23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

ANAIS DO 23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ministério Público e a defesa dos direitos fundamentais: foco na efetividade

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Ministério Público e a defesa dos direitos fundamentais: foco na efetividade

TESES E TRABALHOS SETORIAIS

- CÍVEL E ESPECIALIZADA
- CRIMINAL
- DIR. FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS
- POLÍTICA INS E ADMINISTRATIVA
- AUTOCOMPOSIÇÃO, MEDIAÇÃO E RESOLUTIVIDADE
- DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE
- INVESTIGAÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO E AO CRIME ORGANIZADO

ISBN nº 978 -65-992732-1-6

SUMÁRIO

TESES

CÍVEL E ESPECIALIZADA_____12

APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE (ART. 303 E SS. DO CPC/15) NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, INCLUSIVE NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO
AUTOR: ROGÉRIO RUDINIKI NETO_____13

ALIENAÇÃO PARENTAL, OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTORES: LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JÚNIOR E ALEXANDRE MARCUS FONSECA TOURINHO_____22

A LEI DO SINASE (LEI 12.594 DE 2012), UNIFICAÇÃO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E O PRINCÍPIO DA SUBSUNÇÃO (ABSORÇÃO LÓGICA DE UMA MEDIDA POR OUTRA)
AUTOR: EPAMINONDAS DA COSTA_____33

A EFETIVIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS LESIVOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
AUTOR: RAFEAL PEREIRA_____48

CONSIDERAÇÕES SOBRE A IMPRESCINDIBILIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO
AUTORES: ALAN AYALA DA SILVA, WILSON JOSÉ GALHEIRA E SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES_____ **57**

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
AUTORA: FABIANA LEMES ZAMALLOA DO PRADO_____65

ATUAÇÃO INTEGRADA DO SISTEMA DE JUSTIÇA E DA ACADEMIA NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE – IMPLANTAÇÃO DA REDE DE MEDIDORES DE QUALIDADE DO AR NO ESTADO DO ACRE

AUTORES: CÁSSIA NOGUEIRA LIMA, GETÚLIO BARBOSA DE ANDRADE E PATRÍCIA DE AMORIM RÊGO_____ 82

IMPROPRIEDADE DA INSTAURAÇÃO DA "AÇÃO DE ACOLHIMENTO" OU "AÇÃO DE MEDIDA DE PROTEÇÃO", PARA FINS DE ACOLHIMENTO INSTITUCIONAL EMERGENCIAL
AUTOR: EPAMINONDAS DA COSTA _____ 94

ART. 19-B DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (LEI 8.069/90): POSSIBILIDADE DE ADOÇÃO POR PADRINHOS E DE APADRINHAMENTO POR PESSOAS HABILITADAS À ADOÇÃO
AUTORAS: FERNANDA NAGL GARCEZ, MABIANE CZARNOBAI MESSAGE E MARILDA SCALON RODRIGUES _____ 98

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO REDE DE APOIO DAS CRIANÇAS FILHAS DE PRESAS: COMO APROXIMAR OS ARTIGOS 127 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
AUTORA: VIVIANE ALVES SANTOS SILVA _____ 107

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA ACTIO NATA ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
AUTOR: MARCUS PAULO QUEIROZ MACÊDO _____ 117

FUNDAMENTOS E DIRETRIZES PARA A DESTINAÇÃO ALTERNATIVA DE VERBAS PECUNIÁRIAS (CY-PRÈS) EM TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTOR: ROGÉRIO RUDINIKI NETO _____ 128

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA REPARAÇÃO DOS DANOS SOCIAIS PROVOCADOS POR DESASTRES TECNOLÓGICOS
AUTOR: GUILHERME DE SÁ MENEGHIN _____142

DOS PRECEDENTES VINCULANTES FIXADOS EM RECURSOS ESPECIAIS AVULSOS
AUTORA: SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES_____ 153

MEDIAÇÃO ESCOLAR NUM CONTEXTO TRANSVERSAL DE PROPOSTA EDUCACIONAL
AUTORA: TEREZINHA ANTÔNIA DE ALBUQUERQUE GOMES _____162

DISCURSO DE ÓDIO E CAMINHOS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA DE DIREITOS HUMANOS NO ESPAÇO CIBERNÉTICO
AUTOR: MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR _____ 180

COLABORAÇÃO PREMIADA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO
AUTOR: RODRIGO MONTEIRO DA SILVA _____195

TORTURA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES _____212

BOLETIM DE OCORRÊNCIA DE FATOS ATÍPICOS E A CRIAÇÃO DE NÚCLEOS DE MEDIAÇÃO NA POLÍCIA JUDICIÁRIA
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____229

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROBIDADE ADMINISTRATIVA E A REDUÇÃO SALARIAL EM AFASTAMENTO CAUTELAR DO AGENTE PÚBLICO
AUTORES: NIRVANA CAMPOS FREITAS DE MOURA E ORIANE GRACIANI DE SOUZA _____244

POLÍTICAS PÚBLICAS ARQUIVÍSTICAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DEFESA DA GESTÃO DOCUMENTAL, DA INTEGRIDADE E DA MEMÓRIA
AUTOR: SÉRGIO REIS COELHO _____ 261

TIPOLOGIA: UMA ALTERNATIVA PARA A RESOLUTIVIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO/ AUTOR: LUCIANO TAQUES GHIGNONE E MARIA CLARA MENDONÇA PERIM _____ 274

SUFRÁGIO DIRETO NA ESCOLHA DE CONSELHEIROS TUTELARES: EMBARAÇOS LEGAIS E MATERIAIS E ALTERNATIVAS VIÁVEIS
AUTOR: EPAMINONDAS DA COSTA _____290

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FUNDOS DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA: OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEMBRO E DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO DE PROMOVER SUA REGULARIZAÇÃO, INCLUSIVE PARA RECEBIMENTO DE DOAÇÕES SUBSIDIADAS PELO IMPOSTO DE RENDA
AUTOR: FLÁVIO TEIXEIRA DE ABREU JÚNIOR _____296

PROTEU E A METAMORFOSE DA CORRUPÇÃO AMBIENTAL
AUTORA: PRISCILA DA MATA CAVALCANTE _____ 312

FISCALIZAÇÃO PREVENTIVA E PROATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO – FOCO NAS PUBLICAÇÕES PÚBLICAS, EM DEFESA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA
AUTORES: DANIEL HENRIQUE QUEIROZ DE AZEVEDO, BRUNO BECKEMBAUER SANCHES E FRANKLIN LOBATO PRADO_____325

O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTOR: THIMOTIE ARAGON HEEMANN _____339

MULTAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE
AUTOR: MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR_____353

A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO FERRAMENTA DE EFICÁCIA SOCIAL NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO RELACIONADOS NO SUS AOS INDIVÍDUOS HIPERVULNERÁVEIS
AUTOR: ELTON OLIVEIRA AMARAL _____ 363

CRIMINAL_____372

A NULIDADE DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL SEM A PRESENÇA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTOR: GUSTAVO HENRIQUE HOLANDA DIAS KERSHAW_____373

UMA DEFESA DA ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA CRIMINAL, ENQUANTO AGENTE POLÍTICO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL
AUTOR: SALOMÃO ISMAIL FILHO _____380

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA FINS DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTORES: DINALVA SOUZA DE OLIVEIRA E MARCOS GIOVANE ÁRTICO ___386

CRIMES DE TRÂNSITO COM CULPA CONSCIENTE JUSTIFICAM ESFORÇOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A MUDANÇA DAS LEIS
AUTOR: CALIXTO OLIVEIRA SOUZA_____398

A (A)TIPICIDADE DO PORTE DE ARMA INCAPACITADA E DO PORTE DE MUNIÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA
AUTORES: ALFREDO PINHEIRO MARTINS NETO E NATÁLIA SILVEIRA SARMENTO_____408

MORTES VIOLENTAS DE MULHERES: DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO COMBATE AO CRIME DE FEMINICÍDIO.
AUTORAS: MARIANA DIAS MARIANO; MARIANA SEIFERT BAZZO ; ROBERTA FRANCO MASSA; SUSANA BROGLIA FEITOSA DE LACERDA E TICIANE LOUISE SANTANA PEREIRA_____ 417

DO SILÊNCIO DO RÉU PERANTE OS JULGAMENTOS DO TRIBUNAL DO JÚRI: O MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL DO RÉU A UM JULGAMENTO JUSTO.
AUTOR: JEFFERSON MARQUES COSTA _____ 432

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL, PÓS 1988: ANÁLISE CRÍTICA DO PAPEL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA ENQUANTO DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA
AUTOR: JOSÉ DA COSTA SOARES _____437

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E A VIGÊNCIA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL
AUTORA: CLÁUDIA TÜRNER P. DUARTE _____440

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ELEMENTO DE PROVA
AUTORA: MARCELLE RODRIGUES DA COSTA E FARIA_____ 449

A LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA E SUA (IN)ACEITAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI
AUTOR: RODRIGO MONTEIRO DA SILVA _____ 468

O CONTROLE DA FUNDAMENTAÇÃO JUDICIAL DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO: NECESSIDADE DE CONSIDERAÇÃO DO GRAU DE MANIFESTAÇÃO CONCRETA DAS ELEMENTARES DO TIPO PENAL COMO FUNDAMENTO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO
AUTORES: MATEUS SLEIMAN CASTRIANI QUIRINO E FRANCISCO DE ASSIS MACHADO CARDOSO _____484

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A OITIVA DE IDOSOS NO SISTEMA JUDICIAL CRIMINAL BRASILEIRO
AUTORES: LAURO FRANCISCO DA SILVA FREITAS JUNIOR E ALEXANDRE MARCUS FONSECA TOURINHO _____492

TORTURA E EXCLUSÃO PROBATÓRIA
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____506

A APURAÇÃO DE TORTURA EM AMBIENTE PRISIONAL E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____ 522

MINISTÉRIO PÚBLICO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: DESAFIOS E ALGUMAS PROPOSTAS
AUTOR: MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA_____ _539

PLURALIDADE DE MORTES NO CRIME DE LATROCÍNIO E A IMPUTAÇÃO CRIMINOSA
AUTORA: RUTH ARAÚJO VIANA _____552

O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E O POSTULADO DA OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL.
AUTOR: SAULO JERÔNIMO LEITE BARBOSA DE ALMEIDA_____ 567

DA NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES AMBIENTAIS
AUTORES: MARCOS GIOVANE ÁRTICO E DINALVA SOUZA DE OLIVEIRA ___ 577

A TATUAGEM COMO LINGUAGEM NÃO VERBAL NO TRIBUNAL DO JÚRI. (MPPE-PE)
AUTORA: ROSEMARY SOUTO MAIOR DE ALMEIDA_____593

A PRONÚNCIA COMO LIMITE À DECISÃO DOS JURADOS MANIFESTAMENTE CONTRÁRIA À PROVA DOS AUTOS
AUTOR: RAFAEL SCHWEZ KURKOWSKI_____602

A UTILIZAÇÃO DO INCIDENTE DE DESLOCAMENTO DE COMPETÊNCIA COMO ALTERNATIVA PARA OBTENÇÃO DE PERSECUÇÃO PENAL TEMPESTIVA E EFETIVA EM PROCESSOS CRIMINAIS QUE APURAM VULTUOSOS DESVIOS DE VERBAS PÚBLICAS
AUTORA: LETICIA LEMGRUBER FRANCISCHETTO_____609

AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA SUPRIR OMISSÃO DE SENTENÇA CRIMINAL
AUTOR: VILSON FARIAS_____627

AS PRÁTICAS RESTAURATIVAS COMO ALTERNATIVA AO PROCESSO PENAL: DA PROPOSTA DE RESSIGNIFICAÇÃO DO CASO PENAL A UMA NECESSÁRIA CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ULTIMA RATIO R
AUTORES: SAMIA SAAD GALLOTTI BONAVIDES E MÁRIO EDSON PASSERINO FISCHER DA SILVA_____653

DIR. FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS_____666

A REDUÇÃO DA VIOLÊNCIA URBANA MEDIANTE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DE DIREITO URBANÍSTICO
AUTORA: ORIANE GRACIANI DE SOUZA_____667

O ESTATUTO DA FAMÍLIA, SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS PRINCÍPIOS, DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO DE CASO
AUTORAS: SAMMY BARBOSA LOPES E PATRÍCIA DE AMORIM RÊGO_____682

ORDENAMENTO DO ESPAÇO URBANO: EFETIVIDADE NA TUTELA DIFUSA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA
AUTORA: ALICE DE ALMEIDA FREIRE _____699

A NECESSIDADE DE CONTROLE EXTERNO DA INFRAESTRUTURA VIÁRIA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.
AUTOR: CÁSSIO MATTOS HONORATO_____715

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A SENTENÇA DO CASO FAVELA DE NOVA BRASÍLIA
AUTORA: ELIANE DE LIMA PEREIRA _____729

IMPORTÂNCIA NA APLICAÇÃO DAS NOVAS TECNOLOGIAS NA COMUNICAÇÃO DAS OCORRÊNCIAS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA
AUTOR: FABIANO MORAIS DE HOLANDA BELTRÃO _____742

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ELABORAÇÃO DO PLANO MUNICIPAL PELA PRIMEIRA INFÂNCIA
AUTORA: LUCIANA PEREIRA GRUMBACH CARVALHO _____752

NOVOS HORIZONTES PARA O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA
AUTORA: CLÁUDIA TÜRNER P. DUARTE _____ 762

A DIGNIDADE HUMANA DAS VÍTIMAS DA CRIMINALIDADE COMO FUNDAMENTO DAS OBRIGAÇÕES POSITIVAS DO ESTADO BRASILEIRO À MARGEM DE TRÊS DÉCADAS DE INCONSTITUCIONALIDADE POR OMISSÃO EM FACE DO ART. 245 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL
AUTOR: KLEDSON DIONYSIO DE OLIVEIRA _____780

DESMILITARIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL: GESTÃO, TRANSPORTE DE PRESOS, REVISTAS E GERENCIAMENTO DE CONFLITOS PELA POLÍCIA MILITAR
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____797

PROGRAMA DE PREVENÇÃO A ROUBOS DE PASSAGEIROS NO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO URBANO
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____809

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE FAMILIARES DE PESSOAS DESAPARECIDAS – CORPOS IDENTIFICADOS E "NÃO RECLAMADOS"
AUTORA: FERNANDA NICOLAU LEANDRO TERCIOTTI _____831

ATUAÇÃO DIALÓGICA: CAMINHO PARA EFETIVAÇÃO DO CARÁTER DE AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL E INFLUENCIADOR /INDUTOR DE POLÍTICAS PÚBLICAS
AUTORA: SELMA MAGDA PEREIRA BARBOSA BARRETO_____845

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA EFETIVAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PARA MELHORIAS NA ÁREA DE SEGURANÇA PÚBLICA COMO PROTEÇÃO DO BEM FUNDAMENTAL DA VIDA
AUTOR: EDUARDO JOSÉ FALESI DO NASCIMENTO _____853

A BANALIZAÇÃO DA CONCEPÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A DESESTRUTURAÇÃO DE SUA EXIGIBILIDADE
AUTORA: LUDMILA DE PAULA CASTRO SILVA _____865

O CONTROLE EXTERNO E A GARANTIA DA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA: O CASO DO SERVIÇO DE VERIFICAÇÃO DE ÓBITO
AUTORES: BRÁULIO GREGÓRIO CAMILO SILVA E ANDRÉA RODRIGUES ' AMIN_____879

POLÍTICA INS E ADMINISTRATIVA_____892

A INTEGRAÇÃO DAS CORREGEDORIAS-GERAIS DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ESFORÇO INSTITUCIONAL POR RESOLUTIVIDADE
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____893

SETORIZAÇÃO E CONVERGÊNCIA ESTRUTURAL COMO FATORES DE IMPLEMENTAÇÃO ESTRATÉGICA NO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____913

CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO: MODALIDADES EFETIVAS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____931

A REGULAÇÃO LEGISLATIVA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____943

PROGRAMA DE ALINHAMENTO (E ENGAJAMENTO) DOS MEMBROS ADMINISTRATIVOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____958

A SEMESTRALIDADE DAS VISITAS ORDINÁRIAS NAS UNIDADES POLICIAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____975

REVISÃO E VALORIZAÇÃO DAS PROMOTORIAS CRIMINAIS
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____988

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RECUSA DE PROMOTOR MAIS ANTIGO NA MOVIMENTAÇÃO FUNCIONAL POR REMOÇÃO
AUTOR: JOÃO GASPAR RODRIGUES_____1002

OS ENCARGOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA SUA MISSÃO CONSTITUCIONAL: REFLEXÕES E PROPOSTA PARA UMA DISTRIBUIÇÃO MAIS EQUILIBRADA DAS MÚLTIPLAS ATRIBUIÇÕES DOS SEUS ÓRGÃOS DE EXECUÇÃO
AUTORES: MURILO CEZAR SOARES E SILVA E WILLIAN BUCHMANN _____1012

OFERECIMENTO DOS CARGOS VAGOS DOS MEMBROS DO MP: DISCRICIONARIEDADE OU DEVER LEGAL? UMA REFLEXÃO SOBRE O ART. 62 DA LEI 8.625/1993”
AUTOR: SALOMÃO ISMAIL FILHO _____1027

ATENDIMENTO AO PÚBLICO COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA
AUTOR: JANINE BORGES SOARES _____1033

CONTROLE DE JURIDICIDADE DA REMOÇÃO INTERNA
AUTOR: FREDERICO AUGUSTO DE OLIVEIRA SANTOS_____1042

TRABALHOS SETORIAIS

AUTOCOMPOSIÇÃO, MEDIAÇÃO E RESOLUTIVIDADE_____1059

A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NA SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA DOS BAIRROS DO PINHEIRO, BEBEDOURO E MUTANGE, EM MACEIÓ/ALAGOAS
AUTOR: NATÁLIE CAROLINE DA SILVA, MARILIA RIBEIRO BARROS E ROSEMEIRE LOPES DE LOBO FERREIRA_____1060

DIALOGANDO NAS EMPRESAS
AUTORA: LUCY ANTONELI DOMINGOS ARAUJO GABRIEL DA ROCHA_____1062

POLÍCIA MILITAR – CAPACITAR PARA SERVIR – UMA VIA DE MÃO DUPLA
AUTORA: LUANA AZERÊDO ALVES _____1065

CICLOS DE PESQUISA-AÇÃO E DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM A APRENDER COM A PESQUISA E A POLÍTICA PARA EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS
AUTOR: LEONARDO SEIXLACK SILVA _____1067

CARNAVAL DE RUA E SEGURANÇA PÚBLICA – CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DE INTEGRAÇÃO E PREVENÇÃO
AUTORA: ANDRÉA RODRIGUES AMIN_____1069

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: PROJETO "PRESENTE, PROFESSOR!" COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO DE DIÁLOGO COM A COMUNIDADE ESCOLAR E COMO FORMA DE COMBATER A EVASÃO DE ESTUDANTES COM A COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE E ATRAVÉS DO DIRECIONAMENTO DE TRANSAÇÕES PENAIS – PREMIAÇÃO PARA AS TRÊS ESCOLAS PÚBLICAS COM OS MELHORES ÍNDICES DE FREQUÊNCIA ESCOLAR EM CADA MÊS E PREMIAÇÃO PARA ESTUDANTES QUE SE DESTACAREM NAS DISCIPLINAS ESCOLARES, NAS COMPETIÇÕES ESPORTIVAS E NAS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS.
AUTOR: MÁRCIO FERNANDO MAGALHÃES FRANCA_____1071

PROJETO REVIVER
AUTORES: JOSÉLIA LEONTINA DE BARROS LOPES E ERICK RICARDO DE SOUZA FERNANDES _____1073

PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO HUMANO BEM VIVER NO MPPI
AUTORAS: CLÉIA CRISTINA PEREIRA DE JANUÁRIO FERNANDES
E FABRÍCIA BARBOSA DE OLIVEIRA_____1075

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE_____1077

CONCLUSÃO E FUNCIONAMENTO DAS ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL DO PROINFÂNCIA EM CRISTALINA-GO
AUTORA: ANDREA BEATRIZ RODRIGUES DE BARCELOS_____1078

PRIMEIRA INFÂNCIA PLENA NAS AVERIGUAÇÕES OFICIOSAS DE PATERNIDADE
AUTORA: VIVIANE ALVES SANTOS SILVA_____1080

CONSELHO TUTELAR SEM DIVISAS – AGINDO LOCALMENTE, PENSANDO GLOBALMENTE
AUTORES: LUDMILLA EVELIN DE FARIA SANT'ANA CARDOSO E ADRIANO BARROZO DA SILVA_____1082

CURSO DE CAPACITAÇÃO PARA PROFESSORES EM EDUCAÇÃO INCLUSIVA – ABORDANDO O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NA SALA DE AULA
AUTORA: LUCIANA FERNANDES DE FREITAS_____1084

DE MÃOS DADAS : VISIBILIDADE PARA TODOS E TODAS
AUTORA: ELAINE CARVALHO CASTELO BRANCO _____1086

MPES GARANTINDO DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA TRANSPARÊNCIA E DOS METADADOS: UMA EXPERIÊNCIA COM PAINÉIS DE BI
AUTORA: LUCIANA GOMES FERREIRA DE ANDRADE _____1088

A ADOÇÃO CONJUNTA DE IRMÃOS E A EXCEPCIONALIDADE DE SOLUÇÃO DIVERSA

AUTORA: LUDMILA DE PAULA CASTRO SILVA _____1090

CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: CONSCIENTIZAR E PREVENIR
AUTOR: SALOMÃO ISMAIL FILHO_____1092

INVESTIGAÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO E AO CRIME ORGANIZADO_____1094

RETENÇÃO LIMINAR DE REMUNERAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
AUTOR: RODRIGO MONTEIRO DA SILVA_____1095

A MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO COMO FORMA DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA
AUTOR: RODRIGO MONTEIRO DA SILVA_____1097

ALIENAÇÃO ANTECIPADA DE BENS EM PROCESSOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: NECESSÁRIO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL
AUTOR: RODRIGO MONTEIRO DA SILVA_____1099

MONITORAMENTO E REPRESSÃO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PRATICADAS NO ESPAÇO CIBERNÉTICO
AUTOR: MOACIR SILVA DO NASCIMENTO JÚNIOR _____1101

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) – ANÁLISE ESTATÍSTICA, ROTEIROS DE ATUAÇÃO E RESULTADOS PRELIMINARES NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS (2017-2019)
AUTOR: LUCAS CÉSAR COSTA FERREIRA_____1103

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CÍVEL E ESPECIALIZADA

APLICAÇÃO DA TUTELA ANTECIPADA REQUERIDA EM CARÁTER ANTECEDENTE (ART. 303 E SS. DO CPC/15) NAS AÇÕES CIVIS PÚBLICAS, INCLUSIVE NA DEFESA DO PATRIMÔNIO PÚBLICO

AUTOR E RESPONSÁVEL PELA DEFESA DA TESE: ROGÉRIO RUDINIKI NETO
INSTITUIÇÃO: MPPR
E-MAIL PARA CONTATO: rrneto@mppr.mp.br
(TEL: 041 99647-7339)

Síntese dogmática: aborda-se o tema da possibilidade de utilização da tutela antecipada requerida em caráter antecedente no âmbito processo coletivo. Analisamos as interações entre o código de processo civil e o microssistema de tutela coletiva, bem como a viabilidade de utilização deste instrumento pelo Ministério Público.

1.Microssistema brasileiro de processos coletivos (introdução)

A tutela jurisdicional de direitos difusos e coletivos encontra-se dentro da "segunda onda renovatória de acesso à justiça" na tipologia proposta por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, precedida pela assistência judiciária gratuita para os pobres ("primeira onda") e sucedida pelo enfoque aos meios alternativos de solução de controvérsias, tais como a arbitragem, a conciliação e os juizados de pequenas causas, que formam a chamada "terceira onda".[1] Como é evidente, tal como ocorre com as gerações (dimensões) de direitos fundamentais, uma onda de acesso à justiça não anula sua antecessora. As "ondas" são, em verdade, fenômenos que devem se manifestar concomitantemente dentro de um efetivo sistema de tutela de direitos.

Uma ação é considerada coletiva quando se analisa a dimensão do seu objeto litigioso. Do ponto de vista legal, o Brasil possui uma série de diplomas que tratam de facetas do processo coletivo, como a Ação Popular (regrada pela Lei 4.717/65, tratando-se de direito fundamental consagrado no art. 5.º, LXXXIII, da Constituição Federal); a Ação Civil Pública (Lei 7.347/85, garantida pelo art. 129, III, da CF) e o Código de Defesa do Consumidor (Lei

[1] CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

8.078/90, cuja promulgação decorreu do comando imposto no art. 48 do "Ato das Disposições Constitucionais Transitórias" da CF/88).[2]

É importante destacar que o advento do Código de Defesa do Consumidor, ao estabelecer um canal diálogo com a lei que disciplina a ação civil pública, formou o chamado "microssistema brasileiro de processos coletivos". O CDC inseriu o art. 21 na LACP, passando a prever que suas normas processuais aplicam-se às ações civis públicas.

1.1. Microssistema brasileiro de processos coletivos e o Código de Processo Civil

No que interessa ao escopo deste trabalho, cumpre ressaltar que as normas do CPC/15 somente serão aplicáveis ao microssistema de tutela coletiva de forma subsidiária, conquanto não exista incompatibilidade com as peculiaridades do processo coletivo. Em algumas situações a inaplicabilidade do código processual será ululante, como se verifica, a título de exemplo, na manutenção do efeito suspensivo automático do recurso de apelação (art. 1.012, *caput*), regra que está em rota de colisão com o art. 14 da LACP, pelo qual, em razão da necessidade de imediata tutela dos interesses metaindividuais, o efeito suspensivo somente será concedido ao recurso quando o juiz for convencido da possibilidade de dano irreparável.

De todo modo, com base em Antonio Gidi, em função dos maiores poderes hoje conferidos ao juiz, as normas próprias ao processo civil de natureza individual que eventualmente não guardem total compatibilidade com a tutela coletiva, podem passar por adaptações, "favorecendo a criação de um sistema processual coletivo mais adequado à efetividade da tutela dos direitos de grupo".[3]

2.Tutela de urgência no CPC/15

Dentro do conceito de tutelas de urgência encontram-se alocadas a tutela antecipada e tutela cautelar. Ocorre que a tutela antecipada é idônea a propiciar a própria satisfação do direito material veiculado no processo[4]. Como ensina Luiz Guilherme Marinoni: "na verdade, a tutela antecipada tem a mesma substância da tutela final, com a única diferença

---

[2] O chamado "microssistema brasileiro de processos coletivos" ainda é composto por uma vasta plêiade de outros diplomas, tais como: Lei 9.913/89 (investidores do mercado imobiliário); Lei 8.069/90 ("Estatuto da Criança e do Adolescente"); Lei 8.429/92 ("Lei de Improbidade Administrativa"); Lei 10.257/01 ("Estatuto da Cidade"); Lei 10.671/03 ("Estatuto do Idoso"); Lei 10.671/03 ("Estatuto de Defesa do Torcedor"); Lei 12.016/09 ("Mandado de Segurança"); Lei 13.300/16 ("Mandado de Injunção") etc.

[3] GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense: 2008, p. 376.

[4] MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 33.

de que é lastreada em verossimilhança e, por isso, não fica acobertada pela imutabilidade inerente à coisa julgada material".[5] Por sua vez, a tutela de natureza cautelar não tem o escopo de promover a satisfação do direito material antes da prolação de sentença de mérito; mas, tão somente, de criar meios para assegurar o direito buscado no processo ("na tutela cautelar há sempre referebilidade a uma tutela ou situação substancial acautelada").[6]

Em que pese a possibilidade de concessão de tutela cautelar em caráter antecedente já existisse no código anterior, a tutela antecipada antecedente é uma inovação trazida pelo CPC/15 (art. 294, parágrafo único). No sistema da nova codificação processual apenas a tutela antecipada concedida em caráter antecedente, presentes os requisitos exigidos pela lei, é passível de se estabilizar (art. 304).[7]

Sobre o diploma processual hoje vigente, deve-se fixar a compreensão de que a tutela antecipada antecedente é postulada em momento anterior ao do ajuizamento da ação em que se buscará a tutela final. Nos termos da lei: "nos casos em que a urgência for contemporânea à propositura da ação, a petição inicial pode limitar-se ao requerimento da tutela antecipada e à indicação do pedido de tutela final, com a exposição da lide, do direito que se busca realizar e do perigo de dano ou do risco ao resultado útil do processo" (art. 303).

Ao requerer uma tutela a ser concedida nestes termos, a parte autora deve demonstrar que o faz diante de situação de urgência excepcional (...) "que não lhe permite apresentar desde logo os documentos e argumentos imprescindíveis à adequada propositura da ação voltada ao alcance da tutela – final – do direito".[8]

Caso a tutela antecipada antecedente seja concedida e o réu não interponha o correspondente agravo de instrumento9, a medida se tornará estável (art. 304, *caput*). Caso a tutela em questão tenha sido concedida, mas o provimento não tenha se estabilizado em razão do agir do réu, caberá ao requerente aditar sua petição inicial no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de ter seu processo extinto sem resolução do mérito (art. 303, §2.º).

---

5 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 71.

6 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 88.

7 No ordenamento italiano, em certas situações, admite-se a estabilização da tutela antecipada incidental. (FICANHA, Gresiéli Taíse. Apontamentos sobre a estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. In: BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016, p. 523).

8 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 228.

9 Parcela significativa da doutrina sugere uma interpretação extensiva da expressão "respectivo recurso" presente do art. 304 do CPC/15. Segundo tal intelecção, qualquer manifestação de descontentamento do réu para com a tutela antecipada concedida em caráter antecedente é idônea a obstar a estabilização da medida, como exemplo, é possível mencionar uma petição carreando um pedido de reconsideração.

Uma vez estabilizado, o provimento de urgência mantém sua eficácia sem estar condicionado a limites temporais. Todavia, tal medida somente se tornará imutável e indiscutível após o transcurso do prazo de dois anos previsto do art. 304, §5.º, durante o qual pode ser ajuizada ação destinada a rever a tutela antecipada estabilizada.[10]

O CPC é expresso ao prever que o provimento estabilizado não está agasalhado pelo manto da coisa julgada material (art. 304, §6.º).

Entende-se que a tutela de urgência estabilizada adquire uma definitividade similar, porém não idêntica, àquela da coisa julgada propriamente dita. Em outras palavras, passado o prazo bienal não mais será possível discutir o resultado concreto decorrente do provimento deferido de forma antecedente. Por outro lado, a tutela antecipada estabilizada não influenciará julgamentos futuros atinentes a direitos dependentes daquele veiculado no bojo da tutela de urgência. Em síntese, essa nova modalidade de estabilização identifica-se apenas com a chamada "função negativa" da coisa julgada (aquele provimento não poderá mais ser discutido); não possuindo consequências tais como aquelas verificadas na chamada "função positiva" da *res judicata* (juízes que decidirem casos posteriores não estão vinculados à decisão precedente).[11]

3.Antecipação da tutela no processo coletivo

Como visto alhures, antes da antecipação da tutela tornar-se uma regra geral no sistema processual brasileiro, já existiam disposições setoriais a permitir o emprego dessa técnica processual em algumas situações pontuais, inclusive na ação civil pública. Conforme o art. 12, *caput*, da Lei n.º 7.347/85, "poderá o juiz conceder mandado liminar, com ou sem justificação prévia, em decisão sujeita a agravo". Desde logo, nota-se que a referida disposição não contempla os pressupostos a serem considerados pelo magistrado antes de conferir o provimento de urgência. Por evidente, a tutela não pode ser antecipada na ação civil pública sem que existam requisitos que norteiem a atividade do julgador, razão pela qual se defende a aplicação à espécie dos pressupostos trazidos no Código de Processo Civil (probabilidade do direito e perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo). Destarte, considerando o microssistema de tutela coletiva, é possível invocar também os requisitos

[10] BONATO, Giovanni. Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo C.P.C. brasiliano: comparazione com il sistema francese e com quello italiano. *Revista da AGU*. v. 15, n.º 4. Brasília: AGU, 2016, p. 40-42.

[11] BONATO, Giovanni. Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo C.P.C. brasiliano: comparazione com il sistema francese e com quello italiano. *Revista da AGU*. v. 15, n.º 4. Brasília: AGU, 2016, p. 55-58.

trazidos no art. 84, §3.º, do Código de Defesa do Consumidor, que não destoam daqueles mencionados na codificação processual.

Quanto à questão da irreversibilidade dos efeitos fáticos da tutela antecipada, observa-se que isso é inerente à própria natureza da medida em questão. A geração de efeitos fáticos irreversíveis, por si só, não pode impedir a concessão deste tipo de provimento de urgência, tendo-se em conta, especialmente, que a não concessão da tutela antecipada também poderá gerar prejuízos irreversíveis.[12] Todo esse raciocínio é aplicável à antecipação da tutela no âmbito do processo coletivo.

3.1. Aplicabilidade da tutela antecipada em caráter antecedente ao processo coletivo

A técnica a tutela antecipada em caráter antecedente pode ser útil em diversas situações veiculadas em ações coletivas.

A título de exemplo, a doutrina cita hipótese em que um navio cargueiro transportando espécies exóticas que podem desequilibrar o ecossistema nacional está prestes a atracar em porto brasileiro. Diante da complexidade do evento, o membro do Ministério Público com atribuições para atuar no caso não disporá de tempo suficiente para instruir inquérito civil destinado à colheita de dados para delimitação da demanda e obtenção de provas robustas para fundamentar a peça vestibular. Logo, será de grande valia o requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente, de modo que, uma vez concedido o provimento de urgência, o legitimado coletivo terá tempo suficiente para elaborar a petição inicial da ação principal sem o risco de ajuizar uma demanda mal instruída e fadada ao fracasso.[13] Este exemplo pode sofrer múltiplas variações, como a situação em que um navio petroleiro em péssimo estado de conservação aproxima-se do litoral, com real risco de derramamento de óleo, atingindo o ecossistema costeiro e inviabilizando o trabalho de centenas de pescadores locais. Cogite-se, ainda, a imediata paralisação de uma indústria poluidora.

Seguindo com os exemplos: um problema prático que poderia ter sido resolvido mediante o emprego da técnica da tutela antecipada em caráter antecedente ocorreu quando os Conselhos Tutelares dos Municípios vinculados à determinada comarca do interior paranaense deliberaram que suspenderiam totalmente suas atividades durante o recesso forense de fim de ano, sendo que essa informação foi tornada pública às vésperas do início do interregno de

---

12 MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017, p. 123.

13 MOREIRA, Bockman Egon; BAGATIN, Andréia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temais atuais*. São Paulo: RT, 2016, p. 477.

interrupção. A total suspensão das atividades dos conselhos, além de representar violação às normas vigentes, colocava em risco a proteção dos direitos coletivos e individuais indisponíveis das crianças e adolescentes da localidade. Do ponto de vista processual, o membro do Ministério Público com atribuições para atuar no caso, ao manejar uma tutela antecipada em caráter antecedente sob as vestes de ação civil pública, poderia pleitear que as atividades dos Conselhos Tutelares não fossem suspensas por um dia sequer, sendo certo que, uma vez deferida e cumprida ordem judicial, bem como não havendo inconformismo dos acionados, a situação restaria pacificada e, com o encerramento do recesso forense, sequer haveria motivos para o prolongamento do processo.

Ainda dentro do tema, trazemos à baila apenas mais um exemplo: determinado Promotor de Justiça plantonista, atuando em uma pequena comarca do interior, recebe denúncias de que teria sido organizada uma festa "rave" em estabelecimento sem alvará de funcionamento, com vários ingressos vendidos a menores de idade, sendo que o anúncio do evento indica que haverá distribuição livre de bebidas alcoólicas, tudo isso somado a múltiplas e fundadas denúncias de que poderá ocorrer comércio de entorpecentes no local. Consta que a festa terá início nas próximas duas horas. Com vistas à tempestiva proteção dos direitos da infância e da juventude, da salubridade pública e das posturas municipais, a tutela de urgência de cunho antecedente será de grande valia, sendo certo que, uma vez concedida a ordem com a suspensão do evento, é muito provável que o manejo da ação principal sequer seja necessário.

Por todo o exposto, em homenagem ao princípio da "máxima amplitude" do processo coletivo[14], com respaldo no art. 83 do CDC ("para a defesa dos direitos e interesses protegidos por este código são admissíveis todas as espécies de ações capazes de propiciar sua adequada e efetiva tutela"), aplicável a todas as ações que fazem parte do microssistema de processos coletivos, entende-se que a técnica processual da tutela antecipada de caráter antecedente é perfeitamente compatível com o processo coletivo.

4. Tutela antecipada em caráter antecedente e defesa do patrimônio público

Malgrado suas singularidades, a ação de improbidade administrativa (AIA) é considerada uma espécie de ação civil pública.

A Lei 8.429/92 traz uma série de medidas de urgência típicas: (i) afastamento do agente público (art. 20, parágrafo único); (ii) indisponibilidade de bens (art. 7.º) e (iii)

[14] DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, v.4: processo coletivo*. 9.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014, p. 113.

sequestro de bens (art. 16). Todas essas medidas possuem natureza cautelar, razão pela qual, em que pese possam ser requeridas em caráter antecedente, estão fora do objeto de estudo deste trabalho.

A própria possibilidade de antecipação de tutela na ação de improbidade administrativa exige maior atenção. Dúvida não há de que as sanções constantes do art. 12 da lei de regência (perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou dele receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios) não poderão ser aplicadas de forma antecipada, em razão do princípio constitucional da não culpabilidade.[15]

De fato, a Lei 8.429/1992 é toda estruturada com vistas à aplicação de sanções ao agente público. Todavia, caso no contexto de uma ação ímproba, seja constatada a prática de um ato administrativo eivado de nulidade, é possível cumular na mesma ação o pedido de declaração da nulidade do ato e o requerimento de aplicação de sanções ao agente. Nessa situação, não há óbices à formulação de pedido de antecipação de tutela. Pense-se no pleito de urgência consistente na suspensão de execução de obra ou do pagamento de despesas não autorizadas por lei. Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves vão ainda mais além, defendendo a possibilidade de se formular, de forma antecipada na ação de improbidade administrativa, pretensões mandamentais, como a ordem para imediata aplicação dos valores correspondentes às verbas mínimas em educação (conquanto previstas no orçamento), a determinação de prestação de contas ou a determinação de publicação de atos oficiais – omissões estas que também implicam sanções a serem aplicadas em sede de cognição exauriente.[16]

Essas tutelas também podem ser requeridas em caráter antecedente. Como leciona a doutrina, nada obsta (...): "a formulação de requerimento de tutela antecipada em caráter antecedente (art. 303) apenas no que diz respeito à pretensão desconstitutiva (a anulação da licitação ou do concurso público, por exemplo) ou mandamental, ajuizando-se a ação de improbidade administrativa *a posteriori*, caso em que haverá clara conexão."[17]

Exemplificando com uma situação concreta: figure determinada licitação realizada de forma absolutamente fraudada, que gerou contrato de fornecimento de bens viciado, o qual permanece em execução, ocasionando constantes prejuízos ao erário. A fraude, inclusive, é constantemente noticiada na mídia local, sendo de conhecimento geral. Nesse

---

15 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.142.

16 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.142-1.144.

17 GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 1.144.

caso, o requerimento de uma tutela antecipada em caráter antecedente para suspender a execução do contrato e dos respectivos pagamentos terá o condão de estancar, de imediato, o prejuízo ao erário, de modo que o legitimado coletivo poderá, com mais calma, ajuizar em momento posterior a respectiva ação para imposição das sanções legais aos agentes públicos e particulares responsáveis.

Ainda no âmbito exemplificativo, desta vez citando um caso real: recentemente foi noticiado no sítio do Ministério Público do Estado Paraná18 que o Tribunal de Justiça deu provimento a agravo de instrumento interposto pela Promotoria de Justiça de Iporã, no noroeste paranaense, determinando que a Prefeitura Municipal suspenda cinco procedimentos licitatórios até que seu portal da transparência seja regularizado. A medida foi requerida em sede tutela antecipada em caráter antecedente, de forma preliminar ao ajuizamento de futura ação por responsabilização por atos de improbidade administrativa.

5. Conclusão

O acúmulo involuntário de serviço no Poder Judiciário faz com que a tutela de urgência seja a última salvaguarda de um direito coletivo lesionado ou ameaçado de lesão. Nos casos em que há um risco ainda maior de perecimento desse direito tutelado diante da falta de tempo hábil para a instrução do procedimento extrajudicial e elaboração de completa peça exordial, a tutela de urgência de natureza antecipatória nas ações civis públicas pode ser deferida em caráter antecedente (diante da aplicação subsidiária do Código de Processo Civil ao microssistema brasileiro de processos coletivos), sendo essa tutela, inclusive, passível de estabilização em muitos casos (art. 304 do CPC/15), o que contribui para a célere pacificação social, tratando-se de interessante instrumental processual à disposição do Ministério Público.

6. Proposta de enunciado

Por força da aplicação subsidiária do CPC/15 ao microssitema de tutela coletiva e do princípio da máxima efetividade, admite-se a utilização da técnica da tutela antecipada antecedente em processos coletivos.

7. Referências bibliográficas

18 A notícia pode ser conferida no seguinte link: http://www.comunicacao.mppr.mp.br/2019/03/21315/Tribunal-de-Justica-atende-pedido-do-MPPR-e-determina-suspensao-de-licitacoes-em-Ipora-ate-que-prefeitura-regularize-seu-portal-da-transparencia.html

BONATO, Giovanni. Tutela anticipatoria di urgenza e sua stabilizzazione nel nuovo C.P.C. brasiliano: comparazione com il sistema francese e com quello italiano. *Revista da AGU*. v. 15, n.º 4. Brasília: AGU, 2016.

CAPPELLETI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de Direito Processual Civil, v.4: processo coletivo*. 9.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2014.

FICANHA, Gresiéli Taíse. Apontamentos sobre a estabilização da tutela antecipada no novo Código de Processo Civil. In: BONATO, Giovanni; SICA, Heitor Vitor Mendonça; CINTRA, Lia Carolina Batista. *I Colóquio Brasil-Itália de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, 2016.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GIDI, Antonio. *Rumo a um código de processo civil coletivo: a codificação das ações coletivas no Brasil*. Rio de Janeiro: Forense: 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Tutela de urgência e tutela da evidência: soluções processuais diante do tempo da justiça*. São Paulo: RT, 2017.

MOREIRA, Bockman Egon; BAGATIN, Andréia Cristina; ARENHART, Sérgio Cruz; FERRARO, Marcella Pereira. *Comentários à Lei da Ação Civil Pública: revisitada, artigo por artigo, à luz do novo CPC e temais atuais*. São Paulo: RT, 2015.

ALIENAÇÃO PARENTAL, OS PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E A ATUAÇÃO RESOLUTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Alexandre Marcus Fonseca Tourinho[1]

Lauro Francisco da Silva Freitas Junior[1]

RESUMO

O presente trabalho tem por objeto o estudo dos artigos 2º e 3º da Lei n. 12.318, de 26.08.2010, que dispõe sobre alienação parental, sob o enfoque do art. 227 da Constituição Federal de 1988 e da Convenção sobre os Direitos da Criança, relativamente ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e o Princípio da Convivência Familiar, apontando, de forma efetiva, o papel do Ministério Público. Não tem por objetivo exaurir o assunto, mas apenas contribuir para a sua reflexão. Apresenta jurisprudência correlata e atualizada.

Palavras-chave: Família. Princípios Constitucionais de Direito de Família. Alienação parental. Ministério Público.

EXPOSIÇÃO

1. BREVE EVOLUÇÃO DA FAMÍLIA NO BRASIL

O Direito de Família é o ramo do direito que mais evolui perante as transformações da própria sociedade, bem como é o ramo do direito que mais sofre influência dos Direitos Humanos.

O Direito de Família é o ramo mais próximo à vida que existe. Todo mundo nasce e vive em um seio familiar. Ousa-se a dizer que o Direito de Família é o mais humano de todos os ramos do direito.

A família é e sempre será a base de qualquer sociedade[19], o núcleo fundamental de toda organização social e jurídica, e que merece e precisa da mais ampla proteção do Estado.

[19] Art. 226. CF. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

Sob a égide do Código Civil de 1916, o primeiro e o principal efeito do casamento era a constituição da família legítima. A família tinha como característica ser patriarcal, matrimonial, hierarquizada e heteroparental. Família, sexo e procriação só existiam se houvesse o casamento.

Na época de filhos legítimos e ilegítimos, o Direito, dependendo do caso concreto, poderia incluir ou excluir as pessoas das relações sociais, familiares e até jurídicas, como no caso de sucessão.

As famílias começaram a ser desfeitas a partir da lei[20] que permitiu o divórcio, mesmo que lentamente, ensejando o início das novas formações familiares.

A Constituição Federal de 1988, reflexo da evolução da sociedade, da perda de interferência do Direito Canônico e da influência dos Direitos Humanos, promoveu uma mudança no Direito de Família com os artigos 226 e 227 e seus incisos.

O conceito de família foi modificado e a ordem constitucional incluiu o conceito de entidade familiar, ensejando novos modelos, não se limitando apenas a família decorrente do casamento. A família constituída pela união estável[21] e a monoparental[22], formada por qualquer dos pais e seus descendentes, passaram a desfrutar também de especial proteção do Estado. A doutrina inovou denominando diversas outras formas de entidade familiar, tais como: família anaparental[23], família avoenga[24], família eudemonista[25], família mosaico[26], entre outras.

O STF, fundamentando seus julgados nos Direitos Humanos, em especial no princípio da dignidade da pessoa humana, base de toda e qualquer sociedade democrática, reconheceu como entidade familiar, a família homoafetiva[27], formada por pessoas do mesmo sexo.

O divórcio[28] hoje é facilitado e toda essa evolução da sociedade e em especial da família refletiu nas relações pessoais entre os seus integrantes. Muitas crianças nascem de relações

---

[20] Lei n. 6.515, de 26.12.1977. Regula os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, seus efeitos e respectivos processos, e dá outras providências.
[21] Art. 226. §3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.
[22] §4º Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.
[23] Família constituída por parentes colaterais e que não descendem entre si, como por exemplo, irmãos e primos.
[24] Família constituída pelos avós e netos.
[25] Família formada a partir de laços de afeto.
[26] Também denominada como família reconstituída. Ocorre quando uma pessoa e seus filhos (família monoparental) passam a viver em união estável ou casamento com uma nova família, com uma outra pessoa e seus filhos (família monoparental). É aquela família decorrente da pluralidade de relações parentais, dando origem a uma nova família.
[27] O STF, em 05.05.2011, declarou procedente a ADIN 4277 E Arguição de Descumprimento Preceito Fundamental n. 132, com eficácia erga omnes e efeitos vinculante, conferindo interpretação conforme a CF ao art. 1723 da CC, a fim de declarar a aplicabilidade de regime da união estável às uniões entre pessoas do mesmo sexo. A Resolução n. 175 do CNJ determina que é vedada às autoridades competentes a recusa de habilitação, celebração de casamento civil ou de conversão de união estável em casamento entre pessoas de mesmo sexo.
[28] CF/88. Art. 226, §6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

eventuais e depois são objeto de disputa de pais, mais preocupados com os seus próprios sentimentos do que a formação familiar e psicossocial de seus filhos.

2. ALIENAÇÃO PARENTAL

A expressão Síndrome da Alienação Parental – SAP foi utilizada pelo psiquiatra americano Richard Gardner, após análise de crianças na década de 1970 e introduzida nos processos dos Tribunais norte-americanos em 1985.

> [...] A Síndrome de Alienação Parental (SAP) é um distúrbio da infância que aparece quase exclusivamente no contexto de disputas de custódia de crianças. Sua manifestação preliminar é a campanha denegritória contra um dos genitores, uma campanha feita pela própria criança e que não tenha nenhuma justificação. Resulta da combinação das instruções de um genitor (o que faz a "lavagem cerebral, programação, doutrinação") e contribuições da própria criança para caluniar o genitor-alvo. Quando o abuso e/ou a negligência parentais verdadeiros estão presentes, a animosidade da criança pode ser justificada, e assim a explicação de Síndrome de Alienação Parental para a hostilidade da criança não é aplicável.[29]

No Brasil, o instituto da alienação parental foi previsto pela Lei n. 12.318, de 26.08.2010, trazendo a definição logo no artigo 2º, a saber *(in verbis)*:

> *Art. 2º Considera-se ato de alienação parental a interferência na formação psicológica da criança ou do adolescente promovida ou induzida por um dos genitores, pelos avós ou pelos que tenham a criança ou adolescente sob a sua autoridade, guarda ou vigilância para que repudie genitor ou que cause prejuízo ao estabelecimento ou à manutenção de vínculos com este.*

E em seguida, a lei exemplifica uma série de condutas do agente alienador ou com o auxílio de terceiros, sem contudo esgotá-las *(in verbis)*:

> Parágrafo único. São formas exemplificativas de alienação parental, além dos atos assim declarados pelo juiz ou constatados por perícia, praticados diretamente ou com auxílio de terceiros:
> I – realizar campanha de desqualificação da conduta do genitor no exercício da paternidade ou maternidade;
> II – dificultar o exercício da autoridade parental;
> III – dificultar contato de criança ou adolescente com genitor;
> IV – dificultar o exercício do direito regulamentado de convivência familiar;
> V – omitir deliberadamente a genitor informações pessoais relevantes sobre a criança ou adolescente, inclusive escolares, médicas e alterações de endereço;
> VI – apresentar falsa denúncia contra genitor, contra familiares deste ou contra avós, para obstar ou dificultar a convivência deles com a criança ou adolescente;
> VII – mudar o domicílio para local distante, sem justificativa, visando a dificultar a convivência da criança ou adolescente com o outro genitor, com familiares deste ou com avós.

Maria Berenice Dias (2011) doutrina que a alienação parental nada mais é do que:

> [...] uma lavagem cerebral feita pelo guardião, de modo a comprometer a imagem do outro genitor, narrando maliciosamente fatos que não ocorreram ou não aconteceram conforme a descrição feita pelo alienador. Assim, o infante passa aos poucos a se

[29] Disponível em: <http://www.alienacaoparental.com.br/textos-sobre-sap-1/o-dsm-iv-tem-equivalente>. Acesso em: 10 maio 2017.

> convencer da versão que lhe foi implantada, gerando a nítida sensação de que essas lembranças de fato ocorreram. Isso gera contradição de sentimentos e destruição do vínculo entre o genitor e o filho. Restando órfão do genitor alienado, acaba o filho se identificando com o genitor patológico, aceitando como verdadeiro tudo o que lhe é informado. (DIAS, 2011, p. 463)[30].

A alienação parental consiste na conduta de um dos genitores, dos avós ou de quem tenha autoridade sobre a criança ou adolescente, em interferir na sua formação psicológica, objetivando que o menor repudie o outro genitor ou cause prejuízo ao vínculo afetivo mantido com este e seus familiares.

A alienação parental pode ocorrer no seio de toda e qualquer forma de entidade familiar, e não somente naquelas advindas da dissolução matrimonial.

O conceito trazido pela lei identifica o agente alienador, que pode ser qualquer um dos pais, os avós ou qualquer pessoa que conviva com a criança e que exerça autoridade sobre ela.

É certo que nas relações dos genitores onde ainda há muitas mágoas pelo fim da relação amorosa, aqueles que são os titulares do poder familiar e que são os responsáveis pela formação e educação de uma criança ou de um adolescente, são os que mais praticam a alienação parental, violando o direito fundamental de convivência saudável e de afeto nas relações da criança e do adolescente perante o seu genitor e de seu grupo familiar.

É de conhecimento de todo operador do Direito que atua nas Varas de Família, que quanto maior o grau de insatisfação e mágoa entre os genitores, maiores são as probabilidades de crianças e adolescentes serem expostos a alienação parental e litígios no Judiciário.

Nas separações amigáveis, onde vigora aparente cordialidade entre os genitores, a situação pode ser alterada pelo passar do tempo e em virtude de fatos supervenientes, tais como um novo relacionamento de um dos genitores ou o nascimento de outro filho, situações estas que refletem na vida entre pais e filhos.

A alienação parental se materializa pelas mais diversas condutas do agente alienador, tais como: impedir uma viagem da criança com o seu genitor, não avisar sobre um evento no colégio, afirmar que o genitor irá buscar para passear em determinada hora, mas o genitor não está ciente do passeio fazendo a criança esperar, criticar a religião do genitor, fazer comentários perversos a respeito do sobrenome do genitor, etc.

Nas situações de alienação parental, a conduta mais grave de todas, é a de incutir falsas memórias, inclusive falsas denúncias de abuso sexual do genitor em relação à criança ou adolescente.

[30] DIAS, Maria Berenice. **Manual de Direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Euclides de Oliveira (2015), ao escrever a respeito da conduta do agente alienador, doutrina[31]:

> [...] Os diferentes nomes que podem ser ajuntados bem demonstram como se pratica a alienação parental: "lavagem cerebral" (pela influência nefasta na mente do filho), "implantação de falsas memórias" (pela introdução de elementos fantasiosos e prejudiciais ao outro cônjuge, fazendo o filho acreditar que sejam fatos verdadeiros, por isso motivadores de seu afastamento), pressão psicológica" (chegando às raias da coação moral, por impingir ao filho conduta danosa ao outro genitor, "relação de influência" (que é pouco, diante da carga de força negativa empregada contra a mente do filho em formação), "fazer a cabeça da criança" (no sentido do comum de desviar a liberdade de expressão e direcionar a conduta pessoal de outrem) etc. (OLIVEIRA, 2015, p. 282).

Diversas são as formas de se praticar a alienação parental. O legislador, por sua vez, buscando encontrar soluções para o fim deste problema social e jurídico, editou a lei da alienação parental, sendo caracterizada como um marco na legislação, trazendo inclusive consequências judiciais[32] para o alienador, como a perda do poder familiar e suspensão do direito de visita, visando à convivência familiar saudável e harmoniosa.

Apesar da guarda compartilhada ser a regra atual no ordenamento jurídico pátrio, ainda prevalece na prática a guarda unilateral da mãe. E mesmo na guarda compartilhada é possível a ocorrência da alienação parental.

Entretanto, nem a guarda compartilhada e nem a lei da alienação parental são garantias do fim desta prática promovida por inúmeros pais, avós e terceiros[33].

A disputa da guarda de filhos, utilizando como arma o discurso do "amor" acarreta a alienação parental e só acabará quando as feridas do fim do relacionamento cicatrizarem e os genitores olharem primeiramente para os seus filhos e depois para si mesmos.

---

[31] OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 282.

[32] TJPA-0060303) APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE PERDA DE PODER FAMILIAR C/C SUSPENSÃO DO DIREITO DE VISITAS. SENTENÇA QUE JULGOU PROCEDENTE O PEDIDO. CORRETA. DOCUMENTOS QUE COMPROVAM GRAVE VIOLÊNCIA PSICOLÓGICA E ABUSO SEXUAL REALIZADOS PELO PAI BIOLÓGICO EM RELAÇÃO À MENOR. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I - A destituição do poder familiar é uma medida de proteção, para que o desenvolvimento integral previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente seja assegurado, de maneira que se deve observar primordialmente o melhor interesse da criança. II - Existem provas cabais de que o apelante descumpriu com seus deveres de pai em relação à filha, não havendo dúvidas de que o próprio genitor submeteu a filha a grave violência psicológica e abuso sexual, conforme depoimentos, estudo técnico e laudo pericial. III - Inexiste qualquer prova nos autos de que a genitora da menor tenha realizado alienação parental, conforme afirma o apelante. Por outro lado, em relatório de atendimento da criança no CREAS foi verificado indícios e indicadores de síndrome de alienação parental do pai em referência à mãe, com difamação, agressividade sem motivo aparente e uso de frases prontas e xingamentos. IV - O apelante é um homem agressivo, estando, inclusive, respondendo por crime de violência doméstica contra a genitora da menor e questão. Além disso, não presta qualquer assistência moral e emocional em favor da filha, o que implica necessariamente na ausência de vínculo e, sobretudo, na sua impossibilidade de prover os cuidados necessários ao desenvolvimento da mesma. V - Considerando o melhor interesse da criança e em consonância com o parecer Ministerial, voto pelo conhecimento e Desprovimento do presente recurso. (Apelação n. 00077358220138140028 (160559), 1ª Câmara Cível Isolada do TJPA, Rel. Gleide Pereira de Moura. j. 30.05.2016, DJE 09.06.2016).

[33] TJBA-0038232) AGRAVO DE INSTRUMENTO. MENOR. TRANSFERÊNCIA DA GUARDA PROVISÓRIA PARA OS AVÓS PATERNOS, ASSEGURADO O DIREITO DE VISITA ASSISTIDA AOS GENITORES. ACUSAÇÕES DE ABUSO SEXUAL E ALIENAÇÃO PARENTAL RECÍPROCAS. DECISÃO PRIMÁRIA PAUTADA EM CRITÉRIOS DE PRUDÊNCIA E RAZOABILIDADE. PRESERVAÇÃO DOS INTERESSES DA CRIANÇA. NECESSIDADE. RECURSO IMPROVIDO. Não merece reproche a decisão primária que, pautada em critérios de prudência e razoabilidade, transfere a guarda provisória de menor aos avós paternos, até que sejam melhor esclarecidas as acusações de abuso sexual e alienação parental trocadas pelos genitores, aos quais fora assegurado o direito de visita assistida, por se tratar de medida que, por ora, se revela mais adequada para a preservação dos interesses da criança. (Agravo de Instrumento n. 0025379-06.2015.8.05.0000, 5ª Câmara Cível/TJBA, Rel. Marcia Borges Faria. Publ. 09.09.2016).

3. PRINCÍPIOS DO DIREITO DE FAMÍLIA E ALIENAÇÃO PARENTAL

O princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º da Constituição Federal, princípio este fundamental em nosso ordenamento jurídico e que sustenta o Estado Democrático de Direito, serviu de fundamento para as transformações no Direito de Família.

Maria Berenice Dias, doutrina[34]:

> [...] Na medida em que a ordem constitucional elevou a dignidade da pessoa humana a fundamento da ordem jurídica, houve uma opção expressa pela pessoa, ligando todos os institutos a realização de sua personalidade. Tal fenômeno provocou a despatrimonialização e a personalização dos institutos, de modo a colocar a pessoa humana no centro protetor do direito. (DIAS, 2009, p. 61-63).

E nesse contexto, o constituinte originário estabeleceu diversos dispositivos que visam proteger a criança e o adolescente nos aspectos sociais, familiares e educacionais, objetivando proteger essa fase da vida tão importante na formação de cada ser e desenvolver cidadãos preparados para construir uma sociedade livre, justa e solidária.

O art. 6º da Constituição Federal de 1988 determina a proteção da infância como direito social, devendo ser garantida pelo Estado, pela sociedade e pela família.

A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1990 reconhece que para o pleno e harmonioso desenvolvimento da personalidade da criança, a mesma deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão[35].

O art. 227 da CF/88 estabelece o princípio do melhor interesse da criança, sendo um reflexo do caráter da proteção integral da doutrina dos direitos da criança e do adolescente, previsto no art. 1º do Estatuto da Criança e do Adolescente[36].

Paulo Lobo (2015) doutrina sobre o Princípio do Melhor Interesse da Criança[37]:

> [...] O princípio do melhor interesse significa que a criança – incluído o adolescente, segundo a Convenção Internacional dos Direitos da Criança – deve ter seus interesses tratados com prioridade, pelo Estado, pela sociedade e pela família, tanto na elaboração quanto na aplicação dos direitos que lhe digam respeito, notadamente nas relações familiares, como pessoa em desenvolvimento e dotada de dignidade. Em verdade, ocorreu uma completa inversão de prioridades, nas relações entre pais e filhos, seja na convivência familiar, seja nos casos de situações de conflitos, como nas separações de casais. O pátrio poder existia em função do pai; já o poder familiar existe em função e no interesse do filho. Nas separações dos pais o interesse do filho era secundário ou irrelevante; hoje, qualquer decisão deve ser tomada considerando seu melhor interesse. (LOBO, 2015, p. 123).

---

[34] DIAS. Berenice. **Manual de direito das famílias:** princípios do direito de família. 5ª edição revista, atualizada e ampliada. 2ª tiragem. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009. p.61-63.
[35] Decreto n. 99.710, de 21.11.1990. Preâmbulo. Reconhecendo que a criança, para o pleno e harmonioso desenvolvimento de sua personalidade, deve crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão.
[36] Lei n. 8.069, de 13.07.1990. Art. 1º Esta Lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente.
[37] LÔBO, Paulo. Direito de família e os princípios constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015.

A jurisprudência vem aplicando o Princípio do Melhor Interesse da Criança nos diversos processos de Direito de Família, bem como na aplicação da Lei de Alienação Parental.

> TJBA-0039480) APELAÇÕES CÍVEIS SIMULTÂNEAS. AÇÃO DE MODIFICAÇÃO DE GUARDA. PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DE CADA CASO. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES DA MÃE EM EXERCER A GUARDA UNILATERAL OU COMPARTILHADA. ATRIBUIÇÃO DA GUARDA UNILATERAL AO PAI. DIREITO DE VISITAS DESACOMPANHADAS. NECESSIDADE DE AMPLIAÇÃO. ALIENAÇÃO PARENTAL. OCORRÊNCIA. ADVERTÊNCIA. CABIMENTO. 1. A fixação da guarda dos filhos menores, no caso de separação do casal, deve atender ao princípio do melhor interesse da criança, diante de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Somente o exame atento das circunstâncias de cada caso concreto, com sensibilidade, poderá revelar a melhor solução para a criança, de modo que não há falar em preferência pela mãe, inclusive em face do princípio constitucional da igualdade entre os genitores. 2. Constatada a inaptidão da mãe para o exercício da guarda unilateral ou mesmo compartilhada, revela-se acertada a sentença que determina a permanência dos filhos menores sob a guarda unilateral do pai, sobretudo quando amparada em relatórios psicossociais, lavrados por profissionais qualificados e imparciais. 3. Em respeito à vontade dos filhos, deve ser resguardado e ampliado o direito de visitação, fora da residência paterna e sem vigilância, a fim de que aqueles possam cultivar e reforçar os laços afetivos com a mãe. 4. Verificada a prática de atos de alienação parental pelos genitores, deve o magistrado aplicar uma das sanções previstas no art. 6º, da Lei n. 12.318/2010, com atenção aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo certo que a advertência é a mais branda dentre elas. Apelo do autor improvido. Apelo da ré parcialmente provido. (Apelação n. 0000051-93.2014.8.05.0199, 3ª Câmara Cível/TJBA, Rel. Rosita Falcão de Almeida Maia. Publ. 05.10.2016).

Neste julgado a seguir, em obediência ao Princípio do Melhor Interesse da Criança e a presença de indícios da alienação parental praticada pelo genitor e avó paterna, a guarda passou a ser exercida pela mãe.

> TJMS-0038578) AGRAVO DE INSTRUMENTO – AÇÃO DE DIVÓRCIO – ALTERAÇÃO DA GUARDA DOS FILHOS MENORES – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DAS CRIANÇAS – INDÍCIOS DE ALIENAÇÃO PARENTAL EXERCIDO PELO PAI – PARECER PSICOSSOCIAL – DEMONSTRAÇÃO DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS E PSICOLÓGICAS DA GENITORA PARA EXERCER A GUARDA SOBRE OS FILHOS – DECISÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Em face do princípio do melhor interesse da criança, somando-se ao fato de haver fortes indícios de que os menores estão sofrendo alienação parental por parte do pai e avó paterna, a fim de impedir o convívio com a mãe, a alteração da guarda provisória, para que passe a ser exercida pela genitora, é medida que se impõe. (Agravo de Instrumento n. 1408215-14.2016.8.12.0000, 1ª Câmara Cível do TJMS, Rel. Divoncir Schreiner Maran. j. 13.09.2016).

O Estatuto da Criança e do Adolescente objetiva assegurar à criança e ao adolescente todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana e a absoluta prioridade dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à

profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária[38].

A Lei n. 12.318/2010, que dispõe sobre a alienação parental, estabelece no art. 3º, *in verbis*:

> *Art. 3º A prática de ato de alienação parental fere direito fundamental da criança ou do adolescente de convivência familiar saudável, prejudica a realização de afeto nas relações com genitor e com o grupo familiar, constitui abuso moral contra a criança ou o adolescente e descumprimento dos deveres inerentes à autoridade parental ou decorrentes de tutela ou guarda.*

Para garantir o direito fundamental da dignidade da pessoa humana à criança e ao adolescente, é necessário assegurar uma convivência familiar sadia, um ambiente de harmonia, amor e equilíbrio, o que na maioria das vezes, em virtude de tudo o que envolve uma separação e o grau de mágoas e insatisfações recíprocas, não se faz presente e acarreta danos e sacrifícios dos filhos.

O Princípio da Convivência Familiar, estabelecido no art. 227 da CF/88, art. 1513 do Código Civil[39] e art. 9.3 da Convenção sobre os Direitos da Criança[40], estabelece que os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

O princípio assegura que a criança e o adolescente têm direito à convivência familiar que não se limita a relação de pai e mãe e filho, devendo-se estender por toda a família[41], como avós, tios e primos.

---

[38] Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.
Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.
Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
Art. 15. A criança e o adolescente têm direito à liberdade, ao respeito e à dignidade como pessoas humanas em processo de desenvolvimento e como sujeitos de direitos civis, humanos e sociais garantidos na Constituição e nas leis.
Art. 18. É dever de todos velar pela dignidade da criança e do adolescente, pondo-os a salvo de qualquer tratamento desumano, violento, aterrorizante, vexatório ou constrangedor.

[39] Art. 1.513. É defeso a qualquer pessoa, de direito público ou privado, interferir na comunhão de vida instituída pela família.

[40] 9.3 Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

[41] TJSC-0388026) DIREITO DE FAMÍLIA E ECA - REVOGAÇÃO DE VISITAS – AVÓS PATERNOS – CONDUTAS DESABONADORAS – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – ATRITOS ENTRE AS FAMÍLIAS MATERNA E PATERNA – PRINCÍPIO DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE – VISITAS MANTIDAS. 1. O direito da criança e do adolescente à convivência familiar está expressamente consagrado pela Lei n. 8.069/1990, e não se limita ao convívio com os genitores, devendo ser interpretado de forma a abranger os demais parentes, como avós e colaterais, para garantir ao infante ambiente que lhe assegure o desenvolvimento integral. 2. Deve ser indeferido o pedido de revogação de visitas se não comprovados os comportamentos desabonadores narrados na peça inicial, em especial quando constatado que eventual resistência da criança às visitas se deve à constante alienação 'parental' promovida pelos familiares

Sob a influência do princípio, a doutrina mais moderna substitui a expressão “direito de visita” do genitor não guardião por direito de convivência. O princípio assegura que a criança e o adolescente tem o direito à convivência familiar junto ao seu genitor não guardião e sua família, não podendo o guardião impedir o acesso ao outro e sua família, com restrições inapropriadas.

ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A recomendação nº 32, de 5 de abril de 2016, dispõe sobre a uniformização e atuação do Ministério Público Brasileiro, através de políticas e diretrizes administrativas que fomentem o combate à síndrome de Alienação Parental que compromete o direito à convivência familiar da criança, adolescente, pessoas com deficiência e incapazes de exprimir a sua vontade.

Ao recomendar aos membros do Ministério Público que busquem pelos meios dispostos ao seu alcance, alerta o CNMP pela necessidade da ação ministerial sempre buscando a resolutividade dos problemas atinentes ao tema, desenvolvendo projetos que objetivem a conscientização pública sobre a importância da guarda compartilhada como meio de evitar a alienação parental, realização de palestras e divulgações esclarecedoras e pedagógicas sobre o tema, junto à sociedade, buscando a efetivação dos vínculos familiares e parentais.

É evidente, que a mera intervenção judicial, independente de promovida pelo Ministério Público ou pelos litigantes, goza de distância abissal à solução do problema, podendo, ainda, servir como instrumento de agravação dos prejuízos causados às crianças vítimas da alienação, que ficam expostas exageradamente ao litígio.

Claro que o promotor de justiça tem legitimidade para promover demandas decorrentes da alienação parental, no entanto, em razão da gravidade do problema, a simples inversão da guarda ou mesmo a punição do pai alienador, com o afastamento da criança, não pode ser apontada como solução viável, melhor seria buscar desconstruir a imagem do agressor buscando sempre a reaproximação da família.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 70-A, traz a solução mais adequada ao melhor interesse da vítima, ao propor o apoio e o incentivo às práticas de resolução pacífica de conflitos que envolvam violência contra a criança e o adolescente.

Para tanto, o Promotor de Justiça, além de procurar articular a rede de proteção, poderá promover campanhas junto a comunidade do local de sua atuação visando a identificação da

---

que detém a guarda da infante. (Apelação n. 0001907-41.2009.8.24.0037, 5ª Câmara de Direito Civil do TJSC, Rel. Luiz Cézar Medeiros. j. 18.07.2016).

alienação parental, buscando instruir dirigentes e professores das escolas municipais e estaduais, tornando-os difusores de conhecimento e denúncias de casos.

Identificada a alienação, sem a necessidade de promoção de medida judicial, os envolvidos poderão ser chamados ao Ministério Público, onde a equipe técnica formada por psicólogos e assistentes sociais poderá buscar a melhor orientação à família, procurando separar os casos de abuso ou violência que justifique a reação da criança.

CONCLUSÃO

É certo que a alienação parental existe em todas as formas de família e o pai e a mãe são os principais sujeitos ativos na violação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

O fim da relação amorosa dos pais reflete diretamente na relação que os genitores passam a ter com seus filhos. Há uma inversão de valores e de comportamentos, pois os que mais deveriam proteger, os que mais amam, são os mesmos que violam os princípios e os agridem psicologicamente.

O legislador, preocupado com a evolução da sociedade e em especial com a realidade das novas formas de família, editou a lei sobre alienação parental como mais um mecanismo de proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente.

A aplicação da lei que dispõe sobre alienação parental é essencial para a garantia desses direitos e constituí um dos grandes desafios do Ministério Público. Este, em seus atos, sempre deve estar atento aos Princípios do Melhor Interesse da Criança e o da Convivência Familiar, desapegando de meras ações judiciais, para buscar a resolução da questão que transcende as paredes das cortes judiciais.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

No enfrentamento dos casos de alienação parental o Promotor de Justiça deve evitar as demandas judiciais, procurando aparelhar e treinar a rede de proteção, especialmente, os personagens da educação, para identificar e tratar os referidos casos.

REFERÊNCIAS

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2004.

DIAS, Berenice. **Manual de direito das famílias:** princípios do direito de família. 5. ed. rev., atual. e amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. Alienação parental: um crime sem punição. In: _____ (Coord.). **Incesto e alienação parental:** realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 54-60.

FARIAS, Cristiano Chaves de. A família parental. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 247-253.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. ***Novo curso de direito civil:*** *direito de família – as famílias em perspectiva constitucional*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 6.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2016. v. 6.

LÔBO, Paulo. Direito de Família e os Princípios Constitucionais. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 123.

OLIVEIRA, Euclides de. Alienação parental e as nuances da parentalidade: guarda e convivência familiar. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha. **Tratado de direito das famílias**. Belo Horizonte: IBDFAM, 2015. p. 282.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil:** direito de família. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2013. v. 5.

TRINDADE, Jorge. Síndrome da Alienação Parental**.** In: DIAS, Maria Berenice. (coord.). **Incesto e alienação parental:** realidades que a justiça insiste em não ver. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010. p. 58-67.

A Lei do Sinase (Lei 12.594 de 2012), Unificação de Medidas Socioeducativas e o Princípio da Subsunção (absorção lógica de uma medida por outra)

Epaminondas da Costa –
Promotor de Justiça em Minas Gerais

Síntese Dogmática:

A exegese do art. 45 da Lei do Sinase aponta que a unificação de medidas socioeducativas ali prevista se refere à medida de internação. Quanto às medidas socioeducativas de meio aberto, conforme o caso, aplica-se o princípio doutrinário da subsunção (absorção lógica de uma medida socioeducativa por outra de igual ou de maior abrangência pedagógica).

Proposta de enunciado:

Medidas socioeducativas. Unificação legal. Unificação *sui generis*. Princípio doutrinário da Subsunção. Hipóteses de ocorrência. Função pedagógica e/ou de defesa social da responsabilização socioeducativa incompatível com o caráter "retributivo" das penas.

Introdução

Diante do cometimento de atos infracionais por inimputáveis – adolescentes –, existe, como resposta legal, com sede no art. 112 da Lei 8.069 de 1990, as chamadas medidas socioeducativas, as quais possuem função pedagógica e/ou de defesa social, especialmente nos casos mais graves. Este é o magistério do insigne Procurador de Justiça paulista Paulo Afonso Garrido de Paula, um dos autores do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Pode-se afirmar, destarte, que as medidas socioeducativas possuem natureza diversa da pena; esta, destinada aos imputáveis. Por isto, considera-se inconcebível que lhes seja atribuído caráter "retributivo", mormente à luz dos princípios constitucionais e estatutários da

excepcionalidade e da brevidade da medida socioeducativa de internação, principalmente. É preciso destacar, contudo, que, mesmo assim, há quem sustente o caráter "retributivo", imanente, por assim dizer, às medidas socioeducativas.

