necessários para tornar a ação administrativa efetiva, substituindo estruturas rígidas e excessos burocráticos pelo trabalho em equipe, pela agilidade na gestão dos processos e pelo desenvolvimento de competências individuais.

Já o segmento da TIC é o responsável por implementar as prioridades administrativas estabelecidas por meio do uso de ferramentas tecnológicas, que irão sedimentar e fortalecer a noção de unidade institucional.

Este último segmento deve ter grande relevância em um modelo de gestão moderno justamente por fornecer os instrumentos para que os demais setores se tornem eficazes, atingindo as metas estabelecidas.

A mudança de postura estratégica assumida pelo Ministério Público nos diversos Estados brasileiros pressupõe segundo defendido nesse trabalho, a valorização da Tecnologia da Informação e Comunicação.

Para isso, faz-se necessário a criação na estrutura do Ministério Público, de uma Coordenadoria de Tecnologia de Informação e Comunicação, diretamente ligada ao Procurador Geral de Justiça, conforme passaremos a descrever em seguida:

II.II- COORDENADORIA DE TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO E COMUNICAÇÃO

A criação de uma Coordenadoria de Tecnologia da Informação e Comunicação na estrutura organizacional dos Ministérios Públicos Estaduais não constitui mera mudança de nomenclatura da antiga Diretoria de Informática.

Trata-se antes disso, de uma atualização de atribuições da citada Diretoria, que deixa de ser apenas um setor de processamento de dados, responsável por fornecer suporte na área de informática para as Promotorias de Justiça e demais órgãos do Ministério Público, para ter como finalidades integrar a Instituição, implementar importantes sistemas corporativos, criar soluções e disseminar novas tecnologias, imprimindo maior agilidade, eficiência e transparência à máquina administrativa Ministerial.

Uma das maiores vantagens da criação dessa Coordenadoria seria exatamente desenvolver, através da tecnologia, uma atuação integrada entre os diversos segmentos da administração do Ministério Público.

Desse modo, a Coordenadoria de Tecnologia da Informação e Comunicação teria como atribuições:

1) a criação, em parceria com uma empresa especializada no assunto, de um **Sistema Integrado de Controle e Tramitação de Procedimentos** no âmbito do Ministério Público, que possa ser consultado por qualquer membro, através da página na Instituição na intranet, de modo que tenha conhecimento de todas as investigações em curso em face de uma pessoa física ou jurídica, facilitando, inclusive, a troca de informações com os colegas;

2) a criação de um **Projeto de capacitação e inclusão digital interno**, realizado de forma contínua e setorial para os servidores e membros. Tal Projeto viabilizaria o acesso aos conhecimentos de informática, capacitando os integrantes da Instituição a utilizarem os sistemas de dados implantados;

3) Viabilização, juntamente com uma entidade certificadora a ser contratada pelo Ministério Público, de uma **certificação digital** para cada um dos membros e servidores com a finalidade de conferir autenticidade e validade aos documentos encaminhados por meio da intranet;

4) Elaboração de um **banco de dados de idéias inovadoras** realizadas por integrantes da Instituição, a ser disponibilizado na intranet, de modo a valorizar as iniciativas criativas de gestão e subsidiar modos de atuação nas áreas meio e fim da Instituição;

5) Traçar um **padrão de ocorrências de cada órgão de execução**, conhecido tecnicamente como "datamind" ou "mineração de dados", disponibilizando tais informações na intranet, para que os promotores e servidores possam realizar um melhor planejamento de suas ações, segundo as demandas sociais existentes na localidade de sua atuação;

6) **Divulgar** amplamente nas redes interna e externa, **iniciativas relevantes de membros e servidores**;

7) **Planejar o quantitativo de investimentos necessários para democratizar tecnologia de informação e comunicação de qualidade** para todo o Ministério Público;

8) **Planejar gastos contínuos para manter a tecnologia atualizada**, através de pesquisas, cursos e interações com outras instituições, principalmente acadêmicas;

9) **Capacitar agentes disseminadores de seus sistemas e projetos**, criando, inclusive, uma central de suporte (Help Desk), responsável não só por dar manutenção, mas também por estar disponível para tirar dúvidas dos usuários quanto ao uso dos sistemas, evitando que estes cometam erros ou atrasem suas tarefas por não ter a quem recorrer.

III. CONCLUSÃO

As dificuldades porque passa o Ministério Público atualmente, nos Estados, não podem ser atribuídas simplesmente a fatores como a escassez de recursos, o incremento das demandas sociais e a inadequação legislativa.

É preciso que realizemos uma corajosa e profunda autocrítica com o intuito de provocar mudanças de ordem administrativa gerencial.

A principal transformação que se faz necessária é a conscientização da importância de um modelo de gestão que valorize a tecnologia como instrumento de agilidade e de troca de idéias inovadoras.

Neste contexto, a criação de uma Coordenadoria de Tecnologia da Informação e Comunicação se afigura

essencial para implementar um Sistema Integrado de comunicação no Ministério Público, planejando investimentos na área de informática e realizando projetos de capacitação e inclusão digital na Instituição.

Um dos grandes problemas gerenciais da atualidade é alinhar a TIC aos objetivos das instituições. Para tentar resolver isso, está se tornando bastante comum a adoção da metodologia "CobiT", juntamente com a "ITIL"². Estas tentam fazer com que a TIC trabalhe melhor para a instituição, e não que a instituição se adeque à TIC.

É justamente isso que o Ministério Público no Brasil precisa fazer, ou seja, se utilizar das ferramentas de tecnologia da informação e comunicação, para viabilizar o planejamento e a transparência de suas ações, a capacitação e o controle de resultados, realizando de forma concreta seu novo perfil constitucional, com vistas a aprimorar seu atendimento às demandas sociais.

IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRUCIO, Fernando Luiz, GAETANI, Francisco e outros. **Avanços e Perspectivas da Gestão Pública nos Estados**. Consad (Conselho Nacional de Secretários de Estado de Administração), 2006;

ALBERTIN, Luis Alberto. **Tecnologia da Informação**. São Paulo: Editora Atlas, 2005;

DEMO, Gisela. **Políticas de Gestão de Pessoas nas Organizações**. São Paulo: Editora Atlas, 2005;

FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo e outros. **Um novo modelo de gestão para o Ministério Público (bases de uma necessária reengenharia institucional)**. São Paulo: Edições Associação Paulista do Ministério Público, 2003;

FIGUEIREDO, Carlos Maurício e NÓBREGA, Marcos (Organizadores). **Administração Pública- Direito Administrativo, financeiro e gestão pública: prática, inovações e polêmicas**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002;

MACEDO JÚNIOR, Ronaldo. **Evolução Institucional do Ministério Público brasileiro**, in: "Ministério Público- Instituição e processo", FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coordenador), São Paulo: Editora Atlas, 1999;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público na Constituição de 1988**. São Paulo: Editora Saraiva, 1989;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. São Paulo, Editora Saraiva, 1998;

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Regime jurídico do Ministério Público**. São Paulo, Editora Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Fátima Bayma (Organizadora). **Tecnologia da Informação e da Comunicação- A busca de uma visão ampla e estruturada**. São Paulo: Pearson Prentice Hall: Fundação Getúlio Vargas, 2007;

CONSULTAS AO SITE: <http://wikipedia.org>

AS RESOLUÇÕES DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E O SEU NECESSÁRIO BALIZAMENTO

Emerson Garcia

Membro do Ministério Público/RJ

Sumário: I – Aspectos Introdutórios; II – Características Basilares dos Atos Regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público; III – Objeto dos Atos Regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público; IV – Matérias Interditas aos Atos Regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público; e V – Conclusão.

Síntese Dogmática: a Emenda Constitucional nº 45/2004, ao criar o Conselho Nacional do Ministério Público, conferiu-lhe a atribuição de “zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público”, e lhe outorgou dois instrumentos: “expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência” e “recomendar providências”. Os dois instrumentos estão finalisticamente voltados à satisfação da atribuição que lhes está atrelada: o CNMP poderá fazer uso das resoluções (rectius: atos regulamentares) em havendo lei que lhe dê sustentação, e da recomendação na sua ausência. Consoante o sistema constitucional, as resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (1) estão objetivamente delimitadas pela esfera de competência do colegiado, (2) não podem afrontar a Constituição e a lei, federal ou estadual, e (3) estão finalisticamente comprometidas com o zelo pela autonomia funcional e administrativa das Instituições controladas, não podendo reduzir a liberdade valorativa que a ordem jurídica lhes assegura.

I – Aspectos Introdutórios

Transcorrido o primeiro biênio de instalação e funcionamento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), já é perceptível o paulatino surgimento de uma realidade distinta daquela que vinha caracterizando o Ministério Público brasileiro no período posterior a 1988, marcado por uma plena autonomia existencial.

Nesse início de atividades, constata-se que a atuação do órgão de controle externo tem sido tímida e recalcitrante em alguns aspectos, pouco ou nada fazendo em relação à adoção de medidas destinadas a “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”¹, (1) amenizando as investidas ou apontando as omissões de outras estruturas de poder que atentem contra ela, (2) aperfeiçoando as estruturas controladas, (3) oferecendo modelos de gestão e de controle interno que contribuam para o aumento de sua eficiência, (4) divulgando iniciativas bem sucedidas, com o conseqüente estímulo ao debate sobre a conveniência de serem generalizadas etc.

Em outros aspectos, no entanto, mais especificamente no que diz respeito ao controle dos atos praticados com base na autonomia administrativa e financeira das Instituições controladas, a atuação tem sido ampla, intensa e visceral. Ampla na medida em que todo e qualquer indivíduo, identificado ou não, por qualquer meio e escrevendo qualquer coisa (na verdadeira acepção da expressão, ainda que de modo ofensivo à honra alheia), terá seu arrazoado recebido e autuado, dali se originando um processo administrativo. Intensa por ser uma fiscalização ativa, em que se verifica a requisição de informações e de documentos, seguindo-se calorosos debates, muitas vezes sobre questões periféricas e com pouco apreço à técnica. Visceral em razão do não tracejar de uma linha limítrofe entre as noções de mérito e juridicidade do ato administrativo, não sendo incomum que o CNMP avance em juízos valorativos estranhos ao universo de atuação de um órgão de controle externo. Essa última característica, no entanto, ainda apresenta algumas peculiaridades. A principal e mais curiosa reside na constatação de que as incursões do CNMP no âmbito

¹ Art. 130-A, § 2º, I, da CR/1988.

puramente valorativo são mais intensas no plano geral que no concreto. A curiosidade deve-se a uma razão muito simples: considerando a excepcionalidade das incursões em juízos valorativos, somente as especificidades do caso concreto seriam aptas a justificá-las. No plano geral, por sua vez, deveriam prevalecer as regras basilares do sistema, que apontam para a preeminência da autonomia das Instituições controladas.

Interpretando o inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição da República, o CNMP tem alcançado a conclusão de que a parte inicial do preceito (“*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”) está dissociada da parte final (“*podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência, ou recomendar providências*”). Assim, ao invés de expedir atos regulamentares que reforcem a autonomia da Instituição, o CNMP tem caminhado em norte contrário, substituindo-se às Instituições controladas no exercício de juízos valorativos característicos dessa autonomia, o que tem ensejado o surgimento de algumas contradições lógicas no sistema.

Tais contradições exigem sejam envidados esforços no sentido de identificar a natureza e a extensão do poder normativo atribuído ao CNMP, explicitando os seus respectivos balizamentos. A construção de uma linha argumentativa que contribua para o correto funcionamento do órgão de controle externo, afastando os excessos e evitando as contradições, possibilitará a sua coexistência com as Instituições controladas, assegurando, e não suprimindo, a sua autonomia. Esse é o objetivo dessas breves linhas.

II – Características Basilares dos Atos Regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público

A existência do poder regulamentar está associada à concepção de que outras estruturas estatais de poder² podem especificar, com imperatividade, as providências a serem adotadas para o aperfeiçoamento dos comandos legais postos pelo legislador democraticamente legitimado. Trata-se de manifestação especial do princípio da legalidade, permitindo concluir que o *facere* estatal pode assumir contornos concretos, o ato administrativo típico, ou gerais, aqui se enquadrando o regulamento.³

A generalidade é uma característica indissociável dos regulamentos, apontando para a impessoalidade dos seus comandos.⁴ Não obstante a indiscutível importância teórica, não adentraremos na conhecida polêmica sobre ser, ou não, o regulamento, sob o ponto de vista formal, um ato administrativo, mas, sob o ponto de vista material, um verdadeiro ato legislativo, construção prestigiada por uns,⁵ rechaçada por outros.⁶

O regulamento é um relevante mecanismo de colaboração entre as funções estatais, permitindo seja conferida maior maleabilidade operacional aos comandos legais, que podem ser ajustados, à época da execução, aos circunstancialismos de ordem administrativa e social. Por refletir um mecanismo de colaboração, não de absorção ou usurpação, há uma relação de verticalidade entre lei e regulamento: o segundo somente pode desenvolver-se no espaço de conformação deixado pela primeira.⁷ O regulamento não pode confrontar a lei, isto sob pena de restar caracterizada a usurpação da função legislativa.⁸ Quanto ao seu fundamento existencial, conforme o sistema, ele pode ser obtido diretamente na Constituição, o que aponta para uma divisão de competências, ou na lei, que autorizaria o seu exercício. No direito brasileiro, a regra do inciso IV do art. 84 da Constituição de 1988 permite concluir que, em geral, a competência para regulamentar a lei é privativa do Chefe do Executivo, que a auferi diretamente no texto constitucional, ainda que a lei silencie a esse respeito.⁹ Como exceção, tem-se a possibilidade de o CNMP expedir “*atos regulamentares*” em matérias de sua competência.

Em situações excepcionais e em questões específicas, alguns sistemas têm reconhecido a figura do “*regulamento autônomo*”,¹⁰ que poderia ser editado ainda que a matéria não tivesse sido objeto de lei e à mingua de

² “Se não há senão um único legislador, há uma pluralidade de detentores do poder regulamentar” (René Chapus, *Droit Administratif Général*, Tome 1, 15ª ed., Paris: Montchrestien, 2001, p. 649).

³ Cf. Otto Mayer, *Le Droit Administratif Allemand*, Tome 1º, Paris: V. Giard & E. Brière, 1903, pp. 115/116.

⁴ Cf. Marcel Waline, *Droit Administratif*, 9ª ed., Paris: Recueil Sirey, 1963, p. 117.

⁵ Cf. André de Laubadère, *Traité Élémentaire de Droit Administratif*, Tome 1º, 3ª ed., Paris: L.G.D.J., 1963, p. 64.

⁶ Cf. Eduardo García de Enterría e Tomás Ramón-Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 12ª ed., Madrid: Civitas Ediciones, 2004, p. 181; e Marcelo Rebelo de Sousa e André Salgado de Matos, *Direito Administrativo Geral*, Tomo I, Lisboa: Publicações Don Quixote, 2004, pp. 36/37, que realçam o caráter essencialmente político e subordinante da lei.

⁷ Cf. Franco Bassi, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 7ª ed., Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, 2003, p. 51.

⁸ No alvorecer da Revolução francesa, a impossibilidade de o Executivo editar atos normativos à margem da lei foi expressamente vedada pela Constituição de 1791 (art. 6º): “o poder executivo não pode editar nenhuma lei, mesmo provisória, mas somente proclamações harmônicas com as leis para ordenar ou recomendar a sua observância”, regra que terminou por ser amenizada nas Constituições posteriores.

⁹ Cf. Diógenes Gasparini, *Direito Administrativo*, 11ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 122.

¹⁰ Utilizamos a expressão por estar arraigada na doutrina, mas é evidente a sua impropriedade. Se o ato normativo é autônomo, não sendo responsável pela especificação de qualquer outra norma de estatura superior (observe-se que a Constituição cria a competência, não sendo propriamente regulamentada, mas integrada), não há propriamente um regulamento.

autorização legal.¹¹ Trata-se de exceção, não de regra, máxime em sistemas, como o brasileiro, cujos alicerces democráticos ainda se mostram incipientes. Um sistema integralmente estruturado na soberania popular não se ajusta com facilidade à tese de que órgão outro que não aquele constitucionalmente incumbido da produção normativa possa editar atos dessa natureza.

Não é incomum, ademais, que o Constituinte delimite as matérias sob domínio da lei e aquelas sob domínio do regulamento. Exemplo dessa possibilidade encontra-se estampado na Constituição brasileira de 1988, que relaciona algumas matérias a serem reguladas exclusivamente por decreto, de competência privativa do Presidente da República.¹² Trata-se de um nítido exemplo de “*regulamento autônomo*” expressamente autorizado e delimitado, o que exclui a sua aplicação a situações outras que não aquelas contempladas.

A Constituição francesa de 1958, por sua vez, além de delimitar as matérias da alçada da lei, é expressa ao afirmar que as demais, ainda que incluídas na lei, terão natureza regulamentar, podendo ser modificadas por decreto, ouvido o Conselho de Estado.¹³ Analisando a Constituição, a doutrina francesa mais abalizada não hesitou em afirmar que o “*regulamento autônomo*” não fora nivelado à lei.¹⁴ Na hierarquia dos textos jurídicos, continua subordinado à lei, devendo obediência a todos os comandos (constitucionalmente) inseridos no domínio da lei. A preeminência da lei, é importante frisar, é característica essencial de um Estado de Direito, “*a realidade da idéia moral*” (*die Wirklichkeit der sittlichen Idee*) a que se referiu Hegel.¹⁵

Estabelecidas as premissas, é possível afirmar que o poder regulamentar outorgado ao CNMP não difere daquele diuturnamente exercido pelo Executivo. Principiando pelo aspecto gramatical, o poder reformador foi cauteloso ao utilizar a expressão “*atos regulamentares*”, o que, na essência, aponta para algo antecedente que deve ser regulamentado. As resoluções do CNMP não podem destoar ou fazer às vezes da lei.¹⁶ “*Ato regulamentar*” e lei são espécies do gênero ato normativo, possuindo finalidades específicas e uma força expansiva diferenciada.

Um observador mais ousado talvez sustentasse que não haveria óbice algum a que o tal “antecedente” fosse a própria Constituição da República, o que, por força de compreensão, nivelaria as resoluções do CNMP à lei, conferindo-lhes uma ampla liberdade de conformação. Ambos, resolução e lei, teriam o mesmo fundamento de validade: a Constituição. Essa conclusão, no entanto, dificilmente seria compatibilizada com (1) o princípio democrático,¹⁷ que confere à representatividade popular uma legitimidade diferenciada na produção normativa, e (2) a indelegabilidade da função legislativa, cláusula pétrea oponível ao próprio poder reformador,¹⁸ como aquele que originou a Emenda Constitucional nº 45/2004. Não bastasse isto, ainda padeceria de um pecado mortal: a falta de harmonia com o sistema constitucional. Afinal, como compatibilizar essa “senhoria normativa” do regulamento com a divisão de competências legislativas própria de um Estado Federal e a expressa exigência de lei em sentido formal, quer complementar, quer ordinária, para a disciplina de matérias afetas ao Ministério Público e aos seus serviços auxiliares (v.g.: regime estipendial, atribuições etc.)?

Face à inexistência de qualquer comando constitucional em sentido contrário, parece igualmente claro que os “*atos regulamentares*” expedidos pelo CNMP não foram alçados ao nível da lei. Como todo e qualquer regulamento, continuam a transitar no espaço deixado pela lei, permanecendo adstritos à divisão de competências estabelecida pelo texto constitucional. No caso do Ministério Público dos Estados, a União edita as normas gerais, os Estados as normas específicas. As normas gerais delineiam o alicerce estrutural de determinada matéria, traçando as diretrizes que nortearão a atuação do Poder Público, quer sob o prisma executório, quer sob a ótica da própria produção normativa. Por terem função diretiva, tais normas não devem esgotar a matéria que disciplinam ou mesmo avançar em pormenores que venham a anular a iniciativa dos demais entes, isto sob pena de as normas gerais se transmudarem em normas plenas. Assim, chega a ser farisaica (para não dizer infeliz) a tese de que as resoluções do CNMP buscam

¹¹ No direito norte-americano, merece referência o célebre caso *Youngston Sheet & Tube Co. vs. Sawyer*, em que o Justice Jackson sustentou a correção do regulamento autônomo na hipótese de “*congressional inertia, indifference or quiescence*” (343 U.S. 579, 1952).

¹² Art. 84, VI, c.c. art. 61, § 1º, II, e, ambos da CR/1988.

¹³ Art. 37 da Constituição francesa de 1958. A inserção de qualquer temática na lei, como afirmou Waline, gera uma presunção do seu caráter legislativo, o que exige, anteriormente à edição do decreto modificador, o pronunciamento do Conselho Constitucional para que seja reconhecido o seu caráter regulamentar (*op. cit.*, p. 130).

¹⁴ Cf. Laubadère, *op. cit.*, pp. 67 e 77; e Chapus, *op. cit.*, p. 661.

¹⁵ *Recht, Staat, Geschichte*, Stuttgart: Alfred Kröner Verlag, 1955, p. 338.

¹⁶ “A Lei arranca a incondicionalidade do seu conteúdo e a irresistibilidade de sua eficácia de sua legitimação na vontade da comunidade; o regulamento não pode apresentar-se como vontade da comunidade, pois a Administração não é um representante da comunidade, é uma organização servil da mesma, do que resulta algo em essência distinto; no regulamento não se expressa uma hipotética ‘vontade geral’, senão que é uma simples regra técnica, ‘ocorrência dos funcionários’, a que órgãos simplesmente administrativos deram expressão definitiva. A Lei é a norma originária por excelência: dispõe desde si mesma, rompe o Direito ou as relações existentes, pode (dentro da Constituição) fazer tudo ‘menos transformar um homem em mulher’. Nada disso é próprio das determinações regulamentares, que mais se apresentam como complementares das Leis, como ‘execução’ (num sentido amplo) da Lei” (García de Enterría e Fernández, *op. cit.*, pp. 182/183).

¹⁷ Art. 1º, parágrafo único, da CR/1988.

¹⁸ Arts. 2º e 60, § 4º, III, da CR/1988 e art. 25 do ADCT.

uniformizar o trato de certas matérias no âmbito dos Estados.¹⁹ Ora, a diversidade parece ser inerente àquilo que se convencionou chamar de Federação.

As resoluções do CNMP, assim, sequer podem ser vistas como “regulamentos autônomos”, já que o texto constitucional, diversamente ao que fez em relação às competências do Presidente da República, não relacionou um rol de matérias de sua alçada privativa. Limitou-se a afirmar que o poder regulamentar do CNMP seria exercido “*no âmbito de sua competência*”, não lhe sendo dado editar atos regulamentares em matérias não relacionadas no art. 130-A da Constituição da República e que não se destinem a “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”.

A sujeição das resoluções do CNMP (e do CNJ) à lei, conquanto clara à luz da dogmática e da sistemática constitucional, não foi, num primeiro momento, recepcionada pelo Supremo Tribunal Federal. O Tribunal, em sede de cognição sumária, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 12, sendo relator o eminente Ministro Carlos Ayres Britto, após reconhecer, em Resolução do Conselho Nacional de Justiça, a “*força de diploma normativo primário*”, o que poderia apontar para a obtenção do seu fundamento de validade diretamente na Constituição, parece tê-la inserido numa esfera imune à incidência da lei.

As circunstâncias inerentes ao referido julgamento são bem conhecidas. O Conselho Nacional de Justiça, com amplo e irrestrito apoio da opinião pública, editou a Resolução nº 7, que proscrevia o nepotismo no âmbito do Poder Judiciário. Essa medida moralizadora foi desautorizada por vários tribunais do País, motivando o ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade e o correlato pronunciamento do Supremo Tribunal Federal. Apesar de suscitado o argumento de que a prática do nepotismo seria diretamente vedada pela Constituição da República, sendo desnecessária a mediação legislativa, prevaleceu a tese de que o Conselho Nacional de Justiça estava autorizado a editar ato normativo com o fim de proibir a prática.

Como afirmou o relator, a resolução deveria ser considerada uma “*entidade jurídica primária*”, pois “*seguia imediatamente à vontade da própria Constituição, sem outra base de validade que não seja a Constituição mesma*”. Após realçar que a lei é a fonte primária por excelência, ressaltou que a própria Constituição contemplou a existência de atos com força normativa que não a lei: a) as múltiplas competências do Senado Federal²⁰; b) as medidas provisórias editadas pelo Poder Executivo²¹; c) o regimento interno dos tribunais²²; d) o regimento interno dos tribunais de contas;²³ e) os decretos autônomos, passíveis de serem editados pelo Presidente da República, que podem dispor sobre “*organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos*”²⁴.