De qualquer modo, nem todo ato infracional implica em responsabilização socioeducativa, sobretudo porque o art. 35, II da Lei 12.594 de 2012 estabelece a *"excepcionalidade da intervenção judicial e da imposição de medidas, favorecendo-se meios de autocomposição de conflitos".*

Com efeito, além da previsão estatutária de que o Ministério Público possa conceder "remissão simples, pura ou própria", isto é, sem incluir a imposição de qualquer medida socioeducativa de meio aberto pelo juiz (arts. 126 e 127 da Lei 8.069 de 1990), há, na Lei do Sinase, a previsão da chamada *subsunção*, em que medidas socioeducativas de mesma natureza, no processo de unificação, são absorvidas umas pelas outras, conforme o caso.

Do ponto de vista prático, essa unificação apresenta alguns desafios e, por tal razão, a presente tese se justifica.

Fundamentação

A unificação de medidas socioeducativas está estabelecida no art. 45 da Lei 12.594 de 2012, com a previsão de que a autoridade judiciária fá-lo-á sempre que, no transcurso da execução, "*sobrevier sentença de aplicação de nova medida",* mais precisamente quanto à medida socioeducativa privativa de liberdade (internação).

Existe outra espécie *sui generis* de unificação de medidas socioeducativas, mais precisamente quando é realizado o julgamento simultâneo de vários processos, nos quais sobrevenha, ilustrativamente, uma única medida de internação pelo prazo máximo de até três anos. Há, assim, uma espécie de antecipação da unificação das medidas cogitáveis para cada um daqueles feitos.

A explicação para esse fenômeno da *subsunção* (absorção lógica de uma medida por outra) reside no fato de que um dos principais objetivos legais das medidas socioeducativas é justamente a "*desaprovação da conduta infracional"*, conjugada com *"a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional"* (art. 1º, § 2º da Lei do Sinase), sem a necessidade, portanto, da exacerbação da *punição*.

Consequentemente, se o autor do ato infracional estiver cumprindo medida socioeducativa em razão de fato posterior, ao qual caiba responsabilização socioeducativa de mesma "intensidade sancionatória", obviamente haverá inutilidade, em termos práticos, quanto à imposição de nova medida socioeducativa em relação ao fato pretérito, porquanto a

desaprovação da conduta infracional já estará sendo efetivada por meio da execução em curso.

Em verdade, a multiplicidade de medidas socioeducativas *"com o mesmo objetivo, a mesma abrangência pedagógica"* não aumenta, em essência ou de forma objetiva, o grau de desaprovação da conduta infracional, salvo se, no curso da execução de medidas socioeducativas de meio aberto, sobrevier imposição da medida de internação, que possui "*maior abrangência pedagógica".* Tal medida de internação poderá advir de fato anterior ou posterior. Neste caso, o princípio da *subsunção* aplicar-se-á no sentido de dispensar o autor do ato infracional do cumprimento das medidas de meio aberto porventura em execução.

Há quem advogue a tese, segundo a qual, ainda que incabível a execução de cada nova medida aplicada, a prolação das correspondentes sentenças *condenatórias* seria importante para efeito de justificar, futuramente, o agravamento da responsabilização socioeducativa, com a imposição da internação pelo prazo máximo de até três anos.

Todavia, é forçoso destacar que, na redação do art. 122, II da Lei 8.069 de 1990, o legislador estatutário preferiu deliberadamente utilizar-se do verbo "reiterar" ao verbo "reincidir", cujo alcance semântico é sabidamente diverso, especialmente em sentido técnico-jurídico.

O fato é que, na atualidade, os tribunais pátrios vêm compreendendo acertadamente que, ante a ausência de restrição legal expressa, a "reiteração" de que cuida o art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da quantidade de atos infracionais cometidos, bastando, portanto, que as circunstâncias do caso examinado indiquem a conveniência de uma medida socioeducativa mais vigorosa, mormente à luz do disposto no art. 1º, § 2º, I e III, da Lei 12.594 de 2012.

Curiosamente, aliás, o Superior Tribunal de Justiça, de forma assaz eloquente e magistral, já decidiu que:

> PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ECA. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE INTERNAÇÃO. ART. 122, II, DO ECA. REITERAÇÃO. AS PECULIARIDADES E AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO DEFINIRÃO A POSSIBILIDADE DE SUA INCIDÊNCIA. MUDANÇA DE ORIENTAÇÃO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do *habeas corpus*, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. Esse entendimento objetivou preservar a utilidade e a eficácia do habeas corpus, que é o instrumento constitucional mais importante de proteção à liberdade individual do cidadão ameaçada por ato ilegal ou abuso de poder, garantindo a celeridade que o seu julgamento requer. 2. Dispõe o art. 122 do Estatuto da Criança e Adolescente que a aplicação de medida socioeducativa de internação é possível nas seguintes hipóteses: em razão de ato infracional praticado mediante grave ameaça ou violência contra a pessoa; pela reiteração no cometimento de outras infrações graves; ou pelo descumprimento reiterado e injustificado de medida anteriormente imposta. 3. **As peculiaridades e as circunstâncias do caso concreto definirão se a reiteração estará**

> **configurada de modo a atrair a incidência do art. 122, II, do ECA, e, portanto, autorizar a aplicação da medida socioeducativa de internação.** Precedentes. 4. O verbete sumular n. 492/STJ não veda a aplicação da medida de internação, ao contrário, extrai-se de sua exegese a possibilidade de imposição da medida mais gravosa ao ato infracional análogo ao crime de tráfico, impossibilitando tão somente sua obrigatoriedade. 5. Desta feita, não há que se falar em quantificação do caráter socioeducador do Estatuto da Criança do Adolescente, seja em razão do próprio princípio da proteção integral, seja em benefício de seu próprio desenvolvimento, uma vez que tais medidas não ostentam a particularidade de pena ou sanção, de modo que inexiste juízo de censura, mas, sim, preceito instrutivo, tendo em vista que exsurge, "após o devido processo legal, a aplicação da medida socioeducativa, cuja finalidade principal é educar (ou reeducar), não deixando de proteger a formação moral e intelectual do jovem". Apontamentos doutrinários. 6**.** *À luz do princípio da legalidade, deve-se afastar da quantificação de infrações, devendo, portanto, a imposição da medida socioeducativa pautar-se em estrita atenção às nuances que envolvem o quadro fático da situação em concreto*. 7. Modificação de orientação deste Colegiado para comungar da perspectiva proveniente da doutrina e da majoritária jurisprudência da Pretória Corte e da Quinta Turma deste Tribunal da Cidadania, de modo que a reiteração pode resultar do próprio segundo ato e, por conseguinte, a depender das circunstâncias do caso concreto, poderá vir a culminar na aplicação da medida de internação. 8. Habeas corpus denegado (sem destaques no original). (STJ. *HABEAS CORPUS* Nº 347434 SP (2016/0015942-0), RELATOR: Ministro NEFI CORDEIRO. Data do Julgamento: 27/09/2016. Data de Publicação: 13/10/2016).

Enfim, mesmo em caso de comprovada reincidência, nem por isto a medida socioeducativa de internação será imposta obrigatoriamente, a exemplo do que ocorre com os atos infracionais sem “repercussão social” ou que não estejam revestidos de gravidade.

O tráfico ilícito de drogas, por seu turno, em razão da sua natureza hedionda, contanto que seja cometido de forma reiterada, com pequenos intervalos entre uma conduta e outra, poderá ensejar a imposição da medida privativa de liberdade, em razão da indicação objetiva da recalcitrância do seu autor em abandonar a conduta antissocial.

Nesse diapasão, o Ministério Público de Uberlândia interpôs o recurso de apelação em face da sentença que, julgando simultaneamente três ações socioeducativas sobre o tráfico de drogas, fixou medidas de meio aberto, tendo sido sustentado o seguinte:

> Ora, se a situação da apelada fosse daquelas em que, depois de praticado o ato infracional anterior, a autora tivesse passado alguns meses sem se envolver em novas condutas infracionais, poder-se-ia presumir que o novo ato infracional perpetrado seria apenas o indicativo da sua “recaída” no esforço de mudança de comportamento social. Então, apesar da reiteração infracional, por óbvio, a medida de internação mostrar-se-ia desproporcional e injusta, deixando de exercer papel pedagógico, para assumir função meramente punitiva ou vingativa. Porém, aqui, os atos infracionais cometidos pela representada, de igual natureza, são factualmente contínuos, sem revelação, portanto, do seu propósito de cessá-los. Daí que, portanto, a medida de internação é que melhor se coaduna com os objetivos legais estabelecidos no art. 1º, § 2º, I e III da Lei do Sinase.

Volvendo ao tema específico da unificação de medidas, eis, a seguir, um exemplo prático da Comarca de Uberlândia, com a transcrição da manifestação ministerial completa:

> MM. Juiz:
>
> Inicialmente, verifica-se que foram impostas ao socioeducando duas medidas de internação, a saber:
>
> 1. Sentença proferida em 03/07/2017, relativa a ato infracional praticado em *26/10/2016* (fls. 09/10-verso). O cumprimento da medida teve início em *29/08/2017* (fl. 18-verso).
>
> 2. Sentença proferida em 26/01/2018, relativa a ato infracional praticado em *11/05/2017* (fls. 34/35), ou seja, antes do início da execução da medida de internação.

Com efeito, a unificação de tais medidas se justificaria apenas para reconhecer que o prazo máximo da internação deve ser respeitado (03 anos), sem a possibilidade do seu reinício em razão do advento de nova sentença *condenatória*. Esta assertiva está alicerçada nas disposições expressas do art. 45, § 1º da Lei 12.594/2012.

Nesse diapasão, de forma bastante didática e segura, o Promotor de Justiça paulista Luiz Antônio Miguel Ferreira, por meio do artigo intitulado "Unificação das Medidas Socioeducativas"[42], esclarece que:

> **"***Cabimento*: a unificação da medida, somente será verificada se o adolescente em conflito com a lei já cumpre medida socioeducativa e foi sancionado com outra, idêntica, ou da mesma natureza. Nesta hipótese, deve-se verificar se a medida aplicada decorre ou não de ato infracional praticado durante a execução (Art. 45, §1º).

Apesar de entendimento contrário, a unificação somente será processada se for aplicada ao adolescente a mesma medida socioeducativa que já cumpre. Em se tratando de medidas de natureza diversa e que podem ser cumpridas em meio aberto, não há que se falar em unificação, pois haverá procedimentos distintos de execução em nome do adolescente, que poderão ser apensados, a fim de facilitar a fiscalização quanto ao seu cumprimento por parte do Juízo da Infância e da Juventude, mas não a sua unificação.

Diante disso, duas hipóteses são estabelecidas pela lei para a unificação das medidas socioeducativas:

> *1ª hipótese*: A medida não corresponde a ato infracional praticado durante a execução, mas relativa a fato anterior: nessa situação, não há o reinício do cumprimento. Deve-se considerar o prazo da medida que está sendo executada, que também terá pertinência em relação a esta nova medida aplicada.
>
> *2ª hipótese*: A medida socioeducativa foi aplicada em razão de ato infracional praticado durante a execução de outra medida socioeducativa. Neste caso, pode-se determinar o reinício do cumprimento da medida".
>
> Adiante, no mesmo artigo doutrinário, esse ilustre Promotor de Justiça paulista aponta que:
>
> "Estabelece o § 1º do Artigo 45 da Lei do SINASE que nestas hipóteses [advento de nova medida socioeducativa para ato infracional cometido antes do cumprimento da execução da medida atual], está vedado determinar o reinício do cumprimento da medida ou deixar de considerar os prazos máximos e de liberação compulsória previstos no ECA. Em outros termos, o reinício da medida e a sua unificação somente é cabível quando se referir a medida

[42] Retirado do *sitio:* http://www.recriaprudente.org.br/site/abre_artigo.asp?c=28. Acesso em 10/03/2018.

socioeducativa aplicada por ato infracional praticado durante a execução. Caso a medida seja aplicada em razão de ato infracional praticado antes da execução, poderá ser levada em consideração para fins de avaliação de eventual progressão da medida socioeducativa".

Em resumo, constata-se que a segunda sentença possui a função de somente servir de alerta na avaliação do momento *apropriado* para a extinção antecipada da medida socioeducativa de internação, isto é, antes do prazo máximo legal de sua execução.

A propósito, o Relatório Multidisciplinar do Centro Socioeducativo de Uberlândia (CSEUB), às fls. 42/43, sugere a manutenção da presente medida.

De acordo com as lições da doutrina especializada, sobrelevando aquelas da lavra do eminente Procurador de Justiça paulista Paulo Afonso Garrido de Paulo – um dos autores do Estatuto da Criança e do Adolescente –, a responsabilização jurídica do representado deve estar estribada na seguinte noção:

> "As medidas socioeducativas, na substância, são ao mesmo tempo um meio de defesa social e instrumento de intervenção educativa na tentativa de reversão do potencial criminógeno demonstrado pela prática da conduta tipificada como infração penal. Neste último aspecto e pensando na privação de liberdade como resposta estatal, é necessário reconhecer que a internação existe para proteger a sociedade de atos infracionais violentos praticados por adolescentes, porque não é de se esperar que se eduque alguém para a liberdade através da prisão. Então, a privação de liberdade funciona como instrumento de defesa social"[43].

Destarte, o Ministério Público propugna pela manutenção da presente medida socioeducativa de internação.

Ademais, o *Parquet* requer a Vossa Excelência que seja proferida decisão de unificação das medidas socioeducativas de internação alhures mencionadas, a fim de se reconhecer que apenas uma das sentenças será executada efetivamente, além do estabelecimento do prazo único de seis meses para a reavaliação de tal medida, a contar de 29/08/2017 (fl. 18-verso).

(a.) Epaminondas da Costa

Em rigor, o destacado Defensor Público paulista Flávio Américo Frasseto, membro da então Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores Públicos da Infância de Juventude – ABMP, hoje IBDCRIA/ABMP –, possui importante artigo intitulado "Pela necessidade de uma doutrina do processo de execução de medidas sócio-educativas: Breves comentários à proposta de lei de diretrizes sócio-educativas" (*sic*).

Não obstante esse artigo doutrinário tenha precedido à edição da Lei do Sinase, e mesmo considerando que o seu autor tenha ficado desapontado com os defeitos, imperfeições

[43] PAULA, Paulo Afonso Garrido de. *Alternativas à proposta de redução da maioridade penal*. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 75. Edição Especial, p. 81-88.

ou imprecisões que essa Lei contém, os ensinamentos doutrinários em causa são bastante úteis.

De forma resumida, eis a advertência eloquente e alguns desses ensinamentos da lavra de Frasseto:

> "Se por ocasião da edição do ECA muitas palavras foram inscritas sem que correspondessem a categorias jurídicas precisas (gerando controvérsias que tanto atormentam operadores e jurisdicionados), parece-me conveniente que agora se faça um esforço analítico de organização teórica dos temas que circundam a questão da aplicação e execução (principalmente esta última) das medidas, para que tenhamos uma lei mais vocacionada a garantir uma *decidibilidade* objetiva (*sic*).

II.1 – Cumulatividade

O art. 99, combinado com 113, do ECA, aliás em consonância com a normativa internacional, estabelece que as medidas socioeducativas podem ser aplicadas cumulativamente. O que é cumulação, quais medidas são cumuláveis, por exemplo, são questões que demandam reflexão e organização. Um jovem, por exemplo, cumpria PSC e, por outra infração, foi inserido em semiliberdade por outro ato infracional. Está ele desonerado da medida mais branda? Por quê?

Conceito – possibilidade de cumprimento simultâneo de duas medidas socioeducativas diversas aplicadas por uma mesma sentença ou por sentenças diversas.

Cabimento da cumulatividade – somente são cumuláveis as medidas que detenham o mesmo grau de abrangência pedagógica. *Abrangência pedagógica* consiste na amplitude da intervenção da estratégia pedagógica, ou em outras palavras, na intensidade dos meios pedagógicos utilizados na inibição da reincidência. A amplitude pedagógica, de forma prática, pode ser tida como maior ou menor segundo o grau de *severidade* da medida. A amplitude pedagógica das medidas em meio fechado é maior da que o das medidas de meio semiaberto que por sua vez é maior do que a amplitude pedagógica das medidas em meio aberto. As medidas em meio aberto, LA, PSC e ORD, todas detém a mesma amplitude.

Substrato pedagógico de compreensão do instituto - a utilização dos recursos de maior intensidade (do meio fechado e semiaberto) torna desnecessária (portanto inócua, prejudicada) a utilização dos recursos pedagógicos de menor intensidade tendo em vista o conteúdo estratégico da medida e seu objetivo.

A regra geral da cumulatividade é que somente podem se cumular medidas DIFERENTES classificadas no MESMO grau de amplitude pedagógica.

Como consequência, *somente se mostram cumuláveis entre si as em medidas em meio aberto* (dotadas da mesma amplitude).

II.2 –SUBSUNÇÃO

A subsunção (termo que extraí do anteprojeto) trata de questões extremamente problemáticas que atormentam o nosso cotidiano. Talvez seja o tema mais complicado de todos. O que fazer quando o jovem "infraciona" várias vezes e recebe várias sentenças aplicando medidas iguais ou diferentes não cumuláveis?

Conceito – Incorporação lógica de uma medida socioeducativa por outra de igual ou maior abrangência pedagógica aplicada em razão de outro ato infracional.

Postulados de compreensão do instituto.

- No processo de execução da medida socioeducativa objetiva-se, sempre, o ideal pedagógico que, alcançado, implica a perda do objeto socioeducativo.
- Objeto de uma medida singular é idêntico ao objetivo de várias medidas aplicadas ao mesmo jovem.
- A melhor medida a seguir outra mais severa deve ser definida a partir da intervenção pedagógica e não dos atos infracionais que precederam esta intervenção.
- A medida mais severa implica abrangência pedagógica maior, dentro da qual se inclui a abrangência pedagógica das medidas mais brandas.
- Medidas idênticas têm o mesmo objetivo, a mesma abrangência, que não se altera em razão da pluralidade.

OU, numa outra formulação

- A intervenção se dá sobre a pessoa do infrator nas condições subsistentes à época do ato infracional.
- Estas condições podem ensejar a prática de uma ou mais infrações.
- As medidas socioeducativas aplicadas em face de cada infração convergem em um mesmo objetivo.
- O objetivo da medida é inibir a reincidência e não responsabilizar o jovem por cada uma das infrações por ele cometidas.
- Através do conteúdo estratégico pedagógico, espera-se do jovem um aprendizado, que, alcançado, faz com que perca sentido outras medidas que, invariavelmente, terão o mesmo objetivo. Se já alcançado o objetivo de uma medida pelo sucesso atingido por outra medida anteriormente cumprida, há perda do objeto desta nova medida.
- Completado o ciclo de intervenção sobre a pessoa, perdem eficácia as medidas subsequentes aplicadas em face de infração anterior ao início do ciclo.

Nomenclatura

Medida subsunçora - a que incorpora

Medida subsumida – a que é incorporada"[44].

Apesar dos vários aspectos práticos acima apontados, deve-se lembrar de que o conteúdo das medidas socioeducativas vai além do aspecto meramente pedagógico assim expresso: *"se já alcançado o objetivo [pedagógico] de uma medida pelo sucesso atingido por outra medida anteriormente cumprida, há perda do objeto desta nova medida"*, no dizer de Flávio Frasseto. Tanto que não é só isto que, se no *curso da execução* de medida de internação, ilustrativamente, houver o cometimento de novo ato infracional grave, com a imposição de uma segunda internação pelo prazo máximo legal, ou seja, de três anos, despreza-se o prazo já cumprido da internação anterior, em sede de unificação de medidas, dando-se início à nova execução.

O termo inicial dessa execução superveniente será o da data da nova sentença *condenatória*, independente do seu trânsito em julgado. Isto porque, em razão dos princípios estatutários da *atualidade e da intervenção precoce* na efetivação da responsabilização socioeducativa, na linha, inclusive, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, interposto o recurso da *condenação*, mesmo assim poderá haver a sua execução provisória.

De mais a mais, é oportuno relembrar que o art. 1º, § 2º da Lei 12.594 de 2012 (Lei do Sinase) dispõe que:

> § 2º Entendem-se por medidas socioeducativas as previstas no art. 112 da Lei 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), as quais têm por objetivos:
>
> I - a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional, sempre que possível incentivando a sua reparação;
>
> II - a integração social do adolescente e a garantia de seus direitos individuais e sociais, por meio do cumprimento de seu plano individual de atendimento; e
>
> III - a desaprovação da conduta infracional, efetivando as disposições da sentença como parâmetro máximo de privação de liberdade ou restrição de direitos, observados os limites previstos em lei.

Vê-se, pois, que as medidas socioeducativas, embora se reconheça a ausência do caráter "retributivo" que lhes seja imanente, devem representar "*a desaprovação da conduta infracional*", bem como "*a responsabilização do adolescente quanto às consequências lesivas do ato infracional*", o que não se coaduna com a ideia de que seja suficiente o "*sucesso*

[44] - WWW.Scribd.com. Acesso em 02/04/2018.

atingido por outra medida anteriormente cumprida". Este "sucesso" consiste, muitas vezes, no simples cumprimento formal das condições fixadas judicialmente, mas sem a efetiva promoção da *integração social* do socioeducando.

Lado outro, a utilização do princípio doutrinário da *subsunção* (absorção lógica de uma medida por outra), em termos práticos, é plausível na hipótese em que, durante a execução das medidas socioeducativas de meio aberto, sobrevier imposição da medida socioeducativa de internação. Neste caso, a resposta socioeducativa mais vigorosa, por óbvio, cumprirá os objetivos legais expressos de que cuida o art. 1º, § 2º, I e III da Lei do Sinase. Noutras palavras, "*a medida mais severa implica a abrangência pedagógica maior, dentro da qual se inclui a abrangência pedagógica das medidas mais brandas"*, devendo, portanto, a execução relativa a elas ser extinta.

Por fim, no *"Seminário de Socioeducação"* realizado em novembro de 2018, em Salvador-BA, houve importantíssimas reflexões e contribuições práticas apresentadas por Márcio Rogério de Oliveira (MPMG) e pelo Juiz da Infância e da Juventude baiano, Nelson Santana do Amaral, além das colaborações teóricas e práticas advindas de outros participantes. Naquela oportunidade, o Dr. Nelson Santana do Amaral apresentou os seguintes enunciados aprovados no Fórum Nacional de Juízes da Infância e Juventude (FONAJUV):

> ENUNCIADO 18. Na unificação, as medidas em meio aberto, idênticas ou distintas, mas compatíveis entre si, serão cumpridas simultaneamente.
>
> ENUNCIADO 19. A medida de internação absorve as medidas anteriormente aplicadas, mas não isenta o adolescente de responder por outros atos infracionais praticados durante a execução[45].

Conclusões

Sobrevindo nova *condenação* por ato infracional cometido em momento anterior ao daquele que tenha sido objeto da sentença em execução, a unificação de tais medidas se justifica apenas para ser esclarecido expressamente que o prazo máximo legal de cumprimento da medida socioeducativa de internação deve ser respeitado (03 anos), sem a possibilidade do seu reinício. É o que ressai das disposições do art. 45, § 1º da Lei 12.594/2012. Então, a unificação das medidas em questão, sem apresentar qualquer resultado deveras prático, propiciará apenas a postergação *subjetiva* da extinção da medida socioeducativa de internação, mas sem superar o prazo máximo de três anos.

[45] Em www.proinfancia.net/eventos/socioeducacao. Acesso em 10/07/2019.

Por outro lado, a utilização do princípio doutrinário da *subsunção* (absorção lógica de uma medida por outra), afigura-se plausível pragmaticamente nas hipóteses em que, durante a execução das medidas socioeducativas de meio aberto, sobrevier imposição da medida socioeducativa de internação. Neste caso, a resposta socioeducativa mais vigorosa, por óbvio, cumprirá os objetivos legais expressos de que cuida o art. 1º, § 2º, I e III da Lei do Sinase.

Anexo I: decisão judicial unificadora de medidas socioeducativas de internação

Autos nº: 0702.18.019542-3
Espécie: Fulano de Tal

Vistos.

Fulano de Tal teve julgada procedente representação oferecida nos autos nº 0431.18.000683-2 sendo-lhe aplicada a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, conforme se infere da cópia da decisão às fls.66/69-vs.

Durante o cumprimento da medida de internação, foram remetidos pelo Juízo de Monte Carmelo-MG cópia de outra sentença (fls. 72/75) que também determinou a internação por prazo indeterminado (autos n° 0431.18.001191-5)

Com vistas dos autos o RMP e a Defensoria Pública pugnaram pela unificação das medidas socioeducativas de internação (fls. 76/77-vs).

É o breve relatório. Decido.

No presente caso, verifico que foi imposta ao adolescente a medida socioeducativa de Internação por Prazo Indeterminado em sentença proferida nos autos de nº 0431.18.000683-2, a qual julgou procedente a representação de ato infracional análogo ao crime previsto no art. 157, §2º, I e II do Código Penal.

Acontece que, em virtude de outro ato infracional da mesma natureza (art. 157, §2º, incisos I e II do Código Penal), o adolescente teve determinada em seu desfavor a medida de internação por prazo indeterminado também nos autos de nº 0431.18.001191-5.

O art. 45 da Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012 prevê que:

> Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.

Deste modo, atendidos os requisitos impostos pelo artigo supra, mister a unificação das medidas de internação por prazo indeterminado aplicadas ao adolescente nos autos de conhecimento 0431.18.000683-2 e 0431.18.001191-5.

Posto isso, decreto a unificação das medidas socioeducativas de internação por prazo indeterminado executadas nestes autos .

Por fim, Oficie-se ao CSEU requisitando a elaboração/remessa do Plano Individual de Atendimento – PIA do representado *Fulano de Tal,* no prazo de 10 (dez) dias. Instrua-se o ofício com cópias de fls. 66/69-vs, 72/75 e deste despacho.

Com a juntada do PIA, dê-se vista ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Dê ciência à Defensora Pública e ao RMP sobre esta decisão.

Intime-se. Cumpra-se

Uberlândia, 12 de junho de 2018.

Édila Moreira Manosso

Juíza de Direito

Anexo II: decisão judicial unificadora de medidas socioeducativas de internação, prestação de serviços à comunidade e liberdade assistida

Autos nº: 0702.16.045085-5

Espécie: Execução de Medida

Adolescente: Fulano de Tal

Vistos.

Fulano de Tal teve julgada procedente representação oferecida nos autos nº 0702.16.055734-5, sendo-lhe aplicada a medida de internação por prazo indeterminado (cópia da sentença às fls. 58/60).

Insta salientar que o ex-adolescente já tinha em execução medidas socioeducativas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade, aplicada nos autos nº 0702.16.007295-6, conforme cópia de fls. 08/09.

Foi juntado às fls. 86/92 o Plano Individual de Atendimento (PIA) do ex-adolescente.

Aberta vista ao RMP, este pugnou pela homologação do PIA (fl. 94). A Defensoria Pública, por sua vez, além da homologação do PIA, requereu a antecipação do relatório em 03 (três) meses (fls. 96/96-vs).

Breve relato. Decido.

No presente caso, verifico que foram impostas ao ex-adolescente as medidas socioeducativas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade (*vide* fls. 08/09).

Acontece que, em virtude de outro ato infracional, foi julgada procedente a representação nos autos nº 0702.16.055734-5 (cópia às fls. 58/60) em face do ex-adolescente em tela, cuja sentença impôs a medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado, não superior a três anos, sendo determinado que a execução deverá ser executada nos presentes autos.

O art. 45 da Lei 12.594 de 18 de janeiro de 2012 prevê que:

> Art. 45. Se, no transcurso da execução, sobrevier sentença de aplicação de nova medida, a autoridade judiciária procederá à unificação, ouvidos, previamente, o Ministério Público e o defensor, no prazo de 3 (três) dias sucessivos, decidindo-se em igual prazo.

No entendimento deste juízo, a nova medida a que se refere o texto legal, para ser unificada deve ser da mesma natureza daquela que está sendo executada, a um, porque as medidas de meio aberto e as de meio fechado são incompatíveis, não podendo ser unificadas como se fossem medidas iguais; a dois, porque a internação é a medida mais grave em relação a todas as demais.

Com efeito, ao ser aplicada uma medida mais grave, isto é, a internação por prazo indeterminado, resta consumada a pretensão executória com relação as demais medidas socioeducativas anteriormente aplicadas, uma vez que as medidas socioeducativas mais brandas ficam absorvidas por aquela mais severa, não havendo propriamente uma unificação, mas sim subsunção.

Isso porque a medida socioeducativa de maior grau de severidade absorve a de menor potencial sancionatório. Portanto, sendo imposta medida socioeducativa privativa de internação por prazo indeterminado, esta substitui as medidas anteriores (LA, PSC, Internação Sanção), não só em razão da incompatibilidade de algumas, como também em razão do princípio da subsunção.

Dessa forma, considero as medidas socioeducativas de liberdade assistida e prestação de serviços à comunidade aplicadas ao ex-adolescente absorvidas pela medida socioeducativa de internação por prazo indeterminado imposta por este Juízo.

Com relação à manifestação de fls. 96/96-vs da Defensoria Pública, a qual requereu a antecipação da avaliação do cumprimento da medida de internação pelo ex-adolescente em tela, cumpre ressaltar que a o art. 43 da Lei 12.594 (SINASE) dispõe que:

> Art. 43. A reavaliação da manutenção, da substituição ou da suspensão das medidas de meio aberto ou de privação da liberdade e do respectivo plano individual pode ser solicitada a

qualquer tempo, a pedido da direção do programa de atendimento, do defensor, do Ministério Público, do adolescente, de seus pais ou responsável.

Contudo, o próprio art. 43, §2º, do SINASE prevê que a autoridade judiciária poderá indeferir o pedido, caso considere insuficiente a motivação.

No caso concreto, entendo que os motivos apresentados às fls. 96/96-vs, os quais – que o ex-adolescente já atingiu a maioridade e exercia atividade laboral no momento de sua apreensão –, não são suficientes para ensejar a antecipação do relatório de avaliação da medida. Destaque-se que o relatório que a Defesa visa antecipar é o primeiro referente a Fulano de Tal, que se encontra internado desde 31/03/17, ou seja, há pouco mais de dois meses.

Posto isso, decreto a *extinção das medidas socioeducativas de Liberdade Assistida e Prestação de Serviços à Comunidade* anteriormente aplicadas, *prosseguindo* o feito em relação ao cumprimento da medida socioeducativa de *internação por prazo indeterminado*, bem como *HOMOLOGO*, por ora, o Plano Individual de Atendimento (PIA) de fls. 86/92, com espeque no artigo 41, §5º. da Lei 12.594/12, e *indefiro* requerimento da Defesa de fls. 96/96-vs.

No mais, aguarde-se a juntada de relatório interdisciplinar a ser enviado pelo CSEU acerca do ex-adolescente *Fulano de Tal.*

Com a juntada do relatório interdisciplinar, dê-se vista ao Ministério Público e à Defensoria Pública.

Dê ciência à Defensora Pública e ao RMP sobre esta decisão.

Oficie-se ao CREAS sobre essa decisão. Instrua-se o ofício com cópias de fls. 10/10-vs, 43/46 e da presente decisão.

Intime-se. Cumpra-se.

Uberlândia, 06 de junho de 2017.

José Roberto Poiani
Juiz de Direito

A EFETIVIDADE DA RESPONSABILIZAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA POR ATOS LESIVOS CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Por Rafael Pereira[1]

I- DA SÍNTESE DOGMÁTICA

Todos os dias na atuação na área de patrimônio público, Promotores de Justiça se deparam com situações envolvendo prática de atos de improbidade/atos lesivos praticado por Pessoas Jurídicas. Contudo, muita das vezes o enfoque da responsabilização acaba sendo as pessoas físicas, tanto servidores públicos, quanto particulares, não reprimindo adequadamente o ato ilícito dos entes personalizados, sendo que a lei Anticorrupção (Lei nº12.846/13), junto com técnicas processuais, possibilita efetivar sanções em face da Pessoa Jurídica que prática atos lesivos, gerando assim uma responsabilização adequada e o desestímulo ao ilícito.

A lei nº12.846/13, conta com a previsão da responsabilidade objetiva, sem necessidade de demonstração do elemento anímico, bem como com sanções que importam desde aplicação da multa até mesmo a dissolução compulsória, além da possibilidade da medida de indisponibilidade de bens, inclusive abarcando a multa a ser aplicada futuramente.

Aliado as previsões da Lei Anticorrupção, é possível se buscar a responsabilização de maneira efetiva da pessoa jurídica em cumulação com a pessoa física com base na lei de improbidade administrativa (Lei n°8.429/92)[46], aplicando-se técnicas processuais como o julgamento parcial do mérito quanto a pessoa jurídica, pela cognição mais restrita devido à responsabilidade objetiva.

Entretanto, entende-se como mais eficaz o ingresso de ação autônoma pela prática de atos lesivos em face das pessoas jurídicas com base na Lei Anticorrupção, em razão do rito processual previsto ser o da Lei de Ação Civil Pública, Lei n°7.347/85, o qual não prevê fase preliminar nos moldes da Lei n°8.429/92.

II – DA JUSTIFICATIVA

[46]Nos moldes do Art.30, da Lei °12.846/13: Art. 30. A aplicação das sanções previstas nesta Lei não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: I - ato de improbidade administrativa nos termos da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992;

A Lei nº 12.846 dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública nacional ou estrangeira, tendo sido promulgada no dia 1º de agosto de 2013, com *vacatio legis* de 180 (cento e oitenta dias), entrando em vigor no dia 29 de janeiro de 2014. Esta lei ficou conhecida como Lei Anticorrupção, Lei da Probidade Empresarial ou Lei da Empresa Limpa.

O objetivo dessa Lei consiste na responsabilização administrativa e civil da pessoa jurídica, muitas vezes as reais interessadas ou beneficiadas pelos atos de corrupção[47].

Entretanto, em pesquisa realizada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça (CAOP) de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Paraná, neste ano de 2019, a partir de informações prestadas pelos Promotores de Justiça do estado, identificou-se apenas 25 ações ajuizadas com base na Lei Anticorrupção, Lei nº 12.846/13[48].

Evidencia-se, portanto, a princípio, a reduzida utilização do instrumento legislativo em comento no âmbito do Ministério Público do Paraná, tanto de maneira autônoma como em cumulação com ação por atos de improbidade administrativa da Lei nº8.429/92.

Diante disso, a presente tese visa reafirmar a relevância dos mecanismos de contenção dos ilícitos perpetrados contra a Administração Pública, trazidos pela Lei 12.846/13, assim como apontar práticas processuais que possam incentivar sua utilização, tanto de maneira autônoma como em cumulação com a Lei nº 8.429/92, na busca de dar maior efetividade na responsabilização das pessoas jurídicas.

III – DA EXPOSIÇÃO

A Lei 12.846/13 busca combater atos de corrupção praticados por pessoas jurídicas, mediante a responsabilização simultânea e autônoma nas esferas administrativa e judicial.

Os fundamentos da Lei encontram-se nos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário[49], tratados esses que buscam nos países signatários uma implementação de uma política contra a corrupção de maneira mais efetiva, bem como para que esses Estados promovam a participação da sociedade e reflitam sobre os princípios do Estado de Direito, tais como a integridade, a transparência e a accountability, entre outros.

[47] Exposição de Motivos do PL 6.826/2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A960D383A530729356645A9A86AD66AD.node1?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010. Acesso em 17/02/2019.

[48] Pesquisa realizada pelo Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça (CAOP) de Proteção ao Patrimônio Público do Ministério Público do Estado do Paraná com verificação em 23 de março de 2019.

[49] Convenção Interamericana contra Corrupção (1996); Convenção sobre Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais (1997); e Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (2003).

Nesse cenário, a Lei Anticorrupção apresenta-se como mais uma ferramenta crucial à disposição do Ministério Público e da Administração Pública na aplicação de sanções civis e administrativas também às empresas corruptoras.

Assim estabelece a Lei 12.846/13:

> Art. 1º. Esta Lei dispõe sobre a responsabilização objetiva administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.
> Parágrafo único. Aplica-se o disposto nesta Lei às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Como se vê, a normativa legal não deixou dúvidas quanto a legitimidade passiva na ação de responsabilização, nem quanto ao objetivo, qual seja a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas, por atos de corrupção em face da administração pública nacional e, inclusive, estrangeira.

Em seguida, a Lei 12.846/13 explicitou que, aos casos de atos lesivos praticados pela pessoa jurídica em face do erário, a responsabilidade será **objetiva.** Ou seja, diferentemente da Lei 8.429/92, para a aplicação das sanções previstas na Lei Anticorrupção, basta a comprovação do nexo de causalidade entre o ato lesivo e a atividade empresarial, prescindindo-se do elemento subjetivo (Dolo ou culpa):

> Art. 2º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas objetivamente, nos âmbitos administrativo e civil, pelos atos lesivos previstos nesta Lei praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não.

Sobre a responsabilidade objetiva, adota-se nesse trabalho como razão à aplicação da teoria do risco, sem qualquer necessidade de demonstração do elemento anímico (dolo ou culpa) praticado pela pessoa jurídica[50].

Em relação a teoria do risco, aponta Noronha[51]: "*A responsabilidade objetiva, ou pelo risco, é a obrigação de reparar os danos causados a outrem, que tenham acontecido durante atividades realizadas no interesse ou sob controle da pessoa responsável e independentemente de qualquer atuação dolosa ou culposa desta"*

---

[50] "Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida por lei. Em outros, é de todo prescindível, porque a responsabilidade se funda no risco (objetiva propriamente dita ou pura). (…) Na responsabilidade objetiva prescinde-se totalmente da culpa. Ela é reconhecida independentemente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano". GONÇALVES, Carlos Roberto. Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, pág. 21/22

[51] NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.506.

Portanto, desnecessária a comprovação do elemento subjetivo, como ocorre nos casos exigidos pela Lei 8.429/92, bastando a comprovação do nexo de causalidade existente entre o ato lesivo praticado pela pessoa jurídica (Lei 12.846/13, art. 5º), com o resultado identificado, tornando assim possível a aplicação das sanções previstas no art. 6º (Sanções Administrativas) e no art. 19 (Sanções Judiciais) da referida Lei.

Outro ponto da referida lei, diz respeito as sanções administrativas, as quais estão definidas no art. 6.º da Lei Anticorrupção, sendo elas a multa e a publicação extraordinária da decisão condenatória, sem prejuízo da obrigação de reparar o dano, conforme §3º do mesmo artigo. A aplicação delas será realizada por meio do processo administrativo de responsabilização, na forma dos arts. 8.º a 15 da Lei.

Por outro lado, as sanções judiciais, pela prática dos mesmos atos lesivos definidos no art. 5.º, podem importar nas punições de perdimento de bens, direitos e valores; suspensão ou interdição parcial de atividades; dissolução compulsória da pessoa jurídica; proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos, sendo importante ressaltar a previsão de que a condenação torna certa a obrigação de reparar o dano integralmente, inclusive podendo ser apurado posteriormente em liquidação[52].

Destaca-se ainda que eventual omissão na instauração de Procedimento Administrativo pela Administração Pública, autorizará o Ministério Público a requerer na ação judicial a aplicação tanto das sanções administrativas do art. 6.º quanto as judiciais mencionadas, consoante dispõe o art. 20 da Lei.

Observados os pontos acima da Lei Anticorrupção é indispensável mencionar a responsabilidade da pessoa jurídica pela lei de Improbidade Administrativa.

Até o advento da Lei nº12.846/13 a doutrina debatia sobre a possibilidade de responsabilidade da pessoa jurídica pela Lei nº 8.429/92, com base na interpretação do art.3º da Lei nº 8.429/92:

> Art. 3° As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Em entendimento contrário a aplicação em face das Pessoas Jurídica, Fazzio Júnior e Carvalho Filho, respectivamente:

> Em princípio, este dispositivo não distingue entre terceiro pessoa física e terceiro pessoa jurídica, mas ao usar a expressão "mesmo que não seja agente público" e ao

[52] Art.21 (…) Parágrafo único. A condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença.

> aludir aos verbos "induzir" e "concorrer", para descrever a conduta do *extraneus*, certamente está se referindo à pessoa natural, não à jurídica[53].
>
> De qualquer forma, o terceiro jamais poderá ser pessoa jurídica. As condutas de indução e colaboração para a improbidade são próprias de pessoas físicas. Quanto à obtenção de benefícios indevidos, em que pese a possibilidade de pessoa jurídica ser destinatária deles (como, por exemplo, no caso de certo bem público móvel ser desviado para seu patrimônio), terceiro será o dirigente ou responsável que eventualmente coonestar com o ato dilapidatório do agente público. Demais disso, tal conduta, como vimos, pressupõe dolo, elemento subjetivo incompatível com a responsabilização de pessoa jurídica[54].

Já de maneira favorável, exemplifica-se o entendimento de Garcia:

> Pensamos que ante a amplitude conferida pelos arts. 3º (As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta) e 6º (No caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio) da Lei de Improbidade, nada impede a sua inclusão como ré da ação civil pública, devendo figurar, nesta condição, ao lado de seus sócios e administradores (aqueles que tenham praticado atos de gestão dando ensejo à improbidade).
> De notar-se que, a partir da teoria da realidade técnica, confere-se às pessoas jurídicas a capacidade de aquisição e exercício de direitos, capacidade para a prática de atos e negócios jurídicos, enfim. Pode-se afirmar, deste modo, que possuem elas uma vontade distinta da vontade de seus integrantes, sendo "dotadas do mesmo subjetivismo outorgado às pessoas físicas[55]"

Contudo, a nível jurisprudencial, o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela possibilidade da aplicação da lei de improbidade administrativa às pessoas jurídicas, no REsp 970393-CE, relatoria do Ministro BENEDITO GONÇALVES, julgado em 21/06/2012, DJe 29/06/2012, quando assim decidiu *"Considerando que as pessoas jurídicas podem ser beneficiadas e condenadas por atos ímprobos, é de se concluir que, de forma correlata, podem figurar no polo passivo de uma demanda de improbidade, ainda que desacompanhada de seus sócios*".

Superada a possibilidade de responsabilização da pessoa jurídica tanto pela Lei Anticorrupção, quanto pela Lei de Improbidade Administrativa, depara-se com a questão da eficácia desses normativos atualmente para aplicação das sanções, pela prática de atos lesivos contra a administração pública, para aqueles atos lesivos também considerados atos de improbidade administrativa.

Deve-se buscar o ingresso judicial somente pela Lei de Improbidade Administrativa, tanto da pessoa física quanto jurídica, ou da pessoa física pela lei de improbidade e da jurídica pela Lei Anticorrupção em cumulação de pedidos na mesma ação, ou ainda, de maneiras

---

[53] FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2008, pg.266.

[54] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012,pg.1068/1069.

[55] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pg.665/666.

autônomas a pessoa física pela Lei de Improbidade Administrativa e a pessoa Jurídica pela lei Anticorrupção?

Nesse ponto, considera-se que significativa parcela dos atos de improbidade administrativa, definidos nos arts. 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92, também importam na prática de atos lesivos praticados por pessoas jurídicas, subsumindo-se, portanto, às hipóteses definidas pela Lei 12.846/13.

Sendo assim, inicialmente vislumbra-se como melhor eficácia, a interpretação extraída do microssistema da tutela do patrimônio público, aplicando-se para a responsabilização da pessoa jurídica à luz da sistemática da Lei 12.846/13, em razão do regramento específico, mas principalmente pelas ferramentas disponíveis, como a responsabilidade objetiva, sanções administrativas e o aspecto processual, qual seja da Lei de Ação Civil Pública. Observa-se que, em ambas as Leis, há similitude entre os respectivos ritos processuais, ressalvando-se o juízo de prelibação, previsto no § 7º do art. 17 da Lei 8.429/92.[56]

Desse modo, aplicando a Lei Anticorrupção para as pessoas jurídicas, restam a análise quanto a possibilidade de cumulação com a Lei de Improbidade Administrativa para a pessoa física ou o ingresso de maneira autônoma somente pela pessoa jurídica.

A cumulação de pedidos da Lei de Improbidade com a Lei de Ação Civil Pública já é aplicada no ordenamento pátrio, com base no entendimento da integração entre as normas do microssistema dos direitos difusos, admitindo ao Ministério Público, por exemplo, buscar a anulação de um ato administrativo e a aplicação das sanções por atos de improbidade administrativa em um mesmo processo.

Nesse sentido, esclarece Pacheco Alves[57]: "*por ser a defesa do patrimônio público, objeto da Lei de Improbidade, um interesse difuso, incidirá a técnica de tutela prevista na Lei 7.347/85, sendo de menor importância a definição do nomen juris da ação como também o próprio procedimento a ser adotado que, atualmente, é o previsto no art. 17 da Lei nº 8.429/91*".

Da mesma maneira, o Art.327, do Código de Processo Civil, prevê a possibilidade de cumulação de pedidos em um mesmo processo[58], podendo-se aplicar técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos

[56] Art. 21 da Lei 12.846/13: "Nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985".

[57] ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008. p. 606.

[58] Art. 327. É lícita a cumulação, em um único processo, contra o mesmo réu, de vários pedidos, ainda que entre eles não haja conexão. § 1º São requisitos de admissibilidade da cumulação que: I - os pedidos sejam compatíveis entre si; II - seja competente para conhecer deles o mesmo juízo; III - seja adequado para todos os pedidos o tipo de procedimento. § 2º Quando, para cada pedido, corresponder tipo diverso de procedimento, será admitida a cumulação se o autor empregar o procedimento comum, sem prejuízo do emprego das técnicas processuais diferenciadas previstas nos procedimentos especiais a que se sujeitam um ou mais pedidos cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum.

cumulados, que não forem incompatíveis com as disposições sobre o procedimento comum, ou seja, seria possível a notificação preliminar somente para a pessoa física sujeita a Lei de Improbidade e dispensável para a pessoa jurídica sujeita a Lei Anticorrupção.

Todavia, a cumulação dos pedidos de aplicação das sanções da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção, observando-se a notificação preliminar (Lei 8.429/92, art. 17, § 7º), embora possível processualmente, levantaria dúvidas quanto à sua oportunidade, pois poderia se cogitar de eventual retardamento do provimento judicial, em virtude da necessidade de produção de provas quanto ao elemento subjetivo, exigido pela Lei de Improbidade Administrativa, embora dispensado na Lei Anticorrupção.

Ademais, é possível a alegação pela parte ré de eventual prejuízo ao contraditório e a ampla defesa, requerendo instrução probatória única, além de atender uma economia de esforços e recursos públicos, principalmente do judiciário, difícil de contra-arrazoar.

Tais óbices, poderiam ser contornados, visando a eficácia da responsabilização da pessoa jurídica, inicialmente pelos provimentos de urgência, como a indisponibilidade de bens[59]. Quer-se, com isso, impedir que a pessoa jurídica, enquanto pendente o processo judicial, prossiga na prática ilícita ou dificulte eventual execução futura[60].

Especificamente, quanto a indisponibilidade de bens, entende-se possível a aplicação do *periculum in mora* presumido, de igual maneira já sedimentado para a Lei de Improbidade Administrativa. Isso porque, como dito acima, tanto a Lei de Improbidade quanto a Lei Anticorrupção, visam a proteção do Patrimônio Público.

Os fundamentos da jurisprudência relativa ao *periculum in mora* presumido para a Lei de Improbidade, encontram-se primeiramente na previsão constitucional constante no artigo 37, parágrafo 4º, da Constituição Federal[61], e no Art.7º da Lei de Improbidade Administrativa, sendo o perigo da demora implícito aos normativos, constitucional e infraconstitucional. Segundo, o artigo 7º da LIA[62] se trataria de uma tutela de evidência, portanto reclamaria apenas a demonstração provisória do *fumus boni iuris*, sem a necessidade de comprovação do *periculum in mora*, qual seja, de que o réu esteja dilapidando o patrimônio ou na iminência de fazê-lo. Por fim, o propósito da tutela a ser alcançada pela ação de improbidade administrativa

[59] Art.19, §3°, da Lei nº 12.846/13 "§ 3º As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa".

[60] A medida de urgência atende o propósito de desestímulo à prática do ilícito. Na teoria da análise econômica do crime, há tempos aplicada no Direito Penal, Becker busca demonstrar que os indivíduos, ao agirem racionalmente e perpetrarem um ilícito penal, equacionam os custos e benefícios decorrentes da atividade ilegal. Assume-se, assim, de acordo com a Análise Econômica do Crime, que um sujeito cometerá um delito se a utilidade esperada exceder a utilidade que se poderia obter mediante o dispêndio de tempo e outros recursos em outras atividades. https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/140/113. Acessado em 19/02/2019.

[61] Art.37,§4º "§ 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.

[62] Art. 7° Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado. Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

é a proteção ao erário, sendo suficiente a probabilidade do direito, pois exigir comprovação de concreta dilapidação patrimonial retiraria os efeitos práticos do mandamento constitucional.

Nessas perspectivas, analisando-se a proteção buscada por ambas às Leis, Improbidade e Anticorrupção, bem como que a redação da Lei Anticorrupção no Art.19,§4º[63], assemelha-se a previsão constitucional e da Lei nº 8.429/92, inclusive indo na linha da jurisprudência e acrescentando na norma a possibilidade de indisponibilidade de bens para garantir o pagamento da multa, é que se entende possível a indisponibilidade baseada em tutela de evidência nos moldes da Lei de Improbidade[64].

Outro mecanismo disponível no intuito de dar eficácia na responsabilização da pessoa jurídica, quando em cumulação pela Lei 12.846/13 com a Lei 8.429/92, consiste no julgamento antecipado parcial do mérito. De modo, que será possível ao autor optar pela possibilidade de requerer a antecipação da cognição sumária objetivando a aplicação das sanções da Lei Anticorrupção, nos moldes do inc. II do art. 356 do Código de Processo Civil[65], considerando a menor amplitude cognitiva, sob o enfoque da Lei Anticorrupção, porque suas condutas submetem-se à responsabilização objetiva.

Nesse aspecto, colaciona-se doutrina de Marinoni[66]:

> Ao prever a possibilidade de julgamento imediato de parcela do mérito, o Código atual quebrou com o dogma da unidade e da unicidade do julgamento da causa – que se encontrava à base da estruturação do procedimento comum do direito anterior. Com isso, viabiliza não só a tutela definitiva da parcela incontroversa da demanda com o efetivo julgamento da causa, mas também amplia a possibilidade de cisão do julgamento do mérito para todas as hipóteses em que não seja necessária prova diversa daquela já colhida para elucidação de parte do mérito.

Por fim, diante do todo exposto quanto a cumulação, pondera-se como mais efetiva na responsabilização da pessoa jurídica por atos lesivos praticados contra a administração pública, a ação civil pública de maneira autônoma. Justifica-se tal assertiva em razão da inexistência de fase preliminar na ação civil pública, além do reduzido campo cognitivo, adstrito aos contornos da responsabilização objetiva, bem como ser possível também tutelas de urgências, possibilitando assim aplicação de sanções de maneira mais eficaz e por consequência desmotivando futuras práticas ímprobas por pessoas jurídicas.

---

[63] Art.19,§4º "O Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé".

[64] Ressalva-se, que ainda há discussão sobre a possibilidade de indisponibilidade de bens, nos atos de Improbidade Administrativa que importem apenas violação aos princípios, no intuito de garantir o pagamento da multa, embora na Edição n° 40 da "Jurisprudência em Teses", o STJ assim fez constar: Aplica-se a medida cautelar de indisponibilidade dos bens do art. 7º aos atos de improbidade administrativa que impliquem violação dos princípios da administração pública do art. 11 da LIA (http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf)

[65] Art. 356.O juiz decidirá parcialmente o mérito quando um ou mais dos pedidos formulados ou parcela deles: II - estiver em condições de imediato julgamento, nos termos do art. 355.

[66] MARINONI, Luiz Guilherme., e outros. Curso de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2018. Disponível livro digital Acessado em 03-03-2019.

IV - DA CONCLUSÃO

Portanto, na tutela do patrimônio público, quando se apura a prática de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e atos lesivos à Administração Pública (Lei 12.846/13), perpetrados por pessoas físicas e jurídicas, caso seja pertinente a cumulação dos pedidos, em uma única ação civil pública, deve o Ministério Público zelar pela maior eficiência do microssistema normativo, buscando as tutelas de urgência e a prolação do julgamento parcial do mérito (CPC, art. 356, II), em relação às sanções da Lei Anticorrupção, prosseguindo-se a instrução somente quanto aos atos de improbidade administrativa.

Contudo, pondera-se como mais eficaz na responsabilização por atos lesivos praticados por Pessoas Jurídicas a Ação Civil Pública autônoma da Lei Anticorrupção, isso porque o rito processual é mais célere e também mais restrito o campo de cognição em razão da responsabilização objetiva.

V- DA PROPOSTA DE ENUNCIADO

Na tutela do patrimônio público, quando se apura a prática de atos de improbidade administrativa (Lei 8.429/92) e atos lesivos à Administração Pública (Lei 12.846/13), perpetrados por pessoas físicas e jurídicas, caso seja pertinente a cumulação dos pedidos, em uma única ação civil pública, deve o Ministério Público zelar pela maior eficiência do microssistema normativo, buscando as tutelas de urgência e a prolação do julgamento parcial do mérito (CPC, art. 356, II), em relação às sanções da Lei Anticorrupção, prosseguindo-se a instrução somente quanto aos atos de improbidade administrativa, ou ainda, de maneira autônoma com base na Lei Anticorrupção para pessoa jurídica e na Lei de Improbidade em face da pessoa física, diante da utilização de rito mais célere previsto na Lei nº12.846/13.

VI – REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS:

ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 4. ed., rev. e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2008

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses. Disponível em http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2038%20-%20Improb%20Administrativa%20I.pdf Acesso em 03-03-2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

Exposição de Motivos do PL 6.826/2010. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=A960D383A530729356645A9A86AD66AD.node1?codteor=1084183&filename=Avulso+-PL+6826/2010 Acesso em 17/02/2019

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2008

GONÇALVES, Carlos Roberto. (Responsabilidade Civil, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme., e outros. Curso de Processo Civil Comentado. São Paulo: RT, 2018. Disponível livro digital Acessado em 03-03-2019.

NORONHA, Fernando. Direito das obrigações. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RAMOS, Samuel Ebel Braga. Análise econômica do Direito Penal: uma abordagem para uma possível sanção penal ótima para os delitos cometidos por pessoas jurídicas. Disponível em https://revistajusticaesistemacriminal.fae.edu/direito/article/download/140/113. Acesso em 03-03-2019.

Considerações sobre a imprescindibilidade da atuação do Ministério Público no segundo grau de jurisdição

Samia Saad Gallotti BONAVIDES[1]
Wilson JoséGALHEIRA[2]
Alan Ayala da SILVA[3]

RESUMO

A tese versa sobre os questionamentos relativos à atuação dos Procuradores de Justiça nos casos em que o Ministério Público é parte, a respeito da possibilidade ser concedida vista para pronunciamento em segundo grau, no recurso, quando o processo chega no Tribunal. O argumento utilizado por aqueles que defendem que não é possível esta manifestação, é no sentido de que já se pronunciou o Promotor de Justiça, no primeiro grau, no processamento do recurso, e que tal posição estaria de acordo com a jurisprudência no sentido da desnecessidade de dois membros atuarem no processo. O que deve ser considerado é que compete ao próprio Ministério Público a análise da necessidade ou não de intervenção. De acordo com regra procedimental vigente, a negativa de vista impede o Procurador de Justiça de exercer com inteireza seu dever constitucional, para o que lhe foi conferida capacidade institucional, que fica cerceada e, inclusive, se desvia do que, na atualidade, tem caracterizado a conduta do Judiciário, que é de ampliar a capacidade de dialogar com outros poderes e instituições, não se compreendendo que possa, nesse quadro, alijar o Ministério Público da importante atribuição que tem, especialmente no segundo grau, de prestar colaboração processual e participar ativamente da construção da jurisprudência.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Intervenção em segundo grau. Colaboração processual. Capacidade institucional.

Sumário: Exposição do tema. Conclusão.

Exposição do tema

A discussão trazida para o debate versa sobre o posicionamento de que, em sendo o Ministério Público parte na ação civil pública, não haveria necessidade de o Procurador de Justiça receber vista dos autos para pronunciamento no recurso a ser julgado pelo Tribunal de Justiça, posto que seria desnecessário que fizesse intervenção como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), ao argumento da inexistência de uma previsão na lei processual, afetando sobremaneira às atribuições e atuação do Ministério Público em segundo grau, no quadro organizacional do Ministério Público.

Observa-se mesmo uma tendência, absolutamente equivocada de que, em se tratando de ação proposta pelo Ministério Público em primeiro de grau de jurisdição, seria demasiada a reanálise pelo agente com atribuição no segundo grau, pois sua atuação seria exclusivamente a título de fiscal da ordem jurídica, e não haveria esta necessidade de duplicar a intervenção, em razão de critérios como 'racionalização da intervenção', ou justificados pelo princípio da razoável duração do processo.

São conclusões desprovidas da reflexão sobre o papel das instituições públicas e a forma como são desenhadas no quadro constitucional e orgânico do país, constituindo-se um entendimento descontextualizado e antidemocrático.

O exercício reflexivo tem que passar pelo princípio do contraditório (e do diálogo), também no lugar e na instância em que a atuação processual do Ministério Público pode, de acordo com o raciocínio limitador, sofrer a indevida restrição. A ausência de abertura de vista retira do próprio órgão ministerial a análise sobre ser ou não o caso de atuar, cujo interesse está situado no âmbito da organização institucional, sob sua atribuição, casos estes normalmente de relevância social.

Por isso esta prática é antes de tudo antidemocrática, na medida em que atinge uma instituição que tem a missão de velar pela ordem democrática, incorporando este valor (RODRIGUES, 2018, p.192). O Ministério Público, na expressão do professor Caio Tácito, representa uma "magistratura de persuasão", diante da amplitude de suas funções que possuem caráter mais significativo, envolvendo diversas matérias, como saúde, educação, meio ambiente, direito do consumidor e tantas outras, sempre na perspectiva coletiva (RODRIGUES, 2018, p. 191).

1Procuradora de Justiça Coordenadora de Recursos Cíveis do MPPR
2Promotor de Justiça lotado na Coordenadoria de Recursos Cíveis do MPPR
3Servidor lotado na Coordenadoria de Recursos Cíveis do MPPR

Para além disso, é importante enfatizar que, no segundo grau, nas ações em que o Ministério Público atua como parte, ele não perde a condição de f*iscal da ordem jurídica*, atuando a um só tempo como parte interessada e, sobretudo, como guardião da ordem jurídica, de forma híbrida, como pontuado pelo Ministro Mauro Campbell: "o Supremo Tribunal Federal já firmou premissa em demandas propostas pelo Ministério Pública da União, por qualquer de seus ramos, somente pode oficiar perante o Pretório Excelso o Procurador-Geral da República, exercendo simultaneamente o papel de parte e de *custos iuris"*.

E para completar a ideia, é importante ainda reproduzir parte dessa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Edcl no AgRg no AREsp n.º 194892), a qual agrega elementos fundamentais para a análise que ora está sendo feita:

> (…) 2. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na QO no RE 593.727/MG, Rel. Min. Cezar Peluso, 21.6.2012, em inequívoca evolução jurisprudencial, proclamou a legitimidade do Ministério Público Estadual para atuar diretamente no âmbito da Corte Constitucional nos processos em que figurar como parte e estabeleceu, entre outras, as seguintes premissas (Informativo 671/STF):
>
> a) em matéria de regras gerais e diretrizes, o PGR poderia desempenhar no Supremo Tribunal Federal dois papéis simultâneos, o de fiscal da lei e o de parte; b) nas hipóteses que o Ministério Público da União (MPU) figurar como parte no processo, por qualquer dos seus ramos, somente o Procurador Geral da República (PGR) poderia oficiar perante o Supremo Tribunal Federal, o qual encarnaria os interesses confiados pela lei e pela constituição ao referido órgão; c) nos demais casos, o Ministério Público Federal exerceria, evidentemente, a função de fiscal da lei e, nessa última condição, a sua manifestação não poderia preexcluir a das partes, sob pena de ofensa ao contraditório; (…).

Portanto, postura que contrarie esta chamada *democracia da execução*, é responsável por leitura equivocada, daquilo que foi preconizado pelo legislador ao traçar os desenhos das instituições e os procedimentos (campo legislativo), servindo apenas para cercear a atuação e prejudicar a aplicação do direito. Foi Kelsen que salientou o fato de que a gestão do interesse público não se restringia ao campo da elaboração das normas – *democracia da legislação* – mas deveria avançar para o campo da execução das opções normativas (a *democracia da execução*) (RODRIGUES, 2018, p. 192).

Bobbio também se preocupava com essa necessidade de avaliar o "efetivo grau de democratização de um país investigando se todas as esferas públicas estão contaminadas pelo vírus da democracia" (RODRIGUES, 2018, p. 192).

Por isso que a restrição jurisdicional - *que é um ato de agente "não democrático", porque não eleito diretamente pela sociedade* -, vai de encontro com o comando normativo partido do circuito democrático, no sentido de desprezar a interpretação sistemática do ordenamento jurídico. Exemplo disso é o contido no seguinte acórdão:

> 1) DIREITO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. MINISTÉRIO PÚBLICO-AUTOR E MINISTÉRIO PÚBLICO *CUSTOS JURIS*. DESNECESSIDADE DE INTERVENÇÃO CONJUNTA. RACIONALIZAÇÃO DA INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO. a) Se o Ministério Público é Autor da Ação Civil Pública, segue-se que é desnecessária sua intervenção como fiscal da ordem jurídica (*custos juris*), posto que não há, na forma da lei processual vigente, tal figura. b) É certo que o processo não tramita desnecessariamente e o Ministério Público, aceitando a "racionalização" de sua intervenção (expressão do CNMP, na Recomendação nº 34/2016), deve contribuir com a "razoável duração do processo" (art. 5º, LXXVIII, da CF)", evitando-se movimentações e retardamentos desnecessários. c) Por isso, é desnecessário manifestação, agora em segundo grau porque, além de desequilibrar o tratamento isonômico devido às partes, a manifestação já ocorreu por ato do Promotor de Justiça que atuou no processo em primeira instância. d) Ainda, a participação do Ministério Público na sessão de julgamento é garantida por meio de sua intimação pessoal da pauta de julgamento - idêntica à endereçada aos Desembargadores - além do envio da pauta completa às respectivas assessorias, para as providências necessárias. (Embargos de Declaração na Ap. Cível Nº 0016052-53.2006.87.16.0030, Foz do Iguaçu/PR. Recorrente: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Recorrido: J.A.D. Rel.: Des.LEONEL CUNHA. Julgado em 21/08/2018).

Ao ser construída uma fundamentação que fala em "racionalização" e "duração razoável do processo", pretende-se passar a falsa ideia de criar um ambiente de adequação à *garantia constitucional da duração razoável do processo*, para desfocar a questão do seu ponto central: a violação substancial à *conformação infraconstitucional.*

Primeiramente porque o processo justo é uma garantia à sociedade, e é em nome dela que o Ministério Público atua; além disso, esta restrição à atuação do órgão, desrespeita sua *capacidade institucional*, posto que é dotado de estrutura própria, despende recursos públicos de grande monta e precisa dar cabo do seu mister da forma mais completa possível.

A chamada *capacidade institucional* tem mais de uma dimensão. Diz respeito ao aspecto estrutural e funcional do preparo para o desempenho perante os órgãos jurisdicionais, no primeiro e no segundo grau, e, também, está relacionada à capacidade estratégica, podendo ser compreendida como aquela que tem o Ministério Público, de criar o espaço de diálogo, possibilitando a comunicação entre os principais atores que compõem, como por exemplo, no processo de formulação, gestão e fiscalização das políticas públicas em importantes áreas como a saúde, a educação, a habitação e urbanismo, o meio ambiente, a gestão do patrimônio público, entre outras.

Isso tudo parece ser ignorado em conceitos fechados de algumas decisões, como se a atividade processual fosse meramente burocrática, ignorando-se a instrumentalidade, a efetividade e a amplitude social, que estão impregnadas na atuação ministerial neste século XXI.

Na verdade, é inadmissível tratar da *paridade de armas*, de maneira tão rasa, desconsiderando o papel do Ministério Público, que integra a relação jurídica processual numa condição incomparável a qualquer outro, porque só ele tem aquelas atribuições constitucionais – CF, arts. 127 e seguintes -, recebendo a respectiva estrutura pública para desempenhá-las, preparado organicamente para exercê-las, da forma preconizada inicialmente pelo constituinte e depois pelo legislador infraconstitucional.

Segundo Luiz Guilherme MARINONI e Daniel MITIDIERO, ao tratarem dos direitos fundamentais processuais, o direito ao processo justo: "goza de eficácia *vertical (*além da *horizontal* e da *vertical com repercussão lateral),* isso quer dizer que "obriga o Estado Constitucional a adotar condutas concretizadoras do ideal de protetividade que dela dimana" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 772).

E, ainda, continuam para dizer que esse direito (ao processo justo) é *multifuncional*, tem função *integrativa, interpretativa, bloqueadora* e *otimizadora*. Decorrendo daí que:

> exige a realização de um estado ideal de proteção aos direitos, determinando a criação dos elementos necessários à promoção do ideal de protetividade, a interpretação das normas que já preveem elementos necessários à promoção do estado ideal de tutelabilidade, o bloqueio à eficácia de normas contrárias ou incompatíveis com a promoção do estado de proteção e a otimização do alcance do ideal de protetividade dos direitos no Estado Constitucional" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p.772).

Ora, ainda para os autores, o "problema central do processo está na sua equilibrada organização – vale dizer, da 'divisão do trabalho' entre os participantes. O modelo do nosso processo justo é o *modelo cooperativo* – pautado pela colaboração do juiz para com as partes" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p.773). Sendo por essa razão tratado dessa forma no art. 6º do Código de Processo Civil.

Isso portanto implica que a colaboração "*rejeita a jurisdição como polo metodológico do processo civil*", segundo eles, justamente porque este é um ângulo de visão que é unilateral do fenômeno processual. Mas não é a jurisdição que está no centro, e sim o próprio processo, o diálogo, o contraditório, ou seja, uma concepção mais pluralista e consentânea à feição democrática ínsita ao Estado Constitucional. Nesse contexto, é um modelo que "resulta da

superação histórica – e, pois, cultural, dos modelos de *processo isonômico* e de *processo assimétrico"* (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 774).

E, ainda, ressaltam que "do ponto de vista lógico, o processo cooperativo pressupõe o reconhecimento do caráter problemático do direito, reabilitando-se sua *feição argumentativa.* Passa-se da lógica apodítica à lógica dialética" (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 775), concluindo que "o papel do juiz no processo colaborativo, é paritário no diálogo e assimétrico na decisão (SARLET, MARINONI, MITIDIERO, 2017, p. 776).

A atual legislação processual não deve ser interpretada de maneira superficial, sobretudo no que dispõe sobre a atuação do Ministério Público. Ela não contém minúcias desnecessárias para, no âmbito do que está sendo tratado nesta exposição, fornecer todos os passos que indiquem o momento da intervenção no segundo grau. É errado pensar que por não existir uma previsão expressa sobre a atuação em segundo grau ela não deva ocorrer, aliás, da forma como sempre se deu (intimação com abertura de vista para manifestação). Tal interpretação, longe de ser sistemática, olvida que há um poder e um dever implícito de participação e colaboração processual, em parte desempenhado pelo Ministério Público no primeiro grau, pelos Promotores e Promotoras de Justiça, e noutra parte pelo Ministério Público de segundo grau, pelos Procuradores e Procuradoras de Justiça, o que aliás, nunca foi e nem é diferente, em todos os tribunais do país. A mais importante interpretação é no sentido de que não existe vedação a esta intervenção.

Dessa forma, o que se espera do Poder Judiciário, o qual sempre manteve estreito relacionamento com o Ministério Público, instituição "indispensável à função jurisdicional do Estado" (CF, art. 127), é uma postura de estímulo a esta interação, o que não se desenvolve apenas no plano da etiqueta social.

Para Clèmerson Merlin CLÈVE e Bruno Meneses LORENZETTO, (2016, fls. 69), deve ser considerado que, do passado quase silencioso imposto ao Judiciário, passou-se para um paradigma da necessária interação com os outros Poderes, em certos momentos, no sentido da cooperação, em certas ocasiões, como freio, ou mesmo como protagonista de uma tensão produtiva.

Nesse sentido, os órgãos jurisdicionais, como expressão deste momento histórico, deveriam se abrir a novos diálogos com a sociedade, e não constringir espaços antigos e já sedimentados de instituições como o Ministério Público.

É desnecessário que a legislação processual, que não estabelece limitação em relação a outras instituições, tenha previsão expressa sobre como cada órgão participa do processo, dado que a interpretação sistemática que deve ser feita, implica em considerar a estrutura da instituição como posta na sua legislação de regência, tanto no âmbito federal como estadual,

preparada e estruturada para atuação nos dois graus de jurisdição, sem qualquer impedimento posto na lei, para que ambos atuem respeita a atribuição própria.

Resulta daí o que se tem chamado de diálogos institucionais, no sentido de que as instituições não podem tomar decisões que possam obstruir o desempenho de outras, as quais possuem uma configuração constitucional e também legal, não sendo dado a nenhum órgão jurisdicional - *por ferir aquilo que é chamado de "conformidade funcional"* -, dar uma interpretação restritiva, que imponha ao Ministério Público atuar de modo diferente daquele que o legislador ordinário lhe conferiu.

Qualquer restrição à atuação do Ministério Público, interferindo no seu desempenho e criando obstáculos, contraria a sua legislação orgânica nacional e complementarmente na dos Estados da Federação, impedindo o exercício do dever constitucional e desrespeitando frontalmente sua organização interna.

Há uma carreira do Ministério Público que se compõe de integrantes que atuam no primeiro grau de jurisdição, as Promotoras e os Promotores de Justiça, e no segundo grau de jurisdição, as Procuradoras e os Procuradores de Justiça, cada qual com atribuições próprias e específicas, como se pode observar nos arts. 19 a 24 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.

É intuitivo, portanto, que existe uma estrutura hierárquica, uma funcionalidade diferente entre Procuradorias e Promotorias de Justiça, não havendo como se impor uma dinâmica subversiva de funcionamento, na qual é o primeiro grau que detém o protagonismo perante o tribunal, órgão de segunda instância, reservando para o Procurador de Justiça, uma postura menor que a de um coadjuvante, o que ocorre quando se considera sua intervenção como desnecessária, resumida à possibilidade de participar da sessão de julgamento, quando, por exemplo, se admite que é feita a intimação para comparecer. Isso reduz, limita e impossibilita uma atuação com toda a potencialidade de interferir na construção da jurisprudência, palco dos que atuam na segunda instância.

Conclusão

Ao membro do Ministério Público, com atribuição no segundo grau de jurisdição, sempre deve ser oportunizada a vista dos autos com intimação pessoal para pronunciamento nos recursos, sendo que esta omissão na abertura de vista configura prejuízo em razão de se mostrar obstáculo à capacidade institucional, impossibilitando que os diálogos entre instituições aconteçam, e que o processo de cunho democrático se estabeleça no plano da colaboração entre os sujeitos processuais, respeitadas as atribuições e a estrutura

organizacional e funcional das carreiras, não bastando a intimação para a sessão de julgamento.

Enunciado: A carreira do Ministério Público é organizada por lei complementar federal e também estadual, com agentes que atuam no primeiro e também no segundo grau de jurisdição, os quais possuem atribuições próprias e específicas em cada instância, o que compõe a chamada *conformidade funcional*. Em razão disso não há fundamentação plausível em qualquer restrição à atuação ministerial no segundo grau (perante os tribunais), impondo uma dinâmica subversiva de funcionamento, por criar obstáculos à atuação, pois isso contraria esta legislação, impedindo o exercício do dever constitucional e desrespeitando frontalmente sua organização interna. É desnecessário que a legislação processual tenha previsão expressa sobre como cada órgão ministerial participa do processo, porque a interpretação sistemática dessa atuação tem que considerar a legislação de regência, que estrutura o Ministério Público, não sendo dado aos tribunais, até em virtude do que tem sido chamado de *diálogos institucionais* - travados com integrantes de uma das *funções essenciais à justiça* -, obstruir este desempenho.

Referências bibliográficas:

CLÈVE, Clèmerson Merlin, LORENZETTO, Bruno Meneses. *Governo Democrático e Juridição Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

RODRIGUES, Geiza de Assis, Breves considerações sobre o Ministério Público Federal no século XXI, *in Manual de Direitos Difuso*s, org. VITORELLI, Edilson. Salvador: Ed. Juspodvum, 2018, p. 181-207.

SARLET, Ingo Wolfgang, MARINONI, Luiz Guilherme e MITIDIERO, Daniel, *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Saraiva, 2017

Legislação:

Código de Processo Civil – Lei nº 13.105/2015
Constituição Federal do Brasil de 1988
Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei nº 8.625/1993

A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Fabiana Lemes Zamalloa do Prado, Promotora de Justiça - MPGO, Mestre em Ciências Penais pela UFG

SÍNTESE DOGMÁTICA

Na ação de improbidade administrativa, o conflito que se estabelece é entre o direito de liberdade, em sentido amplo, e a defesa do patrimônio público, bem constitucionalmente protegido. O direito de liberdade, como os demais direitos inscritos no catálogo de direitos fundamentais, não é absoluto e sujeita-se a ponderações, com base no princípio da proporcionalidade, quando em rota de colisão com outro direito fundamental ou bem constitucionalmente protegido. Apesar do conteúdo sancionatório da ação de improbidade administrativa, os princípios penais, que irradiam do direito de liberdade, não têm aplicação absoluta na ação de improbidade administrativa. Nesse contexto, o direito fundamental à presunção de não culpa, consectário lógico do direito fundamental de liberdade, do qual decorre a regra processual probatória que impõe ao autor da ação de improbidade o ônus da prova do ato de improbidade, pode sofrer restrições adequadas, necessárias e proporcionais, a partir do princípio da proporcionalidade. A distribuição dinâmica do ônus da prova, autorizada no artigo 373, § 1º, do CPC constitui mecanismo de maximização dos direitos em conflito no processo e, por essa razão, sua aplicação no âmbito da ação de improbidade administrativa encontra compatibilidade constitucional e representa, num cenário de corrupção institucionalizada, importante ferramenta para a efetividade da defesa do patrimônio público.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

A distribuição dinâmica do ônus da prova, autorizada no artigo 373, § 1º, do CPC constitui mecanismo de maximização dos direitos em conflito no processo e, por essa razão, sua aplicação no âmbito da ação de improbidade administrativa encontra compatibilidade

constitucional e representa importante ferramenta para a efetividade da defesa do patrimônio público.

INTRODUÇÃO

Muito tem se discutido sobre a possibilidade de "inversão do ônus da prova" no âmbito da ação por improbidade administrativa.

As primeiras posições favoráveis a esse entendimento basearam-se na possibilidade de aplicação do artigo 6º do Código de Defesa do Consumidor, a partir do microssistema de tutela coletiva. Posteriormente, com o advento do novo Código de Processo Civil (CPC), que em seu artigo 373, § 1º previu, expressamente, a distribuição dinâmica do ônus da prova, novo fôlego conquistou a tese da possibilidade de sua aplicação às ações de improbidade administrativa.

O Superior Tribunal de Justiça, entretanto, instado a se manifestar sobre a questão, no final do ano de 2017, pronunciou-se sobre a impossibilidade de inversão do ônus da prova no âmbito da ação de improbidade administrativa. Segundo o Tribunal da Cidadania, diante da gravidade das sanções a serem aplicadas no processo por improbidade administrativa, deve prevalecer o princípio da presunção de inocência, o que impõe ao Ministério Público o ônus da prova do fato constitutivo de seu direito, qual seja a prática efetiva do ato de improbidade administrativa, nos termos do que estabelece o artigo 333[67] do CPC. Eis excerto do voto do relator:

> […] Muito embora espoquem pela doutrina alguns arroubos a proclamar a possibilidade de inversão do ônus da prova em ações relativas a improbidade administrativa, por se tratarem de ações coletivas, sujeitas a expansão do sistema do CDC, a mim não restam dúvidas que, inclusive em virtude das penalidades de mencionadas ações, tendentes a imposição de severas consequências aos demandados, deve prevalecer o princípio constitucional da presunção de inocência (Art. 5°, LVII da CF), e, de consequência, ser o ônus da prova distribuído nos moldes do artigo 333 do C.P.C., ou seja, cumprindo ao autor a demonstração do fato constitutivo de seu direito, no caso, a efetiva prática de ato de improbidade administrativa por parte do demandado (STJ, REsp 1.640.227/GO, Rel. Min. Og Fernandes, j. 20/11/2017).

Referida posição tem como pano de fundo o entendimento consagrado no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a partir do que estabelece o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal, de que a ação de improbidade administrativa, em razão de seu caráter sancionatório, tem natureza mista, razão por que a ela são aplicáveis as regras processuais civis com observância dos princípios penais (REsp 721.190/CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 13/12/2005, DJ 13/02/2006, p. 696; REsp 761.972/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 27/03/2007, DJ 03/05/2007, p. 219).

A partir desse entendimento, e de uma suposta prevalência do princípio da inocência sobre o direito à prova, consectário lógico do direito de ação, do devido processo legal e do direito à

[67] A referência é ao Código de Processo Civil de 1973. Entretanto a disposição foi reproduzida no artigo 373, § 1º do CPC/2015.

tutela jurisdicional justa, tem-se afastado a possibilidade de aplicação, no âmbito do processo por improbidade administrativa, do disposto no artigo 373, § 1º, do CPC, que autoriza a distribuição dinâmica do ônus da prova, ou como alguns preferem nominar "inversão do ônus da prova".

Entretanto, conforme se verá, tal posição desconsidera o conflito de interesses subjacente a ação de improbidade administrativa e, negando aplicação ao princípio da proporcionalidade, recusa uma eficácia ótima aos direitos fundamentais e a bens constitucionalmente protegidos, em rota de colisão.

À luz do princípio da proporcionalidade e do conflito de interesses subjacente ao processo por improbidade administrativa, propõe-se discutir a abrangência e limites da aplicação dos princípios penais na ação de improbidade administrativa, a fim de demonstrar a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova na referida ação, com base no que estabelece o artigo 373, § 1º, do CPC.

1. UMA NECESSÁRIA INCURSÃO NO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO FUNDAMENTO PARA A PONDERAÇÃO DE BENS

Do ponto de vista fenomenológico-existencial, a existência humana caracteriza-se pela coexistência. Não é possível conceber a existência humana senão inserida no âmbito de um processo histórico-social. Se os homens coexistem também os direitos coexistem, co-determinam-se e se co-limitam[68], razão por que é possível afirmar que os limites aos direitos fundamentais decorrem da sociabilidade humana.

Do ponto de vista dogmático-constitucional, os direitos fundamentais são, também, relativos e limitáveis, porquanto constitucionalizados. A limitação aos direitos fundamentais, pois, decorre da própria positivação dos direitos em uma ordem constitucional, a qual, além de não atribuir ao arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do direito, liga-os a uma ideia de responsabilidade social e integra-os ao conjunto de valores comunitários. Segundo Miranda[69], as limitações reconduzem-se "1º) à conjugação dos direitos, liberdades e garantias entre si e com outros direitos fundamentais e 2º) à conjugação com princípios objetivos, institutos, interesses ou valores constitucionais de outra natureza".

Foi, portanto, a partir da inserção, nos textos constitucionais, de direitos universais, ou seja, garantidos em igualdade de condições a todos os integrantes da sociedade, heterogêneos, por traduzirem pretensões diversas, muitas vezes incompatíveis entre si, por meio de normas

[68] STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
[69] MIRANDA, Jorge. Manual de direito constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. IV: direitos fundamentais.

principiológicas e da necessidade de resolver casos de tensão entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos que se desenvolveu a ideia de ponderação e, com ela, o princípio da proporcionalidade.

Falar em ponderação de bens pressupõe, necessariamente, a verificação de uma colisão entre bens ou direitos constitucionalmente protegidos. Segundo Canotilho[70], as colisões podem ser autênticas, também denominadas próprias, ou inautênticas, também denominadas impróprias:

> [...] considera-se existir uma colisão autêntica de direitos fundamentais quando o exercício de um direito fundamental por parte de seu titular colide com o exercício do direito fundamental por parte de outro titular. [...] A colisão de direitos em sentido impróprio tem lugar quando o exercício de um direito fundamental colide com outros bens constitucionalmente protegidos.

Steinmetz[71], partindo da conceituação de Alexy, sobre colisão de direitos fundamentais em sentido estrito (que se manifesta entre direitos fundamentais) e colisão de direitos fundamentais em sentido amplo (que se manifesta entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos), conclui cuidar-se de um mesmo fenômeno: colisão de direitos fundamentais.

Com razão o autor, pois bens constitucionalmente protegidos que, em rota de colisão com direitos fundamentais, estão sujeitos à ponderação, são aqueles que, direta ou indiretamente, concretizam a dignidade humana, valor esse que condensa e sintetiza os valores fundamentais que esteiam a ordem constitucional vigente.

Evidenciada uma situação real de colisão entre direitos fundamentais ou entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, a ponderação exsurge como técnica de otimização dos direitos constitucionais, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas.

A noção de ponderação, segundo Canotilho[72], baseia-se na inexistência de uma hierarquia abstrata de bens constitucionais o que exige uma norma de decisão que considere as circunstâncias do caso, bem como na natureza principial das normas que conferem direitos fundamentais, que as caracterizam como mandados de otimização, a serem realizados dentro das possibilidades fáticas e jurídicas.

Nessa linha de intelecção, é importante pontuar que as restrições a direitos fundamentais que se fazem por meio da ponderação de bens, em aplicação do princípio da proporcionalidade, pressupõe a estruturação de uma relação meio-fim, na qual o meio utilizado deve ser racional, não-excessivo, não-arbitrário e proporcional ao fim almejado.

Conforme adverte Canotilho[73], o princípio exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional, onde "[...] meios e fins são colocados em equação mediante um

[70] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
[71] STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
[72] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
[73] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se o meio utilizado é ou não desproporcionado em relação ao fim".

A partir daquilo que Alexy[74] denomina "lei de colisão" é possível perquirir qual dos direitos constitucionais em rota de colisão precede ao outro, é dizer, tem maior peso, no caso concreto. Estabelecida a precedência do direito no caso concreto e verificada a legitimidade constitucional do fim que se pretende alcançar, as máximas da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) estabelecerão os limites de otimização dos direitos contrapostos.

A máxima da adequação impõe que a restrição a um dos direitos constitucionais em colisão seja apta à realização do direito contraposto. O subprincípio da necessidade impõe a análise da imprescindibilidade do meio adequado para a realização do direito contraposto. Já a proporcionalidade em sentido estrito consubstancia a ponderação propriamente dita e impõe uma relação de reciprocidade entre a restrição imposta e o fim alcançado. A restrição imposta deve guardar uma relação de proporcionalidade com a realização do direito contraposto. Quanto maior a restrição, maior deve ser o grau de realização do direito em colisão.

A restrição resultará ilegítima e, portanto, não fundamentada do ponto de vista constitucional, se o conteúdo essencial do direito fundamental for afetado.

Para os adeptos das teorias relativas, o conteúdo essencial do direito fundamental é afetado sempre que não houver, a partir das máximas da proporcionalidade, motivo ou justificação suficiente para a limitação ou quando o direito fundamental deixar de ter eficácia na vida social[75]. O conteúdo essencial não é fixado de uma vez por todas, mas no caso concreto, e se refere àquela parte do direito atingido pelo limite desproporcional.

Segundo as teorias absolutas, os direitos fundamentais têm sempre um núcleo duro, que exclui por completo a ingerência dos poderes públicos e que não pode ser afetado, ainda que se persiga um fim legítimo e mesmo que a restrição seja adequada, necessária e proporcional, o que, para alguns, identificar-se-ia com a dignidade humana.

Se é certo que, em alguns casos, a identificação do núcleo intangível revela-se fácil tarefa, outros haverá em que esse limite não resultará tão claro. Por essa razão, para os fins da presente explanação, adere-se ao entendimento de que ilegítima será a restrição, por afetar o núcleo essencial do direito fundamental, sempre que for desproporcional ou retirar a sua eficácia na vida social.

---

[74] ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

[75] HESSE, Konrad. Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. Tadução da 20a. edição alemã.

2. O CONFLITO DE INTERESSES SUBJACENTE NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A discussão acerca dos limites de aplicação dos princípios penais na ação de improbidade administrativa, ante o seu caráter sancionatório, perpassa, necessariamente, por uma breve análise do conflito penal e dos discursos legitimantes do exercício do poder punitivo, na esfera penal.

Esse delineamento revela-se importante, porquanto é a partir dele que se poderá vislumbrar semelhanças e dessemelhanças no conflito subjacente ao processo penal e no conflito subjacente ao processo por improbidade administrativa, para, na sequência, aferir até que ponto as restrições, especialmente dos direitos fundamentais que se expressam por meio dos princípios penais, são legítimas no processo por improbidade administrativa.

A partir do momento em que o Estado confiscou o conflito penal da vítima, por volta do século XIII e, assumiu o exercício do poder de punir, necessário foi desenvolver um discurso justificador da legitimação do Estado para impor a sanção em razão do crime. O discurso de defesa social surgiu, inicialmente, baseado na ideia de sociedade como organismo e da superioridade dos inquisidores e sua imunidade ao mal[76]. Com a Revolução Industrial, quando a ideologia de justificação da sociedade passou a ser elaborada a partir da ideia de contrato social, o discurso de defesa social foi retomado: o direito de defesa, a partir do momento em que cada homem o transfere para a sociedade pelo contrato, torna-se irrenunciável por esta. O dano causado pelo infrator gera uma obrigação não só para com a vítima, mas para com a sociedade, que tem o dever de castigá-lo.

Com base na premissa da defesa social, foram desenvolvidos os discursos jurídico-penais que se encontram na base do sistema penal brasileiro e sustentam a concepção de que o conflito que se estabelece em razão do crime é entre o direito de liberdade do agressor e a segurança da sociedade, ofendida com a conduta delituosa. Esses discursos, na atualidade, assumiram o enfoque da "segurança pública", "segurança cidadã" ou "segurança urbana".

É dizer: a compressão ao direito de liberdade do infrator justificar-se-ia para a realização do direito contraposto: a segurança social.

Entretanto, a operatividade real do sistema penal (sua seletividade, violência, degradação a que submete o indivíduo) em conjunto com a incapacidade da pena de cumprir os fins propostos (prevenção geral negativa, pela dissuasão da prática delitiva no corpo social, prevenção geral positiva, pelo incentivo a adesão do grupo ao cumprimento das leis e prevenção especial, pela ressocialização) pôs em discussão a ilegitimidade das compressões decorrentes da aplicação do princípio da proporcionalidade na seara penal.

---

[76] ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal. 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I.

O princípio da proporcionalidade, segundo Santos[77], sem dúvida, integra o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, uma vez que a ideia de proporcionalidade é inerente a qualquer conceito jurídico possível de poder em um Estado Democrático de Direito.

De fato, conforme sustentou-se no item anterior, num sistema de direitos fundamentais, a compressão de um direito fundamental em rota de colisão com outro ou com bens constitucionalmente protegidos somente se justifica à medida que possibilita a maximização do direito contraposto, sem que essa compressão atinja o núcleo essencial do direito. Se houver desproporção entre a restrição imposta e a realização do direito ou ainda se a restrição for tal que afaste por completo a eficácia social do direito, atingido estará o núcleo essencial e ilegítima também resultará a compressão[78].

Em um sistema penal em que a pena privativa de liberdade assume protagonismo e em que a operatividade desse sistema revela-se extremamente degradante, a compressão do direito de liberdade que se dá com a aplicação da pena atinge o núcleo essencial do direito. Isso porque, além de a sanção privativa de liberdade retirar toda e qualquer capacidade de autodeterminação do indivíduo, submete-o a toda forma de degradação, diante da operatividade real do sistema, sem que se realize, com um mínimo de eficácia, o direito contraposto, qual seja a segurança pública.

E foi a partir dessa constatação, que os tribunais pátrios conferiram aos princípios penais um peso quase que absoluto no processo penal, apesar de não existirem, no sistema constitucional brasileiro, direitos absolutos.

Diversa é a situação no âmbito do conflito que se insere na seara da improbidade administrativa. Nesse âmbito, o conflito de interesses que se instaura é entre o direito de liberdade, em sentido amplo, do agente ímprobo e o patrimônio público. Não um patrimônio qualquer, mas um patrimônio material e moral, vinculado à realização de uma gama de direitos fundamentais e cuja proteção foi delineada constitucionalmente.

No âmbito desse conflito, restrições ao direito de liberdade em sentido amplo do agente ímprobo podem, no caso concreto, levar à realização do direito contraposto, qual seja a defesa do patrimônio público. As restrições que se efetivam ao direito de liberdade, em decorrência da aplicação das sanções previstas na Lei de Improbidade Administrativa são, pois, aptas à realização do direito contraposto na mesma ou em superior medida da restrição imposta.

Isso porque, como já pontuado, além de a liberdade não ser um direito absoluto no sistema

[77] SANTOS, Gustavo Ferreira. O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
[78] PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal. São Paulo: IBCCRIM, 2006.

de direitos fundamentais[79], como nenhum outro direito o é, os direitos de liberdade que são restringidos com a aplicação das sanções por improbidade são manifestações em 2º grau da dignidade[80] e sua compressão tem aptidão para realizar o direito contraposto. Exemplifica-se: no momento em que se impede o agente público de exercer cargo público, seja pela perda do cargo ou pela suspensão dos direitos políticos, ou de contratar com o poder público, faz-se cessar a conduta ilegal sem atingir o núcleo essencial do direito de liberdade, porquanto remanesce com ele a capacidade de autodeterminação, de participação na vida social, de exercício da mesma ou de outras atividades em âmbito privado. No momento em que se obtém o ressarcimento ao erário, possibilita-se a realização dos direitos fundamentais vinculados ao patrimônio público.

Assim, o estabelecimento de uma precedência absoluta do direito de liberdade e dos princípios penais que o concretizam, no âmbito do processo por improbidade administrativa, além de ir de encontro ao sistema de direitos fundamentais, compromete a eficácia normativa das normas constitucionais, razão por que não encontra amparo constitucional.

3. A DISTRIBUIÇÃO DO ÔNUS DA PROVA COMO CONCRETIZAÇÃO DO DIREITO À TUTELA JURISDICIONAL

A Constituição Federal de 1988 consagra, como garantia fundamental, o acesso a justiça, em seu artigo 5º, inciso XXXV, nos seguintes termos:

> Art. 5º. [...]
>
> XXXV – a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de lesão a direito;
>
> [...].

A referida disposição constitucional, porquanto inserta no catálogo de direitos fundamentais, confere um direito a tutela jurisdicional em seu sentido formal e material.

Em sua acepção formal, a garantia abrange o acesso ao Poder Judiciário e todos os mecanismos para o referido acesso. Do ponto de vista material, a garantia constitucional à tutela jurisdicional traduz o direito fundamental à tutela jurisdicional justa e de todos os mecanismos

[79] Em el caso de los principios absolutos, se trata de principios sumamente fuertes, es decir, de principios que, en ningún caso, pueden ser desplazados por otros. Si existen principios absolutos, hay que modificar la definición del concepto de principio, pues el hecho de que exista um principio que, en caso de colisión, tiene que preceder a todos los otros principios, es decir también a aquél que dice que las reglas estatuidas tienen que ser obedecidas, significa que su realización no conoce limites jurídicos. (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002)

[80] Sarlet fala da necessidade de reconhecer graus de vinculação dos direitos fundamentais com o princípio da dignidade da pessoa humana, invocando lição de Vieira de Andrade, para quem 'alguns direitos fundamentais constituem explicitações de 1º grau da ideia de dignidade da pessoa humana (vida, liberdade física e de consciência etc.), ao passo que outros se revelam apenas uma decorrência desses direitos básicos, completando-os como explicitações de 2º grau, de acordo com as circunstâncias sociais, econômicas, políticas, ideológicas concretas de cada ordem constitucional', (ANDRADE apud SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

para a obtenção dessa tutela[81].

O processo exsurge, assim, como instrumento para a efetivação da garantia constitucional à tutela jurisdicional em seu sentido material que, em última análise, reconduz-se à garantia de efetividade dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos. No âmbito de um sistema de direitos fundamentais, o processo tem a função de maximizar os interesses em conflito e propiciar, assim, uma eficácia ótima a referidos direitos, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, razão por que deve ser orientado, em seu desenrolar, pelo princípio da proporcionalidade.

A existência de um real conflito de interesses subjacente ao processo por improbidade administrativa erige-o ao *locus* constitucionalmente adequado para a "solução" do conflito.

Nesse contexto, o direito à prova, como consectário lógico do direito de ação, do direito à ampla defesa e ao contraditório, assume especial importância na obtenção da tutela jurisdicional em seu sentido material e à efetivação dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos em rota de colisão.

As regras de distribuição do ônus da prova estabelecidas pelo legislador consubstanciam, assim, ponderações realizadas, pelo legislador, de princípios e bens constitucionalmente protegidos, que se busca realizar por meio do processo, como instrumento de efetivação do direito à tutela jurisdicional, em seu sentido material.

No âmbito da legislação ordinária, várias são as disposições processuais que, a partir de ponderações de interesses, objetivam dar concretude ao direito a tutela jurisdicional e, em consequência, aos direitos fundamentais em rota de colisão. É o que se extrai do artigo 373 do CPC.

A distribuição do ônus da prova feita pelo legislador ordinário no artigo 373 do CPC almeja, à luz do direito à igualdade, que se irradia para o processo, a partir de uma ponderação, atribuir de modo isonômico o ônus probatório às partes litigantes no processo, concretizando assim a igualdade processual necessária à efetividade dos direitos fundamentais em rota de colisão, cuja otimização se dá pelo processo.

Entretanto, o próprio legislador, nos §§ 1º e 2º do artigo 373 do CPC, em razão da complexidade das relações sociais, autorizou o julgador a, nas circunstâncias expressamente definidas em lei, distribuir de modo diverso o ônus da prova, também a partir de uma ponderação de interesses e com o objetivo de garantir a igualdade processual e a máxima efetividade dos direitos fundamentais em conflito, diante de situações concretas que, de alguma forma, comprometam a isonomia processual e, em consequência, a máxima efetividade do direito à tutela

[81] DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2.

jurisdicional e os direitos fundamentais que por meio desta se concretizam.

Essa possibilidade não é nova no direito brasileiro. No âmbito da relação consumerista, onde primeiro se manifestou a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, o legislador ordinário, atento às peculiaridades dos direitos em conflito, bem como à hipossuficiência do consumidor, estabeleceu:

> Art. 6º São direitos básicos do consumidor:
>
> [...];
>
> VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiência;
>
> [...].

Outras disposições específicas, também baseadas em ponderações de interesses, são estabelecidas pelo legislador com o objetivo de maximizar o direito à tutela jurisdicional, em seu sentido material, e os direitos fundamentais que, no processo, se encontram em colisão.

É o que se verifica pelo disposto no artigo 17, § 6º, da Lei 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa – ao estabelecer:

> 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.
>
> [...];
>
> §6º. **A ação será instruída com documentos ou justificação que contenham indícios suficientes da existência do ato de improbidade ou com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas,** observada a legislação vigente, inclusive as disposições inscritas nos arts. 16 a 18 do Código de Processo Civil.

Diferentemente do regramento estabelecido na legislação processual civil, exigiu o legislador, na ação de improbidade administrativa, que seja ela exercitada com "indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa" ou "com razões fundamentadas da impossibilidade de apresentação de qualquer dessas provas".

A imposição desse ônus ao autor da ação - Ministério Público ou a pessoa jurídica interessada – consubstancia, de igual forma, uma ponderação de interesses, feita pelo legislador, diante do ônus decorrente do processo por improbidade administrativa e da possibilidade de ações infundadas e objetiva preservar, neste momento da relação processual, o direito de liberdade do cidadão contra o arbítrio estatal.

Diante desse quadro normativo, tem-se que, no âmbito da ação por improbidade administrativa, são aplicáveis as regras de distribuição do ônus da prova, inclusive a possibilidade de distribuição dinâmica do ônus da prova, as quais atendem ao princípio constitucional da isonomia, que se irradia para o processo, e à maximização do direito fundamental à tutela jurisdicional que, em última análise, volta-se à concretização dos direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos em rota de colisão – o direito de liberdade e o patrimônio público -, com observância de normas específicas, estabelecidas na Lei 8.429/92.

4. A DISTRIBUIÇÃO DINÂMICA DO ÔNUS DA PROVA NO PROCESSO POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Como já foi dito anteriormente, não existem, no sistema de direitos fundamentais, direitos absolutos, porquanto isso contraria a própria lógica do sistema. Nessa perspectiva, o direito de liberdade, em sentido amplo, e todos os seus consectários, em especial o direito fundamental à presunção de não culpa, que se põem em rota de colisão com o patrimônio público no processo por improbidade administrativa, podem, a partir de ponderações legítimas, sofrer compressões na relação processual, a fim de maximizar o direito contraposto, qual seja a defesa do patrimônio público, sem que tal compressão, em razão mesmo de sua legitimidade, atinja o conteúdo essencial do direito fundamental de liberdade.

Isso porque, conforme já exposto, a existência de um real conflito de interesses, no âmbito do processo por improbidade administrativa, legitima as compressões que se fizerem aptas, adequadas e necessárias à maximização dos direitos e bens constitucionalmente protegidos em conflito, ainda que o direito sujeito à compressão seja o direito de liberdade.

Dessa forma, a conclusão do Tribunal da Cidadania sobre a impossibilidade de "inversão do ônus da prova" na ação por improbidade administrativa pela necessidade de prevalência do princípio da inocência esbarra na eficácia ótima do sistema de direitos fundamentais.

Importante rememorar que, apesar da confusão terminológica para a designação do princípio inscrito no artigo 5º, inciso LVII, da CF - princípio da inocência ou princípio da não culpa - certo é que a referida garantia constitucional, no sistema constitucional brasileiro, não confere a todos os cidadãos uma condição de inocência. Isso porque, conforme afirma Zakia[82],

[82] ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP . Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

> [...] há uma diferença fundamental, reconhecida pelo ordenamento jurídico pátrio, entre o postulado de presunção de inocência e de presunção de não culpa. Enquanto o primeiro pressupõe que todos são inocentes, portanto, um estado positivo idealizado pelo Estado de forma arbitrária, pois inexistem elementos racionais para construção de tal pressuposto, ou seja, um dogma ou axioma; o segundo, pressupõe um juízo neutro, um pressuposto racional e lógico que se justifica porque inexistem elementos quaisquer para se concluir pela inocência ou pela culpa de alguém. Sob ambos os postulados, o acusado será absolvido em caso de não restar formada a culpa no bojo do devido processo legal, fato que, no entanto, não autoriza equiparar as duas situações, pois elas guardam entre si, suas diferenças que, por sua vez, irradiam diferentes consequências.

Ainda segundo a autora[83],

> [...] o direito fundamental da presunção de não culpa, tal como posto pela norma constitucional pátria, encerra em favor de qualquer pessoa sob persecução penal, o reconhecimento de uma verdade provisória: de que não é culpado, com caráter probatório que repele juízos prematuros de culpabilidade até que sobrevenha, no caso da Constituição Federal Brasileira, o trânsito em julgado da condenação penal.

Dessa forma, a garantia constitucional de presunção de não culpa, inscrita no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, não confere um estado de inocência ao cidadão, mas um estado processual inicial de neutralidade e encerra um direito de dimensão processual, de âmbito negativo, que se concretiza por meio da regra processual probatória, que impõe, ao órgão acusador, o ônus da prova do fato ilícito definido pelo legislador e não ao réu a prova da inocência, e por uma regra de julgamento, consubstanciada nas consequências advindas do descumprimento do ônus probatório.

Esse direito de dimensão processual, como todos os demais direitos insertos no catálogo de direitos fundamentais, não é absoluto e deve conviver com outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, razão por que está sujeito, diante das colisões inevitáveis do sistema, a ponderações que, no processo por improbidade administrativa concretizam-se, inclusive, pela distribuição dinâmica do ônus da prova.

Nessa perspectiva, a distribuição dinâmica do ônus da prova autorizada pelo artigo 373, § 1º, do CPC, constitui mecanismo de maximização dos direitos contrapostos na ação de improbidade administrativa, quais sejam o direito de liberdade com todos os seus consectários lógicos e a defesa do patrimônio público.

Partindo dessas premissas, propõem-se algumas balizas para a distribuição dinâmica do ônus da prova na ação por improbidade administrativa.

Por primeiro, o estabelecimento de um ônus "qualificado" ao autor, para o exercício da ação, conforme disposto no artigo 17, § 6º, da Lei 8.429/92, por meio da necessidade de apresentação de indícios suficientes da existência do ato de improbidade administrativa, atende à necessidade de garantia mínima do direito de liberdade do investigado contra o arbítrio estatal, de forma que não se revela legítimo o afastamento dessa garantia, pelo magistrado, em ponderações

[83] ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP . Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

de interesses, afastando esse dever do Ministério Público e da pessoa jurídica interessada, para atribuí-lo ao investigado, fora da hipótese delineada pelo próprio legislador (impossibilidade de apresentação das provas, devidamente justificada). A inversão do ônus de apresentar o arcabouço "suficiente" para a deflagração da ação de improbidade administrativa (mediante prova do fato ou do fato contrário), por ser desproporcional, não pode ser objeto de "ponderações".

A exigência de exercício da ação com elementos suficientes da prática do ato de improbidade administrativa reduz o campo de possibilidade de inversão do ônus da prova no processo por improbidade administrativa, de forma que será aplicado na produção de elementos que "corroborem" os elementos já apresentados pelo autor, na busca da certeza necessária à decisão de procedência.

Ainda, somente será possível a inversão do ônus probatório naqueles casos em que for extremamente difícil ou impossível a produção da prova pelo autor (prova diabólica) e for ela possível de ser realizada pelo investigado (artigo 373, 1º, primeira parte) e não em situação em que seja mais cômoda a produção da prova pelo réu (artigo 373, 2ª parte). Ademais, deve ela ter aptidão de esclarecer fatos e proporcionar a certeza necessária. A compressão da garantia do direito à presunção de não culpa e do direito de não produzir prova contra si mesmo, que decorrem do direito de liberdade, deve ser apta a realizar o direito contraposto.

A desincumbência do ônus pode ocorrer pela produção da prova do fato probando ou do fato contrário.

Também não deve ser admitida a inversão do ônus da prova se houver possibilidade de reflexos da prova no campo penal, diante do que se disse em linhas pretéritas sobre o conflito penal. Essa conclusão poderá ser revisitada à medida que o processo penal assuma uma feição mais restaurativa e menos punitiva, como de fato já vem ocorrendo, com a introdução, na seara penal, de instrumentos consensuais para a resolução dos conflitos.

A propósito, o Fórum Permanente de Processualistas Civis, em seu Enunciado 51, propõe a seguinte interpretação ao artigo 378 e 379 do CPC:

> (art. 378 e art. 379) A compatibilização do disposto nestes dispositivos com o art. 5º, LXIII, da CF/1988 (direito ao silêncio), assegura à parte, exclusivamente, o direito de não produzir prova contra si em razão de reflexos no ambiente penal. *(Grupo: Direito Probatório).*

De outro lado, considerando a natureza eminentemente cível da reparação do dano (relembre-se que na ação de improbidade administrativa há uma cumulação de pedidos - ressarcitório e sancionatório)[84] é possível a inversão do ônus da prova relativamente a aspectos

[84] Segundo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, o ressarcimento ao erário não é pena, assim compreendida a retribuição pelo ilícito perpetrado, mas consequência imediata e necessária de reparação do ato ímprobo, razão pela qual não pode figurar isoladamente como penalidade. Nesse sentido: AgRg no AREsp 173.860/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/02/2016, DJe 18/05/2016; STJ, REsp 1.184.897/PE, Rel. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma, DJe de 27/4/2011; REsp 1315528/SC, Rel. Ministro

que não digam respeito à conduta ilícita em si, mas exclusivamente à reparação do dano (*exempli gratia* o *quantum* da reparação), quando esse pedido for cumulado com aplicação e sanções.

Acrescente-se que, na hipótese de a ação de improbidade administrativa ser exercitada exclusivamente para a reparação do dano ao erário, possível será a inversão sem as limitações até agora apontadas, em razão da natureza exclusivamente cível e patrimonial da ação.

Diante do restrito campo de incidência probatória em que pode recair a inversão do ônus (elementos probatórios que vão corroborar os elementos já produzidos pelo autor com o exercício da ação), mas necessários à busca da certeza indispensável à decisão de procedência, a não desincumbência do ônus pelo réu poderá servir como regra de julgamento[85] para corroborar aquilo que já foi produzido. Ressalta-se que essa "regra de julgamento" somente poderá incidir diante da possibilidade da produção da prova pelo réu e de sua não-produção.

Se a prova também não puder ser produzida pelo réu (situação de inesclarecibilidade[86]) em razão de sua própria conduta, essa circunstância incidirá como regra de julgamento para corroborar os elementos produzidos pelo autor, com o exercício da ação. É o que ocorre naquelas situações em que o agente público, que detém os controles da Administração, forja situações ou burla os controles para maquiar o ilícito. A adoção de uma regra de julgamento, em desfavor do réu, nessas circunstâncias, além de atender ao ideal de justiça, privilegia a boa-fé processual e poderá contribuir para coibir a inviabilização da prova, por agentes públicos, no âmbito da Administração Pública.

A distribuição dinâmica do ônus da prova, ou como preferem alguns a "inversão do ônus da prova", com os limites acima propostos compatibiliza-se com a relatividade ínsita a todos os direitos fundamentais, inclusive o princípio da presunção de não culpa (ou o princípio da presunção de inocência, como impropriamente nominam alguns), uma vez que a Constituição Federal não garante, por meio do artigo 5º, inciso LVII, um estado de inocência aos cidadãos, mas uma situação inicial de neutralidade[87], que afasta a atribuição do ônus da prova quanto a sua inocência. Da mesma forma que os demais direitos insertos no catálogo de direitos fundamentais,

---

Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 21/08/2012, DJe 09/05/2013 AgRg no Agravo em Recurso Especial 606.352-SP, Relatora Ministra Assusete Magalhães, 2ª Turma, julgado 15/12/2015).

[85] Segundo Didier, as regras de distribuição do ônus da prova têm duas dimensões: subjetiva e objetiva. Na sua dimensão subjetiva, as regras de distribuição do ônus da prova têm a função de dar conhecimento a cada parte de sua parcela de responsabilidade na formação do material probatório destinado à construção do juízo de fato (regra processual). Na sua dimensão objetiva, as regras de distribuição do ônus da prova têm a função de indicar qual das partes deverá suportar as consequências negativas advindas da ausência da prova. Segundo o autor, nessa dimensão, as regras de distribuição do ônus da prova constituem uma "regra de julgamento" dirigida ao juiz, na solução do caso, diante da ausência da prova, uma vez que lhe é vedado o non liquet. (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2).

[86] Didier, invocando lição de Marinoni, identifica a situação de inesclarecibilidade com a impossibilidade de produção da prova para ambas as partes. Nessa situação, propõe o autor que aquele que assumiu o risco da inesclarecibilidade, ainda que originariamente a ele não coubesse o ônus probatório, deve arcar com o risco da impossibilidade da produção da prova, observado, o contraditório. (DIDIER JR. Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória. Salvador: Editora Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2).

[87] ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa. Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP . Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, maio/ago. 2016.

também o princípio da presunção de não culpa, quando em rota de colisão com outros direitos fundamentais ou bens constitucionalmente protegidos está sujeito a ponderações, a partir do princípio da proporcionalidade. A restrição a referido direito decorrente da inversão do ônus autorizada pelo legislador no artigo 373, § 1º, do CPC, é resultado de ponderações de interesses fundadas nas máximas da proporcionalidade.

Importante ressaltar que o reconhecimento da culpa dar-se-á com a decisão final, fundada em elementos suficientes a conferir a certeza necessária para a condenação. Se mesmo diante da aplicação das regras de julgamento acima indicadas (decorrente do não cumprimento do ônus) não for alcançada a certeza necessária, o julgamento de improcedência impor-se-á.

Se o princípio da presunção de não culpa assumiu, ao longo dos anos, uma feição absoluta no processo penal[88], a impedir, nesse âmbito, a inversão do ônus da prova, isso se deu não por uma natureza absoluta do direito, incompatível, como já enfatizado, com o sistema de direitos fundamentais, mas pela ausência de um real conflito de interesses e por uma inaptidão do processo penal, diante de sua feição pouco restaurativa, de "solucionar", a partir de uma legítima ponderação de interesses, fundada no princípio da proporcionalidade, o conflito subjacente, o que não ocorre no processo por improbidade administrativa, conforme sustentou-se ao longo do presente estudo.

Alfim, a distribuição dinâmica do ônus da prova na ação de improbidade administrativa somente se legitima à medida que alcançar o equilíbrio entre o direito de liberdade do réu contra o arbítrio estatal e a defesa do patrimônio público, vilipendiado em razão da conduta ímproba. As compressões ao direito individual somente se justificarão à medida que houver efetiva possibilidade de realização do direito contraposto – a defesa do patrimônio público.

CONCLUSÃO

Diferentemente do que concluiu o Superior Tribunal de Justiça no julgamento do Resp 1.640.227/GO, Rel. Min. Og Fernandes, julgado aos 20/11/2017, a distribuição dinâmica do ônus da prova, agora autorizada de forma geral, no âmbito das relações processuais civis, pelo artigo 373, § 1º, do CPC, no âmbito da ação de improbidade administrativa, não viola o direito fundamental a presunção de não culpa, porquanto, tal direito, no sistema constitucional brasileiro, não confere um estado de inocência aos cidadãos, mas um estado inicial de neutralidade processual que afasta a possibilidade de atribuição do ônus da prova de sua inocência ao réu.

[88] Esse entendimento, entretanto, foi revisitado pelo STF no julgamento do HC 126.292/SP, quando, ao decidir pela possibilidade de execução da pena após a decisão de 2ª instância, admitiu-se a possibilidade de restrição gradual do princípio da presunção de não culpa à medida que as instâncias evoluem.

O direito fundamental processual a presunção de não culpa, consectário que é do direito de liberdade, assim como os demais direitos fundamentais inscritos no catálogo de direitos fundamentais, não são absolutos e, quando em rota de colisão com outros direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos estão sujeitos a ponderações, baseadas no princípio da proporcionalidade, ínsito ao sistema de direitos fundamentais

No âmbito da ação de improbidade administrativa há um real conflito de interesses entre o direito de liberdade do cidadão, em sentido amplo, e a defesa do patrimônio público, o qual recebeu uma especial proteção do constituinte originário, a justificar a ponderação de interesses como mecanismo de otimização e efetividade do sistema de direitos fundamentais. Por essa razão, os princípios penais, que se irradiam do direito de liberdade, no âmbito da ação de improbidade administrativa, devem ter sua aplicação condicionada à efetividade do sistema de direitos fundamentais razão por que, quando em rota de colisão com bens e direitos constitucionalmente protegidos, como a defesa do patrimônio público, estão sujeitos a ponderações de interesses, baseadas no princípio da proporcionalidade.

O direito à prova como consectário lógico que é do direito de ação, do direito à ampla defesa, do direito ao contraditório e, em consequência, do direito à tutela jurisdicional justa, é passível de ponderações de interesses, por decisão legislativa e, nos casos concretos, por decisão judicial, a partir dos balizamentos estabelecidos pelo legislador.

Nesse contexto, a distribuição dinâmica do ônus da prova nas ações de improbidade administrativa revela-se como mecanismo de otimização e efetividade do sistema de direitos fundamentais e, num contexto de corrupção institucionalizada, constitui ferramenta indispensável à efetiva defesa do patrimônio público.

A realidade social condiciona a interpretação constitucional e é condicionada por esta. Assim como a operatividade real do sistema penal, ao longo dos anos, condicionou a aplicação dos princípios penais no processo penal, a realidade da corrupção no Brasil, além de impor uma revisitação da aplicação desses princípios no processo penal, sempre preservando o núcleo essencial dos direitos fundamentais, condiciona a sua aplicação no âmbito da ação de improbidade administrativa, a partir do princípio da proporcionalidade.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert**. Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2002.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

DIDIER JR. Freddie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de direito processual civil. **Teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória.** Salvador: Editora Jus Podivm, 10. ed., 2015, Vol. 2.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão:** Teoria do garantismo penal. Tradução de Ana Paula Zomer et al. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha.** Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1998. Tradução da 20a. edição alemã.

MIRANDA, Jorge**. Manual de direito constitucional**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998, t. IV: direitos fundamentais.

SANTOS, Gustavo Ferreira. **O princípio da proporcionalidade na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:** limites e possibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais.** 2 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do Prado. **A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal.** São Paulo: IBCCRIM, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal.** 2.ed. Rio de Janeiro: Revan, 2003, vol. I.

ZAKIA, Maria Lúcia Perez Ferres. **O ato de enriquecimento ilícito do servidor público (art. 9º, inciso VII, da Lei 8.429/92) à luz do direito fundamental de presunção de não culpa.** Revista Brasileira de Estudos da Função Pública – RBEFP . Belo Horizonte, ano 5, n. 14, p. 141-172, mai./ago. 2016.

ATUAÇÃO INTEGRADA DO SISTEMA DE JUSTIÇA E DA ACADEMIA NA DEFESA DO MEIO AMBIENTE – IMPLANTAÇÃO DA REDE DE MEDIDORES DE QUALIDADE DO AR NO ESTADO DO ACRE[1]

Patrícia de Amorim Rêgo[1]
Getúlio Barbosa de Andrade[1]
Rita de Cássia Nogueira Lima[1]

1. Síntese dogmática

No que diz respeito à proteção do meio ambiente, são vários os problemas e desafios a serem enfrentados, e seguramente, no Estado do Acre, na Região Amazônica, o desmatamento e as queimadas das nossas florestas são, inexoravelmente, os maiores deles.

No Brasil, de acordo com a Organização Mundial de Saúde (OMS), 50 mil pessoas morrem anualmente por problemas decorrentes da poluição do ar. Apesar da gravidade do problema, o último diagnóstico oficial que data de 2014, aponta que o monitoramento realizado nem sempre alcança todos os parâmetros estabelecidos pela legislação brasileira. O diagnóstico informa, também, que a descontinuidade do monitoramento é fator preocupante, pois gera informações insuficientes para a composição de padrões comparativos. Outra deficiência é a baixa cobertura do território nacional, **sendo inexistente na região norte**. Por fim, o custo para implantação e manutenção da rede de monitoramento da qualidade do ar é apresentado como agente limitante para a implementação de dessa política.

Essas informações são ratificadas pelo Relatório "Análise do Monitoramento de Qualidade do Ar no Brasil", publicado em 2019 pelo Instituto Saúde e Sustentabilidade, pois demonstra que apenas 40% (11/27) das unidades federativas brasileiras possuem monitoramento da qualidade do ar, sendo na Região Norte a situação mais caótica, onde não foram identificadas estações de monitoramento da qualidade do ar[89].

Em observância a situações como essas, o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP, mediante a Resolução n.º 147, de 21 de junho de 2016, dispôs sobre o planejamento estratégico nacional, estabeleceu diretrizes para o planejamento estratégico daquele Conselho

[89] Segundo o estudo: "Análise do Monitoramento de Qualidade do Ar no Brasil", publicado em 2019 pelo Instituto Saúde e Sustentabilidade.

e para as unidades e ramos do Ministério Público; **e, a citada Resolução inseriu, dente os objetivos estratégicos, naturalmente, a defesa e a proteção do meio ambiente;** convergindo, assim, com o objetivo estratégico delineado pelo Ministério Público do Estado do Acre, no sentido de atuar no combate às queimadas, desmatamentos e no monitoramento das diversas formas de poluição, visando ao desenvolvimento sustentável, que culminou na elaboração do Projeto: Observatório das Políticas Públicas de Variações Climáticas do Estado do Acre – OBCLIMAC, como estratégia ministerial para o enfrentamento dessa problemática, numa perspectiva de um MP realmente Resolutivo.

Assim sendo, a presente tese pretende demonstrar valiosas oportunidades a partir da integração do conhecimento científico (Universidade) e jurídico (Ministério Público) diante da inércia do poder público, no que concerne ao monitoramento da qualidade do ar.

2.Pressupostos legais e as políticas de qualidade do ar no Brasil

A Constituição Federal de 1988 do Brasil respalda a proteção da qualidade do ar no país; e, em complementação, a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), instituída através da Lei nº 6.938/81, dispõe sobre o seu objetivo no art.2º, que é a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental para propiciar a vida. Ainda, a referida Lei, no seu art. 3.º, traz conceitos sobre o que é meio ambiente, degradação da qualidade ambiental e poluição (inciso III); sendo que, em atenção a esse normativo, o Conselho Nacional de Meio Ambiente – CONAMA expediu várias Resoluções sobre os padrões de qualidade e controle de fontes de emissão.

Frisa-se, a esse respeito, que o Compromisso pela Qualidade do Ar e Saúde Ambiental foi assumido pelo Governo Federal em 2009 e se constituiu em importante orientação para o enfrentamento aos desafios concernentes à proteção da qualidade do ar e da saúde ambiental no Brasil, sendo o mesmo parte do proposto **Plano Nacional de Qualidade do Ar (PNQA)**, cujo objetivo era proteger o meio ambiente e a saúde humana dos efeitos da contaminação atmosférica, por meio da implantação de uma política contínua e integrada de gestão da qualidade do ar no país e que foi concebido para subsidiar a 1ª Conferência Nacional de Saúde Ambiental (CNSA), ocorrida de 9 a 12 de dezembro de 2009, em Brasília. (BRASIL, S/D).

Como já referido, a partir da Política Nacional de Meio Ambiente, foram editadas várias Resoluções, como a Resolução CONAMA nº 05/1989, que institui o Programa Nacional de Controle da Poluição do Ar (PRONAR); a Resolução nº 03/1990, que define os padrões de qualidade do ar; a Resolução nº 382/2006, que estabelece limites de emissão de poluentes atmosféricos para determinadas fontes estacionárias e um conjunto de resoluções

disciplinadoras do Programa Nacional de Controle da Poluição do Ar por Veículos Automotores (PROCONVE); a Resolução nº 418/2009, que dispõe sobre critérios para a elaboração de Planos de Controle de Poluição Veicular - PCPV e para a implantação de Programas de Inspeção e Manutenção de Veículos em Uso - I/M pelos órgãos estaduais e municipais de meio ambiente e determina novos limites de emissão e procedimentos para a avaliação do estado de manutenção de veículos em uso. E, por fim, a Resolução nº 491, de 19 de novembro de 2018, que dispõe sobre padrões de qualidade do ar.

Faz-se mister acentuar que, infelizmente, não obstante a importância do tema, o Estado Brasileiro ainda não possui uma Política Nacional estruturada, haja vista que o Projeto de Lei nº 10521/2018, que Institui a Política Nacional de Qualidade do Ar e cria o Sistema Nacional de Informações de Qualidade do Ar, ainda encontra-se aguardando Parecer do Relator na Comissão de Desenvolvimento Urbano (BRASIL, 2019).

Ainda nesta esteira, não se pode deixar de mencionar que, visando controlar e conter as taxas de desmatamentos e queimadas, ante o compromisso firmado pelo Brasil no Acordo de Paris – Convenção do Clima, de reduzir a emissão de gases de efeito estufa, foi editada a Lei Federal nº 12.187/09, que instituiu a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC, e que previu, dentre os seus instrumentos, o Plano para Prevenção e Controle de Desmatamentos e Queimadas na Amazônia Legal (PPCDQAm), assim como os respectivos Planos Estadual e Municipais de Prevenção e Controle de Desmatamentos e Queimadas (PPCDQ e PPCDQm); e, atendendo ao seu comando ainda em 2010, o Estado do Acre, em parceria com o Governo Federal, elaborou o Plano Estadual de Prevenção e Controle do Desmatamento no Acre (PPCD-AC), com o objetivo de integrar seus planos, programas e ações estratégicas com os esforços e estratégias das esferas municipal e federal do governo, com o fito de fortalecer os instrumentos de prevenção e controle de desmatamentos e garantir expressivas, consistentes e duradouras taxas de desmatamento.

3.A qualidade do ar no contexto amazônico

A Amazônia, como maior bioma brasileiro com 46% (quarenta e seis por cento) da biodiversidade, considerada como vital na regulação do clima global, possui peculiaridades sazonais, no que diz respeito à poluição do ar, sendo os seus piores níveis registrados no período do verão amazônico (LIMA, 2018). Aspectos físicos, socioculturais e econômicos devem ser considerados nessa análise causal, pois no modelo econômico utilizado prepondera a geração de energia por termelétricas, transportes a partir da queima de combustíveis fósseis,

a mudança no uso da terra, agropecuária, tratamento e disposição final de resíduos sólidos urbanos (BRASIL, 2012, pag. 42).

Afora esses padrões, a poluição do ar na Amazônia vem sendo consideravelmente agravada pela recorrência dos eventos extremos caracterizados por cheias e secas severas, a exemplo dos 2005, 2010, 2016 (seca), 2009, 2012, 2014 e 2015 (inundação). Sendo que todos os anos, em meados de maio, junho, julho, agosto e setembro, chegando a outubro, a fumaça invade as estradas, fazendas, vilas e cidades, trazendo muitos problemas de saúde, afetando crianças, idosos e outras pessoas com dificuldades de respiração.

Outra situação identificada é que as Unidades de Saúde Públicas e Privadas são infladas, em razão das queimadas. No entanto, as autoridades locais (Acre) e alguns jornais escritos atribuíam a origem desses gases e materiais particulados aos Estados que compõem o Arco do Fogo e às vezes aos Países vizinhos – Bolívia e Peru, contudo, é muito pouco provável que não haja relevante contribuição do Estado do Acre para essa situação. O certo é que sem uma rede *in situ* de monitoramento instalado no Estado do Acre, não se tinha como mensurar a qualidade do ar respirado pela população e que afeta a todos.

Nesse contexto, é patente a ausência de instrumentos e tecnologias que monitorem a qualidade do ar na Amazônia, em tempo real, possibilitando a ação do poder público no combate à poluição atmosférica, assim como possibilitem a responsabilização civil e criminal dos degradadores do meio ambiente, dos poluidores.

4.A utilização do conhecimento científico e tecnológico na garantia dos direitos

A Universidade Federal do Acre – UFAC possui um Grupo de Estudos Ambientais que se dedica ao monitoramento ambiental na procura de respostas entre o comportamento regular do clima da Amazônia e as manifestações de eventos extremos, variabilidades e mudanças climáticas.

Esse Grupo realiza o monitoramento da meteorologia, nível, vazão dos rios e chuvas nas bacias, fotometria solar, poluição do ar, satélites, ionosfera, além da realização de pesquisas ciclo hidrológico hidrometria, aerossóis atmosféricos, serviços ambientais da Amazônia e energias renováveis.

Nessa senda, ante a incontestável expertise da academia, no caso, da Universidade Federal do Acre, o Ministério Público do Estado do Acre buscou e busca frequentemente a aproximação com cientistas notáveis no desenvolvimento de pesquisas na área de conservação ambiental e utiliza o conhecimento gerado para subsidiar sua atuação. Nesse ponto, ressalta-se, houve a valiosa e imprescindível colaboração/cooperação da Universidade Federal do

Acre – UFAC, **por meio do Professor e Pesquisador Dr. Foster Brown**[90], para com o Ministério Público do Acre , o qual, por ocasião da realização de reunião ainda em março de 2018, tendo como pauta as mudanças climáticas, eventos extremos e gestão de recursos hídricos, apresentou à Coordenadora do CAOP-MAPHU, juntamente com a proposta de implantação de mais um medidor na capital Rio Branco os resultados alcançados a partir de sensor instalado na sede da Universidade, publicados posteriormente no artigo **"Monitoramento De Fumaça em Tempo Real Mediante Sensores de Baixo Custo Instalados na Amazônia Sul-Ocidental"**.

Os resultados demonstraram que:

> **"a Internet das Coisas acoplado com a revolução tecnológica de equipamento de mensuração permite expandir significativamente o monitoramento de variáveis pertinentes a mudanças ambientais globais. No caso deste artigo sensores com custos de USD 250 por unidade na fábrica geraram mais de 420 mil observações em tempo real sobre a qualidade do ar em vários pontos da Amazônia Sul-ocidental".**

Durante os 250 dias (2017 a 2018) que o sensor de Rio Branco esteve operacional foram realizados 332.603 (trezentos e trinta e dois, seiscentos e três) registros de dados; sendo que, desses, 54 dias apresentaram médias diárias superiores à 25µgm^{-3} e 183 dias abaixo de 10 µgm^{-3}. Ora, a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu padrões de concentração de material particulado com diâmetros abaixo de 2.5 µm de diâmetro aerodinâmico (MP 2.5) para determinação da qualidade do ar; e, segundo a OMS, a média anual deve ser abaixo de 10 µgm-3 e o limite diário de 25 µgm-3, verifica-se a necessidade imediata de coibição dessas práticas na cidade de Rio Branco, capital do Estado do Acre.

Noutro viso, é preciso ponderar que apesar desse tipo de rede ser 10 (dez) vezes mais barata que equipamentos tradicionais para medições de particulado atmosférico PM2.5, o que facilita a aquisição e a implementação do monitoramento em várias áreas, é imprescindível analisar e buscar entender a precisão dessas medidas, bem como se atende integral ou parcialmente a Resolução CONAMA nº 491/2018.

Assim sendo, e diante da total ausência da atuação do poder público quanto à implantação desses instrumentais, acarretando a falta de informações e protocolos de atuação na região norte, o Ministério Público do Estado do Acre acolheu a proposta, se incumbindo de catalisar a aquisição e instalação de medidores de fumaça em 100% (cem por cento) dos

[90] Irving Foster Brown é pesquisador do Centro de Pesquisa de Woods Hole, Docente da Pós-Graduação e Pesquisa do Parque Zoobotânico da UFAC. Coordenador do Projeto MAP-Resiliência. Vencedor da primeira edição do Prêmio Atitude do Ministério Público do Acre na categoria PERSONALIDADE.

Municípios Acreanos**, cujo custo para a sua aquisição era bastante reduzido, mormente, se comparado aos benefícios hauridos.**

5.A Rede de sensores PurpleAir como alternativa

Conforme publicado por Brown et al (2018):

> **"O sensor PA-II-SD usa dois canais laser (A e B) contadores de partículas (PMS5003) calibrados na fábrica como indicador da precisão das medidas com resolução de 1 µgm-3. O laser reflete nas partículas no ar de tamanhos entre 0,3 e 10 µm. Estes dados são usados para estimar o índice de qualidade do ar (AQI) e as concentrações de PM1.0, PM2.5, PM10 em µgm^{-3} e partículas por decilitro. Os dados são registrados cada 80 segundos, cerca de 1080 registros por dia, e são disponibilizados em tempo real na Internet. Os dados podem ser baixados para diferentes localidades do planeta ou especificamente para a região onde está instalado o sensor".**

De acordo com informações repassadas pela Universidade Federal do Acre – UFAC, por meio do Professor **Foster Brown,** a aquisição de aparelhos PA-II SD, comercializados pela empresa PurpleAir para a citada finalidade, eram providos de precisão e confiabilidade, e custavam, anteriormente, na ordem de 20.000 USD (vinte mil dólares americanos), contudo, felizmente, à época, 2018, existiam aparelhos importados, cujo preço era de aproximadamente 250 USD (duzentos e cinquenta dólares americanos), a cujos valores, todavia, ainda deveriam ser acrescidos a taxa de importação, os custos para seu desembaraço aduaneiro, bem como para sua implantação, orçando, estimativamente, em 500 USD (quinhentos dólares americanos) cada unidade já implantada.

Diante dessas informações, afora os inúmeros benefícios que esses equipamentos trariam para monitorar a qualidade do ar, para cuidar da saúde das pessoas, ponderou-se que essa medida - aquisição dos aparelhos medidores de fumaça -, seria fundamental para se acompanhar a efetividade das políticas públicas de combate aos desmatamentos e queimadas irregulares, isto é, monitorar os resultados alcançados com esse objetivo; e, por não se considerar elevado o custo para sua aquisição, , em virtude do benefício para o meio ambiente, para a saúde pública e para comprovação quanto ao cumprimento do compromisso assumido pelo Brasil e pelo Estado do Acre para a diminuição dos gases de efeito estufa, chegou-se à conclusão de que era absolutamente exequível e necessária a implantação de, pelo menos, 01 (um) medidor em cada um dos Municípios acreanos, estimando a implantação de cada unidade em torno, à época, de R$ 1.700,00 (um mil e setecentos reais). Mas, o projeto foi bastante exitoso, ultrapassando a meta almejada, logrando-se instalar sendo na Capital e em todos os demais 21(vinte e um) municípios30 (trinta) aparelhos.

6.A atuação ministerial com base na autocomposição e na resolutividade

Com relação à forma de atuação do Ministério Público Acreano, este sempre se distinguiu por usar a criatividade, não abrir mão das preciosas parcerias e concentrar suas energias para promover a transformação social.

Sobre o tema, destaca-se que o Ministério Público do Estado do Acre sempre teve entre as suas principais bandeiras a luta pela proteção do meio ambiente e a busca pelo desenvolvimento econômico sustentável, elegendo, inclusive, dentre os seus objetivos estratégicos, como já referido : "***Atuar no combate às queimadas e desmatamentos e no monitoramento das diversas formas de poluição, visando ao desenvolvimento sustentável do Acre***"; e, ainda, "***Monitorar as mudanças climáticas e atuar nas situações de desastres naturais***".

Na mesma esteira, a Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, da Organização das Nações Unidas – ONU - que entrou em vigor em 01 de janeiro de 2016 e da qual o Brasil é signatário, e que se constitui em um Plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade -, o ODS nº 13, dos 17 (dezessete) Objetivos de Desenvolvimento Sustentável apresentados, é, justamente: "***Adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos***".

Ainda, a implantação do sistema de qualidade do ar em comento está alinhada com o **Objetivo de Desenvolvimento Sustentável nº 11 da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável**: "***Tornar as Cidades e os Assentamentos Humanos Inclusivos, Seguros, Resilientes e Sustentáveis***"; e, a meta 11.6: "*Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, inclusive prestando especial atenção à qualidade do ar, gestão de resíduos municipais e outros*".

Convém esclarecer que o Brasil, visando adequar[91] a aludida Resolução à nossa realidade, estabeleceu, dentre outras, a Meta 11.7:

> *"11.6 Até 2030, reduzir o impacto ambiental negativo per capita das cidades, melhorando os índices de qualidade do ar e a gestão de resíduos sólidos;* ***e garantir que todas as cidades acima de 500 mil habitantes tenham implementado sistemas de monitoramento de qualidade do ar*** *e planos de gerenciamento de resíduos sólidos."*

Com esse intuito, para viabilizar a realização da ação susomencionada, o Parquet Acreano, por meio do Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural, Habitação e Urbanismo – CAOP-MAPHU, primeiramente, instaurou o

[91] ODS – Metas Nacionais dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, - Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA2018, Fundação Pública vinculada ao Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.

Procedimento Administrativo nº 09.2018.00000216-8, com o propósito de promover o "***Acompanhamento das Políticas Estadual e Municipais sobre Mudança de Clima, no que toca à elaboração e implementação do Plano Estadual e dos Planos Municipais de Prevenção e Controle de Desmatamentos e Queimadas - PPCDQ***".

Seguidamente, a fim de viabilizar a implantação do sistema/rede de medidores da qualidade do ar (medidores de fumaça), foi sugerida pelos Centros de Apoio de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural e de Apoio às Procuradorias e Promotorias Criminais, à Procuradoria-Geral de Justiça e à Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Acre, a expedição de uma Recomendação Conjunta, subscrita também por aqueles CAOPs, dirigida aos membros do Ministério Público, para que, nas transações penais realizadas nos crimes ambientais de pequeno potencial ofensivo as prestações pecuniárias fossem direcionadas para aquisição dos aparelhos em comento (sensores da qualidade do ar), em conta aberta para essa finalidade pela FUNDAPE - **Fundação de Apoio e Desenvolvimento ao Ensino, Pesquisa e Extensão Universitária no Acre, com a qual foi celebrado um Termo de Cooperação Técnica, exclusivamente para aquisição/importação dos aparelhos, sem nenhum custo para o Ministério Público do Estado do Acre/para a sociedade.**

É indispensável enfatizar a atuação padrão e integrada dos nobres Promotores de Justiça com atribuição ambiental, que, como acima referido, nas audiências de transação penal em crimes de menor potencial ofensivo, atendendo à Recomendação Conjunta nº 01/2018, destinaram as prestações pecuniárias para a FUNDAPE, para a aquisição dos aparelhos medidores de fumaça.

Assim, como não poderia deixar de ser, de mesmo modo, não teria sido possível o alcance desse resultado se não fosse a anuência à aludida Ação do Tribunal de Justiça do Estado do Acre, mediante a homologação das citadas propostas de transação penal pelos eminentes Magistrados, os quais também entenderam a extrema importância dos citados instrumentos e sobre a necessidade de correlação, na transação penal, entre o bem jurídico lesado e as medidas alternativas aplicadas.

Decorrido pouco mais de 01 (um) ano desde a realização da reunião entre o Ministério Público e a UFAC, depois da expedição da Recomendação Conjunta nº 01/2018 e da assinatura do supracitado Termo de Cooperação Técnica, logrou êxito o Ministério Público do Estado do Acre, como frisado alhures, na aquisição, por ora, de 30 (trinta) unidades, graças à valiosa e imprescindível adesão à referida Ação dos Promotores de Justiça.

Convém trazer à baila, por oportuno, que a forma de agir do Ministério Público Acreano está absolutamente em conformidade com a Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018 - **que dispõe sobre os parâmetros para avaliação da resolutividade e da qualidade da atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas Corregedorias-Gerais e estabelece outras diretrizes -, a qual diz que:**

> ***"Art. 1º Para a avaliação, a orientação e a fiscalização qualitativas da resolutividade das atividades dos Membros e das Unidades do Ministério Público brasileiro nos planos extrajudicial e judicial, envolvendo a atuação criminal, cível, tutela coletiva e especializada, respeitadas as peculiaridades das funções e atribuições de cada Unidade Institucional (...)".***
>
> ***"Art. 12. Para os fins desta Recomendação, entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o Membro ou a Unidade do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, o problema ou a controvérsia envolvendo a concretização de direitos ou interesses para cuja defesa e proteção é legitimado o Ministério Público, bem como para prevenir, inibir ou reparar adequadamente a lesão ou ameaça a esses direitos ou interesses e efetivar as sanções aplicadas judicialmente em face dos correspondentes ilícitos, assegurando-lhes a máxima efetividade possível por meio do uso regular dos instrumentos jurídicos que lhe são disponibilizados (Recomendação CNMP n.º 54, de 28 de março de 2017, que dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro)".***
>
> ***"Art. 14. Para fins correicionais, considera-se materialmente resolutiva a atuação do Ministério Público pela via extrajudicial ou judicial sempre que a respectiva solução for efetivada, não bastando para esse fim apenas o acordo celebrado ou o provimento judicial favorável, ainda que transitado em julgado".***
>
> ***"Art. 23. Para a avaliação do impacto social da atuação Ministerial serão considerados, à luz do princípio da razoabilidade, entre outros, os seguintes parâmetros de atuação da unidade ou do Membro correicionado ou inspecionado:***
>
> ***(...) V - resultados jurídicos úteis da atuação do correicionado, tais como a adequação dos acordos pactuados e o efetivo cumprimento das respectivas cláusulas, o acolhimento parcial ou integral de recomendações expedidas, a coisa julgada resultante da decisão judicial em que atuou o correicionado como órgão agente ou interveniente e o efetivo cumprimento da respectiva decisão judicial (...)".***

Consoante dantes frisado, no que tange ao Ministério Público do Estado do Are, tem-se que apenas foi possível essa ação, **em razão da Lei Complementar Estadual nº 291/2014 – Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Acre estabelecer que a atuação do *Parquet* Acreano deve ocorrer sempre em observância ao planejamento estratégico, nos seguintes termos:**

> ***"Art. 169. A promoção será sempre voluntária e far-se-á, alternadamente, por antiguidade e merecimento, de uma para outra entrância e da entrância mais elevada para o cargo de Procurador de Justiça.***
>
> ***§ 1º O merecimento será apurado pela atuação do membro em toda a carreira e para sua aferição o Conselho Superior levará em conta:***

> ***(...)***
>
> ***III – participação em projetos do planejamento estratégico, verificada a contribuição na execução de metas globais da instituição;***
>
> ***(...)***
>
> ***XI - relatório de avaliação de desempenho individual, de que trata esta lei complementar, elaborado pela Corregedoria Geral, correspondente a uma análise sistemática do desempenho dos membros em função das atividades desenvolvidas, das metas estabelecidas, dos resultados alcançados e do seu potencial de desenvolvimento institucional.***

Reforça-se, portanto que, instituir os projetos estratégicos, bem como incentivar a adesão formal pelos membros do Parquet, atribuindo-lhes peso para suas promoções, pode contribuir enormemente para a padronização/integração da atuação ministerial.

7.Conclusão

Os agravos causados pela poluição atmosférica afetam à saúde de milhares de brasileiros, tendo em 10 anos um incremento de 14%, chegando a 44.228 mortes em 2016. Esses números são importantes para mensurarmos a importância de urgente ação do Estado brasileiro em corrigir a lacuna da **inexistência** da Política Nacional de Qualidade do Ar e do Sistema Nacional de Informações de Qualidade do Ar, que ainda encontra-se aguardando **Parecer do Relator na Comissão de Desenvolvimento Urbano da Câmara de Deputados** quanto ao Projeto de Lei 10521/18. Contar apenas com Resoluções do CONAMA demonstra a fragilidade da atuação do poder público, diante de tema tão caro a saúde da população brasileira.

A percepção das oportunidades advindas do desenvolvimento tecnológico propiciando a implementação de instrumentais de baixo custo, que fornecem uma gama inexorável de informações em tempo real, além de sua transparência e publicidade, para o acesso de toda a população, deve ser priorizadas na definição de políticas públicas, permitindo que 100% dos municípios brasileiros se vejam no cenário nacional – *Políticas públicas alcançando a maioria dos que dela necessitam.*

Os resultados apresentados nesta tese demonstram que os conhecimentos científicos advindos da academia se constituem em verdadeiros baluartes de orientação e suporte para uma atuação ministerial resolutiva, transformadora e dinâmica na garantia dos direitos humanos, dando eco à Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 02, de 21 de junho de 2018 - que dispõe sobre os parâmetros para avaliação da resolutividade e da qualidade da atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas Corregedorias-Gerais.

Assim como avigoram a importância de uma atuação ministerial consoante e alinhada ao Planejamento Estratégico, por seus membros.

Soluções integradoras e ágeis a exemplo da Recomendação 02/2018 do Ministério Público do Estado do Acre, aliada à formalização de parceria com a Universidade e a pronta adesão dos membros ministeriais e do judiciário, podem viabilizar soluções rápidas e efetivas, diante das prementes necessidades da população brasileira.

8.Proposta de enunciado

A ATUAÇÃO INTEGRADA DO SISTEMA DE JUSTIÇA E DA ACADEMIA EM DEFESA DO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO POR MEIO DA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS.

> "***Fraternidade e Políticas Públicas***: ***Serás libertado pelo Direito e pela Justiça*** (Is.)"

O tema da Campanha da Fraternidade definido pela Confederação Nacional dos Bispos do Brasil – CNBB para 2019, acima citado, não poderia ser mais oportuno e adequado, porquanto, realmente, para a efetivação de direitos, ou seja, para a realização da justiça, é imprescindível a implementação das correspondentes Políticas Públicas.

Diante da falta de políticas públicas e da omissão do poder executivo, a concertação de parcerias e a ação ministerial coordenada e integrada fazem a diferença na garantia de acesso aos direitos, colaborando para a implementação do ODS nº 11: "***Tornar as cidades e comunidades inclusivas, seguras, resilientes e sustentáveis***", Meta Nacional11.6; ODS nº 13: "***Adotar medidas urgentes para combater as alterações climáticas e os seus impactos***"; ODS nº 16: "***Promover sociedades pacíficas e inclusivas para o desenvolvimento sustentável, proporcionar o acesso à justiça para todos e construir instituições eficazes, responsáveis e inclusivas em todos os níveis"***; e, por fim, o ODS nº 17: Reforçar os meios de implementação e revitalizar a parcerias para a concretização dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável A exemplo do Estado do Acre, que a partir dessa premissa atualmente se constitui no primeiro Estado Brasileiro a possuir 100% de seus municípios com monitoramento da qualidade do ar, é possível que outros Estados também alcancem esse resultado, mostrando-se como estratégia adequada, ainda, para implementação de outras Políticas Públicas, visando a efetivação de direitos fundamentais .

Referências Biográficas:

BRASIL. Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA). **Resolução CONAMA 491-2018**.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Mortes devido à poluição aumentam 14% em dez anos no Brasil**. http://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/45500-mortes-devido-a-poluicao-aumentam-14-em-dez-anos-no-brasil. Publicado: 05 de Junho de 2019. **A**cesso em**:** 29.07.2019.

BRASIL. Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária do Acre. **Inventário de Emissões Antrópicas e Sumidouros de Gases de Efeito Estufa do Estado do Acre: Ano-Base 2010**. Editores técnicos, Falbeni de Souza Costa... [et al]. – Rio Branco: Embrapa Acre, 2012. 144. : il. Color.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. ***Plano Nacional de Qualidade do Ar****. https://www.mma.gov.br/cidades-sustentaveis/qualidade-do-ar/plano-nacional-de-qualidade-do-ar. Publicado: sem data. Acesso em: 29 de julho de 2019.*

BRASIL. Câmara Federal dos Deputados. ***Projeto cria política de qualidade do ar****. https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/MEIO-AMBIENTE/570459-PROJETO-CRIA-POLITICA-DE-QUALIDADE-DO-AR.html (ACESSADO 29 DE JULHO).*

BROWN I. F., DUARTE A. F., TORRES M., ASCORRA C., REYES J. F., RIOJA-BALLIVIÁN G., REIS V., MELO W. F., SILVA S., ACHO C. **Monitoramento de Fumaça em Tempo Real Mediante Sensores de Baixo Custo Instalados na Amazônia Sul-Ocidental**. Em: Anais do XIX Simpósio Brasileiro de Sensoriamento Remoto. Campinas: GALOÁ. 2019. Disponível em: <https://proceedings.science/sbsr-2019/papers/monitoramento-de-fumaca-em-tempo-real-mediante-sensores-de-baixo-custo-instalados-na-amazonia-sul-ocidental>.

LIMA I. C. **Monitoramento dos focos de queimadas nos biomas Amazônia e Cerrado nas estações seca e chuvosa de 2017**. Universidade Federal de Uberlândia Instituto de Ciências Agrárias Curso de Graduação em Engenharia Ambiental Uberlândia – MG, 2018.

INSTITUTO DE ENERGIA E MEIO AMBIENTE. **1º Diagnóstico da rede de monitoramento da qualidade do ar no Brasil**. 2014, 277p.

Impropriedade da instauração da "ação de acolhimento" ou "ação de medida de proteção", para fins de acolhimento institucional emergencial

Epaminondas da Costa –
Promotor de Justiça em
Uberlândia-MG

Síntese dogmática

Diante do que enuncia o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as ações indicadas para a garantia do procedimento contraditório, para fins do afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, são as de perda ou suspensão do poder familiar, perda de guarda e de destituição de tutela, com a possibilidade da obtenção da tutela de urgência.

Todavia, se houver a constatação da situação justificadora do acolhimento deveras emergencial, o legislador estatutário autoriza a postergação extraordinária do estabelecimento do procedimento contraditório, nos termos do art. 101, § 2º da Lei 8.069 de 1990 (ECA). Portanto, esse afastamento do convívio familiar poderá ser determinado em sede de jurisdição voluntária excepcionalmente (nos autos da Medida de Proteção, por exemplo), sem a indispensabilidade da deflagração instantânea ou simultânea de uma ação em sentido técnico-processual, assim como ocorrem com as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha ou da Lei da Escuta Protegida.

Introdução

Nos termos do art. 101, § 2º da Lei 8.069 de 1990 (ECA), apesar de a regra do afastamento de criança ou de adolescente do convívio familiar depender da deflagração imediata ou até prévia de procedimento contraditório, as medidas emergenciais para a

proteção de vítimas de violência (física ou psicológica) ou abuso sexual deverão ser adotadas de pronto, assim como ocorre com as medidas protetivas de urgência da Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) e, de igual forma, com as medidas protetivas de urgência previstas no art. 21 da Lei da Escuta Protegida (Lei 13.431/2017). Tais medidas protetivas de urgência serão deferidas de pronto pela autoridade judiciária em sede de inquérito policial, com a postergação do contraditório para o momento da instauração da competente ação penal.