Ao final, acresceu o eminente relator que o CNJ detém a competência implícita de editar atos normativos associados às matérias de sua competência expressa, permitindo a adequação das instituições controladas, com a conseqüente prevenção da “*irrupção de conflitos*”. Diversamente ao que ocorre em relação ao Conselho da Justiça Federal²⁵ e ao Conselho Superior da Justiça do Trabalho,²⁶ não há disposição constitucional que imponha a atuação do Conselho Nacional de Justiça “*na forma da lei*”. A Resolução nº 7, ademais, encontra-se em harmonia com os princípios regentes da atividade estatal (impessoalidade, eficiência e igualdade), não sendo divisada qualquer antinomia.

A decisão do Supremo Tribunal Federal, como afirmamos em trabalho específico,²⁷ envereda por um grande número de polêmicas, que variam desde a legitimidade democrática à própria segurança jurídica dos destinatários das “*normas primárias*” do Conselho Nacional de Justiça e, por identidade de razões, do Conselho Nacional do Ministério Público. Naquilo que se relaciona mais diretamente ao nosso objeto de análise, é possível identificar quatro equívocos na decisão do Tribunal: 1º) afirmar, sem mais, que a Constituição é a base de validade da resolução, não resolve o problema da divisão de competências entre os entes federados; 2º) ainda que se reconheça que a base de validade do regulamento é a Constituição, não se pode afastar a sua submissão à lei, estando a conclusão contrária dependente de previsão expressa, não sendo suficiente o mero silêncio constitucional; 3º) as resoluções do CNMP não podem ser assimiladas aos decretos autônomos do Executivo, pois não refletem o exercício de competências privativas, ao abrigo da própria lei; e 4º) nenhum dos exemplos de atos normativos que não a lei, previstos na Constituição, foi expressamente intitulado de “*ato regulamentar*”.

¹⁹ Explicação similar ornamenta o segundo considerando da Resolução nº 14/2006, do CNMP, que “*dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público Brasileiro*”.

²⁰ Art. 52, VII, VIII e IX e art. 155, § 2º, V, a e b da CR/1988.

²¹ Art. 62 da CR/1988.

²² Art. 96, I, a, da CR/1988.

²³ Arts. 73 e 75 da CR/1988.

²⁴ Art. 84, VI, da CR/1988.

²⁵ Art. 105, parágrafo único, II, da CR/1988.

²⁶ Art. 111-A, § 2º, II, da CR/1988.

²⁷ “Poder Normativo Primário dos Conselhos Nacionais do Ministério Público e de Justiça: A Gênese de um Equívoco”, in Revista da Associação dos Juizes Federais do Brasil, v. 23, nº 84, p.143, abr./jun. 2006.

Invocando a velha máxima de Maquiavel, tudo leva a crer que a nobreza dos fins almejados pelo Conselho Nacional de Justiça com a edição da Resolução nº 7 tenha levado o Supremo Tribunal Federal ao reconhecimento da constitucionalidade do meio escolhido. Espera-se, no entanto, que a temática ainda seja objeto de maior reflexão, evitando que uma relevante parcela dos agentes públicos fique à margem do manto protetor do princípio da legalidade.

III – Objeto dos Atos Regulamentares do Conselho Nacional do Ministério Público

A análise da sistemática constitucional, como dissemos, permite afirmar que o poder reformador, ao criar o CNMP, outorgou-lhe uma atribuição, a de “*zelar pela autonomia funcional e administrativa do Ministério Público*”, e lhe outorgou dois instrumentos: “*expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência*” e “*recomendar providências*”. Os dois instrumentos estão finalisticamente voltados à satisfação da atribuição que lhes está atrelada: o CNMP poderá fazer uso do regulamento em havendo lei que lhe dê sustentação, e da recomendação na sua ausência. O regulamento é um ato normativo de caráter geral e de indiscutível imperatividade, a recomendação é um ato administrativo de caráter geral ou individual, com contornos essencialmente dispositivos, não vinculando os seus destinatários.

De qualquer modo, desde logo já se constata que a *ratio* do poder regulamentar do CNMP é proteger a autonomia das Instituições controladas, pois, de acordo com o léxico, “*zelar*” significa “*tomar conta (de alguém) com o maior cuidado e interesse*”.²⁸

Como afirmamos em outra oportunidade,²⁹ em termos gerais, entende-se por autonomia a prerrogativa de estabelecer as próprias normas. Autonomia, no entanto, não se confunde com soberania. A idéia de soberania indica o poder de estabelecer a normatização a ser observada em determinado território, sem que haja qualquer relação de subordinação a um estamento superior, bem como a aptidão do Estado em se relacionar com os demais na esfera internacional em uma posição de igualdade – ao menos jurídica. A soberania, em seu conceito clássico, que pouco a pouco vem sendo atenuado com a globalização e o imperativo respeito aos direitos do homem, era qualificada como “*una, indivisível, inalienável e imprescritível*”.³⁰ Diversamente da soberania, a autonomia não apresenta qualquer característica de originariedade, tendo os seus limites traçados pelo próprio poder soberano, no qual encontra o seu fundamento de validade. A autonomia interage com a soberania em uma relação de continência, sendo por ela abrangida.

Constantino Mortati,³¹ discorrendo sobre as características intrínsecas e a *ratio* da autonomia, afirma que “*tal termo, segundo o seu significado (do grego: autos – si próprio, nemein – governar), quer significar a liberdade de determinação consentida para um sujeito, traduzindo-se no poder de estabelecer para si a lei reguladora da própria ação, ou, mais compreensivamente, o poder de prover os interesses próprios e, portanto, de gozar e dispor dos meios necessários para obter uma harmônica e coordenada satisfação dos mesmos interesses*”.

Inerente e indissociável da noção de autonomia encontra-se a de liberdade valorativa. Uma Instituição autônoma, como é o Ministério Público, observada a juridicidade, na qual se sobressaem a Constituição e as leis orgânicas, tem ampla liberdade para valorar as circunstâncias subjacentes à realidade e escolher a solução que melhor se ajusta às suas peculiaridades. Sem liberdade não há autonomia. Em consequência, o CNMP jamais poderia editar atos regulamentares que, longe de defender, restringissem a autonomia das Instituições controladas.³²

As disposições constitucionais não podem ser concebidas como partículas isoladas e indiferentes ao seu entorno: por possuírem idêntica natureza e ocuparem o mesmo plano hierárquico (sob a ótica jurídica, não axiológica), devem manter uma relação de harmonia e pacífica coexistência.³³ A unidade constitucional explora as potencialidades da interpretação sistemática, permitindo sejam contornadas as múltiplas tensões dialéticas que se verificam na Constituição, fruto do seu caráter fundante e da estrutura essencialmente aberta de suas disposições.

Em prevalecendo o entendimento atualmente arraigado no âmbito do CNMP, no sentido de que suas resoluções podem se imiscuir livremente no plano administrativo, sem qualquer balizamento imposto pela autonomia das Instituições controladas, ter-se-ia de admitir, por identidade de razões, que seriam igualmente livres as incursões no plano da autonomia funcional, o que terminaria por afetar o próprio exercício da atividade finalística dos órgãos de

²⁸ Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, verbete zelar.

²⁹ Ministério Público, Organização, Atribuições e Regime Jurídico, 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 95/96.

³⁰ Léon Duguit, *Manuel de Droit Constitutionnel*, 4ª ed., Paris: E. de Boccard, 1923, p. 85.

³¹ *Istituzioni di Diritto Pubblico*, tomo II, 7ª ed., Pádua: Cedam, 1967, p. 694.

³² Na Resolução nº 14/2006, que “*dispõe sobre regras gerais Regulamentares para o concurso de ingresso*”, o CNMP chegou ao extremo de definir que a Comissão de Concurso teria cinco membros (art. 3º) e que a prova preambular seria de múltipla escolha (art. 17, I).

³³ Cf. André Ramos Tavares, *Curso de Direito Constitucional*, 3ª ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p. 83.

execução. Esse argumento *a fortiori* decorre da constatação de que, na construção do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, os “atos regulamentares” instrumentalizam tanto o zelo pela autonomia administrativa, como pela autonomia funcional. Reconhecendo a sua aptidão para diminuir o raio de expansão da primeira, há que se admitir, por identidade de razões, a retração da segunda. Lembrando o dramaturgo Nélson Rodrigues, “*nada é mais difícil e cansativo do que tentar demonstrar o óbvio*”.

IV – Matérias Interditas ao Poder Regulamentar do Conselho Nacional do Ministério Público

Numa perspectiva puramente funcional, é possível identificar uma multiplicidade de atos passíveis de serem praticados pelos órgãos com atribuição no âmbito do Ministério Público. Podem se praticados atos de natureza (1) administrativa (v.g.: os atos de gestão emitidos em cumprimento da lei), (2) financeira (v.g.: o empenho das despesas realizadas) e (3) funcional *stricto sensu* (v.g.: o exercício da atividade finalística inerente ao Ministério Público); e (4) puramente política (v.g.: a iniciativa do processo legislativo por parte do Procurador-Geral).

Os atos regulamentares, como se constata pela leitura do inciso I do parágrafo 2º do art. 130-A da Constituição, somente podem alcançar os atos de natureza administrativa e funcional, isto, obviamente, com o objetivo de assegurar a autonomia da Instituição. Face à própria sistemática constitucional, entendemos que os atos de cunho financeiro ora se enquadrarão sob a epígrafe mais ampla dos atos administrativos, ora sob a epígrafe dos atos políticos, o que os exime de qualquer balizamento (salvo o constitucional) nesse último caso.

Os atos puramente políticos, na concepção aqui tratada, são atos de conteúdo não-normativo da função política, regidos pela Constituição e que só podem ser corretamente entendidos na perspectiva do sistema de governo e das relações entre os seus respectivos órgãos.³⁴ São instrumentos pelos quais se explicam as funções de direção, de governo e de controle do Estado,³⁵ com ampla liberdade valorativa assegurada pelo texto constitucional.

Exemplo de ato puramente político é a deflagração do processo legislativo. A primeira fase do *iter* procedimental de produção normativa situa-se na iniciativa legislativa, ato que confere o impulso necessário à atuação do órgão legislativo competente. Essa iniciativa pode assumir um contorno unitário ou pluralístico, conforme, respectivamente, esteja concentrada ou não em um único órgão ou agente. Como se disse, a iniciativa legislativa tem a natureza jurídica de um *poder*, finalisticamente voltado à satisfação do interesse público e que deve manter-se adstrito às regras técnicas concernentes à formulação de projetos de lei³⁶ (v.g.: texto estruturado em artigos, elaboração de justificativa ao projeto etc.), quer previstas em lei, quer adotadas no âmbito dos órgãos legislativos. Esse poder, por sua vez, pode assumir a feição de um *direito-poder* ou de um *dever-poder*: no primeiro caso, confere-se aos legitimados uma faculdade de exercício, no segundo, uma obrigação, normalmente com a fixação de prazo ou a individualização de um fim específico a ser alcançado. Esses balizamentos, à evidência, são fixados na Constituição.

Nessa linha, pode-se afirmar que o CNMP não pode editar atos regulamentares que estabeleçam imposições ou condicionantes ao exercício de atos puramente políticos, como é o poder de iniciativa legislativa.³⁷ Comandos dessa natureza não assumem contornos “*imperativos*”, mas tão-somente “*incitativos*” à iniciativa legislativa. Além da necessária existência de um juízo de oportunidade nessa seara, inerente ao agente legitimado e imune a qualquer influxo exógeno, o exercício da iniciativa legislativa não importaria na correlata inclusão da matéria na ordem do dia do Parlamento, claro indicativo do seu despropósito.³⁸

V - Conclusão

As resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (1) estão objetivamente delimitadas pela esfera de competência do colegiado, (2) não podem afrontar a Constituição e a lei, federal ou estadual, e (3) estão finalisticamente comprometidas com o zelo pela autonomia funcional e administrativa das Instituições controladas, não podendo reduzir a liberdade valorativa que o sistema lhes assegura.

³⁴ Cf. Jorge Miranda, *Funções, Órgãos e Actos do Estado*, apontamentos de lições, Lisboa, 1986, pp. 299 e ss..

³⁵ Cf. Rocco Galli, *Corso di Diritto Amministrativo*, Padova: CEDAM, 1991, p. 243.

³⁶ Cf. Giuseppe de Vergottini, *Diritto Costituzionale*, 3ª ed., Milão: CEDAM, 2001, p. 451.

³⁷ As Resoluções nº 6/2006 e 19/2007 do CNMP fixaram prazo para que os Procuradores-Gerais apresentassem projeto de lei regulamentando o art. 37, V, da CR/1988 (preenchimento de cargos em comissão e funções de confiança) no âmbito do respectivo Ministério Público. Os fins, à evidência, são nobres, já que a utilização dos cargos em comissão tem sido desvirtuada em todos os quadrantes do território nacional, mas o meio escolhido destoava da Constituição.

³⁸ Cf. Jean-Pierre Camby, “*Injonction et Constitution*”, in *Revue du Droit Public & de la Science Politique en France et à L'Étranger* nº 3, maio-junho/2001, p. 639 (640).

GRUPO DE ATUAÇÃO ESPECIAL DE INCLUSÃO SOCIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SÃO PAULO: A PREPONDERÂNCIA DE AÇÕES AFIRMATIVAS NO CONTROLE DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Fernanda Leão de Almeida

Promotora de Justiça/SP

1. Apresentação

O presente trabalho tem por objetivo a apresentação do Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social instituído, há menos de um ano, no Ministério Público de São Paulo, para a tutela de direitos fundamentais, em prol de segmentos vulneráveis de pessoas.

De forma preponderante, as atividades desenvolvidas pelo Grupo inserem-se no campo do ordenamento constitucional brasileiro, com ênfase à efetividade dos direitos fundamentais de cunho social, econômico e cultural, mediante a adoção de políticas públicas de ação afirmativa, para a supressão paulatina dos quadros de marginalização de seres humanos, de modo que, sob o primado da igualdade material, todos passem a ser, efetivamente, amparados de idêntico modo pela lei.

À luz da exposição de alguns contornos jurídicos estabelecidos à eficácia daqueles direitos e de algumas atividades do Grupo que, em tal espectro, vêm sendo realizadas a contento, a intenção é contribuir para a implementação de setores análogos nos demais quadros do Ministério Público (art. 128, I e II, da CF), como forma de indiscutível aprimoramento institucional.

2. Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do Ministério Público de São Paulo

A atuação atribuída ao Ministério pelo artigo 127 da Constituição Federal representa a consolidação de seu papel de legítimo promotor e defensor de direitos e interesses; bens e valores essenciais à condição de uma vida digna em sociedade.

O Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do Ministério Público de São Paulo foi instituído, em 27 de julho de 2006, pelo Ato Normativo 473 do Colégio de Procuradores de Justiça, tendo em vista, exatamente, a necessidade de aferição do conteúdo normativo do enunciado do artigo 127, *caput*, da Constituição da República, segundo os cânones em que se funda a República Federativa do Brasil (Título I da CF).

Considerou-se que a função de velar pela construção do Estado Democrático de Direito à nação brasileira exige do Ministério Público uma atuação guiada, de forma direta e imediata, pelas diretrizes estabelecidas no artigo 3º, I a IV, do texto constitucional, sempre levando em conta os fundamentos de seu artigo 1º, com especial destaque à proteção da dignidade humana que, na condição de missão institucional da mais alta relevância, reclama a adoção de medidas efetivas, de caráter judicial e extrajudicial, destinadas a combater a pobreza e a exclusão social.

Dessa forma, para agir no âmbito das atribuições de algumas Promotorias de Justiça da Capital (Cível, Criminal, da Habitação e Urbanismo, da Cidadania, da Infância e Juventude, do Consumidor e de Mandados de Segurança), ao Grupo de Inclusão Social foi reservada a incumbência de adotar as “providências judiciais e extrajudiciais, nas esferas cível e criminal, nos casos em que houver configuração de violação ou risco iminente a direitos fundamentais ou básicos sociais, por força de práticas discriminatórias que atinjam interesse público relevante” (art. 2º do Ato Normativo 473-CPJ/2006).

E, aliada a questões em que prevalecem os nefastos efeitos de um processo de marginalização social decorrente de preconceitos alimentados, historicamente, em função de gênero, costumes ou origem étnica, o lamentável cenário recessivo e de concentração de renda da sociedade brasileira, cada vez mais, vem demandando do Grupo a

intensificação de suas atividades na defesa de direitos de grupos de pessoas em acentuado estado de vulnerabilidade socioeconômica, porquanto privados de qualquer acesso a bens e serviços necessários a uma existência digna.

Nesse contexto, sobressai a precípua atuação do novo setor do Ministério Público paulista, centrada em duas conhecidas vertentes da temática dos direitos humanos; quais sejam: a) as políticas de ação afirmativa; e b) a judiciabilidade das políticas públicas.

Assim, valendo-se da ferramenta instrumental do processo coletivo brasileiro, o olhar do Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do Ministério Público repousa, de modo específico, em segmentos ou grupos marginalizados de pessoas, sempre tomando como ponto partida e linha de chegada o vasto aparato de direitos fundamentais positivados na Constituição Federal de 1988, com aquelas duas vertentes imbricadas na persecução da efetividade de direitos sociais, econômicos e culturais, através da adoção de políticas públicas tendentes à erradicação da pobreza e à redução das desigualdades na promoção do bem comum e construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I, III e IV, da CF).

3. Breve notas sobre o significado de políticas de ação afirmativa

Em atenção ao princípio da igualdade essencial de todo ser humano, “o pecado capital contra a dignidade humana consiste, justamente, em considerar e tratar o outro – um indivíduo, uma classe social, um povo – como um ser inferior, sob pretexto da diferença de etnia, gênero, costumes ou fortuna patrimonial. Algumas diferenças humanas, aliás, não são deficiências, mas, bem ao contrário, fontes de valores positivos e, como tal, devem ser protegidas e estimuladas”¹.

A igualdade de todos perante a lei é princípio regente dos ordenamentos jurídicos da atualidade, tanto no plano internacional, como no das organizações políticas estatais. E o principal fundamento das ações afirmativas é a violação a tal matriz, tomada em seu aspecto material. A questão aponta para a necessidade de eliminação dos quadros de marginalização de seres humanos, como forma de assegurar que todos possam ser efetivamente amparados de idêntico modo pela lei. Para a consolidação do processo de igualdade entre os homens, sobreleva-se, então, a importância da adoção de providências capazes de, concretamente, alçar ao seio da coletividade grupos de indivíduos socialmente vulneráveis.

Ações afirmativas são medidas de cunho especial realizadas voluntária ou compulsoriamente em uma determinada esfera organizacional, visando superar os efeitos iníquos, constantes e, por vezes, históricos, de desvantagens impostas indevidamente a segmentos sociais. O alvo das ações afirmativas são os que estão sujeitos a um padrão de inferioridade e discriminação, vendo-se distantes das mínimas condições de equidade em relação a aspectos fundamentais do exercício da cidadania, como o acesso à educação, moradia, postos de trabalho, entre outras prestações indissociáveis da idéia de uma existência digna. Na qualidade de providências adotadas para diluir os reflexos de um processo de discriminação, as ações afirmativas destinam-se à realização do princípio da igualdade material, sempre em consideração à pluralidade e diversidade humana.

O princípio da igualdade é o ponto nuclear do regime democrático insculpido à República Federativa do Brasil pelo constituinte de 1988 (arts. 1º, II e III; e 3º, I, III e IV, da CF). Contempla-o o artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal, com seu aspecto material definido pela conjugação aos objetivos fundamentais do Estado, principalmente o de “promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, IV, da CF).

Somente através de condutas ativas é possível a construção da sociedade brasileira, segundo os paradigmas que foram, de forma taxativa, traçados na Constituição. “Se a igualdade jurídica fosse apenas a vedação de tratamentos discriminatórios, o princípio seria absolutamente insuficiente para possibilitar a realização dos objetivos fundamentais da República constitucionalmente definidos”².

4. Algumas considerações sobre a judiciabilidade das políticas públicas

Defluindo do processo de redemocratização do país, em harmonia com o conteúdo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e dos principais pactos internacionais que a sucederam³, a Constituição Federal de 1988 disciplinou um elenco bastante amplo de direitos e garantias fundamentais⁴, na esteira do valor da dignidade da pessoa humana elevado a um dos alicerces do Estado Brasileiro (art. 1º, III, da CF).

¹ Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos*, Saraiva, IV Edição, p. 226.

² Carmen Lúcia Antunes Rocha, *Ação Afirmativa – o conteúdo democrático do princípio da igualdade jurídica*, RTDP 15/1996, p. 92.

³ Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ambos de 1966.

⁴ Cf. os arts. 5º a 17, do Título II da CF.

Foram estatuídos os tradicionais direitos à vida, liberdade e propriedade⁵, bem como os direitos políticos, sociais, econômicos e culturais, com a inclusão ainda de alguns dos direitos decorrentes das novas reivindicações do gênero humano, como o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida⁶.

No claro intuito de revigorá-los, atribuindo-lhes inegavelmente um potencial de eficácia diferenciado, o legislador constituinte estabeleceu serem os direitos e garantias fundamentais imediatamente aplicáveis (art. 5º, § 1º, da CF).

De início, cabe frisar que, mesmo em face de uma interpretação literal, o preceito do artigo 5º, § 1º, da Constituição, possui o condão de encampar todos os direitos e garantias inerentes à dignidade da pessoa humana. Incluem-se, por conseguinte, em seu espectro, não só os direitos do catálogo constitucional específico (Título II da CF), como também aqueles que, em razão do disposto no § 2º do mesmo dispositivo, advêm de tratados internacionais, estão situados em outras partes do texto constitucional e até mesmo fora dele⁷.

Nesse passo, considerando o alcance do teor do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal -, vale também, desde logo, o destaque à orientação que “parte da premissa de que se trata de norma de cunho inequivocamente principiológico, considerando-a, portanto, um mandado de otimização (ou maximização), isto é, estabelecendo aos órgãos estatais a tarefa de reconhecerem a maior eficácia possível aos direitos fundamentais (...)”⁸, com a presunção de aplicabilidade imediata de toda e qualquer disciplina que os contemple, “ressalvadas as exceções que, para serem legítimas, dependem de convincente justificação à luz do caso concreto, no âmbito de uma exegese calcada em cada norma de direito fundamental e sempre afinada com os postulados de uma interpretação tópico-sistemática (...)”⁹.

A auto-aplicabilidade das normas prescritivas de direitos fundamentais não costuma ser questionada diante dos clássicos direitos, em que a fruição por seus titulares reclama apenas uma abstenção do poder público ou dos particulares.

Outra, contudo, é a situação quando se depara com os direitos sociais, econômicos e culturais, de natureza prestacional. Por vezes, eles deixam “de concretizar-se, muito embora sejam veiculados em dispositivos que apresentam a mesma estrutura lógico-normativa das demais regras definidoras de direitos, comportando aplicação direta e imediata. É que, injustificadamente, tem-se desperdiçado a enorme potencialidade de preceitos aptos a proporcionar o desfrute de bens e interesses de proveito individual e coletivo”¹⁰.

Realmente, por muito tempo, os preceitos consagradores de direitos sociais da pessoa humana foram relegados à condição de meras normas de cunho programático, nas quais “o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, jurisdicionais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado”¹¹.

Mesmo assim, por estarem revestidas de juridicidade e do efeito derogatório aos atos que lhes sejam contrários, “além de constituírem princípios e regras definidoras de directrizes para o legislador e a administração, as ‘normas programáticas’ vinculam também os tribunais, pois os juízes têm acesso à constituição, com o conseqüente dever de aplicar as normas em referência (por mais geral e indeterminado que seja o seu conteúdo) (...)”¹².

Ao defender a possibilidade de se invocar uma norma constitucional programática para impor ao poder público a oferta de determinada prestação, Luís Roberto Barroso, nos termos do disposto no artigo 215 da Constituição Federal, apresentou a seguinte situação: “um grupo teatral idôneo deseja encenar uma peça de indiscutível valor artístico. Todas as casas de espetáculos existentes na cidade estão ocupadas com a exibição de outras obras, à exceção de um teatro pertencente à municipalidade, que está ocioso. Nada há de estranhável em admitir-se o cabimento de uma ação contra a entidade estatal para ensejar a utilização daquele bem público”¹³.

Mas, em que pese o dever dos poderes estatais de criarem todas as condições necessárias à efetividade dos direitos fundamentais, sem exceção alguma, entraves relacionados à ausência ou indisponibilidade de recursos financeiros (limite da reserva do possível), à inviabilidade de implementação pelos tribunais de programas socioeconômicos, bem como à ocorrência de colisão com outros direitos fundamentais, podem exercer uma influência decisiva para impedir um pronunciamento judicial sobre o tema.

O caráter principiológico e a estrutura normativa aberta dos direitos sociais, econômicos e culturais, contemplados na Constituição Federal, suscitam a questão dos limites ao controle judicial das políticas públicas, entendidas como formas de realização daqueles mandamentos.

⁵ O direito de propriedade está condicionado ao atendimento de sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, da CF).

⁶ A Constituição de 1988 destinou um capítulo próprio aos direitos sociais (Capítulo II do Título II) e, mais adiante, inseriu um título específico sobre a ordem social (Título VIII).

⁷ O § 2º, do art. 5º, da CF, estabelece o conceito materialmente aberto aos direitos e garantias fundamentais.

⁸ Ingo Wolfgang Sarley, *A eficácia dos direitos dos direitos fundamentais*, Livraria do Advogado, 3ª ed., p. 259.

⁹ Idem, p. 259.

¹⁰ Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*, Renovar, 5ª ed., p. 148.

¹¹ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros, 3ª ed., p. 138.

¹² J.J. Gomes Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Almedina, p. 1.180.

¹³ *O direito constitucional e a efetividade...*, ob. cit., p. 158.

Os mencionados obstáculos referentes à ausência de recursos orçamentários, à inviabilidade de implementação pelos tribunais de programas socioeconômicos e à ocorrência de colisão com outros direitos fundamentais refletem tensões e antagonismos entre valores e bens tutelados, em idêntico grau de supremacia, pelo ordenamento constitucional, reclamando uma solução condizente com as condições sociopolíticas da atualidade.

Assim é que, em hipóteses de colisão entre princípios ou direitos fundamentais, a solução deve ser perseguida, através da aplicação do princípio da proporcionalidade, em função de um equilíbrio entre os meios empregados e as finalidades a serem alcançadas no caso concreto.

Estando a serviço da efetiva proteção dos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade é composto de três elementos: a) a pertinência ou adequação, que demanda a adoção de uma medida apta a atingir o fim de interesse público pretendido; b) a necessidade, que impõe a observância aos "limites indispensáveis à conservação do fim legítimo que se almeja", ou que "uma medida para ser admissível deve ser necessária"¹⁴; c) a proporcionalidade em sentido restrito, quando, depois de se chegar à conclusão da necessidade e adequação da medida ao perfazimento de determinado fim, avulta o cotejo do resultado obtido com a restrição demandada ao outro direito ou princípio em contraste.

Dai se extrai a possibilidade de advir o reconhecimento de direitos sociais, econômicos e culturais, de natureza prestacional, à luz de um padrão mínimo de existência digna, conjugado a uma repercussão de pouca significância no âmbito de outros princípios constitucionais, sobretudo no da separação dos poderes estatais. Diante da impossibilidade de se estabelecer critérios genéricos, e levando, portanto, em conta as peculiaridades de cada caso concreto, remete-se a uma solução a um juízo ponderado dos valores contrapostos.

Sob diversa ótica, é necessário atestar o fato de toda e qualquer atuação da Administração Pública vincular-se aos princípios contemplados no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal¹⁵. E é também cediço que, no intuito de se impedir o respectivo controle judicial, muitos comportamentos voltados a prestações relacionadas a direitos sociais, econômicos e culturais, são transpostos à esfera da discricionariedade administrativa.

Todavia, no comando da primazia do interesse público, conjugada aos demais princípios regentes da atividade administrativa, ganha força a orientação pautada pela necessidade de persecução das finalidades alvejadas pela lei, mediante a aplicação do princípio da razoabilidade, tendo em vista a devida correlação entre os meios de que lança mão o poder público e os objetivos que ele deve alcançar¹⁶.

"O princípio da razoabilidade (...), quando confundido com o princípio da proporcionalidade dos meios aos fins, permite ao Poder Judiciário invalidar, por inconstitucionalidade, leis e atos administrativos cujo conteúdo contenha discriminações injustificadas ou medidas que não guardem relação ou proporção com os fins objetivados pelo legislador. Com base nele, aumenta a tarefa do Poder Judiciário, que tem que apreciar o conteúdo axiológico das normas constitucionais e legais e invalidar os atos administrativos que estejam em desconformidade com o mesmo"¹⁷.

A atividade do administrador público, tanto nos chamados atos discricionários, como nos vinculados, deve sempre atender às finalidades emanadas da ordem jurídica. Quando, para a prática de determinada conduta, a lei confere uma possibilidade de opção ao agente público, a sua atuação está necessariamente condicionada à fiel obediência dos princípios fundamentais que a informam.

Como se vê, no que diz respeito a uma grande quantidade de atividades do Executivo do Estado, as obrigações impostas pela Constituição Federal para se conferir efetividade a direitos fundamentais de natureza prestacional, são, via de regra, suscetíveis de controle pelo Ministério Público, mediante a utilização do instituto da ação civil pública, inclusive para a condução do conflito de interesses à legítima apreciação do Poder Judiciário.

Finalmente, é preciso ressaltar que as máculas de inconstitucionalidade que podem inquinar as atuações do poder público no campo dos direitos sociais, podem se revelar tanto de forma comissiva, em virtude da eleição de meios inidôneos à persecução dos fins colimados, como por franca omissão, ante a indevida abstenção em disponibilizar prestações ou serviços que estariam ao alcance dos mesmos desideratos.

5. Atividades do Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do Ministério Público de São Paulo: políticas públicas de ação afirmativa na área social

Sob os enunciados contornos utilizados na exegese dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988 e, é claro, sem prejuízo da devida utilização do aparato normativo infraconstitucional aplicável ao caso concreto¹⁸, o foco central da atuação que vem sendo desenvolvida pelo Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do

¹⁴ Paulo Bonavides, *Curso de Direito Constitucional*, Malheiros, 11ª ed., pp. 360-361.

¹⁵ "A administração pública direta ou indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência (...)" O artigo 111 da Constituição do Estado de São Paulo alude aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, motivação e interesse público.

¹⁶ O princípio da razoabilidade constitui, no campo do Direito Administrativo, desdobramento do princípio da proporcionalidade recém retratado (cf. Paulo Bonavides, *Curso de Direito...*, ob. cit. p. 362).

¹⁷ Maria Sílvia Zanella Di Pietro, *Discricionariedade Administrativa na Constituição de 1988*, Atlas, 2ª ed., pp. 233-234.

¹⁸ Destaca-se, por exemplo, a utilização do Estatuto da Cidade – Lei 10.257/2001 –, do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 –, e do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90.

Ministério Público Paulista é a tutela dos direitos humanos sociais, econômicos e culturais, titularizados por segmentos ou grupos específicos de pessoas, colocados à margem do corpo social, em razão de traços comuns que os tornam vulneráveis. A inversão de quadros de injustificável discriminação e de marginalização social constitui o móvel das atividades do Grupo, cujo objetivo é, na grande maioria dos casos, a eles possibilitar o acesso a bens e serviços essenciais a uma existência digna.

No campo do direito processual, quase sempre se depara com situações que envolvem a defesa de interesses ou direitos coletivos e individuais homogêneos, conforme conceituados no artigo 81, § único, II e III, do Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/90. E o resultado almejado consiste na obtenção da tutela específica de obrigação de fazer, sob as vestes do regime prescrito nas normas do artigo 84 do mesmo diploma.

Assim, no vasto âmbito das atribuições das Promotorias de Justiça destacadas no ato normativo de criação do Grupo (art. 1º do Ato 473-CPJ/2006), vale conferir um apanhado geral sobre algumas atividades do setor:

a) Área da educação: colocou-se, desde logo, como desafio a democratização do acesso às universidades públicas paulistas, através de investigações levadas a efeito em inquéritos civis, versando a respeito da adoção pela Universidade de São Paulo – USP – e pela Universidade Estadual Paulista – UNESP – de sistema de cotas em seus concursos vestibulares capazes de contribuir, de forma significativa, para a superação do problema do acesso de estudantes pobres – oriundos da rede oficial de ensino – e negros aos cursos de formação superior ministrados nesses estabelecimentos. Foi também obtida, recentemente, no Tribunal de Justiça de São Paulo, medida liminar para a extensão do benefício de isenção da taxa de inscrição, já para próximo vestibular da UNESP, em proveito de todos os candidatos que comprovem a conclusão do ensino médio na rede pública do Estado¹⁹. São também objeto de apuração em inquéritos civis o sistema educacional adotado pelo Estado e Município para aqueles que não tiveram acesso ao ensino fundamental obrigatório e gratuito na idade própria (Educação de Jovens e Adultos – EJA) e a falta de professores na rede estadual do ensino médio para muitas disciplinas de seu componente curricular.

b) Área da habitação: sobrelevam-se aqui inúmeros casos dirigidos à tutela do direito fundamental à moradia, em prol da população de baixa renda do Município de São Paulo. Estão em curso vários inquéritos civis, versando sobre as condições de habitação em assentamentos clandestinos e favelas da cidade, além da implantação de determinados programas pelo Estado e Município e sobre a situação das famílias sem-teto que costumam ocupar imóveis abandonados da região central de São Paulo-SP. Para a garantia pelo Município da oferta de atendimento habitacional, em benefício de um grupo de mais de 100 (cem) destas famílias foi formalizado pelo Ministério Público um termo de compromisso de ajustamento de conduta, bem como conquistadas duas liminares em ações civis públicas ajuizadas à garantia da prorrogação para de mais de 1.000 (mil) famílias carentes, do Programa de Bolsa Aluguel instituído pelo Conselho Municipal da Habitação e à suspensão da execução de relações locatícias de habitações subnormais, travadas entre a empresa constituída pelos proprietários da área e os moradores de favela da região da Mooca da Capital²⁰.

c) Área de Proteção ao Consumidor: trata-se de iniciativa destinada à garantia de continuidade, ampliação e aprimoramento da concessão do benefício da tarifa social de energia elétrica para consumidores de baixa renda do Município, notadamente com domicílio em zonas especiais de interesse social e em habitações subnormais, bem como do curso de outro inquérito civil, visando obstar o corte do fornecimento do mesmo serviço essencial, por falta de pagamento das prestações tarifárias, também em favor de segmentos que tais.

d) Políticas públicas de proteção à população de rua da cidade de São Paulo: a rede municipal de serviços, especificamente, dirigidos ao atendimento das pessoas em situação de rua da cidade conta com um regime jurídico próprio (Lei Municipal 12.316 de 16.04.1997, e Decreto 40.232 de 02.01.2001). É o caso de ação afirmativa devidamente regulamentada, com a previsão do funcionamento de uma rede intersecretarial de serviços e prestações, sob a coordenação da Secretaria Municipal da Assistência e Desenvolvimento Social. Foram instaurados pelo Grupo vários inquéritos civis incidentes sobre a espécie (rede de serviços de albergues e abrigos especiais; moradias provisórias e alternativas habitacionais definitivas; serviços de saúde; serviços de abordagem e acolhimento por agentes de proteção em atividade nas ruas; frentes de trabalho e funcionamento da chamada Operação Frentes Frias, em que ocorre a ampliação do número de equipamentos disponíveis, no período de junho a outubro).

e) Políticas públicas de proteção integral à mulher: revela-se o curso de dois inquéritos civis instaurados para apuração da implementação da rede de serviços prevista na Lei 11.340, de 07.08.2006 – Lei Maria da Penha –, de recente vigência.

f) Outras políticas de ação afirmativa: existem também procedimentos voltados à garantia do transporte coletivo municipal para portadores do vírus HIV; para a concessão de isenção da taxa de inscrição em concursos públicos promovidos pelo Estado, em benefício de candidatos carentes; para a apuração da implantação do Programa Municipal de Coleta Seletiva, em atenção aos direitos dos catadores de material reciclável; para a proteção do

¹⁹ Proc. 585.53.2007.118174-4 – ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público contra a UNESP e a VUNESP, em curso perante o Juízo da 11ª Vara da Fazenda Pública da Capital.

²⁰ Respectivamente, proc. 583.53.2007.108639-5 da 7ª Vara da Fazenda Pública da Capital e proc. 583.00.2007.125849-6 da 19ª Vara Cível do Foro Central da Capital.

grupo de trabalhadores que exercem o comércio ambulante na região central da cidade; para o aprimoramento e uma maior divulgação de campanhas contra o preconceito racial nos eventos de futebol de São Paulo; e para a apuração do funcionamento, nas unidades da rede pública de São Paulo-SP, do Programa Escola da Família, resultado de projeto de cooperação firmado entre a Secretaria Estadual da Educação, a UNESCO – Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura – e a Agência Brasileira de Cooperação do Ministério das Relações Exteriores, visando o desenvolvimento de ações de natureza preventiva à vulnerabilidade juvenil, através da abertura de escolas aos finais de semana, para a comunidade escolar. Foi também formalizado um termo de compromisso de ajustamento de conduta pelo Ministério Público, com o fim de corrigir algumas distorções em empreendimento turístico – “A Rota do Escravo” –, desenvolvido em algumas regiões do Estado, de modo a centrá-lo, precisamente, na divulgação, incentivo e valorização da cultura negra do Brasil.

Na sociedade moderna, o Ministério Público destina-se à defesa dos valores fundamentais do Estado contemporâneo. Cabe-lhe, com prioridade, a tutela dos direitos fundamentais, à mercê dos atributos de interdependência e complementaridade que deles emana. Compete-lhe, pois, o inarredável reconhecimento do potencial de eficácia diferenciado que o constituinte a eles prescreveu, através da adoção de um sistema de interpretação do texto constitucional sempre fiel a esse compromisso.

Sob o manto da incidência do princípio basilar da igualdade, assume um papel cada vez mais relevante a consolidação da atuação do Ministério Público no combate da pobreza e da exclusão social, não lhe sendo dado passar ao largo de claras situações de conflito envolvendo a violação a direitos fundamentais, exaustivamente, positivados na Constituição Federal, em detrimento de segmentos vulneráveis de pessoas que, sem nenhuma dúvida, representam a esmagadora maioria da população brasileira.

A desigualdade social acaba alimentando quadros de intolerância entre seres humanos, fundados em diferenças de etnia, gênero ou costumes que deveriam, ao revés, ser alvo de proteção e estímulo como valores positivos decorrentes da pluralidade humana.

Daí por que a realização de políticas públicas tendentes à garantia do acesso de grupos marginalizados de pessoas a bens e serviços necessários a uma vida saudável em sociedade constitui, sem nenhuma dúvida, fator condicionante de qualquer expectativa em torno da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, e da promoção do bem comum.

Fartas razões, inclusive na esfera das políticas de segurança pública, sinalizam a urgência da contenção do crescente processo de exclusão social que assola os grandes centros urbanos e muitas áreas rurais do país. É pré-requisito ao seu crescimento econômico a obediência aos parâmetros de justiça social dispostos na Constituição Federal. Nenhum ideal de democracia e de desenvolvimento nacional condiz com quadros crônicos de miséria e de marginalização. Sob os auspícios da consolidação de um Estado verdadeiramente democrático ao Brasil, tem-se de extrema importância a erradicação da pobreza, através da formulação e implantação de políticas públicas da área social, com a participação da sociedade.

Os amplos objetivos colocados sob a tutela do Ministério Público impõem a eleição de prioridades, em termos de um planejamento estratégico de atuação. E, nesse sentido, avulta a pertinência da criação do Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do Ministério Público de São Paulo para a persecução precípua de todos esses desideratos, mediante atividades premidas pela uniformidade metodológica no trato das políticas de ação afirmativa da temática dos direitos humanos, de cunho social, econômico e cultural.

Eleva-se, assim, a missão institucional de proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF), fonte jurídico-positiva dos direitos fundamentais que, como atributo distintivo de toda e qualquer pessoa, a faz merecedora das mínimas condições de bem-estar e segurança para uma vida em comunhão com seus pares.

6. Síntese e proposição

- 1) Constituindo o núcleo central e a fonte jurídico-positiva de todos os direitos fundamentais, o constituinte de 1988 alçou o valor da dignidade da pessoa humana a um dos alicerces do Estado Brasileiro.
- 2) Todos os direitos e garantias iminentes à dignidade da pessoa humana são, em princípio, imediatamente aplicáveis, competindo aos órgãos estatais a criação de todas as condições necessárias a sua plena concretização.
- 3) Os direitos sociais, econômicos e culturais, muitas vezes, dispõem da mesma estrutura normativa dos demais, não havendo nenhuma razão para rechaçar, de plano, a sua aplicação direta e imediata, de forma a se obstar o controle pelo Ministério Público das ações estatais a eles afetas.
- 4) Sob a égide do princípio basilar da igualdade, tomado em seu aspecto material, avulta a relevância de uma atuação prioritária pelo Ministério Público de controle e fiscalização das políticas públicas que, na seara das ações afirmativas, tenham em mira supressão dos efeitos de desvantagens e padrões de inferioridade a que estão sujeitos segmentos de pessoas, colocados à margem do corpo social.
- 5) Porquanto ter sido instituído à mercê da persecução específica de tais desideratos, a gama das atividades desenvolvidas pelo Grupo de Atuação Especial de Inclusão Social do Ministério Público de São Paulo refletem as mais relevantes aspirações de segmentos de pessoas, em acentuada situação de vulnerabilidade socioeconômica e estado de marginalização social.

- 6) Como forma de se expandir o fortalecimento de nossa instituição, inclusive em decorrência do sempre profícuo estreitamento de suas relações com organizações do Terceiro Setor, em crescente exercício na seara dos direitos humanos, a proposição é a de implantação nos demais quadros do Ministério Público (art. 128, I e II, da CF) de setores destinados, especificamente, a uma atuação análoga.

7. Referências bibliográficas

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas – limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 5ª ed., 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 11ª ed., 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. Coimbra: Livraria Almedina, 7ª ed., 2003.

COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*, São Paulo: Saraiva, 2005, IV ed.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discrecionalidade Administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2ª ed., 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 3ª ed., 2003.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 3ª ed., 1998.

O PLANO GERAL DE ATUAÇÃO – PGA: VIABILIDADE DAS METAS, RESULTADOS PARCIAIS E FINAIS, SUBSÍDIOS E SEQÜÊNCIA

Calixto Oliveira Souza

Promotor de Justiça/MG

SUMÁRIO

- 1 – introdução**
- 2 – Breve histórico**
- 3 – A necessidade de metas mais claras e definidas**
 - 3.1 – Definição dos resultados a ser alcançados**
- 4 – A concretização do projeto**
 - 4.1 – Definição de data para apresentação de resultados**
 - 4.1.1 - A centralização de iniciativas e resultados parciais e o repasse de subsídios**
 - 4.1.2 – A definição da seqüência dos projetos**
- 5 – Conclusão**

SÍNTESE DOGMÁTICA

Para que o Plano Geral de Atuação – PGA - seja exeqüível e obtenha maior sucesso, é necessária a definição de prioridades claras e factíveis no tempo previsto, devendo ser feitas avaliações trimestrais das medidas tomadas e dos resultados obtidos, além do repasse de subsídios (sugestões, idéias, casos análogos em que foi obtido sucesso, estratégias etc.) a todos os integrantes da região, com a mesma regularidade, devendo, ao final do período para o qual as metas foram fixadas, ser verificado se os objetivos definidos em cada meta foram alcançados e os motivos de eventual insucesso, redefinindo as metas e mantendo aquelas ainda não atingidas, se consideradas viáveis.

FUNDAMENTAÇÃO

1. INTRODUÇÃO

O presente trabalho nasceu da inquietação gerada pela necessidade de se ter metas e prioridades a ser atingidas pelo Ministério Público, somada ao propósito das Administrações Superiores de instituir tais objetivos, através, em Minas Gerais, da COPLI, o que vem resultando em progressos, mas ainda modestos, e, finalmente, do vislumbre da possibilidade de ser encontrada uma forma de tornar o PGA – Plano Geral de Atuação - mais próximo da realidade das Promotorias e dotado de mecanismos de verificação de resultados, obtenção de subsídios para novos empreendimentos e de seqüência. Trata-se de um desafio; a proposta, portanto, insere-se no tema do XVII Congresso Nacional do Ministério Público.

2. BREVE HISTÓRICO

O Plano Geral de Atuação, da mesma forma que em vários Estados do País, teve sua gênese em Minas Gerais há poucos anos, sob a direção da COPLI – Coordenadoria de Planejamento Institucional -, que planejava e definia as metas a ser atingidas pelo Ministério Público de Minas Gerais, através de suas Procuradorias e Promotorias.

As metas definidas eram então comunicadas aos órgãos executores, através dos vários Centros de Apoio Operacionais – CAO's -, que, cada um em sua área – meio ambiente, consumidor, combate ao crime organizado, direitos humanos, acompanhamento da atividade policial, habitação e urbanismo, saúde, apoio comunitário e direitos agrários, patrimônio público, ordem econômica e tributária, deficiente, idoso, fundações, infância e juventude, patrimônio histórico e cultural -, exigia dos órgãos de execução o cumprimento do que era considerado prioritário pela Administração Superior. Conseqüentemente, era grande a quantidade de ofícios com exigências recebidos e respondidos, principalmente pelas Promotorias únicas, que têm atribuições em todas as áreas especializadas e não raro se viam obrigadas a justificar o descumprimento de várias metas pelo simples fato de ter aquelas Promotorias outras prioridades que lhes absorviam todos os esforços.

O descontentamento e a frustração dos Promotores e Procuradores de Justiça tornaram-se inevitáveis, forçando uma evolução do PGA para torná-lo exeqüível e capaz de motivar os responsáveis por seu eventual sucesso.

A mudança veio com a definição de metas regionais em encontros programados para essa finalidade, através de discussão e votação. As prioridades, definidas pelos Promotores de Justiça, passaram a ter sua quantidade definida nos encontros, além de terem se tornado compatíveis com as necessidades de cada região.

A iniciativa, interrompida em 2005, obteve relativo sucesso, mas falta ao PGA, além dos encontros iniciais, consistentes na definição democrática das metas, a instituição de prioridades claras e métodos de acompanhamento, de correção de rumos, de oferecimento de subsídios e de avaliação de cumprimento, tudo mantendo-se inatacada a independência funcional.

3. A NECESSIDADE DE METAS MAIS CLARAS E DEFINIDAS

Há metas que, em uma visão macro, provavelmente jamais atingirão o fim, como o combate ao tráfico de drogas, mas que em um planejamento específico poderão atingi-lo, como a diminuição percentual de ocorrências policiais como consequência de melhor prevenção e educação. Não se combaterá o tráfico de entorpecentes apenas com o oferecimento de denúncias com base nas investigações policiais remetidas pelas Secretarias das Varas Criminais; a Promotoria especializada na defesa do meio ambiente não combaterá de forma mais eficaz o despejo de líquidos tóxicos nos rios apenas com a resposta às denúncias que lhe chegam; para o oferecimento de representações contra menores ou de denúncias contra prefeitos com base em relatórios dos Tribunais de Contas não é necessária a existência do PGA. Isso sempre foi feito, com metas ou não. Os exemplos são infinitos.

As prioridades, ao contrário, estão além do expediente dos Órgãos de Execução. Situam-se em um plano diferente do que é considerado obrigatório. Nos exemplos acima citados, se algo não está sendo feito, deve-se buscar meramente melhor estrutura, como equipamentos, funcionários etc. Para se atingir as metas definidas no PGA, por outro lado, é necessária a iniciativa do Promotor de Justiça, com o eventual apoio do CAO respectivo, indo além das cargas processuais e provocações do público.

Deve-se, então, buscar metas não só definidas pelos próprios órgãos de execução, em harmonia com as prioridades de cada região, mas que sejam viáveis e palpáveis em suas realizações.

3.1. DEFINIÇÃO DOS RESULTADOS A SER ALCANÇADOS

As metas deverão ser claras, traduzidas em números, e exeqüíveis. Em vez de, por exemplo, “resolução do problema de internação de crianças e adolescentes em situação de risco em Belo Horizonte”, teríamos “gestões para a construção de pelo menos um abrigo para menores desamparados” ou “obtenção, a qualquer título, de um local para abrigo de crianças em situação de risco”. Quanto ao tráfico de drogas, por exemplo, poderia ser buscada a diminuição do número de ocorrências ou mesmo o aumento do número de apreensões. Dessa forma o Promotor de Justiça envidaria esforços extra-autos em busca de um objetivo claro, em prazo definido, considerado viável durante a elaboração do PGA.

4. A CONCRETIZAÇÃO DO PROJETO

Definidas democraticamente as prioridades, em número viável, pois embora todas as atribuições sejam importantes nem todas podem ser prioridade, tendo em vista que se tudo é prioridade tudo deixa de sê-lo, passa-se à execução do projeto.

4.1. DEFINIÇÃO DE DATA PARA APRESENTAÇÃO DE RESULTADOS

Um plano de metas ambicioso não pode prescindir de definição de data para concretização dos resultados. No caso de Minas Gerais, os planos são definidos para o período de um ano. Os resultados, consequentemente, deverão ser obtidos no prazo de um ano; caso contrário, não será um plano de metas, mas um protocolo de intenções, provavelmente fadado ao esquecimento. As metas, obviamente, poderão ser revistas, assim como as datas; tudo, porém, com base em dados concretos.