Análise de fundo do tema

A bem da verdade, as medidas protetivas de urgência, quer aquelas previstas na Lei Maria da Penha, quer aquelas da Lei da Escuta Protegida, serão adotadas em procedimento de natureza administrativa – inquérito policial –, distribuído judicialmente, sem a prévia instauração de procedimento contraditório. Veja-se o caso da prisão preventiva (art. 21, III, da Lei 13.431)! No curso da ação principal, de natureza penal, instaurada posteriormente, aí sim, serão assegurados o contraditório e a ampla defesa ao investigado/acusado.

Eis, pois, a similitude do acolhimento emergencial de criança ou de adolescente com o procedimento para a aplicação de medidas protetivas de urgência num procedimento inquisitivo (inquérito policial); há semelhança deste último com os processos judiciais referentes às medidas de proteção oriundas de provocação do conselho tutelar, por exemplo, apontando a necessidade da aplicação do acolhimento institucional emergencial como medida protetiva de urgência.

Com efeito, precedendo ao ajuizamento de qualquer ação após esse acolhimento emergencial, a equipe técnica da entidade ou do juízo deverá agir de imediato, por meio de visitas, entrevistas ou de realização do estudo psicossocial preliminar do caso, com vista à possível reintegração incontinenti à família natural ou ampliada.

Todavia, é necessário que haja a demonstração da existência dos vínculos de afetividade e afinidade da criança ou adolescente com o parente interessado nessa reintegração (cf. art. 25, parágrafo único, do ECA). Inexistindo tais vínculos, deve-se preferir a entrega para adoção à guarda com parentes, por força do disposto no art. 33, § 2º desse mesmo Estatuto.

Em tal contexto de excepcionalidade do afastamento do convívio familiar, o acolhimento institucional ou em família acolhedora precisa ser realmente necessário, alicerçado em evidências claras de que outras medidas protetivas de urgência já foram esgotadas, levando-se em conta as prescrições dos arts. 101, I a IX e 129 do ECA, bem como art. 21 da Lei 13.431 de 2017, conjugadas com o disposto no art. 101, § 1º do ECA. As

medidas protetivas de urgência previstas no referido art. 21 da Lei 13.431 devem ser pleiteadas diretamente pela autoridade policial ao Juízo Criminal, contanto que o agressor seja imputável.

Portanto, constatada a inviabilidade da reintegração familiar depois da realização imediata do precitado estudo psicossocial preliminar ou no prazo máximo de trinta dias, eis que a ação específica a ser proposta, via de regra, será a ação de perda/destituição do poder familiar, quer para a garantia aos pais do contraditório e da ampla defesa, quer para se evitar a indefinição da situação jurídica do acolhido, que deixa de ser reintegrado à família de origem por tempo indeterminado, tampouco será encaminhado à adoção; quer, finalmente, porque o art. 101, §§ 9º e 10 do ECA, evidencia que essa é a ação apropriada para o estabelecimento do procedimento contraditório em favor dos pais do acolhido, além de propiciar a rápida definição da situação jurídica deste: se improcedente o pedido inicial, a reintegração familiar imediata será imperiosa; se procedente o pedido inaugural, a pronta "disponibilização" para a adoção deverá ser levada a efeito.

Por sua vez, as ações de perda da guarda e de destituição da tutela (art. 129, VIII e IX do ECA) se constituem na outra forma estatutária de se estabelecer o procedimento contraditório para o afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, garantindo-se, ainda, a definição rápida da situação jurídica do acolhido, sob guarda judicial ou tutela.

Daí que se afigura insubsistente, em sentido técnico-processual, a concepção que aponta "ação de acolhimento" ou "ação de medida de proteção" como alternativas processuais válidas para a inauguração do procedimento contraditório. Elas se prestarão a sugerir apenas ou tão-somente a garantia da ampla defesa e do contraditório para o afastamento do convívio familiar, mas com total imprecisão acerca do rito processual a ser adotado, prazo de defesa e outras coisas mais. Sem contar, ainda, que a definição da situação jurídica do acolhido deixará de estar submetida ao critério legal explícito de definição rápida, ou seja, em 120 (cento e vinte) dias, nos termos do art. 163 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Consequentemente, a simples garantia do contraditório e da ampla defesa fora do universo dessas três ações em sentido técnico-processual, previstas no art. 129, VIII, IX e X da Lei 8.069 de 1990, colocará em segundo plano o objetivo mais importante a ser alcançado por meio da transitoriedade do acolhimento institucional ou em família acolhedora: a promoção imediata da reintegração familiar ou que o acolhido seja disponibilizado para a adoção, sobretudo no caso da ADPF.

Em rigor, a ação de perda do poder familiar por sentença judicial, em razão de possuir prazo exíguo para a sua conclusão, implica a definição rápida da situação jurídica da criança

ou do adolescente afastado do convívio familiar. Quer dizer, se improcedente o pedido inicial, eis que a reintegração familiar será obrigatória; se procedente, o acolhido será disponibilizado de pronto para a adoção.

Conclusão

Diante do que enuncia o art. 129 do Estatuto da Criança e do Adolescente, as ações indicadas para a garantia do procedimento contraditório, para fins do afastamento da criança ou do adolescente do convívio familiar, são as de perda ou suspensão do poder familiar, perda de guarda ou de destituição de tutela. É viável juridicamente que, assim como ocorre com qualquer ação, seja pleiteada a medida liminar ou a tutela de urgência, para fins de suspensão cautelar do poder familiar, ilustrativamente, ou para a determinação da busca e apreensão e acolhimento institucional, quando este não houver sido efetivado emergencialmente.

Uberlândia, 28 de abril de 2019.

Art. 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90): possibilidade de adoção por padrinhos e de apadrinhamento por pessoas habilitadas à adoção.

FERNANDA NAGL GARCEZ1,
MABIANE CZARNOBAI MESSAGE,
MARIANA SEIFERT BAZZO1,
MARILDA SCALON RODRIGUES1

1. Exposição

O Estatuto da Criança e do Adolescente [Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990] trouxe um novo olhar sobre a infância e adolescência e estabeleceu direitos de cunho fundamental à população infanto juvenil.

A partir de então, todas as alterações pelas quais passou a Lei nº 8.069/90 buscaram aprimorar cada vez mais o direito voltado não a uma classe minorista [como era conhecida no Código Mello Matos, Código de Menores de 1927], mas a uma classe detentora de direitos e deveres individuais e coletivos, a quem deve ser assegurada, "com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária" [art. 4º, *caput*, da Lei nº 8.069/90].

A Constituição Federal [artigos 226 e 227] e a Lei 8.069/90, seguindo as diretrizes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, erigiu a convivência familiar e comunitária a direito de cunho fundamental principiológico[92]. A família, como grupo fundamental da sociedade e ambiente natural para o crescimento e bem-estar de todos os seus membros, e em particular das crianças, deve receber a proteção e assistência necessárias a fim de poder assumir plenamente suas responsabilidades dentro da comunidade [preâmbulo da

[92] **Artigo 100, inciso X, da Lei nº 8.069/90**. Na aplicação das medidas levar-se-ão em conta as necessidades pedagógicas, preferindo-se aquelas que visem ao fortalecimento dos vínculos familiares e comunitários. Parágrafo único: São também princípios que regem a aplicação das medidas: inciso X – prevalência da família: na promoção de direitos e na proteção da criança e do adolescente deve ser dada prevalência às medidas que os mantenham ou reintegrem na sua família natural ou extensa, ou se isso não for possível, que promovam a sua integração na família adotiva.

Convenção sobre os Direitos das Crianças, ratificada pelo Brasil pelo Decreto 99.710/1990].

Assim, segue protegido o direito da criança nascendo e crescendo em seu ambiente natural [o *caput* do artigo 25, da Lei Federal nº 8.069/90 estabelece como família natural aquela formada pelos pais ou qualquer deles e seus descendentes], contudo, em determinadas circunstâncias, por situações de risco à sua integridade física, psíquica, moral e social [nos termos do artigo 98, da Lei nº 8.069/90], o afastamento da família de origem é medida que se impõe.

Ainda que o acolhimento institucional não seja o contexto adequado para o desenvolvimento de crianças e adolescentes, muitas vezes é o único ambiente onde os protegidos conseguem exercer o seu direito à cidadania até que se efetive a reintegração familiar [família natural ou extensa], ou, se isso não for possível, a colocação em família substituta na modalidade de adoção.

De acordo com Conselho Nacional de Justiça, em pesquisa realizada no ano de 201793, havia 7.158 crianças disponíveis para adoção no Cadastro Nacional de Adoção e, em contrapartida, mais de 38 mil pessoas interessadas em adotar. O principal motivo apontado para essa discrepância é o perfil de criança exigido pelos pretendentes, que não corresponde a um número expressivo de crianças e adolescentes disponíveis para adoção nas instituições de acolhimento. Em Curitiba, local onde foram desenvolvidas as pesquisas de casos práticos narrados a seguir no presente texto, atualmente, no mês de março do ano de 2019, de acordo com dados obtidos pela Central de Vagas da Prefeitura Municipal, das 497 crianças e adolescentes acolhidos nas 22 casas-abrigo, 123 meninos e 110 meninas já ultrapassaram os 12 anos, e, portanto, dificilmente serão adotados por habilitados nos cadastros.

Resta ao Poder Judiciário o desafio de lidar com a situação de um número expressivo de adolescentes que permanecerão, invariavelmente, institucionalizados até os 18 (dezoito) anos de idade, sem qualquer perspectiva de vinculação com famílias substitutas ou reintegração em suas famílias de origem.

Nos equipamentos destinados ao atendimento de crianças e adolescentes afastados da convivência familiar, cada situação é peculiar e cada direito é único. Pensando nisso é que se estabeleceu na rotina das Varas da Infância e da Juventude a necessidade premente de oportunizar aos seus protegidos, principalmente àqueles que não se enquadram no perfil preferido das pessoas habilitadas à adoção, a convivência familiar e comunitária pelo apadrinhamento afetivo, com alguns critérios voltados ao cotidiano do acolhimento e às questões formais/processuais.

[93] Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84325-cadastro-nacional-de-adocoes-1-226-adocoes-realizadas-em-2016>. Acesso em: 20 MAR 2019.

Sobre esse aspecto, leciona Sergio Luiz Kreuz que "o direito constitucional da criança à convivência familiar não se restringe à família biológica", embora tenha essa preferência[94]. Assim, às crianças e adolescentes institucionalizados e que, portanto, estão temporariamente vivendo longe da realidade de uma família, em especial no plano afetivo, abre-se a possibilidade de inclusão em programas de apadrinhamento afetivo, cabendo aos padrinhos prestar assistência moral, afetiva, física, educacional, emocional, bem como manter a regularidade das visitas e retirar o afilhado da instituição de acolhimento para passeios, pernoites, festas, férias, datas comemorativas, etc.[95]

Também nesse sentido, destaca Lepore et al[96]. Que:

> o grande objetivo do apadrinhamento é oferecer à criança e ao adolescente com remotas chances de adoção um referencial externo à realidade institucional dos acolhimentos (ou mesmo uma realidade distinta da dinâmica dos programas de acolhimento familiar). O apadrinhamento também atende ao importante propósito de contribuir com o desenvolvimento dos infantes nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. Não se pode perder de vista que a responsabilidade em relação às crianças e aos adolescentes é compartilhada entre família, sociedade e Estado. Quanto mais envolvidos, melhor.

A partir da Lei Federal nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, é que se observaram critérios mais amplos à concretização dos direitos de crianças e adolescentes inseridos em programas de acolhimento institucional, contudo, mesmo antes, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária, expedido em 2006 pelo CONANDA, já indicava a possibilidade de pessoas da comunidade conviverem com crianças e adolescentes acolhidos, sem que isso configurasse guarda, tutela ou adoção, e estava assim desenhado[97]:

> "Programa, por meio do qual, pessoas da comunidade contribuem para o desenvolvimento de crianças e adolescentes em Acolhimento Institucional, seja por meio do estabelecimento de vínculos afetivos significativos, seja por meio de contribuição financeira. Os programas de apadrinhamento afetivo têm como objetivo desenvolver estratégias e ações que possibilitem e estimulem a construção e manutenção de vínculos afetivos individualizados e duradouros entre crianças e/ou adolescentes abrigados e padrinhos/madrinhas voluntários, previamente selecionados e preparados, ampliando, assim, a rede de apoio afetivo, social e comunitário para além do abrigo".[98]

A Lei nº 13.509/2017 veio a regularizar não apenas uma prática já enraizada nas Varas da Infância e da Juventude, mas, sobretudo, estabelecer critérios à sua aplicação e, ainda, deixar claro o repúdio àqueles que tentam, pela via do apadrinhamento afetivo, burlar a Lei para alcançar seu intento adotivo:

---

[94] KREUZ, Sergio Luiz. *Direito à convivência familiar da criança e do adolescente: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional*. Curitiba: Juruá, 2012, p. 77.
[95] Idem, p. 137.
[96] LEPORE, Paulo Eduardo [*et al*]. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo.* 10ª ed, - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 163.
[97] AMIN, Andréia Rodrigues. *Curso de direito da criança e do adolescente: aspectos teóricos e práticos*. SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. MORAES, Bianca Mota de. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. - 10ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017, p. 309/310.
[98] AMIN, idem ibidem, p. 310.

> **Art. 19-B**. A criança e o adolescente em programa de acolhimento institucional ou familiar poderão participar de programa de apadrinhamento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 1º O apadrinhamento consiste em estabelecer e proporcionar à criança e ao adolescente vínculos externos à instituição para fins de convivência familiar e comunitária e colaboração com o seu desenvolvimento nos aspectos social, moral, físico, cognitivo, educacional e financeiro. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 2º Podem ser padrinhos ou madrinhas pessoas maiores de 18 (dezoito) anos não inscritas nos cadastros de adoção, desde que cumpram os requisitos exigidos pelo programa de apadrinhamento de que fazem parte. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 3º Pessoas jurídicas podem apadrinhar criança ou adolescente a fim de colaborar para o seu desenvolvimento. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 4º O perfil da criança ou do adolescente a ser apadrinhado será definido no âmbito de cada programa de apadrinhamento, com prioridade para crianças ou adolescentes com remota possibilidade de reinserção familiar ou colocação em família adotiva. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 5º Os programas ou serviços de apadrinhamento apoiados pela Justiça da Infância e da Juventude poderão ser executados por órgãos públicos ou por organizações da sociedade civil. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)
> § 6º Se ocorrer violação das regras de apadrinhamento, os responsáveis pelo programa e pelos serviços de acolhimento deverão imediatamente notificar a autoridade judiciária competente. (Incluído pela Lei nº 13.509, de 2017)

A *mens legis* é cristalina ao oportunizar pela via do apadrinhamento afetivo um mínimo de convivência familiar, comunitária e social a crianças e adolescentes acolhidos institucionalmente. Contudo, a norma contém vedação expressa no tocante à impossibilidade de pessoas habilitadas à adoção exercerem o apadrinhamento afetivo [artigo 19-B, par. 2º]. A razão para tanto, além de evidenciar a diferença entre os institutos jurídicos do apadrinhamento e da adoção, é a tentativa de se evitar burla à ordem de habilitados no Cadastro Nacional, sobretudo em relação àquelas pessoas que se utilizam do apadrinhamento para alegar, em momento oportuno, a constituição de vínculos de afinidade e de afetividade, determinantes numa ação de adoção.

Sobre isso, destaca-se a análise do Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação do Ministério Público do Paraná sobre as alterações realizadas no Estatuto pela Lei nº 13.509, de 2017:

> "[…] mantém-se a regra de que os padrinhos afetivos não estejam cadastrados na lista de habilitados para adoção. Sistemática comum na maioria dos programas eis que o escopo do apadrinhamento não se confunde com a adoção e, em muitas situações, pessoas que pretendem burlar a ordem da lista de adoção usam o apadrinhamento para alegar a constituição de vínculos, o que não deve ser tolerado".

Entretanto, deve ser ponderado que tal regra não pode ser absoluta, sob pena de se ferirem direitos essenciais justamente das crianças e adolescentes cuja chance de adoção já é

bastante remota. Nesse sentido, cabível destaque ao fundamento de veto presidencial ao art. 19-B, par. 2º, introduzido pela Lei 13.509/201799:

> A manutenção do dispositivo implicaria em prejuízo a crianças e adolescentes com remotas chances de adoção, ao vedar a possibilidade de serem apadrinhadas por quem está inscrito nos cadastros de adoção, sendo que o perfil priorizado nos programas de apadrinhamento é justamente o de crianças e adolescentes com remotas possibilidades de reinserção familiar. A realidade tem mostrado que parte desse contingente tem logrado sua adoção após a participação em programas de apadrinhamento e construção gradativa de vínculo afetivo com padrinhos e madrinhas, potenciais adotantes.

Mesmo após a derrubada do referido veto, pondera-se que o apadrinhamento, de forma alguma, pode obstar as chances de adoção dos jovens apadrinhados;

> Contudo é certo que naquelas situações onde não haja interessados para a adoção da criança apadrinhada (por questões de faixa etária, raça, etnia, existência de deficiência ou ter grupo de irmãos), e decorrido tempo suficiente para o estabelecimento do vínculo, possa-se realizar a adoção da criança pelos padrinhos. Neste caso o fundamento é o superior interesse da criança ou adolescente.[100]

Essa também é a opinião de diversos autores, os quais fundamentam que:

> […] Há que se lamentar a limitação do apadrinhamento apenas a pessoas não inscritas nos cadastros de adoção. Isso porque o apadrinhamento é programa que se realiza com infantes que têm remotas chances de serem adotados. Limitar os pretendentes a padrinhos é subtrair-lhes oportunidades. […] Em resumo, não se pode impedir uma boa prática por conta do risco de se ter maus praticantes101

A partir de casos concretos trazidos pela experiência nas Promotorias de Justiça da Criança e do Adolescente de Curitiba, observa-se a necessidade de flexibilização e correta interpretação do novo art. 19-B, par. 2º:

<u>CASO 1 [sobre a possibilidade de adoção de adolescente apadrinhada por casal não previamente habilitado para adoção, sem vedação legal]</u>

Pedido de adoção tendo como protegida a adolescente S., de 14 [quatorze] anos de idade. Pais biológicos destituídos do poder familiar no ano de 2012. Tentativas de adoção não exitosas. Chances reais e atuais de ser adotada remotas [mesmo após constantes consultas ao Cadastro Nacional e Internacional de pessoas habilitadas], em razão da idade. Inserida em

---

[99] Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13509-22-novembro-2017-785783-veto-154280-pl.html>. Acesso em: 20 MAR 2019.

[100] **COMPARATIVO. ECA** – Estatuto da Criança e do Adolescente e as alterações definidas pela Lei nº 13.509/2017, de 22 de novembro de 2017 (que entrou em vigor na data de sua publicação 23/11/2017). Material desenvolvido em 20 DEZ de 2017 e atualizado em 22 MAR 2018 pela equipe do CAOPCAE/MPPR, com supervisão da Dra. Luciana Linero, Promotora de Justiça, com base em trabalho inicial desenvolvido pelo MPCE – Ministério Público do Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/eca/comparativo_eca_x_lei_13509_2017_caopcae.pdf> Acesso em: 25 FEV 2019.

[101] LEPORE, p. 164.

programa de apadrinhamento afetivo com o fito precípuo de lhe oferecer o mínimo de convivência familiar. Apadrinhamento autorizado pelo Juízo, com início do contato entre os padrinhos e a adolescente em dezembro de 2017. Intervenção técnica apontou a formação de vínculos entre eles, construídos ao longo do período de apadrinhamento. Casal não habilitado à adoção, inscrito em programa de apadrinhamento afetivo credenciado perante o Juízo. Aplicação do artigo 19-B, do Estatuto da Criança e do Adolescente. Vínculos de afinidade e afetividade, edificados e suficientes para que se viabilize a adoção almejada, com vista à proteção integral da adolescente de viver em família. Direito fundamental que não pode ser suprimido, se a via adotiva estabelecida pela Lei foi infrutífera, por não se ter logrado êxito na localização de pessoas já cadastradas à adoção.

CASO 2 [apadrinhamento efetivado por casal habilitado à adoção, com aparente vedação legal]

Adolescente com 17 [dezessete] anos de idade. Pais biológicos destituídos do poder familiar. Tentativas de adoção não exitosas. Pedido de apadrinhamento afetivo por casal devidamente habilitado à adoção. *A priori*, o Núcleo Psicossocial relatou que estavam impedidos de apadrinhar, uma vez que constam no Cadastro de Adoção e haveria a vedação do novo art. 19-B, par. 2º ECA. Contudo, o perfil pretendido por eles é de uma criança do sexo feminino, de pele branca, de 00 [zero] a 03 [três] anos de idade. Aceitam adotar gêmeos e grupo de até 02 [dois] irmãos, sendo o mais velho com até 04 [quatro] anos de idade. O delineamento adotivo desejado pelo casal não abrange, de maneira alguma, a condição da adolescente, com 17 [dezessete] anos completos. Logo, não há que se falar em possibilidade de burla ao cadastro de adoção pelos habilitados ao se interessarem em apadrinhar uma adolescente. Nesse caso, considerando que a adolescente M. passou a maior parte de sua vida institucionalizada, o que fere sobremaneira seus superiores interesses e o direito à convivência familiar, oportunizar a ela o apadrinhamento é compensar de alguma forma, e possibilitar, nos poucos meses que antecedem sua maioridade civil, um convívio social e familiar saudável. Logo, em que pese a vedação legal estabelecida no artigo 19-B, par. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente, verifica-se que, no caso em tela, a observação restritiva de tal dispositivo implicaria em prejuízo à adolescente.

Da análise dos casos concretos surgidos na rotina de trabalho nas Promotorias da Infância e da Juventude verifica-se não ser possível, simplesmente, a aplicação da letra fria da lei com a negativa de apadrinhamento de adolescente por pessoas devidamente habilitadas à adoção, quando:

1. O/a criança/adolescente não teve acesso ao apadrinhamento a partir de consulta às pessoas habilitadas para tal [as quais não se interessaram];

2. O/a criança/adolescente não teve chance de adoção mesmo após diversas consultas aos cadastros de habilitados em Cadastro Nacional e Internacional;

3. O/a criança/adolescente não possui o mesmo perfil da criança/adolescente pretendida pelas pessoas habilitadas que se propõem a realizar seu apadrinhamento.

O apadrinhamento afetivo é uma via importante para garantir a convivência familiar e comunitária às crianças e adolescentes acolhidos e, no caso daqueles protegidos que não tenham perspectivas concretas de adoção, seja pela idade, por problemas de saúde ou outras características, quando houver constituição de vínculos afetivos fortes e seja desejo das pessoas envolvidas, faz-se possível a concretização de processo adotivo pelos padrinhos com os apadrinhados.

Por outro lado, a observância do artigo 19-B, par. 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a fim de cumprir o intuito da lei de evitar a burla aos cadastros de adoção deve ser, em regra, integralmente aplicada, pois conforme salienta Kreuz: "o programa não é destinado a servir como atalho para a adoção, razão pela qual os candidatos a padrinho afetivo, no modelo referido, não podem estar inscritos no registro de adotantes"102. Contudo, quando se verifica que os habilitados registraram como opção perfil muito diverso da criança ou adolescente a ser apadrinhada, quando não há outras pessoas interessadas em seu apadrinhamento ou pessoas habilitadas para sua adoção, não se constatando a intenção de burla, mesmo quem está inscrito nos Cadastros Nacionais e Internacionais pode realizar o apadrinhamento, quando isso se traduzir como melhor interesse da criança ou do adolescente.

2. Síntese Dogmática/Proposta de Enunciado

Um dos maiores desafios a serem enfrentados pela Justiça da Infância e da Juventude é a garantia de direitos às crianças e adolescentes já disponíveis para adoção por habilitados cadastrados, sem qualquer hipótese de retorno à família de origem e que, principalmente por estarem na faixa etária de mais de 12 anos ou por outras circunstâncias específicas de saúde, não se enquadram em perfis solicitados e têm, não raras vezes, como destino, a institucionalização até os 18 [dezoito] anos idade completos.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, com as alterações da Lei Federal nº 13.509, de 22 de novembro de 2017, para além de seguir as diretrizes da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, ao ser interpretado sempre para a proteção integral da criança e do adolescente, permite, indubitavelmente, a adoção de criança e de adolescente por seus padrinhos afetivos.

[102] KREUZ, p. 136.

Ademais, mesmo a partir de vedação legal prevista no art. 19-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, se cumpridos determinados requisitos, pessoas habilitadas em cadastros de adoção também podem realizar o apadrinhamento.

A norma foi estabelecida com o fim precípuo de se evitarem burlas às filas dos cadastros de adoção e mesmo para que os institutos jurídicos não fossem confundidos. Destarte, em não havendo prejuízo a esses dois escopos e, em homenagem aos mesmos dispositivos legais citados:

ENUNCIADO

Pode um (a) adolescente/criança ser apadrinhado (a) por pessoas previamente habilitadas em cadastros de adoção, se não teve chance de adoção mesmo após diversas consultas aos cadastros de habilitados em Cadastro Nacional e Internacional.

3. Referências bibliográficas e jurisprudenciais

AMIN, Andréia Rodrigues. **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. SANTOS, Ângela Maria Silveira dos. MORAES, Bianca Mota de. MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade. - 10ª ed. - São Paulo: Saraiva, 2017.

BRASIL. Constituição [1988]. **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 11 MAR 2019.

BRASIL. Lei Federal nº 8.069, de 13 de julho de 1990. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069Compilado.htm>. Acesso em: 11 MAR 2019.

BRASIL. CÂMARA LEGISLATIVA FEDERAL. Legislação informatizada. Lei nº 13.509, de 22 de novembro de 2017 [veto]. **Dispõe sobre adoção e altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990** [Estatuto da Criança e do Adolescente]. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2017/lei-13509-22-novembro-2017-785783-veto-154280-pl.html>. Acesso em: 20 MAR 2019.

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA [CNJ]. **Cadastro Nacional de Adoções**: 1.226 adoções realizadas em 2016. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84325-cadastro-nacional-de-adocoes-1-226-adocoes-realizadas-em-2016>. Acesso em: 20 MAR 2019.

COMPARATIVO. ECA. **Estatuto da Criança e do Adolescente e as alterações definidas pela Lei nº 13.509/2017, de 22 de novembro de 2017** (que entrou em vigor na data de sua publicação 23/11/2017). Material desenvolvido em 20 DEZ de 2017 e atualizado em 22 MAR 2018 pela equipe do CAOPCAE/MPPR, com supervisão da Dra. Luciana Linero, Promotora de Justiça, com base em trabalho inicial desenvolvido pelo MPCE – Ministério Público do

Estado do Ceará. Disponível em: <http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/eca/comparativo_eca_x_lei_13509_2017_caopcae.pdf> Acesso em: 25 FEV 2019.

KREUZ, Sergio Luiz. **Direito à convivência familiar da criança e do adolescente**: direitos fundamentais, princípios constitucionais e alternativas ao acolhimento institucional. Curitiba: Juruá, 2012.

LEPORE, Paulo Eduardo [*et al*]. **Estatuto da criança e do adolescente**: Lei n. 8.069/90 – comentado artigo por artigo. 10ª ed, - São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 163.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO REDE DE APOIO DAS CRIANÇAS FILHAS DE PRESAS: COMO APROXIMAR OS ARTIGOS 127 E 227 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Viviane Alves Santos Silva*

Síntese dogmática

O Código de Processo Penal estabelece no artigo 318, incisos IV, V, e VI hipóteses para a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, em atenção aos direitos da criança filha de presa mulher ou homem, no caso de único responsável pelos cuidados de criança. A previsão normativa foi incluída pela Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância.

Não obstante a previsão legal, houve a necessidade de impetração de remédio processual coletivo perante o Supremo Tribunal Federal com vistas à efetivação dos direitos das mulheres presas e de sua prole (Habeas Corpus n. 143.641/São Paulo), considerando que, em aproximadamente metade dos pedidos de substituição da prisão, houve o indeferimento.

No entanto, percebe-se, ainda, relutância de parte dos operadores do Sistema de Justiça, incluindo-se de membros do Ministério Público, em garantir a aplicação do permissivo legal, mediante justificativas variadas para a manutenção da prisão no cárcere.

Além de assegurar a correta aplicação da lei, conjugando-se a lente da busca da responsabilização criminal com aquela que promove integralmente os direitos das crianças, deve o Ministério Público viabilizar rede de proteção e intersetorialidade institucional em prol das crianças, em especial das que se encontram na primeira infância.

Justificativa

A proteção legal das crianças e adolescentes vem se aprimorando no decorrer da história. Hodiernamente, diante do dinamismo das relações sociais e de estudos científicos de diversas áreas do conhecimento conduzidos pelas mais prestigiosas instituições universitárias do mundo, passou-se a perceber a necessidade de enfoque mais apurado para a fase inicial da vida. E, nesse caminho, foi publicado o Marco Legal da

Primeira Infância (Lei n. 13.257, de 8 de março de 2016), consubstanciando direitos mais específicos para essa sensível faixa etária.

Estabeleceu-se que a primeira infância é o período que abrange os primeiros seis anos completos, ou os 72 primeiros meses da vida de uma criança. Essa fase é marcada por vários processos de desenvolvimento, que são influenciados pelo meio ambiente no qual a criança está inserida, pelos estímulos que recebe e pela qualidade dos vínculos afetivos que vivencia. Justamente por isso, o começo da vida deve receber proteção especial[103] da família, do Estado e da sociedade.

Segundo estudo feito pelo Prêmio Nobel de Economia James Heckman, a cada um dólar investido nessa inicial fase da vida, sete dólares retornam com resultado positivo no longo prazo. O estudo indica que todas as famílias estão sob pressão crescente; sendo que as famílias carentes são pressionadas até o limite. Sem dúvida, tais famílias dispõem de recursos escassos para o investimento eficaz na primeira infância. Sem recursos, muitas crianças em risco não têm o desenvolvimento adequado para se tornar um cidadão produtivo para a sociedade. "Elas sofrem pelo resto de suas vidas – e todos nós pagamos o preço de maiores custos sociais e diminuição da prosperidade econômica."[104]

Vale destacar que, se comparado com o investimento em outras fases da vida, como na escola durante a adolescência ou na formação para o trabalho na juventude, o investimento no início da vida, de fato, apresenta melhores índices de retorno. Quanto mais cedo esse investimento existir, mais otimista será o cenário futuro da sociedade, em razão do que se criou e garantiu nos primeiros anos do indivíduo. Além do retorno econômico, o investimento na primeira infância é uma forma eficiente de reduzir as desigualdades sociais e a pobreza, bem como de construir uma sociedade mais sustentável[105].

Nessa esteira de conhecimentos científicos acerca do começo da vida, o Marco Legal da Primeira Infância trouxe modificação para o Código de Processo Penal (CPP) inserindo no artigo 318 a previsão de que o juiz poderá substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for gestante; mulher com filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos; homem, caso seja o único responsável pelos cuidados do filho de até 12 (doze) anos de idade incompletos. Frise-se que desde 2011 já era prevista a possibilidade

[103] Extraído da Cartilha "Primeira Infância é prioridade absoluta". Disponível em <http://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2017/11/cartilha_primeira-infacc82ncia.pdf>, Acesso em: 25 de jun. de 2019.
[104] Investir no desenvolvimento na primeira infância: Reduzir déficits, fortalecer a economia. Disponível em: <https://heckmanequation.org/assets/2017/01/D_Heckman_FMCSV_ReduceDeficit_012215.pdf>. Acesso em: 25 de jun. de 2019.
[105] Young, ME; Richardson, LM. Early child development from measurement to action: a priority for growth and equity. Washington, DC: World Bank; 2007.

de prisão domiciliar ao agente imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência.[106]

Para entender os fundamentos que alicerçam a ideia da prisão domiciliar de mães e gestantes, devemos nos socorrer de saberes advindos de outras áreas do conhecimento. Nesse sentido, a colega do Ministério Público do Rio de Janeiro, Cláudia Türner, ensina que, antes de partir para a etapa da argumentação, os juristas que se propõem a resolver questões complexas de direitos fundamentais envolvendo crianças, devem buscar nesse processo entender o debate atual de outras disciplinas, sobretudo a sociologia, a antropologia, a pedagogia e a psicologia. Assim, conclui: "muitos dedicaram suas vidas observando as crianças e pensando sobre elas. Nós temos que ouvir o que eles disseram e dizem, a fim de compreender como o seu discurso se relaciona com o direito"[107].

Também nesta linha, Yuval Noah Harari, em seu aclamado livro "Sapiens: uma breve história da humanidade", ao criticar os sistemas jurídico e político acerca da desconsideração das descobertas científicas questiona "por quanto tempo poderemos manter o muro que separa o departamento de biologia dos departamentos de direito e ciência política?"[108].

Logo, começo afirmando que a motivação para tal permissivo legal se assenta no fato de que uma criança necessita de cuidados dedicados, afetuosos e individualizados para o seu pleno desenvolvimento físico, motor, cognitivo e emocional. E a mãe é, por natureza, a primeira cuidadora de sua prole, podendo ser auxiliada ou substituída por outras pessoas.

Os principais cuidadores das crianças estão na família, primeira rede de proteção que congrega, além dos pais, os avós, irmãos, tios, vizinhos ou amigos. Neste "processo de proteção e promoção do crescimento e desenvolvimento infantil, é imprescindível reconhecer a importância da segurança emocional da criança e dos pais, resultantes de vínculos bem estabelecidos"[109].

Nesse contexto, trago à cena alguns ensinamentos do renomado pediatra e psicanalista inglês D. W. Winnicott acerca da profundidade da relação mãe e bebê em sua obra "Os bebês e suas mães":

---

[106] Brasil. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm>. Acesso em: 07 de jul. de 2019.
[107] DUARTE, Cláudia Türner P. Justiça, crianças e a família. Curitiba: Juruá, 2018, p. 195.
[108] HARARI, Yuval Noah. Sapiens: uma breve história da humanidade. Porto Alegre: L&PM Editora, 2015, e-book.
[109] Importância dos vínculos familiares na primeira infância: estudo II/ organização Comitê Científico do Núcleo pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2016.

> A mãe tem um tipo de identificação extremamente sofisticada com o bebê, na qual ela se sente muito identificada com ele, embora, naturalmente, permaneça adulta. (...) Do ponto de vista do bebê, nada existe além dele próprio, e portanto a mãe é inicialmente, parte dele. Em outras palavras, há algo aqui, que as pessoas chamam de identificação primária[110].
> Onde o ambiente de facilitação – que deve ser humano e pessoal – possuir características suficientemente boas, as tendências hereditárias de crescimento que o bebê tem podem, então alcançar seus primeiros resultados favoráveis.[111]
> A saúde mental do indivíduo está sendo construída desde o início pela mãe, que oferece o que chamei de ambiente facilitador, isto é, um ambiente em que os processos evolutivos e as interações naturais do bebê com o meio podem desenvolver-se de acordo com o padrão hereditário do indivíduo. A mãe está assentando, sem que o saiba, as bases da saúde mental o indivíduo[112].

Mesmo sem os conhecimentos da neurociência à época, Winnicott concluiu que "infelizmente, é uma grande verdade que, se uma criança não começar bem, então não poderá desfrutar do legado cultural e a beleza do mundo não passará de um colorido torturante, impossível de desfrutar. Assim, portanto, existem 'os que têm' e 'os que não têm', e isso nada tem a ver com finanças; tem a ver com aqueles que começaram muito bem suas vidas, e com aqueles que não tiveram a mesma sorte".[113]

Um dos grandes desafios para o desenvolvimento sustentável de uma nação é a redução da desigualdade extrema que resulta em iniquidades sociais. Desse modo, toma relevo "a importância da superação das iniquidades, determinadas principalmente por condições socioeconômicas desfavoráveis, que fazem com que um grupo específico de crianças brasileiras tenha condições piores de saúde".[114]

Sabemos com o auxílio de estudos científicos que melhores condições de saúde perpassam pelo cuidado cotidiano das crianças que estão na primeira infância. Para que cresçam e se desenvolvam fisicamente, cognitivamente e emocionalmente seguras, as crianças necessitam de interações positivas e cuidados adequados de rede de proteção comprometida com seu bem-estar. "As experiências do início da vida são de extrema importância para o ser humano e diretamente influenciadas pela qualidade das relações socioafetivas, principalmente pelas interações estabelecidas com os seus cuidadores"[115].

No universo do aprisionamento feminino, surge a questão da maternidade e de como poderemos garantir a preservação dos cuidados da criança com a necessidade de responsabilização criminal de sua mãe?

---

[110] WINNICOTT, D. W. Os bebês e suas mães. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2012, p. 9.
[111] Idem, p. 8.
[112] Idem, p. 20.
[113] Idem, p. 20-21.
[114] Importância dos vínculos familiares na primeira infância: estudo II/ organização Comitê Científico do Núcleo pela Infância. São Paulo: Fundação Maria Cecília Souto Vidigal, 2016.
[115] Idem.

Não pretendo esmiuçar aqui os argumentos expostos no Habeas Corpus Coletivo 143.641 São Paulo, cujo acórdão pode ser acessado com facilidade na internet[116]. Mas ali foram sublinhados alguns aspectos importantes que merecem ser trazidos à luz para a compreensão do dever constitucional do Promotor de Justiça na aplicação escorreita do permissivo legal constante do CPP.

É fato que o ambiente prisional é insalubre e que muitas doenças têm taxas muito maiores de ocorrência dentro de presídios, como, por exemplo, a tuberculose. Em estudo realizado pela FIOCRUZ, concluiu-se que a incidência da tuberculose no sistema prisional do Rio de Janeiro consegue ser ainda muito maior do que a média nacional. A pesquisadora intitula o sistema carcerário do Rio de Janeiro como um "celeiro de contaminação"[117].

Em consequência, a manutenção da grávida ou da criança com a mãe no cárcere ou a separação destas, prejudica severamente o desenvolvimento das crianças, posto que serão expostas ao estresse tóxico que impacta negativamente o desenvolvimento cerebral sadio. Estudos indicam que o estresse tóxico aumenta o risco de doenças físicas e mentais levando a efeitos danosos no aprendizado, comportamento e saúde para toda a vida do indivíduo.[118]

Trago também o princípio constitucional da intranscendência da pena (artigo 5º, inciso XLV, da Constituição Federal de 1988) e o direito expresso no inciso L do mesmo rol do artigo 5º de que "às presidiárias serão asseguradas condições para que possam permanecer com seus filhos durante o período de amamentação" que foram referidos no remédio constitucional coletivo.

Portanto, a solução juridicamente encontrada foi a de assegurar a prisão domiciliar para as gestantes e mães de crianças, possibilitando a sua responsabilização criminal e o alijamento da criança do cárcere, eis que "prisões não foram pensadas para crianças e não é desejável que nenhuma criança passe um dia sequer no ambiente prisional ou longe de suas mães"[119].

No tocante ao encarceramento feminino, preciso mencionar estatísticas e dados do Brasil e, em especial, do Estado do Rio de Janeiro, informações estas extraídas do

---

[116] HC 143.641/SP. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC143641final3pdfVoto.pdf>. Acesso em: 19 de jul. de 2019.

[117] Notícia disponível em: <https://oglobo.globo.com/rio/tuberculose-atinge-1500-cada-100-mil-presos-no-complexo-de-gericino-21959671>. Acesso em: 19 de jul. de 2019.

[118] CENTER ON THE DEVELOPING CHILD OF HARVARD UNIVERSITY. Excessive Stress Disrupts the Architecture of the Developing Brain. 2014. P. 2. Disponível em: <https://developingchild.harvard.edu/wp-content/uploads/2005/05/Stress_Disrupts_Architecture_Developing_Brain-1.pdf>. Acesso em: 19 de jul. de 2019.

[119] Pela liberdade: a história do habeas corpus coletivo para mães & crianças. São Paulo: Instituto Alana, 2019, p. 39.

estudo conduzido pela Diretoria de Análises de Políticas Públicas da Fundação Getúlio Vargas.[120]

Neste estudo, concluiu-se que a maior parte das mulheres presas nos dias de hoje tem como causalidade a prática do crime de tráfico de drogas, correspondendo a 62% das presas. Importante mencionar que o aumento do encarceramento feminino começou a ocorrer desde fins da década de 1990: "entre os anos de 2000 a 2016, houve um crescimento de mais de 567% desse grupo nas penitenciárias, relevando que nesses dezesseis anos, houve uma explosão da população carcerária feminina de 5.600 para 42.355 mulheres".

A razão para a inserção das mulheres em atividades relacionadas ao mercado de drogas ilícitas deve ser analisada frente ao incremento dos níveis de pobreza e do desenvolvimento acelerado da economia informal, nos termos do estudo citado. Assim, 65% das presas no estado do Rio de Janeiro são negras (65%), com ensino fundamental incompleto (58%) e estado civil solteira (86%). Tais números devem ser levados em conta na análise dos direitos em tela.

Isso, porque para as mulheres vindas das classes média e alta, o trabalho é um projeto individual, dentro do contexto da história familiar, podendo ser definido como atividade voltada à satisfação pessoa e ao crescimento individual para a obtenção da independência econômica e identitária. "Já as mães da camada popular fizeram vários relatos que situavam o trabalho como uma necessidade para a obtenção ou complemento da renda familiar, visando o benefício da família"[121].

Dessa forma, vemos o incremento do número de prisões de mulheres pela prática do crime de tráfico de drogas como resultado da necessidade econômica enfrentada pelo universo feminino. A constatação se dá pelo aumento espantoso do número de famílias chefiadas por mulheres, que mais que dobrou em 15 anos, sendo que a maior parte dos lares chefiados por mulheres são daquelas que vivem sozinhas com seus filhos (quantitativo aproximado de 11,66 milhões de pessoas).[122]

Nesse cenário, compreendo imperiosa a aplicação do permissivo legal que concede a prisão domiciliar para presas mães de crianças ou gestantes para possibilitar,

---

[120] Encarceramento feminino. Policy paper – Segurança e Cidadania. FGV DAPP: Rio de Janeiro, 2018. Disponível em: <http://dapp.fgv.br/publicacao/encarceramento-feminino-policy-paper/>. Acesso em: 11 de jul. de 2019.

[121] ALMEIDA, Leila Sanches de. Mãe, cuidadora e trabalhadora: as múltiplas identidades de mães que trabalham Revista do Departamento de Psicologia - UFF, v. 19 - n. 2, p. 411-422, Jul./Dez. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-80232007000200011>. Acesso em: 18 de jul. de 2019.

[122] Dados extraídos da matéria "Em 15 anos, número de famílias chefiadas por mulheres mais que dobra". Disponível em: <https://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2018/03/em-15-anos-numero-de-familias-chefiadas-por-mulheres-mais-que-dobra.html>. Acesso em: 18 de jul. de 2019.

sobretudo na primeira infância, a convivência socioafetiva e a interação afetuosa entre mãe e filho tão imprescindível para o desenvolvimento adequado do indivíduo em formação.

A prisão domiciliar deve expressar a conjugação do interesse do Estado na persecução penal, responsabilizando-se o indivíduo que atentou contra as normas vigentes, sem descurar a proteção que as crianças e adolescentes devem receber de toda a rede de apoio, incluindo-se o Sistema de Justiça, através dos advogados, defensores, Juízes e, nós, Promotores de Justiça.

Friso que a prisão domiciliar constitui modalidade de restrição do estado de liberdade do indivíduo, devendo o beneficiado sofrer fiscalização estatal do seu cumprimento. Apesar de a lei não indicar quais são os requisitos e/ou medidas que a presa deverá se submeter para o cumprimento efetivo da prisão domiciliar, avalio que, nas hipóteses em que a prisão domiciliar é imposta para a preservação dos direitos da criança filha da presa, medidas protetoras desta criança devem ser exigidas para a manutenção dessa modalidade prisional, afinal de contas foi esse o intento do legislador com a previsão legal.

As condições ou restrições para a prisão domiciliar carecem de análise intersetorial. Com esse escopo, podem ser realizados: intercâmbio com os colegas da Infância e Juventude, estudos das equipes técnicas multidisciplinares do Tribunal de Justiça ou do Ministério Público, verificação das informações advindas do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente como um todo etc. Como exemplos de condições para a manutenção da prisão domiciliar, enumero a necessidade de comprovação da vacinação da criança; a matrícula da criança em rede escolar ou em creche, quando houver vaga disponível; o acompanhamento da criança em consultas médicas.

E, para que a fiscalização correta da aplicação da prisão domiciliar seja possível pelo Ministério Público, a maior transparência de dados possível deve ser alcançada. Contudo, não é o que se vê atualmente. Em consulta ao site do Conselho Nacional de Justiça que relaciona os números de presos em todo o território nacional, com as rubricas de cada Estado da federação, o quantitativo de presos em prisão domiciliar no Estado do Rio de Janeiro é zero.[123]

No âmbito do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, em conversa informal com a Coordenadora do Centro de Apoio das Promotorias de Justiça Criminais (CAO Criminal), me foi relatado que para possibilitar o cumprimento do permissivo legal

[123] Dados obtidos no sistema GEOPRESÍDIOS do CNJ. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/inspecao_penal/gera_relatorio.php?tipo_escolha=comarca&opcao_escolhida=26&tipoVisao=presos. Acesso em: 18 de jul. de 2019.

previsto no artigo 318, do CPP, estabeleceu-se um fluxo de informações com o Centro de Apoio das Promotorias de Justiça de Infância e Juventude (CAO Infância). O CAO Infância recebe a listagem de presas com filhos crianças da Secretaria de Administração Penitenciária (SEAP) no Grupo de Trabalho do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro da Primeira Infância, integrado pelo Coordenador do CAO Infância. A partir daí, a referida listagem é encaminhada para o CAO Criminal, que remete a informação para cada promotor com atribuição criminal que avaliará as providências cabíveis. Não há, contudo, um *feedback* dos casos em que houve a substituição da prisão preventiva pela domiciliar.

Em entrevista informal com colega experiente nas audiências de custódia na Comarca da Capital do RJ, soube que há dificuldade para a concessão da prisão domiciliar pela maior parte de juízes e promotores e, nos casos em que há o deferimento, os juízes muitas vezes optam pela liberdade provisória, eis que para sair da custódia prisional e ir para a casa em regime de prisão domiciliar, a SEAP exige o alvará de soltura. Destarte, para driblar a dificuldade burocrática e viabilizar o contato mãe e filho, concede-se a liberdade provisória.

Enxergo como motivo para a dificuldade de aplicação do permissivo legal da substituição da prisão preventiva pela domiciliar das gestantes e mães de crianças o afastamento entre as figuras do Promotor de Justiça com atribuição criminal e do Promotor de Justiça da área de Infância e Juventude.

Nas palavras do notável colega Emerson Garcia, sob a ótica funcional, "é possível falar em um único Ministério Público, já que a Instituição, por intermédio de cada um de seus ramos, desempenha, no seu âmbito de atuação, as funções institucionais que lhe foram atribuídas pelo texto constitucional"[124].

A especialização das funções no Ministério Público dá-se em prol da melhor prestação do serviço legal e constitucional. Todavia, o promotor criminal não pode se descuidar de outros interesses constitucionais a que deve tutelar. Os princípios da unidade do Ministério Público e da independência funcional devem ser lidos com as lentes do princípio da prioridade absoluta da criança e adolescente, da doutrina da proteção integral e do melhor interesse da criança. Nesse sentido, o Ministério Público deve articular internamente rede de proteção das crianças, estabelecendo fluxos internos, bem como externos à instituição para o pleno atendimento dos direitos da criança e adolescente.

A intersetorialidade é palavra-chave quando se fala na proteção da infância e consiste em uma "lógica de construção e operação das políticas públicas que potencializa

[124] GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 55.

recursos humanos, financeiros e materiais por meio do desenvolvimento de estratégias conjuntas de gestão e compartilhamento de informações pertinentes ao atendimento integral e integrado"[125].

O Promotor de Justiça, presentante do Ministério Público e integrante do Sistema de Garantias de Direitos da Criança e do Adolescente, deve tecer esta rede internamente, nos meandros institucionais, para alcançar a atenção integral à criança.

Conclusão

Cabe ao Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis das crianças e adolescentes, zelar pela correta aplicação do permissivo legal constante do artigo 318, incisos IV, V, e VI, do CPP, exigindo e cobrando transparência das instituições envolvidas na persecução penal, através de dados e estatísticas.

Para o desenvolvimento adequado das crianças, em especial na primeira infância, a rede de apoio formada pela família, sociedade e Estado, aí incluído o Ministério Público, deve estar apta a amparar a mulher mãe para o árduo exercício da maternagem. E, para tanto, a intersetorialidade é primordial para o alcance deste objetivo.

Cada Ministério Público, portanto, precisa estabelecer fluxos de informações e protocolos de atuação que possibilitem e estimulem a intersetorialidade em favor dos direitos das crianças e adolescentes, em especial das que se encontram na primeira infância.

Como exemplos, menciono que toda vez que a prisão domiciliar for determinada para o resguardo dos direitos de nascituro ou de criança, o Ministério Público deve zelar para que restrições à presa sejam determinadas em proveito da criança. Além disso, o Promotor de Justiça com atribuição criminal deverá comunicar o colega da Infância e Juventude acerca da possível situação de vulnerabilidade social vivenciada por criança ou adolescente, cuja mãe foi presa pela prática criminosa.

O Ministério Público proativo, resolutivo, uno e indivisível, deve integrar com plenitude a aldeia necessária para a criação de uma criança, aproximando os artigos 127 e 227 da Constituição Federal e zelando para a efetividade dos direitos fundamentais do futuro da nação.

---

[125] Guia para orientar ações intersetoriais na primeira infância do Ministério da Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_acoes_intersetoriais_primeira_infancia.pdf>. Acesso em: 18 de jul. de 2019, p. 28.

Proposta de Enunciado

O Promotor de Justiça Criminal integrará a rede de apoio intersetorial das crianças e, para tanto, cientificará o Promotor de Justiça com atribuição para a Infância e Juventude sempre que houver prisão de responsável por criança e/ou adolescente; nas hipóteses cabíveis, o Promotor de Justiça Criminal pugnará de ofício pela substituição da prisão preventiva da mãe de criança ou gestante pela prisão domiciliar; por fim, o Promotor de Justiça oficiará na prisão domiciliar pelo estabelecimento de restrições/condições favoráveis à criança ou nascituro.

* Autoria e Defesa perante a Comissão Temática:
VIVIANE ALVES SANTOS SILVA
Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Tel. Promotoria: (21) 3763-6588
vialves@mprj.mp.br

A APLICAÇÃO DA TEORIA DA *ACTIO NATA* ÀS AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Marcus Paulo Queiroz Macêdo
Promotor de Justiça em Araxá/MG
Mestre em Direitos Coletivos, Cidadania e Função Social do Direito pela UNAERP - Universidade de Ribeirão Preto
Mestre em "Derechos Humanos, Interculturalidad y Desarrollo" pela Universidad Pablo de Olavide/Sevilha/Espanha
Doutourando em "Ciencias Jurídicas y Politicas" pela Universidad Pablo de Olavide/Sevilha/Espanha

I. SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO E SUA FUNDAMENTAÇÃO

1. Um dos grandes e graves problemas da aplicação prática de Lei de Improbidade Administrativa é a prescrição, *ex vi* de situações como as de reeleição de agentes políticos, mas sobretudo quanto ao seu termo inicial de contagem. Trata-se de um tema tão relevante como espinhoso e que, por isto mesmo, merece atenção especial dos órgãos de execução do Ministério Público brasileiro, mormente na busca de soluções outras às tradicionalmente utilizadas, em prol do efetivo e pleno resguardo ao interesse público difuso ao patrimônio público, direito fundamental do cidadão brasileiro que é, bem como ao princípio da máxima eficácia da tutela processual coletiva, dentre outros. Sendo assim, a presente proposição pretende apresentar uma solução concreta a prática visando melhor resguardar o patrimônio público brasileiro, no que tange à temática do início da contagem do prazo prescricional em ações de improbidade administrativa.

2. Trata-se de propor a aplicação da teoria da *actio nata* às ações do improbidade administrativa, o que implicaria na consideração de que o prazo da contagem do prazo prescricional, nas mesmas, inicia-se pela inequívoca ciência, pelo autor da ação (*in casu*, o Ministério Público), da prática do ato improbo, e não da data da prática do mesmo, o que se fundamenta tanto por aplicação do Código Civil, como da Súmula n. 278 do E. S.T.J. (por analogia), assim como da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), em virtude do microssistema de tutela coletiva em vigência no país, o qual permite a aplicação e utilização das normas processuais e materiais coletivas uma pelas outras, "desde que *pro societate*, jamais *pro reo*,

face ao interesse social subjacente"[126], conforme se dá na hipótese aqui aventada e já foi reconhecido por diversas vezes pelo E. S.T.J. e outros tribunais pátrios. Para tanto, analisar-se-á doutrina e jurisprudência acerca do tema, tanto por analogia como por especificidade, como se verá na exposição e justificativa seguinte.

II. EXPOSIÇÃO OU JUSTIFICATIVA

3. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429/92) dispõe especificamente sobre o prazo da prescrição da ação principal nela prevista, nestes termos:

> Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:
> I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança;
> II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.
> III - até cinco anos da data da apresentação à administração pública da prestação de contas final pelas entidades referidas no parágrafo único do art. 1º desta Lei.

4. O entendimento aferível em análise superficial da questão posta pode levar à conclusão de que a prescrição em tal caso corre, nos prazos acima indicados, irremediavelmente da data em que o ato improbo ocorre. Entrementes, esse posicionamento singelo confronta o interesse público e viola o princípio da máxima efetividade do direito coletivo, sobretudo no que tange à legitimação ativa constitucional e legal conferida ao Ministério Público para o acionamento pela prática de improbidade administrativa.

5. De fato, como o Ministério Público não participa, pela sua própria natureza de órgão externo fiscalizador, diretamente da administração pública, o conhecimento, por parte da instituição, da prática de ato improbo dependerá, como regra geral, de desdobramentos de investigações próprias ou de fato de terceiro que dele tenha ciência prévia, como a representação de cidadão, a notícia da imprensa, a comunicação pela Câmara de Vereadores, pela Controladoria-Geral ou pelo Tribunal de Contas, o que, não raras vezes, ocorre após vários anos e, de tal sorte, poderia inviabilizar a aplicação da lei de improbidade administrativa ao caso, a se adotar o entendimento indicado no parágrafo anterior, o qual não protege adequadamente o patrimônio público, direito fundamental que é. Nesse diapasão, mister a adoção de outra solução técnica-jurídica, que é a aplicação da teoria da *actio nata* também às ações de improbidade administrativa.

---

[126] MACÊDO, Marcus Paulo. *O Ministério Público e o inquérito civil*: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Arraes, 2012, p. 28.

6. De acordo com tal teoria, o que regula o termo inicial do prazo prescricional não é a data do fato ocorrido, mas o da ciência da pessoa ou do órgão incumbido de postular, judicialmente, a aplicação da glosa cabível ao ilícito praticado. A razão de ser desse entendimento é o de que não pode se punir o titular de uma pretensão com a prescrição se ele não detinha o poder, a faculdade de agir. Somente é razoável iniciar-se a contagem desse lapso se há possibilidade de agir.

7. A respeito da teoria da *actio nata* como a que deve guiar o início da contagem dos prazos prescricionais, Cristiano Chaves e Nelson Rosenvald ensinam que "o início da fluência do prazo prescricional deve ocorrer da violação, em si, a um direito subjetivo, mas, sim, do conhecimento da violação ou lesão ao direito subjetivo pelo seu respectivo titular[127]."

8. Em outra obra[128], os mesmos autores acima mencionados assim trazem à baila a questão, *in verbis*:

> Finalmente, convém lembrar que a fluência do prazo prescricional se inicia com o surgimento da pretensão correspondente. Ou seja, tem início a contagem prazal com a exigibilidade do direito subjetivo subjacente. É princípio da *actio nata*. Segundo esse princípio, somente a partir do efetivo conhecimento do ato que viola um direito subjetivo, originando a pretensão, é que se inicia a contagem do prazo extintivo contemplado na norma legal. A regra é aplicável, inclusive, aos prazos decadenciais.
> O direito brasileiro agasalha o princípio da actio nata, no art. 189, ao dispor que 'violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue pela prescrição'. Faltou, apenas, a referência à necessidade de efetivo conhecimento do interessado acerca da violação ao direito efetivada.

9. No mesmo sentido de que somente se deve falar em prescrição quando houver ação exercitável, é o escólio de Antônio Luís da Câmara Leal[129], *in verbis*:

> Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular.
> O direito, uma vez adquirido, entra como faculdade de agir (*facultas agendi*), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não-exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação.(...) Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição: 1º - existência de uma ação exercitável (*actio nata*) 2º - inércia do titular da ação pelo seu não exercício; 3º - continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º - ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional.

10. Além da previsão legal do art. 189 do Código Civil, de suma importância é outra norma, esta da mesma esfera processual da lei da improbidade administrativa e que deve, por isto mesmo, ser aplicável à respectiva ação, em observância ao sistema único de tutela

---

[127] FARIA, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil*: Parte Geral e Lindb. Salvador: Juspodvm, 2014, v. 1, p. 667.
[128] *Idem*. *Direito Civil*, Teoria Geral, 4. ed. p.519.
[129] LEAL, Antônio Luís da Câmara. *Da Prescrição e da Decadência*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 10-12. Ainda, cf.: TARTUCE, Flávio. Parecer. *In:* Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil, n. 70. Jan. – Fev. 2016.

coletiva[130], que impõe uma disciplina uniforme, na medida do possível, e uma inter-relação entre todas as leis que disciplinam ações coletivas, num sistema homogêneo para elas, o que, inclusive, já foi reconhecido pelo E. STJ em algumas oportunidades[131], que é a do art. 25 da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), onde se adotou, expressamente, o sistema da *actio nata*, *in verbis*: "Prescrevem em 5 (cinco) anos as infrações previstas nesta Lei, **contados da data da ciência da infração** ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado" (negritos meus). Sendo assim, não resta qualquer dúvida que a mesma se aplica também às ações de improbidade administrativa.

11. Ademais de tais fundamentos, o entendimento que ora se defende encontra respaldo, ainda, nos princípios que orientam a tutela coletiva[132], como os da sua máxima efetividade e de benefício coletivo, no caso em prol do patrimônio público e da probidade administrativa, direitos fundamentais que são dos cidadãos brasileiros.[133]

12. Na jurisprudência pátria, com apoio em alguma doutrina[134], encontram-se fartos exemplos da aplicação da teoria da *actio nata* às ações civis pela prática de atos de improbidade administrativa, como hora se defende. Nesse sentido, colaciona-se, primeiramente, o seguinte aresto, proferido pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADMISSIBILIDADE. NÃO INDICAÇÃO DOS MOTIVOS DA VIOLAÇÃO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N.º 284/STF. VIOLAÇÃO AO ART. 535, DO CPC. INOCORRÊNCIA. ALÍNEA C. AUSÊNCIA DE SIMILITUDE ENTRE OS ARESTOS CONFRONTADOS. NÃO CONHECIMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR ATO DE IMPROBIDADE. SERVIDOR PÚBLICO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. CIÊNCIA PELO TITULAR DA DEMANDA. ACÓRDÃO MANTIDO. 1. O termo a quo do prazo prescricional da ação de improbidade conta-se da ciência inequívoca, pelo titular de referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo, sendo desinfluente o fato de o ato de improbidade ser de notório conhecimento de outras pessoas que não aquelas que detém a legitimidade

---

[130] Quanto a isto, cf.: MACÊDO, Marcus Paulo Queiroz. *O Ministério Público e o inquérito civil*: aspectos teóricos e práticos. Belo Horizonte: Arraes, 2012, pp. 20/33.

[131] Pode-se citar os seguintes arestos que, de um modo ou de outro, reconhecem interelação entre as normas processuais coletivas brasileiras: REsp n. 610.438-SP, Rel. para o acórdão Min. Castro Meira, j. 15.12.2005, DJU 30.03.2006; REsp. n. 727.131 – SP, Rel. Min. Luiz Fuz, j. 11.03.2008 – DJU 23.04.2008; REsp. n. 805.277 – RS, rel. Min. Nancy Andrigui, j. 23.09.2008 – DJe 08.10.2008; REsp. n. 1.108.542 – SC, Rel. Min. Castro Meira, j. 19.05.2005, DJe 29.05.2009; REsp. n. 890552/MG, rel. Min. José Delgado, DJ 22.03.2007 e REsp. n. 406.545/SP, rel. Min. Luiz Fux, DJ 09.12.2002.

[132] Quanto a eles, cf.: ALMEIDA, Gregório Assagra de. *Direito Processual Coletivo Brasileiro*: um novo ramo do direito processual (princípios, regras interpretativas e problemática de sua interpretação e aplicação). São Paulo: Saraiva, 2003, pp. 570 e ss.

[133] Neste sentido: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Controle do Patrimônio Público*: comentários à Lei de Improbidade Administrativa. 3. Ed. rev. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, pp. 48 e ss.

[134] Cf.: COSTA, Aldo de Campos. A prescrição na ação de improbidade administrativa. Disponível em: https://www.conjur.com.br/2013-out-31/toda-prova-prescricao-acao-improbidade-administrativa; acesso em 10.08.2018; e BUSATTO, Leonardo Dumke. *A Lei de Improbidade Administrativa e o transcurso da prescrição:* uma nova perspectiva à luz do princípio da "actio nata". Disponível em: https://jus.com.br/artigos/57572/a-lei-de-improbidade-administrativa-e-o-transcurso-da-prescricao-uma-nova-perspectiva-a-luz-do-principio-da-actio-nata; acesso em 10.08.2018.

ativa ad causm, uma vez que a prescrição presume inação daquele que tenha interesse de agir e legitimidade para tanto. 2. In casu, independente do exame da legislação local, vedado pela incidência da Súmula n.º 280/STF, uma vez que não há controvérsia instaurada nos autos acerca do tema, prevê o Estatuto dos Servidores Públicos do Município de Caxias do Sul (Lei Municipal n.º 3.673/91, art. 263, IV), consoante consta do aresto recorrido, o prazo de prescrição da ação de improbidade, nos termos do art. 23, II, da Lei n.º 8.429/92, é de 04 (quatro) anos do conhecimento do ato ímprobo. 3. **A declaração da prescrição pressupõe a existência de uma ação que vise tutelar um direito (actio nata), a inércia de seu titular por um certo período de tempo e a ausência de causas que interrompam ou suspendam o seu curso. 4. Deveras, com a finalidade de obstar a perenização das situações de incerteza e instabilidade geradas pela violação ao direito, e fulcrado no Princípio da Segurança Jurídica, o sistema legal estabeleceu um lapso temporal, dentro do qual o titular do direito pode provocar o Poder Judiciário, sob pena de perecimento da a ação que visa tutelar o direito. 5. "Se a inércia é a causa eficiente da prescrição, esta não pode ter por objeto imediato o direito, porque o direito, em si, não sofre extinção pela inércia de seu titular. O direito, uma vez adquirido, entra como faculdade de agir (facultas agendi), para o domínio da vontade de seu titular, de modo que o seu não-uso, ou não-exercício, é apenas uma modalidade externa dessa vontade, perfeitamente compatível com sua conservação.(...) Quatro são os elementos integrantes, ou condições elementares, da prescrição: 1º - existência de uma ação exercitável (actio nata) 2º - inércia do titular da ação pelo seu não exercício; 3º - continuidade dessa inércia durante um certo lapso de tempo; 4º - ausência de algum fato ou ato a que a lei atribua eficácia impeditiva, suspensiva ou interruptiva do curso prescricional. (Antônio Luís da Câmara Leal, in"Da Prescrição e da Decadência", Forense, 1978, p. 10-12)** 6. In casu, o Tribunal a quo, com acerto, afastou a prescrição da ação civil pública por ato de improbidade ajuizada pelo Parquet Estadual em 28.05.2005, considerando como termo inicial de referido prazo a publicação jornalística, ocorrida em 04.04.2003, noticiando a prática de ato de improbidade administrativa, pelo ora recorrente, consubstanciado no exercício simultâneo de cargo de Assessor Jurídico da Câmara Municipal de Caxias do Sul, que exigia subsunção ao Regime Especial de Trabalho por Dedicação Exclusiva, com o de advogacia privada, ao argumento de que naquele momento o Ministério Público teve ciência inequívoca da prática do ato ímprobo, restando desinfluente a alegada ciência, por parte dos Vereadores daquela municipalidade uma vez que não detinham a titularidade da demanda. 7. A ausência de indicação dos motivos pelos quais a lei federal restou violada revela a deficiência das razões do Recurso Especial, fazendo incidir a Súmula 284 do STF:"É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia."8. Inexiste violação do art. 535, II, do CPC, quando o Tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos, cujo decisum revela-se devidamente fundamentado. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater todos os argumentos trazidos pela parte, se os fundamentos utilizados forem suficientes para embasar a decisão. 9. A interposição do recurso especial pela alínea c do permissivo constitucional exige do recorrente a comprovação do dissídio jurisprudencial, cabendo ao mesmo colacionar precedentes jurisprudenciais favoráveis à tese defendida, comparando analiticamente os acórdãos confrontados, nos termos previstos no artigo 541, parágrafo único, do CPC. 10. Visando a demonstração do dissídio jurisprudencial, impõe-se indispensável avaliar se as soluções encontradas pelo decisum embargado e paradigmas tiveram por base as mesmas premissas fáticas e jurídicas, existindo entre elas similitude de circunstâncias. 11. In casu, não há similaridade, indispensável na configuração do dissídio jurisprudencial, entre o acórdão tomado como paradigma, do STF, julgado

> em 02.08.1960, tratou da prescrição de ato de improbidade previsto no art. 11, da CLT e o acórdão recorrido, que decidiu acerca da prescrição da ação de improbidade prevista no art. 23, II, da Lei n.º 8.429/92. 12. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. (STJ, REsp. 999.324, relator: Ministro LUIZ FUX, Data de Julgamento: 26/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA)[135]. (negritos meus)

13. No corpo deste julgado, de maneira elucidativa, consignou-se, *verbis*:

> Deveras, na ação de improbidade, o termo *a quo* do prazo prescricional conta-se da ciência inequívoca, pelo titular da referida demanda, do ato ímprobo. O fato de o ato de improbidade ser de conhecimento de outras pessoas que não aquelas detém a legitimidade ativa *ad causam*, em nada interfere na fluência do prazo prescrional uma vez que, repita-se, a prescrição presume a inação daquele tenha interesse de agir para tanto.

14. Mas não se trata de um julgado isolado, em diversos outros proferidos pelo Superior Tribunal de Justiça admitiu-se a *actio nata* nas ações de improbidade administrativa, a exemplo dos seguintes:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. **DECRETAÇÃO DA PRESCRIÇÃO RELATIVAMENTE A UM DOS RÉUS. TERMO INICIAL. DATA NA QUAL A ADMINISTRAÇÃO TEVE CIÊNCIA DO SUPOSTO ATO ÍMPROBO**. PRECEDENTES. REVISÃO DO TERMO INICIAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 142, § 2º, DA LEI N. 8.112/1990. NÃO AJUIZAMENTO DE AÇÃO PENAL. CABIMENTO DO APELO NOBRE PELA ALÍNEA "C" DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. SÚMULA N. 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO, ACOMPANHANDO A RELATORA, SRA. DESEMBARGADORA CONVOCADA MARGA TESSLER. (AgRg no REsp 1509971/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 01/07/2015). (negritos meus)

> ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESSARCIMENTO DE DANO AO ERÁRIO PÚBLICO. IMPRESCRITIBILIDADE. DEMAIS SANÇÕES. ART. 23 DA LIA E ART. 142 DA LEI 8.112/1990. TERMO A QUO DA PRESCRIÇÃO. DATA DO CONHECIMENTO DOS FATOS. 1. A ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível, mesmo se cumulada com a ação de improbidade administrativa (art. 37, § 5º, da CF). 2. Nos casos de servidor público ocupante de cargo efetivo, a contagem da prescrição, para as demais sanções previstas na LIA, se dá à luz do art. 23, II, da LIA c/c art. 142 da Lei 8.112/1990, **tendo como termo a quo a data em que o fato se tornou conhecido**. 3. Recurso especial não provido. (REsp 1268594/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2013, DJe 13/11/2013). (negritos meus)

15. Na mesma linha do Superior Tribunal de Justiça, o Tribunal de Justiça do Paraná já acolheu o entendimento em análise, *in verbis*:

> DIREITO ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RECEBIMENTO DA INICIAL. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A DECRETAÇÃO DA MEDIDA LIMINAR DE SEQUESTRO E DE INDISPONIBILIDADE DE BENS. PERIGO NA DEMORA PRESUMIDO. a) O termo inicial para a contagem

[135] No mesmo sentido: TRF3 AI 345.278, STJ REsp 963.697.

> do prazo prescricional em ação de improbidade administrativa é a da data do conhecimento do fato ímprobo. b) O prazo prescricional previsto no artigo 23, I, da Lei nº 8.429/32 aproveita ao particular quando este agiu em conluio com o agente público. c) A ação de ressarcimento ao erário é imprescritível (artigo 37, § 5º, CF. Precedentes STF e STJ). d) O sequestro e a indisponibilidade dos bens são medidas de cautela que visam assegurar a indenização aos cofres públicos, sendo necessária, para respaldá-las, a existência de fortes indícios de responsabilidade na prática de ato de improbidade que cause dano ao Erário que, no caso, estão presentes. e) Com relação ao "periculum in mora", entende o Superior Tribunal de Justiça que, em casos de indisponibilidade patrimonial por imputação de conduta ímproba lesiva ao erário, tal requisito é implícito ao comando normativo do artigo 7º, da Lei nº 8.429/92 (AgRg no Ag 1423420/BA. Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES. 1ª Turma. DJe 28.10.2011). f) Por outro lado, é de se considerar que o perigo na demora não provém somente da dilapidação dolosa do patrimônio por parte da Agravante, ou de eventuais práticas de atos simulados de transferências de propriedade, visando se furtar ao cumprimento de condenação eventualmente imposta. Estes atos, por si só, já seriam de difícil demonstração. Mas, deve-se também ter em mente que, mesmo sem dolo, o patrimônio da Agravante pode vir a ser empobrecido, tornando inócuo qualquer provimento final que determine o ressarcimento ao erário. (...) 2) AGRAVO DE INSTRUMENTO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJPR - 5ª C.Cível - AI - 796720-2 - Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - Rel.: Leonel Cunha - Por maioria - - J. 12.06.2012). (Grifou-se).

16. Em campo diverso da improbidade administrativa, mas que demonstra a aceitação da tese pelos tribunais, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n. 278, que estatui que "o termo inicial do prazo prescricional, na ação de indenização, é a data em que o segurado teve ciência inequívoca da incapacidade laboral".