4.1.1. A CENTRALIZAÇÃO DE INICIATIVAS E RESULTADOS PARCIAIS E O REPASSE DE SUBSÍDIOS

As regiões de Minas Gerais em que são definidas as prioridades contam com um interlocutor para os contatos necessários com a Administração Superior e repasse a esta de informações. O mesmo Promotor de Justiça poderia ficar encarregado de receber dos integrantes da região, a cada trimestre, informações a respeito do que já foi feito e como foi feito, devendo repassar essas informações a todos os demais, que poderiam, além de ser informados sobre o que vem sendo realizado, receber subsídios para suas gestões. Poderiam ser feitas também reuniões trimestrais nas regiões onde a geografia permitisse, com a mesma finalidade. As informações trocadas seriam sigilosas, obviamente, considerando que há casos em que o Promotor de Justiça não deseja publicidade até que o objetivo seja atingido, podendo este até mesmo, evidentemente, nada noticiar, se considerar necessário.

4.1.2. A DEFINIÇÃO DA SEQUÊNCIA DOS PROJETOS

Apresentados os resultados ao final de um ano, seria feita uma avaliação dos progressos obtidos em cada área priorizada, uma avaliação das iniciativas tomadas e de sua eficácia, a verificação quanto à necessidade de ser reavaliada a meta e até de ser esta considerada cumprida, partindo-se para novos desafios.

5. CONCLUSÃO

Para que o Plano Geral de Atuação – PGA - seja exeqüível e obtenha maior sucesso, é necessária a definição de prioridades claras e factíveis no tempo previsto, devendo ser feitas avaliações trimestrais das medidas tomadas e dos resultados obtidos, além do repasse de subsídios (sugestões, idéias, casos análogos em que foi obtido sucesso, estratégias etc.) a todos os integrantes da região, com a mesma regularidade, devendo, ao final do período para o qual as metas foram fixadas, ser verificado se os objetivos definidos em cada meta foram alcançados e os motivos de eventual insucesso, redefinindo as metas e mantendo aquelas ainda não atingidas, se consideradas viáveis.

PARA ONDE CAMINHA O MINISTÉRIO PÚBLICO? UM NOVO PARADIGMA: RACIONALIZAR, REGIONALIZAR E REESTRUTURAR PARA ASSUMIR A IDENTIDADE CONSTITUCIONAL

Márcio Soares Berclaz e Millen Castro Medeiros de Moura

Promotor de Justiça/PR, Promotor de Justiça/BA

Síntese Dogmática: A estrutura organizacional do Ministério Público encontra-se à beira do colapso, impedindo-lhe o cumprimento da missão constitucional. Faz-se necessária a implementação de um novo modelo de gestão baseado em três diretrizes: **racionalizar** atribuições, estabelecendo prioridades e estratégias para uma tutela mais eficiente dos interesses sociais; **regionalizar** a atuação, mediante trabalhos em grupo e ações coordenadas, para aperfeiçoar a unidade e o alcance funcional de sua atividade; **reestruturar** os órgãos auxiliares em busca de um crescimento institucional baseado numa otimização do trabalho dos membros.

“Minha dor é perceber que, apesar de termos feito tudo, tudo o que fizemos, ainda somos os mesmos e vivemos como os nossos pais.” (Belchior)

I. Introdução

Em sua origem, o Ministério Público incorporou características próprias de diferentes órgãos do passado, aos quais se incumbiam diversas atividades - promoção da ação penal, defesa do fisco, proteção de outros interesses governamentais, bem como zelo pelos hipossuficientes de modo geral - causa contributiva e determinante para o surgimento de uma instituição atualmente encarregada de desempenhar amplas atribuições previstas ao longo do sistema normativo. Assim, no seu histórico institucional, de procurador do Rei, passou a advogado dos interesses da Coroa e ainda teve de atuar como patrono da Fazenda Pública, para, enfim, somente após o advento da Carta da República de 1988, alcançar a posição de guardião da sociedade e imparcial defensor da ordem jurídica e do regime democrático. Todavia, essa traumática transição de identidade do “governo” para a “sociedade civil” deixou múltiplas seqüelas, dentre as quais a percepção de que, por força de um modelo de atuação antigo e ultrapassado, basta percorrer muitas das atribuições ainda formalmente conferidas ao Ministério Público para perceber que sobram intervenções absolutamente incompatíveis e prejudiciais ao cumprimento da elevada e pretensiosa missão constitucional confiada ao *Parquet*: integrar “a parcela das organizações autônomas responsáveis pela elaboração, difusão e representação dos valores e interesses que compõem uma concepção democrática de mundo e atuam no sentido da transformação da realidade” (GOULART, 2000, p. 22).

Sinalizando esta problemática, a busca incessante e descriteriosa por novos focos de intervenção na esfera cível, ao mesmo tempo em que aumentou simbolicamente a importância da instituição, tornou-a incapaz de atender, com a eficiência esperada, a promoção de demandas socialmente relevantes, norteadas pela escala axiológica prevista no artigo 127, *caput*, da Constituição Federal. Paralelo a isso, a organização e divisão funcional do Ministério Público de forma vinculada e simétrica ao Poder Judiciário, inicialmente progressista e vantajosa, mostrou, com o tempo, ser paradigma saturado e insuficiente para permitir o cumprimento adequado das suas finalidades, panorama agravado pela precária forma de estruturação humana e material dos seus serviços auxiliares. Outrossim, apesar de a Carta Magna de 1988 ter redesenhado o perfil ministerial, atribuindo-lhe o zelo pela consolidação do Estado Democrático de Direito e a promoção da Justiça Social, a instituição ainda permanece presa a uma estrutura espelhada no Judiciário, razão pela qual urge construir um novo e revolucionário modelo de gestão que lhe atribua uma identidade própria.

É preciso reformular boa parte das premissas gerenciais até aqui vigentes, não raras vezes reproduzidas sem maior senso crítico ou mesmo preocupação com uma política institucional e um planejamento estratégico voltados à

priorização das atividades extraprocessuais de defesa dos direitos fundamentais em detrimento de intervenções envolvendo minúsculos interesses judicializados. Nesse raciocínio, o projeto de um novo modelo de gestão sustenta-se em 03 (três) eixos fundamentais: racionalização, regionalização e reestruturação de órgãos auxiliares.

A *racionalização* impõe a compreensão de que, diante da pluralidade de temas remetidos ao Ministério Público, é preciso revisar e filtrar quais as intervenções que, qualitativamente, merecem manter-se incorporadas ao campo de interesse institucional como instrumentos eficazes para implementar positivas transformações na realidade social. Por sua vez, a *regionalização*, como forma de gestão, assenta-se na idéia de que o *princípio da unidade* do Ministério Público exige plataformas prioritárias e uniformes de atuação dentro de um planejamento institucional a ser construído com a sociedade, respeitando-se sempre as peculiaridades locais, para estimular maior envolvimento, capacitação e especialização dos Promotores de Justiça. Já a reestruturação de *órgãos auxiliares* constitui medida imprescindível para superação das dificuldades estruturais e orçamentárias impeditivas à adoção de uma política necessária ao crescimento da instituição quanto aos seus recursos materiais e humanos diretamente relacionados aos órgãos de execução propriamente ditos.

II. Desenvolvimento

II.a. Racionalização de atribuições como forma de incrementar a eficiência na atuação ministerial

Ao instituir o inquérito civil e a ação civil pública, concedendo a titularidade de ambos ao Ministério Público, a Lei nº 7.347/1985 tornou-se marco para uma *nova ordem de existência institucional*, permitindo a transformação do Promotor de Justiça em verdadeiro Agente Político. Por meio desses instrumentos e da recomendação administrativa, ao agente ministerial é dado investigar, ajustar interesses conflitantes à sociedade, reprimir e reparar lesões a direitos fundamentais, enfim, fazer cessar desrespeito ao texto da Constituição, poder progressivamente ampliado com o advento de outras normas (v.g, Lei 8.078/90) aptas à composição de um microssistema de tutela coletiva. Essa situação consolidou o perfil constitucional extraído da Carta Magna, segundo a qual a defesa de tais interesses indisponíveis exige um Ministério Público pró-ativo, caracterizado pelo sucessivo emprego do verbo “promover” nos quatro primeiros incisos do art. 129, característica bem destacada por COMPARATO (2001, p. 63):

“Ora, no Estado contemporâneo, o Ministério Público exerce, de certo modo, esse **poder impeditivo**, pela atribuição constitucional que lhe foi dada de impugnar em juízo os atos dos demais Poderes, contrários à ordem jurídica e ao regime democrático. A isto se acresce, ainda, a nova atribuição de **promover a realização dos objetivos fundamentais do Estado**, expressos no art. 3º da Constituição, pela defesa dos interesses individuais e sociais indisponíveis, consubstanciados no conjunto dos direitos humanos. A conjugação de ambas essas atribuições, a impeditiva e a promocional, faz do Ministério Público um órgão eminentemente ativo, que não pode nunca recolher-se a uma posição neutra ou indiferente, diante da violação de direitos fundamentais, mormente quando esta é perpetrada pelos Poderes Públicos”.

O Ministério Público pós-1988 precisa superar o modelo demandista, baseado no mero agente processual, que tem como único horizonte a atuação perante o Poder Judiciário. Na linha de evolução institucional, propõe-se “um Ministério Público Resolutivo, que leve às últimas consequências o princípio da autonomia funcional”. (GOULART, 2000, p. 36), protótipo no qual se espera que o Promotor de Justiça seja *realizador* de positivas transformações sociais, não apenas um asséptico burocrata capaz de contentar-se com mera atuação processual. É tal postura que merece predominar em todos os campos de atuação.¹

Diante das prerrogativas inerentes ao cargo e do caráter técnico que determina o ingresso de novos membros à instituição, quanto maior for a aproximação e o diálogo democrático com a sociedade, mais legitimado e resolutivo será o resultado do seu trabalho. Promover audiências públicas, participar de conferências, freqüentar reuniões dos conselhos municipais e de associações de moradores são exemplos práticos de que, para o bom desempenho das atribuições extrajudiciais, é imprescindível manter-se acessível e disponível ao povo, destinatário primeiro e último da atuação ministerial. Desta forma, atuando como guardião do regime democrático e dos direitos sociais e individuais indisponíveis, deve o Promotor de Justiça dar tratamento prioritário a ações capazes de melhorar a qualidade de vida

¹ Exemplificando, na área criminal, isso implica a viabilidade de coordenar o combate à macrocriminalidade organizada, facilitada pela cooptação e corrupção de segmentos do aparato policial, bem como melhor assunção do controle externo da atividade policial de modo geral; no cível, tal postura significa optar por soluções negociadas frente aos conflitos sociais coletivos, utilizando os seus procedimentos para firmar acordos e ajustar condutas, ou seja, considerar o Judiciário espaço excepcional de atuação, em vez de apenas usar os inquéritos civis como meio de coleta de provas para instruir ações civis públicas.

das classes hipossuficientes e de maior vulnerabilidade econômica e social. O atuar ministerial, neste perfil, abre um canal de acesso à Justiça, direcionado à redução das desigualdades sociais, à construção de uma sociedade livre, justa e solidária, objetivos fundamentais da República previstos no artigo 3º da Carta Política.

Contudo, para maior eficiência da defesa da tutela coletiva, forçoso um verdadeiro *choque de gestão*, revisando e reformulando práticas vigentes, pelo que se impõe reflexão crítica e progressiva sobre *tradicionais* intervenções ministeriais desatreladas de genuíno interesse público. Surge aí, portanto, a necessidade da “racionalização” das atividades ministeriais cotidianas, pois é a partir desta desoneração e do desaparego de atividades perfeitamente dispensáveis que, ao agente ministerial, deverá ser permitido (e cobrado) bem exercer seu papel de *ombudsman*. À figura de um membro enclausurado no seu gabinete, conformado e preocupado em atuar apenas como típico *despachante processual*, qualificado parecerista, propõe-se a edificação de um Promotor de Justiça transformador, compromissado com os grandes problemas da comunidade na implementação dos seus direitos fundamentais, aprimorando o Estado Democrático de Direito capaz de garantir o aperfeiçoamento da cidadania e condições de vida digna.

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 obsoletas, baseadas muito mais numa praxe forense irrefletida do que, propriamente, numa missão constitucional (v. g., atuação em usucapião individual, demandas envolvendo entes públicos, lides de interesse precipuamente pecuniário, quaisquer tipos de mandado de segurança, litígios de cunho previdenciário etc.).²

Aliás, nem mesmo a defesa dos interesses indisponíveis deve escapar ao foco coletivo como objetivo derradeiro de qualquer intervenção ministerial.³ Assim, por exemplo, uma eficiente atuação na saúde pública não se qualifica por apenas garantir direitos puramente individuais, ainda que indisponíveis, como um medicamento para determinada criança ou idoso; obtém-se, principalmente, quando, tomando-se conhecimento de um caso isolado, investiga-se a qualidade da atenção ao direito coletivo de acessibilidade à assistência farmacêutica e, a partir daí, outras questões sanitárias, tais como o cumprimento dos indicadores de saúde, o fluxo adequado da atenção básica, a ausência de efetividade no controle social.⁴ Nesta linha, bem adverte MAZILLI (2003, p. 168):

(...) o grande campo de atuação do Ministério Público do futuro está mais voltado para as ações de caráter coletivo que para as de caráter individual. Não raro, é nas ações coletivas que o Ministério Público vai conseguir resolver o problema de maior abrangência ou de maior expressão social, assegurando a milhares ou até milhões de lesados o efetivo acesso à Justiça, acesso este que eles jamais teriam por meio de ações individuais

A racionalização do exercício funcional, apesar da pregressa resistência, baseada mais em *argumentos de autoridade do que na autoridade destes argumentos*, experimenta, na atual vivência institucional, sentimento diverso, contando com ampla aceitação da classe.⁵ É justamente a partir desta visão de preferência à atuação extrajudicial, voltada ao interesse coletivo, que também se percebe a forma míope e assistemática como se estruturam a divisão e a classificação dos serviços ministeriais, seja pela natureza e distribuição dos órgãos de execução e suas atribuições (v. g., dicotomia cível-criminal ainda vigente em muitas Promotorias e Procuradorias de Justiça), seja pela forma de atuação e consolidação do sistema de estatísticas e informações exigidas pela Administração Superior, em especial pelas Corregedorias-Gerais, órgãos cuja fiscalização se preocupa mais com o cumprimento de prazos e a verificação da quantidade de processos submetidos a uma formal intervenção do que, propriamente, com os efetivos resultados advindos de sua atuação ou mesmo com o cumprimento do planejamento estratégico-institucional.

Por essa deficiente modelagem institucional, por essa estrutura que tem tornado a instituição incapaz de exercer com plenitude as atribuições realmente importantes, compreendem-se os motivos pelos quais, por vezes,

² Foi com a Carta de Ipojuca-PE (13/05/2003) que se iniciou a discussão institucional sobre a racionalização da intervenção ministerial na área cível.

³ “É tempo de sair dos lindes estreitos do privatismo, que tem comandado até hoje a iniciativa do Ministério Público no cível, para somente autorizá-la na defesa do interesse social, quando afetado este através de um interesse privado merecedor de particular proteção, e inovar, ampliando-a no sentido da defesa de interesses totalmente impessoais, porém com reflexos profundos no bem estar de toda a coletividade.” FAGUNDES (1961, p. 9) *sic*

⁴ Na atuação individual, o que importa é a “busca pelo amparo coletivo da situação de afronta à saúde apresentada”: (...) *sem descurar da importância da abordagem pontual de caráter individual, mostra-se oportuno e valioso, quando possível, conferir proteção coletiva (em sentido amplo) às questões de saúde, tendo em vista a possibilidade de restar concedida resposta unitária a conflitos com dispersão social, evitando ocorrência de prejuízos aos pacientes e a proliferação de decisões contraditórias, culminando com a diminuição da sobrecarga da função jurisdicional na apreciação de causas particulares.* (MAGGIO, 2006)

⁵ Pode servir de exemplo consulta realizada pelo Ministério Público de São Paulo em 2001, quando, dentre os 698 membros que a responderam, 97,28% a consideraram importante ou muito importante para a implementação do perfil constitucional, dos quais 88,03% entenderam que ela deve servir para maior eficiência ou eficácia na atuação ministerial e 74,3% atribuíram que tem como objetivo a concentração de esforços voltados aos interesses sociais mais relevantes. Aliás, tal situação não surpreende, pois 96,42% conferem alto grau de relevância à defesa dos interesses coletivos, o que confirma o fato de que a instituição, pelo menos em teoria, enquadrou-se no seu perfil constitucional.

costuma-se responsabilizar também o Ministério Público pela deficiência do sistema judiciário, pelo fracasso no combate ao crime organizado, pela violência e corrupção da máquina pública, pela falta de resultados efetivos na defesa da probidade administrativa e do meio ambiente, pela insuficiência de políticas públicas infanto-juvenis adequadas, pelo mau funcionamento do Sistema Único de Saúde, pois todas essas são, direta ou indiretamente, atribuições importantíssimas que não vêm sendo eficiente e prioritariamente cumpridas; isso ocorre exatamente porque a instituição se encontra assoberbada e injustificadamente onerada com uma demanda regular contraprodutiva e inútil, distante da defesa dos direitos sociais.

Assim como crescem, as instituições perdem importância, relevância ou eficácia. Este Ministério Público de hoje não tem assegurado um futuro evolutivo, de expansão ou 'aperfeiçoamento'. (...) A sua eventual decadência poderá ser gerada pelo surgimento de novas instituições (estatais ou não-governamentais), mais modernas e aptas a atender as demandas de seu tempo (MACEDO JÚNIOR, 2000, 330).

Aumentando o desafio proposto, quando se pretende dispensar intervenções desnecessárias para intensificar a resolução de conflitos eminentemente coletivos, por certo que a diretriz de racionalizar serviços traz consigo a necessidade de estabelecer um novo regime de capacitação e mobilização dos Promotores de Justiça, a fim de habilitá-los adequadamente à consecução das metas visadas. Assim, como estratégia suplementar capaz de assegurar que a racionalização e desoneração pretendidas servirão para realmente ampliar o foco de atuação do Ministério Público sobre interesses metaindividuais, imprescindível que se cogite uma nova divisão espacial dos órgãos de execução baseada em um critério uniforme e territorialmente concentrado, estabelecido em torno de prioridades definidas, resultados e metas a serem alcançados, enfim, fundada em um novo planejamento estratégico-institucional. Com isso, vem à tona o segundo eixo sobre o qual assentamos o novo modelo de gestão para o Ministério Público: a regionalização.

II.b. Regionalização de Promotorias de Justiça como paradigma de estruturação funcional e aperfeiçoamento do Ministério Público

Até pouco tempo, o *Parquet* atuava quase exclusivamente perante o Poder Judiciário, ora ajuizando ação penal, ora intervindo em processos cíveis iniciados por terceiros. Buscando crescer e fortalecer-se como instituição, adotou um modelo de equiparação à Magistratura. Se, em relação a direitos e prerrogativas, este tratamento reflexo até pode mostrar-se vantajoso e evolutivo, as marcantes diferenças funcionais entre ser Promotor de Justiça e ser Juiz de Direito exigem distinto molde de composição orgânica, assim como diferenciada forma de atuação funcional.

Já consolidado como instituição autônoma e essencial, o Ministério Público precisa desvincular-se de sua imagem de ator coadjuvante excessivamente atrelado e dependente da resposta do Judiciário, para cumprir sua missão de defensor dos *direitos* sociais e da democracia, sendo protagonista dentro do seu próprio *espaço de atuação e decisão*, de modo funcionalmente independente. Como *"toda a estrutura orgânica e administrativa do Ministério Público atualmente existente foi concebida e implementada antes das profundas transformações havidas a partir da década de oitenta"* (FERRAZ, 2003), já é mais do que chegada a hora de a instituição libertar-se dos obstáculos impeditivos ao seu progresso, um dos quais reside na equivocada compreensão de que o postulado da "independência funcional" permite uma atuação individualista e incondicionalmente fragmentada dos órgãos de execução.

Diz-se isto porque, apesar de o Ministério Público ser uno e indivisível, o modelo de gestão vigente não contempla o estabelecimento de um necessário *projeto coletivo*, fomentando, ao contrário, uma atuação compartimentada e isolada do Promotor de Justiça espacialmente vinculado a uma determinada Comarca (ou Vara), seguindo o já criticado modo de estruturação tipicamente jurisdicional. Por conta desse isolamento, ao invés de o planejamento estratégico-institucional, como "regra", ditar os objetivos prioritários dos órgãos de execução, excepcionada a possibilidade de cada Agente Ministerial a ele acrescer outras metas de aplicação pertinente à sua realidade, os atuais critérios de divisão funcional incentivam uma atuação assistemática e descoordenada dos Promotores de Justiça, o que vem enfraquecendo a possibilidade de a instituição avaliar e produzir melhores resultados. Mais do que identificar o *princípio da unidade* como parâmetro para a construção de um novo modelo de gestão, é preciso deixar claro que o verdadeiro sentido do postulado da *independência funcional* deve ficar reservado para discussões de caráter técnico-jurídico, jamais podendo servir como óbice à construção de um modelo de atuação ministerial regionalizada.⁶

⁶ "Em um primeiro plano, cumpre observar que o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse de seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal. A partir dessa singela constatação, torna-se possível afirmar que o principal prisma de análise deste importante princípio deve ser a sua associação à atividade finalística da Instituição, pressuposto de concretização do interesse público." (GARCIA, 2005, p. 68).

Com o extraordinário acúmulo das novas atribuições constitucionais, faz-se necessário edificar novos paradigmas. Não basta a racionalização, que pressupõe a assunção de “novas” e relevantes atividades em detrimento de “velhas” e desnecessárias intervenções. Há de se implantar também a regionalização como nova postura administrativa por meio da qual o exercício funcional dos órgãos de execução desenvolve-se coletivamente. Assim se diz porque insistir no falido modelo de atuação isolada, desprezando a soma organizada de esforços, significa conformar-se com um Ministério Público incapaz de cumprir suas funções.

Por mais que o Ministério Público ainda goze de prestígio junto ao corpo social, por mais que esta entidade ainda alcance resultados positivos na defesa dos *direitos do povo*, tal situação não há de perdurar por muito tempo se estas conquistas continuarem a ocorrer mais em decorrência de excepcionais iniciativas individuais de seus membros do que como consequência natural de um eficaz e aprimorado modelo de gestão. Neutralizar este prognóstico exige o advento de uma *nova postura administrativa* pautada pela *regionalização*, afinal, como sabiamente já se disse, “*saber ao que se apegar e, sobretudo, resolver os problemas cujas causas já identificamos, é uma urgente atitude e, ao mesmo tempo, uma tarefa a ser pacientemente cumprida, pois só assim poderemos construir, com sucesso, o nosso futuro*”⁷. Uma das premissas deste novo perfil de atuação envolve o redimensionamento do *espaço* de atuação do Promotor de Justiça, substituindo a atividade isolada e segmentada, hoje ainda predominante, pela mobilização dialética de grupos e forças-tarefas coordenadas e comprometidas com a importância do trabalho *em rede*, estabelecendo as chamadas Promotorias de Justiça Regionais. Já em 1992, FERRAZ e GUIMARÃES JÚNIOR (1992, p. 14) alertavam para esse cuidado:

Promotoria é sinônimo de conjugação de esforços, mas, sobretudo, de estabelecimento de uma responsabilidade coletiva pelos interesses sociais confiados à tutela do Ministério Público. Na Promotoria, o trabalho em equipe coexiste harmonicamente com as atribuições individuais de seus integrantes, pré-estabelecidas em perfeita observância ao princípio do promotor natural. Entretanto, ao lado da responsabilidade de cada um pela parcela dos serviços a seu encargo, surge uma nova responsabilidade, essa geral, de toda a Promotoria, tendo por objeto o planejamento global da atuação, a organização administrativa dos trabalhos, a atividade de prevenção, a defesa, enfim, como um todo, do interesse social numa determinada comarca, distrito ou circunscrição territorial, ou ainda numa determinada área de especialização.

Ademais, o Diagnóstico “Ministério Público dos Estados”, realizado em 2006, mostra que 80,7% dos membros mostram-se favoráveis à implantação de Promotorias Regionais, expressiva estatística que bem evidencia o quanto a classe está ansiosa e aberta ao estudo e reflexão crítica sobre a necessidade de se estabelecer a *regionalização* como uma das diretrizes necessárias ao aperfeiçoamento e modernização de nossa instituição. De uma vez por todas, é preciso apresentar um planejamento estratégico-institucional que assegure o adimplemento do *débito político* contraído pelo Ministério Público perante o poder constituinte. Ao lado de complexas atribuições, de diversas prerrogativas e direitos para a sua efetivação, é chegado o momento histórico de construir um paradigma de gestão institucional capaz de assegurar equilíbrio entre a “expectativa” social e os “resultados” objetivamente alcançados.

(...) ao lado desse crescimento, alargou-se o abismo entre o “legal” e o “real”, ou seja, entre aquilo que o ordenamento jurídico, explícita ou implicitamente, preconiza como atribuição do Ministério Público e aquilo que a instituição efetivamente produz em termos de resultados concretos, prestáveis ao resgate de seu múnus constitucional. Pode impressionar, estatisticamente, o número de pareceres e de processos cíveis e criminais deflagrados. Mas, senão insuficiente, tem-se mostrado ineficaz para, no plano real, impedir, por exemplo, o aumento da violência e da corrupção, garantir a dignidade e a presteza dos serviços públicos e proteger o meio ambiente. O abismo persiste. Logo, o Ministério Público está em débito com a sociedade brasileira — política e juridicamente. (ALBERTON, 2007)

Com a *regionalização*, a gênese e o desenvolvimento deste trabalho em grupo, além de permitir maior *uniformidade* da ação ministerial e promover a aproximação e edificação de valores solidários entre os seus membros, traz a inexorável vantagem de potencializar e maximizar a excelência dos efeitos obtidos pela instituição, isto é, maior alcance e melhor resultado com menor esforço e menos despesas. Isto porque a *regionalização* não só favorece a prioridade da atuação extrajudicial na defesa da tutela coletiva como, sobretudo, permite a criação de um *arejado* ambiente institucional amplamente favorável à troca de informações e à estruturação de novos *canais democráticos* para discussão, deliberação e planejamento das ações ministeriais passíveis de serem implementadas, respeitando-se os distintos recortes da realidade social.

⁷ Fala de FRANCISCO SALES DE ALBUQUERQUE, Ex-Presidente do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, constantes do prefácio ao Diagnóstico Ministério Público dos Estados realizado em 2006.

Mais do que isso, *regionalizar* Promotorias de Justiça envolvidas na promoção dos direitos metaindividuais otimiza o campo de interação e relacionamento institucional, assim como aloca e disponibiliza novas fontes de recursos humanos e materiais à disposição do agente ministerial para enfrentar os diversos focos de problema surgidos no limite do exercício das suas atribuições constitucionais. Idealiza-se a possibilidade de que as Promotorias de Justiça Regionais possuam uma estrutura humana e material mais completa, com peritos, servidores administrativos, veículos e equipamentos de apoio, que seriam utilizados pelos demais membros das comarcas circunvizinhas no suporte a suas atividades. Enquanto algumas unidades federativas seguem alheias a este perfil e outras o estabelecem de forma tímida, a experiência de alguns Ministérios Públicos Estaduais já se mostra destacada e avançada nesse sentido⁸.

Essa nova visão afasta velhas estruturas administrativas e práticas superadas de gestão, sepulta uma atuação marcadamente individual e racionaliza o contínuo crescimento do volume de serviços. Estabelecer prioridades e comprometer-se com planejamento estratégico é, em outras palavras, evitar um efetivo colapso institucional. Assim, a *regionalização* busca não só promover e aparelhar a ação do Promotor de Justiça na defesa do interesse público, como também evitar que todo um projeto de atuação coordenada, democraticamente discutido com a classe, fique indevidamente retido e retardado de atingir determinado segmento social por eventual postura egoística de omissão e inércia *não-fundamentada* prejudicial à efetivação da Justiça Social, o que, sem dúvida, estabelece eficiente ferramenta de controle e fiscalização da atuação ministerial na gestão do interesse coletivo⁹.

Regionalizar, enfim, consiste em *centralizar* a captação e discussão de problemas e dificuldades para, a partir daí, *descentralizar* intervenções ministeriais positivas no plano da realidade social. Com efeito, ao contrário do que possa parecer, em vez de violar o postulado da *independência funcional*, tal paradigma cria mecanismo democrático e eficiente capaz de assegurar a independência de pensamento e convicção do Promotor de Justiça, associando-o com o *princípio da unidade* do Ministério Público. Assim, dada a atribuição concorrente, a regionalização, por meio de uma centralização mitigada, ao mesmo tempo em que oxigena a atuação do promotor natural, previne que grandes prioridades e estratégias de ação institucional sejam barradas ou impedidas por falta de vontade, acúmulo de serviço ou mesmo deficiência de capacitação e sensibilidade a respeito de uma determinada situação-problema.

Certamente que, como todas as fases e dificuldades próprias à consolidação de um trabalho *dialético de grupo*¹⁰, implementar o projeto de *regionalização* como um dos pilares deste *novo momento institucional* não constituirá tarefa fácil e simplificada, todavia, longe de ser uma idéia passível de ser condensada numa única formatação, ela merece ser mais discutida e adaptada na medida da necessidade e vivência institucional, da realidade de cada espaço, de cada unidade ministerial federativa.

Ao lado da racionalização e, como veremos a seguir, do aperfeiçoamento dos órgãos auxiliares, mais importante do que definir “como” implementar o projeto de regionalização é incorporar esta idéia ao novo modelo de gestão do Ministério Público.

II.c. Reestruturação e aparelhamento de órgãos auxiliares como forma de crescimento do Ministério Público

Muito já se falou a respeito das múltiplas atribuições ministeriais e da necessidade de priorizar parte destas tarefas para que a instituição possa colher resultados socialmente úteis. Ao lado dessas constatações, foram apresentadas as diretrizes estratégicas da *racionalização* e *regionalização* como componentes de um novo modelo de gestão. Todavia, reconstruir o papel ministerial, priorizar a defesa dos direitos coletivos com ênfase na atuação no plano extraprocessual, remete também à constatação da insuficiência de recursos materiais e humanos atualmente disponíveis para a implementação deste novo paradigma. De nada adianta a Carta Magna prever a atuação do Ministério Público nos mais diversos campos sociais se, na prática, na vivência cotidiana da Promotoria de Justiça, como regra, a realidade sinaliza gritante falta de estrutura para o cumprimento desta *vocação constitucional*, problema indicativo de que esta mudança de perfil precisa ser seguida de uma postura administrativa voltada ao

⁸ Nesse sentido, Ministério Público de Minas Gerais e Santa Catarina. O Ministério Público de São Paulo também discute a proposta, conforme conclusões do Grupo de Estudos Aluísio Arruda, de Ribeirão Preto, do dia 23 de junho de 2007, abaixo citadas: O Ministério Público deve atuar em nova espacialidade ou territorialidade, fora do conceito tradicional de Comarca, como a regionalização de promotorias, especialmente através de promotorias temáticas, nas áreas de meio ambiente, cidadania, educação, crime organizado e direitos coletivos e difusos.

A unidade e independência funcional devem ter relação com a conotação política da instituição e atingimento de objetivos estratégicos, de acordo com o plano de atuação e a vinculação do seu cumprimento, em relativização ou limitação da independência funcional. http://www.apmp.com.br/diremacao/gruposestudios/conclusoes/conc_aluisio_arruda.htm (acesso em 27.07.2007, às 02:30).

⁹ Esse mecanismo relevante vem suprir uma verdadeira lacuna no controle e acompanhamento da atuação do Ministério Público, derivada do fato de as Corregedorias-Gerais, como regra geral, estarem distantes de assumir postura pró-ativa para fiscalizar e orientar a atividade dos Promotores de Justiça que demonstram pouca resolutividade no trato dos interesses coletivos.

¹⁰ Neste sentido, “Crítica à Razão Dialética”. SARTRE, Jean Paul.

fortalecimento e aparelhamento adequado dos órgãos auxiliares. Assim já anteviu MAZZILI (2000): “*acreditamos seja caso de cogitar de uma nova estrutura para as Promotorias de Justiça. Concebemos as Promotorias de Justiça de maneira totalmente diferente (...) cada órgão de execução do Ministério Público deveria ser dotado de estrutura administrativa própria e independente*”.

Afastada a indevida parametrização das atividades “ministeriais” com aquelas afetas ao Poder Judiciário, premissa já sustentada na regionalização, forçoso sustentar a impossibilidade de - na ausência de planejamento estratégico e orçamentário¹¹ - continuar-se a prover cargos de Promotores de Justiça apenas porque o Judiciário assim o fez, como já bem alertou DIAS JÚNIOR (1999, p. 44)

À medida que as atribuições de membros do *Parquet* se direcionam inequivocamente às áreas preventiva e investigativa, tanto no âmbito cível quanto no criminal, torna-se difícil aceitar que a cada Vara instalada corresponda um novo cargo de Promotor de Justiça. Outras soluções de engenharia institucional devem ser buscadas para evitar a similitude estrutural, que somente a tradição e a pouca reflexão podem explicar.

Para evitar o caos orçamentário, defende-se um padrão administrativo que, dentre outras premissas, está baseado numa clara definição: reestruturar órgãos auxiliares em vez de criar, assistematicamente, mais e mais cargos de novos membros, o que, como ganho secundário, também serve para mitigar uma exagerada fragmentação do poder decisório na atividade de órgãos de execução atuantes sobre matérias sobrepostas. Assim, em vez de, numa só Comarca, existirem diversos Promotores de Justiça atuando na mesma matéria (diferenciados, quase sempre, apenas pela Vara Judicial à qual estão “vinculados”), o ideal é definir, com base em critérios metodológicos, qual o número de membros efetivamente necessários para coordenar a gestão de cada categoria de interesse. Como se vê, a ênfase na tutela coletiva como resultado da soma da idéia de *racionalização e regionalização* na construção de um *emancipatório*¹² planejamento estratégico-institucional precisa ter sustentáculo prático na paralela estruturação de órgãos auxiliares¹³, a serem compostos por servidores públicos vinculados ao Ministério Público em definido e estruturado *plano de carreira* contemplativo da formação de equipes interdisciplinares¹⁴. Tal idéia já recebeu a defesa por MAZZILI (2000, p. 190):

Precisamos de Promotores dotados de completa estrutura administrativa. Assim, por exemplo, numa Comarca, dependendo de seu porte, deveria haver uma Promotoria Cível, outra Criminal, uma de *ombudsman*, uma de meio ambiente, outra do consumidor etc. Cada qual dessas Promotorias corresponderia a um único Promotor, e teria adequada estrutura própria, com assessores jurídicos, advogados, estagiários e demais funcionários, sob direção do Promotor; seria ele o agente político encarregado de tomar as decisões sobre se investiga, se denuncia, se arquiva, se propõe ação civil, se recorre - o mais caberia aos seus funcionários executar, sempre sob sua supervisão, direção ou iniciativa direta ou por ele delegada.

Nesta nova proposta de gestão, não se concebe a manutenção de situações hoje vivenciadas, nas quais o Promotor de Justiça - agente político que deveria ocupar-se da gestão e coordenação das atividades desenvolvidas pela Promotoria como órgão de execução - por força das circunstâncias, acaba obrigado a praticar atos materiais burocráticos e periféricos¹⁵ cuja realização deveria ser destinada a órgãos auxiliares oficiais¹⁶, uma vez que

¹¹ Nessa ótica, dada a realidade do quadro orçamentário e dos rígidos limites de gastos impostos pela Lei de Responsabilidade Fiscal, quer-se crer e sustentar que a solução para a efetivação prática deste novo modelo de gestão, neste momento, passa pelo incremento dos serviços auxiliares ao invés da criação e provimento de novos cargos de membros.

¹² Vocabulário citado por Boaventura de Sousa (2005, p. 18).

¹³ Da mesma forma, quando se fala em aparelhamento de órgãos auxiliares, ainda que o tema não possa ser aprofundado nos estreitos limites deste estudo, oportuno registrar a importância deste novo *modelo de gestão* ocupar-se, também, de reformular a estrutura institucional ideal dos “Centros de Apoio”, dos quais é de se exigir: 1) criação e constituição com base em critérios objetivos; 2) estruturação e capacitação para atender com presteza os órgãos de execução; 3) ausência de acúmulo de atribuições executivas como regra geral, salvo situações excepcionais que venham a surgir em benefício da instituição - características infelizmente ausentes na realidade de diversas unidades federativas.

¹⁴ Contendo profissionais de todos os campos do saber afetos à atividade ministerial, v.g. auditoria contábil para apurar desvios no patrimônio público e permitir apuração de improbidade administrativa; auditoria médico-sanitária para verificar procedimentos ilegais cometidos no SUS; auditoria ambiental para apurar atividade com potencial de degradação, etc.

¹⁵ Expedição de ofícios e notificações, recebimento de documentos em protocolo, atendimento de telefonemas e comparecimento aos correios para remessa de correspondência.

¹⁶ Experiência interessante e de relativo sucesso na estruturação do quadro de pessoal com preferência aos serviços auxiliares reside na composição do Tribunal de Contas, que, no entendimento de FERRAZ (2003, p. 91): “*Nesse aspecto, costumam adotar modelo de gestão infinitamente mais racional, viável, competente e inteligente do que o do Ministério Público ou do Poder Judiciário. Embora o volume de seus serviços cresça continuamente - porque aumenta o número de municípios e porque são progressivamente mais intrincados os problemas inerentes à fiscalização -, não se verifica normalmente elevação do número de Conselheiros (que, assim, não experimentam declínio em suas parcelas de poder). Ali, o modelo de gestão privilegia a estrutura de apoio e aos Conselheiros fica reservada, sobretudo, a decisão, única atividade realmente indelegável para um agente político*”.

“racionalizar significa valorizar a atuação do Promotor e do Procurador de Justiça, como agentes políticos, freqüentemente aviltadas pelo desempenho de tarefas que poderiam ser cumpridas por funcionários de quadro auxiliares.” (FERRAZ e FABRINI, 2002, p. 71)

Talvez o problema seja sentido mais de perto pelos Promotores que atuam em Comarcas menores (uma ou duas Promotorias), verdadeiros clínicos gerais Direito, onde o excesso de atribuições conduz a uma análise superficial de tudo que lhe vem com vista e contribui para a baixa qualidade do trabalho de tão importante órgão. Isto, para não dizer em insuficiência, pois, em boa parte de suas ações civis públicas depara com a complexidade de questões técnicas em relação às quais não tem conhecimento e amparo institucional suficientes para rebater substanciosos argumentos de grandes consultorias “especializadíssimas” (jurídica, contábil, ambiental etc.) que encontra do outro lado da relação processual. (MOURA, 2002)

O maior entrave a essa reengenharia reside numa tímida e deficiente política de criação e estruturação de órgãos auxiliares. Prova disso é que o Diagnóstico do “Ministério Público dos Estados”, realizado em 2006, traz o dado impactante de que, para cada auxiliar do Poder Judiciário, existia apenas 0,07 (zero vírgula zero sete) servidor equivalente do *Parquet*, situação que bem demonstra a absoluta carência de serviços auxiliares no Ministério Público como um dos empecilhos ao cumprimento de suas operosas funções, mormente aquelas voltadas à defesa dos interesses coletivos¹⁷, como bem já advertiu profícuo estudo sobre o tema:

“Não obstante a responsabilidade entregue pelo constituinte e algum avanço, a estrutura material e humana do Ministério Público não teve o mesmo progresso que suas atribuições, tampouco que sua visibilidade e respeitabilidade. Apresenta carências generalizadas, como insuficiência de membros, de funcionários (...) Enfim, não condiz com sua responsabilidade constitucional, mas com a realidade daquela Instituição a quem incumbia, basicamente, a persecução penal que vinha estampada em inquéritos policiais e a intervenção opinativa em alguns feitos cíveis”. (SCHIRMER, 2007).

Quando o *Parquet*, em vez de gerir, refletir e decidir a estratégia de atuação técnico-funcional, ocupa-se com atos materiais perfeitamente delegáveis, que são “atividades-meio” distantes da previsão legal do artigo 129, §2º, da CF, está colaborando para esse falido e ineficiente modelo de gestão. Corrigir tal situação exige uma racionalização tanto na “matéria” objeto da intervenção como, sobretudo, na “forma” de execução das atribuições. Ora, considerando que a única atividade efetivamente indelegável no exercício funcional do Ministério Público é a “tomada de decisão”¹⁸, boa parte das tarefas atualmente integradas ao ofício do Promotor de Justiça necessitam ser repassadas a serviços auxiliares oficiais de assessoramento¹⁹. Contanto que haja efetiva fiscalização e orientação, tal distribuição de trabalho afigura-se medida eficiente para canalizar as atenções e esforços dos membros àquilo que realmente importa ao planejamento estratégico-institucional.

Idealizar um *modelo de gestão* desprovido de específica estratégia de gerenciamento e administração de recursos humanos é tornar inviável os próprios meios de efetivação das idéias anteriores. Apesar de todas as dificuldades mencionadas, acredita-se que uma política otimista e bem planejada de reestruturação de serviços auxiliares possa mitigar o isolamento do Promotor de Justiça como “centro de atenção” do qual emana toda e qualquer providência, contribuição decisiva para a obtenção de resultados satisfatórios e compatíveis com a expectativa da sociedade e o elevado padrão de exigência constitucional.

¹⁷ v.g. documentar diligências realizadas nos procedimentos administrativos desencadeados, realizar as perícias e auditorias contábeis, ambientais e médicas, dentre outras tarefas imprescindíveis ao bom andamento dos expedientes de apuração de violação de direitos coletivos.

¹⁸ Comprovando esta idéia, diferenciando tarefas passíveis de serem cumpridas por órgãos auxiliares de atos de execução próprios do Promotor de Justiça enquanto agente político propriamente dito, colhe-se didática doutrina de FERRAZ e FABRINI (2002, p. 71): a) estabelecer se um inquérito policial deve ser arquivado ou dar ensejo a imediato oferecimento de uma denúncia; ou se a hipótese em análise recomenda a instauração de inquérito civil ou ajuizamento da ação civil pública ou a interposição de recurso; b) definir o conteúdo de um pedido ou a capitulação de um fato penalmente relevante; c) determinar o teor jurídico da manifestação ou arrazoado perante um Juiz ou Tribunal.

Indelegável, pois, é o fundamental trabalho de pensar, de decidir, de planejar, de buscar soluções legislativas mais adequadas, de lutar por medidas que possam prevenir lesões a interesses sociais. Indelegável é a administração dos destinos do Ministério Público, como instituição. Tudo o mais pode ser administrado de forma a aliviar a carga de tarefas quase manuais do Promotor ou Procurador de Justiça, dando-lhe mais tempo para fazer o que faz o diretor de qualquer empresa: ser um planejador, um coordenador, e não prioritariamente um executor.

¹⁹ Consulta realizada no MP-SP, em 2001, mostrou que 74,35%, dentre os 698 membros entrevistados, consideram que deveria caber aos assessores graduados em direito, denominados “assistentes de promotorias”, a execução de tarefas de menor complexidade, tais como atendimento ao público, elaboração de pareceres e exordiais mais rotineiras, acompanhamento de audiências preliminares nos Juizados Especiais ou até mesmo de instrução em feitos iniciados por terceiros.

III. Conclusão

O drama cotidiano mais aflitivo ao Promotor de Justiça não deriva da complexidade do seu trabalho, nem da carga de serviço judicial historicamente árdua, mas sim da frustrante sensação de não conseguir cumprir a contento as finalidades funcionais necessárias a uma interferência positiva na realidade social (tutela de interesses coletivos e promoção de justiça social). Esse débito político-social decorre da falência do atual modelo organizacional do Ministério Público, que dificulta o cumprimento de sua missão constitucional e impede-o de aprimorar-se na defesa dos interesses primordiais da sociedade. A própria instituição precisa promover reformas internas para solucionar a "crise de identidade" em que está mergulhada, consistente na dissonância entre o seu perfil constitucional e a atuação prática de muitos de seus membros, sob pena de sua inércia contribuir para a redução da credibilidade de que goza junto à sociedade e, conseqüentemente, para a fragilização de sua legitimidade como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis.²⁰

Superar este paradigma, em busca da *evolução institucional do Ministério Público*, exige a projeção de um emancipatório e revolucionário perfil institucional focado na *racionalização, regionalização e reestruturação de serviços auxiliares* como diretrizes fundamentais para a seleção de interesses metaindividuais relevantes, os quais merecem proteção integral por intermédio de um trabalho uniforme e coletivamente organizado, apoiado por um eficiente quadro de recursos humanos.

Esta *nova ordem de existência* propõe, em síntese: (1) **Racionalizar**, para permitir que o Ministério Público otimize sua atuação, atendendo, de forma prioritária e eficiente, aos interesses transindividuais, concentrando esforços para uma atuação extrajudicial resolutiva; (2) **Regionalizar**, como forma de a instituição assumir uma distribuição espacial própria à sua finalidade, mobilizando esforços e otimizando meios de cumprir o planejamento estratégico-institucional mediante uma atuação uniforme e articulada capaz de emprestar o suporte técnico-administrativo suficiente para a promoção dos interesses sociais; (3) **Reestruturar serviços auxiliares**, como alternativa imediata e factível para suprir os insuficientes recursos humanos e contornar os rígidos limites orçamentários e fiscais.

Por mais que a seleção e o conteúdo dessas diretrizes não esgotem a problemática, ainda que as idéias lançadas mereçam um debate democrático aberto aos que lutam pela modernização e fortalecimento desta instituição, a mera possibilidade de estas singelas linhas propiciarem reflexão crítica e propositiva sobre o atual paradigma de gestão remete a uma provocação fundamental: enfim, para onde caminha o Ministério Público?

IV. Proposições

1. Para cumprir sua missão constitucional, o Ministério Público necessita implementar um novo paradigma de gestão, baseado na racionalização, regionalização e reestruturação de órgãos auxiliares.
2. A atuação ministerial deve estar necessariamente vinculada ao interesse público, ou seja, à proteção dos direitos coletivos e individuais indisponíveis (art. 127 da Constituição Federal).
3. A racionalização, ao exigir do membro ministerial maior seletividade e critério nas intervenções voltadas à tutela de interesses individuais, torna mais eficiente a sua atividade porque lhe viabiliza priorizar a defesa extrajudicial dos interesses metaindividuais.
4. Por conta da racionalização, a atividade do Promotor de Justiça na defesa de direitos individuais, ainda que indisponíveis, sempre deve ter como foco a perspectiva de este trabalho repercutir ou viabilizar a interferência na proteção de interesses coletivos, principal objetivo da atuação ministerial.
5. A regionalização, ao ressaltar a formação de grupos de trabalhos para a execução de projetos coletivos, aperfeiçoa a atuação institucional, otimizando resultados e valorizando a unidade do Ministério Público, pois afasta a idéia equivocada de que o princípio da independência funcional pode justificar uma inércia não-fundamentada do Agente Ministerial no cumprimento do planejamento estratégico-institucional.
6. A regionalização, ao redimensionar o espaço de atuação do Promotor de Justiça, estabelece inovadora composição orgânica própria e adequada à identidade constitucional do Ministério Público, sem qualquer equiparação à estrutura administrativa do Poder Judiciário.
7. A regionalização estimula maior envolvimento e atuação do Promotor de Justiça Natural no trato da tutela coletiva ao definir estratégias conjuntas de ação, concentrando a discussão dos problemas e disponibilizando melhores recursos materiais para o desenvolvimento coordenado das ações ministeriais necessárias.
8. A reestruturação de órgãos auxiliares de suporte técnico e administrativo mostra-se necessária e

²⁰ Do contrário, em último grau de possibilidade, o Ministério Público poderá perder sua utilidade social, "tornando-se irrelevante e descartável, assim como outras instituições que, por se negarem a acompanhar os avanços do mundo e a dar respostas que a sociedade almeja e precisa, passaram a cumprir papel menor no cenário político" (GOULART, 2000, p. 37).

- preferencial à política de criação assistemática de novos cargos de membros, como alternativa para solucionar a insuficiência dos recursos humanos, apesar dos limites orçamentários vigentes.
9. As diretrizes de racionalização e regionalização pressupõem um planejamento estratégico-institucional voltado à reestruturação de órgãos auxiliares, incluindo plano de carreira e reserva orçamentária que contemple a formação de equipes interdisciplinares de suporte às matérias coletivas especializadas.
 10. As atividades destituídas de poder de decisão podem ser delegadas e exercidas por órgãos auxiliares, desde que sob a supervisão e coordenação do membro ministerial.
 11. Como o Promotor de Justiça deve ocupar-se preferencialmente com a gestão e coordenação das suas atividades, a prática de atos materiais e técnicos de menor complexidade cabe aos órgãos auxiliares, destacada a importância de provimento de cargos de assessores jurídicos.