17. O Tribunal Superior do Trabalho segue a mesma vereda e também encampa a *actio nata*, *in verbis*:

> PRESCRIÇÃO. ACIDENTE DE TRABALHO. DOENÇA OCUPACIONAL. DANOS MORAIS E MATERIAIS. O fato de as indenizações por dano patrimonial, moral, inclusive estético, serem efeitos conexos do contrato de trabalho (ao lado dos efeitos próprios deste contrato) atrai a submissão à regra do art. 7º, XXIX, da Carta Magna. Independentemente do Direito que rege as parcelas (no caso, Direito Civil), todas só existem porque derivadas do contrato empregatício, submetendo-se à mesma prescrição. Entretanto, em face da pletora de processos oriundos da Justiça Comum Estadual tratando deste mesmo tipo de lide, remetidos à Justiça do Trabalho, tornou-se patente a necessidade de estabelecimento de posição interpretativa para tais processos de transição, que respeitasse as situações anteriormente constituídas e, ao mesmo tempo, atenuasse o dramático impacto da transição. Assim, reputa-se necessária uma interpretação especial em relação às ações ajuizadas nesta fase de transição, sob pena de se produzirem injustiças inaceitáveis: a) nas lesões ocorridas até a data da publicação da EC nº 45/2004, em 31.12.2004, aplica-se a prescrição civilista, observado, inclusive, o critério de adequação de prazos fixado no art. 2.028 do CCB/2002. Ressalva do Relator que entende aplicável o prazo do art. 7º, XXIX, CF, caso mais favorável (caput do art. 7º, CF); b) nas lesões ocorridas após a EC nº 45/2004 (31.12.2004), aplica-se a regra geral trabalhista do art. 7º, XXIX, CF/88. Frise-se que a prescrição é instituto jurídico que solapa direitos assegurados na ordem jurídica, inclusive oriundos da Constituição, ao lhes suprimir a exigibilidade judicial. O seu caráter drástico e, às vezes, até mesmo injusto, não permite que sofra qualquer interpretação ampliativa. Desse modo, qualquer regra nova acerca da prescrição, que acentue sua lâmina mitigadora de direitos, deve ser interpretada com restrições. Em consequência, a regra prescricional mais gravosa só produzirá efeitos a partir do início de sua eficácia, não prejudicando, de modo algum, situações fático-jurídicas anteriores. Ademais, em se tratando de acidente de trabalho e doença ocupacional, pacificou a

jurisprudência que o termo inicial da prescrição (actio nata) dá-se da ciência inequívoca do trabalhador no tocante à extensão do dano (Súmula 278/STJ). Existem precedentes nesta Corte no sentido de que, se o obreiro se aposenta por invalidez, é daí que se inicia a contagem do prazo prescricional, pois somente esse fato possibilita a ele aferir a real dimensão do malefício sofrido. Por coerência com essa ideia, se acontecer o inverso e o empregado for considerado apto a retornar ao trabalho, será da ciência do restabelecimento total ou parcial da saúde que começará a correr o prazo prescricional. Na hipótese, o Regional consignou que o Reclamante sofreu o acidente em 17/5/1999, percebeu auxílio doença acidentário entre 2/6/1999 e 14/12/1999 e foi dispensado em 3/6/2003, quando ainda estavam presentes as sequelas oriundas do acidente. Tendo sido a ação ajuizada em 26/01/2005, não foi ultrapassado o prazo prescricional. Recurso de revista não conhecido, no aspecto. (TST – RR 139100-08.2005.5.09.0005 – Terceira Turma; julgado em 21/11/2012, Rel. Min. Maurício Godinho Delgado)

"RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI 11.496/2007. PRESCRIÇÃO DE NATUREZA TRABALHISTA. DANOS MORAL E MATERIAL DECORRENTES DE DOENÇA OCUPACIONAL. APOSENTADORIA POR INVALIDEZ EM 26/02/2002 E AJUIZAMENTO DA AÇÃO EM 26/02/2007. Discute-se o marco prescricional para pleitear direito à indenização por danos moral e material, decorrente de doença profissional, equiparada a acidente de trabalho, ocorrida antes da promulgação da Emenda Constitucional 45/2004... Sabe-se que o direito positivo pátrio alberga a teoria da actio nata para identificar o marco inicial da prescrição. Com efeito, a contagem somente tem início, em se tratando de acidente de trabalho e doença ocupacional a partir do momento em que o empregado tem ciência inequívoca da incapacidade laborativa ou do resultado gravoso para a saúde física e/ou mental, e não simplesmente do surgimento da doença ou de seu agravamento, nem mesmo do afastamento. É que não se poderia exigir da vítima o ajuizamento da ação quando ainda persistiam dúvidas acerca da doença e sua extensão, a possibilidade de restabelecimento ou de agravamento. Assim, o março inicial para a contagem do prazo prescricional é a aposentadoria por invalidez, pois, a partir daí, houve a confirmação da incapacidade laborativa. Logo, se a aposentadoria por invalidez ocorreu em 26/02/2002, o quinquídio se encerrou no exato dia do ajuizamento da ação, ou seja, em 26/02/2007, não se operando a prescrição, conforme entendimento adotado pela Turma de origem. Precedentes: E-ED-RR-52341-40.2006.5.18.0010; E-RR-29400-70.2006.5.04.0662. Recurso de embargos conhecido e não provido." (E-RR-16500-03.2007.5.13.0005, Rel. Min. Augusto César Leite de Carvalho, DEJT de 2/3/2012).
DANO MORAL. "LISTA NEGRA". PRAZO PRESCRICIONAL. TERMO INICIAL. Ao contrário do que aduz a parte, a egrégia Corte Regional aplicou ao caso a prescrição trabalhista, prevista no artigo 7º, XXXIX, da Constituição Federal, e não a prescrição civil, razão pela qual tal argumentação mostra-se inócua. Por outro lado, acerca do termo inicial do dano moral trabalhista, esta Corte pacificou entendimento de que a contagem do prazo prescricional se inicia com a data em que ocorreu o dano ou aquela em que o empregado teve ciência inequívoca da lesão. No presente caso, a egrégia Corte, com base na análise do suporte fático probatório produzido nos autos, em especial, na prova testemunhal, consignou que a reclamante somente tomou conhecimento da "existência da lista em outubro/2009, por comentários de terceiros, embora seu nome tenha sido inserido em 02.07.1996." Tal suporte fático, é imutável pelo que dispõe a Súmula nº 126. Assim, tendo a reclamação sido apresentada em 16.04.2010, não há falar em prescrição. (TST - RR-577-73.2010.5.09.0091 – Quinta Turma; julgado em 12/12/2012, Rel. Min. Caputo Bastos).

18. Mas não só nas searas de improbidade administrativa, indenizatória e laboral o Superior Tribunal de Justiça encampou a teoria da *actio nata*. Em diversos julgados proferidos contra a Fazenda Pública reconheceu-se o mencionado entendimento de início de cômputo do prazo prescricional, como são os seguintes:

> ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. PRAZO PRESCRICIONAL. PRAZO DE TRÊS ANOS. INAPLICABILIDADE DO ARTIGO 1º DO DECRETO N. 20.910/32. TERMO A QUO. CIÊNCIA DOS EFEITOS LESIVOS.1. O entendimento jurisprudencial do STJ pacificou-se no sentido de que se aplica o art. 206, § 3º, inc. V, do CC/02, nos casos em que se requer a condenação de entes públicos ao pagamento de indenização por danos materiais/morais.2. Conforme o princípio da actio nata, o prazo prescricional da ação visando à reparação de danos inicia no momento em que for constata a lesão e os seus efeitos. Precedentes: AgRg nos EDcl no REsp 1.074.446/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 13.10.2010; AgRg no Ag 1.098.461/SP, 4ª Turma, Rel. Min. Raul Araújo Filho, DJe 2.8.2010; AgRg no Ag 1.290.669/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe 29.6.2010; REsp 1.176.344/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 14.4.2010.3. Na hipótese dos autos, a pretensão do recorrido se encontra prescrita, pois, conforme asseverado na origem, o recorrido tomou conhecimento da extensão do dano sofrido em 10.10.2003 enquanto essa ação foi proposta tão-somente em 1.8.2007.4. Recurso especial provido. (STJ, T2 – Segunda Turma, REsp 1.213.662/AC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 07/12/2010, p. DJe 03/02/2011).

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. MOMENTO DA CONSTATAÇÃO DAS CONSEQUÊNCIAS LESIVAS DECORRENTES DO EVENTO DANOSO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. SÚMULA 83/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.1. Na hipótese dos autos, o recorrente sustenta a prescrição desta ação ao asseverar que o prazo prescricional deve ser contado a partir do momento do evento danoso, independentemente da ciência dos efeitos das lesões. 2**.** Segundo a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, o termo inicial do prazo prescricional das ações indenizatórias, em observância ao princípio da actio nata, é a data em que a lesão e os seus efeitos são constatados. Incidente, portanto, o óbice da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, T2 – Segunda Turma, REsp 1.248.981/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, j. 06/09/2012, p. DJe 14/09/2012).

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. APREENSÃO DE VEÍCULO REVERTIDA JUDICIALMENTE. DANOS EMERGENTES. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA. AÇÕES INDENIZATÓRIAS AJUIZADAS CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. PRAZO PRESCRICIONAL QÜINQÜENAL.1. O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas conseqüências, conforme o princípio da actio nata. Precedentes**.** 2. No caso em questão, não há falar em ocorrência da prescrição, pois o recorrido somente tomou ciência dos danos ocorridos no veículo com sua devolução. 3. Esta Corte, no julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido ao Rito dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que mesmo nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, se aplica o prazo prescricional qüinqüenal do art. 1º do Decreto 20.910/32. *4.* Recurso especial não provido. (STJ, T2 – Segunda Turma, REsp 1.257.387/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 05/09/2013, p. DJe 17/09/2013).

19. Ora, se em julgados proferidos contra a Fazenda Pública é admitida a *actio nata*, com muito maior razão ela deve ser encampada para a proteção do erário, por analogia *in bona partem*.

20. Também na seara ambiental e do direito do consumidor o Superior Tribunal de Justiça se firmou favoravelmente à *actio nata*. De molde, *verbis*:

> AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO CIVIL. CONSUMIDOR. RECURSO ESPECIAL. ART. 27 DO CDC. PRESCRIÇÃO. TERMO A QUO. PRINCÍPIO DA

> ACTIO NATA. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO ATO DANOSO. LAUDO TÉCNICO ATESTANDO O ATO ILÍCITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. "**O curso do prazo prescricional do direito de reclamar inicia-se somente quando o titular do direito subjetivo violado passa a conhecer o fato e a extensão de suas consequências, conforme o princípio da actio nata**" (REsp 1257387/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/09/2013, DJe 17/09/2013) 2. A prescrição do art. 27 do Código de Defesa do Consumidor é de 5 (cinco) anos, começando a fluir com a data da ciência inequívoca do ato danoso, que no caso ocorreu com a elaboração de laudo técnico atestando a ocorrência de cobrança de encargos abusivos. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido". (AgRg no REsp 1324764/PB, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 15/10/2015, DJe 20/10/2015). (negritos meus)

> "RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL E DIREITO AMBIENTAL. CONTAMINAÇÃO DO SOLO E DO LENÇOL FREÁTICO POR PRODUTOS QUÍMICOS UTILIZADOS EM TRATAMENTO DE MADEIRA DESTINADA À FABRICAÇÃO DE POSTES. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. PRESCRIÇÃO. TERMO INICIAL. SÚMULA Nº 7/STJ. NÃO CABIMENTO. CIÊNCIA INEQUÍVOCA. PRECEDENTES. 1. A demonstração do dissídio jurisprudencial pressupõe a ocorrência de similitude fática entre o acórdão atacado e o paradigma, o que não ocorreu no caso. 2. Inviável a incidência da Súmula nº 7/STJ a obstaculizar o conhecimento do recurso, visto que se trata, na espécie, tão somente de firmar posição sobre tese jurídica, isto é, qual o termo inicial para a contagem do prazo prescricional. Precedentes. 3. Não há como se presumir que, pelo simples fato de haver uma notificação pública da existência de um dano ecológico, a população tenha manifesto conhecimento de quais são os efeitos nocivos à saúde em decorrência da contaminação. 4. Na linha dos precedentes desta Corte Superior, o termo inicial do prazo prescricional para o ajuizamento de ação de indenização, por dano moral e material, conta-se da ciência inequívoca dos efeitos decorrentes do ato lesivo. 5. Recurso especial parcialmente conhecido e nesta parte não provido, para dar prosseguimento ao processo". (REsp 1346489/RS, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 11/06/2013, DJe 26/08/2013). (negritos meus)

21. Por fim, de se notar que a questão ganha ainda maior relevo diante da recente decisão do pleno do E. S.T.F. quanto ao prazo para as ações de reparação de dano ao erário (RE 852475), considerando imprescritível somente aquelas em que tenha havido dolo[136], cuja prova, em não raras vezes, é de caráter diabólico[137] ao Ministério Público, por ser inviável facticamente.

III. CONCLUSÃO

22. Portanto, em conclusão, pode-se asseverar que nas ações civis pela prática de ato de improbidade administrativa o prazo prescricional previsto no art. 23 da lei n. 8.429/92 somente passa a fluir para o Ministério Público a partir da sua inequívoca ciência do ato

[136] Cf.: http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=386249; acesso em 10.08.2018.

[137] "Em regra, o ônus da prova é de quem alega um fato ou apresenta documento no processo. O cenário é transmutado ao se deparar com a prova diabólica, a qual coloca a parte numa situação desigual, em desvantagem na produção da credibilidade da prova, uma vez que o fato ou documento posto em questão no processo é difícil ou impossível de se provar, por várias razões, que se diferencia no caso concreto." (ANDRADE, Camila. *O que se entende por prova diabólica*? Disponível em: https://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/2141336/o-que-se-entende-por-prova-diabolica-camila-andrade; acesso em 10.08.2018).

improbo, sendo irrelevante que o ato de improbidade seja de prévio conhecimento de outras pessoas, físicas ou jurídicas, tanto por aplicação do Código Civil, como da Súmula n. 278 do E. S.T.J. (por analogia), assim como da Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/13), conforme já reconhecido pelo E. S.T.J. e outros tribunais pátrios por inúmeras vezes.

IV. PROPOSTA DE ENUNCIADO

23. Em virtude do exposto, propõe-se o seguinte enunciado: **NAS AÇÕES CIVIS PELA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA, O PRAZO PRESCRICIONAL PREVISTO NO ART. 23 DA LEI N. 8.429/92 SOMENTE PASSA A FLUIR PARA O MINISTÉRIO PÚBLICO A PARTIR DA SUA INEQUÍVOCA CIÊNCIA DO ATO IMPROBO, SENDO IRRELEVANTE QUE O ATO DE IMPROBIDADE SEJA DE PRÉVIO CONHECIMENTO DE OUTRAS PESSOAS, FÍSICAS OU JURÍDICAS.**[138]

[138] "O termo inicial do prazo prescricional da ação de improbidade é contado da *ciência inequívoca*, pelo titular da referida demanda, da ocorrência do ato ímprobo, sendo desinfluente o fato de o ato de improbidade ser de *notório conhecimento* de outras pessoas que não aquelas que detém a legitimidade ativa para a causa, uma vez que a prescrição presume inação daquele que tenha interesse de agir e legitimidade para tanto" (REsp 999.324; Rel. Min. Luiz Fux, 26.10.2010).

FUNDAMENTOS E DIRETRIZES PARA A DESTINAÇÃO ALTERNATIVA DE VERBAS PECUNIÁRIAS (*CY-PRÈS*) EM TERMOS DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA CELEBRADOS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

AUTOR E RESPONSÁVEL PELA DEFESA DA TESE: ROGÉRIO RUDINIKI NETO
INSTITUIÇÃO: MPPR
EMAIL PARA CONTATO: rrneto@mppr.mp.br
(TEL: 041 99647-7339)

Síntese dogmática: busca-se expor fundamentos e diretrizes para a aplicação de formas alternativas de destinação de verbas pecuniárias decorrentes de indenizações e multas provenientes de termos de ajustamento de condutas. Para isso, primeiramente, busca-se subsídios na doutrina do *cy-près* da *common la;* em um segundo momento, aborda-se a questão da necessidade de fundamentação e de observância da prestação de contas.

1. A doutrina do *cy-près* nos sistemas da *common law*

1.1. A doutrina do *cy-près* aplicada *trusts* de caridade

O termo *cy-près*[139] deriva da expressão francesa *cy pres comme possible* – que significa "o mais próximo possível".[140]

Nas jurisdições da família da *common law,* tradicionalmente a doutrina do *cy-près* trata de casos envolvendo *trusts*, em que a intenção original de um doador ou testador

[139] Sobre o termo, ensina Fernanda Lissa Fujiwara Homma: "A *cy pres* possui não apenas diferentes formas de grafia, mas também, geralmente, vem acompanhada de diferentes termos em sua designação; Expressão com origem no francês normando, justifica-se constantemente ser escrita como '*cy près'* , ou mesmo com a utilização do hífen '*cy-prés*', mas como ampla utilização em países de língua inglesa, como Estados Unidos, Inglaterra e Canadá, também é escrita simplesmente como '*cy pres*'. Os doutrinadores, ao buscar delinear sua natureza jurídica, a denominam *'cy pres doctine*' ou mesmo '*cy pres relief*'. Ainda que todos os termos remetam ao mesmo instituto, em essência, o que parece diferenciá-los é que o '*cy pres doctrine*' geralmente se refere à sua utilização mais ampla, relacionada tanto à sua origem no direito dos *trusts*, como sua aplicação posterior nas *class actions*. Já os termos '*cy pres relief*' e '*cy pres recovery*' parecem se remeter mais constantemente à sua utilização nas *class actions*, como válvula de escape, meio de recuperação para efetivar a reparação." (HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery*, a *cy pres* e os fundos. Curitiba, 2017, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná, p.51.)"

[140] REDISH, Martin H.; JULIAN, Peter; ZYONTZ, Samantha. Cy pres relief and the pathologies of the modern class action: a normative and empirical analysis. *Florida Law Review*. n. 62. Gainesville: University of Florida, 2010, p. 624

não pode ser concretizada, por impossibilidade/impraticabilidade fática ou jurídica. Nesses casos, pelo *cy-près*, a autoridade judicial busca conferir ao capital afetado uma finalidade o mais próximo possível (*as nerly as possible*) àquela escolhida pelo instituidor.[141] Esta doutrina se aplica apenas nos casos em que a finalidade originalmente elencada pelo instituidor destina-se exclusivamente à caridade.[142] Por exemplo, em um testamento que destina fundos a um colégio para órfãos em Chicago, mas na cidade não há nenhuma instituição de ensino específica para esse público, tais verbas foram revertidas à escola de órfãos de Cicero, também no estado de Illinois e que dista apenas 13 quilômetros de Chicago – nesse caso foi obtida a finalidade altruísta o mais próximo possível da intenção do instituidor.[143]

1.2. A doutrina do *cy-près aplicada* nas *class actions*

Em sua acepção original, o *cy-près* jamais foi concebido como um mecanismo a reger a destinação de indenizações decorrentes de processos judiciais litigiosos. No entanto, há algumas décadas – por força de construções jurisprudenciais e trabalhos acadêmicos – essa doutrina, sem que houvesse uma alteração legislativa, passou também a ter aplicação no âmbito das *class actions* (ações coletivas da *common law*), nas situações em que em um julgamento ou acordo obtido contra determinado requerido em uma ação coletiva é impossível ou inadequado que a indenização fixada seja revertida aos membros da classe lesada (indivíduos representados em juízo). Nesses casos, com a chancela da corte, admite-se que os valores sejam revertidos a uma finalidade "o mais próximo possível" do fato gerador do prejuízo, proporcionando um "benefício indireto" aos sujeitos afetados pelo evento.

O exemplo mais elucidativo da inviabilidade de se recompor os específicos prejuízos sofridos pelos indivíduos integrantes do grupo representado em juízo é encontrado em danos de pequena monta em eventos que atingem centenas, ou mesmo milhares de sujeitos – *v.g.*, um aumento indevido de alguns centavos em tarifas do transporte público. Ainda que possivelmente ninguém tenha interesse em pleitear o ressarcimento de valores extramente módicos (considerando a logística e o desgaste que isso exige), do ponto de vista global, a soma dos valores auferidos indevidamente pelo responsável pela prática irregular pode ser

---

141 MULHERON, Rachel P. *The modern cy-prés doctine: applications and implications*. Routledge: Londres, 2016, p. 1.

142 MULHERON, Rachel P. *The modern cy-prés doctine: applications and implications*. Routledge: Londres, 2016, p. 54.

143 REDISH, Martin H.; JULIAN, Peter; ZYONTZ, Samantha. Cy pres relief and the pathologies of the modern class action: a normative and empirical analysis. *Florida Law Review*. n. 62. Gainesville: University of Florida, 2010, p. 625.

significativa, sendo certo que a condenação à devolução dos valores (ainda que mediante destinação à finalidade que promova um benefício indireto dos sujeitos prejudicados) tem caráter pedagógico e coíbe o enriquecimento ilícito.

Em síntese, nas ações coletivas, o desiderato precípuo do *cy-près* é conferir destinação a valores que não foram ou não poderão ser reclamados por seus titulares (*unclaimed funds*), preservando a finalidade da demanda judicial, os interesses dos membros da classe e daqueles que estão em situação similar. [144]

A doutrina do *cy-près* também pode ser aplicada nos acordos feitos em conflitos coletivos.[145]

Veja-se o caso *Block v. McDonald´s Corp.*: a companhia McDonald´s foi acionada em ação coletiva por ter utilizado sebo de carne ou extrato de carne em pó na preparação de batatas fritas e batatas *hash-brown*, apesar de ter divulgado que esses alimentos seriam cozinhados apenas com óleo vegetal. A rede de *fast-food*, em acordo em que foi aplicado o *cy-près*, aceitou pagar a quantia de 10 milhões de dólares a diversas organizações vegetarianas e de nutrição, promovendo um benefício "indireto" aos indivíduos vegetarianos e afins que consumiram batatas da lanchonete acreditando que não havia competentes de carne nesses alimentos.

2. Aplicação da técnica do *cy-près* nos termos de ajustamento de conduta

2.1. Termo de ajustamento de conduta e negociação (considerações indiciais)[146]

O termo de ajustamento de conduta, também chamado de compromisso de ajustamento de conduta (TAC), é um importante instrumento de atuação na tutela coletiva, especialmente na seara extrajudicial. Por meio desse ajuste, o órgão público legitimado pode tomar dos interessados o compromisso de que, mediante cominações, ajustem suas condutas às exigências legais (cumprindo obrigações de fazer, não fazer, dar etc.).

A principal previsão legal acerca do termo de ajustamento de conduta é o art. 5, § 6°, da Lei da Ação Civil Pública (inserido pelo Código de Defesa do Consumidor), no entanto, não é o único diploma a prever o TAC. É importante lembrar que este instrumento também é previsto, entre outros, no Estatuto da Criança e do Adolescente (art. 211).

---

[144] MULHERON, Rachel P. *The modern cy-prés doctine: applications and implications*. Routledge: Londres, 2016, p. 215-216.

[145] DANTAS, Bruno. *Princípios do direito: processo agregado*. São Paulo: RT, 2016, p. 277.

[146] É possível sustentar no Brasil a possibilidade de aplicação, de *lege lata*, de técnicas de distribuição de recursos similares ao *cy-près* em condenações judiciais nas ações do microssistema brasileiro de tutela coletiva; no entanto, este trabalho, inclusive pela limitação do número de páginas, está restrito à atuação do Ministério Público nos compromissos de ajustamento de conduta.

O termo de ajustamento de conduta tem natureza de título executivo extrajudicial, salvo quando for celebrado no bojo de uma demanda coletiva já judicializada, quando, evidentemente, será título executivo judicial. O TAC pode ser tomado por todos os órgãos públicos que possuem legitimidade ativa na tutela coletiva. Por meio desse instrumento, o legitimado público toma do interessado o compromisso de adequar sua conduta às exigências legais (mediante obrigações de fazer, não fazer, dar etc.). No compromisso deve ser fixada multa a incidir em caso de seu descumprimento.

No âmbito infralegal, no plano nacional, este instrumento passou a ser regulamentado pela Resolução n. 179 do Conselho Superior do Ministério Público (CNMP), que, como será abordado em seguida, trouxe uma modalidade de distribuição de indenizações e multas nos moldes do *cy-près* norte-americano;

Ainda sobre o compromisso de ajustamento de conduta, adotamos aqui a posição que lhe confere a natureza de acordo. De fato, em se tratando de interesses coletivos não pode o legitimado extraordinário deles dispor. Porém, como pontua Fernando Reverendo Vidal Akaoui, mesmo que não existam concessões mútuas neste ajustamento, nem por isso não se está diante de um acordo, uma vez que o litígio é pacificado de maneira autocompositiva.147

Quando se está diante de uma negociação com vistas à celebração de um compromisso de ajustamento de conduta, o agente público que está ocupando o papel de negociador, almejando que o interessado adeque sua conduta, sob certo prisma de análise, tem a seu favor o poder de autoridade, o que, muitas vezes, facilita com que o compromissário se sujeite aos termos propostos. No entanto, como visto, em uma negociação nunca se obtém tudo aquilo que se deseja – então, como essa circunstância pode ser compatibilizada com a indisponibilidade de interesses coletivos? Ora, entende-se que nestes casos a margem negociação será menor do que o verificado em litígios sobre interesses privados, não podendo haver disposição do direito; porém, é plenamente possível a composição consensual acerca do modo pelo qual os direitos indisponíveis serão efetivados (prazo, modo, lugar, definição de elementos não previstos em lei, especificação de conceitos jurídicos indeterminados etc).148

2.2. Destinação tradicional de verbas pecuniárias decorrentes de termos de ajustamento de conduta

De um termo de ajustamento de conduta podem decorrer obrigações de pagamento de quantia com as seguintes naturezas: (i) indenização decorrente da conversão da

147 AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 83.

148 GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: teoria e prática*. 2.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015, p. 359.

obrigação de fazer/não fazer em obrigação de pagar pecúnia, pela superveniente impossibilidade de consecução daquela; (ii) indenização decorrente de danos extrapatrimoniais, via de regra danos morais coletivos; (iii) multas administrativas; (iv) multa coercitiva (*astreinte*), fixada no ajuste como forma de coerção indireta para induzir o cumprimento das obrigações assumidas.

Não há na legislação de regência previsão específica sobre a destinação desses valores. Em uma perspectiva tradicial, aplicam-se ao compromisso de ajustamento de conduta as previsões da Lei da Ação Civil Pública e do Código de Defesa do Consumidor acerca do destino dos valores decorrentes de condenações judiciais em processos coletivos.149

Pelo art. 13 da LACP, a condenação em dinheiro será destinada a fundo vocacionado à recomposição dos bens lesados.

Já pelo art. 100 do CDC, em se tratando de condenação em ação coletiva que diga respeito à tutela de direitos individuais e homogêneos, quando não houver a habilitação suficiente de interessados para promover as respectivas liquidações/execuções individuais, os valores em questão serão destinados ao fundo mencionado pela lei que rege a ação civil pública.

A opção legislativa brasileira de destinação de verbas pecuniárias provenientes de condenações em processos coletivos para fundos foi vulgarmente batizada de *fluid recovery.* No entanto, os contornos do modelo brasileiro pouco se assemelham àquele da "reparação fluída" do direito norte-americano. No modelo dos Estados Unidos, o Poder Judiciário – no caso concreto – determina como se dará aplicação dos valores, podendo, desta forma, alocar os recursos em finalidade que guarde maior correspondência com a situação que ensejou o dano coletivo (registe-se que a doutrina da *common law* utiliza o termo *fluid recovery* para fazer menção à uma específica modalidade de *cy-près*, não havendo espaço para aprofundar o tema neste estudo).150

2.3. Insuficiência do modelo brasileiro dos fundos de direitos difusos e a pática do Ministério Público do Trabalho

O modelo brasileiro dos fundos falha na medida em que os valores obtidos em uma sentença proferida em ação coletiva, ou mesmo em um acordo celebrado em um conflito

149 Registre-se que o Superior Tribunal de Justiça já declarou a nulidade de obrigação assumida em TAC consistente na doação de bem móvel (computador) a órgão público (STJ, 1. T, REsp n. 802060/RS, rel. Min. Luiz Fux, j. 17.12.2009).

150 Para uma análise completa da questão, consultar: MULHERON, Rachel P. *The modern cy-prés doctine: applications and implications*. Routledge: Londres, 2016, p. 216/217.

coletivo, não são destinados a finalidades que guardem correspondência com o específico direito coletivo ou individual de massa lesado. É possível que verbas decorrentes de indenização por dano ambiental sejam destinadas a projetos relativos ao tema do direito do consumidor. Sob outro prisma, mesmo que os valores sejam revertidos a uma matéria que guarde correspondência com o fato gerador da indenização (por exemplo, quando o dinheiro decorrente de uma condenação por danos morais coletivos provenientes de dano ambiental é destinado a um projeto que contemple campanhas de preservação ambiental), igualmente não se terá uma adequada correspondência entre a origem dos fundos e sua aplicação – ora, imagine-se que é perfeitamente possível que as verbas que têm como origem condenação em ação civil pública ambiental por danos ocorridos no pequeno Município de Santa Izabel do Oeste/PR sejam utilizadas para a promoção de eventos de conscientização ecológica realizados apenas em algumas capitais brasileiras.[151]

O modelo brasileiro distancia-se em muito do dogma do "mais próximo do possível" valorizado pela jurisprudência e doutrina norte-americanas. Em verdade, o sistema previso na Lei da Ação Civil Pública e no Código de Defesa do Consumidor malfere o próprio princípio da reparação integral (valor que norteia a responsabilidade civil), especialmente em sua faceta "compensatória", na medida em que se perde a relação de equivalência entre a destinação da indenização e os danos sofridos pelos lesados.[152]

A corroborar com a insuficiência do modelo brasileiro de "reparação fluida", registre-se ter sido apurado que a União vinha, desde 2011, realizando o contingenciamento de valores alocados no Fundo de Direitos Difusos como forma de promoção artificial do superávit primário. Menos de 3% por cento dos valores destinados ao fundo vinham sendo incluídos no orçamento federal (somente quando é feita essa inclusão as verbas são destinadas a iniciativas para a promoção de interesses difusos e coletivos). Essa prática de "contabilidade criativa" foi objeto de recente contestação pelo Ministério Público Federal em ação civil pública, em que se obteve liminar para que a União realizasse a inclusão integral dos recursos alocados no FDD no orçamento de 2019.153 Destarte, malgrado a concessão da liminar e a correção provisória do problema, a própria existência situação em si já é mais um elemento a

[151] O problema da falta de correlação entre o fato gerador do dano e aplicação das verbas é menor quando o dinheiro é encaminhado a fundos municipais, uma vez que estará assegurada a aplicação dos valores da localidade afetada. No entanto, nem sempre existirá um fundo adequado, além de que, muitas vezes, poderão existir problemas em sua gestão, indicando a inadequação desta alternativa.

[152] Sobre o princípio da "reparação integral" e suas funções, ver os ensinamentos de Paulo de Tarso Vieira Sanseverino (SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010).

[153] Trata-se da ação civil pública autuada sob o n. 5008138-68.2017.4.03.6015, atualmente em trâmite na 6. Vara Federal de Campinas.

demonstrar a insuficiência do modelo brasileiro de destinação de indenizações coletivas, o qual, além de tudo, está sujeito a ser alvo de manobras fiscais por parte do Poder Executivo.

Retornando ao âmbito da tutela coletiva trabalhista, o problema anteriormente relatado atinente à falta de correlação entre o fato gerador da indenização revertida ao FDD e sua destinação chega a ser ululante. Talvez o Ministério Público do Trabalho seja a instituição, entre as várias que formam o Ministério Público, com maior protagonismo na tutela coletiva, tanto no âmbito judicial como no extrajudicial. De fato, em uma primeira análise, menos sofisticada, a atuação extrajudicial deste órgão também estaria condicionada pelo art. 13 da Lei da Ação Civil Pública, de modo que os recursos obtidos pelo MPT em termos de ajustamento de conduta e condenações judiciais deveriam ser direcionados ao Fundo de Direitos Difusos (FDD).

Ocorre que a lei de regência do FDD (a Lei n. 9.008/95), ao elencar os interesses que podem ser contemplados por recursos existentes neste fundo, sequer menciona expressamente os de natureza trabalhista (art. 1., §1.). Doravante, com vistas à obtenção da necessária correlação entre o fato gerador da indenização/multa obtida e sua destinação, o *Parquet* trabalhista, em um primeiro momento, passou a reverter as verbas advindas dos termos de ajuste celebrados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).154

Nada obstante, observa-se que o FAT também não tem o objetivo específico de promover a recomposição de danos causados a direitos juslaborais, pois, conforme prevê o art. 10 da Lei 7.998/1990, esse fundo contábil, de natureza financeira, vinculado ao Ministério do Trabalho e Emprego, é destinado ao custeio do Programa do Seguro-Desemprego, ao pagamento do abono salarial e ao financiamento de programas de educação profissional e tecnológica e de desenvolvimento econômico.

Ato contínuo, de forma pioneira, no âmbito da Procuradoria Regional do Trabalho da 10. Região, com atribuição para atuar no Distrito Federal e no Tocantins, passou-se a convencionar nos compromissos de ajustamento de conduta a destinação alternativa de recursos, revertendo-os a instituições de interesse público e social155, prática que se disseminou na atuação do MPT em âmbito nacional.

Essa prática vanguardista pode ser vista como o embrião da doutrina do *cy-près* em solo brasileiro, tendo sido recentemente prevista em resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, como se verá no tópico subsequente.

---

154 TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*. n. 7. Londrina: UEL, 2012, p. 152-153.

155 TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. *Boletim Científico ESMPU*. n. 44. Brasília: ESMPU, 2015, p. 74.

2.4. Resolução 179 do CNMP e discussões no âmbito do MPPR

Como já visto, o emprego de técnicas similares ao *cy-près* no âmbito dos termos de ajustamento de conduta no Brasil tem origem na atuação do Ministério Público do Trabalho, que passou a reverter indenizações e multas decorrentes de compromissos de ajustamento de conduta para projetos/instituições de interesse público e social.

Em âmbito nacional, essa forma de destinação de recurso foi chancelada pelo Conselho Nacional do Ministério Público, que, ao regulamentar a disciplina dos termos de ajustamento de conduta, trouxe as seguintes disposições:

> Art. 5º As indenizações pecuniárias referentes a danos a direitos ou interesses difusos e coletivos, quando não for possível a reconstituição específica do bem lesado, e as liquidações de multas deverão ser destinadas a fundos federais, estaduais e municipais que tenham o mesmo escopo do fundo previsto no art. 13 da Lei nº 7.347/1985.
> § 1º Nas hipóteses do caput, também é admissível a destinação dos referidos recursos a projetos de prevenção ou reparação de danos de bens jurídicos da mesma natureza, ao apoio a entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção aos direitos ou interesses difusos, a depósito em contas judiciais ou, ainda, poderão receber destinação específica que tenha a mesma finalidade dos fundos previstos em lei ou esteja em conformidade com a natureza e a dimensão do dano.
> § 2º Os valores referentes às medidas compensatórias decorrentes de danos irreversíveis aos direitos ou interesses difusos deverão ser, preferencialmente, revertidos em proveito da região ou pessoas impactadas.

Esse dispositivo consolida no âmbito da atuação extrajudicial do Ministério Público brasileiro técnica similar ao *cy-près* das *class actions*. Note-se que o *caput* fala em indenizações e multas, abarcando todos os tipos de verbas pecuniárias que podem ter como fato gerador um TAC. Como fica claro do dispositivo, a destinação primária dessas verbas deve ser a reconstituição específica do bem lesado, consagrando a primazia da "tutela específica".

Do ponto de vista da legalidade, não se vislumbra a existência de vício neste dispositivo regulamentar, especialmente quando se considera, em uma interpretação estrita, que o art. 13 da LACP somente regula a destinação de valores decorrentes de condenações judiciais, não versando sobre verbas decorrentes de termos de ajustamento. Ainda que no TAC se possa aplicar a regra da destinação de verbas pecuniárias aos fundos de defesa de interesses transindividuais, inexiste tal obrigatoriedade.

Já os dois parágrafos do artigo transcrito devem ser lidos conjuntamente e aplicados especialmente nos casos em que, por diversas e fundadas razões (como a

inviabilidade fática, perda do objeto, dispersão e desconhecimento da identidade indivíduos lesados, ausência de custo benefício do ponto de vista da economicidade para que os valores sejam entregues aos sujeitos lesados em casos de danos individuais de pequena monta etc.) não se mostra possível ou adequada a destinação das verbas pecuniárias à "reconstituição específica do bem lesado".

Nesses casos, o §1º permite a destinação dos valores a projetos de prevenção ou reparação de danos a bens jurídicos da mesma natureza daquele cuja lesão motivou a celebração do TAC, ao apoio de entidades cuja finalidade institucional inclua a proteção a direitos coletivos, ou ainda o depósito em contas judiciais que poderão receber destinação similar àquela dos fundos mencionados na Lei da Ação Civil Público.

Quanto ao §2º, percebe-se que ele traz claramente o dogma do "mais próximo do possível" inerente ao *cy-près* da *common law*. Pelo comando em análise, as verbas provenientes do ajustes devem ser, preferencialmente, revertidas em proveito das pessoas e região impactadas pelo dano que ensejou a atuação do Ministério Público. Observa-se, portanto, que a resolução do CNMP busca garantir – nesses casos – o "benefício indireto" do grupo lesado. Ora, trata-se norma de central importância, uma vez que, mesmo com a impossibilidade/inadequação da destinação direta dos valores pecuniários decorrentes do ajuste à específica recomposição do bem lesado, resguarda-se a função "compensatória" da responsabilidade civil ao passo que não se perde a relação de equivalência (neste caso, indireta) entre o destino da indenização/multa e o local em que ocorreu o dano e os sujeitos por ele afetados.

2.5. Necessidade de fundamentação da destinação alternativa de recursos pelo Ministério Público e prestação de contas

A aplicação do *cy-près* (destinação alternativa de recursos) no âmbito dos termos de ajustamento de conduta ainda merece maiores cuidados além daqueles já previstos na estudada Resolução 179 do CNMP.

De fato, ao prever a preferência da destinação das verbas à finalidades que se relacionem com os sujeitos lesados e com a região onde ocorreu o dano, busca-se evitar situações das quais se teve notícia na prática, como a destinação, sem maiores cuidados, de indenizações e multas oriundas do TAC para a igreja da comunidade ou para a associação de cadetes do exército da cidade. Ainda que essas instituições realizem projetos sociais com os valores que lhes são remetidos, possivelmente nestes casos não haverá o benefício indireto do grupo afetado pelo dano, mormente diante da ausência de relação entre a finalidade em que

são aplicadas as verbas e o fato gerador destas. Além do mais, há o risco de que essas instituições beneficiadas sejam escolhidas apenas com base na discricionariedade subjetiva do agente ministerial que oficia no feito. Essa crítica também é feita por Izabel Cristina de Almeida Teles156:

> Observa-se, ainda, nas destinações feitas pelo Ministério Público às instituições de interesse social, que não há muita preocupação quanto a se a finalidade da instituição possui similitude com o objeto do TAC ou da ACP. Veem-se muitas destinações para hospitais, creches, entre outros, em que, decerto, a sociedade será beneficiada, mas não haverá a reconstituição do bem lesado.

Outrossim, diferente dos acordos agregados do direito norte-americano, que necessariamente devem ser chancelados pela corte em etapas escalonadas, não há controle judicial do conteúdo do TAC, ressalvadas as episódicas hipóteses em que tal ajuste é firmado no bojo de uma demanda já judicializada.

Logo, questiona-se, como é possível assegurar o cumprimento do §2º do art. 5 da Resolução 179 do Conselho Nacional do Ministério Público?

A resposta pode ser buscada nos valores e normas consagradas pelo CPC/15, especialmente no art. 489, §1.º, que, em seus respectivos incisos, contém uma verdadeira teoria da decisão judicial.

Como destaca Clayton Maranhão, o dever de fundamentação é inerente ao Estado Democrático de Direito, onde o círculo de liberdade-discricionariedade do magistrado é reduzido, especialmente pelo dever de prestação de contas aos cidadãos em geral ("controle externo por *quivis de populo*"). O autor ressalta que o CPC/73, ao tratar dos "requisitos da sentença", preocupava-se apenas com aspectos formais, o que fazia algum sentido à época, pois a Constituição Federal então vigente não trazia a garantia da motivação das decisões.157

A incidência desse dever de fundamentação que é corolário do dever de *accountability* conferido àqueles que tomam decisões em questões de interesse público em um Estado Democrático de Direito. Como ensina Hermes Zaneti Jr., o Ministério Público não é um órgão que atua em prol da consecução do interesse público secundário do Estado; em verdade, trata-se instituição constitucionalmente vocacionada à tutela do interesse público primário, oficiando de forma independente e especializada em prol dos direitos fundamentais.158 Nesses termos, torna-se evidente que o dever de fundamentação trazido no

---

156 TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. *Boletim Científico ESMPU*. n. 44. Brasília: ESMPU, 2015, p. 92.

157 MARANHÃO, Clayton. Sentença. In. CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. (coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 762-769.

158 ZANETI JR., Hermes. Ministério Público na intervenção protetiva dos direitos fundamentais e a "disponibilidade motivada": para além dos pareceres. In: CHAVES, Cristiano de Ferias; MOREIRA ALVES,

art. 489, §1.º, do CPC/15 aplica-se às deliberações do Ministério Público, que deve, de forma minudente e embasada, expor as razões para a adoção de determinada medida.

Logo, trazendo essa linha de raciocínio ao tema do presente estudo, por força da incidência do art. 489, §1.º, do CPC/15 e dos princípios constitucionais que fundamentam essa disposição, o Ministério Público, ao celebrar um termo de ajustamento de conduta, deve motivar exaustivamente a destinação de valores pecuniários decorrentes de multas e indenizações, o que garantirá a observância do §2º do art. 5. da Resolução 179 do CNMP. Esses cuidados também buscam resguardar a representatividade adequada do Ministério Público quando atua em nome próprio defendendo interesses alheios.

Assim, recomenda-se que a mencionada fundamentação siga o seguinte *inter:* a) é possível que as verbas pecuniárias decorrentes do acordo sejam destinadas diretamente à específica recomposição do bem lesado?; b) há fatores que geram a impossibilidade/inadequação fática ou jurídica da recomposição específica, tais como a perda do objeto, dispersão e desconhecimento da identidade dos indivíduos lesados, ausência de custo benefício do ponto de vista da economicidade para que os valores sejam entregues aos sujeitos lesados em casos de danos individuais de pequena monta?; c) caso a pergunta anterior tenha sido respondida afirmativamente, existe a possibilidade de destinação dos valores à iniciativa, projeto ou instituição que possa promover o "benefício indireto" da localidade e sujeitos lesados pelo evento danoso? d) caso a resposta ao item anterior seja negativa, qual é a destinação que pode favorecer a proteção/promoção de interesses transindividuais similares àquele cuja violação constitui o fato gerador da indenização/multa fixada no ajuste?

Outro fator adicional que deve ser considerado quando se destina verbas decorrentes de um TAC de forma alternativa é a prestação de contas. Quando os valores decorrentes de um compromisso de ajustamento de conduta são revertidos a fundo legalmente previsto está assegurada a prestação de contas ao Tribunal de Contas; no entanto, essa prestação de contas não existe em relação às entidades privadas. Essa situação, em um primeiro momento, fez com que o Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná rechaçasse a homologação de compromissos em que as verbas decorrentes de multas incidentes não fossem revertidas a entes públicos ou aos fundos.159

Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (coords.). *Temas atuais do Ministério Público*. 6. ed. Salvador: Jus Podivum, 2016, p. 413.

159 É importante ressaltar que, no âmbito do MPPR, diferente do que ocorre em vários outros ramos do Ministério Público ao longo do Brasil, só estão sujeitos à prévia homologação do Conselho Superior para que surtam efeitos os TACs celebrados em relação a atos de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo (Resolução 01/2017 do CSMPPR), inclusive, em decorrência disso, todos julgamentos do CSMPPR citados nesse trabalho ocorreram nesses casos.

No final de 2018, o CSMPPR não homologou o TAC celebrado pela Promotoria de Justiça de Iretama nos autos de inquérito civil n. 0068.17.000140-5. O colegiado entendeu que a multa necessariamente deveria ser destinada a um fundo público sujeito à fiscalização de contas. No caso em análise, apurou-se que certo servidor da Secretaria de Assistência Social do Município teria feito uso indevido da sede do órgão para o exercício de advocacia. Trata-se de ato de improbidade administrativa de menor potencial ofensivo, (que hoje, nos termos das resoluções n. 179 do CNMP e 01/2017 do Conselho Superior do MPPR, atendidas certas condições, permite a celebração de compromisso de ajustamento de conduta). Na situação, para além do pagamento de multa no valor de dez mil reais revertidas ao Município, acordou-se que o compromissário também pagaria indenização na cifra de quinze mil reais a título de danos morais coletivos para a entidade denominada "Lar dos Velinhos São Vicente de Iretama". De fato, malgrado as discussões em relação à prestação de contas, pode-se afirmar que a destinação da indenização tinha o condão de promover o "benefício indireto" do grupo lesado, uma vez que uma das funções primordiais da assistência social (serviço lesado pela ação do agente improbo no caso em tesa) é atender idosos em situação de risco.

No entanto, logo em seguida esse entendimento do CSMPR foi revisto a partir das seguintes premissas: a) o Promotor de Justiça da Comarca conhece a comunidade e é o ator com maiores condições de saber qual é a melhor destinação a ser dada a uma multa/indenização proveniente de um TAC; b) a prestação de contas da aplicação dos recursos poderá ser feita ao próprio agente ministerial responsável, que fará o acompanhamento no próprio procedimento extrajudicial.

Doravante, assegurada a devida prestação de contas, no âmbito do MPPR, entre outras, recentemente já foram admitidas em sede de compromisso de ajustamento de conduta a destinação de verbas pecuniárias às seguintes intuições: i) Escola Municipal Salim do Carmo (IC n. 0006.18.000042-1, oriundo da 2. Promotoria de Justiça de Antonina); ii) Lar Sagrada Família (IC n. 0007.18.001013-9, oriundo da 4. Promotoria de Justiça de Apucarana; iii) APAE (IC n. 0084.16.000187-5, oriundo da Promotoria de Justiça de Manoel Ribas; iv) Observatório Social de Palmas (IC n. 0097.18.000698-9, oriundo da 2. Promotoria de Justiça de Palmas); v) Asilo São Vicente de Paulo (IC n. 0110.18.000183-3, oriundo da Promotoria de Justiça de Piraí do Sul).

Com base na experiência paranaense, concluímos essa tese estabelecendo como requisito derradeiro para a admissão da utilização em TACs de formas de distribuição de recursos similares ao *cy-près* a prestação de contas da aplicação das verbas ao legitimado coletivo de natureza pública que tomou o compromisso, podendo ser realizada no próprio procedimento que houve a celebração do ajuste.

Por fim, cumpre ressaltar que nos Ministérios Públicos em que a eficácia de todos termos de ajustamento de conduta celebrados necessariamente depende da homologação pelo Conselho Superior ou respectiva Câmara de Coordenação e revisão, haverá maior possibilidade de controle acerca da aplicação das diretrizes ora propostas.160

3. Conclusão

No âmbito da tutela coletiva de direitos brasileira, a reversão de valores decorrentes de multas e indenizações aos fundos legalmente previstos, por razões multifatoriais, não promove benefício aos específicos sujeitos e localidades afetadas pelo dano. No âmbito do direito comparado, a experiência dos sistemas jurídicos da *common law* indica a existência de formas mais eficientes de alocação de valores decorrentes de condenações ou acordos feitos em litígios coletivos, notoriamente o *cy-près* em sua modalidade "distribuição organizacional" (que permite a reversão dessas verbas em proveito – ainda que indireto – dos sujeitos de direito e bens jurídicos lesados). Entende-se que no Brasil, de *lege lata*, há substrato normativo para que para a destinação alternativa de recursos seja feita tanto na tutela extrajudicial, conquanto observadas algumas cautelas, como o dever de fundamentação e a prestação de contas.

4. Proposta de enunciado

Ao promover a destinação alternativa de verbas pecuniárias no termo de ajustamento de conduta, o membro do Ministério Público deve, de forma fundamentada, priorizar projetos e instituições situados no local do dano e que possam promover benefícios indiretos ao bem jurídico violado e aos sujeitos lesados, zelando pela prestação de contas da aplicação dos recursos transferidos.

5. Referências bibliográficas

AKAOUI, Fernando Reverendo Vidal. *Compromisso de ajustamento de conduta ambiental*. 5. ed. São Paulo: RT, 2015.

DANTAS, Bruno. *Princípios do direito: processo agregado*. São Paulo: RT, 2016.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do Procurador da República: teoria e prática*. 2.ª ed. Salvador: Jus Podivm, 2015.

HOMMA, Fernanda Lissa Fujiwara. Execuções judiciais pecuniárias de processos coletivos no Brasil: entre a *fluid recovery,* a *cy pres* e os fundos. Curitiba, 2017, Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Paraná.

160 Atualmente, no âmbito do MPPR, os únicos TACs cuja eficácia depende da prévia homologação do conselho superior são aqueles celebrados no âmbito de atos de improbidade de menor potencial ofensivo (Resolução 01/2017 do Conselho Superior do MPPR).

MARANHÃO, Clayton. Sentença. In. CUNHA, José Sebastião Fagundes; BOCHENEK, Antonio César; CAMBI, Eduardo. (coords.). *Código de Processo Civil comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MULHERON, Rachel P. *The modern cy-prés doctine: applications and implications*. Routledge: Londres, 2016.

REDISH, Martin H.; JULIAN, Peter; ZYONTZ, Samantha. Cy pres relief and the pathologies of the modern class action: a normative and empirical analysis. *Florida Law Review*. n. 62. Gainesville: University of Florida, 2010.

SANSEVERINO, Paulo de Tarso. *Princípio da reparação integral – indenização no Código Civil*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TELES, Izabel Cristina de Almeida. Destinação dos recursos oriundos dos TACs e dos acordos e condenações judiciais. *Boletim Científico ESMPU*. n. 44. Brasília: ESMPU, 2015.

TRAMONTE, Marina Silva; MELHADO, Reginaldo; NATALI, Heiler Ivens de Souza. A inadequação da destinação de recursos obtidos pelo MPT ao Fundo de Amparo ao trabalhador e sua utilização em ações de política pública social. *Revista de Direito Público*. n. 7. Londrina: UEL, 2012.

ZANETI JR., Hermes. Ministério Público na intervenção protetiva dos direitos fundamentais e a "disponibilidade motivada": para além dos pareceres. In: CHAVES, Cristiano de Ferias; MOREIRA ALVES, Leonardo Barreto; ROSENVALD, Nelson. (coords.). *Temas atuais do Ministério Público*. 6. ed. Salvador: Jus Podivum, 2016.

"O papel do Ministério Público na reparação dos danos sociais provocados por desastres tecnológicos"

AUTORIA / APRESENTAÇÃO
Guilherme de Sá Meneghin
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto
Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Cândido Mendes
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais
Promotor de Justiça do Ministério Público de Minas Gerais
Titular da 1ª Promotoria de Mariana

INSTITUIÇÃO
Ministério Público de Minas Gerais

CONTATOS
E-ml: guilhermesa@mpmg.mp.br
Telefones: (31) 98708-1938 / (31) 3557-2820

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO: Os desastres tecnológicos podem provocar danos sociais, ou seja, danos que afetam a qualidade de vida de toda uma coletividade. Essa modalidade de dano difere do dano moral coletivo e é reconhecido por vários autores da doutrina civilista. Desse modo, o Ministério Público deve propor ações civis públicas e termos de compromisso de ajustamento de conduta para promover a reparação dos danos sociais configurados por esses eventos devastadores, viabilizando a reparação integral das comunidades atingidas.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Reparação. Danos sociais. Desastres tecnológicos.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Caracterização dos danos sociais; 3 Reparação dos danos sociais provocados pelos desastres tecnológicos; 4 Conclusão e proposta de enunciado

EXPOSIÇÃO OU JUSTIFICATIVA

1. INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil está em constante evolução, posto que o ritmo acelerado das transformações sociais, políticas, econômicas e tecnológicas, desencadeadas entre os séculos XIX e XXI, propiciaram um cenário desafiador para o direito, com o surgimento de lesão a interesses que não existiam ou que não eram juridicamente tutelados.

O direito de imagem, por exemplo, entrou em um novo contexto depois do advento da internet e das redes sociais, que compõem os mais poderosos meios de comunicação na atualidade, com o potencial de informar número incalculável de pessoas em poucos minutos.

Por isso, vários autores defendem o *direito ao esquecimento* e, consequentemente, processos cobrando indenização e tutela inibitória contra canais de notícias que relembram fatos pretéritos reputados como abjetos pela população, de maneira a evitar que sua propagação possa causar danos irreversíveis aos direitos da personalidade das pessoas envolvidas[161].

Na mesma senda, a responsabilidade civil no Brasil alterou-se profundamente após o Código Civil de 2002, especialmente ajustado com a interpretação sistemática, o diálogo das fontes e a constitucionalização do Direito Civil, que levou à consolidação dos danos individuais imateriais (morais e estéticos), dano pelo abuso de direito, dano pela perda de uma chance, dano moral coletivo e gradual ampliação das hipóteses de responsabilidade objetiva.

Toda essa transformação decorre do valor-fonte de nossa Constituição, a dignidade da pessoa humana, considerando-se que a responsabilidade civil integral contribui para a preservação dos efeitos práticos desse valor, nomeadamente frente a uma ordem econômica desequilibrada. De acordo com José Afonso da Silva:

> *Dignidade da pessoa humana* é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida. "Concebido como referência constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais [observam Gomes Canotilho e Vital Moreira], o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não uma ideia qualquer apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana à defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir 'teoria do núcleo da personalidade' individual, ignorando-a quando se trate de garantir as bases da existência humana". Daí decorre que a ordem econômica há de ter por fim assegurar a todos existência digna (art. 170), a ordem social visará a realização da justiça social (art. 193), a educação, o desenvolvimento da pessoa e seu preparo para o exercício da cidadania (art. 250) etc., não como meros enunciados formais, mas como indicadores do conteúdo normativo eficaz da dignidade da pessoa humana.[162]

[161] De acordo com o enunciado n. 531 da VI Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal: "A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento". (BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF. Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 16 jul. 2019).

[162] SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019, p. 107.

Partindo de tais premissas, a doutrina desenvolveu uma nova modalidade de lesão a interesse coletivo, denominado *dano social*, que consiste, em linhas gerais, nas "ofensas à comunidade e à sociedade como um todo, que afetam ou reduzem o nível de vida, quer seja por rebaixamento de seu patrimônio moral, quer seja por diminuição da qualidade de vida"[163]. Todavia, essa modalidade de dano ainda é incipiente e não foi ratificada na jurisprudência nacional.

Dessa maneira, cumpre ao Ministério Público concretizar a reparação dos danos sociais para efetivar a tutela dos direitos fundamentais das coletividades afetadas.

2. CARACTERIZAÇÃO DOS DANOS SOCIAIS

Danos sociais constituem uma nova categoria de lesão, distinta dos danos morais coletivos. Deriva da teoria da reparação integral dos danos[164] na perspectiva da constitucionalização do Direito Civil, mostrando-se compatível com a principiologia do Código Civil de 2002, que não exclui o reconhecimento de outros tipos de danos indenizáveis.

Clóvis Beviláqua já defendia que o Código Civil de 1916 não limitava as modalidades de dano reconhecíveis, exercendo papel importante na época para aceitação do dano moral. Igualmente, o Código Civil de 2002 não restringe as modalidades de danos, sendo possível o reconhecimento de outras categorias, desde que compatíveis com a reparação integral. Lecionava o ilustre civilista, que admitia "danos análogos":

> O Código Civil toma em consideração o dano moral quando, no artigo 76, autoriza a ação fundada em interêsse moral, e quando destaca alguns casos de satisfação de dano por ofensa à honra (arts. 1.547 e 1.511), sem exclusão de outros análogos, e muito menos daqueles em que o interêsse econômico anda envolvido no moral.[165]

O dano social surge por meio de atividades que provocam prejuízo ao patrimônio de uma coletividade, configurada pelo rebaixamento de seu nível de vida. O autor Antônio Junqueira Azevedo explica que:

> [...] os danos sociais, por sua vez, são lesões à sociedade, no seu nível de vida, tanto por rebaixamento de seu patrimônio moral – principalmente a respeito da segurança – quanto por diminuição na qualidade de vida. Os danos socais são causa, pois, de indenização punitiva por dolo ou culpa grave, especialmente, repetimos, se atos que reduzem as condições coletivas de segurança, e de indenização dissuasória, se atos

[163] JUNIOR, João Biffe; JUNIOR, Joaquim Leitão. *Concursos públicos*: terminologias e teorias inusitadas. São Paulo: Método, 2017, p. 397.
[164] A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) vêm decidindo que a reparação integral de direitos humanos violados depende das seguintes medidas: (1) restituição; (2) indenização; (3) reabilitação; (4) compensação; (5) satisfação; (6) não repetição. (BRASIL. Câmara dos Deputados. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/arquivos-de-audio-e-video/ignacio-alvarez>. Acesso em: 16 jul. 2019).
[165] BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, *Volume V*. 9ª edição atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1954, p. 227.

> em geral da pessoa jurídica, que trazem diminuição do índice de qualidade de vida da população.[166]

Observa-se que a reparação dos danos sociais possui liame com as três funções da responsabilidade civil – *reparatória, dissuasória* e *educativa* –, uma vez que visam recompor um patrimônio difuso lesado, dissuadir novas práticas ilícitas e impulsionar uma reeducação social para mudança de comportamentos deletérios.

É importante frisar que os danos sociais se diferenciam dos danos morais coletivos pelos seguintes aspectos: (a) causam rebaixamento do nível de vida da coletividade; (b) podem possuir caráter material e/ou imaterial, ao passo que o dano moral coletivo possui natureza extrapatrimonial; (c) os recursos conquistados destinam-se a um fundo ou instituição de caridade que deverá aplicar em benefício dos atingidos.

Segundo o civilista Flávio Tartuce:

> [...] O que se percebe é que esses danos podem gerar repercussões materiais ou morais. Nesse ponto, diferenciam-se os danos sociais dos danos morais coletivos, pois os últimos são apenas extrapatrimoniais.
>
> O conceito mantém relação direta com a principiologia adotada pelo Código Civil de 2002, que escolheu entre um de seus regramentos básicos a socialidade: a valorização do *nós* em detrimento do *eu*, a superação do caráter individualista e egoísta da codificação anterior. Assim, os danos sociais decorrem de *condutas socialmente reprováveis ou comportamentos negativos*, como quer Junqueira de Azevedo. Os danos sociais são difusos, envolvendo direitos dessa natureza, em que as vítimas são indeterminadas ou indetermináveis. A sua reparação também consta expressamente do art. 6º, VI, do Código de Defesa do Consumidor.[167]

A Lei n. 7.347/1985, que regulamenta a ação civil pública, dispõe que os recursos angariados devem ser destinados para fundos[168], posteriormente utilizados nas medidas de reconstituição dos bens lesados. Interpretando o dispositivo legal, Flávio Tartuce recomenda que a reparação de danos sociais deve priorizar o direcionamento dos recursos para programas de reparação coletiva para a população atingida.[169]

Malgrado a discussão em torno do tema, durante a V Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal foi aprovado o enunciado n. 456, reconhecendo essa espécie de dano: "A expressão 'dano' no art. 944 abrange não só os danos individuais, materiais ou

---

[166] AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa; GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004, p. 379.

[167] TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 564.

[168] "Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados." (BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em:< http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 09 fev. 2017).

[169] TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017, p. 568.

imateriais, mas também os danos sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos a serem reclamados pelos legitimados para propor ações coletivas."[170]

O verbete traz não só o reconhecimento dos danos sociais; ele esclarece sua especificidade e, ainda, informa as partes legítimas para cobrá-los, ou seja, os órgãos legitimados à propositura de ações coletivas, nomeadamente o Ministério Público.

No entanto, os tribunais superiores não reconheceram a juridicidade dos danos sociais até o momento e a práxis revela o desconhecimento do assunto. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça consolidou a responsabilidade por danos morais coletivos[171], mas ainda não se pronunciou sobre os danos sociais.

Esse contexto fortalece o Ministério Público para pleitear a reparação dos danos sociais, sobretudo em casos de desastres tecnológicos, como se verá a seguir.

3. REPARAÇÃO DOS DANOS SOCIAIS PROVOCADOS POR DESASTRES TECNOLÓGICOS

Eventos catastróficos como rompimentos de barragens de rejeitos de mineração são comumente denominados "desastres ambientais / socioambientais" ou "tragédias ambientais / socioambientais", mas do ponto de vista técnico são *desastres tecnológicos* e geram consequências jurídicas civis, penais, administrativas e ambientais.

A Lei n. 12.608/2012 instituiu a Política Nacional de Proteção e Defesa Civil (PNPDEC), com o fito de organizar a "a criação de sistema de informações e monitoramento de desastres", bem como estabelecer que "é dever da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios adotar as medidas necessárias à redução dos riscos de desastre" (artigos 1º e 2º).[172]

Na época, a lei foi regulamentada pela Instrução Normativa n. 01/2012, do extinto Ministério da Integração Nacional (IN n. 01/2012/MIN). O ato infralegal conceituava desastre e o classificava em duas categorias, a saber, *naturais* e *tecnológicos*:

> Art. 1º [...].
> I - Desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um cenário vulnerável, causando grave perturbação ao funcionamento de uma comunidade ou sociedade envolvendo extensivas perdas e danos humanos,

[170] BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF. Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

[171] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição 25, Brasília 17 mai. 2019. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20Teses%20125%20-%20Responsabilidade%20Civil%20-%20Dano%20Moral.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019. Conferir Tese n. 02: "O dano moral coletivo, aferível *in re ipsa*, é categoria autônoma de dano relacionado a violação injusta e intolerável de valores fundamentais da coletividade".

[172] BRASIL. Lei n. 12.608, de 10 de abril 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

> materiais, econômicos ou ambientais, que excede a sua capacidade de lidar com o problema usando meios próprios.
>
> Art. 7º A Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil adotará a classificação dos desastres constante do Banco de Dados Internacional de Desastres (EM-DAT), do Centro para Pesquisa sobre Epidemiologia de Desastres (CRED) da Organização Mundial de Saúde (OMS/ONU) e a simbologia correspondente.
> § 1º Quanto à origem ou causa primária do agente causador, os desastres são classificados em:
> I – Naturais; e
> II – Tecnológicos.
> § 2º São desastres naturais aqueles causados por processos ou fenômenos naturais que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos.
> § 3º São desastres tecnológicos aqueles originados de condições tecnológicas ou industriais, incluindo acidentes, procedimentos perigosos, falhas na infraestrutura ou atividades humanas específicas, que podem implicar em perdas humanas ou outros impactos à saúde, danos ao meio ambiente, à propriedade, interrupção dos serviços e distúrbios sociais e econômicos. [173]

Os *desastres tecnológicos*[174] originam-se de atividades humanas com alto potencial de dano, como usinas nucleares, barragens de mineração e grandes construções. Assim, ocorrendo falhas na operação que causem danos coletivos, haverá a responsabilidade das pessoas físicas e jurídicas operadoras do empreendimento, segundo cada ramo jurídico e o que for apurado pelas autoridades.

Não obstante, a IN n. 01/2012/MIN foi revogada pela IN 02/2016/MIN, que não apresentou o conceito de desastre, ficando tal definição a cargo do Decreto n. 7.257/2010[175], que preferiu um conceito amplo de desastre, conglobando no mesmo dispositivo os naturais e os tecnológicos:

> Art. 2º Para os efeitos deste Decreto, considera-se:
> [...]
> II - desastre: resultado de eventos adversos, naturais ou provocados pelo homem sobre um ecossistema vulnerável, causando danos humanos, materiais ou ambientais e consequentes prejuízos econômicos e sociais;

De toda sorte, o conceito de desastre tecnológico não é jurídico, mas técnico, relacionado às atividades de defesa civil e permanece válido. Portanto, é um evento provocado por atividades humanas que causam lesões em massa, afetando comunidades ou sociedades inteiras, degradando a dignidade das pessoas atingidas, comprometendo o meio ambiente, prejudicando as atividades econômicas e interrompendo os serviços públicos.

---

[173] BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Instrução Normativa n. 1, de 24 de agosto de 2012. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ce9q_0voSGoJ:www.mi.gov.br/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D822a4d42-970b-4e80-93f8-daee395a52d1%26groupId%3D301094+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso: 02 jun. 2016.

[174] Obviamente, os desastres naturais não interessam ao presente estudo.

[175] BRASIL. Decreto n. 7.257, de 04 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

O desastre tecnológico suscita efeitos jurídicos, especialmente a obrigação de reparar os danos, que se configura pela responsabilidade civil objetiva informada pela teoria do risco integral, posto que acarreta danos ambientais e a terceiros, aplicando-se o artigo 14, §1º, da Lei n. 6.938/1981[176] e o artigo 927, parágrafo único, do Código Civil[177]. O Superior Tribunal de Justiça consolidou a seguinte tese:

> 10) A responsabilidade por dano ambiental é objetiva, informada pela teoria do risco integral, sendo o nexo de causalidade o fator aglutinante que permite que o risco se integre na unidade do ato, sendo descabida a invocação, pela empresa responsável pelo dano ambiental, de excludentes de responsabilidade civil para afastar sua obrigação de indenizar. (Tese julgada sob o rito do art. 543-C do CPC/1973)[178]

Com essas características, é possível elencar inúmeros desastres ocorridos no Brasil que se qualificam como tecnológicos, destacando-se os rompimentos de barragens de mineração. Uma breve compilação desses eventos nos últimos anos demonstra que são frequentes, terrivelmente devastadores e não foram capazes de promover mudanças na gestão de risco das mineradoras:

I. 1986 – Itabirito/MG: rompimento da barragem de Fernandinho; é o mais antigo registrado oficialmente. Ocasionou danos pessoais, sociais, econômicos e ambientais. Houve 7 (sete) mortes;
II. 2001 – Nova Lima/MG: rompimento da barragem dos Macacos, da mineradora Rio Verde. Ocasionou danos pessoais, sociais, econômicos e ambientais, sobretudo no Rio Taquara. Produziu 5 (cinco) mortes;
III. 2003 – Cataguases/MG: rompimento da barragem de rejeitos da Indústria Cataguases de Papel. Provocou danos ambientais, sociais e econômicos. Comprometeu o Rio Paraíba do Sul. Gerou interrupção de fornecimento de água e energia;
IV. 2007 – Miraí/MG: diques da mineradora Rio Pomba/Cataguases se romperam e despejaram rejeitos de minério nas águas no Rio Muriaé. Mais de 4 mil pessoas ficaram desalojadas ou desabrigadas;
V. 2014 – Itabirito/MG: rompimento de barragem da mineradora Herculano. Causou 3 (três) mortes e danos ambientais.
VI. 2015 – Mariana/MG: rompimento da barragem de Fundão, da mineradora Samarco, empresa controlada pelas mineradoras Vale e BHP. Maior desastre o

[176] BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.
[177] BRASIL. Código Civil, de 10 jan. de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.
[178] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição 30, Brasília 18 mar. 2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

país, atingiu os Estados de Minas Gerais e do Espírito Santo. Provocou a morte de 19 (dezenove) pessoas e 1 (um) abortamento. Mais de 1000 (mil) pessoas desabrigadas ou desalojadas. Cerca de 600km ao longo do Rio Doce foram poluídos, afetando o fornecimento de água de várias cidades e a subsistência das populações ribeirinhas;

VII. 2018 – Barcarena/PA: rompimento da barragem da HydroAlunorte. Provocou enormes danos ambientais nos cursos d'água;

VIII. 2019 – Brumadinho/MG: rompimento da barragem da Vale, no Córrego do Feijão. Causou grandes danos econômicos, sociais e ambientais. Provocou 270 (duzentos e setenta) mortes, um verdadeiro massacre.

Os citados desastres provocaram severos prejuízos ao meio ambiente e aos atingidos, fazendo decair sua dignidade humana. São milhares de mortes, desabrigados e constantes interrupções de serviços públicos que afetam gravemente a qualidade de vida das populações prejudicadas. Logo, a necessidade de reparação dos danos sociais é inegável em desastres tecnológicos.

Evidentemente, a reparação dos danos sociais pode ser pactuada em termo de compromisso de ajustamento de conduta ou requerida mediante ação civil pública, de forma cumulativa ou não com outros danos. Porém, na prática as empresas refutam os acordos, que são literalmente jogados *ad kalendas graecas*, tornando-se, em geral, indispensável a ação civil pública.

Assim, na via judicial, caberá ao órgão ministerial decidir se postula a reparação de todos os danos em uma única ação ou em ações diversas, visto que o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade das chamadas "ações hibridas" no seguinte acórdão:

> DIREITO COLETIVO E DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PLANO DE SAÚDE. CLÁUSULA RESTRITIVA ABUSIVA. AÇÃO HÍBRIDA. DIREITOS INDIVIDUAIS HOMOGÊNEOS, DIFUSOS E COLETIVOS. DANOS INDIVIDUAIS.CONDENAÇÃO. APURAÇÃO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. DANOS MORAIS COLETIVOS. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE, EM TESE. NO CASO CONCRETO DANOS MORAIS COLETIVOS INEXISTENTES. 1. As tutelas pleiteadas em ações civis públicas não são necessariamente puras e estanques. Não é preciso que se peça, de cada vez, uma tutela referente a direito individual homogêneo, em outra ação uma de direitos coletivos em sentido estrito e, em outra, uma de direitos difusos, notadamente em se tratando de ação manejada pelo Ministério Público, que detém legitimidade ampla no processo coletivo. Isso porque embora determinado direito não possa pertencer, a um só tempo, a mais de uma categoria, isso não implica dizer que, no mesmo cenário fático ou jurídico conflituoso, violações simultâneas de direitos de mais de uma espécie não possam ocorrer. 2. No caso concreto, trata-se de ação civil pública de tutela híbrida. Percebe-se que: (a) há direitos individuais homogêneos referentes aos eventuais danos experimentados por aqueles contratantes que tiveram tratamento de saúde embaraçado por força da cláusula restritiva tida por ilegal; (b) há direitos coletivos resultantes da ilegalidade em abstrato da cláusula contratual em foco, a qual atinge igualmente e de forma indivisível o grupo de contratantes atuais do

> plano de saúde; (c) há direitos difusos, relacionados aos consumidores futuros do plano de saúde, coletividade essa formada por pessoas indeterminadas e indetermináveis. 3. A violação de direitos individuais homogêneos não pode, ela própria, desencadear um dano que também não seja de índole individual, porque essa separação faz parte do próprio conceito dos institutos. Porém, coisa diversa consiste em reconhecer situações jurídicas das quais decorrem, simultaneamente, violação de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos. Havendo múltiplos fatos ou múltiplos danos, nada impede que se reconheça, ao lado do dano individual, também aquele de natureza coletiva. 4. Assim, por violação a direitos transindividuais, é cabível, em tese, a condenação por dano moral coletivo como categoria autônoma de dano, a qual não se relaciona necessariamente com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico). 5. Porém, na hipótese em julgamento, não se vislumbram danos coletivos, difusos ou sociais. Da ilegalidade constatada nos contratos de consumo não decorreram consequências lesivas além daquelas experimentadas por quem, concretamente, teve o tratamento embaraçado ou por aquele que desembolsou os valores ilicitamente sonegados pelo plano. Tais prejuízos, todavia, dizem respeito a direitos individuais homogêneos, os quais só rendem ensejo a condenações reversíveis a fundos públicos na hipótese da fluid recovery, prevista no art. 100 do CDC. Acórdão mantido por fundamentos distintos. 6. Recurso especial não provido. (REsp 1293606/MG, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 02/09/2014, DJe 26/09/2014)[179]

Nessas condições, a reparação dos danos sociais contribuirá para concretizar o papel do Ministério Público de defender a dignidade humana das pessoas atingidas pelos desastres, o que se mostra totalmente compatível com a função ministerial definida no artigo 127 da Constituição da República[180]: defender os interesses sociais.

Além disso, a inserção dos danos sociais na atuação ministerial elevará o custo da reparação em caso de desastres, estimulando as empresas a investirem na gestão de riscos e, consequentemente, contribuindo na prevenção de tais fatos lamentáveis.

4. CONCLUSÃO OBEJTIVA E PROPOSTA DE ENUNCIADO

Face ao exposto, propõe-se o seguinte enunciado: **"O Ministério Público deve promover a reparação dos danos sociais decorrentes de desastres tecnológicos, velando para que as medidas reparatórias favoreçam os atingidos pelo evento"**. Eis a tese que se submete ao XXIII Congresso Nacional do Ministério Público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

AZEVEDO, Antônio Junqueira de. Por uma nova categoria de dano na responsabilidade civil: o dano social. In: FILOMENO, José Geraldo Brito; WAGNER JR., Luiz Guilherme da Costa;

[179] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1293606/MG. Rel.(a) Min.(a) Luiz Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 02 de setembro de 2014. Publicação: 26 de setembro de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 16 jul. 2019.

[180] "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". BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

GONÇALVES, Renato Afonso (coord.). *O Código Civil e sua interdisciplinaridade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2004.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, Volume V*. 9ª edição atualizada por Achilles Beviláqua. Rio de Janeiro: Editora Paulo de Azevedo Ltda., 1954.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-permanentes/cdhm/arquivos-de-audio-e-video/ignacio-alvarez>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Código Civil, de 10 janeiro de 2002. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal – CJF. Enunciados. Disponível em: <https://www.cjf.jus.br/enunciados/>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Decreto n. 7.257, de 04 de agosto de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/Decreto/D7257.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 6.938, de 31 de agosto de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm> Acesso em: 09 fev. 2017.

BRASIL. Lei n. 12.608, de 10 de abril 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12608.htm>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Ministério da Integração Nacional. Instrução Normativa n. 1, de 24 de agosto de 2012. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Ce9q_0voSGoJ:www.mi.gov.br/c/document_library/get_file%3Fuuid%3D822a4d42-970b-4e80-93f8-daee395a52d1%26groupId%3D301094+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso: 02 jun. 2016.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição 30, Brasília 18 mar. 2015. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAncia%20em%20teses%2030%20-%20direito%20ambiental.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência em Teses, edição 25, Brasília 17 mai. 2019. Disponível em: < http://www.stj.jus.br/internet_docs/jurisprudencia/jurisprudenciaemteses/Jurisprud%C3%AAn

cia%20em%20Teses%20125%20-%20Responsabilidade%20Civil%20-%20Dano%20Moral.pdf>. Acesso em: 16 jul. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1293606/MG. Rel.(a) Min.(a) Luiz Felipe Salomão. Órgão julgador: Quarta Turma. Data do julgamento: 02 de setembro de 2014. Publicação: 26 de setembro de 2014. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp>. Acesso em: 16 jul. 2019.

JUNIOR, João Biffe; JUNIOR, Joaquim Leitão. *Concursos públicos*: terminologias e teorias inusitadas. São Paulo: Método, 2017.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 42ª ed. São Paulo: Malheiros, 2019.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil*: volume único. 7ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

DOS PRECEDENTES VINCULANTES FIXADOS EM RECURSOS ESPECIAIS AVULSOS

Samia Saad Gallotti Bonavides*
Kelly Cristina Ferreira Tesserolli**

Resumo: Este trabalho pretende demonstrar que as decisões proferidas em recursos especiais avulsos, isto é, as que não estão afetas ao sistema de repetitivos. a incidente de resolução de demandas repetitivas ou incidente de assunção de competência, também geram precedentes obrigatórios, considerando que o STF interpreta a Constituição Federal, e o STJ orienta e interpreta a lei federal. A partir dessa ideia e por meio da análise de uma decisão modelo é demonstrado como o sistema acata a possibilidade de se extrair precedentes obrigatórios de quaisquer decisões proferidas pelos Tribunais Superiores. Assim, nas matérias de interesse do Ministério Público e quando as teses defendidas por ele tenham sido acatadas, a atuação recursal deve ser orientada a obter dos Tribunais de Justiça o respeito aos precedentes em casos idênticos, trabalhando de forma prospectiva para que haja unidade no direito e contribuindo para a construção e fortalecimento do sistema de precedentes, recentemente instituído na legislação brasileira (arts. 926 e 927 do CPC), dentre outras alterações do nosso Código de Processo Civil, sendo importante que as inovações sejam incorporadas à cultura jurídica brasileira.

Palavras-chave: Sistema de precedentes. Recursos avulsos nos tribunais superiores. Decisões vinculantes.

Sumário: 1. DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE SUPREMA E DAS DECISÕES EM RECURSOS ESPECIAIS AVULSOS COMO PRECEDENTES COM EFICÁCIA VINCULANTE. 2. DA DECISÃO MODELO: INCLUSÃO DO VALOR DA EVENTUAL MULTA CIVIL NO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. CONCLUSÃO

1. DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA COMO CORTE SUPREMA E DAS

DECISÕES EM RECURSOS ESPECIAIS AVULSOS COMO PRECEDENTES COM EFICÁCIA VINCULANTE

Diante da necessidade de se dar maior unidade ao direito, por meio de uma prática jurisdicional que respeite valores como a igualdade, previsibilidade e coerência, a partir do novo Código de Processo Civil, houve importante mudança em relação à força vinculante das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

Estes órgãos jurisdicionais, vistos como Cortes Supremas (art. 102, inc. III e 105, inc. III, da CF), são "responsáveis por dar a última palavra a respeito da interpretação da Constituição e da legislação infraconstitucional federal na ordem jurídica brasileira" (MITIDIERO, 2013, p. 79), de forma distinta das Cortes de Justiça (Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça), cuja função é controlar a interpretação dos fatos e do direito a ser aplicado ao caso concreto, de forma isonômica (MARINONI, ARENHART, MITIDIERO, 2019, p.. 650-651).

Portanto, "o Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça devem ser pensados como cortes de interpretação e não como cortes de controle, como cortes de precedentes e não como cortes de jurisprudência, tendo autogoverno e sendo dotados de meios idôneos para consecução da tutela do direito em uma dimensão geral de forma isonômica e segura" (MITIDIERO, 2013, p. 79), assumindo, de fato, o papel a elas conferido pela Constituição Federal, concepção esta que alicerça a construção de um sistema de precedentes.

Importa, neste momento inicial, trazer características que definem precedente judicial. Primeiramente, esclareça-se que nem toda decisão judicial é um precedente, uma vez que somente se tem um precedente quando uma decisão pode ser vista como paradigma, tanto para os jurisdicionados como para os magistrados. Em segundo, o precedente decorre da decisão sobre a matéria de direito e não de fato. Em terceiro, para se conceber um precedente, a decisão deve enfrentar os principais argumentos de direito "postos na moldura do caso concreto" e a decisão dever ter se dado, ao menos, por maioria. Por fim, em quarto, as razões de decidir, razões estas generalizáveis, constantes do acórdão, devem ser necessárias e suficientes para resolução da questão, de modo a permitir a aplicação da norma ali definida, a outros casos semelhantes ou idênticos (MARINONI, 2016, p.. 156-157).

Identificadas essas qualidades, se está diante de um precedente judicial, sendo que, para sua efetiva aplicação, é indispensável que os juízes, por meio da interpretação do caso e das razões necessárias para sua solução, operem "processos de *apreensão* e *universalização* de razões e *comparação* entre os casos" (MITIDIERO, 2018, p.103-104). Para isso, deve ser

separado, necessariamente, aquilo que vincula do que não vincula, ou seja, com a separação da *ratio decidendi* (razões de decidir) do *obiter dictum* (argumentos de passagem); e, ainda, percebam "que a *ratio decidendi* transcende ao precedente do qual é compreendida" e que "a norma do precedente é diferente do texto do precedente, sendo equivocado reduzi-la à fundamentação ou a qualquer combinação de elementos da decisão do qual advém" (MACÊDO, 2016, p. 216).

Pois bem, firmadas algumas premissas e definições necessárias, passa-se ao Código de Processo Civil, analisando-se, primeiramente, o art. 926. Este dispositivo legal determina que os tribunais (aqui considerados conforme as distintas funções existentes entre as Cortes Supremas e as Cortes de Justiça) mantenham a coerência e a segurança jurídica, esta última entendida "como proibição de juiz criar normas diferentes para casos iguais" (MARINONI, 2016, p. 314).

Nessa linha, Eduardo Cambi e Vinícius Gonçalves Almeida afirmam:

> A argumentação jurídica que não considera os precedentes judiciais não contribui para a estabilidade e a segurança das relações jurídicas. O sistema de precedentes afasta a ocorrência da jurisprudência lotérica e evita a ocorrência de julgamentos contraditórios, em prejuízo dos jurisdicionados. A exigência pelo tratamento congruente de casos similares é o que fundamenta a justiça como qualidade formal, e é o que deve motivar a utilização dos precedentes judiciais. É certo que essa convicção torna necessária a abordagem da isonomia como elemento metodológico essencial à construção de um sistema de precedentes obrigatórios (2016, p.8).

É possível, pois, concluir que os Tribunais de Justiça têm o dever de seguir precedentes invocados pelas partes, quando não for caso de afastá-los, sob pena de, não o fazendo, promover "agressão à coerência do direito e à segurança jurídica, impossibilitando a racionalização do acesso à justiça" (MARINONI, 2016, p. 314).

Quanto ao rol previsto no art. 927 do CPC, ressalta-se seu caráter exemplificativo (ALVIM, DANTAS, 2018, P. 276)[181] e, assim considerando, segundo Luiz Guilherme Marinoni, que "todas as decisões que definem a interpretação ou atribuem sentido ao direito, em demandas repetitivas ou não, têm eficácia obrigatória", e, "do mesmo modo que o STJ tem a função de atribuir sentido ao direito federal infraconstitucional, as suas decisões, ainda que proferidas em sede de recurso especial 'não repetitivo', devem ser respeitadas pelos juízes e tribunais"(2017, p. 22-23).

E isso porque, entender como não vinculantes decisões de Turma ou Seção, que interpretam ou dão sentido ao direito, em casos que estão fora do sistema dos repetitivos,

[181] "O CPC/2015 prestigia precedentes proferidos em certas e determinadas situações que justificam sejam eles tidos de antemão como precedentes. Sim, porque há decisões que se tornam, naturalmente, precedentes a posteriori: ou seja são densas, convincentes, com excelentes fundamentos, que passam a ser respeitadas em casos posteriores, idênticos ou semelhantes."

consiste numa visão bastante equivocada, uma vez que a obrigatoriedade de um precedente decorre, justamente, da atividade interpretativa exercida pelas Cortes Supremas, por meio da qual há definição do sentido do direito, que orienta e regula os casos futuros, dentro de circunstâncias específicas (MARINONI, 2017, p. 22-23). Assim, não se pode afirmar que o precedente, somente por ser oriundo de uma única decisão, que não se deu em decisão de recursos repetitivos ou de incidente de resolução de demandas repetitivas ou de incidente de assunção de competência, seria uma exceção desprovida de eficácia vinculante.

Sobre a questão, Eduardo Cambi e Vinícius Gonçalves Almeida, afirmam que essas decisões são vinculantes por apresentarem "uma regra universalizável, apta a ser critério de decisão no caso sucessivo pela analogia entre os fatos do caso de referência e os fatos do caso em análise", podendo, mediante a atividade de controle, interpretação e comparação dos precedentes, função exercida pelas Cortes de Justiça, ser afastadas ou não (*distinguishing*), e ainda concluem:

> Dessa forma, a estrutura fundamental do raciocínio que sustenta e aplica o precedente ao caso sucessivo é fundada na análise dos fatos que compõem tanto o processo em exame quanto daquele caso originário. Se essa análise justifica a aplicação ao segundo caso da *ratio decidendi* adotada ao primeiro, o precedente é eficaz e, portanto, vincula o juiz. Note-se que, quando se verificam essas condições, um só precedente é suficiente a fundamentar a decisão do caso sucessivo (2016, p. 8).

Considerados os argumentos até aqui expostos, a proposta deste breve estudo é sustentar a possibilidade de se extrair precedentes obrigatórios de decisões do Superior Tribunal de Justiça, em casos cujas matérias sejam de interesse do Ministério Público e nas quais as teses por ele defendidas tenham sido acatadas na fundamentação, como razões generalizáveis, para assim trabalhar no sentido de que sejam respeitados esses precedentes pelos Tribunais de Justiça e Tribunais Regionais Federais, para uma atuação mais efetiva, dinâmica e prospectiva da Instituição.

2. DA DECISÃO MODELO: INCLUSÃO DO VALOR DA EVENTUAL MULTA CIVIL NO DECRETO DE INDISPONIBILIDADE DE BENS NA AÇÃO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Nessa linha de compreensão, o STJ é a Corte que tem a função de dar unidade ao direito, no que se refere à legislação infraconstitucional federal, interpretando-a e orientando sua aplicação futura, não só em sede de recursos repetitivos, como também em recursos especiais avulsos. E assim, quando de suas decisões, possam ser extraídas razões

generalizáveis, é possível considerá-las como precedentes com eficácia vinculante, que devem ser respeitados pelos Tribunais de Justiça nos casos que possuam identidade.

Um desses casos formadores de precedentes é a interpretação dada pelo STJ ao art. 7º da Lei nº 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), no que se refere à inclusão da multa civil (em razão de eventual condenação) no decreto de indisponibilidade.

Nesse caso dado aqui como modelo, há não só uma, mas várias decisões no mesmo sentido, que seguiram o precedente formado pelo STJ. Convém destacar, ainda, conforme afirma Luiz Guilherme Marinoni, que "os contornos de um precedente podem surgir a partir da análise de vários casos, ou melhor, mediante uma construção da solução judicial da questão de direito que passa por diversos casos" (2016, P. 157). A decisão que definiu o precedente aqui invocado foi ementada nos seguintes termos:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. LIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS.
> MULTA CIVIL. INCLUSÃO.
> 1. Considerando-se que a multa civil integra o valor da condenação a ser imposta ao agente improbo, a decretação da indisponibilidade de bens deve abrangê-la, já que essa medida cautelar tem por objetivo assegurar futura execução da sentença condenatória proferida na ação civil por improbidade administrativa.
> 2. Ainda que não haja previsão literal no art. 7º da Lei nº 8.429/92 para a decretação da indisponibilidade de bens em relação à multa civil, o magistrado tem a faculdade de determinar a efetivação da medida com base no poder geral de cautela consubstanciado nos artigos 797 e 798, do Código de Processo Civil.
> 3. Aferida a razoabilidade da medida, o valor dos bens tornados indisponíveis deve ser suficiente para o pagamento do valor total da condenação, abrangida a multa civil.
> 4. Recurso especial provido.
> (REsp 1023182/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/09/2008, DJe 23/10/2008) (BRASIL, STJ).

Diante desse julgado, o que se percebe, claramente, é que o STJ, Corte competente para "orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo Brasil"[182], por meio da citada decisão, interpretando o art. 7º da Lei nº 8.429/1992, definiu a norma jurídica no sentido de que a indisponibilidade de bens compreende também a eventual multa civil condenatória.

Quanto à possibilidade de aplicação desse precedente, primeiramente devem ser apontadas as circunstâncias fáticas que molduram o caso, a fim revelar sua "identidade

[182] PROCESSUAL - STJ - JURISPRUDÊNCIA - NECESSIDADE DE QUE SEJA OBSERVADA. O Superior Tribunal de Justiça foi concebido para um escopo especial: orientar a aplicação da lei federal e unificar-lhe a interpretação, em todo o Brasil. Se assim ocorre, é necessário que sua jurisprudência seja observada, para se manter firme e coerente. Assim sempre ocorreu em relação ao Supremo Tribunal Federal, de quem o STJ é sucessor, nesse mister. Em verdade, o Poder Judiciário mantém sagrado compromisso com a justiça e a segurança. Se deixarmos que nossa jurisprudência varie ao sabor das convicções pessoais, estaremos prestando um desserviço a nossas instituições. Se nós - os integrantes da Corte - não observarmos as decisões que ajudamos a formar, estaremos dando sinal, para que os demais órgãos judiciários façam o mesmo. Estou certo de que, em acontecendo isso, perde sentido a existência de nossa Corte. Melhor será extingui-la. RSTJ 157/17: REsp 228.432-ED-AgRg. Corte Especial do STJ, 01/02/2002. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2002_157.pdf. Acesso em: 12 abr. 2019.

essencial" (MITIDIERO, 2018, p. 113) Nesse aspecto, observa-se que os fatos essenciais se resumem na discussão sobre os requisitos necessários para a decretação da medida de indisponibilidade de bens em ação civil pública de improbidade administrativa, e o alcance dessa medida, no sentido de incluir ou não eventual multa civil, o que na decisão foi resumido da seguinte forma: "A matéria específica tratada no presente recurso especial – a inclusão da multa civil no montante dos bens tornados indisponíveis".

Quanto a *ratio decidendi*, os métodos para sua determinação concreta são bastante debatidos pela doutrina, e, apesar da complexidade, essa discussão não será objeto de maiores considerações aqui (MACÊDO, 2016, p. 219-223), mas, à luz das circunstâncias do caso modelo (MARINONI, 2016, p. 164-165)183, as razões de decidir podem ser extraídas de outro trecho do voto orientador: "considerando-se que a multa civil integra o valor da condenação a ser imposta ao agente improbo, a decretação da indisponibilidade de bens deve abrangê-la, já que essa medida cautelar tem por objetivo assegurar futura execução da sentença condenatória proferida na ação civil por improbidade administrativa".

Enfatiza-se a universalidade das razões de decidir presentes então na decisão em análise, vinculando o precedente, que pode e deve ser aplicado a todos os casos em que se discute a inclusão da multa civil na indisponibilidade de bens, pelos juízes e Cortes de Justiça (TARUFFO, 2014)184.

Ilustrando a importância desta proposição, traz-se a notícia de que o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nesses casos, de forma reiterada vem decidindo contrariamente ao sentido do direito, conforme a interpretação dada pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo que na fundamentação de uma dessas decisões, constou, inclusive, inclusive, o entendimento de que as "recentes decisões do STJ" não seriam vinculantes:

> Na verdade, o fato de existirem decisões recentes e favoráveis à tese do embargante proferidas pelo Superior Tribunal de Justiça -- de se admitir a multa civil no montante da indisponibilidade de bens --, não torna omissa a decisão embargada.
> Afinal, os julgados do Superior Tribunal de Justiça a respeito do assunto não são vinculantes; e este relator se alinha ao entendimento desta 5ª Câmara Cível no sentido de que:
> *(...) a decretação de indisponibilidade de bens é medida cautelar preliminar à sentença que pode, ou não, fixar a multa civil, não sendo possível, neste momento,*

183 "Deixando-se de lado o teste de Wambaugh e o método de Goodhart, que não poderiam ser esquecidos em virtude da sua *notoriedade*, importa deixar claro que a identificação da *ratio decidendi* sempre foi buscada em dois pontos, um especialmente preocupado com a identificação dos fatos do caso, já que a *ratio* seria a decisão a respeito deles, e outro com as razões que embasam a conclusão, ou seja, com as razões que anunciam a regra que dá solução ao caso."

184 "Por um lado, a correlação entre o precedente e uma norma geral que se pretende interpretar implica, portanto, que a norma venha lida à luz de sua atual ou eventual aplicação a casos concretos. Por outro lado, e se trata talvez do aspecto mais relevante, a decisão tomada no caso precedente pode explicar efeitos em qualquer modo prescritivos ou normativos sobre a decisão do caso sucessivo apenas sob a condição de que do precedente específico possa derivar-se uma regra aplicável também a outros casos, isto é – citando MacCormick 3 - sob a condição de que a decisão formulada no direito sobre o caso precedente seja *universalizável*." Data de acesso: 19/02/2019.

> *antecipar a aplicação da possível multa civil ou mesmo determinar o seu valor. É dizer: a certeza sobre os fatos controvertidos – e a aplicação das sanções –, somente poderá ser viabilizada após a consecução de ampla dilação probatória.*
> *Isso porque não há como saber a liquidez e a certeza do valor da eventual multa, sem que seja proferida uma decisão de cognição exauriente. Pensar o contrário seria atentar contra o postulado da não culpabilidade, disposto no artigo 5º, inciso LVII, da (TJPR - 5ª C.Cível - 0017378-21.2018.8.16.0000 - Paranacity - Constituição Federal. Rel.: Leonel Cunha - J. 11.09.2018).*
> (TJPR - 5ª C.Cível - 0000398-96.2018.8.16.0000 - Goioerê - Rel.: Rogério Ribas - J. 11.12.2018) (BRASIL,TJPR).

Tendo em vista a posição aqui defendida, percebe-se que o entendimento adotado pelo TJPR vai de encontro ao precedente firmado, mas vai além, porque nega a condição de Corte Suprema que a Constituição Federal atribuiu ao STJ. Esse comportamento resistente, mostra que é urgente o rompimento com a ideia de que os Tribunais de Justiça detém "independência para decidir conforme suas vontades"(CAMBI, ALMEIDA, 2016, p.8). Nesse ponto, Luiz Guilherme Marinoni, de forma precisa, observa que "a circunstância de os tribunais ordinários, na atualidade, não darem atenção às decisões do Superior Tribunal de Justiça constitui patologia; grave situação que põe em risco a efetividade do sistema de distribuição de justiça e os princípios fundantes do Estado constitucional" (2013, p.120).

Em assim sendo, é muito importante e necessário que o Ministério Público atue de forma prospectiva para que haja unidade no direito, mediante a adequada aplicação, pelos Tribunais de Justiça, das normas como resultado da interpretação conferida à lei pelas Cortes Supremas.

De acordo com Tereza Arruda Alvim e Bruno Dantas, registra-se que "interpretar a lei de modo ainda que possível e talvez até razoável, mas diferente da forma considerada correta pelo STJ, equivale a desrespeitar a lei" (ALVIM, DANTAS, 2018, p..347), conclusão com a qual não se tem como discordar.

A proposição aqui trazida é bastante oportuna para o aperfeiçoamento da atuação institucional, em especial das atividades desenvolvidas na área recursal pelo Ministério Público, no sentido de que se pode concluir que a partir do novo Código de Processo Civil, veio se estruturando um *sistema de precedentes brasileiro*. Isso dito, é preciso entender e diferenciar os tribunais por suas funções no ordenamento processual, sendo que o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça são as Cortes Supremas, cujo dever é o de dar unidade ao direito. Já os Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça são Cortes de Justiça e devem controlar a interpretação dos fatos e do direito, seguindo a interpretação dada ao direito pelas Cortes Supremas (art. 926 e art. 927 do CPC).

CONCLUSÃO

1) Há vinculação das decisões dos Tribunais Superiores, como resultado da atividade interpretativa do Direito e a aplicação destas aos casos futuros pelas Cortes de Justiça depende da identificação das razões generalizáveis (*ratio decidendi*), compreendidas numa determinada moldura fática essencial, e dessa forma, os julgamentos de recursos especiais e extraordinários avulsos também formam precedentes.

2) Não é a quantidade de decisões, ou o fato delas estarem inseridas no sistema de repetitivos, que confere eficácia vinculante (precedente), sendo o rol do art. 927 do CPC meramente exemplificativo.

3) O Ministério Público deve atuar no sentido de fazer valer os precedentes firmados pelas Cortes Supremas, nos casos em que intervenha como parte ou como *custos iuris*, e nos quais suas teses tenham sido acolhidas, como se dá em relação à inclusão da multa civil na indisponibilidade de bens (ação de improbidade -art. 7º da Lei nº 8.429/1992).

4) Nessas circunstâncias, a atuação recursal da Instituição deve ser orientada a obter dos Tribunais de Justiça o respeito às decisões que possam ser consideradas precedente dos Tribunais Superiores, trabalhando de forma prospectiva para que haja unidade na interpretação do direito, e contribuindo para a construção e fortalecimento da teoria dos precedentes no Brasil.

4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALVIM, Tereza Arruda; DANTAS, Bruno. **Recurso Especial, Recurso Extraordinário e a Nova Jurisdição dos Tribunais Superiores: Precedentes no direito brasileiro**. 5. ed. São Paulo: Thomson Reuters, 2018.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Vinícius Gonçalves. Segurança Jurídica e isonomia como vetores argumentativos para aplicação dos precedentes judicias. ***Revista de Processo***, 2016. vol. 260.

MACÊDO, Lucas Buril de. Contributo para a definição de *ratio decidendi* na teoria brasileira dos precedentes judiciais. DIDIER JR., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro da; ATAÍDE JR., Jaldemiro Rodrigues; MACÊDO, Lucas Buril de. **Precedentes.** Salvador: Juspodivm, 2016.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Processo Civil: tutela dos direitos mediante procedimento comum**. v. 2. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MARINONI, Luiz Guilherme. **O STJ enquanto Corte de Precedentes.** São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2013.

_____ **Julgamento nas Cortes Supremas: precedentes e decisão do recurso diante do novo CPC**. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____ **Precedentes Obrigatórios.** 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MITIDIERO, Daniel. **Cortes Superiores e Cortes Supremas:** do controle à interpretação, da jurisprudência ao precedente. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2013.

_____ **Precedentes**: **da vinculação à persuasão**.3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2018.

TARUFFO, Michele. Precedente e jurisprudência. Trad. Chiara de Teffé. Civilistica.com. Rio de Janeiro, a. 3, n. 2, jul.-dez./2014. Disponível em: <http://**civilistica.com/precedente-ejurisprudencia**/>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. STJ. Acórdão nº 2000.0049237-0. Agravante: Casa do Compadre Comércio e Representações LTDA.. Agravada: Fazenda Nacional. Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros. Brasília, DF, 1 de fevereiro de 2002. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**. Brasília: STJ, set.2002.n.157, p. 17-21. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-eletronica-2002_157.pdf>. Acesso em: 11 abr. 2019.

BRASIL. STJ. Recurso Especial nº 1023182/SC. Ministro Castro Meira. Brasília, DF, 23 setembro 2008. **Pesquisa de Jusrisprudência.** Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/pesquisa/?tipoPesquisa=tipoPesquisaNumeroRegistro&termo=200800109745&totalRegistrosPorPagina=40&aplicacao=processos.ea>. Acesso em: 12 abr. 2019.

BRASIL. TJPR. Embargos de Declaração nº 0000398-96.2018.8.16.0000 ED 1. Embargante: Ministério Público do Estado do Paraná. Embargado: Diogo dos Santos e Outros. Relator Desembargador Rogério Ribas. Curitiba, PR, 11 de dezembro de 2018. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/4100000007799121/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-0000398-96.2018.8.16.0000>. Acesso em: 12 abr. 2019.

MEDIAÇÃO ESCOLAR NUM CONTEXTO TRANSVERSAL DE PROPOSTA EDUCACIONAL

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO: O artigo problematiza os desafios da proposta de mediação, na atual conjuntura educacional transversal, inaugurada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação- Lei 9394/96, em especial, após a regulamentação federal acerca do tema. O objetivo da pesquisa, portanto, era verificar quais as principais dificuldades em se implementar de forma uniforme e mais abrangente, na rede municipal de ensino da cidade de Fortaleza, a mediação escolar, no atual contexto educacional brasileiro, diante da proposta curricular da transversalidade. A justificativa do estudo do tema está relacionado com o aumento crescente da violência, nas escolas e a necessidade de se viabilizar a capacitação uniforme dos educadores, nessa perspectiva transversal. O texto faz alusão ainda as causas da violência nas escolas da rede pública. Por fim, reúne-se sugestões para aprimorar o instituto da mediação, no contexto educacional brasileiro. Para tanto, utilizou-se de pesquisa bibliográfica e documental, nas plataformas Ebscohost, Vlex,e Scielo. Na ocasião, realizou-se um estudo de caráter descritivo analítico; de natureza exploratória e abordagem qualitativa, em relação à metodologia empregada. Concluiu-se que a uniformização da capacitação dos educadores para implementação plena da mediação é uma das propostas mais viáveis para otimização dos recursos e investimentos, nessa área. Da mesma forma, a divulgação junto a sociedade e o estímulo dos alunos a participar de atividades de formação humana, voltadas para atividades práticas do cotidiano e não somente de instrução, é outra opção disponível para minimizar o problema da violência nas escolas.

Palavras-chave: violência; ensino fundamental; mediação; capacitação; interação.

FUNDAMENTAÇÃO

Os Parâmetros Curriculares Nacionais estabeleceram como critério norteador da educação escolar, no Brasil, os princípios da dignidade da pessoa humana; da igualdade de direitos; da participação e da co-responsabilidade pela vida social. Isso diante da necessidade de atuação conjunta com a sociedade, para que as escolas possam realizar trabalhos que

busquem desenvolver a liberdade e a independência responsável dos alunos, mediante ações de colaboração e engajamento social (BRASIL,1997).

O Ministério da Educação e Cultura- MEC estabeleceu assuntos, dentro dessa perspectiva, que incluam concepções ligadas à idéia de cidadania, tais como: ética, saúde, meio ambiente, orientação sexual, trabalho, consumo e pluralidade cultural. As unidades escolares possuem autonomia para adicionar outras que entenderem convenientes para desenvolver a matéria de acordo com as necessidades do grupo com o qual trabalhem (MENEZES; SANTOS, 2001).

Isso porque é objetivo da legislação inserir nas matérias convencionais das escolas, conforme estabelece os Parâmetros Curriculares Nacionais (PCNs), criados a partir do Plano Nacional de Educação (PNE), estabelecido em 1999, disciplinas de caráter transversal[185].

Logo, a mediação, como mecanismo de solução de conflitos e, ao mesmo tempo, prática de educação em direitos humanos, pode ser inserida neste contexto, uma vez que a educação é o meio ideal para se efetivar a promoção e concretização desses direitos (BEZERRA, 2008, p.11). Isso porque a missão da educação não está reduzida à aquisição de conhecimento, mas engloba a construção de valores e o entendimento acerca da responsabilidade de cada indivíduo dentro do contexto social.

As disparidades sociais e a cultura excludente, sem valores consolidados, no sentido do respeito ao outro, independentemente de suas acepções políticas, religiosas, étnicas e sociais demonstram que a indisciplina e a violência, nas escolas, decorrem, portanto, na concepção mais adequada de uma instrumentalização do indivíduo, produto da sociedade de massas (CORREIA, 2013, p. 38).

Conscientizar para a paz é um tarefa árdua, quando se percebe que a criança e o jovem não encontram apoio e estrutura, na família. No entanto, felizmente, é uma missão atingível, quando se constata que se pode encontrar, na escola, referido direcionamento ético, principalmente, quando se dispõe de um conjunto de ferramentas educacionais e legislativas favoráveis. Prova disso é que já existem experiências exitosas, em escolas municipais e estaduais de Fortaleza, que demonstram os benefícios alcançados pela adoção desse

[185] Segundo o Ministério da Educação (MEC), "são temas que estão voltados para a compreensão e para a construção da realidade social e dos direitos e responsabilidades relacionados com a vida pessoal , coletiva e com a afirmação do princípio da participação política. A transdiciplinariedade, ao contrário, diz respeito a noção de junção associada de disciplinas, de modo a gerar um conhecimento novo para solução de um problema.

instrumento de autocomposição, com base em uma metodologia de acolhimento e escuta empática.

Entretanto, o que se aduz, inicialmente, é a existência de uma lacuna legislativa que regulamente formalmente, as ações desenvolvidas, antes de 2014, quando teve início um projeto embrionário de mediação escolar, desenvolvido, em oito escolas municipais de Fortaleza, juntamente com o Ministério Público do Estado do Ceará, sob o título " Mediação - Convite de Paz"[186] Diversas questões administrativas, à nível municipal, dificultaram uma ação contínua, nesse sentido, o que impediu a divulgação do projeto e levou a renovação desse, atualmente, denominado Projeto EMPAZ (Escola Mediadora que promove a Paz).

Prova disso é que o Estado do Ceará, desde 31.08.2015, já havia se comprometido a adotar ações com vistas à implantação, a manutenção e à ampliação do Programa de mediação escolar e Práticas Restaurativas, mas a proposição só ganhou força, após reunião ocorrida, em 28.03.2016, na sede da Organização *Terres des Hommes*, quando o ente estatal foi provocado por meio de notificação recomendatória n. 03-16 oriunda da 16ª Promotoria de Justiça de Defesa da Educação, de 01.04.2016 que determinou às escolas estaduais que promovessem a revisão dos seus projetos pedagógicos, com prioridade para inserção de práticas restaurativas, notadamente a mediação, a serem implementadas por meio da Secretaria de Educação do Estado.

O Ministério Público do Ceará, novamente, por meio da Recomendação n.01/2018 ratificou a necessidade de consolidação da mediação, a nível de município e de Estado, nas suas respectivas unidades escolares. Em decorrência desse trabalho de fiscalização, em 2018, a Secretaria Municipal de Educação, por meio da Célula de Mediação Social e Cultural de Paz, promoveu vários trabalhos, dentre os quais, a IV Semana de mediação escolar, que ocorreu de 25 a 27 de setembro de 2018, durante a qual foram desenvolvidos trabalhos nas escolas, com temáticas envolvendo cultura de paz, mediação de conflitos, valorização da vida, inclusão, educação emocional, comunicação não-violenta, justiça restaurativa, entre outras. Na oportunidade, participaram das atividades além dos orientadores educacionais e técnicos da célula de mediação do município de Fortaleza, gestores, professores, coordenadores pedagógicos e parceiros convidados.[187]

Atualmente, a nível de unidades escolares municipais, ocorreu a implantação do programa, em 18 escolas, trabalho esse iniciado, na semana de mediação, do ano de 2017, das quais quatro delas já conseguiram concluir a capacitação dos profissionais envolvidos. São

[186] Informação repassada pela técnica mediadora Joelma Gomes, pedagoga, especialista em mediação de conflitos.

[187] Notícia publicada na intranet da Secretaria Municipal de Educação de Fortaleza, em 19.09.2018. Disponível em: http://intranet.sme.fortaleza.ce.gov.br. acesso em 05.07.2019.

elas, as escolas de Ensino Fundamental Teresinha Parente; Professora Irene; Cordeiro Neto e Martins Aguiar, graças ao esforço de diretores, professores e corpo técnico participante do projeto[188].

A nível de unidades escolares estaduais, foi assinado, primeiramente, com a Secretaria de Educação do Estado do Ceará- SEDUC e o Ministério Público um termo de cooperação técnica n. 15/2016 (ver modelo anexo). Posteriormente, em 26.10.2017, o Estado do Ceará, por meio da SEDUC renovou o compromisso juntamente com outros municípios cearenses, por meio da celebração de outros acordos de cooperação técnica com o Ministério Público, no sentido de implantar células de mediação escolar em municípios cearenses[189] Constata-se assim, de forma a representar uma vitória para sociedade, o reconhecimento de direitos humanos, pois aqueles têm uma estreita relação de reciprocidade com valores éticos, advindos da moral e do direito, na medida que estão permeados de inspirações filosóficas, sociais e jurídicas (BEZERRA, 2008, p.12), que colaboram nesse processo de humanização de todos os membros da sociedade.

Para analisar as dificuldades em se uniformizar e ampliar a proposta de mediação, nas escolas municipais de Fortaleza, diante da atual conjuntura educacional transversal, inaugurada pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação- Lei 9394/96, optou-se em realizar além de uma pesquisa bibliográfica, uma pesquisa documental com a legislação existente acerca da matéria e de campo, mediante entrevista realizada com a mediadora de conflitos, Joelma Gomes, na Sede da Secretaria de Educação do Município de Fortaleza, em 17.07.2019, e com a Dra. Elizabeth Maria Almeida de Oliveira, promotora de justiça de Defesa da Educação, em 08.07.2019.

MEDIAÇÃO DE CONFLITOS

A mediação é um método de autocomposição de conflitos, que atua por meio do desenvolvimento de habilidades sócio-emocionais, de estabelecimento de vínculos, por meio do qual um terceiro imparcial, escolhido ou aceito pelas partes, orienta as partes a expor suas necessidades, de modo a desenvolver elas próprias uma solução para o caso concreto em discussão.

A mediação comunitária, no Brasil, surgiu pela primeira vez, em 24 de setembro de 1999, na Federação do Movimento Comunitário do Pirambu, em Fortaleza, no Estado do Ceará. Para que esta surgisse foi indispensável associá-la a figura do mediador comunitário,

[188] Informação repassada pela técnica em mediação, Joelma Gomes, em entrevista realizada no dia 16.07.2019.
[189] Notícia disponível em: http://www.ceara.gov.br. acesso em 05.07.2017.

que é aquele indivíduo estranho ao conflito, escolhido dentre os membros da comunidade, que participa do processo de mediação, de forma espontânea, após capacitação, e auxilia na construção de uma resolução para o litígio, por meio de metodologias de escuta e interação.

O mediador não impõe a decisão, pois esta é construída pelas pessoas interessadas. O mediador comunitário realiza a gestão do dissenso, tendo como referência o Código de Ética dos Mediadores do Ministério Público do Estado do Ceará (ASCOM, 2014). Conforme informações retiradas do site do Ministério Público do Estado do Ceará, o pioneirismo nesse tipo de resolução de conflitos é destaque e já existe a algum tempo, no Estado do Ceará:

> A primeira Casa de Mediação Comunitária do Brasil foi inaugurada em 24 de setembro de 1999. Em 2003, o Programa Casa de Mediação Comunitária, vinculado à Secretaria da Ouvidoria Geral e do Meio Ambiente (SOMA), foi transferido para a Secretaria de Justiça e Cidadania do Estado do Ceará (SEJUS), ao qual permaneceu até maio de 2008, sendo então, transferido para o Ministério Público do Estado do Ceará.
> O dia 13 de setembro foi instituído pela Lei nº 14.620/2010, como o "Dia Estadual do Mediador Comunitário". Em outro momento, a Câmara Municipal de Fortaleza instituiu em 24 de setembro o "Dia Municipal do Mediador Comunitário". A data fora escolhida fazendo referência ao dia de inauguração da primeira Casa de Mediação Comunitária do Brasil. Os mediadores, no desempenho de suas funções, com compromisso e ética, vem contribuindo com importância da mediação comunitária no estado do Ceará, gerando uma política de pacificação social. O procedimento da mediação segue os critérios da voluntariedade, autonomia das partes, gratuidade, imparcialidade, confidencialidade e competência.[190]

No Brasil, a regulamentação federal da matéria ocorreu, em 2015, por meio da Lei da Mediação – Lei 13.140/15 e, no âmbito judicial, de forma mais expressa, pelo Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/15. Ambas as legislações reforçam o conceito anteriormente citado. A Lei d Mediação enumera características basilares, que evidenciam algumas exigências a serem observadas, por ocasião da mediação, pelo aplicador do direito, são elas: independência, imparcialidade do mediador; respeito à igualdade das partes por parte deste; oralidade, informalidade e liberdade de escolha dos envolvidos. O objetivo almejado também deve estar sempre voltado para a solução do dissenso, com manutenção do sigilo das informações fornecidas; de forma que a decisão formulada respeite à boa-fé e alcance as partes de forma esclarecedora[191].

A mediação extrajudicial é também tratada pela lei e estabelece um norte para mediação escolar, pois lá se esclarece que ela pode ser pactuada livremente por qualquer dos envolvidos no conflito, para qual é necessário mero convite, com indicação de data, local e horário do encontro. A ausência de resposta, no prazo de 30 dias, é considerada recusa

[190] Notícia veiculada pela Assessoria de Comunicação do Ministério Público do Estado do Ceará - ASCOM. Disponível em: http://tmp.mpce.mp.br/servicos/asscom/destaques.asp?cd=3310. acesso em: 05.07.2017

[191] Disponível em: https://www.dizerodireito.com.br/2015/06/comentarios-lei-131402015-lei-da.html. acesso em: 05.07.2017.

(parágrafo único, art. 21), sendo que esta pode ocorrer expressamente, em menos tempo. Excepcionalmente, os dados fornecidos para resolução do conflito serão divulgados. Tais hipóteses dependem, alternativamente, da concordância expressa dos envolvidos; exigência legal; para elucidação de crime de ação pública; ou houver necessidade daquela para fins de implementação do pacto celebrado.

A mediação enquanto prática restaurativa é, portanto, reconhecidamente uma das formas mais eficazes de resolução de conflitos. No que diz respeito a mediação escolar, a Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) também a respalda, pois estabelece a excepcionalidade da intervenção judicial, de modo a se priorizar os mecanismos de autocomposição de conflitos (art. 35, inc. II).

No que diz respeito à escola de ensino fundamental, objeto do presente estudo, na qual a responsabilidade de manutenção e estruturação dessas unidades escolares compete ao Município, percebe-se por parte dos profissionais envolvidos o interesse em construir uma regulamentação legal sobre o tema, pois o que se vislumbra, em Fortaleza, ainda são dificuldades em se manter um diálogo contínuo sobre o assunto. Referida visão, mais legalista do assunto, não se coaduna com as experiências de construção e mudança de mentalidade, que a educação pode direcionar.Conscientizar para propagar, eis uma das proposições do presente trabalho, voltada mais para realização de campanhas publicitárias de divulgação dos benefícios da mediação, de âmbito nacional acerca do tema.

Isso porque, os dois principais empecilhos, atualmente, em discussão, pelos agentes envolvidos, para ampliação plena do programa no município de Fortaleza, são mais estruturais do que financeiros, propriamente dito. São eles, a dificuldade de inserir, dentro da atual estrutura de planejamento educacional tradicional, a capacitação dos profissionais e alunos envolvidos no programa, o que exige uma mudança de olhar a nível cultural, bem como a descontinuidade operacional decorrente das constantes mudanças de direcionamento por parte dos órgãos vinculados à Secretaria de Educação do município. O que não parece ser diferente, no âmbito estadual, embora nesse âmbito, o programa estadual esteja inserido em outro maior denominado Ceará Pacífico.[192] Um estudo voltado para o levantamento desses dados pode garantir legitimidade para trabalhos mais abrangentes por parte do Município, que alcance as 574 unidades escolares do município de Fortaleza, que é a 5ª maior rede de escolas do país. Da mesma forma, em relação ao Estado do Ceará que possui um número menor de escolas sob seu cargo, mas que indiquem, pela faixa etária, um número maior de estudantes, professores, colaboradores atingidos pelo fenômeno da violência física e psicológica.

[192] Notícia disponível em: http://www.ceara.gov.br. acesso em: 05.07.2017.

MEDIAÇÃO E EMOÇÕES

Ouvir atentamente e discutir com o outro indivíduo são as bases norteadoras de qualquer mediação. Pois é essa a técnica que permite as partes alcançarem uma solução para o dissenso. Ao tomar conhecimento das dificuldades e desafios de cada um, as partes envolvidas no litígio permitem adentrar em uma esfera da realidade até então desconhecida, que diz respeito à vida do outro. Dessa forma, são capazes de reformular as propostas iniciais pré-concebidas, pois tiveram oportunidade de serem ouvidas e compreendidas (SALES, 2007, p. 103).

Daniel Shapiro[193] e Roger Fisher[194] defendem que esforçar-se em expor o aspecto emocional e não escondê-lo, no momento da tentativa de acordo, é o que tem favorecido os processos de construção de soluções pacíficas, nas negociações e mediações (SALES, 2016, p. 966). Isso porque hoje já se sabe, graças a estudos da neurociência, que a maior parte das deliberações humanas ocorre utilizando-se as emoções e não a razão. Simon Sinek[195], em sua teoria, denominada "Círculo de Ouro", explica que tal fato ocorre por que as emoções e deliberações são produzidas em partes mais significativas do cérebro humano.

No que pertine ao ambiente escolar, Sales (2007) cita os seguintes fatores geradores de violência, desestrutura familiar; utilização de entorpecentes; guarda de armamento; longos períodos de tela; escola sem opções de lazer e sem segurança; dificuldade de relacionamento entre educadores e educandos (falta de conversa entre eles) e entre os próprios alunos; desestímulo quanto ao futuro profissional. Logo, é preciso uma ação conjunta entre Estado (Município e Estado), família e sociedade civil, a fim de viabilizar ambientes mais propícios para o desenvolvimento de trabalhos de prevenção, nesse campo.

Isso porque a escola ideal não é mais aquela que estabelece parâmetros definidos de aprendizagem. A interdisciplinariedade e transversalidade buscam aprimorar e desenvolver habilidades que preparem o aluno para as novas exigências do mercado mundial, que não está mais restrito a minha cidade, ou local de trabalho. Nenhuma das disciplinas ministradas pode se excluir do contexto dos direitos humanos, na medida de inserção com as realidades práticas vivenciadas. A questão dialógica e participativa com a comunidade é o diferencial da escola

[193] Daniel Shapiro é diplomata americano, formado em Harvard. Escreve sobre o uso das emoções nas negociações.
[194] Roger Fisher foi professor de Direito emérito da Harvard Law School e diretor do Harvard Negotiation Project.
[195] Especialista em liderança que criou um conceito que tem por objetivo criar e desenvolver o valor de uma nova idéia, negócio ou campanha.

do século XXI, pois prepara e estimula os alunos a desenvolver habilidades tais como, resolução de problemas, liderança, comunicação, pensamento crítico, dentre outras (DELORS, 1998).

O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dispondo de mecanismos de atuação administrativa como o inquérito civil, a recomendação administrativa, o termo de ajustamento de conduta e a audiência pública, sem aqui fazer referência a ação civil pública, por já se tratar de uma solução judicial, pode-se aqui indagar o motivo pelo qual estas outras ferramentas institucionais de caráter extrajudicial são pouco utilizadas. Adentra-se, assim, em outro papel importante, do Ministério Público, o de acompanhamento de Políticas Públicas. Isso porque o avanço da judicialização do país e, consequentemente, dos mecanismos antecedentes e preparatórios para isso acabou gerando inefetividade da atuação dos membros ministeriais. Prova disso é o descumprimento de inúmeras decisões judiciais pelos entes estatais.

Resistentes a tentativa de celebração de termos de ajustamento de conduta, os gestores prestam-se, no máximo, a celebrar termos de colaboração técnica - anexo III. Resta nos utilizar a audiência pública, mas antes disso, os órgãos ministeriais necessitam de apoio e auxílio técnico, para desenvolver um processo de divulgação e esclarecimento acerca do tema, é preciso conscientizar a sociedade de que a mediação escolar é importante instrumento de pacificação social. Em uma cultura com resquícios de legalidade formal que impede o avanço do instrumentos como a mediação, não se vislumbra um caminho diferente, senão o de sensibilizar a população.

A interação com os Poderes Executivo e Legislativo é um desafio. Mas, uma vez alcançada pode ser bastante producente, na medida que pode solucionar problemas burocráticos e prevenir a mitigação de outros, inclusive como ponto de partida para criação de legislação municipal ou estadual que regulamente assuntos de interesse de todos.

A resolução de conflitos sem judicialização é uma exigência do século XXI. Fechar os olhos para o desenvolvimento das novas técnicas e métodos de autocomposição é um risco para a sociedade. Até porque de forma mais efetiva e preventiva pode-se alcançar soluções mais eficazes, no cotidiano de todos e, em especial, no desenvolvimento do trabalho do membro ministerial, tão salutar e necessário para a sociedade.

EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA

Os Estados têm buscado políticas públicas emergenciais, em relação ao fenômeno da violência, e os governos democráticos têm adotado medidas, na maioria das vezes, ineficazes, quando essa prática envolve crianças e adolescentes. Na escola, os relatos de muitos educadores demonstram sentimentos de descrença quanto às possibilidades de se realizar um trabalho preventivo em sala de aula (CORRÊA, 2013).

Isso porque são expostas, diuturnamente, relatos de práticas do próprio ambiente escolar, que geram ou potencializam a violência, quais sejam, *bullying*[196] e indisciplina escolar; valorações com base em merecimento; competição; inaptidão dos professores para realizar determinadas atividades e abordagens; exercícios ou tarefas inacabadas ou mal realizadas (MACHADO; MARTINS, 2017), dentre outros fatores institucionais e externos.

Algumas experiências positivas, nas escolas de São Paulo, citadas por Machado e Martins (2017), tais como, (a) estreitamento de laços entre alunos, família e sociedade; (b) decréscimo do número de ausências, nas aulas, e, consequentemente, do abandono escolar; (c) crescimento do respeito dos alunos para com os professores; (d) mais ordem nas instituições educacionais; (e) melhor aproveitamento dos educandos, nos estudos; e (f) diminuição de danos ao patrimônio da escola, dentre outros, demonstram os benefícios que a mediação pode alcançar, em relação ao problema da violência, nas escolas.

Percebe-se, portanto, em vista também de evitar atos de indisciplina e infracionais, que o ambiente escolar mostra-se útil, em razão da possibilidade de promover uma cultura de paz e tolerância mútua, cuja precisão encontra-se, na Lei 13.185/15- art. 4º, inc. VII, que instituiu o combate a intimidação sistemática – *bullyng.*

Assim apresenta-se o presente trabalho para propor a divulgação da necessidade de ampliação e o aprimoramento da mediação nas unidades escolares, por outros meios, que alcancem a sensibilidade coletiva, num movimento cultural de desjudicialização. Da mesma forma a cobrança contínua e uniforme da capacitação dos educadores e demais membros colaboradores, no sentido de serem multiplicadores da proposta. Isso de maneira que possam expor os objetivos dessa forma de solução de conflitos e esclarecer os alunos de ensino fundamental, bem como os responsáveis por essas crianças e adolescentes, em relação aos riscos da continuidade da violência, no ambiente escolar.

[196] Trata-se de uma violência praticada de forma contínua, individualmente e/ou em grupo, a fim de causar algum dano à pessoa a quem tal ação é endereçada. Pode ocorrer de forma visível e direta, ou de maneira invisível e indireta, com objetivo de causar dor física e/ou psicológica ao destinatário do ato.

Mas, para que isso aconteça, a título de política pública, será necessário um acompanhamento contínuo por parte das promotorias especializadas, de modo a garantir o diálogo necessário ao enfrentamento dos obstáculos que são colocados pelos entes estatais responsáveis pela implementação da educação como direito humano e fundamental da criança e do adolescente, resguardados a título nacional (art. 205, CF/88), e internacional. Isso porque o direito à educação é mecanismo de ligação que possibilita o reconhecimento e abertura para o diferente, de forma que o conhecimento seja propagado e ensinado de forma mais prazerosa e útil, senão vejamos:

> **A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das atividades das Nações Unidas para a manutenção da paz (Declaração Universal dos Direitos Humanos**. ONU, 1948).
>
> "grifo nosso"

Virgílio Afonso da Silva (2008, p. 583) *apud* Sarlet ressalta a natureza econômica dos direitos sociais prestacionais, como é o caso da educação. Mas, em que pese a opinião de que se pode restringir tais direitos, em razão da insuficiência de recursos públicos para tanto, a questão é controversa, pois, a rigor, devem existir previsões orçamentárias com vistas a suprir esse intento. Por outro lado Sarlet (2011, p. 305), levanta a questão se tais direitos não estariam mais próximas de direitos subjetivos, que exigem a aplicação do princípio da isonomia, no sentido de idêntico acesso a prestações, do que direitos fundamentais sociais propriamente ditos.

Para alcançar esse desiderato, além da capacitação de educadores em temáticas relacionadas aos temas de direitos humanos, democracia e solidariedade social, sugerimos a propagação permanente, na escola e na comunidade, dos benefícios da mediação.

CONCLUSÃO

A Constituição Federal de 1988 e o Estatuto da Criança e do Adolescente - Lei 8.069/90 estabelecem a garantia de prioridade na efetivação dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes. Daí, porque o direito à educação, assegurado constitucionalmente (CF, art. 205), no Brasil, mas regulamentado a nível infraconstitucional, como forma de aprimorar a concretização desses direitos, é ambiente propício para exercício da cidadania, na medida em que, nesse campo, permite ações preventivas, voltadas não apenas para a diminuição da criminalidade e da violência, mas, para o fortalecimento da dignidade deles e de suas famílias.

Logo, de forma a representar êxito para sociedade, o reconhecimento dos direitos humanos, na história universal, tem uma estreita relação de reciprocidade com valores éticos, advindos da moral e do direito.

As disparidades sociais e a cultura excludente, sem valores consolidados, no sentido do respeito ao outro, independentemente de suas acepções políticas, religiosas, étnicas e sociais demonstram que a indisciplina e a violência, nas escolas, são fruto de uma instrumentalização do indivíduo, produto da sociedade de massas, que não encontra apoio na família, mas pode encontrar, na escola. Isso porque e mediação enquanto prática restaurativa é reconhecidamente uma das formas mais eficazes de resolução de conflitos. Até porque a Lei 12.594/12, que instituiu o Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo (SINASE) estabelece a excepcionalidade da intervenção judicial, de modo a se priorizar os mecanismos de autocomposição de conflitos (art. 35, inc. II).

Tem-se ainda que a adoção da mediação unida à transversalidade, trazida pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação como um dos parâmetros pedagógicos, norteadores das ações dos educadores, pode colaborar no incremento e incentivo a utilização desse instrumento de pacificação social, como mecanismo estimulador da esperança e do sentido de vida para esses menores e suas famílias.

Daí, considerando a importância da instituição escolar como um espaço de socialização desse público, é necessário e útil a capacitação dos educadores acerca de alternativas viáveis para a implementação e o incremento ordenado e sistemático da mediação para atuar preventivamente.

A mediação como meio preventivo eficaz, no combate à violência física e psicológica, sofrida por alunos e professores mais vulneráveis, por diversas razões de ordem física, étnica, intelectual, cultural, social ou econômica, deve ser divulgada por todos e fiscalizada pelo Ministério Público, em razão de suas atribuições constitucionais (art. 127 da CF). Ademais devem ser estimuladas experiências que favoreçam a interação entre Estado, comunidade escolar, pais e alunos, para que o convívio pacífico dentro da sociedade possa ser construído passo a passo com a colaboração de todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BEZERRA, Sônia Maria Albuquerque. **Educação em direitos humanos e a mediação escolar como instrumento que possibilita a prática do aprendizado em direitos humanos**. Dissertação (mestrado) – Universidade de Fortaleza, 2008.

BRASIL. Constituição (1988), **Constituição da República Federativa do Brasil,** Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. LEI 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 23 de dezembro de 1996. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 8 mai.2019.

BRASIL. LEI 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 26 de junho de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13140.htm>. Acesso em: 8 mai.2019.

BUSQUETS, Maria Dolors; et al. **Temas Transversais em Educação**. Bases para uma formação integral. Tradução Claúdia Schilling. 6 ed. São Paulo. Ed. Ática, 2000.

CORRÊA, Alex Sandro. (In)disciplina e Violência na Escola: uma análise sobre a (de)formação do indivíduo no contexto da Sociedade de massas. **Imagens da educação**, v. 3, n. 3, p. 38-50, 2013. Disponível em: <http://periodicos.uem.br/ojs/index.php/ImagensEduc/article/view/21811 >acesso em 08 mai.2019.

DELORS, J. et al. **Educação: um tesouro a descobrir:** relatório para a UNESCO da Comissão Internacional sobre Educação para o *Século XXI*. Tradução: José Carlos Eufrázio. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 1998.

MACIEL, Katia R. F. L. A (coord.); *et all*. **Curso de Direito da Criança e do Adolescente –** Aspectos teóricos e práticos. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2010.

MACHADO, Cristiane.; MARTINS, Angela Maria Martins. Gestão escolar: desafios na mediação das relações de convivência. **Revista on line de Política e Gestão Educacional**, Araraquara, v.21, n.2, p. 350-362, maio-ago. 2017. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.22633/rpge.v21.n.2.2017.9498>. acesso em 08 mai 2019.

MONTEIRO, Simone Souza; VARGAS, Eliane Portes; REBELLO, Sandra Monteiro. Educação, prevenção e drogas: resultados e desdobramentos da avaliação de um jogo educativo. **Educação & Sociedade**, v. 24, n. 83, 2003.

NASCIMENTO, Filippe Augusto dos Santos. **Direitos Fundamentais e sua dimensão objetiva.** Porto Alegre; Sérgio Antonio Fabris Ed.,2016.

1. NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**: adotada e proclamada pela Resolução 217 (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília, DF, 1998. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 20 out. 2014.

2. RAMOS, Katury Rayane Rodrigues. **Cultura de Paz na Escola:** Um estudo sobre mediação de conflitos em escolas públicas do Ceará. 2017. 106 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Sociologia, Universidade Estadual do Ceará, Fortaleza, 2017. Disponível em: <http://www.uece.br/ppgsociologia/index.php/arquivos/doc>. Acesso em: 10 fev. 2019.

3. RIBEIRO, Wânier Aparecida. **Abordagens Pedagógicas de Prevenção do Uso Indevido de Drogas por Adolescentes**: da Prática da Opressão à "Prática da Liberdade".2001. Monografia (Curso de Mestrado em Educação- Pontifícia Universidade Católica - PUC de Minas Gerais), Belo Horizonte, 2001. Disponível em:

<http://www.vs2.com.br/__cursos_html/Drogas_IFMG_2013/Wanier_dissertacao.pdf> acesso em 25 jun.2017.

4. SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação de conflitos escolares - uma proposta para a construção de uma nova mentalidade nas escolas. **Pensar**, Fortaleza, v. 9, n. 1, p. 89-96, fev. 2004. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br>. Acesso em: 08 maio 2019.

5. SALES, Lília Maia de Moraes. Mediação escolar: inclusão e pacificação dos jovens pela comunicação. **Pensar**, Fortaleza, v. 12, n. 1, p. 97-106, mar. 2007. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br>. Acesso em: 08 maio 2019.

6. SALES, Lília Maia de Moraes. A Mediação de Conflitos – lidando positivamente com as emoções para gerir conflito. **Pensar**, Fortaleza, v. 31, n. 3, p. 966-986, set-dez/ 2016. Disponível em: <https://periodicos.unifor.br>. Acesso em: 08 maio 2019.

7. SARLET. Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. 3ª tiragem. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

8. SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25ª Ed. São Paulo Malheiros Editores, 2005.

9. SILVA, Maria Aparecida da Universidade de Brasília Faculdade de Educação – UAB/UnB/MEC/SECADI. II Curso de Especialização em Educação na Diversidade e Cidadania, com Ênfase em EJA/ 2013-2014. **Projeto de Intervenção Local**: Ação prevenção e cidadania na Educação de Jovens e Adultos. Centro Educacional 1, Riacho Fundo II - DF, 2014.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: A mediação enquanto prática restaurativa, reconhecidamente eficaz, na resolução de conflitos, deve ser incentivada, na escola, e divulgada extrajudicialmente, de forma institucionalizada, pelo Ministério Público, para disseminar os seus benefícios junto a sociedade. Da mesma forma, sem prejuízo das demais ações de acompanhamento e fiscalização a cargo do membro ministerial, este órgão deve favorecer o diálogo entre os poderes de modo a normatizar a capacitação dos educadores e demais agentes envolvidos.

1. ANEXO - MODELO

ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA Nº ____/2016

ACORDO DE COOPERAÇÃO QUE, ENTRE SI, CELEBRAM A PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO CEARÁ E A SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ - SEDUC, PARA OS FINS QUE A SEGUIR ESPECIFICAM.

O **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ,** por meio da **PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA DO CEARÁ**, doravante denominada simplesmente **PGJ,** inscrita no CNPJ sob o nº 06.928.790/0001-59, com sede na Rua Assunção, 1.100, José Bonifácio, CEP 60.050-011, Fortaleza/CE, neste ato representada por seu Procurador-Geral de Justiça, **,** e a **SECRETARIA DE EDUCAÇÃO DO ESTADO DO CEARÁ**, doravante denominada simplesmente **SEDUC**, inscrita no CNPJ sob o nº 07.954.514/0001-25, com sede na Av. General Afonso Albuquerque, s/n, Cambeba, CEP 60.830-90, Fortaleza/CE, neste ato representada por seu Secretário de Educação do Estado do Ceará, ,

CONSIDERANDO que a promoção da cidadania e da solidariedade é um dos objetivos a ser perseguido pelo Estado Democrático de Direito, como se infere dos termos do artigo 3º, incisos I, III e IV da Constituição Federal;

CONSIDERANDO que, no programa de modernização do Poder Judiciário, se reconhece a importância, diante do congestionamento dos órgãos julgadores, dos métodos alternativos de resolução de conflitos;

CONSIDERANDO que a Mediação é universal e, seguramente, reconhecida como uma das mais eficazes técnicas de resolução pacífica de conflitos;

CONSIDERANDO o esforço para resolução de conflitos empreendido pela atual gestão da Secretaria de Educação nos estabelecimentos de ensino da rede Estadual e em suas diversas unidades administrativas;

CONSIDERANDO o crescente aumento da *conflitualidade* nas relações sociais em geral e no âmbito escolar particularmente;

CONSIDERANDO, por fim a preocupação das autoridades educacionais diante do crescimento da prática do assédio moral, denominado *bullying*, no âmbito escolar, e das diversas situações de conflito vivenciadas nos estabelecimentos de ensino da rede Estadual em suas diversas unidades administrativas;

RESOLVEM firmar o presente **ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA**, regido, no que couber, pela Lei Federal nº 8.666/1993 e ainda pelas seguintes cláusulas e condições:

CLÁUSULA PRIMEIRA – DO OBJETO

O presente Acordo de Cooperação Técnica tem por objeto a união de esforços para que se dê a implantação, pela Secretaria de Educação do Estado do Ceará – SEDUC, a partir do modelo proposto pelo Ministério Público do Estado do Ceará, do "Projeto de Implantação da Mediação Escolar", como uma política de redução dos impactos da violência urbana no ambiente das escolas públicas estaduais.

CLÁUSULA SEGUNDA – DA DELIMITAÇÃO DO OBJETO

Para os fins deste projeto, entender-se-á por Mediação Escolar todo o conjunto de saberes, comportamentos, habilidades, técnicas (da mediação e dos processos circulares) e procedimentos que têm como objetivo a construção de uma Cultura de Paz, conceito abrangente esse que é adotado em razão do contexto próprio, muito peculiar e diverso do ambiente escolar.

CLÁUSULA TERCEIRA – DAS OBRIGAÇÕES DOS PARTÍCIPES

Para a consecução do objeto deste Acordo:

I - A **SEDUC** compromete-se a:

a) instalar, na sua organização administrativa, no prazo de 60 (sessenta) dias, a Célula de Mediação Escolar, órgão que será responsável pela articulação, implementação, capacitação interna, fortalecimento e acompanhamento das ações referentes à Mediação Escolar, como uma política de prevenção e redução dos impactos da violência no ambiente escolar;

b) dotar referida Célula de Mediação de servidores públicos lotados na **SEDUC** que sejam sensíveis ao assunto em tela, possuam habilitação técnica para, posteriormente, gerirem suas próprias capacitações e se dediquem exclusivamente a essa atribuição;

c) garantir que todos os servidores que trabalharão na Célula de Mediação, bem como os representantes deste órgão perante as **CREDES,** participem da capacitação inicial e da formação continuada que serão ministradas, sob a Coordenação do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça da Infância, Juventude e Educação do **MPCE** – **CAOPIJ**, na Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará - ESMP;

d) adotar ações com vistas à implementação, à manutenção e à ampliação gradativa do Programa de Implantação da Mediação Escolar proposto pelo Ministério Público do Estado do Ceará, apresentando, no prazo de 60 (sessenta) dias, o devido cronograma;

e) garantir que, em todas as escolas estaduais, tão logo seja implementada a Mediação escolar:

1) que profissionais e alunos sejam capacitados pelos integrantes da Célula de Mediação Escolar da **SEDUC**;

2) que haja salas devidamente reservadas e fluxos para a aplicação dos procedimentos devidamente estabelecidos;

f) trocar informações, documentos e apoio técnico-institucional necessários, estabelecendo intercâmbio entre as instituições partícipes do projeto em tela, com o objetivo de ampliar o conhecimento técnico dos Mediadores e dos Instrutores em Mediação;

g) acompanhar, avaliar e supervisionar, constantemente, a execução pelos seus profissionais e alunos das ações de mediação de conflitos e círculos de construção de paz;

h) dar publicidade às ações advindas deste Acordo, desde que não possuam caráter sigiloso.

II - o **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO CEARÁ,** compromete-se a:

a) coordenar, por meio do CAOPIJ, e promover, por intermédio da ESMP e com o apoio das instituições parceiras citadas no "Projeto de Implantação de Mediação Escolar", tanto a formação inicial quanto a continuada da equipe técnica de servidores que comporá a Célula de Mediação de Escolar da SEDUC;

b) garantir que a formação inicial terá carga horária mínima de 50h/aula presenciais e 20h/aula de atividades à distância;

c) assegurar que as suas formações:

1) terão como finalidade precípua a formação de multiplicadores que sejam capazes de, posterior e autonomamente, identificar, sensibilizar e capacitar os professores e alunos que trabalharão como mediadores escolares;

2) manterão alto padrão de qualidade e conferirão as devidas certificações.

CLÁUSULA QUARTA – DA POSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO LOCAL DAS CAPACITAÇÕES

Os cursos de capacitação poderão ser ministrados noutras dependências que não as da ESMP, desde que haja consenso entre as partes.

CLÁUSULA QUINTA – DO ACOMPANHAMENTO

Os partícipes designarão gestores para acompanhar, gerenciar e administrar a execução do presente Acordo.

CLÁUSULA SEXTA – DOS RECURSOS FINANCEIROS E MATERIAIS

O presente Acordo não envolve transferência de recursos entre os partícipes, os quais alocarão recursos financeiros e humanos de acordo com suas próprias dotações orçamentárias.

CLÁUSULA SÉTIMA – DA EFICÁCIA E DA VIGÊNCIA

Este Acordo terá eficácia a partir da data de sua publicação e vigência por 24 (vinte e quatro) meses, exceto se houver manifestação expressa em sentido contrário, podendo ser prorrogado, nos termos da Lei Federal nº 8.666/1993, até o prazo máximo de 60 (sessenta) meses.

CLÁUSULA OITAVA – DO DISTRATO E DA RESILIÇÃO UNILATERAL

Os partícipes poderão, a qualquer tempo, promover o distrato do presente Acordo por mútuo consentimento, ou a resilição unilateral por iniciativa de qualquer deles, mediante notificação por escrito, com antecedência mínima de 30 (trinta) dias, restando para cada qual, tão somente a responsabilidade pelas tarefas em execução no período anterior à notificação.

Parágrafo único. Considerar-se-á antecipadamente rescindido o acordo no caso de descumprimento injustificado de quaisquer cláusulas por qualquer das partes.

CLÁUSULA NONA – DAS ALTERAÇÕES

O Acordo poderá ser alterado, por mútuo entendimento entre os partícipes, durante a sua vigência, mediante Termo Aditivo, visando a aperfeiçoar a execução dos trabalhos, vedada a alteraçao do objeto.

CLÁUSULA DEZ – DA AÇÃO PROMOCIONAL

Em qualquer ação promocional relacionada ao objeto do presente Acordo, será, obrigatoriamente, destacada a colaboração dos partícipes, observado o disposto no artigo 37, §1º da Constituição Federal.

CLÁUSULA ONZE – DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

Aplicam-se à execução deste Acordo os termos da Lei Federal nº 8.666/1993, no que couber, os preceitos de Direito Público e, supletivamente, os Princípios da Teoria Geral dos Contratos.

CLÁUSULA DOZE – DA PUBLICAÇÃO

O presente Acordo de Cooperação deverá ser publicado pela **PGJ** no Diário da Justiça Eletrônico, na forma de extrato, até o quinto dia útil do mês seguinte ao de sua assinatura.

CLÁUSULA TREZE – FORO

Fica eleito o foro de Fortaleza/CE, com exclusão de qualquer outro, para dirimir eventuais questões oriundas deste instrumento, não resolvidas administrativamente.

E, assim, por estarem as partes devidamente ajustadas, lavra-se o presente ACORDO DE COOPERAÇÃO TÉCNICA em 04 (quatro) vias de igual teor, forma e finalidade, que serão assinadas por seus representantes e pelas testemunhas a seguir discriminadas.

Fortaleza, de junho de 2016.

Procurador Geral de Justiça **Secretário de Educação do Estado do Ceará**

Testemunhas

_____ _____

Nome: Nome:

* Observação dirigida à Comissão temática: A autora e responsável pela apresentação da tese é **Terezinha Antonia de Albuquerque Gomes,** promotora de justiça do **Ministério Público do Estado do Ceará**, titular da 171ª Promotoria de Justiça de Fortaleza, Residente na Rua Dona Leopoldina, 480, apart. 101, centro, Fortaleza/Ce, cep. 60110-000. Contato: (85) 9820301.45 ou (85) 992217464, email: terezinhagomes@gmail.com

DISCURSO DE ÓDIO E CAMINHOS PARA A EFETIVIDADE DA TUTELA DE DIREITOS HUMANOS NO ESPAÇO CIBERNÉTICO

Moacir Silva do Nascimento Júnior[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA

O trabalho analisa a regulação jurídica do espaço cibernético com o objetivo de identificar formas de conter os danos sofridos pelas vítimas da crescente difusão de conteúdo eletrônico que expressa preconceito, discriminação, xenofobia e outras formas violentas de exercício ilegítimo da liberdade de expressão do pensamento. Enfrenta questões ligadas à liberdade de expressão e sua adequada limitação conceitual, reavaliadas a partir das particularidades da comunicação que atualmente prevalece em razão dos modernos instrumentos de comunicação. Sustenta que a indicação do endereço de conteúdo eletrônico não é a única forma de atender ao requisito da identificação clara e específica previsto no Marco Civil da Internet, notadamente quando se trata de mídia viralizada, e propõe formas de maximizar a efetividade da tutela jurídica.

INTRODUÇÃO

Este trabalho parte de conceitos ligados às novas tecnologias, como viralização, aplicações de internet e proteção de dados, para analisar a regulação jurídica do espaço cibernético com o objetivo de identificar formas de conter os danos sofridos pelas vítimas da crescente difusão de conteúdo eletrônico que expressa preconceito, discriminação, xenofobia e outras formas violentas de exercício ilegítimo da liberdade de expressão do pensamento. Embora exista uma perspectiva de inviabilidade prática de uma rede mundial de computadores ser controlada do ponto de vista jurídico, considerando que sua infraestrutura está dividida por equipamentos localizados em diversos estados soberanos, serão abordados instrumentos técnicos e do direito, e a possibilidade de que atinjam parâmetros mínimos de efetividade para a tutela de direitos fundamentais.

Também serão enfrentadas questões ligadas à liberdade de expressão e sua adequada limitação conceitual, tendo em vista a inexistência de direitos absolutos e a necessidade de o Estado desenvolver políticas de repressão jurídica e técnica dos conteúdos que podem ser enquadrados na categoria de atos violadores de direitos humanos. Os limites da liberdade de expressão, portanto, serão reavaliados a partir das particularidades da comunicação que atualmente prevalece em razão dos modernos instrumentos de comunicação, a exemplo das redes sociais e suas possibilidades de compartilhamento de conteúdo que viabiliza o crescimento da repercussão de uma mensagem em escala exponencial.

Ao final do texto, com base em tais reflexões e elementos teóricos, considerando também evolução jurisprudencial que vem ocorrendo no Brasil, embora de forma tímida e lenta, até mesmo no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, será proposta síntese dogmática que fixa posição jurídica adequada e necessária ao atingimento de um mínimo de eficiência na tutela de direitos humanos no espaço cibernético, a exemplo do que está ocorrendo há alguns anos em países integrantes da União Europeia.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA[197]

A atividade de difusão do discurso de ódio[198], fenômeno muito anterior ao desenvolvimento do primeiro circuito integrado, há mais de sessenta anos[199], tem encontrado cada vez mais espaço na internet – "o sistema constituído do conjunto de protocolos lógicos, estruturado em escala mundial para uso público e irrestrito, com a finalidade de possibilitar a comunicação de dados entre terminais por meio de diferentes redes" (BRASIL, 2014, art. 5º, I) – ou em outras esferas do que é denominado, neste trabalho, de espaço cibernético, e que pode ser definido como o "espaço virtual, composto por dispositivos computacionais

[197] O presente texto tem por base dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes, que foi publicada, após sua aprovação e com adaptações, pela Lumen Juris Editora, cujo título é "Exposição de adolescentes acusados de atos infracionais no espaço cibernético" (NASCIMENTO JÚNIOR, 2019).

[198] Para uma abordagem jurídica em que foi realizada profunda análise das nuances que cercam o debate sobre a liberdade de expressão e manifestações em que estão contidas mensagens passíveis de enquadramento como discurso de ódio, cabe consultar a obra de Flávio Medrado (2018), intitulada "Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microssistema penal do discurso de ódio".

[199] "Em maio de 1959, a descoberta foi anunciada ao público. Mark Shepherd, líder do departamento de semicondutores, chamou a criação de 'o produto mais importante desenvolvido no Texas Instruments desde que divulgamos a disponibilidade comercial de um transistor de silício'. De acordo com a esposa de Kilby, o engenheiro nunca clamou pelo crédito da invenção sozinho, sempre atribuindo-o a Pat Harbrecht, Yeargan e dezenas de engenheiros e cientistas ao redor do mundo. Desde aquele período, o microchip mudou significativamente de preço. Se o primeiro tinha um custo de produção de 450 dólares, hoje já é possível produzir a mesma coisa por menos de dez centavos. Os primeiros chips eram dependentes de tubos de vácuo, que eram grandes, caros e costumavam aquecer muito rápido" (PRIMEIRO, 2014).

conectados em redes ou não, onde as informações digitais transitam, são processadas e/ou armazenadas" (BRASIL, 2014). Quando se fala em ciberespaço, expressão que pode ser lida como sinônimo de espaço cibernético, o que se deseja significar é "uma rede global de infraestruturas de tecnologias de informação interligadas, especialmente as redes de telecomunicações, bem como os sistemas informáticos de processamento de dados" (KIST, 2019, p. 42).

Por meio da popularização de tais sistemas eletrônicos, viabilizou-se a criação da internet, com seus conteúdos que permitem plena interatividade com o usuário, potencializada por serviços mantidos pelas empresas que administram redes sociais e exploram aplicações de mídia digital[200], que permitem inclusive a transmissão de vídeos em tempo real de forma gratuita e com diversos canais de interação com o público. Embora sirva a propósitos muito nobres, a exemplo da promoção de lutas por reconhecimento (HONNETH, 2003), o espaço cibernético também pode ser explorado para finalidades ilícitas, inclusive no contexto de atentados contra a soberania nacional e cenários bélicos. Trata-se de conceito que, dada a sua relevância, figura entre os cinco domínios operacionais da doutrina militar[201], todos interdependentes, quais sejam, o terrestre, o marítimo, o aéreo e o espacial.

O espaço cibernético, portanto, ao passo em que se encontra ligado de forma muito estreita à internet, "no sentido de haver entre ambos uma explícita coexistência e interdependência – o ciberespaço foi criado e é constantemente recriado pela Internet" (KIST, 2019, p. 46), caracteriza-se como uma arena de comunicação que não possui uma correlação física direta. A clássica imagem da praça pública, onde poderiam ser proferidos discursos, espalhados cartazes, propagados boatos, é substituída por uma nova modalidade de relacionamento que se materializa por meio de estruturas físicas espalhadas por toda a superfície terrestre (computadores, centros de armazenamento de dados, antenas), no subsolo (cabos de fibra ótica), no interior de oceanos (cabos submarinos) e até no espaço (satélites de comunicação), e dá lugar a experiências que simulam o relacionamento com outros seres

[200] Segundo o Marco Civil da Internet, aplicações são "o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet" (BRASIL, 2014, art. 5º, VII).