V. Referências bibliográficas

- ALBERTON, José Galvani. *Parâmetros da Atuação do Ministério Público no Processo Civil em face da Nova Ordem Constitucional*. Disponível em http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&idmateria=123. Acesso em 17.08.2007, às 23:15.
- COMPARATO, Fábio Konder. O Ministério Público na defesa dos direitos econômicos, sociais e culturais. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 40, jul./dez 2001.
- DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. Crescimento dos cargos do Ministério Público: reflexões. *APMP Revista*, São Paulo, ano III, n. 28, ago./set. 1999.
- DIAS JÚNIOR, Paulo Roberto. FABBRINI, Renato Nascimento (Coord.). *O Ministério Público na visão de seus membros: consulta sobre temas institucionais*. São Paulo: APMP, 2001.
- FAGUNDES, M. Seabra. O Ministério Público e a preservação da ordem jurídica no interesse coletivo. *Justitia*, São Paulo, vol. 35, 4º trimestre 1961.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Coord.). *Um Novo modelo de gestão para o Ministério Público*. São Paulo: APMP, 2003.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. FABBRINI, Renato Nascimento. *O Ministério Público e a crise orçamentária*. In: FABBRINI, Renato Nascimento (Coord.). São Paulo: APMP, 2002.
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo; GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional*. São Paulo: APMP, 1992.
- GARCIA, Emerson. *Ministério Público: Organização, atribuições e regime jurídico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2ª edição, 2005.
- GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista do Ministério Público do Estado de Pernambuco*, Recife, v. 3, 2000.
- GUIMARÃES JÚNIOR, João Lopes. *Ministério Público: proposta para uma nova postura no processo civil*. In: FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo (Org.). *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997.
- MACEDO JÚNIOR, Ronaldo Porto. O Ministério Público 500 anos depois do Descobrimento, 2000. *Revista da Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo*, São Bernardo do Campo, v. 6, t. 1, p. 324-335, 2000.
- _____. Proposta de racionalização da intervenção do Ministério Público no cível a partir do conceito de interesse social. *APMP Revista*, São Paulo, v. 4, n. 36, dez./fev. 2001.
- MAGGIO, Marcelo Paulo. A Resolutiva Atuação do Ministério Público em Prol da Saúde. Encontro Nacional do Ministério Público em Defesa da Saúde, III, Florianópolis, *Livro de Teses*, 2006.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. Propostas de um novo Ministério Público. *Justitia*, São Paulo, v. 189/192, 2000.
- _____. A intervenção do Ministério Público no Processo Civil: críticas e perspectivas. In: SALLES, Carlos Alberto de (Org.). *Processo Civil e Interesse Público: o processo como instrumento de defesa social*. São Paulo: RT, 2003.
- MOURA, Genney Randro B. de. Uma Releitura da Intervenção do Ministério Público no Processo Civil. Disponível em http://www.apmp.com.br/juridico/artigos/docs/2002/11-14_genneyrandrobdemoura_pj_mg. Acesso em 29/07/2007, às 13:11.
- SADEK, Maria Tereza. LIMA, Fernão Dias. *Diagnóstico Ministério Público dos Estados*. Brasília: Ministério da Justiça, 2006.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA. *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência*. São Paulo: Cortez, vol. 1, 5ª ed., 2005.
- SARTRE, Jean Paul. *Crítica da razão dialética*, DP&A, 2002.
- SCHIRMER, Mário Sérgio de Albuquerque. A necessidade de novas estruturas para atuação do Ministério Público. Congresso Regional do Ministério Público do Estado do Paraná, *Livro de Teses*, 2007.
- SILVA, Cátia Aida. *Promotores de Justiça e Novas Formas de Atuação em Defesa de Interesses Sociais e Coletivos*. Disponível em http://www.conamp.org.br/index.php?a=mostra_artigos.php&ID_MATERIA=102. Acesso em 30.07.2007, às 01:20.

PLANEJAMENTO DE ATIVIDADES DAS PROCURADORIAS E PROMOTORIAS DE JUSTIÇA – COMPLEMENTO NECESSÁRIO AO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO E AOS PLANOS GERAIS DE ATUAÇÃO DOS MINISTÉRIOS PÚBLICOS ESTADUAIS.

Max Zuffo

Promotor de Justiça/SC

Sumário: 1. Administração estratégica. 2. A administração estratégica no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros. 3. Desafios na implementação das técnicas de administração estratégica no Ministério Público de Santa Catarina. 4. Planejamento de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça – complemento necessário ao Planejamento Estratégico e aos Planos Gerais de Atuação dos Ministérios Públicos Estaduais. 5. Conclusões – Síntese Dogmática.

1. Administração Estratégica

Afirma-se que a teoria da Administração Estratégica encontra suas raízes nos idos de 1950, com uma análise dos currículos e do ensino ministrado nas escolas de administração dos Estados Unidos, encomendada pela Ford Foundation e pela Carnegie Corporation, a qual culminou na elaboração do relatório Gordon-Howell, que recomendou que os cursos de administração fossem concluídos com uma cadeira que congregasse os fundamentos das mais diversas disciplinas ministradas nos cursos de administração.

O teor do relatório Gordon-Howell foi acatado pela maior parte das escolas de administração que incorporaram em seus currículos a disciplina de “Política de Negócios”, cujo objetivo era permitir a integração das áreas funcionais dentro das corporações, de modo a se atingir uma administração eficiente, aproveitando os seus pontos fortes, reduzindo o impacto de seus pontos fracos, aproveitando as oportunidades e ameaças externas.

Estes parâmetros posteriormente foram expandidos e passaram a formar o núcleo da disciplina de administração estratégica, englobando análises formais do macroambiente empresarial, do ambiente setorial, da missão, dos objetivos gerais, da formulação de estratégias, da implementação e do controle estratégico¹.

A administração estratégica, segundo a definição proposta por Wright, visa criar riqueza para uma organização por meio da satisfação das necessidades e expectativas dos *stakeholders*^{2 3}, esta definição se aplica inclusive às instituições que não visam o lucro, quer sejam entidades privadas, quer sejam entidades públicas, como claramente demonstra o autor:

¹ KROLL. Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 28.

² “O propósito principal da administração estratégica é criar riqueza para os proprietários (acionistas) por meio da satisfação das necessidades e expectativas de outros stakeholders (por exemplo, clientes, fornecedores, empregados...)” IN: KROLL. Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 38.

³ Não há tradução direta do conceito de *stakeholder* para o português. No presente estudo será utilizada a definição de *stakeholder* proposta pelo PMI – Project Management Institute no âmbito da gestão de projetos, segundo a qual *stakeholder* seria a pessoa ou organização diretamente envolvida na execução de um projeto, ou cujos interesses possam ser positiva ou negativamente afetados pela execução ou conclusão de um projeto, além das pessoas ou organizações que possam exercer influência sobre um projeto ou seus *deliverables*: “Person or organization (e.g., customer, sponsor, performing organization, or the public) that is actively involved in the project, or whose interests may be positively or negatively affected by the execution or completion of the project. A stakeholder may also exert influence over the project and its deliverables” IN: PMI. Project Management Institute. *A guide to the Project Management Body of Knowledge. PMBOK Guide. 3ed*. Newton Square, Project Management Institute, Inc., 2004. p. 328. Este conceito é facilmente aplicável aos planos estratégicos e/ou de atuação dos Ministérios Público, bastando compreendê-los como um projeto de curto ou médio prazo que está sendo executado pela organização.

*"Os princípios básicos da administração estratégica apresentados neste livro são igualmente aplicáveis a organizações sem fins lucrativos. É importante, por exemplo, que todas as organizações analisem seu ambiente, formulem uma missão, objetivos gerais e específicos, desenvolvam estratégias adequadas, implementem suas estratégias e controlem sua orientações estratégicas."*⁴

A literatura a respeito de administração estratégica é extremamente vasta, como apontam Henry Mintzberg, Bruce Ahlstrand e Joseph Lampel⁵, os quais efetuaram uma revisão de cerca de dois mil artigos escritos a respeito do tema, a qual possibilitou a exposição das idéias gerais das dez principais escolas do planejamento estratégico⁶. Segundo os autores, cada escola representa uma análise das distintas de fases, ou aspectos destacados do processo global de formulação estratégica:

*"Deixando de lado a cognição, na revisão de grande volume de literatura emergem dez pontos de vista distintos, a maioria dos quais se reflete na prática gerencial. Cada um tem uma perspectiva única que focaliza... ..um aspecto importante do processo de formulação de estratégia s"*⁷

Henry Mintzberg, em outro escrito demonstra que a palavra estratégia, definida por alguns, tal qual Wright, como sendo o plano da alta administração para alcançar resultados consistentes com a missão e objetivos gerais da organização⁸, na verdade pode ser compreendida sobre cinco vieses distintos: a) estratégia enquanto plano: a estratégia trata da maneira como as instituições estabelecem sua direção, colocando-se em cursos de ação pré-determinados; b) estratégia enquanto pretexto: a estratégia é levada à esfera da competição, correspondendo às ameaças, estratagemas e várias outras manobras utilizadas para se obter vantagem competitiva; c) estratégia enquanto padrão, referindo-se ao comportamento consistente verificado nas organizações, o qual pode ser fruto de uma deliberação imposta (estratégia pretendida) ou surgir voluntariamente (estratégia realizada); d) estratégia enquanto posição, onde a análise da estratégia volta seu olhar para os ambientes competitivos, identificando as posições ocupadas pelas organizações, bem seus esforços para se proteger e enfrentar a concorrência e por fim; e) estratégia enquanto 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.⁹

O que é importante se extrair a partir da análise de Mintzberg, segundo seus próprios dizeres, é que a estratégia não se refere apenas a um método para lidar com inimigos ou concorrentes em um mercado potencial, mas sim, se trata de uma noção que remete a questões fundamentais gerenciais, correspondendo a um instrumento importante para a percepção e ação coletiva nestas organizações:

*"Assim, estratégia não é apenas a noção de como lidar com um inimigo ou um grupo de concorrentes em um mercado, como é mencionado em grande parte da literatura e seu uso popular. Ela também nos leva a algumas questões mais fundamentais sobre organizações como instrumentos para percepção e ação coletiva."*¹⁰

⁴ KROLL, Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 397.

⁵ MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 15.

⁶ Os autores classificam as escolas do planejamento estratégico nos seguintes moldes: 1) Escola do design: formulação da estratégia como um processo de concepção; 2) Escola do Planejamento: formulação de estratégia como um processo formal; 3) Escola do Posicionamento: formulação de estratégia como um processo analítico; 4) Escola Empreendedora: formulação de estratégia como um processo visionário; 5) Escola Cognitiva: formulação de estratégia como um processo mental; 6) Escola de Aprendizado: formulação de estratégia como um processo emergente; 7) Escola do Poder: formulação de estratégia como um processo de negociação; 8) Escola Cultural: formulação de estratégia como um processo coletivo; 9) Escola Ambiental: formulação de estratégia como um processo reativo; 10) Escola da Configuração: formulação de estratégia como um processo de transformação. As características de cada escola são posteriormente exploradas nos capítulos subsequentes da obra dos autores. IN: MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 13-14.

⁷ MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 13.

⁸ KROLL, Mark J.; PARNELL, John e WRIGHT, Peter. *Administração Estratégica. Conceitos*. São Paulo: Atlas, 2000. p. 24.

⁹ MINTZBERG, Henry. *Cinco Ps para Estratégia*. IN: MINTZBERG, Henry. Et al. *O processo da estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados*. Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 28.

¹⁰ MINTZBERG, Henry. *Cinco Ps para Estratégia*. IN: MINTZBERG, Henry. Et al. *O processo da estratégia: conceitos, contextos e casos selecionados*. Porto Alegre: Bookman, 2006. p. 28-29.

O estudo do desenvolvimento das estratégias no âmbito organizacional tem sido marcado, como bem demonstram os autores retro mencionados, por uma vasta produção literária, o que induz os administradores e os leitores a sempre se voltarem na busca da teoria mais “nova” e mais “quente” em administração estratégica¹¹.

Independentemente da escola da administração estratégica a que se filie o gestor, o que nos expõe Mintzberg é que cada um dos atributos que caracterizam as escolas do planejamento estratégico são verificados nas diferentes fases da formação da estratégia organizacional, sendo essencial a utilização de todos esses recursos que as diferentes linhas de pensamento estratégico destacam para a formulação de uma estratégia, que permita obter a satisfação dos stakeholders, como pode se observar:

“A formação da estratégia é projeto sensato, visão intuitiva e aprendizado emergente; é sobre transformação e também perpetuação, deve envolver cognição individual e interação social, cooperação e conflito, tem que incluir análise prévia e programação posterior, além de negociação durante; e tudo isso deve ser em resposta ao que pode ser um ambiente exigente. Tente omitir qualquer um desses itens e veja o que acontece!”

A adequada utilização dos princípios, técnicas e ferramentas da administração estratégica acima indicados demanda um profundo conhecimento da realidade organizacional e, corresponde a uma tarefa complexa em qualquer nível gerencial.

Ainda que essa tarefa possa parecer complexa e em alguns casos até mesmo impossível, especialmente onde o ambiente cultural se mostre avesso ao planejamento e controle, é certo que sua utilização pode trazer resultados surpreendentes para qualquer organização.

Como será demonstrado a seguir, a administração estratégica já vem sendo utilizada por alguns Ministérios Públicos. A introdução do planejamento estratégico nestas organizações corresponde a uma inovação que afeta paradigmas culturais amplamente arraigados no seio destas organizações, especialmente aqueles oriundos do princípio da independência funcional, exigindo, portanto, um processo de introdução próprio, que permita fazer com que essas técnicas se capilarizem por todos os níveis gerenciais dos Ministérios Públicos.

Ocorre que nem sempre este processo de mudança e inovação é bem orientado, gerando conflito e ineficácia dos planejamentos estratégicos no âmbito dos Ministérios Públicos.

A proposta do presente estudo é analisar como os princípios da Administração Estratégica estão sendo introduzidos nos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros, identificando alguns dos desafios emergentes neste processo e propondo o planejamento de atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça como um complemento necessário aos Planejamentos Estratégicos e aos Planos Gerais de Atuação destas instituições.

2. A administração estratégica no âmbito dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros

No âmbito do presente estudo realizou-se no mês de julho de 2007 uma pesquisa a respeito da utilização de técnicas de administração estratégica em todas as *homepages* oficiais dos Ministérios Públicos dos Estados brasileiros na *internet*, assim como no site do Ministério Público do Distrito Federal e dos Territórios.

Os parâmetros pesquisados foram: a) indicação da necessidade de elaboração de planejamento estratégico ou da elaboração de planos de atuação na Lei Orgânica do Ministério Público pesquisado; b) existência de *link* no *site* para o Plano Estratégico ou para o Plano Geral de Atuação da instituição; c) existência de relatórios de análise de cumprimento do Plano Estratégico ou do Plano Geral de Atuação, os quais indicassem a realização de um monitoramento contínuo da execução de referidos planos e d) existência de relatório de gestão fiscal.

Os resultados da pesquisa encontram-se indicados na tabela que segue ao lado:

¹¹ MINTZBERG, Henry, et al. *Safári de Estratégia – um roteiro pela selva do planejamento estratégico*. Porto Alegre: Bookman, 2000. p. 16.

MINISTÉRIO PÚBLICO (ESTADO)	EXIGÊNCIA DE PLANEJAMENTO NA LEI ORGÂNICA	INDICAÇÃO DO PLANO GERAL DE ATUAÇÃO (PGA) NO SITE	INDICAÇÃO DO PLANO ESTRATÉGICO (PE) NO SITE	EXISTÊNCIA DE RELATÓRIO DE EXECUÇÃO DO PGA E/OU PE NO SITE	RELATÓRIO GESTÃO FISCAL
Acre	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Alagoas	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Amapá	Art. 55 e seguintes	Não	Não	Não	Sim
Amazonas	Art. 29, XXXVIII	Há menção, mas não abre	Não	Não	Sim
Bahia	Art. 70 e seguintes	Indícios, mas não localizado.	Não	Não	Sim
Ceará	Não foi possível consultar	Não	Não	Não	Sim
Distrito Federal	Não há menção	Mencionado em notícias.	Não	Não	Sim
Espírito Santo	Art. 168	Não	Sim	Não	Sim
Goiás	Art. 18, III	Sim	Não	Não	Sim
Maranhão	194-A	Não	Sim	Não	Sim
Mato Grosso	Não há menção	Sim	Sim	Sim	Sim
Mato Grosso do Sul	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Minas Gerais	Art. 19	Sim	Não	Não	Sim
Pará	Art. 69	Não	Não	Não	Sim
Paraíba	Não há menção	Não	Sim	Não	Sim
Paraná	Art. 19, III	Não	Sim	Não	Sim
Pernambuco	Art. 21, III	Sim	Sim	Não	Sim
Piauí	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Rio de Janeiro	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Rio Grande do Norte	Não foi possível consultar	Não	Não	Não	Sim
Rio Grande do Sul	Art. 17, §2, IX	Não	Não	Não	Sim
Rondônia	Não foi possível consultar	Sim	Não	Sim	Sim
Roraima	Art. 12, XXXIII	Não	Não	Não	Sim
Santa Catarina	Art. 80	Sim	Não	Sim	Sim
São Paulo	Art. 98	Sim	Não	Não	Sim
Sergipe	Não há menção	Não	Não	Não	Sim
Tocantins	Art. 82	Não	Não	Não	Sim

A análise dos resultados da pesquisa indica que:

- a) quinze Ministérios Públicos, dos vinte e sete consultados possuem previsão em sua Lei Orgânica da necessidade de elaboração de planejamento estratégico ou da elaboração de planos de atuação; b) nove Ministérios Públicos não possuem previsão legal e c) em três casos não foi possível localizar a Lei Orgânica do Ministério Público, o que prejudicou a análise;
- a) em dez Ministérios Públicos (AM, BA, DF, GO, MT, MG, PE, RO, SC, SP) foram localizados em seus sites indicações da existência ou os próprios Planos Gerais de Atuação (PGA), sendo que nos casos do Mato Grosso, Distrito Federal e Rondônia os referidos documentos foram elaborados sem que houvesse exigência normativa na Lei Orgânica; b) em cinco Ministérios Públicos (ES, MA, MT, PB, PE, PR) foram localizados em seus sites menções ou os próprios Planos Estratégicos (PE), destacando-se que apenas os Ministérios Públicos de Mato Grosso e Pernambuco apresentavam para consulta tanto seus Planos Gerais de Atuação, quanto seus Planos Estratégicos;
- a) apenas os Ministérios Públicos de Mato Grosso, Pernambuco, Rondônia e Santa Catarina apresentaram

relatórios de execução do PGA/PE nos seus sites; b) destaca-se que o Ministério Público de Santa Catarina apresenta em seu site seus Relatórios de Gestão Institucional, onde há menção indireta à execução do PGA; c) o Ministério Público de Pernambuco não possui de fato relatórios de execução, mas apresenta de forma clara a política de monitoramento de execução de seus planos, inclusive com calendário das atividades de monitoramento;

- a) todos os Ministérios Públicos possuem em seus sites indicações claras a respeito de seus relatórios de gestão fiscal.

O que se conclui a partir da pesquisa é que a utilização de instrumentos advindos da Administração Estratégica já é uma realidade para a maior parte dos Ministérios Públicos Estaduais brasileiros, seja em razão de uma exigência normativa oriunda da Lei Orgânica, seja por uma aplicação voluntária por parte de seus membros.

Deve-se destacar ainda que a manifestação externa mais latente da utilização de técnicas de administração estratégica pelas organizações pesquisadas foi a existência dos Planos Gerais de Atuação e os Planos Estratégicos.

Esses documentos, contudo, não se prestam apenas para o público interno destas organizações, mas também a seus *stakeholders*, *in casu* a população, que de um modo geral é a destinatária final das ações dos Ministérios Públicos.

Observa-se deste modo que o cumprimento do princípio da publicidade, no que diz respeito à divulgação dos Planos de Atuação e Planos Estratégicos pelos Ministérios Públicos Estaduais, permite que a população passe a atuar de forma mais direta no controle externo das atividades desta organização, fomentando assim uma busca mais acentuada pela eficácia organizacional.

Em virtude da pesquisa realizada e de fatos observados no curso de sua execução, faz-se necessário tecer alguns comentários a respeito da política de divulgação dos Planos de Atuação e dos Planos Estratégicos dos Ministérios Públicos pesquisados, indicando algumas boas práticas administrativas que merecem e devem ser adotadas pelas organizações que não as seguem, bem como apontar algumas situações que merecem ser reavaliadas em prol do cumprimento do princípio da publicidade.

Observou-se a partir dos sites pesquisados que os Ministérios Públicos de Goiás, Mato Grosso, Paraíba, Pernambuco e Santa Catarina possuem *links* bem acessíveis para os seus planos, o que já não ocorre nos casos dos sites dos Ministérios Públicos do Paraná e de São Paulo, onde a localização da informação demanda uma procura minuciosa pela *webpage*, demandando o conhecimento da organização interna dos Ministérios Públicos, especialmente de seu organograma para localização dos documentos.

A situação do Ministério Público de Minas Gerais mostrou-se peculiar, pois apesar de possuir links claros para o seu Plano Geral de Atuação, tanto no setor do site reservado à Procuradoria-Geral de Justiça, quanto no setor de planejamento, onde há vasto material a respeito dos Planos Gerais de Atuação, todo o material encontra-se localizado na sua *intranet*, sendo o acesso à informação restrito pelo uso de senhas, o que impede que se dê a devida publicidade aos seus planos de atuação.

No que diz respeito às boas práticas de divulgação de informações devem-se destacar os trabalhos realizados pelos Ministérios Públicos de Mato Grosso e de Pernambuco, os quais detêm o mais amplo leque de informações não apenas acerca dos planos de atuação, como de seus planos estratégicos, mas também possuem informações a respeito do monitoramento da execução dos planos estratégicos, permitindo não apenas à Administração Superior, mas também que toda a população fiscalize o cumprimento das metas e objetivos estratégicos definidos nos planos de atuação e estratégicos por seus membros.

Neste sentido recomenda-se a adoção de boas práticas de divulgação dos planos de atuação e planos estratégicos, tais como aquelas exibidas pelos Ministérios Públicos de Mato Grosso e de Pernambuco em seus sites, por todos os Ministérios Públicos, especialmente por intermédio da indicação clara de um link para os referidos planos na internet, assim como para os seus relatórios de execução.

3. Desafios na implementação das técnicas de administração estratégica no Ministério Público de Santa Catarina

Observa-se a partir dos excertos abaixo transcritos do artigo "*Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina*" de autoria de Isabel Cristina Silveira de Sá, publicado na Revista do Ministério Público Catarinense – Atuação, vol. 8¹², que o Ministério Público Catarinense, há cerca de uma década, vem buscando implantar mecanismos de gerenciamento de suas atividades mais adequados ao atual estágio de desenvolvimento das ciências da administração.

Referido processo iniciou em 1999 com a realização de um workshop coordenado pelo Departamento de

¹² SÁ, Isabel Cristina Silveira de. "*Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina*" IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista08internet.pdf. Acesso em 28 de jul. 2007.

Informatização e Planejamento (atual Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais) e acompanhado por meio de consultoria externa, em que se analisou o ambiente interno (pontos fortes e fracos) e externo (ameaças e oportunidades) da instituição, determinou a visão, os valores, a missão, e as diretrizes estratégicas.

Destaca-se nesta primeira fase a adoção de uma importante estratégia institucional, a introdução da gestão por programas no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina, que passou a estruturar em planos de ação específicos, com a descrição detalhada de cada ação, atribuição de responsabilidades, cronogramas de execução e recursos envolvidos. Dentre exemplos bem sucedidos destes programas, destaca-se o Programa Lixo Nosso de Cada Dia, o qual em poucos anos de execução permitiu que a quase totalidade dos municípios catarinenses adequassem a destinação de seus resíduos sólidos domésticos aos ditames da legislação ambiental e sanitária.

A segunda fase do processo deu-se em 2004, com outro workshop, o qual teve a participação de alguns membros da instituição (procuradores, promotores) além de lideranças formais e informais ligadas a administração superior da instituição, com o propósito de rever os conceitos aplicados no planejamento de 1999, possibilitando a delimitação de novas estratégias a partir da análise dos programas em curso.

É o que se colhe do relato de Isabel Cristina Silveira de Sá:

O primeiro processo de planejamento estratégico do Ministério Público foi realizado em agosto de 1999, através de um workshop. O processo foi coordenado pelo Departamento de Informatização e Planejamento (atual Coordenadoria de Planejamento e Estratégias Organizacionais) e acompanhado por meio de consultoria externa, em que se analisou o ambiente interno (pontos fortes e fracos) e externo (ameaças e oportunidades) da instituição, determinou a visão, os valores, a missão, e as diretrizes estratégicas (Quadro 2). Uma das principais estratégias resultantes do planejamento estratégico foi a adoção da gestão por programas, que foram estruturados em planos de ação específicos, com a descrição detalhada de cada ação, atribuição de responsabilidades, cronogramas de execução e recursos envolvidos.