[201] A Doutrina Militar de Defesa Cibernética, aprovada pelo Ministro da Defesa por meio da Portaria nº 3.010/MD, de 18 de novembro de 2014, conceitua a Cibernética como o "termo que se refere à comunicação e controle, atualmente relacionado ao uso de computadores, sistemas computacionais, redes de computadores e de comunicações e sua interação. No campo da Defesa Nacional, inclui os recursos de tecnologia da informação e comunicações de cunho estratégico, tais como aqueles que compõem o Sistema Militar de Comando e Controle (SISMC2), os sistemas de armas e vigilância, e os sistemas administrativos que possam afetar as atividades operacionais" (BRASIL, 2014). Consta do texto doutrinário que "as atividades no Espaço Cibernético podem criar liberdade de ação para atividades em outros domínios, assim como atividades em outros domínios também criam efeitos dentro e através do Espaço Cibernético. O objetivo central da integração dos domínios é a habilidade de se alavancar capacidades de vários domínios para que sejam criados efeitos únicos e, frequentemente, decisivos" (BRASIL, 2014).

humanos[202] a partir da programação de sistemas dotados de inteligência artificial.

Logo, existe "um 'lugar' de comunicação, embora sem natureza física primária, essencialmente relacional, ou seja, o ciberespaço é um "espaço" porque nele as pessoas se encontram e se relacionam" (KIST, 2019, p. 46). Esse lugar pode simplesmente sumir logo após cumprir suas finalidades, como na hipótese de um perfil de rede social criado para praticar crimes contra a honra de determinada pessoa durante alguns dias e que logo após é excluído pelo usuário e, por consequência, tem seus dados eliminados dos computadores pertencentes à empresa que mantém o serviço[203]. Se os cartazes outrora colados em muros podiam ser removidos pela autoridade policial para posterior apresentação em juízo como evidência criminal, o conteúdo originalmente publicado por referido usuário da internet desaparece de forma definitiva quando solicitada por ele a exclusão do seu perfil.

Trata-se de dificuldade passível de contorno no âmbito probatório por meio de estratégias[204] de registro do conteúdo publicado, a exemplo do que sempre ocorreu, por exemplo, quando da busca de responsabilização de alguém em razão de discursos ou transmissões televisivas. As palavras, embora registradas pela memória dos próprias pessoas envolvidas, sejam interlocutores ou expectadores, com muito mais força na daqueles que foram vítimas de insultos ou outras lesões aos seus direitos da personalidade[205], precisam ser

---

[202] "A 'Web 2.0' é também chamada de 'web participativa', e se manifesta principalmente por meio de blogs, chats (bate-papo), mídias sociais colaborativas, redes sociais e de extenso conteúdo produzido e veiculado pelos próprios internautas; os principais veículos existentes e que concretizam essa noção são YouTube, Facebook, Flick, Picasa, Wikipédia e os muitos mensageiros eletrônicos instantâneos, como o WhatsApp, Telegram, e outros. No entanto, a 'Web 2.0' não representou o ponto de chegada ou o fim da linha evolutiva da intercomunicação; com efeito, fala-se em 'Web 3.0', 'Web Semântica' e 'Web Inteligence', para referir uma forma de organização das informações, permitindo um uso mais inteligente do conhecimento e conteúdo disponibilizado on-line, criando cenários em que as pessoas estão conectadas o tempo todo por meio de smartphones, smartTV's, iPod's, tablets, videogames, etc. Uma das características marcantes da 'Web 3.0' é a de servir-se de softwares que vão 'aprendendo' com o conteúdo existente na Internet, chegando a conclusões sobre tendências, necessidades e preferências do usuário que, por isso, não precisa mais 'refinar a pesquisa', pois a 'Web 3.0' se dispõe a fazê-lo sozinha" (KIST, 2019, p. 51).

[203] Analisando o problema que o direito à privacidade está gerando para o pleno desenvolvimento do livre comércio, Evgeny Morozov afirma que "a verdadeira natureza da aliança oculta entre o neoliberalismo e o Vale do Silício se revela por inteiro nas discussões correntes a respeito do TTIP, o polêmico acordo de liberalização do comércio entre os Estados Unidos e a Europa, assim como dos seus dois irmãos, o TiSA e o TPP. Um aspecto pouco notado da arquitetura jurídica que emerge desses tratados é que, salvo uma improvável rebelião dos cidadãos, a Europa terminará sacrificando o seu compromisso sólido e muito estimado com a proteção de dados. Essa postura protecionista – que visa sobretudo ao resguardo dos cidadãos contra uma intrusão corporativa e estatal excessiva – está cada vez mais em desacordo com a mentalidade de "apropriação generalizada" que marca o capitalismo contemporâneo" (MOROZOV, 2018, p. 854).

[204] Higor Vinicius Nogueira Jorge elenca os seguintes exemplos de investigação tecnológica: "interceptação telefônica e/ ou telemática, pesquisa de informações disponíveis na internet e em bancos de dados físicos, pesquisa de imagens extraídas de recursos tecnológicos, incluindo câmeras de segurança, câmeras fotográficas, celulares, relatórios extraídos de softwares de análise de vínculos ou utilizados para examinar dispositivos informáticos e outros meios" (JORGE, 2018, p. 380).

[205] O conceito de direitos da personalidade é trabalhado por pesquisadores com obras na área de direito civil, como Bruno Miragem (2014), e se relaciona com os direitos fundamentais previstos nos textos constitucionais e com os direitos humanos consagrados pela comunidade internacional nos diversos tratados

levadas a juízo em suporte físico que permita a sua reprodução com a maior fidelidade possível à manifestação que se pretende julgar ilícita. O ciberespaço, portanto, é real, "embora não se manifeste fisicamente; é um espaço 'virtual', que despreza e supera distâncias, nomeadamente pela interação que possibilita e simultaneidade e reciprocidade nas comunicações" (KIST, 2019, p. 46-47). Embora a constante alternância de posições entre emissores e receptores de mensagens pode dar a entender que inexiste a noção de espaço, enquanto conceito ligado à geografia e ao tempo, a estrutura física de comunicação é real, mas imperceptível para aqueles que não possuem conhecimentos mais avançados na área de tecnologia, e existe repercussão no plano psicológico dos envolvidos.

A vivência daqueles que participam da experiência comunicativa no espaço cibernético pode ser mais impactante do que episódios em que não há avançadas ferramentas tecnológicas envolvidas. Uma vaia sofrida por um jogador de basquete que errou lance livre decisivo na final do campeonato, mesmo que em um ginásio lotado, terá menos impacto do que a publicação em redes sociais de notícia falsa com imagem de homem parecido com ele mantendo ato sexual com pessoa diversa da sua esposa, instantaneamente compartilhada por dezenas de milhões de usuários. A violação da honra, nesse caso, ocorre em escala incomparavelmente superior ao dos atos de protesto dos torcedores que destacaram a sua imperícia em momento decisivo.

Mesmo que resida nos Estados Unidos, o atleta não conseguirá remover de todos os "muros" da internet tal cartaz apócrifo e terá que conviver com a repercussão da notícia em sites hospedados por empresas localizadas em dezenas de países diferentes, o que demandaria o acionamento de sistemas de justiça por meio de custosa estrutura de assessoria jurídica que, ao final, dificilmente teria êxito na supressão de tal mensagem. Tal situação decorre de "uma espécie nova de espaço, no qual as coordenadas espaço-tempo adquirem outro significado, com alcances redefinidos" (KIST, 2019, p. 47), e deve ser enfrentada a partir da renovação do modo pelo qual os instrumentos jurídicos classicamente utilizados para reprimir ilícitos contra a honra eram manejados.

O problema da disseminação de notícias falsas demonstra o grau de risco pelo qual passa toda a sociedade mundial, pois existem interesses políticos e econômicos com grande

---

e documentos políticos sobre o tema. Dentro do direito fundamental ao respeito, conforme previsão do art. 17 do Estatuto da Criança e do Adolescente, está incluída a "inviolabilidade da integridade física, psíquica e moral da criança e do adolescente, abrangendo a preservação da imagem, da identidade, da autonomia, dos valores, idéias e crenças, dos espaços e objetos pessoais" (BRASIL, 1990). O art. 20, *caput*, do Código Civil, que integra o capítulo dos direitos da personalidade, dispõe que, "salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais" (BRASIL, 2002).

poder de financiamento das soluções tecnológicas necessárias à criação de falsos estados de ânimo entre a população e, com isso, obter apoio social da grande maioria da população a partir de uma suposta desnecessidade do debate. Trata-se de situação derivada da falsa sensação de consenso criada pela intensa replicação de inverdades e de conclusões não testadas empiricamente e que já ocorreu[206] tanto nas eleições americanas quanto no plebiscito realizado no Reino Unido sobre sua permanência na União Europeia. Caso não seja possível encontrar maneiras de controlar "essa infraestrutura, as democracias se afogarão em um tsunami de demagogia digital; esta, a fonte mais provável de conteúdos virais: o ódio, infelizmente, vende bem mais que a solidariedade" (MOROZOV, 2018, p. 88).

O espaço cibernético, no entanto, pode e tem sido cada vez mais um palco privilegiado para discursos fortes no sentido de rupturas institucionais. São exemplos dessas condutas os ilícitos contra a honra e o patrimônio, praticados com o auxílio de usuários falsos em redes sociais e de plataformas de anúncios. No outro extremo da relação jurídica do ilícito, pessoas são vítimas tanto dos mesmos crimes contra a honra, quanto da cada vez mais comum pornografia de vingança, que ocorre por meio do compartilhamento de fotografias e vídeos que retratem momentos de intimidade sem o consentimento da pessoa retratada[207], motivado em grande parte das vezes pelo término do relacionamento por iniciativa da vítima.

Jane Pereira (2018) analisa restrições concretas aos direitos fundamentais, conforme previsões normativas que especificam situações nas quais está caracterizada a ilicitude no comportamento da imprensa. O Código Penal, por exemplo, contém dispositivos incriminadores que referem expressamente a atividade da imprensa, como nos tipos penais que criminalizam a violação de correspondência, a fraude na fundação de sociedade por ações e a difamação (PRADO, 2013). Na mesma linha, inexiste imunidade na calúnia praticada fora do recinto parlamentar. Jane Pereira (2018) indica o art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente como exemplo de restrição concreta à liberdade de imprensa, o qual tipifica como infração administrativa a conduta de expor adolescentes acusados de atos infracionais em textos jornalísticos.

---

[206] O financiador de projetos inovadores na área de tecnologia, Robert Mercer, é aliado de Steve Bannn, "estrategista-chefe de Trump [...] Mercer está ligado à Cambridge Analytica, empresa de análise de dados norte-americana, que afirma ter perfis psicológicos de 220 milhões de eleitores norte-americanos e, supostamente, ajudou o Leave.EU durante a campanha do referendo do Brexit" (D'ANCONA, 2018, p. 106).

[207] O Código Penal foi modificado em 2018 para tipificar a chamada pornografia de vingança: "Art. 218-C. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, vender ou expor à venda, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio - inclusive por meio de comunicação de massa ou sistema de informática ou telemática -, fotografia, vídeo ou outro registro audiovisual que contenha cena de estupro ou de estupro de vulnerável ou que faça apologia ou induza a sua prática, ou, sem o consentimento da vítima, cena de sexo, nudez ou pornografia: Pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, se o fato não constitui crime mais grave" (BRASIL, 1940);

Por essas normas restritivas e pelo aumento no número de veículos de comunicação que adotam linhas editoriais sensacionalistas (AZEVEDO, 2017), cresce a importância da regulação estatal, em "aspectos periféricos ao conteúdo da liberdade de informação jornalística, [...] sem desbordar, no entanto, para a censura dissimulada pelo Estado [...], comportando limites exatamente quando puder ser concebida como uma intervenção" (GADELHO JUNIOR, 2015, p. 58) que a favoreça e não que milite contra a liberdade de expressão, notadamente pela forte aceitação que tais notícias tem recebido no âmbito cibernético e da sempre possível viralização.

Se o combate à atuação sensacionalista de grupos econômicos de elevado porte na área de comunicação social representa considerável desafio para sistema de justiça, considerando problemáticas ligadas à morosidade do Poder Judiciário, à visão distorcida de parcela dos profissionais da área jurídica quanto ao conceito de censura jornalística (NUNES JÚNIOR, 2011) e ao interesse do público por conteúdo eletrônico que engloba discurso de ódio, as ferramentas tecnológicas atualmente disponibilizadas na internet tornam a viralização[208] de conteúdo um desafio praticamente invencível, levando em consideração os instrumentos jurídicos atualmente existentes.

O conteúdo é considerado viral quando é compartilhado em curto espaço de tempo por elevada quantidade de usuários da internet, seja em redes sociais, aplicativos de mensagens eletrônicas, fóruns virtuais e outros serviços disponíveis online (MOROZOV, 2018; DEL MASSO; ABRUSIO; FLORÊNCIO FILHO, 2014). Por meio de simples comandos, que podem ser executados em terminais portáteis, como *smartphones* e *tablets*, é possível replicá-lo, que é novamente registrado em servidores de arquivos e fica disponível para novos comandos de compartilhamento[209]. Em poucos minutos, uma fotografia pode ser vista por

[208] Milena Grado (2016) exemplifica situações nas quais a ausência de credibilidade das fontes pode ser percebida com facilidade e mesmo assim se transformam em notícias: "Por exemplo, nos atos de terrorismo da Maratona de Boston, em abril de 2013, quando os cidadãos americanos e de todo mundo receberam uma enxurrada de informações que não condiziam com a realidade dos acontecimentos. Muitas informações lidas no Twitter viraram fonte para manchetes e reportagens sem qualquer checagem efetiva. No Brasil, por exemplo, após o Exame Nacional do Ensino Médio (ENEM), em outubro de 2013, foi noticiado que a rede de sanduíches Mc Donald's postou em seu perfil no Twitter uma mensagem convidando os alunos que não foram bem na prova a trabalharem na rede. Posteriormente, a rede informou que não havia publicado essa mensagem em seu perfil e que este era um conteúdo falso. A divulgação dessa mensagem falsa, relacionada a um grande acontecimento nacional, com certeza acarretou prejuízos à marca da rede" (GRADO, 2016).

[209] Particularidades do sistema utilizado pelo WhatsApp são expostas por Higor Jorge, que refere "Orientação técnica sobre suspensão de encaminhamentos de arquivos fake news no aplicativo WhatsApp", elaborada pela Secretaria Nacional de Segurança Pública do Ministério da Justiça, e trabalho publicado por Alesandro Barreto (2018) e conclui: "Em posse destes links será necessário representar para que o Poder Judiciário determine a interrupção da sua difusão, conforme consta no modelo de representação que será apresentado no item que trata dos modelos de documentos de polícia judiciária. Importante ressaltar novamente que a suspensão ocorre exclusivamente contra uma instância do compartilhamento; caso o usuário armazenar o arquivo em seu dispositivo (download) e realizar um novo envio (upload), o arquivo será novamente

centenas de milhões de pessoas sem que o autor do registro precise realizar qualquer gasto além daquele necessário à captura e à sua publicação original.

A concentração do poder de enviar mensagens a grande quantidade de pessoas, anteriormente nas mãos exclusivas do Estado e das empresas, agora não mais existe[210] e, com isso, surgiu a necessidade de refletir sobre técnicas adequadas de tutelas de direitos que precisam ir além da estratégia baseada na apreensão física do conteúdo e na concessão do direito de resposta (DEL MASSO; ABRUSIO; FLORÊNCIO FILHO, 2014). Imagine-se a situação de uma criança de oito anos que é sequestrada, levada à residência do criminoso, que pratica contra ela abuso sexual em frente de câmeras que transmitem as imagens para outros pedófilos em canal de comunicação que utiliza recursos avançados para dificultar o rastreamento dos respectivos terminais.

Caso tais imagens sejam gravadas por um desses pedófilos e compartilhada em rede social logo após o crime, um dos usuários da rede, que não seja criminoso, pode ter acesso e denunciar o conteúdo. Além disso, com a intenção de contribuir com a localização e a prisão do criminoso, pode ele capturar um dos quadros do vídeo, no qual a criança e o pedófilo aparecem antes da prática do crime, e publicar em sua página da mesma rede social com a seguinte frase: "Esse homem abusou sexualmente dessa criança. Compartilhe e ajude a polícia a localizá-lo". Não há compartilhamento de vídeo com pornografia infantil e nem intuito comercial no ato praticado. Esse ato pode aumentar as chances da prisão do pedófilo, pois é grande a probabilidade de que o texto e a imagem que o ilustra sejam rapidamente compartilhados pelos usuários e, com isso, irão "viralizar" (GRADO, 2016).

Certo mesmo é que, a partir desse episódio, uma criança que sofreu extrema violência precisará conviver tanto com os danos físicos e os traumas psicológicos causados pelo crime contra ela praticado quanto com sua imagem disponível para os usuários da internet, pois a exclusão total do conteúdo inicialmente compartilhado envolveria a tarefa de certificar a exclusão de dados gravados fisicamente, em dispositivos eletrônicos localizados em vários locais do Planeta, apenas na primeira postagem realizada pelo usuário que atuou com a melhor das intenções.

---

criptografado e ocorrerá a geração de um novo link, inviabilizando a suspensão da sua disseminação. Em razão dessa possibilidade, a empresa não informa o primeiro usuário a compartilhar o link" (JORGE, 2018, p. 545).

[210] Para Evgeny Morozov, "o modelo de negócios da Big Tech funciona de tal maneira que deixa de ser relevante se as mensagens disseminadas são verdadeiras ou falsas. Tudo o que importa é se elas viralizam (ou seja, se geram números recorde de cliques e curtidas), uma vez que é pela análise de nossos cliques e curtidas, depurados em retratos sintéticos de nossa personalidade, que essas empresas produzem seus enormes lucros. Verdade é o que gera mais visualizações. Sob a ótica das plataformas digitais, as *fake news* são apenas as notícias mais lucrativas" (MOROZOV, 2018, p. 83).

Após a viralização , os veículos de comunicação social, sob o argumento de bem informar o público consumidor de suas notícias e com o argumento de estarem protegidos pelo princípio jurídico que garante a liberdade de imprensa, reproduzirão a imagem e o texto original, além de fornecer outros detalhes do ilícito no ambiente eletrônico e em suportes físicos, como jornais e revistas impressos enviados aos endereços dos assinantes e vendidos em bancas. Se havia relativo grau de simplicidade na tarefa de interpretar normas jurídicas que permitiam, por exemplo, o recolhimento das revistas nos pontos de venda, atualmente existe verdadeiro emaranhado de comandos normativos de diversos ordenamentos[211] que podem inviabilizar a rápida e eficiente atuação dos órgãos que integram o sistema de justiça do país em que reside a vítima das ofensas aos seus direitos humanos.

O sensacionalismo anteriormente guiado por critérios econômicos ligados aos interesses empresariais ou políticos dos proprietários dos jornais, das revistas e das emissoras de televisão e de rádio, agora encontra suporte em interesses puramente egoístas, derivados da necessidade dos usuários da internet obterem atenção dos seus seguidores. Sendo assim, eles não resistem ao impulso de compartilhar conteúdo ligado a temas polêmicos, mesmo que a mensagem nele contida diga respeito a discurso de ódio. Em outras palavras, qualquer de seus usuários pode exercer o papel anteriormente reservado a conglomerados econômicos ou aos governos que detém o poder de requisitar a estrutura das emissoras de televisão.

Essa problemática cresce na medida em que os provedores de aplicações resistem a ordens de remoção do conteúdo (WAGNER, 2018), fundamentando sua postura na doutrina jurídica americana[212], que tende a fazer preponderar a liberdade de expressão até mesmo quando em jogo discursos violentos dirigidos a religiões (GRIMM, 2016), além de apontar posturas repressivas como suposta "gestão totalitária da informação" (PAESANI, 2014, p. 85). Ordens judiciais deixam de ser tempestivamente cumpridas ou, quando o conteúdo é removido por ordem emitida pela justiça brasileira, continua disponibilizando o conteúdo para

[211] Liliana Paesani afirma, no tocante à proteção aos direitos da personalidade, que "a Internet não pode ser considerada um espaço anárquico onde não existem sanções para os arrogantes e tutela para os fracos. Essa afirmação, importante como princípio, revela-se pouco eficaz na prática. Constatou-se que, pela natureza global da Internet, o mesmo comportamento ilícito pode ser tutelado, regulamentado ou sancionado por vários ordenamentos jurídicos com igual aplicabilidade e submetidos à jurisdição de mais juízes igualmente competentes. Parece que alcançamos não uma carência, mas, ao contrário, um excesso de normas" (PAESANI, 2014, p. 80).

[212] Celso de Mello refere a "a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., proferida em voto memorável, em 1919, no julgamento do caso Schenck v. United States (249 U.S. 47, 52), quando, ao pronunciar-se sobre o caráter relativo da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, acentuou que 'A mais rígida proteção da liberdade de palavra não protegeria um homem que falsamente gritasse fogo num teatro e, assim, causasse pânico', concluindo, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que 'a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual ('clear and presente danger') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau'" (BRASIL, 2003).

usuários que estão em outros países.

Nas hipóteses em que os provedores de aplicações aceitam retirar o conteúdo gerado por terceiros[213], medida que se assemelharia à remoção de revistas colocadas à venda em determinada banca, surge o problema da replicação do mesmo conteúdo por ação de grande quantidade de usuários. Um vídeo disponibilizado por trinta usuários identificados é baixado por outros usuários e o crescimento da replicação se dá em escala exponencial. Já existe tecnologia para viabilizar uma atuação mais eficiente nessa área[214], largamente utilizado nas áreas de proteção dos direitos autorais, de repressão ao compartilhamento de pornografia infantil ou de vingança[215], e de exclusão dos vídeos publicados por terroristas, como aqueles produzidos pelos integrantes do Estado Islâmico (SANTOS JÚNIOR, 2017).

A empresa Google divulga estatísticas (TRANSPARENCY, 2019) das remoções de conteúdo e agrupa a quantidade de itens que foram indicados por ordens judiciais ou por expedientes remetidos por outros órgãos públicos. Segundo dados atualizados até o terceiro trimestre de 2018, desde 2009 foram indicados 71.336 itens por meio de 6.455 solicitações enviadas em todo o período. Essa quantidade de itens corresponde a pouco mais de dez por cento do número de itens que apenas uma das empresas brasileiras indicaram para remoção com base em suposta violação de direitos autorais. A sociedade empresária "Brasileirinhas Distribuidora de Filmes Ltda", por exemplo, segundo tal relatório, realizou solicitações que levaram à remoção de 675.763 itens no mesmo período.

Tais dados, somados a outros que revelam o desatendimento das ordens de remoção constantes de mandados judiciais em mais de um terço dos casos, conforme medição realizada em 29 de junho de 2018 (TRANSPARENCY, 2019), atestam o grau de inoperância do sistema de justiça e a omissão da empresa no desenvolvimento de ferramentas que tornem mais efetiva a atuação do Estado na área de defesa dos direitos humanos, a exemplo do

[213] O controle do conteúdo passível de circulação em redes sociais, realizado por empresas como o Facebook, ou em plataformas como o YouTube, mantida pelo Google, com base apenas em seus prolixos termos de uso representa uma séria ameaça ao jornalismo independente (BELL, 2018).

[214] Pelo sistema "Notice and Stay Down", obriga-se o provedor "notificado extrajudicialmente a evitar novas violações. Em outras palavras, o provedor, que detém a tecnologia, deveria evitar infrações virais de um mesmo conteúdo. Caso contrário, o sistema de notificação extrajudicial seria inútil, ineficaz. Não se trata de um dever geral de monitoramento, mas de um dever específico, relacionado a um conteúdo específico. O objetivo é evitar novas e sucessivas postagens de conteúdo idêntico ilícito, sem necessidade de outras notificações extrajudiciais, já que os provedores possuem tecnologia para o desempenho dessa tarefa de monitoramento" (DEL MASSO; ABRUSIO; FLORÊNCIO FILHO, 2014).

[215] Notícia amplamente divulgada pela imprensa brasileira, anunciou que "**o Facebook e o Instagram vão começar a usar inteligência artificial para detectar e bloquear fotos ou vídeos com nudez ou quase nudez antes mesmo deles serem denunciados pelas vítimas às empresas**. O objetivo é combater a 'revenge porn', o compartilhamento de imagens íntimas ou pornografia como vingança. A gigante norte-americana aposta no uso da tecnologia que atormenta o sono de atrizes (e mulheres em geral) mundo afora, o chamado deep fake. Em 2018, foi lançado um aplicativo capaz de aplicar o rosto de uma pessoa sobre um vídeo pré-existente, fazendo qualquer um acreditar que a pessoa está no vídeo" (CAPUCHINHO, 2019, destaques acrescidos).

sistema denominado "Content ID", por meio do qual proprietários de direitos autorais remetem à empresa arquivos para formação de um banco de dados e posterior comparação e identificação automática[216] do conteúdo publicado no YouTube.

Necessário, portanto, efetivar os direitos fundamentais das vítimas do discurso de ódio por meio dessas mesmas ferramentas tecnológicas. Os provedores de aplicações, a exemplo do Google, que disponibiliza o mais poderoso sistema de busca do mercado, podem incluir em seus sistemas os códigos que identificam imagens, vídeos e até mesmo expressões[217] para que novas tentativas de publicação e disseminação da mídia não sejam exibidas nos resultados. Ordens judiciais que impõem a remoção de uma determinada imagem podem gerar, sem a necessidade de novas ordens que especifiquem o endereço das outras páginas em que a mesma imagem é reproduzida, um comando técnico que limita a circulação e, por consequência, diminui a violação dos direitos das pessoas acusadas.

Além de analisar aspectos jurídicos e tecnológicos de uma das várias modalidades de grave violação aos direitos humanos no ambiente cibernético, estas reflexões servem como um alerta para a importância e a relevância do problema. Não é possível manter a postura conformista, alicerçada nas falsas percepções de que tanto o poder das empresas de tecnologia, quanto o gigantismo da internet, são dados contra os quais as ordens jurídicas

---

[216] "Proprietários de direitos autorais podem utilizar um sistema chamado Content ID para identificar e gerenciar o conteúdo deles no YouTube com facilidade. **Os vídeos enviados ao YouTube são verificados em relação a um banco de dados de arquivos enviados a nós pelos proprietários do conteúdo. Os proprietários de direitos autorais decidem o que acontece quando o conteúdo em um vídeo no YouTube corresponde a uma obra pertencente a eles**. Quando isso ocorre, o vídeo recebe uma reivindicação do Content ID. O YouTube concede acesso ao Content ID somente a proprietários de direitos autorais que atendem a critérios específicos. Para serem aprovados, eles precisam deter direitos exclusivos sobre uma parcela considerável do material original enviado com frequência pela comunidade de usuários do YouTube. [...] Monitoramos continuamente o uso do Content ID e as disputas dele recorrentes, de modo a garantir que essas orientações sejam seguidas. Os proprietários de conteúdo que fizerem reivindicações errôneas repetidamente poderão perder o acesso ao Content ID e ter a parceria com o YouTube encerrada" (CENTRAL, 2019, destacado).

[217] Recente decisão do **Superior Tribunal de Justiça**, proferida no REsp 1660168/RJ, julgado em 08/05/2018, reconheceu a viabilidade da imposição ao Google de obrigação de fazer consistente na remoção dos resultados da ferramenta de busca em resposta a palavras específicas: "[...] Debate-se a **possibilidade de se determinar o rompimento do vínculo estabelecido por provedores de aplicação de busca na internet entre o nome do prejudicado, utilizado como critério exclusivo de busca, e a notícia apontada nos resultados**. [...] Há, todavia, circunstâncias excepcionalíssimas em que é necessária a intervenção pontual do Poder Judiciário para fazer cessar o vínculo criado, nos bancos de dados dos provedores de busca, entre dados pessoais e resultados da busca, que não guardam relevância para interesse público à informação, seja pelo conteúdo eminentemente privado, seja pelo decurso do tempo. 5. Nessas situações excepcionais, **o direito à intimidade e ao esquecimento, bem como a proteção aos dados pessoais deverá preponderar, a fim de permitir que as pessoas envolvidas sigam suas vidas com razoável anonimato, não sendo o fato desabonador corriqueiramente rememorado e perenizado por sistemas automatizados de busca**. 6. O rompimento do referido vínculo sem a exclusão da notícia compatibiliza também os interesses individual do titular dos dados pessoais e coletivo de acesso à informação, na medida em que viabiliza a localização das notícias àqueles que direcionem sua pesquisa fornecendo argumentos de pesquisa relacionados ao fato noticiado, mas não àqueles que buscam exclusivamente pelos dados pessoais do indivíduo protegido. [...]" (BRASIL, 2018, destaques acrescidos). Tal entendimento jurisprudencial supera o argumento de que o conteúdo só pode ser removido da aplicação de internet se a ordem judicial contiver o seu endereço, que não encontra amparo nas regras do art. 19, § 1º, do Marco Civil da Internet.

nacionais não possuem aptidão suficiente para agir. Em diversas partes do Mundo, a exemplo dos países que compõem a União Europeia[218], estão surgindo reações que envolvem a edição de normas jurídicas voltadas à regulação das atividades empresariais para proteção dos dados pessoais dos usuários, que buscam enfrentar o quadro de crescente concentração de poder na mão de agentes econômicos.

O sistema de justiça, portanto, deve se estruturar para que sejam efetivadas as normas protetivas, tanto aquelas voltadas à tutela do direito fundamental ao respeito, seja dos adolescentes acusados, seja de outras pessoas contra as quais se dirija qualquer espécie de discurso de ódio. Para isso, as instituições e o pessoal que atuam com a matéria precisam estar em constante aperfeiçoamento e equipados com as ferramentas tecnológicas aptas a permitam um agir dotado da eficiência que a dinâmica do espaço cibernético exige.

Os interesses empresarias, como a obtenção de lucros a partir da exploração econômica de direitos autorais, são devidamente protegidos por ferramentas tecnológicas que trazem segurança para os negócios. Elas podem e devem estar também ao alcance dos órgãos públicos que trabalham para que não fiquem impunes as lesões à honra e à integridade psíquica de grande contingente populacional, vítima do discurso de ódio, direitos esses de envergadura jurídica muito superior à necessária e importante lucratividade de sociedades empresárias.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

A indicação do endereço de conteúdo eletrônico não é a única forma de atender ao requisito da identificação clara e específica previsto no Marco Civil da Internet, notadamente quando se trata de mídia viralizada. Em situações excepcionais, por força de decisão judicial, o provedor de aplicações pode ser obrigado tanto a tornar indisponível conteúdo em que se veicule discurso de ódio, quanto a monitorar outras publicações através das ferramentas de identificação automática utilizadas para a proteção de direitos autorais e para a remoção de pornografia infantil ou de vingança.

---

[218] O Superior Tribunal de Justiça, no julgado já referido, reconheceu a possibilidade de controle jurisdicional dos resultados exibidos em ferramentas de pesquisa tanto com base na URL quanto por meio da restrição a palavras específicas (BRASIL, 2018), ocasião na qual os ministros rebateram os argumentos de impossibilidade técnica com base em precedente do Tribunal de Justiça Europeu que fixou a seguinte tese: "[...] para respeitar os direitos previstos nestas disposições e desde que as condições por elas previstas estejam efetivamente satisfeitas, **o operador de um motor de busca é obrigado a suprimir da lista de resultados, exibida na sequência de uma pesquisa efetuada a partir do nome de uma pessoa, as ligações a outras páginas web publicadas por terceiros e que contenham informações sobre essa pessoa, também na hipótese de esse nome ou de essas informações não serem prévia ou simultaneamente apagadas dessas páginas web** [...]" (Disponível em https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:62012CJ0131&from=EN).

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Kátia Simone Santos de. **"Adolescentes em conflito com a lei" e a cobertura jornalística local**: o discurso da impunidade e da negação de direitos. Dissertação de mestrado. Universidade Tiradentes. 2017.

BELL, Emilly. The Dependente Press: How Silicon Valley Threatens Independente Journalism. **Digital dominance**: the power of Google, Amazon, Facebook, and Apple. Org. Martin Morre e Damian Tambini. New York: Oxford, 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014a**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 20 jan. 2019.

BRASIL. **Portaria Normativa nº 3.010/MD, de 18 de novembro de 2014b**. Aprova a Doutrina Militar de Defesa Cibernética. Disponível em: https://www.defesa.gov.br/arquivos/legislacao/emcfa/publicacoes/doutrina/md31_m_07_defesa_cibernetica_1_2014.pdf. Acesso em: 15 jan. 2018.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 1660168/RJ**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, Rel. p/ Acórdão Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, 3ª Turma, j. 08/05/2018. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201402917771&dt_publicacao=05/06/2018. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC 82424**, Rel. Min. Moreira Alves, Relator para Acórdão Min. Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, j, 17/9/2003. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=79052. Acesso em: 20 jan. 2019.

CAPUCHINHO, Cristiane. Dado bem usado: Facebook e Instagram vão reconhecer e barrar vingança pornô, **Uol**, 18 mar. 2019. Disponível em: https://www.bol.uol.com.br/noticias/2019/03/18/dado-bem-usado-facebook-e-instagram-vao-reconhecer-e-barrar-vinganca-porno.htm. Acesso em: 20 jan. 2019.

CENTRAL de ajuda. **Google**, São Paulo, 2019. Disponível em: https://support.google.com/youtube/answer/2797370. Acesso em: 20 fev. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

D'ANCONA, Mattew. **Pós-verdade**. Barueri: Faro Editorial, 2018.

DEL MASSO, Fabiano Dolenc; ABRUSIO, Juliana; FLORÊNCIO FILHO, Marco Aurélio. **Marco Civil da Internet**: Lei 12.965/2014. Edição e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GADELHO JUNIOR, Marcos Duque. **Liberdade de Imprensa e a Mediação Estatal**. São Paulo: Atlas, 2015.

GRADO, Milena Mendes. Credibilidade na Internet: os dilemas das novas fontes de informação. **Direito Digital Aplicado 2.0**. Coordenadora Patrícia Peck Garrido Pinheiro. Edição e-book. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

GRIMM, Dieter. Freedom of Speech in a Globalized World. **Acts of State, Acts of God**: Yale Global Constitutionalism 2016. Editor Judith Resnik. Yale Law School, 2016, p. V58-V60. Disponível em: http://documents.law.yale.edu/sites/default/files/gcs2016.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. São Paulo: Ed. 34, 2003.

JORGE, Higor Vinicius Nogueira. **Investigação criminal tecnológica**: volume 1. Rio de Janeiro: Brasport, 2018.

KIST, Dario José. **Prova digital no processo penal**. Leme: JH Mizuno, 2019.

MEDRADO, Flávio Augusto Barreto. **Princípio da ofensa como parâmetro hermenêutico para um microssistema penal do discurso de ódio**. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

MIRAGEM, Bruno. **Abuso do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MOROZOV, Evgeny. **Big Tech**: a ascensão dos dados e a morte da política. Traduzido por Claudio Marcondes. Edição do Kindle. São Paulo: Ubu Editora, 2018.

NASCIMENTO JÚNIOR, Moacir Silva do. **Exposição de adolescentes acusados de atos infracionais no espaço cibernético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Direito e jornalismo**. São Paulo: Verbatim, 2011.

PAESANI, Liliana Minardi. **Direito e Internet**: Liberdade de Informação, Privacidade e Responsabilidade Civil. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRIMEIRO microchip do mundo será leiloado para colecionadores particulares, **Tecmundo**, 23 jun. 2014. Disponível em: https://www.tecmundo.com.br/microchip/58149-primeiro-microchip-mundo-leiloado-colecionadores-particulares.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

SANTOS JÚNIOR, Rosivaldo Toscano dos. **A guerra ao crime e os crimes de guerra**: direitos humanos e sistema de justiça criminal na periferia. 2. ed. Edição do Kindle Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

TRANSPARENCY Report. **Google**, São Paulo, 2019. Disponível em: https://transparencyreport.google.com/?hl=pt_BR. Acesso em: 20 fev. 2019.

WAGNER, Ben. **Free expression?** Dominant Information Intermediaries as Arbiters of Internet Speech. Digital dominance: the power of Google, Amazon, Facebook, and Apple. Org. Martin Morre e Damian Tambini. New York: Oxford, 2018.

COLABORAÇÃO PREMIADA EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: UMA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Rodrigo Monteiro da Silva
Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo
E-mail: rsilva@mpes.mp.br

SÍNTESE DOGMÁTICA

O desvio de recursos públicos ocasionado pelos reiterados atos de improbidade administrativa junto à Administração Pública brasileira ocasiona violação direta aos princípios fundamentais da cidadania e dignidade humana (CF, art. 1º, parágrafo único), bem como aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (CF, art. 3º), uma vez que políticas públicas destinadas a materializar a satisfação dos mais diversos direitos fundamentais restam negadas pelo Estado. As verbas públicas são finitas e a necessidade de oferta de prestações sociais cresce a cada dia.

Para que o Estado tenha condições materiais de cumprir com suas obrigações constitucionais torna-se necessário que os atores envolvidos no processo de defesa da probidade administrativa e do patrimônio público sejam capazes de compreender que as ações de improbidade administrativa não representam um fim em si mesmas. Referidas ações são apenas instrumentos para se alcançar a satisfação do interesse público, muitas vezes com a necessária recomposição dos prejuízos causados ao erário.

Atos de corrupção são realizados às escuras, onde há pouca ou nenhuma luminosidade, restando dificultada a produção de provas de fatos ilícitos cometidos por organizações criminosas, que se infiltram na Administração Pública com o propósito único de buscar o enriquecimento ilícito. Nesse contexto, cabe ao Estado lançar mão de todos os mecanismos legais existentes no chamado microssistema de combate à corrupção com a finalidade de entregar à sociedade uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada.

Dentre tais mecanismos destaca-se a colaboração premiada que vem sendo amplamente utilizada em investigações/processos criminais, contudo, se mostra extremamente tímida em relação à tutela da probidade administrativa, algo que revela uma inegável proteção deficiente ofertada pelo Estado, bem como coloca em situação de fragilidade aquele que decide colaborar na esfera criminal, sem a garantia do devido resguardo na seara da improbidade administrativa.

SUMÁRIO

Introdução; 1 Uma necessária releitura do princípio da indisponibilidade do interesse público; 2 A colaboração premiada sob a perspectiva do microssistema de combate à corrupção: necessário instrumento de efetividade da prestação jurisdicional; 3 A colaboração premiada em processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa; Conclusão; Proposta de Enunciado; Referências.

INTRODUÇÃO

A ofensa à moralidade administrativa e aos demais princípios norteadores das atividades públicas autoriza o Estado a buscar a responsabilização dos autores dessas condutas ilícitas. Em regra, as mesmas ações enquadradas como ato de improbidade administrativa são igualmente capituladas na esfera criminal.

Cada vez mais quadrilhas são profissionalmente formadas com o propósito único de dilapidação do patrimônio público por meio das mais diversas fraudes. A soma de silêncio, a certeza da impunidade e a expectativa de enriquecimento ilícito representam o mais forte combustível dessa engrenagem usurpadora.

A Lei nº 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa), diversamente do que ocorre com a Lei n.º 12.850/13 (Lei de Combate às Organizações Criminosas), não possui previsão expressa de pactuação de acordos de colaboração premiada voltados à obtenção de provas aptas a buscar a identificação de coautores ou partícipes da organização criminosa, a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas, a prevenção de atos ilícitos decorrentes das atividades também ilícitas e a recuperação do produto ou proveito das condutas ilícitas praticadas pela organização criminosa.

Além de não possuir regra sobre a possibilidade de celebração da colaboração premiada, o § 1º, do art. 17, da LIA, em sua redação original, expressamente veda a

formalização de transação, acordo ou conciliação. Busca-se com o presente estudo analisar se tal regra se apresenta conectada com o microssistema voltado ao combate à corrupção.

A *ratio* do referido dispositivo legal que veda a formalização de transação, acordo ou conciliação encontra fundamento teórico no princípio da indisponibilidade do interesse público. Resta relevante ponderar qual é a extensão desse princípio e em que consiste o dever estatal de preservação dos interesses da sociedade. A celebração de acordos de colaboração premiada no âmbito das ações de improbidade administrativa que poderá importar em benefícios ao colaborador, tal qual ocorre na esfera criminal, necessariamente causa óbice ao interesse público?

O microssistema de combate à corrupção, do qual a Lei de Improbidade Administrativa e a Lei de Combate às Organizações Criminosas são peças fundamentais, pode conviver com mecanismos legais que impeçam a busca por uma prestação jurisdicional efetiva e adequada?

Nesse contexto, objetiva-se analisar se os acordos de colaboração premiada previstos na Lei n.º 12.850/13 podem ser invocados no âmbito das investigações e demandas instauradas para apuração de atos de improbidade administrativa, com a finalidade única de se buscar a efetividade na prestação jurisdicional com a consequente preservação e satisfação do interesse público.

1 UMA NECESSÁRIA RELEITURA DO PRINCÍPIO DA INDISPONIBILIDADE DO INTERESSE PÚBLICO

Embora não previstos expressamente no *caput* do art. 37, da Constituição Federal de 1988, os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público merecem considerável atenção em razão de sua vinculação com a incessante busca pela satisfação dos anseios da coletividade. Os princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público materializam, respectivamente, prerrogativas e sujeições a que estão submetidas a Administração Pública em seu poder/dever de zelar pelo bem-estar de toda a sociedade.

Torna-se relevante conferirmos aos princípios administrativos e, em especial, ao princípio da indisponibilidade do interesse público, uma releitura que permita sua compatibilidade com a evolução do Direito e da própria sociedade.

Não se pretende, conforme doutrina capitaneada por Sarmento[219] e Binenbojm[220]

[219] SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. *In:* _____ (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados***:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007. p. 27.

buscar a relativização do princípio da supremacia do interesse público em razão de sua possível incompatibilidade com a tutela de direitos fundamentais. Não vemos qualquer discrepância que bloqueie uma convivência harmônica entre ambos os preceitos constitucionais. Na verdade, busca-se uma relativização voltada, única e exclusivamente, à maximização do referido princípio de modo a alcançar com maior presteza a satisfação dos anseios da sociedade.

Resta, segundo a proposta do presente estudo, buscar uma compreensão do princípio da indisponibilidade do interesse público que verdadeiramente sirva de moldura à satisfação do interesse público. Nesse contexto, qual seria a real dimensão do princípio da indisponibilidade? Haveria de fato, nos termos do art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/92, efetiva preservação do interesse público ao se proibir, genérica e abstratamente, a transação, o acordo ou a conciliação nas ações de improbidade administrativa?

A busca pela satisfação do interesse público deve ser a bússola de todos aqueles que lidam com verbas públicas ou possuam algum tipo de gerência sobre a coisa pública. Não há como imaginar nenhuma modalidade de condução da gestão administrativa que tenha por objetivo um agir pautado no desejo de dispor daquilo que pertença à coletividade.

O princípio do interesse público nos revela que a satisfação dos anseios da coletividade deverá sempre sobressair sobre interesses particulares, bem como sobre os interesses da própria Administração. Revela-se, assim, que o interesse público não está à disposição daqueles que temporariamente se encontram na gestão da coisa pública. Carvalho Filho assevera que a ideia de interesse público deve guardar coerência com a própria finalidade do Estado[221].

É importante deixar claro que os agentes públicos devem pautar suas condutas sempre nos interesses de toda a sociedade, de modo que os direitos e as garantias do corpo social restem resguardados. Se proteger os interesses da coletividade representa uma obrigação do administrador público, é óbvio que o mesmo não poderá jamais dispor daquilo que insofismavelmente pertence ao povo. O administrador público não é o dono do poder, uma vez que a CRFB, em seu art. 1º, parágrafo único, expressamente destaca que *"todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente"*.

Como forma de salvaguardar o princípio da indisponibilidade do interesse público o art. 17, § 1º, da LIA, expressamente restou estabelecida a vedação à transação, ao acordo ou à conciliação nas ações de improbidade administrativa. Pensou-se, por certo, em evitar que

---

[220] BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo***:* Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 31.

[221] CARVALHO FILHO, José dos Santos. Interesse público: verdades e sofismas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 72.

composições mal sucedidas acabassem por causar gravame à satisfação dos interesses da coletividade.

No momento histórico da edição da Lei n.º 8.429/92 imperava na dialética processual brasileira um movimento avesso a qualquer tipo de solução negociada. A partir da Lei n.º 9.099/95 surgiram no Brasil instrumentos aptos a buscar um caminho mais adequado e razoável às demandas de natureza penal[222]. Nesse sentido Didier e Bomfim esclarecem que à edição da Lei nº 8.429/1992, o sistema do Direito Penal brasileiro era avesso a qualquer solução negociada e a proibição de negociação prevista na Lei de Improbidade Administrativa era, na verdade, um reflexo da proibição no âmbito penal[223].

Entendemos que em nome da verdadeira indisponibilidade do interesse público é preciso ir além, sendo possível, inclusive, a celebração de transações e acordos de colaboração premiada voltados não apenas à pactuação do integral ressarcimento ao erário, como também às demais cominações previstas no art. 12, da LIA[224].

Prudente recordar que, em atenção à necessária evolução legislativa que deve acompanhar as mutações que ocorrem na sociedade, a Lei n.º 13.140/15 (Lei da mediação) de forma expressa trouxe em seu art. 36, § 4º, a possibilidade de conciliação em ações de improbidade administrativa.

É preciso lançar mão da razoabilidade para a aferição das sanções que deverão ser aplicadas, de modo que a depender da gravidade da conduta ilícita perpetrada nem sempre o magistrado deverá cominar todas as penas previstas no referido art. 12 da LIA. Dessa forma, diante da prática de um ato de improbidade administrativa de menor repercussão não haverá por razoável, por exemplo, a cominação da sanção de perda de cargo público ou da suspensão dos direitos políticos, restando útil à preservação do interesse público a fixação, tão somente, do ressarcimento ao erário e do pagamento de multa civil.

Sabemos que a tramitação de uma ação de improbidade administrativa, como regra, demanda uma longa jornada. Da mesma forma, há o considerável dispêndio de recursos humanos e materiais. Os processos arrastam-se por anos a fio e alcançar uma condenação com trânsito em julgado é uma tarefa árdua. Lembremos, também, que esses mesmos dificultadores devem ser considerados em relação aos requeridos, uma vez que há a necessidade de contratação de bancas de advogados e a quase eterna vinculação a esses

[222] Os artigos 76 e 89 da Lei n.º 9.099/95 tratam, respectivamente, dos institutos da transação penal e suspensão condicional do processo, que permitem uma solução negociada no âmbito de determinadas ações penais, desde que preenchidos os requisitos legais.

[223] DIDIER JR., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. **A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

[224] Para a celebração de qualquer modalidade de acordo na esfera das ações de improbidade administrativa há a condição *sine qua non* de se buscar o integral ressarcimento dos danos causados ao erário. Isso não significa que o ressarcimento será a única medida entabulada no ajuste. A depender do caso concreto poderá constar no respectivo termo a fixação de multa civil, a proibição de contratar com o poder público, a perda ou a proibição de ocupar cargo público, entre outros, sem prejuízo, em todos os casos, da expressa declaração de reconhecimento da prática da conduta ilícita.

processos, com a configuração de uma verdadeira antecipação de pena pelo simples fato da não obtenção de um julgamento em um prazo razoável[225].

O que guarda coerência com a satisfação e a indisponibilidade do interesse público: litigar por anos ou buscar consensualmente uma adequada equação das sanções previstas na LIA? Haverá interesse da coletividade na pactuação de um ajuste que traga como condições o reconhecimento formal da prática ilícita com o integral ressarcimento dos prejuízos, o pagamento de multa e a perda do cargo público? A resposta somente poderá ser "sim".

A tutela da probidade administrativa tem como um de seus fundamentos o princípio da proibição da proteção deficiente, restando claro que cabe ao Estado trabalhar de forma eficaz, em sintonia com as regras gerais do microssistema do processo coletivo, com a finalidade de buscar sempre a forma mais adequada de proteção ao patrimônio público. A celebração de acordos voltados ao resgate daquilo que foi indevidamente saqueado dos cofres públicos é o método mais eficiente e coerente de se tutelar o interesse público.

Qual seria a ofensa ao interesse público na celebração de um ajuste em situações de prática de ato de improbidade administrativa que não tenha causado dano ao erário (a exemplo da prática de nepotismo), caso no respectivo termo conste o voluntário reconhecimento da ilegalidade, com o pagamento de multa civil e a extinção do vínculo jurídico decorrente da nomeação para cargo em comissão? Qual seria o óbice em buscar uma composição a ser celebrada de forma a se albergar o interesse público?

Quanto à atuação nos estados merece destaque o pioneirismo adotado pelo Ministério Público do Amapá, que por meio da Res. nº 002/2017, de 28/03/2017, foi o primeiro a regulamentar internamente a matéria. Posteriormente o Ministério Público dos Estados do Paraná (Resolução n.º 001/2017, de 15/05/2017), de Minas Gerais (Res. n.º 003/2017, de 23/11/2017), do Espírito Santo (Res. n.º 012/2017, de 19/12/2017), do Rio Grande do Norte (art. 69, § 2º, da Res. n.º 012/2018, de 09/08/2018), de Goiás (art. 49, da Res. n.º 09/2018, de 27/08/2018), da Paraíba (Res. n.º 019/2018, de 27/08/2018) e do Rio Grande do Sul (Provimento nº 058/2018, de 18/09/2018) adotaram a mesma postura.

Convém destacar, por oportuno, que a possibilidade de lançar mão dos acordos de colaboração premiada em ações de improbidade administrativa é preocupação antiga do Ministério Público. Ainda em 2010, por ocasião do I Congresso do Patrimônio Público e Social do Ministério Público do Estado de São Paulo, restou aprovada a Tese de n.º 5, com as seguintes proposições: a) o instituto da colaboração premiada, por analogia, pode ser aplicado aos processos que apuram a prática de ato de improbidade administrativa; b) as Promotorias

[225] LOPES JR., Aury. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em 27 abr. 2019.

de Justiça do Patrimônio Público deverão envidar esforços no sentido de ser reconhecida perante o Poder Judiciário a aplicação do instituto da colaboração premiada em matéria de improbidade administrativa[226].

Importante deixar claro que a celebração do acordo de colaboração premiada não ocorre unicamente no interesse do réu. Pelo contrário. Para que o Ministério Público formalize a colaboração há a clara necessidade de que as informações trazidas pelo colaborador sejam aptas a alcançar um resultado útil para a sociedade. Aí reside o fundamento dessa interpretação que possibilita não flexibilizar o princípio da indisponibilidade do interesse público, mas sim compreendê-lo como um alicerce do sistema jurídico que não pode ser utilizado para engessar uma possibilidade de busca pela satisfação do verdadeiro interesse da sociedade.

Segundo atestam Coura e Freire Júnior a colaboração ocorre no interesse do Estado e não do acusado e, nesse sentido, as regras do acordo deverão sempre ser formuladas pelo Estado, ainda que a proposta tenha partido de um requerimento formal do réu[227].

Por se tratar de legitimação concorrente e disjuntiva entre o Ministério Público e a pessoa jurídica interessada (art. 17, *caput*, da LIA), é prudente que o promotor de justiça (ou procurador da república) responsável pela condução do acordo de colaboração traga para a mesa de negociações (ainda que em momento posterior) a pessoa jurídica colegitimada que foi vítima da prática do ato de improbidade administrativa.

Convém destacar, também, que o STJ ainda possui posicionamento tradicional no sentido da impossibilidade de transação, composição ou acordo em ações de improbidade administrativa[228]. Há, contudo, inúmeros e relevantes precedentes junto aos tribunais estaduais e federais que caminham em direção ao fortalecimento da mitigação da norma contida no art. 17, § 1º, da Lei n.º 8.429/92, de modo a permitir a celebração de acordos nas ações de improbidade administrativa[229].

Entendemos, mesmo que na contramão da corrente (ainda) dominante, que não mais se pode enxergar o princípio da indisponibilidade do interesse público a partir de uma visão simplista. "Indisponibilidade do interesse público" se apresenta como um conteúdo jurídico

[226] Disponível em <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses>. Acesso em 15 abr. 2019.

[227] COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revistas do Tribunais**. vol. 969. Ano 105. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016. p. 148-159, p. 152.

[228] STJ; 2ª Turma; REsp 1.217.554/SP; relª Minª Eliana Calmon Alves; DJe 22.08.2013; Pág. 413; STJ; 2ª Turma; REsp 1.198.424/PR; rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 12.04.2012; DJe 18.04.2012.

[229] TJPR; EmbDecCv 1562314-6/01; Londrina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Nilson Mizuta; Julg. 23/05/2017; DJPR 06/06/2017; Pág. 227; TJPR; Ag Instr 1591396-3; Londrina; Quinta Câmara Cível; Rel. Des. Nilson Mizuta; Julg. 02/05/2017; DJPR 17/05/2017; Pág. 474; TRF 5ª R.; AC 0000530-61.2012.4.05.8001; AL; Segunda Turma; Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima; DEJF 21/02/2017; Pág. 32; TJMT; AI 98595/2015; Capital; Rel. Des. José Zuquim Nogueira; Julg. 02/02/2016; DJMT 15/02/2016; Pág. 173; TJDF; Rec. 2009.01.1.199395-3; Ac. 868.934; Sexta Turma Cível; Rel. Des. Esdras Neves; DJDFTE 27/05/2015; Pág. 318.

que deverá ser aferido no caso concreto, sempre em prol da defesa dos metamórficos anseios da sociedade.

É preciso reconhecer que a judicialização excessiva de demandas, inclusive as afetas à tutela coletiva, representa um equívoco. O Poder Judiciário encontra-se atolado de processos, não sendo possível conferir uma resposta adequada à sociedade[230]. É a demora na prestação jurisdicional decorrente de vários fatores que representa uma verdadeira disponibilidade do interesse público, eis que impossibilita que o Estado busque com efetividade a recomposição dos prejuízos causados por atos de improbidade administrativa.

2 A COLABORAÇÃO PREMIADA SOB A PERSPECTIVA DO MICROSSISTEMA DE COMBATE À CORRUPÇÃO: NECESSÁRIO INSTRUMENTO DE EFETIVIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL

A Lei n.º 12.850, de 02 de agosto de 2013, que dispõe sobre a investigação criminal e a coleta de provas em crimes relacionados às organizações criminosas representou um inegável avanço no combate à criminalidade organizada eis que aperfeiçoou a legislação penal, permitindo o fortalecimento das investigações e dos meios de obtenção de provas, com a finalidade de tutelar os interesses de toda sociedade em razão da natureza transindividual dos direitos em xeque.

A tutela coletiva de direitos transindividuais tem por objetivo satisfazer os interesses da sociedade, não servindo para a tutela de pretensões de cunho individual. Os processos coletivos possuem assim uma função muito mais ampla: prestam-se à litigação do próprio interesse público, eis que foram especialmente pensados para aquelas demandas jurisdicionais afetas aos interesses coletivos, com ampla vinculação aos objetivos e fundamentos constitucionais[231].

Afirmando que o fundamento de validade das normas afetas à tutela coletiva da probidade administrativa está na própria Constituição Federal, Alves[232] ressalta a possibilidade de interação entre a Lei de Improbidade Administrativa para com as regras do Código de Processo Penal, deixando clara assim, conforme igualmente apresenta Loureiro[233], uma forma de preenchimento de lacunas do sistema do processo civil em relação à tutela dos direitos ou interesses transindividuais.

---

[230] Atualmente, segundo dados do "Relatório Justiça em Números 2015", o Brasil conta com mais de cem milhões de processos judiciais. Disponível em <http://www.cnj.jus.br/programas-e-acoes/politica-nacional-de-priorizacao-do-1-grau-de-jurisdicao/dados-estatisticos-priorizacao>. Acesso em 25 abr. 2019.

[231] SANTOS, Maria Charpinel. **A competência na ação de improbidade administrativa.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05da33eab200f4c5>. Acesso em 27 abr. 2019.

[232] ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 607.

[233] LOUREIRO, Valtair Lemos. **Microssistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público**. Curitiba: Juruá, 2015, p. 49.

O microssistema coletivo possui como alicerces a Lei da Ação Civil Pública e o Código de Defesa do Consumidor, referindo-se Leonel a citados diplomas como o seu "*núcleo essencial ou duro*"[234]. No mesmo vetor, Mazzei esclarece a extrema necessidade de se conferir uma interpretação ampla, que garanta maior robustez ao microssistema, de modo que outras legislações passem a ter suas regras aplicadas naquilo que for útil e relevante[235].

De forma acertada, em sintonia com a necessidade de se buscar uma adequada valoração do microssistema de combate à corrupção e sua compatibilização com a Lei de Improbidade Administrativa, o Tribunal de Contas da União, no julgamento dos autos TC 016.991/2015-0, em março de 2017, por meio do voto do Relator Bruno Dantas, asseverou a urgência em se "*interpretar o velho à luz do novo*", como se vê:

> Ainda que não haja autorização específica na Lei Orgânica para essa medida, a qual também foi proposta pela Seinfra Operações, há que se interpretar o velho à luz do novo. Nossas competências, regulamentadas em lei há quase 25 anos, integram todo um microssistema de combate à corrupção, que prevê a transação entre fornecimento de informações e sanções premiais (redução de pena, isenção de pena e óbices à apresentação de denúncia, conforme analisado entre os itens 63 e 67 deste voto). Portanto, ante a efetiva colaboração junto ao MPF com vistas a uma atuação mais efetiva desta Corte, vislumbro ser sim possível a adoção de tal sistemática[236].

No bojo de referida decisão o Tribunal de Contas da União assinalou que os princípios da segurança jurídica e da proteção à confiança legítima autorizam, inclusive, que seja sobrestada a aplicação da sanção de inidoneidade àquelas empresas que celebraram acordo de leniência com o Ministério Público, demonstrando encontrar-se referido Tribunal em sintonia com a principiologia do microssistema de combate à corrupção.

Ao se levar em consideração o tema afeto à tutela repressiva da improbidade administrativa, deve-se focar, segundo Miranda, nos princípios norteadores da atuação estatal, em especial: a) princípio da máxima efetividade da tutela repressiva da improbidade administrativa; b) princípio da vedação de proteção deficiente da probidade administrativa; c) princípio da vedação do retrocesso social em relação à tutela repressiva da improbidade administrativa[237]. Revela-se, pois, que a atuação do Estado voltada à defesa da moralidade administrativa não pode sofrer nenhum tipo de mitigação ou constrangimento, merecendo ampla magnitude.

---

[234] LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: RT, n. 4.10, p. 148, 2002.

[235] MAZZEI, Rodrigo Reis. A Ação Popular e o microssistema da tutela coletiva. *In:* Gomes Junior, Luiz Emanoel (coord.). **Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65.** São Paulo: RCS, 2006, p. 406.

[236] BRASIL. Tribunal de Contas da União. Disponível em <http://portal.tcu.gov.br/data/files/16/B5/85/0D/33CFA51010B6DEA51A2818A8/016.991-2015-0%20-%20angra%203.pdf>. Acesso em 11 abr. de 2019.

[237] MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos.** FARIAS, Cristiano Chaves de, *et al* (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 299-326.

A análise dos referidos princípios, somada à necessidade de se buscar uma prestação jurisdicional efetiva em processos inaugurados para a apuração de atos ilícitos vinculados à probidade na gestão pública, guarda sintonia com a satisfação do interesse público, revelando, de acordo com Alves[238], a existência de um verdadeiro microssistema da tutela repressiva da improbidade administrativa como um inegável direito transindividual.

A Constituição Federal deve ser a única limitação à interação entre instrumentos legislativos voltados à tutela do patrimônio público. Assim, não havendo óbice constitucional, essa interação é medida necessária para salvaguardar a boa administração pública.

Engana-se quem sustenta que referido microssistema engloba apenas legislações de cunho cível. O objetivo das normas é a consecução da máxima proteção a direito transindividual, e nesse sentido relegar a possibilidade de instrumentos normativos de cunho penal inserirem-se nesse grandioso sistema voltado à satisfação dos interesses da coletividade, representa um retrocesso, com ofensa à gama de princípios que regem a tutela da probidade administrativa[239].

Nesse sentido, Miranda esclarece ser perfeitamente viável a existência de uma interação da Lei nº 8.429/92, de forma subsidiária ou por meio de analogia, com regras e princípios consagrados em outros diplomas legais, inclusive de natureza penal[240].

A construção de um raciocínio objetivo, que leve ao reconhecimento da Lei n.º 12.850/13 como parte integrante desse microssistema, não tem o condão de buscar, conforme afirma Osório, a administrativização de ilícitos penais ou a penalização de ilícitos administrativos[241]. Em verdade, há o intento de se alcançar uma igualdade jurídica na tutela estatal voltada à prevenção/repressão de condutas igualmente reprováveis nas searas penal e administrativa-civil.

Miranda sustenta que não se pretende transformar os atos de improbidade administrativa em crimes, diante de sua clara repercussão civil. Busca-se apenas conferir efetividade à tutela do patrimônio público, com a possibilidade de complementariedade entre as normas afetas à jurisdição coletiva para com aquelas vinculadas à seara penal[242].

---

[238] ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 4 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 607.

[239] SILVA, Rodrigo Monteiro da; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Alienação antecipada de bens em processos de apuração de atos de improbidade administrativa: uma abordagem a partir do dever fundamental de colaboração com a Justiça. **Revista RePro.** São Paulo, Ano 42; Vol. 267, p. 431-456, maio/2017. p. 445.

[240] MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos.** FARIAS, Cristiano Chaves de, *et al* (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 315.

[241] OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 124.

[242] MIRANDA, Gustavo Senna Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos.** FARIAS, Cristiano Chaves de, *et al* (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p. 318.

O patrimônio público é essencialmente reconhecido como direito de natureza fundamental e sua proteção deve merecer total atenção do Estado. Carvalho assevera que a possibilidade de aplicação do instituto da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa deve ser analisada sob a perspectiva do bem jurídico a ser protegido por meio da ação de improbidade administrativa, qual seja, a integridade do patrimônio público, material e imaterial e a garantia do interesse da coletividade, mediante a aplicação das sanções aos agentes que põem em risco essas prerrogativas[243].

As centenas de colaborações premiadas já homologadas pelo Poder Judiciário no âmbito da "Operação Laja Jato" possuem uma inegável horizontalidade eis que vinculadas a fatos ilícitos com repercussão muito além da seara penal. Inegável, pois, que a quase totalidade dos crimes praticados pelas organizações criminosas introjetadas na Administração Pública igualmente constituem ato de improbidade administrativa. Nesse sentido, a conjugação de todos os instrumentos normativos (de cunho penal, civil e administrativo) integrantes do microssistema de combate à corrupção é a medida mais adequada para se buscar a proteção da sociedade.

A pactuação de acordos de colaboração premiada em ações de improbidade administrativa não importa o esvaziamento ou a mitigação à proteção do patrimônio público. Pelo contrário. Não se defende a utilização do instituto da colaboração premiada a esmo, sem critérios pré-estabelecidos. O que realmente se pretende é a sua extensão às ações de improbidade administrativa com a finalidade de se alcançar a melhor tutela para o patrimônio público.

3 A COLABORAÇÃO PREMIADA EM PROCESSOS VOLTADOS À APURAÇÃO DE ATOS DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Conforme apresentado por Silva e Pedra, a sociedade brasileira enfrenta um longo processo de descrédito nas instituições públicas provocado sobretudo, pelos reiterados casos de corrupção e desvios de verbas públicas que insistem em povoar os noticiários[244]. Diante da especialização e capilaridade de redes orquestradas para dilapidar os cofres públicos, torna-se urgente que o Estado lance mão dos mecanismos existentes para tentar frear a corrupção que se alojou na esfera administrativa.

[243] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 981.

[244] SILVA, Rodrigo Monteiro da; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Alienação antecipada de bens em processos de apuração de atos de improbidade administrativa: uma abordagem a partir do dever fundamental de colaboração com a Justiça. **Revista RePro.** São Paulo, Ano 42; Vol. 267, p. 431-456, maio/2017. p. 447.

Nesse vetor, a Lei n.º 8.429/92 possui considerável relevância eis que congrega mecanismos eficientes de combate aos desvios de conduta na Administração Pública. Todavia, em que pese a força da Lei de Improbidade Administrativa, torna-se necessário conceber mecanismos eficientes, já inaugurados em outros regramentos normativos e voltados a permitir que o Poder Judiciário ofereça à sociedade uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada. Dentre tais mecanismos de efetividade destaca-se a colaboração premiada, com previsão expressa nas Leis n.ºs 12.850/13 e 9.807/99.

O objetivo dessa interpretação voltada à incessante busca pela máxima efetividade das normas que tutelam direitos transindividuais que importam na materialização de políticas públicas voltadas à sociedade em geral, baseia-se no fortalecimento da defesa da tutela do patrimônio público e não no enfraquecimento à sua proteção. Buscar uma compreensão diversa corresponde, sem dúvidas, o esvaziamento da tutela protetiva da sociedade.

A colaboração premiada, nos termos da Lei n.º 12.850/13, tem o condão de facilitar o esclarecimento de fatos ilícitos que jamais poderiam chegar ao conhecimento das autoridades. O eficaz arrependimento do agente (ainda que motivado por razões de rasa nobreza) pode levar à redução de sua pena, ou mesmo ao perdão judicial. Nesse sentido, não existe lógica na conduta do Estado de conferir um benefício ao réu apenas na seara criminal, deixando-o vulnerável às sanções previstas na LIA. Tal comportamento se contradiz com a essência da colaboração.

Os mesmos benefícios advindos da colaboração premiada alcançados para o réu e para a sociedade nos processos criminais merecem ser expandidos para as ações de improbidade administrativa, as quais em regra derivam de fatos criminosos.

Zavascki defendia com acerto que as consequências jurídicas advindas da prática de ato de improbidade administrativa muito se assemelham ao aspecto criminal por se tratar de ação com cunho tipicamente repressivo. Neste particular permite-se a adoção de princípios gerais do Direito Penal às ações regidas pela Lei n.º 8.429/92[245].

A plena e inequívoca reparação dos danos é a condição inexorável para a celebração e homologação do acordo de colaboração premiada. Sem a integral recomposição dos danos causados ao Estado é inviável se cogitar qualquer espécie de colaboração com o investigado/réu. A regra inserta no art. 4º, da Lei n.º 12.850/13, prevê a possibilidade de concessão de perdão judicial para aquele que tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e com o processo criminal. Pensamos, assim, que em relação às ações de improbidade administrativa qualquer benefício a ser concedido ao agente colaborador deverá

[245] ZAVASCKI, Teori Albino. ***Processo Coletivo****: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.* 6ª. ed. São Paulo: RT, 2014, p .108/110.

ficar vinculado, além do resultado de sua colaboração, ao integral ressarcimento dos prejuízos causados ao erário.

A propósito do ressarcimento dos prejuízos suportados pela sociedade convém lembrar que a Lei n.º 12.846/13 (Lei Anticorrupção Empresarial), que igualmente congrega o microssistema de combate à corrupção, estabelece em seu art. 16, § 3º, que o acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparação integral dos danos causados.

Uma vez reconhecida a possibilidade de celebração de acordos de colaboração premiada em ações de improbidade administrativa, resta a seguinte indagação: a atuação negocial dos legitimados ativos à propositura da ação estaria vinculada somente àqueles atos de improbidade que igualmente sejam definidos como crime, ou, de forma mais alargada, a todos os atos de improbidade, inclusive, aqueles previstos no art. 11, da Lei n.º 8.429/92?

Por uma questão de coerência, bem como em razão do princípio da proibição deficiente da tutela da probidade administrativa, pensamos que os acordos de colaboração premiada poderão ser celebrados em todas as modalidades de atos de improbidade administrativa, inclusive para aqueles atos que não correspondam a crimes, notadamente aos previstos no art. 11 da LIA.

A jurisprudência ainda é tímida em relação à possibilidade de utilização da colaboração premiada nas ações de improbidade administrativa. De outra sorte convém destacar que em 19 de dezembro de 2014 o STF, por meio do saudoso Min. Teori Zavascki, homologou uma colaboração premiada pactuada nos autos da "Operação Lava Jato", ocasião em que se reconheceu a possibilidade de que o termo de colaboração "*produza seus jurídicos e legais efeitos perante qualquer juízo ou tribunal nacional*"[246]. Especificamente, na cláusula 12 do referido termo restou pactuado entre o Ministério Público Federal e o agente colaborador que a prova obtida a partir da colaboração, após à homologação, poderá ser utilizada não apenas em processos e/ou investigações criminais, como também em ações cíveis de improbidade administrativa e/ou inquéritos civis[247].

A celebração de acordos de colaboração premiada em ações de improbidade administrativa merece receber contornos adequados, de modo a evitar qualquer óbice aos preceitos constitucionais afetos à tutela da probidade administrativa, sem prejuízo do respeito aos direitos fundamentais dos investigados/réus. Há que se observar uma relação de proporcionalidade apta a sempre preservar os interesses da sociedade.

---

[246] Homologação ocorrida nos autos do Processo n.º 5244/DF, de relatoria do Min. Teori Zavascki. Disponível em <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/315250574/andamento-do-processo-n-5244-peticao-17-03-2016-do-stf?ref=topic_feed>. Acesso em 28 abr. 2019.

[247] Disponível em <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2015/01/acordodela%C3%A7%C3%A3oyoussef.pdf>. Acesso em 28 abr. 2019.

Com precisão Martins Júnior e Tebet alertam para a necessidade de se buscar no âmbito das ações de improbidade administrativa a inserção de mecanismos eficazes já presentes na seara criminal[248]. O que se busca, conforme defendido por Carpena[249], é a construção de uma cultura que passe a exigir uma conduta de mais comprometimento e de colaboração do réu proporcional à efetividade da prestação jurisdicional.

O alargamento dos efeitos da colaboração premiada para as ações disciplinadas pela Lei n.º 8.429/92 guarda total sintonia com o interesse público. É certo que para se evitar distorções ou tentativas de se buscar a satisfação de desejos ocultos é que a colaboração premiada em sede de ações de improbidade administrativa dependerá, tal qual ocorre na esfera criminal, de posterior homologação judicial.

Segundo Fonseca *et. al.* a colaboração premiada é dotada de vantajosidade tanto para a sociedade, quanto para o investigado. Para os autores, a partir de uma análise econômica do instituto da colaboração premiada foi possível constatar a presença de mais benefícios do que custos para a sociedade[250].

Em sintonia com a necessidade de se buscar uma prestação estatal que atenda aos interesses da coletividade Carvalho adverte a colaboração premiada seria uma forma de auxiliar o poder público no combate a condutas violadoras da moralidade pública[251].

Pensar de modo diverso, com a defesa da tese de que não seria possível a utilização da colaboração premiada em investigações e processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa, e com isso impedir o manejo de instrumento sabidamente hábil à busca por uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada representa, conforme Calamandrei, oferecer um remédio longamente elaborado para um doente já morto [252].

4. CONCLUSÃO

O presente estudo teve por objetivo demonstrar que a busca por uma prestação jurisdicional primada na efetividade da tutela do patrimônio público demanda uma análise sistêmica por parte dos operadores do Direito, com a finalidade de permitir que mecanismos existentes em outros instrumentos normativos voltados à tutela de direitos transindividuais sejam igualmente aplicados aos processos que apuram atos de improbidade administrativa,

[248] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antonio de Campos. Aspectos penais da improbidade administrativa: uma forma de crime organizado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 87. n. 754. ago. 1998. p. 495-501.
[249] CARPENA, Márcio Louzada. **Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>. Acesso em 25 abr. 2019.
[250] FONSECA, C. B. G. *et. al*. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 11 abr. de 2019.
[251] CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017. p. 982.

[252] CALAMANDREI, Piero. **Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari**. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936. p. 19.

sempre com a observância ao contraditório e à ampla defesa, em cujo âmbito habita o devido processo legal.

A prestação de uma tutela jurisdicional coerente com os princípios regentes da Constituição Federal é medida de extrema necessidade, uma vez que a prática de atos ilícitos que impedem a materialização do feixe de direitos pertencentes à sociedade, quando submetidos a um Poder Judiciário incapaz de conferir uma resposta satisfatória (e justa), tem trazido significativos e por vezes irreparáveis danos à coletividade.

Assim como ocorre no processo penal, a colaboração premiada em processos voltados à apuração de atos de improbidade administrativa somente deverá ser pactuada e posteriormente homologada com a observância do devido processo legal, mediante prudência e bom senso de magistrados e membros do Ministério Público.

A colaboração premiada representa uma ferramenta que ainda precisa ser bem compreendida pelos operadores do Direito. Mesmo em se tratando de um instituto novo já demonstrou sua eficácia no combate às organizações criminosas que se formam com o objetivo único de dilapidar os cofres públicos. Nesse contexto, não há sentido em buscar a efetividade por meio da celebração de acordo de colaboração premiada apenas em processos criminais, deixando de lado a apuração das mesmas condutas ofensivas à LIA.

Busca-se um diálogo de coerência entre as normas que tutelam direitos e interesses da sociedade, cabendo ao intérprete do Direito trabalhar a partir de uma razoável complementariedade voltada à busca da máxima eficiência e efetividade da prestação jurisdicional, sobretudo aquela afeta à satisfação de interesses transindividuais.