O segundo processo de planejamento estratégico foi iniciado em fevereiro de 2004, também a partir de um workshop, e teve a participação dos procuradores, promotores e lideranças formais e informais ligadas a administração superior da instituição, com o propósito de rever os conceitos anteriormente aplicados no planejamento de 1999 e, adicionalmente, delinear novas estratégias a partir da análise dos programas em curso.

Uma nova etapa de desenvolvimento do planejamento estratégico do Ministério Público Catarinense se encontra em plena execução com a realização de encontros regionais com todos os membros do Ministério Público, destinado a colher dados para subsidiar o Plano Plurianual 2008/2011, como pode se constatar:

Os dados colhidos nos seis encontros regionais, que ocorreram em Chapecó, Criciúma, Blumenau, Florianópolis, Joinville e em Lages, ao longo dos meses de maio e junho, não só irão subsidiar o anteprojeto do PGA 2008 como poderão fazer parte do Plano Plurianual 2008/2011. Os Promotores e as Promotoras de Justiça do Meio Oeste e Planalto Serrano listaram como prioridades das duas regiões ações como o fortalecimento da rede municipal de atendimento à criança e ao adolescente; a intensificação, no Planalto Serrano, do programa de exploração florestal sustentável e a fiscalização, no Meio Oeste, do cumprimento dos termos de ajustamento de conduta (TACs) regionais firmados nas áreas de fruticultura e suinocultura; o levantamento de quais pessoas se encontram sem registro civil; o combate ao tráfico de drogas, entre outras.¹³

Ainda se observa que a partir das diretrizes definidas no seu planejamento estratégico, o Ministério Público de Santa Catarina, cumprindo os ditames dos arts. 80 e 81 de sua Lei Orgânica, passou a ser gerido levando em conta os objetivos e diretrizes institucionais estabelecidos anualmente no seu Plano Geral de Atuação, o qual se encontra em sua terceira versão, instituída pelo ato ATO N° 247/2005/PJ, tendo o seu prazo de vigência sido prorrogado até 31 de dezembro de 2007, conforme determina o ATO N° 142/2006/PJ.

O Terceiro Plano Geral de Atuação em sua apresentação deixa clara a proposta deste documento em balizar os esforços dos membros do Ministério Público, de forma que sua atuação seja homogênea no limites do Estado de Santa Catarina:

¹³ IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/noticias/detalhe.asp?campo=6363&secao_id=372. Acesso em 23 jul. 2007.

As crescentes necessidades sociais estão a demandar das organizações, com relevância para os entes públicos, a gestão coletiva dos seus instrumentos administrativos, jurídicos e políticos, objetivando atingir maior efetividade. O modelo de gestão implementado no Ministério Público de Santa Catarina alcança, com a publicação do Terceiro Plano Geral de Atuação (PGA), mais uma importante etapa na consolidação do compromisso primordial de ser essencial à justiça, delimitando com clareza e sensibilidade as prioridades que estão a exigir a sua intervenção mais imediata.

Tal modelo, concebido a partir da consciência plena da missão constitucional do Ministério Público, que se quer independente, moderno e, sobretudo, eficiente, contemplou a oportunidade de participação de todos os Procuradores e Promotores de Justiça na formulação dos programas de atuação, dos projetos especiais e das políticas institucionais, com a participação, ainda que de forma indireta, da sociedade civil organizada.

Em outra época, a intervenção de cada membro da Instituição era mais individual que coletiva, diferente de hoje, quando importantes modificações no seu elenco de atribuições ampliaram consideravelmente a dimensão e o alcance de sua missão social, consolidada na Carta Constitucional de 5 de outubro de 1988, que, emancipando o Ministério Público do papel de defensor do Estado, erigiu-o à condição de defensor da Sociedade, atribuindo-lhe a defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).

Tamanho é o leque de atribuições que se faz imperioso traçar políticas e definir prioridades, notadamente diante das suas limitações de ordem estrutural e financeira. Daí porque a Lei Complementar Estadual nº 197, de 13 de julho de 2000 (Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina), estabeleceu, nos seus arts. 80 e 81, a necessidade da elaboração anual de um Plano Geral de Atuação, o qual, conquanto de iniciativa do Procurador-Geral de Justiça, contemplasse a participação dos Centros de Apoio Operacional, dos Órgãos de Execução do Ministério Público, além de um Conselho Consultivo, democraticamente composto pela classe. Além de tornar possível a definição das políticas e prioridades institucionais, o Plano Geral de Atuação representa um precioso amálgama na união de esforços e ações em torno de propostas comuns de atuação, dando consistência ao princípio da unidade, que nos faz juntar forças para alcançarmos o mesmo objetivo.

Não obstante o esforço da Administração Superior do Ministério Público Catarinense em implementar seu planejamento estratégico, alguns desafios à consecução de seus objetivos estratégicos, mostraram-se de difícil superação.

Como bem salientado por Isabel Cristina Silveira de Sá em seu estudo de caso, a doutrina especializada aponta que o planejamento estratégico é uma atividade que envolve todos os níveis hierárquicos de determinada organização, envolvendo as atividades de planejamento tático e operacional¹⁴, devendo todos os integrantes desta organização pautarem suas ações a partir de um raciocínio estratégico, condição esta tida por essencial para o sucesso do planejamento estratégico:

“...os princípios específicos do processo de planejamento estratégico apontam como fundamento a necessidade de integração tanto das pessoas envolvidas no processo, como dos elementos básicos que permeiam todo o planejamento, bem como dos diferentes níveis hierárquicos, posto que esse processo só atinge sua eficácia se houver interdependência entre o planejamento global e os planos estratégicos e operacionais ao longo do tempo.

[...]

De acordo com Gracioso (1990) o raciocínio estratégico deve se fazer presente em todos os níveis decisórios da empresa, principalmente no sentido de conciliar, no âmbito da análise do ambiente externo, a realidade que se apresenta e os recursos disponibilizados pela organização. Para o autor há, portanto, como condição necessária para o êxito do planejamento estratégico, a consideração da visão e/ou missão da organização.”¹⁵

¹⁴ Aqui serão utilizados os conceitos propostos por Isabel Cristina Silveira de Sá em seu escrito: “No planejamento tático o propósito é o exame de áreas específicas da organização, visando no médio e curto prazo resultados voltados a divisões, setores e funções.” “O planejamento operacional pressupõe um período mais curto que o planejamento tático, podendo ser mensal, semanal ou mesmo diário. Caracteriza-se pela formalização através de documentos escritos do plano de ação estabelecido, tendo como resultados cronogramas, produção e atividades específicas.” IN: SÁ, Isabel Cristina Silveira de. “Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina” IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista08internet.pdf. Acesso em 28 de jul. 2007.

¹⁵ SÁ, Isabel Cristina Silveira de. “Planejamento Estratégico: um Estudo de Caso no Ministério Público de Santa Catarina” IN: http://www.mp.sc.gov.br/portal/site/conteudo/cao/ceaf/revista_juridica/revista08internet.pdf. Acesso em 28 de jul. 2007.

O que se constata no caso do Ministério Público de Santa Catarina é que apesar de cerca de uma década de planejamento de suas atividades, os fundamentos da Administração Estratégica não se encontram perfeitamente capilarizados nos níveis gerenciais inferiores da organização, especialmente no nível das Procuradorias e Promotorias de Justiça, cujos titulares não foram capacitados pela Administração Superior para adotar o modelo de gestão organizacional proposto a partir do primeiro planejamento estratégico realizado pelo Ministério Público de Santa Catarina, o que demonstra ser o principal desafio para implementação das técnicas de administração estratégica no âmbito do Ministério Público catarinense.

Essa afirmação é referendada por Isabel Cristina Silveira de Sá, que em seu estudo aponta que nas duas etapas do processo de planejamento estratégico do Ministério Público Catarinense foi identificado na análise do ambiente interno um ponto fraco organizacional consistente inicialmente na falta de planejamento global da organização, isso em 1999. Enquanto em 2004, constatou-se uma série de fatores negativos ligados à falta de planejamento operacional, o que demonstra que a cultura organizacional não assimilou perfeitamente os conceitos da administração estratégica.

Por outro lado, observa-se que ao contrário do que ocorre no Ministério Público de Goiás, onde os relatórios de atividades das Promotorias de Justiça possuem campos específicos para indicação das atividades de execução dos planos de atuação¹⁶ e do que se verifica nos Ministérios Públicos de Mato Grosso, Pernambuco e Rondônia, os quais possuem relatórios específicos de monitoramento da execução dos seus planos estratégicos e de atuação, indicando a coleta sistemática de dados relacionados ao cumprimento destes planos, o Ministério Público de Santa Catarina não é dotado de mecanismos de verificação da execução dos seus planos estratégicos e de atuação.

Essa ausência de controle sobre o cumprimento dos mencionados planos representa outro grande desafio a ser superado não só pelo Ministério Público Catarinense, como por todos os demais Ministérios Públicos Estaduais que venham por exigência normativa ou por iniciativa própria introduzir técnicas de administração estratégica em sua gestão organizacional, pois isto denota não apenas a ausência de uma política de monitoramento e avaliação contínua dos planos, mas também indica a inexistência de mecanismos de estímulo a seu cumprimento. Uma última análise sinaliza que referidos documentos podem ser apenas planejamentos formais, que jamais chegam a ser de fatos executados pelas organizações.

4. Planejamento de Atividades das Procuradorias e Promotorias de Justiça – complemento necessário ao Planejamento Estratégico e aos Planos Gerais de Atuação dos Ministérios Públicos Estaduais.

A análise dos desafios na implementação das técnicas de administração estratégica no Ministério Público de Santa Catarina no presente estudo e no trabalho publicado por Isabel Cristina Silveira de Sá evidenciam que a ausência de planejamento operacional representa um dos maiores pontos fracos no ambiente interno organizacional, o qual representa um grande fator de risco no sucesso da administração estratégica nos Ministérios Públicos.

Como afirmado anteriormente a introdução de mecanismos de gestão organizacional, tais como as técnicas de administração estratégica expostas no item 1 correspondem a uma inovação enorme na cultura organizacional dos Ministérios Públicos, a qual afeta paradigmas culturais amplamente arraigados no seio destas organizações, especialmente aqueles oriundos do princípio da independência funcional, exigindo, portanto, um processo de introdução próprio, que permita fazer com que essas técnicas se capilarizem por todos os níveis gerenciais dos Ministérios Públicos.

Pode-se afirmar que no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina não houve, desde 1999, a adoção de processos específicos de implementação desta inovação que permitissem a sua compreensão por parte dos Promotores e Procuradores de Justiça.

Situação distinta ocorreu em Pernambuco, onde o Planejamento Estratégico 2007-2008¹⁷ indica a realização de um curso com 40 servidores do Ministério Público de Pernambuco, destinado a capacitá-los para agirem como multiplicadores dos conceitos do processo de planejamento:

Foi realizado, inicialmente, um curso sobre técnicas de planejamento estratégico com foco em resultados, monitoramento e avaliação, para um conjunto de membros e servidores selecionados pelo MPPE.

O público-alvo foi de 40 pessoas, que foram capacitadas como multiplicadoras dos conceitos, a fim de atuarem internamente como facilitadoras e mentoras do processo de planejamento.

¹⁶ De acordo com o Ato 03 CGMP/GO de 19/10/2006.

¹⁷ IN: http://www.mp.pe.gov.br/uploads/ZtpRpubaXw5uWnLayuw11A/wpLXPTQujhFfsxv8CNsQ5A/Plano_Estrategico2005_2008_reduzido.pdf. Acesso em 30 de julho de 2007.

Durante o curso foram abordados temas como: • Fundamentos de planejamento estratégico • Ciclo de implementação de políticas públicas • Países que usam sistemas avançados de M&A • Por que avaliar resultados? • Barreiras na implementação de processos de planejamento estratégico • Teoria da Mudança ou Marco Lógico • Dez passos para construir um sistema de M&A (Metodologia de Desenvolvimento Institucional – MDI) • Balanced ScoreCard • Mapa estratégico • Exercícios.

A difusão destes conhecimentos nas organizações é essencial para que se crie um ambiente cultural permeado pelo raciocínio estratégico exposto por Isabel Cristina Silveira de Sá, o qual deverá se espalhar aos níveis gerenciais inferiores, permitindo que o planejamento operacional seja elaborado em harmonia com o planejamento estratégico, possibilitando o seu sucesso e em decorrência a consecução da missão organizacional.

No contexto dos Ministérios Públicos Estaduais isso corresponde a elaboração não apenas de planos gerais de atuação (planejamento estratégico) que englobem toda a organização, mas também de planos de atividades (planejamento operacional) das Procuradorias e Promotorias de Justiça, as quais correspondem aos níveis gerenciais inferiores da administração dos Ministérios Públicos.

O planejamento de atividades de Procuradorias e Promotorias de Justiça permitirá que os planos e programas gerais dos Ministérios Públicos sejam executados levando em consideração as especificidades de cada unidade gestora do Ministério Público, especialmente no que diz respeito às características culturais, econômicas e sociais locais de cada comunidade onde a Promotoria ou Procuradoria de Justiça se encontrem sediadas.

A adoção de uma medida desta natureza permitirá a suplantação de umas das principais críticas tecidas, ao menos no Ministério Público Catarinense, aos Planos Gerais de Atuação e ao Planejamento Estratégico, que é a sua extrema vagueza na definição dos objetivos estratégicos institucionais, possibilitando que os membros da organização promovam a adequação dos objetivos estratégicos a sua realidade local, além de permitir à Administração Superior um maior controle na execução de seus objetivos estratégicos.

Novamente, ao se abordar este tema, deve ser destacado o pioneirismo do Ministério Público de Pernambuco, o qual além de assumir a vanguarda na execução de boas práticas de divulgação de seus planos e de seus resultados, é o único Ministério Público Estadual que prevê a obrigatoriedade de elaboração de um Plano de Atuação da Promotoria de Justiça, o qual segundo os ditames do art. 21, VI, de sua Lei Orgânica deve ser gerido pelo coordenador administrativo da Promotoria de Justiça.

Percebe-se assim a partir do modelo de introdução de técnicas de administração estratégica utilizado pelo Ministério Público de Pernambuco que a introdução, execução e monitoramento de modernos conceitos de gestão é algo viável e exequível.

Contudo, a implementação destas técnicas demanda investimentos sérios na capacitação dos recursos humanos dos Ministérios Públicos, devendo a estratégia para treinamento dos membros ser adequada também a realidade local, uma vez que cada ambiente organizacional possui suas peculiaridades culturais que devem ser enfrentadas, para o sucesso de modelo gerencial adotado no planejamento estratégico.

Neste sentido cita-se, por exemplo, a necessidade de capacitação dos membros do Ministério Público de Santa Catarina em gestão de projetos, uma vez que a Instituição adotou em 1999 o sistema de gestão por programas, os quais, por seu turno é um modelo de gestão centralizada e coordenada de um grupo de projetos para atingir seus benefícios e objetivos estratégicos¹⁸, sendo os programas geridos pelos Centros de Apoio Operacionais, enquanto os projetos específicos para cumprimento dos programas institucionais são executados pelos Promotores de Justiça, os quais não possuem qualquer formação teórica na gestão de projetos, o que causa conflitos internos e reduz o nível de eficácia gerencial da instituição.

O que se denota a partir de todo o exposto é que a administração estratégica já é uma realidade para os Ministérios Públicos Estaduais, sendo que na maioria dos casos a introdução do planejamento estratégico nestas organizações deu-se sem a difusão dos conceitos do processo de planejamento aos níveis gerenciais inferiores, causando certa resistência, em razão das implicações destas inovações à cultura institucional.

Não obstante isso é possível, por intermédio de investimentos em capacitação dos recursos humanos dos Ministérios Públicos fazer com que essas técnicas se capilarizem por todos os níveis gerenciais, especialmente nos níveis gerenciais inferiores permitindo que o planejamento operacional seja elaborado em harmonia com o planejamento estratégico, possibilitando o sucesso deste último com a consecução da missão organizacional. Isso

¹⁸ Esta é definição exposta pelo PMI um programa é um grupo de projetos geridos de forma coordenada a obter os benefícios e controle que não seriam disponíveis se eles fossem geridos individualmente; em contraste com a gestão de projetos a gestão de programas é a gestão centralizada e coordenada de um grupo de projetos para atingir seus benefícios e objetivos estratégicos: "A program is a group of projects managed in a coordinated way to obtain benefits and control not available from managing them individually. ... In contrast with project management, program management is the centralized, coordinated management of a group of projects to achieve program's strategic objectives and benefits." IN: PMI. Project Management Institute. A guide to the Project Management Body of Knowledge. PMBOK Guide. 3ed. Newton Square, Project Management Institute, Inc., 2004. p. 16.

corresponderá a elaboração não apenas de planos gerais de atuação (planejamento estratégico) que englobem toda a organização, mas também na confecção de planos de atividades (planejamento operacional) das Procuradorias e Promotorias de Justiça, permitindo que os planos e programas gerais dos Ministérios Públicos sejam executados levando em consideração as especificidades de cada unidade gestora do Ministério Público, especialmente no que diz respeito às características culturais, econômicas e sociais locais de cada comunidade onde a Promotoria ou Procuradoria de Justiça se encontrem sediadas, podendo ser adotado para consecução deste objetivo o modelo de introdução das técnicas de administração estratégica executado pelo Ministério Público de Pernambuco, com as devidas modificações para atender demandas específicas de cada Ministério Público.

CONCLUSÕES – SÍNTESE DOGMÁTICA

- 1) A administração estratégica já é uma realidade para os Ministérios Públicos Estaduais. Sua introdução é uma inovação enorme na cultura organizacional dos Ministérios Públicos, a qual exige um processo de introdução próprio.
- 2) É possível, por intermédio da capacitação dos recursos humanos dos Ministérios Públicos fazer com que essas técnicas se capilarizem por todos os níveis gerenciais, especialmente nos níveis inferiores permitindo que o planejamento operacional seja elaborado em harmonia com o planejamento estratégico. Isso pode ser atingido com a elaboração não apenas de planos gerais de atuação (planejamento estratégico) que englobem toda a organização, mas também com a confecção de planos de atividades (planejamento operacional) das Procuradorias e Promotorias de Justiça, permitindo que os planos e programas gerais dos Ministérios Públicos sejam executados levando em consideração as especificidades de cada unidade gestora do Ministério Público, especialmente no que diz respeito às características culturais, econômicas e sociais locais de cada comunidade.
- 3) Recomenda-se a adoção para consecução deste objetivo do modelo de introdução das técnicas de administração estratégica executado pelo Ministério Público de Pernambuco, com as devidas modificações para atender demandas específicas de cada Ministério Público.
- 4) Recomenda-se também a adoção de boas práticas de divulgação dos planos de atuação e planos estratégicos, tais como aquelas exibidas pelos Ministérios Públicos de Mato Grosso e de Pernambuco em seus sites, por todos os Ministérios Públicos, especialmente por intermédio da indicação clara de um link para os referidos planos na internet, assim como para os seus relatórios de execução, possibilitando que a população efetue o controle externo dos objetivos estratégicos divulgados pelos Ministérios Públicos.

PRINCÍPIOS INSTITUCIONAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO: A NECESSÁRIA REVISÃO CONCEITUAL DA UNIDADE INSTITUCIONAL E DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL

Marcelo Pedroso Goulart

Promotor de Justiça/SP

1. A crise do Ministério Público

A situação de crise, segundo Gramsci, é aquela em que o velho morreu e o novo não conseguiu afirmar-se.¹

O Ministério Público brasileiro vive uma situação de crise, imperceptível aos olhos da maioria de seus membros e de seus dirigentes, uma vez que o velho Ministério Público (pré-88) morreu, mas o novo Ministério Público, projetado na Constituição de 1988, ainda não se afirmou.

De acordo com a vontade popular explicitada na Constituição da República, o Ministério Público deve constituir-se em um dos mais importantes *agentes da vontade política transformadora*, cabendo-lhe a tarefa de definir e participar de ações político-jurídicas modificadoras da realidade, objetivando a construção do projeto constitucional de democracia (a sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos). Essa é a *estratégia institucional*.

MINISTÉRIO PÚBLICO – agente da vontade política transformadora

ESTRATÉGIA INSTITUCIONAL – participar da construção da sociedade livre, justa e solidária, ou seja, da sociedade na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos

Levar avante essa prática transformadora (práxis) é cumprir uma função política maior, que implica a substituição de uma dada ordem por outra ordem social, mais justa, na qual prevaleçam os valores universais da democracia. A realização prática dessa função política maior dá-se no *movimento catártico* que promove a transição da sociedade, dos seus movimentos, das suas organizações e de suas instituições do *momento corporativo* e particularista para o *momento ético-político* de modificação do real.²

Do ponto de vista jurídico-constitucional (formal), o Ministério Público estruturou-se para cumprir a função de promover os valores democráticos, como *instituição catártica, universalizante, não-corporativa*. O seu perfil constitucional não dá margem a dúvidas quanto a isso.

Todavia, do ponto de vista do movimento real da Instituição, não se pode fazer a mesma afirmação. A realidade demonstra que o Ministério Público ainda está em fase de transição, visto que, do ponto de vista intra-institucional, ainda não incorporou plenamente sua nova função política, ainda não formou uma *vontade coletiva-interna democrática* capaz de garantir a unidade necessária à atuação voltada à transformação social.

No nível institucional, portanto, o Ministério Público ainda não superou, plenamente, o *momento corporativo*, fato que impõe a aceleração do *movimento catártico interno*. Do contrário, a *passividade* poderá tomar conta da Instituição, levando-a à *impotência objetiva*, ao não cumprimento da sua função política e dos objetivos que lhe

¹ GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do Cárcere*. v. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000. p. 184.

² Sobre Ministério Público e movimento catártico, ver GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público de São Paulo*, n. 1, 2001. p. 11-34

foram postos pela Constituição. Esse tipo de *comportamento passivo-impotente* poderá acarretar a perda de legitimidade (de sustentação social) e levar ao retrocesso na configuração formal-institucional do Ministério Público.

A consolidação do novo Ministério Público (pós-88) e a sua afirmação como *agente da vontade política transformadora* impõe a efetivação de uma série de mudanças conceituais e práticas. No campo conceitual, mister a sistematização das novas categorias que hão de fundamentar a ideologia institucional, adequando-a ao *Ministério Público pós-88*. É nesse campo, marcadamente ideológico (cultural), que se faz necessária a atualização dos conceitos de unidade institucional e de independência funcional.

2. A revisão dos conceitos de unidade institucional e de independência funcional e a correlação desses princípios à luz da estratégia institucional

A forma como a doutrina insiste em definir os princípios conformativos-informativos do Ministério Público não atende ao perfil institucional delineado pela Constituição de 1988. Esses princípios devem ser compreendidos à luz da estratégia institucional.

O princípio da unidade

No modelo superado, tal princípio cinge-se a conformar a estrutura administrativa da Instituição, como órgão único, integrado por promotores de justiça sob a direção de um só chefe.³ Alguns confundem o princípio da unidade com o princípio da indivisibilidade, como se fossem um único princípio, e, numa perspectiva reducionista, conferem à unidade uma dimensão exclusivamente processual.⁴

No pós-88, o princípio da unidade ganhou conotação política, que transcende os aspectos administrativos-estruturais pelos quais foi definido pela doutrina tradicional, embora esses aspectos estejam nele incluídos. Ademais, não pode ser confundido com o princípio da indivisibilidade. Este princípio (indivisibilidade) informa a atuação do membro do Ministério Público como agente procedimental-processual. O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, por meio do conjunto de seus membros — de seus órgãos de execução e de Administração Superior — deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República (a construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento deve estar voltado, necessariamente, à erradicação da pobreza e da marginalização, à redução das desigualdades sociais e regionais e à promoção do bem comum).

PRINCÍPIO DA UNIDADE — a atuação dos membros do Ministério Público deve estar voltada à consecução da estratégia institucional, qual seja: a promoção do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição da República

Os critérios definidores da unidade são dados pela Constituição da República, na determinação da estratégia institucional (objetivo estratégico), e pelos Planos e Programas de Atuação, que contemplam as prioridades e os meios de ação para o cumprimento da estratégia.

Unidade e estratégia transitam numa via de mão dupla. A estratégia define a unidade e a unidade concretiza a estratégia. A unidade é definida pela estratégia posta abstratamente pela Constituição. A estratégia realiza-se no mundo concreto através da realização prática das metas prioritárias estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.

A unidade institucional deve ser construída democraticamente. A construção democrática da unidade institucional supõe a participação da sociedade no processo de definição das prioridades institucionais, por meio dos novos instrumentos e espaços de democracia participativa, como, *v.g.*, as audiências públicas.

Incumbe aos órgãos de execução do Ministério Público (Promotorias e Procuradorias de Justiça) a implementação dos Planos e Programas. Cabe aos órgãos da Administração Superior garantir a unidade. À Procuradoria-Geral incumbe promover a mobilização dos membros da Instituição no sentido da consecução do objetivo estratégico, bem como fornecer os meios e o suporte material necessários ao cumprimento das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. À Corregedoria-Geral, fiscalizar o cumprimento, pelos órgãos de execução, das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação. Ao Conselho Superior, exercer o poder revisional de arquivamentos de inquéritos civis, a impedir desvios que frustrem a unidade institucional nos casos concretos.

³ MAZZILLI, *Regime jurídico do Ministério Público*, p. 66. CAZZETA JÚNIOR, *A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional*, p. 40.

⁴ CINTRA-GRINOVER-DINAMARCO, *Teoria geral do processo*, p. 209: “Ser *una e indivisível* a Instituição significa que todos os seus membros fazem parte de uma só corporação e podem ser indiferentemente substituídos um por outro em suas funções, sem que com isso haja alguma alteração subjetiva nos processos em que officiam”.

O princípio da independência funcional

A independência funcional tem por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas (dos agentes dos poderes do Estado e dos agentes do poder econômico) e internas (dos órgãos da Administração Superior do Ministério Público). Por força desse princípio, consagrou-se o seguinte aforismo: o membro do Ministério Público só deve obediência à sua consciência e ao direito.

INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL — garante ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas e internas que possam frustrar e inviabilizar o cumprimento da estratégia institucional

O entendimento superficial que se tem dado ao princípio da independência funcional, a partir dessa máxima, não revela o seu verdadeiro sentido, provocando distorções inaceitáveis no atuar concreto dos membros do Ministério Público. Impõe-se, nesse momento de reconstrução institucional, rever o conteúdo do princípio da independência funcional, levando em consideração que:

- a) a independência funcional, antes de ser uma garantia do membro do Ministério Público, é uma garantia da sociedade, uma vez que foi instituída para dar ao povo a segurança de contar com um agente político que, no exercício das funções de defesa dos interesses sociais, possa atuar com independência, imune às pressões do poder;
- b) quando se fala em *dever de obediência à consciência*, não se está tratando de uma consciência espontânea ou contingente (falsa consciência); mas, sim, de uma consciência autêntica, emancipada e universal (verdadeira consciência); de uma consciência ética, informada pelos valores universais da democracia;
- c) quando se fala em *dever de obediência ao direito*, não se está tratando da obediência cega do membro do Ministério Público à literalidade dos textos legais, mas no uso do direito como instrumento de transformação social, o que implica interpretação recontextualizadora da norma, à luz dos valores que informam o projeto democrático constitucionalmente delineado (estratégia institucional do Ministério Público), bem como o reconhecimento de que o direito possui diferentes dimensões (política, econômica, cultural e normativa),⁵ portanto a dimensão normativa é apenas uma delas.

A correlação dos princípios da unidade e da independência funcional

Para que o Ministério Público cumpra a sua missão institucional, ou seja, o seu objetivo estratégico, é preciso compreender a correlação existente entre os princípios da unidade e da independência funcional.

Enquanto Instituição una, o Ministério Público deve estar voltado ao cumprimento de sua estratégia, o que se dá pela implementação dos Planos e Programas de Atuação. Para isso, os agentes do Ministério Público devem atuar com independência, ou seja, devem estar imunes às pressões internas e externas que frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional, que se dá, concretamente, por meio da execução dos Planos e Programas de Atuação.

As metas, prioridades e ações definidas nos Planos e Programas de Atuação decorrem da necessidade de o Ministério Público cumprir, por força de imposição constitucional genérica, os seus objetivos estratégicos. Por ser assim, esses Planos e Programas contemplam, necessariamente, hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público. Em outras palavras: o membro do Ministério Público que deixa de observar as metas, prioridades e ações estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação não pode invocar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois este princípio não pode servir de escudo àqueles que deixam de cumprir objetivos institucionais constitucional e democraticamente definidos.

3. Conclusões

- 1ª) O objetivo estratégico do Ministério Público é a defesa do projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição de 1988, pela consecução dos objetivos fundamentais da República sintetizados no art. 3º, incs. I a IV (construção da sociedade livre, justa e solidária, na qual o desenvolvimento sócio-econômico-cultural deve estar voltado para a erradicação da pobreza e da marginalização, para a redução das desigualdades sociais e regionais e para a promoção do bem de todos).
- 2ª) Para cumprir o seu objetivo estratégico, o Ministério Público precisa definir políticas públicas por meio de Planos e Programas de Atuação Institucional, com o estabelecimento de metas prioritárias que orientem a ação dos órgãos de execução e de Administração Superior.

⁵ Cf. MACHADO, *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*, p. 70.

- 3ª) O princípio da unidade informa e orienta a atuação político-institucional do Ministério Público, que, pelo conjunto dos seus membros — dos órgãos de execução e de Administração Superior —, deve estar voltado à consecução do seu objetivo estratégico.
- 4ª) Incumbe aos órgãos de execução do Ministério Público — Promotorias e Procuradorias de Justiça — a implementação dos Planos e Programas de Atuação como forma de garantir a unidade institucional.
- 5ª) No sentido de garantir a unidade institucional, cabe à Procuradoria-Geral promover a mobilização dos membros da Instituição no sentido da consecução do objetivo estratégico, bem como fornecer os meios e o suporte material necessários ao cumprimento das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.
- 6ª) No sentido de garantir a unidade institucional, cabe à Corregedoria-Geral fiscalizar o cumprimento, pelos órgãos de execução, das metas estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação.
- 7ª) Cabe ao Conselho Superior exercer o poder revisional de arquivamentos de inquéritos civis, como forma de impedir desvios que frustrem a unidade institucional nos casos concretos.
- 8ª) A independência funcional têm por objetivo garantir ao membro do Ministério Público o exercício independente de suas atribuições funcionais, tornando-o imune a pressões externas e internas que frustrem e inviabilizem o cumprimento da estratégia institucional.
- 9ª) O Ministério Público concretiza o objetivo estratégico abstratamente previsto na Constituição por meio da execução das metas prioritárias dos Planos e Programas de Atuação. Essas metas decorrem de imposição constitucional, portanto, contemplam hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- CAZZETA JÚNIOR, José Jesus. A independência funcional dos membros do Ministério Público e sua tríplice garantia constitucional. In: ALVES, Airton Buzzo et ali (org.). *Funções institucionais do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 2001.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).
- DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).
- FERRAZ, Antônio Augusto Mello de Camargo. A necessária elaboração de uma nova doutrina de Ministério Público, compatível com seu atual perfil constitucional. *Ministério Público: instituição e processo*. São Paulo: Atlas, 1997 (em cooperação).
- GOULART, Marcelo Pedroso. Missão institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, n. 1, 2001, p. 11-34.
- GRAMSCI, Antonio. *Cadernos do cárcere*. Vol. 3. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2000.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *Teoria geral do processo*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995 (em cooperação).
- MACHADO, Antônio Alberto. *Ministério Público: democracia e ensino jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey,
- MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. São Paulo: Saraiva, 1993.

PROPOSTA PARA A MELHORIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA REALIZAÇÃO DE REUNIÕES REGIONAIS PERIÓDICAS ENTRE PROMOTORES DE JUSTIÇA

Rejane Strieder e Alice de Oliveira Moraes

Promotoras de Justiça/PE

JUSTIFICATIVA

Com o advento da Constituição de 1988, o Ministério Público passou a ter uma atuação de grande relevância no âmbito extrajudicial, com o intuito precípuo de garantir a efetivação dos direitos difusos, coletivos, individuais homogêneos e individuais indisponíveis, atuando em diversas áreas, como na defesa do meio-ambiente, defesa dos direitos das crianças e dos adolescentes, defesa dos direitos dos idosos, entre diversos outros.

As leis n.º 7347/85, 8.087/90 e 8.626/93, entre outras, trouxeram a possibilidade de o Ministério Público resolver estes problemas sem a necessidade de um processo judicial, através da expedição de uma Recomendação ou da celebração de um Termo de Ajustamento de Conduta com o infrator da lei. Entretanto, deve-se considerar que a garantia da eficácia das ações ministeriais na esfera extrajudicial, por não estar vinculada a uma decisão judicial, depende de fatores diversos, dentre os quais se podem ressaltar aspectos políticos, sociológicos, econômicos, bem como a opinião pública, a qual, por muitas vezes, é influenciada pela mídia.

Por outro lado, os problemas relativos a violações aos direitos difusos, coletivos e inclusive individuais homogêneos e indisponíveis, na grande maioria das vezes ocorrem em um espaço geográfico que ultrapassa a esfera de atuação de um membro da instituição, de forma isolada, como ocorre com a poluição de um rio, por exemplo.

A própria similitude de fatores sociais, políticos, geográficos e econômicos existentes em cada região acarreta que, na maioria das vezes, os problemas mais relevantes enfrentados por um determinado promotor de justiça, no âmbito de sua promotoria, sejam similares aos abordados por outros colegas atuantes na mesma região.

Dentro desse contexto, a atuação em bloco dos Promotores de Justiça mostra-se imprescindível para o alcance do objetivo último da atuação ministerial, que é a efetivação da justiça. Com a atuação conjunta, os Promotores de Justiça conseguem conferir maior força às suas ações, atrair maior atenção da mídia e, consequentemente, da população, além de combater problemas regionais, em vez de apenas atacarem mazelas locais.

Nessa perspectiva, constata-se que, através de uma atuação conjunta das diversas promotorias de cada região atingem-se de forma mais eficaz os resultados perseguidos. E isso ocorre por diversos motivos.

Observa-se claramente que, quando há uma atuação isolada de um só membro, existe uma maior resistência externa, seja de órgãos do Poder Público, seja da iniciativa privada, para o cumprimento voluntário das Recomendações ministeriais ou para a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, o que gera uma maior incidência da necessidade de recurso às vias judiciais para a resolução dos problemas enfrentados.

Além disso, constata-se que a ação dos integrantes do Ministério Público de forma conjunta, em uma determinada região, leva não apenas à possibilidade de uma maior mobilização e atenção por parte da mídia de dos órgãos públicos, mas também acarreta um maior envolvimento e engajamento por parte da população, pois há a possibilidade de se traçarem metas a serem atingidas, no combate aos problemas mais graves daquela determinada região.

Deve-se ponderar, ainda, que a atuação isolada e individual dos membros do Ministério Público acarreta a impossibilidade de criação de uma imagem una e bem identificada da instituição por parte da sociedade, que é o principal cliente e destinatário de todas as atividades desenvolvidas por essa entidade.

Especialmente nas Promotorias localizadas do interior dos Estados, onde há um Promotor de Justiça único, percebe-se que há uma dificuldade na identificação do perfil da instituição como um todo, o que faz com que a população atrele a imagem do Ministério Público ao perfil de um ou de outro membro determinado que o compõe.

Essa ausência de unidade de atuação dos membros do Ministério Público faz, também, com que a sociedade não tenha, por muitas vezes, uma previsibilidade a respeito de que tipo de resposta deverá esperar da instituição, diante de determinadas situações similares, enfrentadas em promotorias distintas.

Assim, a atuação do Ministério Público com respostas diversas em casos similares leva a um enfraquecimento da credibilidade na Justiça e, por conseguinte, nos órgãos responsáveis pela efetivação desta.

Essa dispersão das atividades desenvolvidas pelos membros da instituição dentro de uma perspectiva de isolacionismo é, ainda, um dos grandes dificultadores que se tem encontrado, para a execução de planejamentos estratégicos elaborados pelo MPPE e, certamente, por outros Ministérios Públicos, no nosso país.

Dessa forma, a atuação conjunta, de forma regionalizada, através de realização de reuniões periódicas para a escolha de ações prioritárias a serem desenvolvidas e fixação de metas a serem atingidas, com o foco voltado para a efetivação das diretrizes estabelecidas no plano estratégico, e de acordo com as necessidades mais prementes de cada região, será uma valiosa ferramenta para a superação desse problema.

Percebe-se, ademais, que a personificação das ações gera um risco pessoal para o membro do Ministério Público, que muitas vezes é identificado como "perseguidor", mormente quando o mesmo problema existe em localidades vizinhas e não é atacado.

Nessa perspectiva, torna-se imprescindível a realização de reuniões periódicas entre membros do Ministério Público de uma mesma região geográfica para possibilitar a identificação dos problemas comuns de maior relevância, bem como para articular a atuação em bloco, também como mecanismo essencial, a fim de se afastar a perspectiva pessoal que geralmente se imprime às atuações individualmente desenvolvidas por cada membro da instituição.

Por outra parte, as atividades desenvolvidas conjuntamente pelas Promotorias de Justiça de uma determinada região, de forma continuada e estruturada, ganham sem dúvida em termos de projeção, planejamento e impacto na sociedade, possibilitando, ainda a fixação de focos e prioridades, de acordo com as necessidades mais prementes, dentro da realidade de cada região.

Uma outra deficiência a ser superada através dos encontros periódicos entre Promotores de Justiça é a dificuldade de comunicação entre os membros, tanto para a obtenção de informações quanto para a sua disseminação, possibilitando a construção do conhecimento dentro da instituição.

As grandes distâncias entre as Promotorias de Justiça, aliadas à dificuldade de acesso à internet ou à utilização de outros meios de comunicação, provocam um isolamento de membros que atuam no interior do Estado. Essa realidade presente no Estado de Pernambuco, certamente é vivenciada em outros Estados da Federação.

As reuniões regionais periódicas viabilizam, ainda, uma otimização dos trabalhos, através do aproveitamento do conhecimento explícito já produzido pelos membros da instituição. Isso porque, como já foi dito, há diversos problemas similares enfrentados pelos promotores de justiça de uma determinada região. Sem embargo, o que se constata muitas vezes, é que há uma repetição desnecessária de trabalhos, por parte dos diversos membros do Ministério Público, para a solução de tais problemas, de forma isolada, no âmbito de cada Promotoria, sem que haja o aproveitamento do conhecimento e da experiência já construídas por outros colegas, em situação idêntica o análoga.

Nesse ponto, impende ressaltar que, mesmo com uma comunicação adequada através da internet, o compartilhamento de peças elaboradas, não é suficiente para a transmissão do conhecimento necessário ao desempenho das ações ministeriais.

É que, ao lado do conhecimento explícito, externado e consciente de cada indivíduo, encontra-se, também, o conhecimento implícito, que representa a forma peculiar como cada um realiza determinadas atribuições. Trata-se de um conhecimento adquirido de forma empírica e intuitivamente por cada indivíduo, no desenvolvimento de determinadas atividades. Pois bem, esse tipo de conhecimento, que não pode ser negligenciado, apenas é transmitido através da interação humana, do contato pessoal, por não ser consciente. Por essa razão, muitas vezes o conhecimento implícito adquirido por cada membro da instituição acaba deixando de ser transmitido e aproveitado pela organização, esgotando-se no próprio indivíduo.

Dessa forma, não obstante o intercâmbio de informações via internet ou outros meios de comunicação é uma ferramenta importante. Mas não é suficiente para propiciar o intercâmbio do conhecimento implícito adquirido pelos membros da instituição, o que também poderá ser propiciado através do contato pessoal dos integrantes do Ministério Público, em reuniões periódicas a serem realizadas.

Por outra parte, de acordo com a doutrina especializada, um fator de grande relevância para o incremento da comunicação é a existência de um elevado grau de confiança entre os atores envolvidos no processo, o que depende de um contato próximo e contínuo.

Dessa forma, a institucionalização de reuniões periódicas entre os membros de cada região ministerial, permitirá o intercâmbio (obtenção e disseminação) de informações, além do fortalecimento dos laços de confiança, provocando um aumento da interação dos Promotores de Justiça no seu dia-a-dia de atuação e a superação das deficiências elencadas anteriormente.

Outro fator dificultador da atuação dos membros do MPPE está na deficiência para o preenchimento dos cargos existentes no interior do Estado, mormente no sertão, o que provoca uma acumulação exacerbada de trabalho pelos Promotores de Justiça, obrigados a acumular diversas Promotorias de Justiça.

Dentro desse quadro, os Promotores de Justiça não dispõem de tempo hábil para, isoladamente, desenvolver ações na esfera extrajudicial de forma satisfatória. Dessa forma, o que se observa é que, se estes promotores de

justiça não dispuserem de apoio institucional para o desenvolvimento dessas ações, diante desses problemas locais ou regionais, os mesmos acabarão, na maior parte das vezes, por não serem enfrentados adequadamente pela instituição, o que certamente provocará uma sensação de frustração para população, com o consecutivo enfraquecimento da legitimação social do Ministério Público.

Além disso, conforme já destacado, a ausência de estabelecimento de mecanismos que possam levar a uma comunicação interna adequada – inclusive com o intercâmbio de perspectivas e conhecimentos empíricos adquiridos e a fixação de diretrizes conjuntas de atuação – pode transformar, na prática, essa instituição uma que é o Ministério Público em um aglomerado de diversos núcleos individuais desarticulados, sem uma atuação integrada.

Trata-se de mais um fator que demonstra a imprescindibilidade de que seja estruturada a atuação conjunta dos membros da instituição, através de encontros constantes e programados entre os mesmos.

Dentro da realidade atual, não é possível que os Promotores de Justiça continuem atuando, cada um no âmbito de suas atribuições, de modo empírico e isolado, sem um aproveitamento das experiências e conhecimentos já adquiridos por outros colegas (tanto sob a forma explícita como implícita) e sem a fixação de diretrizes conjuntas a serem seguidas, observadas as necessidades primordiais, em cada região.

Esse é um problema grave, que afeta negativamente, de forma direta, a efetividade do Ministério Público de Pernambuco, no desenvolvimento das suas atividades, para a garantia da Ordem Democrática, dos Direitos Humanos, Direitos Coletivos e Individuais indisponíveis.

ANÁLISE DA EXPERIÊNCIA IMPLEMENTADA NO SERTÃO DO PAJEÚ

Com o intuito de superar as dificuldades demonstradas, os Promotores de Justiça das 3ª e 14ª Circunscrições do Ministério Público de Pernambuco, localizadas no Sertão do Pajeú e proximidades, passaram a realizar, nas últimas terças-feiras de cada mês, reuniões para atender aos fins acima explicitados.

Trata-se de experiência que se tem mostrado bastante frutífera, com diversas ações já implementadas com sucesso naquela região, no período de cerca de 06 (seis) meses, dentre as quais podemos citar: criação e implementação dos Conselhos de Defesa dos Direitos do Idoso e do Fundo do Idoso, combate aos abusos na contratação de empréstimos consignados por idosos, implementação de medidas para aumentar a segurança nas rodovias, implementação de medidas para o combate à dengue, implantação de medidas para possibilitar e incentivar a doação de órgãos, dentre outras.

As reuniões são realizadas nas sedes das 3ª e 14ª Circunscrições, de forma alternada, no períodos da manhã e da tarde. Com o intuito de conciliar a participação nas reuniões, os Promotores de Justiça oficiaram previamente aos Juízes de Direito das Comarcas onde atuam solicitando a não designação de audiências para as últimas terças-feiras do mês, a fim de evitar colisão de horários entre as reuniões periódicas e as suas atividades judiciais.

Nas reuniões, além da identificação dos problemas comuns e da articulação de ações em bloco, os Promotores de Justiça têm a oportunidade de apresentar dúvidas e de colher sugestões ou de compartilhar com os colegas atuações exitosas em suas promotorias, em um ambiente informal e amigável. A ausência de uma pauta fixa e imposta propicia o desenvolvimento de discussões e debates sobre temas diversos. Em algumas reuniões, especialistas são convidados para expor sobre determinados temas relacionados com algum problema vivenciado na região, subsidiando a atuação ministerial. São fixadas metas, há repartição de tarefas, para o desenvolvimento das ações a serem implementadas pelos promotores da região, bem como há um acompanhamento dos resultados obtidos e próximos passos a serem adotados, no que concerne às ações já iniciadas. Além disso, há sempre trocas de experiências e informações sobre formas de enfrentamentos de problemas similares constatados em comarcas das duas circunscrições, bem como a transmissão e aquisição de conhecimentos adquiridos pelos membros da instituição, no seu dia a dia.

Desta feita, além das ações em bloco desenvolvidas, pode-se apontar com fruto das reuniões um melhoramento na qualidade da atuação diária dos membros, ocasionada pelo intercâmbio de experiências vivenciadas e de informações.

O exemplo do Sertão do Pajeú já está sendo disseminado em outras Circunscrições Ministeriais do Ministério Público de Pernambuco, que estão iniciando as suas primeiras reuniões regionais.

Dentro dessa perspectiva, entendemos que a implementação de uma prática institucionalizada em que se incentivem e promovam reuniões periódicas, por circunscrições, para fixação e acompanhamento de metas a serem cumpridas, dentro de cada região, poderá ser um forte instrumento para uma racionalização das atividades desenvolvidas pelo Ministério Público e a melhoria dos canais de comunicação interna, além de implicar um grande incremento, em termos de efetividade, especialmente no que concerne ao fortalecimento da atuação da instituição, na defesa dos direitos difusos e coletivos.

CONCLUSÃO OBJETIVA:

Diante do novo marco dentro do qual foi inserido o Ministério Público, desde a Constituição de 1988, as formas tradicionais de atuação dos membros desta instituição, de modo isolado e local, não têm se mostrado eficazes, especialmente no que concerne à tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

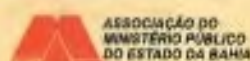
Dessa forma, impõe-se que sejam estabelecidos mecanismos que viabilizem a atuação em bloco dos membros da instituição, no enfrentamento dos problemas mais graves sofridos pela sociedade, através da institucionalização de reuniões periódicas entre os membros do Ministério Público de cada região, para a identificação de ações prioritárias a serem desenvolvidas de forma conjunta, a fixação de metas a serem atingidas, o acompanhamento de atividades iniciadas, bem como o intercâmbio e a transmissão de informações, conhecimentos (implícitos e explícitos) adquiridos e experiências vivenciadas pelos Promotores de Justiça, em cada circunscrição.

A institucionalização das reuniões periódicas, nos moldes acima apontados, irá propiciar, concomitantemente: uma racionalização da atuação do Ministério Público; uma maior efetividade e uma aplicação de resultados obtidos nas ações desenvolvidas, especialmente na tutela de direitos difusos e coletivos; a "despersonalização" das ações; a melhoria da comunicação interna dentro da instituição; além de criar melhores condições para a persecução e concretização das metas traçadas no Planejamento Estratégico da organização.

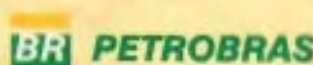
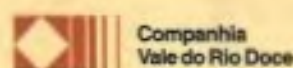
SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Para fins de se assegurar uma maior efetividade na atuação do Ministério Público, especialmente na tutela de direitos difusos e coletivos, deve ser promovida institucionalização da realização de reuniões periódicas regionalizadas, para a identificação de ações prioritárias a serem desenvolvidas de forma conjunta, a fixação de metas a serem atingidas, o acompanhamento de atividades iniciadas, bem como o intercâmbio e a transmissão de informações, conhecimentos (implícitos e explícitos) adquiridos e experiências vivenciadas pelos membros da instituição.

REALIZAÇÃO:



PATROCINADORES MASTER:



PATROCINADOR ESPECIAL:



APOIADORES:



Ministério do
Desenvolvimento, Indústria
e Comércio Exterior



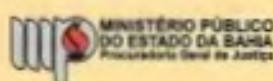
Ministério das
Comunicações



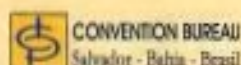
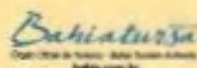
ODEBRECHT



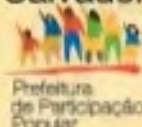
APOIO INSTITUCIONAL:



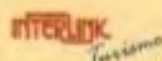
Secretaria de Turismo
Secretaria da Agricultura
Secretaria da Infra-Estrutura



Salvador



AGÊNCIA OFICIAL:



Tel: (71) 3336-5444 - Fax: (71) 3336-5855
interlink@interlinkturismo.com.br

ORGANIZAÇÃO:



CONSULTORIA, EVENTOS & TURISMO

Rua Teixeira Lual, 107-A, Graça - CEP 40.150-050 - Salvador - Bahia
Tel.: (71) 3336-5444 - Fax: (71) 3336-5633
conamp2007@interlinkeventos.com.br • www.interlinkeventos.com.br