Advogar em prol da manutenção da interpretação que exclui das ações de improbidade administrativa qualquer forma de acordo ou transação (aí incluída a colaboração premiada) representa um inegável equívoco, que põe em xeque não apenas os interesses da sociedade, assim como daqueles agentes ímprobos que de qualquer forma manifestaram o desejo de colaborar com o Estado e dessa forma minimizar os males causados a toda a sociedade por suas condutas ilícitas.

A colaboração premiada afigura-se uma demonstração contemporânea de um modelo de busca de provas que se mostrou eficiente à adequada prestação da tutela jurisdicional, com a finalidade de desmantelar organizações criminosas e esquemas de corrupção, sempre em favor da máxima satisfação do interesse público.

Convém destacar, por oportuno, que em 26 de abril de 2019 o STF, nos autos do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 1175650, reconheceu a Repercussão Geral da matéria.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

"A COLABORAÇÃO PREMIADA É INSTRUMENTO HÁBIL À TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA".

REFERÊNCIAS

ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade Administrativa**. 8 ed. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do Direito Administrativo**: Direitos fundamentais, Democracia e Constitucionalização. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar. 2008.

CALAMANDREI, Piero. **Criteri per la definizione dei provvedimenti cautelari**. Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari. Padova: Cedam, 1936.

CARPENA, Márcio Louzada. **Da não apresentação de bens passíveis de penhora e das multas**. Disponível em: <http://www.abdpc.org.br/artigos/artigo1071.htm>. Acesso em 25 abr. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 30. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. Interesse público: verdades e sofismas. *In*: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; RIBEIRO, Carlos Vinícuis Alves (Coords). **Supremacia do interesse público e outros temas relevantes do Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2010.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4 ed. Salvador: JusPODIVM, 2017.

COURA, Alexandre de Castro; FREIRE JÚNIOR, Américo Bedê. Atuação do juiz no acordo de colaboração premiada e a garantia dos direitos fundamentais do acusado no processo penal brasileiro. **Revistas do Tribunais**. vol. 969. Ano 105. São Paulo: Ed. RT, jul. 2016. p. 148-159.

DIDIER Jr., Fredie; BOMFIM, Daniela Santos. A colaboração premiada como negócio jurídico processual atípico nas demandas de improbidade administrativa. ***A&C* – Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 17, n. 67, p. 105-120, jan./mar. 2017.

FONSECA, C. B. G. *et. al*. **A Colaboração Premiada Compensa?** Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/ CONLEG/Senado, agosto/2015 (Texto para Discussão nº 181). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 11 abr. 2019.

LEONEL, Ricardo de Barros. **Manual do processo coletivo.** São Paulo: RT, n. 4.10, p. 148, 2002.

LOPES JR., Aury. **O tempo como pena processual: em busca do direito de ser julgado em um prazo razoável.** Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=458>. Acesso em 27 abr. 2019.

LOUREIRO, Valtair Lemos. **Microssistema processual coletivo e a tutela do patrimônio público**. Curitiba: Juruá, 2015.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva; TEBET, Mário Antonio de Campos. Aspectos penais da improbidade administrativa: uma forma de crime organizado. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, v. 87. n. 754. ago. 1998. p. 495-501.

MAZZEI, Rodrigo Reis. A Ação Popular e o microssistema da tutela coletiva. *In:* Gomes Junior, Luiz Emanoel (coord.). **Ação Popular – Aspectos controvertidos e relevantes – 40 anos da Lei 4.717/65.** São Paulo: RCS, 2006.

MIRANDA, Gustavo Senna. Tutela repressiva da improbidade administrativa: princípios informadores e microssistema. **Estudos sobre Improbidade Administrativa: em homenagem ao Professor J.J. Calmon de Passos.** FARIAS, Cristiano Chaves de *et al* (orgs). 2 ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito administrativo sancionador**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

SANTOS, Maria Charpinel. **A competência na ação de improbidade administrativa.** Disponível em <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=05da33eab200f4c5>. Acesso em 27 abr. 2019.

SARMENTO, Daniel. Interesses públicos vs. interesses privados na perspectiva da teoria da filosofia constitucional. *In:* _____ (Org.). **Interesses públicos versus interesses privados***:* desconstruindo o princípio da supremacia do interesse público. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2007.

SILVA, Rodrigo Monteiro da; PEDRA, Adriano Sant'Ana. Alienação antecipada de bens em processos de apuração de atos de improbidade administrativa: uma abordagem a partir do dever fundamental de colaboração com a Justiça. **Revista RePro.** São Paulo, Ano 42; Vol. 267, p. 431-456, maio/2017.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 4. ed. rev. aum. e atual. São Paulo: Malheiros. 2000.

ZAVASCKI, Teori Albino. ***Processo Coletivo****: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela Coletiva de Direitos.* 6ª. ed. São Paulo: RT, 2014.

TORTURA E IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: O presente ensaio se insere no esforço de fechar o amplo círculo de responsabilização da prática ilegal, criminosa, inconstitucional e inconvencional da tortura, impondo além das responsabilidades cível, penal e disciplinar, a responsabilidade por improbidade administrativa. O ato de tortura se encaixa como ato de improbidade formal (por violar princípios da Administração Pública) e material (dada a extensão da gravidade do ato), incidindo nas sanções do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

Sumário: 1- Introdução. 2- Elemento subjetivo da conduta ímproba. 3- Tortura, improbidade e dano. 4- Tortura por agente público e improbidade por violação aos princípios da legalidade e da moralidade. 5- Conclusão. Referências.

1- Introdução

A Lei de Improbidade Administrativa, desde a sua edição, tem sido objeto de uma incessante interpretação pela doutrina e pelo tribunais. Mas, apesar desse profundo labor interpretativo, restam sempre alguns ângulos fornecidos pela rica diversidade da prática diária que permanecem numa zona nebulosa. Assim é a relação estabelecida entre a tortura praticada por agente público e a improbidade.

A prática da tortura e sua correlata proibição constitucional não tem sido, por inúmeros motivos, objeto de apurações céleres e, consequentemente, de responsabilizações na esfera judiciária. Justamente por isso, é raro nos defrontarmos com um decreto condenatório por tortura. E, por extensão, não se estabelecem discussões sobre a ampliação do círculo integral de responsabilização, incluindo, por óbvio, a improbidade administrativa.

Esse estado de coisas, claramente refletido nos escassos julgados e na quase inexistente doutrina, nos impeliu a abordar a inserção da improbidade administrativa no amplo raio de responsabilização da tortura.

2- Elemento subjetivo da conduta ímproba

O enquadramento na lei de improbidade exige, segundo criação jurisprudencial, culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto[253] ou ímprobo. Inabilidade ou incompetência excluem sua aplicação[254]. Esse entendimento conservador criado em torno do elemento subjetivo do agente público relaciona-se com a preocupação pragmática de:

1- não sobrecarregar, inutilmente, o Judiciário com questões irrelevantes e de pouca monta (*aquila non capit muscas*), que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa ou em instâncias menos intrusivas;

2- não banalizar a lei de improbidade em prejuízo de todo o sistema. Qualquer sanção estatal que radicalize seu poder punitivo perde sua função de ser. Assim o legislador, ao tratar sobre esta modalidade de ato ímprobo, em nenhum momento quis consumir a reputação, a paz e o patrimônio dos agentes públicos, e muito menos transformar fatos corriqueiros que motivam sanções disciplinares em tortuosos processos administrativos[255].

A severidade das sanções previstas na Constituição (suspensão dos direitos políticos e a perda da função pública) parece sugerir que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade concreta, seja por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público, propiciarem benefícios indevidos para o agente e/ou para terceiros e ferir profundamente os princípios caros à Administração. Esse parece ser o sentido razoável conferido à interpretação e à aplicação das normas constantes na Lei de Improbidade.

O elemento subjetivo só é tratado pelo legislador quando se refere ao ato de improbidade que importe em dano ao erário (art. 10: "...qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa..."). Quando trata dos atos de improbidade que caracterizem enriquecimento ilícito (art. 9º.) ou que atentem contra princípios da administração pública (art. 11), o legislador

---

[253] DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo:Atlas, 22. ed., 2009, pp. 823-824.
[254] STJ, REsp n. 213.994-MG, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27.9.99.
[255] *BOTELHO, Tiago Resende.* ***A desnecessidade de dano ao patrimônio público para caracterização da improbidade administrativa****. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 11 | n. 21| Jan./Jun.2009, p. 63.*

silencia[256]. Talvez aqui não exista espaço para perscrutar o psiquismo do agente público, mas buscar a boa-fé objetiva administrativa, lapidarmente inscrita no art. 4º. da LIA:

"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 lhe são afetos".

De qualquer modo, é impossível enquadrar a prática da tortura atribuível a um agente público, em toda sua crueza, irrazoabilidade e negação da dignidade humana, como um ato probo, imbuído de boa-fé ou insignificante, salvo admitindo a tortura em certas circunstâncias excepcionais, o que perante o nosso ordenamento e o direito internacional humanitário é absolutamente impossível. Para nosso ordenamento jurídico, a vedação da tortura é um direito fundamental absoluto (CF, art. 5º., III), não podendo ser relativizado em qualquer situação.

A Convenção contra a Tortura da ONU de 1984 reafirma o caráter absoluto da proibição quando, no art. 2º, parágrafo 2º., diz que "nenhuma circunstância excepcional, como ameaça ou estado de guerra, instabilidade política interna ou qualquer outra emergência pública, poderá ser invocada como justificativa para a tortura". E no parágrafo 3º. do mesmo artigo repele qualquer eximente de reponsabilidade ou causa de justificação: "Uma ordem de um funcionário superior ou de uma autoridade pública não poderá ser invocada como justificativa para a tortura".

A **Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (1985), em seu art. 5º. também traça o caráter absoluto da proibição de tortura:**

"Não se invocará nem admitirá como justificativa do delito de tortura a existência de circunstâncias tais como o estado de guerra, a ameaça de guerra, o estado de sítio ou de emergência, a comoção ou conflito interno, a suspensão das garantias constitucionais, a instabilidade política interna, ou outras emergências ou calamidades públicas.

Nem a periculosidade do detido ou condenado, nem a insegurança do estabelecimento carcerário ou penitenciário podem justificar a tortura".

A proibição da tortura é considerada norma de *ius cogens* (norma imperativa e inderrogável de direito internacional geral), ou seja, norma aceita e reconhecida pela comunidade internacional de Estados em seu conjunto como uma norma da qual nenhuma derrogação é permitida e que só pode ser modificada por uma norma de Direito Internacional geral da mesma natureza (art. 53, da Convenção de Viena sobre

[256] O silêncio legal a qualquer elemento subjetivo, constante nos arts. 9º. e 11, não significa a adoção da responsabilidade objetiva (***DUTRA, Úrsula Petrilli. Dificuldade em se localizar o dolo na ofensa aos princípios administrativos para a configuração do ato de improbidade administrativa.*** *Porto Alegre:Revista do Ministério Público do RS, n. 64, out./dez 2009 p. 27)*.

Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais[257], de 21 de março de 1986).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu que essa proibição absoluta subsiste mesmo nas circunstâncias mais difíceis, tais como guerra, ameaça de guerra, luta contra o terrorismo e quaisquer outros delitos, estado de sítio ou de emergência, comoção ou conflito interno, suspensão de garantias constitucionais instabilidade política interna ou outras emergências ou calamidades públicas:

> "This Tribunal has indicated that torture and cruel, inhuman or degrading punishment or treatment are strictly prohibited by international human rights law. The absolute prohibition of torture, both physical and mental, is currently part of the international jus cogens. Said prohibition subsists even under the most difficult circumstances, such as war, threat of war, the fight against terrorism and any other crimes, martial law or a state of emergency, civil commotion or conflict, suspension of constitutional guarantees, internal political instability or other public emergencies or catastrophes"[258].

É inadmissível que se busque a verdade "a qualquer preço" e sob quaisquer circunstâncias nos procedimentos levados a cabo pelo Estado (Estado-polícia/Estado-juiz). Esses procedimentos têm como pano de fundo e como um farol a guiar-lhes, inafastáveis regras morais que obrigam seja a busca pela verdade submetida a um rígido código ético. Esses parâmetros impõem restrições a essa cruzada pela verdade, dificultando a reconstituição plena dos fatos. Em um cenário democrático parece ser esse o preço a ser pago por uma tábua rígida de direitos e garantias fundamentais, um núcleo inafastável de uma ambiência democrática. A questão é solvida com opções de caráter legal e processual, de sorte a possibilitar que o sistema possa impedir a utilização de um direito em detrimento de outro, considerado, num dado momento, absolutamente mais importante do ponto de vista constitucional.

A norma do art. 11, da LIA, em sua expressão literal, não exige, para sua configuração, que a afronta a princípio constitucional da Administração Pública decorra de comportamento doloso do agente público. Mas, doutrinariamente, essa omissão não impede a exigência do elemento anímico, dado que, em regra, no direito administrativo não há uma positivação do

---

[257] Disponível em: http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1427770.pdf. Acesso em: 08.05.2018. Também SCHABAS, William A. **The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals.** Case Western Reserve Journal of International Law, 2006, Vol. 37, p. 356.

[258] Tradução livre: "Este Tribunal indicou que a tortura e os atos cruéis, desumanos ou degradantes punição ou tratamento são estritamente proibidos pelo direito internacional dos direitos humanos. A proibição absoluta da tortura, tanto física como mental, é atualmente parte do *jus cogens* internacionais. A referida proibição subsiste mesmo sob as mais difíceis circunstâncias, como a guerra, a ameaça de guerra, a luta contra o terrorismo e quaisquer outros crimes, lei marcial ou estado de emergência, comoção civil ou conflito, suspensão de garantias constitucionais, instabilidade política interna ou outras emergências públicas ou catástrofes" (Case of the Miguel Castro-Castro Prison v. Peru, Judgment of November 25, 2006; disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_ing.pdf. Acesso em: 08.05.2018).

conceito de dolo, não sendo os textos legais de cunho administrativo permeados por exigências dessa natureza. Alavancada sobre essa evidência doutrinária, a jurisprudência predominante do STJ exige que o elemento anímico (dolo genérico[259] ou comum) no caso do art. 11 seja comprovado, ou seja, que o agente aja de forma ilícita, consciente da violação de preceito da administração, motivado por desonestidade, por falta de probidade[260]. Ou seja, o ato meramente ilegal pode não ser ímprobo, se não for acompanhado de má-fé (após avaliação subjetiva do ato do agente e forjadura de um juízo razoável de reprovabilidade) e de um "nível de gravidade maior" (STJ, Resp 1075882/MG, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, 1T, j. 04.11.2010, DJe 12.11.2010). De fato, a não exigência da má-fé e do "nível de gravidade maior" (vertido na indiferença por princípios ou valores soberanos da Administração Pública), a quase totalidade das irregularidades administrativas implicariam violação ao princípio da legalidade atraindo a censura da LIA.

Tortura e boa-fé são termos antinômicos. O agente público que pratica tortura revela o descortino cabal de sua censurabilidade, tanto que em todos os casos é uma prática clandestina, *underground*, feita à revelia de testemunhas. Está em poder do agente (em sua própria vontade) escolher o procedimento conforme ou não ao Direito, com as consequências derivadas. Quando um agente público torturador comete o desvio de poder consistente na tortura, ele não incide apenas em um erro técnico ou numa má aplicação da lei por ignorância (ou despreparo), mas está, formal e materialmente, de má-fé; sabe, em toda a extensão da prática, que traiu a intenção do legislador. Pode-se afirmar, portanto, que o ato de tortura se encaixa, à perfeição, como ato de improbidade formal (por violar os referidos princípios) e material (dada a extensão da gravidade do ato), atendendo ao princípio da proporcionalidade, embora os tribunais do país não venham privilegiando esse discrímen (formal/material) extraído de categorias penais.

A clandestinidade inerente à tortura é o procedimento adotado pelo agente público torturador para se "ajustar" ao Direito – dificultando a coleta de elementos evidenciadores da prática; a clandestinidade é o meio obscuro por onde o elemento psicológico do agente se infiltra, na tentativa de dificultar sua determinação e sua prova. E é justamente por isso, que a prova do dolo não pode depender de uma evidência gritante ou cristalina da vontade, dado ser impossível entrar nas profundezas do psiquismo do agente. O elemento psicológico é extraído

[259] O STJ tem avançado em seu posicionamento, aceitando a possibilidade de se admitir a culpa para o art. 11 da LIA: 1ª Turma. Recurso Especial nº 604.151 – RS (2003/0196512-5), relator: Ministro José Delgado, acórdão em 25 de abril de 2006.

[260] FILHO, Marino Pazzaglini. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. São Paulo:Atlas, 5. ed., 2011, p. 102. STJ, REsp 1036229/PR RECURSO ESPECIAL 2008/0047830-6 Relator(a) Ministra DENISE ARRUDA - Órgão Julgador - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/12/2009 Data da Publicação/Fonte DJe 02/02/2010.

das circunstâncias que cercam o fato objetivamente ilegal e da realidade concreta, elementos subjacentes à vontade e que não afloram com a precisão de um valor matemático.

Um agente público (policial, por exempo) atua, ou pode atuar, dolosamente quando, de modo deliberado, vulnera, ou quer vulnerar, normas legais, para satisfazer fins ilícitos, sejam públicos ou privados. O estilo autoritário do servidor que atropela o Estado de Direito (âmago da conduta do torturador), eis aí algo que marca o dolo administrativo[261]. Essa espécie de dolo, admitindo-se a exigência de elemento anímico em qualquer ato de improbidade, flui, naturalmente, da prática da tortura, pois de modo algum é possível extrair inabilidade, despreparo ou atecnia do agente público que se vale do tormento para extrair a verdade, humilhar ou impor castigo. Ele **sabe** que a tortura é um ato ilegal e moralmente censurável, e **quer** infligi-lo. Assim o agente torturador pratica, **voluntariamente**, ação ou omissão e **sabe** que tais ações violam os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11, da Lei de Improbidade). Temos então, teoricamente, o dolo administrativo como uma estrutura de vontade baseada no conhecimento.

É exatamente o que se extrai das lições de Mazzilli e Rita Tourinho, respectivamente[262]:

> "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".
>
> "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".

A técnica de comprovação do dolo deve ser realizada com os mesmos mecanismos com que se aborda a observação da ilegalidade do ato ou da atividade administrativa. 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)[263].

De outro lado, mas em estreita relação com a linha de raciocínio desenvolvida e considerando que o dolo comum ou genérico exigido para justificar a incidência do art. 11, da

---

[261] OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007, p. 293.

[262] MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo:Saraiva, 7ª. ed., p. 162; TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba:Juruá, 2004, p. 173.

263 ***CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Estudo sobre o dolo no direito administrativo. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19868-19869-1-PB.pdf. Último acesso: 16.06.2019.***

LIA, está contido sobejamente nas categorias anímicas do direito penal[264], o suporte fático necessário para o oferecimento da denúncia no âmbito criminal, se mostra apto e suficiente para alavancar uma ação civil pública por improbidade administrativa, visto também que os núcleos conceituais do dolo são idênticos a qualquer ramo do direito (*conhecimento* e *vontade*). Ainda que se objete que, historicamente, a doutrina realizou investigação mais profunda, neste ou naquele ramo normativo, não há como negar que estes núcleos se enfeixam num mesmo conteúdo significante. *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*[265]. É óbvio que por integrar os tipos penais, o dolo exigido pelo direito penal apresenta uma maior irradiação, logo, respeitando a finalidade de aplicação, pode fornecer suporte básico para buscar a responsabilização na seara da improbidade (que exige apenas o "dolo comum", ou seja, vontade genérica de fazer o que sabe ser ilegal e contrário à moral administrativa).

O princípio conceitual do dolo, em direito administrativo se baseia em uma contraposição ao “tipo” administrativo, no desrespeito à legalidade exigida para o ato e na necessária conclusão de que tal desrespeito baseou-se em uma vontade dirigida contra a boa-fé estatal (princípio reitor da finalidade administrativa), sintetizada, em última instância, nos princípios que regem a Administração Pública.

Em relação à tortura, compreende-se como adequada, inclusive, ao invés da pesquisa matemática ou milimétrica do estado anímico do agente, a investigação de seu comportamento de forma objetiva frente à situação concreta, realçando a existência de nexo causal entre o exercício funcional e o desrespeito aos princípios da administração. Vale dizer: o comportamento foi adequado aos direitos fundamentais da legalidade, da moralidade administrativa e da boa administração (pelo viés dos seus princípios)?[266]Foi contrário à razoabilidade, ao bom senso, ao interesse público e à finalidade pública? A inexistência de qualquer destes princípios ou elementos carreia uma forte carga indiciária a respeito do desvio da vontade do agente, dando forma à má-fé que lhe serviu de gênese. A prática da tortura não tem nem a legalidade, nem a moralidade administrativa para se escudar e subtraí-la à incidência da Lei de Improbidade. Basta para iniciar a caracterização do ilícito (para efeito de improbidade administrativa), a violação do interesse juridicamente tutelado e dos elementos

---

[264] "Os tipos administrativos que contenham correlação lógica com tipos penais 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" (***CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Cit.***).

265 ***CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. cit.***

[266] MARTINS, Fernando Rodrigues. **Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional**. Revista de Direito Constitucional, São Paulo, n. 69, out./dez. 2009, p. 120.

principiológicos imanentes, ficando em plano secundário e posterior a configuração do elemento anímico específico para fins de responsabilização (que, como já dito, é decorrência direta da violação).

Fato é que a tortura, em qualquer circunstância, revela um grau absoluto de ilegalidade e de ínsita imoralidade, traduzindo-se formal e materialmente em improbidade administrativa, por sua elevada nocividade e reprovabilidade sociais, merecedora de todos os rigores da legislação e da consciência moral civilizada. Moral e juridicamente, os danos decorrentes da prática são nítidos. A tortura viola o ordenamento jurídico em cascata e sucessivamente: a começar pelo Direito Penal (Lei n. 9.455/1997), Lei de Improbidade Administrativa (arts. 4º. e 11), normas administrativas disciplinares, Código Civil – Responsabilidade Civil (art. 186), Constituição Federal (art. 5º., III) e o Direito Convencional (Convenção Contra a Tortura da ONU de 1984).

Ao policial, muito especialmente considerado em face da tortura, não se impõe apenas a observância estrita da lei, mas o dever de probidade ou honestidade, de respeito ao princípio da moralidade, de imparcialidade no cumprimento do dever e de lealdade às instituições. Com mais adiante iremos desenvolver, o princípio da moralidade é um *plus* em relação à legalidade (com caráter plenamente vinculante), é uma espécie de segunda camada legitimadora, assim o ato para ser válido precisa ser legal (obedecer às normas jurídicas positivas) e, ao mesmo tempo, legítimo (se submeter à moral administrativa ou institucional).

Em qualquer situação, a prática da tortura por agente de segurança pública implicará em um elevado grau de imoralidade da conduta. Desse modo, em hipótese alguma, será aplicável o princípio da insignificância, sendo a reprovabilidade da conduta do agente ímprobo diretamente proporcional ao grau de moralidade de sua conduta, como ressai limpidamente desse julgado do TJRS:

"Em sede de improbidade administrativa, a ofensa à moralidade pública não admite a aplicação do princípio da insignificância, na medida em que se discute a prática de ato atentatório a norma-princípio de Direito Administrativo (moralidade administrativa). O bem jurídico protegido pela lei de improbidade administrativa é a moralidade administrativa, mediante a aplicação de sanções de natureza civil, as quais não possuem a mesma carga de coatividade das sanções penais. Por esse motivo, a aplicação do princípio da insignificância tem aplicação restrita ao Direito Penal, pois já na análise da tipicidade material do delito, caso o julgador anteveja que a conduta não causou prejuízo ao bem jurídico tutelado pela norma penal, deve então reconhecer a atipicidade da conduta, desde logo, evitando o estrépito judicial (“strepitus iudici”) inerente ao processo penal (...). Na seara do Direito Administrativo, não se pode aplicar o princípio da insignificância, mas, pelo contrário, incide

o princípio da intolerância a qualquer ato *contra legem*, especialmente quando resultantes em ofensa à moralidade pública. A investigação dos atos praticados pelo agente público deve ser transparente, justificando a exposição da sua conduta em processo público" (TJRS, 3CC, Agravo de Instrumento nº 70029616547, in: AC: 70053608303 RS, Rel. Lúcia de Fátima Cerveira, Diário da Justiça, 31 mai. 2014).

A moralidade administrativa situa-se na "zona fronteiriça" entre o Direito e a Moral. E por isso o controle jurisdicional não pode ter um enfoque apenas técnico-jurídico, devendo, dentro da "moralidade administrativa", ser considerados os seguintes tópicos: abuso do direito, desvio de poder e razoabilidade da conduta sindicada[267].

Por fim, considerando a clandestinidade e a invisibilidade típicas da prática da tortura, bem como o fato da Lei n.º 8.429/92 ter vindo a lume sob o signo da dubiedade quanto a seus fins maiores, representando uma clara distorção que põe em xeque sua aplicação, o intérprete, na dúvida, deve se decidir a favor da concretização sensata do princípio da probidade[268]. 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.

3- Tortura, improbidade e dano

A Lei n. 8.429/1992 elenca três espécies de atos de improbidade administrativa: 1- os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º); 2- os que causam prejuízo ao erário (art. 10); 3- e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11). A regra do art. 11 funciona como um *standard* de reserva, nos casos de improbidade administrativa que não acarretem lesão ao erário nem impliquem em enriquecimento ilícito ao agente público.

O sistema criado pelo legislador contempla essas três modalidades de improbidade administrativa. Os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública constituem uma modalidade própria, autônoma, e não apenas integram as duas outras modalidades. Se o sistema se restringisse à ocorrência de dano e ao enriquecimento ilícito, estar-se-ia passando a mensagem de que o agente público ou administrador pode agir como quiser, ainda que contrariando a lei e os princípios mais valiosos da boa administração, desde que não cause dano ao erário ou obtenha vantagem indevida.

É certo que a tortura não causa dano ao erário, mas o dano, neste caso, não é fundamental para configurar o ato de improbidade (nos termos do art. 21, I, da Lei de

[267] MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 5. ed., 2003, pp. 108-109.
[268] FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 141.

Improbidade). Além disso, no art. 11 da LIA, a lei não se reporta ao dano. Nesta modalidade de improbidade, muitas vezes, há violação dos princípios nucleares da administração sem trazer danos materiais ao patrimônio público. Da leitura do dispositivo pode-se concluir, com facilidade, que se destina à punição de atos que não necessariamente caracterizem dano[269] ao patrimônio público. Ocorrendo dano, incide o art. 10, da referida lei e suas severas sanções.

Em comentário ao art. 21, inciso I, da Lei de Improbidade Administrativa, Tiago Resende Botelho[270] ressalta que:

> "Do exposto resulta que os princípios da Constituição Federal, art. 37 juntamente com o art. 21, I da Lei n.º 8.429/92, representam para a administração pública a possibilidade de se perseguir indistintamente a vontade ímproba do agente e não apenas o resultado danoso. É verdade que o dano permanece como elemento tipificador da conduta, porém, não mais o único. Os princípios, quanto afetados ainda que sem lesividade, materializam-se como ato ímprobo, incorrendo nas sanções da Lei de improbidade. (...)

A essência do art. 21, I, encontra-se na própria República, no anseio de desvincular qualquer ato que possa abalar o regime e prejudicar o bom andamento deste, mesmo que não exista dano patrimonial.

Este dispositivo busca então, não apenas proteger o patrimônio ou a administração pública, mas sim resguardar toda uma sociedade dos atos desmedidos que, por não trazerem danos materiais até antes desta lei, ficavam ilesos. Todavia, com a Lei de Improbidade, art. 21, I, muda este contexto. O legislador dá a este dispositivo uma carga valorativa de extrema importância, alargando assim o campo da improbidade, pois, ímprobo é não só o ato que gera dano, mas também é aquele que de maneira ardilosa e perspicaz aproveita da administração pública em seu favor ou de um terceiro, ainda que não provoque prejuízos ao erário. (...)

Desta forma, o art. 21 demonstra que, o legislador não está preocupado em reduzir a lei à mera perseguição do dano patrimonial, uma vez que quando descarta a efetiva ocorrência deste, o que procura é ir além, é criar dispositivos que cerquem os atos que driblam a norma, que se obscurecem não pelo seu resultado danoso, mas pela sua existência imoral e ilegal ".

O dano goza ainda entre nós de uma marcada característica patrimonialista, revestindo-se da ideia de ofensa ao patrimônio físico através de defraudação, destruição ou inutilização de bens. Mas o dano a um direito supera a órbita patrimonialista, atingindo valores e princípios imateriais como dignidade humana, integridade física e moral, liberdade etc. Todo interesse jurídico tutelado (proibição da tortura, no art. 5º., III, da Constituição),

---

[269] *BOTELHO, Tiago Resende. cit., p. 63; JESUS SANTOS, Lyts de.* ***Há improbidade por violação a princípios sem dano ao patrimônio público?*** *Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7983748. Último acesso: 09.06.2019.*

[270] *BOTELHO, Tiago Resende. cit., pp. 68/70.*

quando violado, acarreta o prejuízo ou o dano. Exemplar, neste sentido, é a definição de dano dada por Fernando Noronha[271]:

> "Prejuízo de natureza individual ou coletiva, econômica ou não-econômica, resultante de ato ou fato antijurídico que viole qualquer valor inerente à pessoa humana, ou atinja coisa do mundo externo que seja juridicamente tutelada".

O dano decorrente da tortura consistente na violação de elevados interesses juridicamente tutelados (legalidade, moralidade, impessoalidade), sem prejuízo de vestígios físicos visíveis no corpo do torturado, em regra não é visível ou palpável em termos patrimonialistas, constituindo o lado mais obscuro e mais clandestino da improbidade, dadas as formas ardilosas, criminosas e imorais de disfarçar o ato ímprobo. Os atos que violam os princípios da administração implicam em improbidade não pelo seu resultado danoso (viés patrimonial), mas por sua existência imoral e ilegal. A não exigência de dano patrimonial para configurar improbidade administrativa no caso de tortura (art. 11 c/c o art. 21, I, da LIA) é um importante mecanismo para reforçar ainda mais o valor principiológico da legalidade e da moralidade, dado que basta o desrespeito aos ditos princípios para caracterizar a essência da referida improbidade; busca-se não o resultado fenomênico da conduta, mas o desvirtuamento desta.

4- Tortura por agente público e improbidade por violação aos princípios da legalidade e da moralidade

De acordo com a Constituição Federal, 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. Ao exercer abusivamente a força, torturando uma vítima, o servidor público policial viola os princípios da legalidade e da moralidade. Ao torturar, como já dissemos, o policial faz tábula rasa da lei penal (Lei n. 9.455/1997), da Lei de Improbidade (Lei n. 8.429/1992), da Constituição (art. 5º., inciso III e art. 37, *caput*), do direito convencional com *status* de supralegalidade (art. 1º. da Convenção contra a Tortura) e das normas administrativas disciplinares.

A partir do marco constitucional de 1988, a moralidade constitui pressuposto de validade de todo ato da Administração Pública (desde a detenção policial na rua até o contrato administrativo mais vultoso). Sob a sua égide, não basta ao administrador ou servidor sopesar em suas ações critérios de conveniência/inconveniência, de oportunidade/inoportunidade, de

[271] **Direito das Obrigações**. V. I. São Paulo:Saraiva, 2003, p. 274.

justiça/injustiça e de legalidade/ilegalidade, mas discriminar entre o honesto e o desonesto. Assim, sob os auspícios do princípio da moralidade, uma conduta adequada e compatível com a lei, mas violadora da moral institucional, será ilegítima e inválida. O ponto é este: a moralidade é um reforço ao princípio da legalidade, ou seja, o ato para ser válido precisa ser legal (obedecer às normas jurídicas positivas) e, ao mesmo tempo, legítimo (se submeter à moral administrativa ou institucional)[272].

O princípio da legalidade, formalmente considerado, se concretiza com a simples adequação do ato administrativo ao arquétipo da lei através de operações lógicas no sentido estrito da palavra, ou seja, operações de dedução de certas conclusões a partir de determinadas premissas (cujo resultado final é uma atividade mecânica ou automática), já o da moralidade exige que o móvel do agente (sentimento ou desejo que o inspira) e o objetivo pretendido estejam em harmonia com o dever de bem administrar no interesse da coletividade, o que pressupõe um juízo de valor. Esse "dever de bem administrar" exige obediência estrita a alguns princípios éticos como lealdade (fidelidade aos objetivos da ação administrativa), boa-fé e honestidade, tendo como pano de fundo primário o interesse público. O jurídico, é preciso relembrar, não se encerra e se limita às disposições escritas, mas se estende aos princípios e à normatividade imanente à natureza das instituições.

A moralidade perpassa todo o atual texto constitucional e representa um duro golpe no positivismo jurídico. Desde o art. 5º, LXXIII, que trata da ação popular contra ato lesivo à moralidade administrativa; a punição mais rigorosa da imoralidade qualificada pela improbidade (art. 37, §4º); o art. 14, § 9º, em que se visa proteger a probidade e moralidade no exercício de mandato político; e o art. 85, V, que considera a improbidade administrativa como crime de responsabilidade.

O princípio da moralidade constitui verdadeiro superprincípio informador dos demais (ou um princípio dos princípios), não se podendo reduzi-lo a mero ingrediente do princípio da legalidade. Isso proporciona, por exemplo, o combate de ato administrativo formalmente válido, porém destituído do necessário elemento moral. A moralidade administrativa tem relevo singular e é o mais importante desses princípios, porque é pressuposto informativo dos demais (legalidade, impessoalidade, publicidade, razoabilidade, proporcionalidade, motivação), muito embora devam coexistir no ato administrativo. Exsurge a moralidade administrativa como precedente lógico de toda a conduta administrativa, vinculada ou

[272] A moralidade administrativa pode e deve ser considerada como categoria jurídica autônoma, podendo o ato administrativo ser legalmente formal, não lesivo ao erário, mas moralmente insustentável (MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 5. ed., 2003, p. 112).

discricionária, alcançando também as atividades legislativas e jurisdicionais, consistente no assentamento de que o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé e a lealdade, e visando a uma boa administração. Assim, no atuar, o agente público deve levar em consideração o elemento moral de sua conduta e os fins colimados, porque a moralidade afina-se como conceito de interesse público não por vontade da norma constitucional, mas por constituir pressuposto intrínseco de validade do ato administrativo[273].

Para a Lei de Improbidade, "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..." (art. 11, *caput*).

O ato de improbidade é, em regra, um fenômeno multi-ofensivo, pois atinge múltiplos bens jurídicos e diversas pessoas. E na Lei de Improbidade não há previsão expressa de quais seriam as vítimas mediatas ou imediatas da atividade ímproba para efeito de configuração do ato ilícito. Uma coisa, entretanto, é certa, o servidor público, qualquer que seja – militar ou civil – deve pautar suas ações pelos princípios que regem a Administração Pública e dão suporte ao Estado de Direito Democrático. Quando foge a esse roteiro, todos são vítimas e ofendidos com sua ação ao arrepio dessas diretrizes balizadoras. Podemos, portanto, dizer que determinada conduta será sancionada pela Lei de Improbidade se o interesse público for, de alguma forma, violado.

Para aferir se determinada conduta se encaixa como ato de improbidade é necessário saber se, nos múltiplos bens jurídicos farpeados pelo ato (ou atos) do agente público, há qualquer vínculo com o interesse público. Se esse vínculo for detectado, automaticamente a própria Administração Pública (cujo fim último é o interesse público) será ofendida, e isso servirá para apodar o ato de ímprobo, para os efeitos da Lei nº 8.429/92. Além disso, a tortura praticada por policiais (ou outros agentes do Estado) no exercício da função pública, contra quem quer que seja, gera o dever de indenização contra o Estado, nos exatos termos do art. 37, § 6º, da CF/88. Situação que afeta diretamente os interesses da Administração Pública.

Todo agente público tem o dever (legal, constitucional e convencional) de evitar e combater a tortura, logo isso "é objeto de preocupação permanente da Administração Pública, de maneira geral".

O STJ, no REsp 1.177.910-SE, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 26/8/2015 (Info 577), publicado no DJe em 17/2/2016, entendeu que "a tortura de preso

[273] MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo:Saraiva, 4ª ed., 2009, pp. 31-32.

custodiado em delegacia praticada por policial constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública".

O ministro relator ainda destaca em seu voto:

"É injustificável pretender que os atos mais gravosos à dignidade da pessoa humana e aos direitos humanos, entre os quais a tortura, praticados por servidores públicos, mormente policiais armados, sejam punidos apenas no âmbito disciplinar, civil e penal, afastando-se a aplicação da Lei da Improbidade Administrativa. Essas práticas ofendem diretamente a Administração Pública, porque o Estado brasileiro tem a obrigação de garantir a integridade física, psíquica e moral de todos, sob pena de inúmeros reflexos jurídicos, inclusive na ordem internacional.

Pondere-se que o agente público incumbido da missão de garantir o respeito à ordem pública, como é o caso do policial, ao descumprir com suas obrigações legais e constitucionais de forma frontal, mais que atentar apenas contra um indivíduo (e sua dignidade humana), atinge toda a coletividade e a própria corporação a que pertence de forma imediata.

Ademais, pertinente reforçar que o legislador, ao prever que constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de lealdade às instituições, findou por tornar de interesse público, e da própria Administração em si, a proteção da imagem e das atribuições dos entes/entidades públicas. **Disso resulta que qualquer atividade atentatória a esse bem por parte de agentes públicos tem a potencialidade de ser considerada como improbidade administrativa.**

Em síntese, atentado à vida e à liberdade individual de particulares, praticado por agentes públicos armados – incluindo tortura, prisão ilegal e "justiciamento" –, afora repercussões nas esferas penal, civil e disciplinar**, pode configurar improbidade administrativa**, porque, além de atingir a pessoa-vítima, alcança, simultaneamente, interesses caros à Administração em geral, às instituições de segurança pública em especial, e ao próprio Estado Democrático de Direito".

Os tribunais do país seguem na mesma esteira: TJDFT, 20140111377490APO, Relator Des. SANDOVAL OLIVEIRA, 2ª Turma Cível, data de julgamento: 29/11/2017, publicado no DJe: 12/12/2017, pág.: 253/280:

"O artigo 11 da Lei n.º8.429/92 estabelece como ato de improbidade administrativa "qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições", atentando contra os princípios da

administração pública. A conduta dos réus, ao se apresentarem como integrantes da Polícia Civil para coagir indevidamente outrem ao pagamento de dívida utilizando-se de tortura, notadamente enquadra-se ao disposto no conceito legalmente fixado, não sendo necessária, para tanto, a verificação de dano ou de lesão ao erário.

A gravidade dos fatos, critério adotado pela Lei de Improbidade Administrativa para a aplicação das sanções nela previstas, não se resume ao valor dos prejuízos ao erário causados pelo ato ímprobo, envolvendo também a lesividade, a repercussão social, o cargo ocupado pelo agente e também o elemento subjetivo que conduziu à prática do ato.

Tratando-se da prática de tortura, a qual a legislação pátria atribui *status* de crime hediondo, a conduta dos réus representa séria violação jurídica, que os coloca em posição indigna diante da sociedade. Destoa diretamente, portanto, da moralidade e da confiança que se pretende de ocupante de mandato público, além de distanciar-se das finalidades buscadas pelo Estado quando este pretende contratar ou oferecer benefícios aos administrados".

Essa ordem de razões não se aplica à ilegalidade consistente no abuso de autoridade, primeiro porque não se pode confundir ilegalidade[274], inabilidade, despreparo ou ignorância dos procedimentos regulares, com má-fé ou conduta desonesta (o que seria necessário para configurar o elemento anímico consistente no dolo comum ou genérico aludido no item 2 deste ensaio); segundo, porque o objetivo da Lei de Improbidade Administrativa é punir infrações que tenham um mínimo de gravidade concreta, seja por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público, propiciarem benefícios indevidos para o agente e/ou para terceiros e ferir profundamente os princípios caros à Administração. Vulgarizar os mecanismos da LIA (com consequente perda de efetividade) e atulhar as varas judiciais com múltiplas ações imponderadas (e às vezes, temerárias), quando existem outros meios de controle institucional, não é admissível do ponto de vista de efetividade jurídica e probidade institucional.

5- Conclusão

A tortura, sob qualquer circunstância e intrinsecamente, deixa transparecer um grau absoluto de ilegalidade e de imoralidade administrativa, traduzindo-se formal e materialmente em improbidade administrativa, por sua elevada nocividade e censurabilidade sociais, passíveis de todos os rigores da legislação, da consciência moral civilizada e do direito internacional humanitário. Moral, jurídica e socialmente, os danos decorrentes da prática são evidentes, impossíveis de serem negados por construções teóricas ou ideológicas.

[274] Como já dissemos, o ato meramente ilegal não é ímprobo, se não for acompanhado de má-fé.

O agente público que pratica tortura revela total compreensão de sua censurabilidade jurídica e moral, tanto que, em todos os casos, é uma prática clandestina, *underground*, feita à revelia de testemunhas. Pode-se afirmar, portanto, que o ato de tortura se encaixa, à perfeição, como ato de improbidade formal (por violar os referidos princípios) e material (dada a extensão da gravidade do ato), incidindo nas sanções do art. 11, da Lei de Improbidade Administrativa.

O dolo genérico ou comum, admitindo-se como razoável a exigência jurisprudencial de elemento anímico em qualquer ato de improbidade, flui, naturalmente, da prática da tortura, pois de modo algum é possível extrair inabilidade ou boa-fé de agente público que se vale do tormento para extrair a verdade ou impor castigo. Ele **tem consciência** que a tortura é um ato ilegal e moralmente censurável, e mesmo assim **quer** infligi-lo. O agente público torturador pratica, **voluntariamente**, ação ou omissão que **sabe** ser violadora dos deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições (art. 11, da Lei de Improbidade). Temos então, teoricamente, o dolo comum administrativo como uma estrutura de vontade baseada no conhecimento.

ENUNCIADO: "O **círculo de responsabilização da prática da tortura precisa ser fechado. Ao lado das responsabilizações criminais, cíveis (indenização), disciplinares, junta-se a improbidade administrativa.** A prevenção e o combate à tortura, em que o Brasil se obrigou por força de compromissos internacionais vinculantes, pressupõe a adoção de algumas medidas: 1- apuração célere e imparcial de toda e qualquer alegação de tortura; 2- responsabilização criminal com aplicação de todas as medidas e penas previstas em lei; 3- responsabilização cível; 4- responsabilização disciplinar 5- responsabilização por improbidade administrativa (quando figurar no polo ativo agente público), fechando todos os espaços à impunidade".

Referências:

BOTELHO, Tiago Resende. **A desnecessidade de dano ao patrimônio público para caracterização da improbidade administrativa**. Revista Jurídica UNIGRAN. Dourados, MS | v. 11 | n. 21| Jan./Jun.2009, pp. 61-73.

CHOINSKI, Carlos Alberto Hohmann. Estudo sobre o dolo no direito administrativo. Disponível em: http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/19868-19869-1-PB.pdf. Último acesso: 16.06.2019.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. São Paulo:Atlas, 22. ed., 2009.

DUTRA, Úrsula Petrilli. Dificuldade em se localizar o dolo na ofensa aos princípios administrativos para a configuração do ato de improbidade administrativa. *Porto Alegre:Revista do Ministério Público do RS, n. 64, out./dez 2009 pp. 21-32.*

FILHO, Marino Pazzaglini. **Lei de improbidade administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal; legislação e jurisprudência atualizadas**. São Paulo:Atlas, 5. ed., 2011.

*FREITAS, Juarez. **O Controle dos Atos Administrativos e os princípios fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 1997.*

*JESUS SANTOS, Lyts de. **Há improbidade por violação a princípios sem dano ao patrimônio público?** Disponível em: https://www.agu.gov.br/page/download/index/id/7983748. Último acesso: 09.06.2019.*

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular: proteção do erário, do patrimônio público, da moralidade administrativa e do meio ambiente**. São Paulo:Revista dos Tribunais, 5. ed., 2003.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Improbidade administrativa à luz da hermenêutica constitucional**. Revista de Direito Constitucional, São Paulo, n. 69, out./dez. 2009, pp. 110-134.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa**. São Paulo:Saraiva, 4ª ed., 2009.

MAZZILI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** São Paulo:Saraiva, 7ª. edição.

NORONHA, Fernando. **Direito das Obrigações**. V. I. São Paulo:Saraiva, 2003.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública; corrupção; ineficiência.** São Paulo:Revista dos Tribunais, 2007.

SCHABAS, William A. **The Crime of Torture and the International Criminal Tribunals.** Case Western Reserve Journal of International Law, 2006, Vol. 37, pp. 349-364.

TOURINHO, Rita. **Discricionariedade Administrativa**. Curitiba:Juruá, 2004.

BOLETIM DE OCORRÊNCIA DE FATOS ATÍPICOS E A CRIAÇÃO DE NÚCLEOS DE MEDIAÇÃO NA POLÍCIA JUDICIÁRIA

João Gaspar Rodrigues

(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: A presente tese analisa a prática extralegal da polícia judiciária em registrar boletins de ocorrência de fatos atípicos e aponta soluções razoáveis para legitimar a anômala prática cartorial dentro de um protocolo de prevenção criminal e de mediação de conflitos. Neste sentido, propõe-se a criação de núcleos de mediação na órbita funcional da polícia judiciária.

Sumário. 1- Introdução. 2- Conceito de boletim de ocorrência. 3- As funções específicas ou típicas da polícia judiciária. 4- Prejuízos decorrentes dos registros atípicos. 5- Criação de núcleos de mediação. 6- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

É recorrente e trivial que pessoas procurem as delegacias de polícia com o objetivo de registrarem boletins de ocorrência relatando os mais variados indiferentes penais, como o não pagamento de alugueres, a saída de um dos cônjuges do lar ("abandono de lar"), meia-entrada de estudante não atendida, traições, a perda de documentos, espera excessiva em fila de banco ou casa de saúde, corte injustificado de fornecimento de energia elétrica, acidente de veículos, entre outros. Enfim, no Brasil é possível que todo e qualquer tipo de acontecimento seja registrado em uma delegacia de polícia, mesmo que não mereça qualquer tutela penal[275]. Isso se insere num fenômeno mais abrangente de nossa sociedade cartorial, em que a solução de todos ou de quase todos os problemas e conflitos interpessoais passa pelo "carimbo" do Estado (e quase tudo acaba como um "caso de polícia"). E como a expressão do Estado mais

[275] **David Queiroz, Pequenos problemas, grandes respostas – a notícia de fato atípico na delegacia de polícia.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/pequenos-problemas-grandes-respostas-a-noticia-de-fato-atipico-na-delegacia-de-policia. Último acesso em: 17.11.2018.

próxima da comunidade é o Estado-polícia (principalmente nas pequenas e desvalidas cidades do interior do país), acaba que o aparato policialesco é a primeira linha de frente na busca primária por segurança (pessoal, jurídica, social etc.) e resolução de conflitos.

O problema dos BO's atípicos deriva da tradição (com uma compulsoriedade quase consuetudinária) e para solucioná-lo, também não podemos esperar pela tradição ou que a resposta, graciosamente, chegue até nós. É imperioso encarar o problema, indagar, analisar, criticar e apontar, a partir desse contexto, soluções razoáveis para a questão. Não "existem últimas fronteiras" para as boas práticas na prestação do serviço público. Sempre é possível corrigir um problema, agregar um aperfeiçoamento e alcançar novos horizontes de excelência. Esse é, na medida do possível, nosso propósito neste ensaio.

2- Conceitos de boletim de ocorrência

Todas as ocorrências levadas ao conhecimento da polícia são registradas num formulário que especifica pessoas envolvidas, partes (autor e vítima), descrição do fato, data, horário, lugar da ocorrência, testemunhas, vestígios, instrumentos e produtos de crime, integrantes da equipe policial, modo como se desenvolveram os acontecimentos etc. A esse registro ordenado e minucioso que exige a intervenção policial dá-se o nome de "Boletim de Ocorrência" (o conhecido "BO") ou "Registro de Ocorrência".

O BO é um documento oficial e administrativo, devendo obedecer os princípios da Administração Pública como legalidade, impessoalidadde, moralidade, publicidade, eficiência, motivação. A redação deve ser clara, concisa, coerente e objetiva, não podendo se deter em considerações pessoais ou intuições subjetivas. É uma peça informativa e instrumental que faz prova apenas da *notitia criminis* (contém a mera transcrição das informações da vítima) e não do crime em si (ou do fato em si, nas situações atípicas), justamente porque é um documento unilateral (uma manifestação unilateral).

Como o registro policial é uma manifestação unilateral, o comunicante pode exigir que seja aposto no registro exatamente o que dita, resultando em aberrações do tipo verificado na delegacia de Caceres, cidade do estado de Mato Grosso, quando um homem se dizendo traído pela esposa fez a seguinte comunicação recheada de chulismos e agressões à língua:

> "Que o comunicante não aguenta mais tomar chifre na cabeça, e nem ver sua morena com outros homem na rua, e por isso veio até a delegacia para registrar o boletim de ocorrência contra a morena. Que o comunicante assume que é corno dos grande e para não ter mais problema com a morena quer providência da autoridade policial. Que acrescenta que o chifre está doendo na cabeça do comunicante (*sic*)"[276].

[276] Disponível em: https://g1.globo.com/mato-grosso/noticia/homem-diz-que-nao-aguenta-mais-ser-traido-e-faz-boletim-contra-a-mulher-em-mt.ghtml. Último acesso: 10.12.2018.

O registro de ocorrência de fato tido como ilícito penal pode ser feito por qualquer pessoa?[277] Sim, desde que o crime seja de ação pública incondicionada. Neste caso, seja vítima ou ofendido, testemunha *de visu* ou por ouvir dizer, qualquer pessoa que tiver conhecimento do crime pode levar o fato ao conhecimento da autoridade policial que estará obrigada a lavrar o respectivo registro de ocorrência e adotar as providências previstas em lei, com urbanidade e eficiência. É uma decorrência direta do direito de petição, consagrado constitucionalmente, em que é lícito, a qualquer pessoa, peticionar ou representar às autoridades públicas dando-lhes a conhecer ato ou fato que considere ilegal ou contrário a direito imputado a terceiros. Tal conduta, de regra, traduz exercício regular de um direito.

3- As funções específicas ou típicas da polícia judiciária

O art. 144 da Constituição Federal, após definir que a segurança pública é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através de diversos órgãos policiais, atribui às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais (§4º).

Vê-se que a Constituição atribui à polícia civil, as funções de apuração de infrações penais e de polícia judiciária. Ambas as funções, embora distintas, se complementam, sendo que a primeira é a atividade de investigação e inteligência policial, e a segunda consiste na formalização ou registro dos indícios de autoria e de materialidade em procedimentos específicos (inquéritos policiais, autos de prisão em flagrante, TCO's etc.) para auxiliar Ministério Público e Judiciário na persecução penal (daí porque o epíteto "polícia judiciária"). Dissociada da apuração de infrações penais, a função de polícia judiciária compreende a colaboração das forças policiais com o Poder Judiciário no curso do procedimento penal, abrangendo o suporte material e humano necessário para a realização de determinados atos ou para o cumprimento de decisões judiciais[278].

O Código de Processo Penal, no art. 4º, *caput* (com a redação dada pela Lei n. 9.043/1995), diz que "a polícia judiciária será exercida pelas autoridades policiais no território de suas respectivas circunscrições e terá por fim a apuração das infrações penais e da sua autoria".

---

[277] Em relação ao fato atípico, a questão não se põe, pois obviamente qualquer indivíduo pode solicitar o registro.

[278] ***CAMELO, Thiago Freitas. O Ministério Público na Investigação Criminal.*** *Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.05.pdf>* ***. Último acesso: 08.07.2019.***

Embora a Constituição e a lei vinculem as funções da polícia civil à apuração de infrações penais, no dia a dia das unidades policiais várias demandas, sem nenhuma relação com crimes ou ilícitos penais, são registradas e submetidas ao crivo policial. São os chamados fatos atípicos. O registro desses fatos atípicos nas unidades policiais pode ser visto como uma atividade extralegal da polícia, pois não há qualquer previsão legal delineando tais atribuições (salvo algumas leis esparsas e tópicas, de duvidosa constitucionalidade).

O próprio Código Penal quando, no art. 340, define o crime de "comunicação falsa de crime ou de contravenção", como sendo "provocar a ação de autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime ou de contravenção que sabe não se ter verificado", exclui da "comunicação" (registro) qualquer outra ocorrência que não seja crime ou contravenção, ou seja, só devem ser comunicadas à autoridade policial ocorrências penalmente típicas.

O Conselho Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás enfrentou a questão e, radicalmente, através da Resolução n. 123, de 21.06.2006, proibiu "nas Unidades Policias Civis do Estado de Goiás, os registros de ocorrências de fatos atípicos, bem como a expedição de declarações de extravios de documentos pessoais, cartões de crédito, talonários de cheques e outros" (art. 1º.). Excetuaram-se dessa vedação os registros de fatos atípicos com respaldo em lei específica, como, por exemplo, o extravio de arma de fogo (art. 13, §único, da Lei n. **10.826/2003**[279]) e a exigência ao recebimento do seguro obrigatório de DPVAT.

Todavia, essa resolução foi revogada pela Resolução n. 05/2011 (CSPC-GO), de 17.05.2011, nos seguintes termos:

> "Revogar a Resolução nº. 123/2006 do Conselho Superior da Polícia Civil do Estado de Goiás, que proibiu, nas Unidades Policiais Civis do Estado de Goiás, os registros de ocorrências de fatos atípicos, bem como a expedição de declarações de extravios de documentos pessoais, cartões de crédito, talonários de cheques e outros" (art. 1º.).

Dois dos fundamentos para a revogação precisam ser destacados. Primeiro, foi o fato do BACEN – Banco Central do Brasil, por meio do § 1º do art. 5º da Resolução nº. 3.972, de 28 de abril de 2011, ter passado a exigir, nos casos de solicitação de sustação ou revogação por motivo de furto, roubo ou extravio de cheque emitido pelo correntista, ou de folhas de cheque em branco, o respectivo boletim de ocorrência policial.

---

279 Lei n. **10.826/2003, a**rt. 13. Deixar de observar as cautelas necessárias para impedir que menor de 18 (dezoito) anos ou pessoa portadora de deficiência mental se apodere de arma de fogo que esteja sob sua posse ou que seja de sua propriedade: Pena – detenção, de 1 (um) a 2 (dois) anos, e multa.
Parágrafo único. Nas mesmas penas incorrem o proprietário ou diretor responsável de empresa de segurança e transporte de valores que deixarem de **registrar ocorrência policial** e de comunicar à Polícia Federal perda, furto, roubo ou outras formas de extravio de arma de fogo, acessório ou munição que estejam sob sua guarda, nas primeiras 24 (vinte quatro) horas depois de ocorrido o fato.

O segundo, foi **a "implantação da Delegacia Virtual, serviço de ocorrência via Internet, através do *site* da Polícia Civil do Estado de Goiás, que possibilita o registro de ocorrências policiais atinentes à perda de documentos". Esse argumento apresenta duas falhas: 1- o registro de fato atípico persiste sem desdobramento prático; 2- a delegacia virtual não atende toda a população, principalmente a mais carente, dada a exclusão digital, fenômeno presente fortemente nesse estrato populacional. É uma alternativa que desafoga o sistema, mas não soluciona o problema. O conflito subjacente ao registro persiste sem solução.**

Na origem e em tempos não tão recuados, a atividade da polícia era ampla, comportava planejamento urbano, educação de menores, defesa civil, higiene, ordem, costumes, disciplina da produção e do mercado, exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, tranquilidade pública, respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos etc. Hoje, em muitos estados, inclusive no Brasil (conforme vimos na Constituição Federal), a instituição policial (entenda-se polícia judiciária) presta-se, exclusivamente, em auxiliar na aplicação da lei penal. A restrição das atividades da polícia deve-se à natureza do estado moderno com ampla especialização das atividades e a respectiva criação de órgãos ou instituições específicas. Para a defesa civil (socorro em situações de acidente ou catástrofe) há o Corpo de Bombeiros, para o planejamento urbano existem os órgaõs correlatos, para a educação dos menores há uma gama de órgãos integrantes de um sistema educacional universal e para a assistência social há uma estrutura especial estranha à atividade policial.

E para o registro de fatos estranhos à seara penal, o que há? Como se não bastasse a falta de atribuições da polícia civil para o registro de tais fatos, há um sistema cartorário devidamente estruturado e autorizado a proceder a tais registros, inclusive com valor probabório distinto (é dizer, mais denso). O cidadão pode se dirigir a um Cartório de Registro de Títulos e Documentos e pedir para que seja lavrada uma ata notarial. A diferença fica por conta dos custos: nenhum, no caso do boletim de ocorrência; e algum, no sistema cartorário.

Em nosso modo de entender, a polícia judiciária deve está focada, a partir de suas atribuições constitucionais e legais, na elucidação dos tipos penais e contravencionais. Essa tarefa, pelo grau de insegurança pública e de criminalidade que vivencia o país, já é hercúlea e exige total esforço institucional.

Pode-se dizer, com base no §4º, do art. 144, da CF, que a polícia judiciária é a porta de entrada do Direito Penal, dada sua atribuição de apurar as infrações penais e subsidiar os órgãos do sistema de justiça criminal. O nome polícia judiciária, como destaca Guilherme de Souza NUCCI (2005, p. 123), tem sentido na medida em que não se cuida de uma atividade

policial ostensiva (típica da Polícia Militar para a garantia da segurança nas ruas), mas investigatória, cuja função se volta a colher provas para o órgão acusatório e, na essência, para que o Judiciário avalie no futuro. Ora, sendo um órgão encarregado de apurar infrações penais, cuja tipificação encerra-se no Direito Penal, as atribuições policiais compartilham, de certa forma, do princípio da subsidiariedade. Por este princípio, o Direito penal se apresenta como *ultima ratio* nas instâncias de controle social, ou seja, só deve atuar ou ser provocado quando as outras instâncias (por meio de outros ramos do Direito) não lograrem êxito ou se revelaram ineficazes.

Quando o sistema punitivo penal assume protagonismo nas formas de controle social, produz mais problemas do que pretende resolver. No lugar de compor conflitos, reprime-os e, amiúde, esses adquirem um caráter mais grave do que o seu próprio contexto originário; ou também por efeito da intervenção penal podem surgir conflitos novos no mesmo ou em outros contextos[280].

De igual modo, pensamos, a polícia só se presta como porta de entrada para o direito penal, e não como instância geral e universal de controle social. Sua atuação, preventiva ou repressiva, se reserva para os fatos tipificados como crimes ou contravenções penais, ou que possam assumir essa natureza (à míngua de uma atuação preventiva). Utilizar o aparato policial para exercer outras atribuições ou prover outros serviços para a comunidade implica flagrante desvio de função e um desserviço para a efetividade das outras instâncias de controle social (direito administrativo, direito civil, instituições básicas como família, igreja, agremiações etc.).

É sobre essa análise e essas razões que devemos delimitar o raio legítimo e legal do dever de registrar ocorrências através dos boletins de fatos atípicos. O boletim de ocorrência corresponde a uma notícia crime. Sua principal função é registrar (ou documentar) informações acerca da prática de um possível ilícito penal, a fim de proporcionar o início de uma investigação policial para viabilizar uma provável aplicação do direito penal material ao caso concreto.

Se a função da Polícia Judiciária é investigar infrações penais e o boletim de ocorrência tem o escopo de documentar informações que poderão ensejar o início de uma investigação, forçoso concluir que os boletins de ocorrência somente deveriam versar sobre fatos aparentemente delituosos, sendo vedado, portanto, o registro de fatos atípicos. Pensar ou fazer o contrário dessa conclusão, é transformar as delegacias de polícia em engrenagem

[280] *BARATTA, Alessandro.* ***Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal.*** *Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Último acesso: 30.07.2019.*

cartorária e os boletins de ocorrência em registros públicos com fins particulares[281]. Mas sigamos na análise, em busca de mais elementos e de uma melhor conclusão.

4- Prejuízos decorrentes dos registros atípicos

Pode parecer desproporcional o dispêndio de tempo na análise de uma questão que, aparentemente, nenhum prejuízo traz à polícia ou ao Estado e, ao contrário, atende a certas urgências não penais da população, principalmente da parcela mais desfavorecida. Não nos parece seja a questão irrelevante e de pouca monta, a começar pelo claro desvio de função que não tem reflexos apenas jurídico-constitucionais (como já exposto), mas na prática desvia energia e tempo da polícia para executar suas verdadeiras e legítimas atribuições, ou seja, apurar e investigar as infrações penais que levam insegurança e intranquilidade para a sociedade.

Além dos prejuízos listados no parágrafo acima, o registro de um fato atípico confere um tratamento penal e estigmatiza com o selo do direito penal questões que poderiam ser solucionadas em outras esferas de controle social (até por métodos autorreguladores ou autocompositivos). Também prejudica a estruturação de dados e sua análise pelos órgãos de controle da polícia, muito especialmente o controle externo da atividade policial levado a cabo pelo Ministério Público. Um exemplo tirado da prática serve para esclarecer esse ponto:

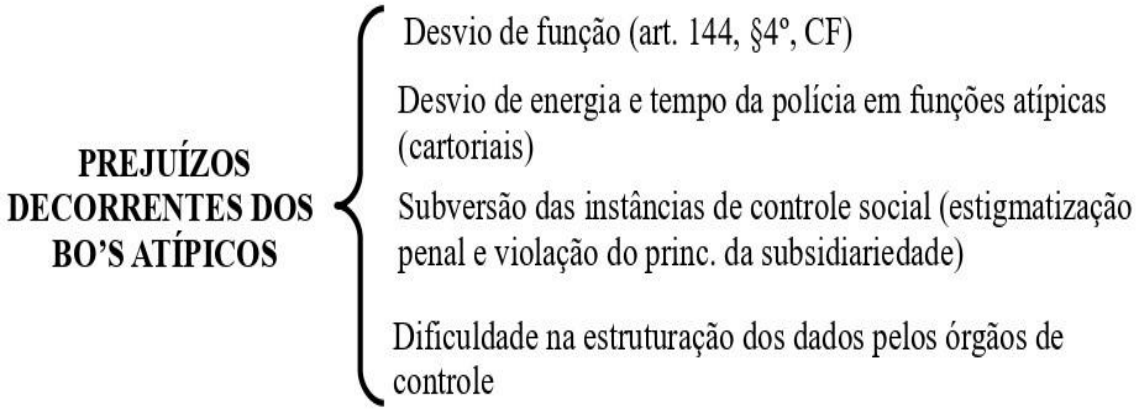
De janeiro a junho de 2018 (um recorte temporal de exatos seis meses), 48 delegacias de polícia da cidade de Manaus-Am registraram 186.038 boletins de ocorrência. Deste montante, apenas 14.415 foram convertidos em procedimentos formais de investigação, ou seja, 17,28%. Certamente, há no universo de boletins de ocorrência uma quantidade apreciável referente aos BO's de fatos atípicos, mas esse número não é fornecido pelo sistema. Ao não discriminar os tipos de BO's, o sistema dificulta a adoção de providências pelos órgãos correicionais e de controle externo.

Além disso, a prática de registros de fatos atípicos confere um caráter penal a um fato ou a uma conduta originariamente incapaz de receber um tratamento penal. A consequência disso é a utilização por aquele que procede ao registro (o noticiante) do BO como instrumento de constrangimento ou de coerção para a solução da disputa ou do conflito. Se é uma dívida, usa o documento para constranger o devedor ao pagamento; se é um acidente de trânsito, sem vítima, para viabilizar a indenização dos danos materiais; se é uma infidelidade conjugal, para

---

281 *David Queiroz,* ***Pequenos problemas, grandes respostas – a notícia de fato atípico na delegacia de polícia.*** *Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/pequenos-problemas-grandes-respostas-a-noticia-de-fato-atipico-na-delegacia-de-policia. Último acesso em: 17.11.2018.*

gerar constrangimento ou exposição gratuita etc. Em tudo isso, se segue uma utilização abusiva e ilegítima do Estado-polícia para solver questões que, nem de longe, se inserem em suas atribuições.



Essas atribuições extralegais da polícia são, na verdade, tapa-buracos: 1- de um Estado ausente e sem vocação para uma zelosa política de assistência social; 2- de uma sociedade incapaz de se autorregular, principalmente nos conflitos de pequena monta. O "papel social" desses BO's torna difícil a decisão de impedir o seu registro nas unidades policiais (por não ser o *locus* próprio), mas não impede de encontrar soluções intermediárias, capazes de preservar o núcleo legítimo de atribuição da polícia (apurar ilícitos penais), sem relegar o cidadão humilde para o vácuo de um estado insensível e ineficiente.

5- Criação de núcleos de mediação na polícia judiciária

Não podemos deixar de reconhecer, na realidade das sociedades modernas, os potenciais de emancipação e de autorregulação de seus conflitos e problemas, principalmente os de caráter rotineiro e simples. O acesso à justiça é um direito fundamental do indivíduo e da sociedade, e vai além do simples acesso à sua maquinaria (ou a seus mecanismos tradicionais de julgamento de conflitos), alcança outros mecanismos autocompositivos de resolução dos conflitos e das controvérsias interpessoais (a negociação, a mediação, a conciliação, processo restaurativo etc.). Ademais, o Direito não é um sistema totalmente fechado e impermeável a soluções alternativas. Logo, com isso, o acesso à justiça já não é simplesmente formal, mas global e expansivo, com a sociedade se apropriando de meios autorreguladores e emancipatórios (da tutela estatal). O ideal num cenário democrático não é, definitivamente, uma cidadania tutelada.

A desinstitucionalização dos conflitos se dá sobre uma cultura da participação, do diálogo e do consenso, em que a ordem jurídica prestigia os espaços de consenso como alternativa às demandas formais. É truísmo afirmar que os mecanismos institucionais formais já não suportam solucionar a infinidade de conflitos com a brevidade necessária à eliminação dos *locus* de litigiosidade gerados por uma sociedade de risco. Mas problemas, se bem analisados, sugerem (ou trazem em si) a solução, assim como uma pergunta (bem formulada) já traz em si metade da resposta. Ora, se os mecanismos ortodoxos estão sempre à beira do colapso (operando no limite), pela torrente infindável de demandas, se impõe ao cérebro pensante a via dos mecanismos alternativos como os afetos à autocomposição (mediação, negociação etc.). A pacificação dos conflitos não está presa à dogmática jurídica tradicional ou restrita ao sistema judiciário vigente. Eis o valioso espaço que se abre ao futuro de uma sociedade massiva fomentadora de impasses sem fim.

A mediação, especialmente considerada, proporciona à população uma justiça humanizada e mais próxima de suas necessidades. O processo autorregulador embutido na técnica assegura também um caráter educativo e pedagógico para a sociedade, transformando sua relação com o valor "justiça". Nesse novo modelo social, o menos é mais, ou seja, quanto menos se acionar os mecanismos estatais para a solução dos conflitos, melhor para a autorregulação social.

Na maioria das vezes, a polícia é a porta de entrada para os conflitos interpessoais, e um bom percentual desses conflitos é penalmente atípico. Por conta disso e por está inserida em um Estado democrático de direito, a polícia não pode se furtar a desempenhar um papel mediador entre os vários interesses conflitantes. A sensibilidade necessária para esse tipo de abordagem pode ser decisiva para a afirmação de um novo equilíbrio social, mesmo que provisório, como convém a uma democracia[282].

Está em curso uma mudança nos paradigmas de segurança pública, em que o problema não é visto mais só por um ângulo (do ponto de vista jurídico-criminal), mas de forma integral, holística e transversal[283]. Nesse novo contexto, a polícia já não está confinada aos mecanismos formais do Direito, daí surgindo conceitos modernos como polícia comunitária, de proximidade e orientada à solução de problemas, com legitimidade para a construção de soluções autocompositivas. Nesse sentido, constituem princípios norteadores da Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), a resolução pacífica dos conflitos e a simplicidade, informalidade, economia procedimental e celeridade no serviço prestado à

[282] ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e a segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro:Jorge Zahar Editor, 1ª. ed., 2006, p. 73.
[283] Cf. João Gaspar Rodrigues, **Segurança pública integral e comunidade: alternativas à crise.** Porto Alegra:Sergio Antonio Fabris, 2009.

sociedade (art. 4, VIII e XIV, da Lei n. 13.675/2018 – Lei instituidora do Sistema Único de Segurança Pública). Também são gizadas como diretrizes dessa Política Nacional, o "fortalecimento das ações de prevenção e resolução pacífica de conflitos" (art. 5, III) e a "ênfase nas ações de policiamento de proximidade, com foco na resolução de problemas" (art. 5, XII).

Essa ênfase também integra as políticas voltadas para o sistema prisional, como se verifica no **"**Modelo de Gestão para a Política Prisional", de 2016, elaborado pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional[284]:

> "Com vistas à diminuição do encarceramento, deverá ser apoiada a implantação, nos estados, das audiências de custódia e de equipamentos voltados à promoção e ampliação das práticas de mediação e justiça restaurativa" (Diretriz n. 42).

Considera-se mediação a atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia (art. 1º, §único, da Lei de Mediação – Lei n. 13.140/2015). A mediação exsurge como um método adequado de tratamento de conflitos quando as partes encontram dificuldades na negociação direta, pela impossibilidade do diálogo ou da comunicação pessoal direta. Ora, o registro do fato atípico revela um claro indício de que o processo comunicacional inexiste ou foi rompido.

O art. 3º., §2º, do Código de Processo Civil diz que o "Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Estado, aqui entendido, em todas as suas formas de expressão: Estado-juiz, Estado-polícia, Estado-administrador, Estado-regulador etc. O único impedimento é se os interesses em jogo não admitirem, por sua natureza e extensão, alguma forma de autorregulação. Ainda no §3º, do mesmo artigo, os membros do Ministério Público (dentre outros agentes) devem estimular a implementação e a utilização de métodos de solução consensual de conflitos (mediação, conciliação etc.), dentro ou fora do processo judicial. O artigo 139, inciso V, do CPC, impõe ao juiz que preside o processo o dever de promover, a qualquer tempo, a autocomposição, preferencialmente com auxílio de conciliadores e mediadores judiciais. A autocomposição chega a prevalecer sobre a coisa julgada (art. 525, §1º, inc. VII, CPC).

Se a própria legislação sugere que esse deve ser o caminho a ser observado durante o curso de um processo, com muito mais razão deve ser essa a via perseguida antes de iniciá-lo,

[284] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Modelo de Gestão para a Política Prisional**. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

evitando-se a provocação desnecessária do Poder Judiciário, o congestionamento das vias jurisdicionais e o desperdício de atos processuais[285].

Há, assim, o dever do Estado, amplamente considerado, e das suas instituições em todas as esferas de governo de promover, sempre que possível, a resolução consensual dos *litigious* (Almeida, 2016). Essa orientação vai muito além do Judiciário e abrange, como seria natural, o Ministério Público e outras Instituições do Poder Público federal, estadual, do Distrito Federal e municipal.

Diante desse quadro, nada impede que no âmbito da polícia civil sejam criados Núcleos de Mediação para lidar com os BO's de natureza atípica e que envolvam direito de natureza disponível. A fórmula é muito simples: as partes em conflito sentam perante a autoridade policial (mediador extrajudicial imparcial, devidamente treinado na técnica autocompositiva), e juntas buscam chegar a um acordo. Uma vez obtido o acordo, consubstanciado no termo final de mediação, tem-se um título executivo extrajudicial (art. 20, §único, da Lei n. 13.140/2015).

A homologação judicial só se impõe quando a mediação é feita no âmbito do Poder Judiciário. Se a mediação ocorre fora do cenário judicial, por mediador extrajudicial, independente da existência ou não de processo judicial, eventual acordo obtido assume o caráter de título executivo independente de homologação extrajudicial.

A atuação desses Núcleos de Mediação pode impedir que um indiferente penal (um conflito interpessoal ou social sem tangência no direito penal) evolua para uma infração penal (um conflito de vizinhança pode evoluir para lesões corporais ou até morte; um simples acidente de trânsito com danos materiais pode resultar em fatos graves de natureza pessoal etc.), apresentando um caráter preventivo na segurança pública, preceito igualmente valorizado e tido como prioritário pela atual Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (Lei n. 13.675/2018: art. 4, IV; art. 5, III; art. 6, IV; art. 22, §3º; art. 24, II e IV).

Equivoca-se quem atribui à Polícia Administrativa apenas atribuições preventivas e à Polícia Civil atribuições repressivas. O equívoco ainda é maior quando utilizam isso para distinguir e conceituar ambos os aparelhos policiais. A polícia militar quando efetua uma prisão em flagrante exerce uma atividade, claramente, repressiva ("repressão imediata"), pois o crime já ocorreu (ela reage a uma situação já consumada e consolidada). Já apodar a polícia civil como ontologicamente repressiva, merece reparos, pois sua função básica é auxiliar o Judiciário na apuração das infrações e nisso não há, rigorosamente, repressão. Ambas as polícias são mistas, podem exercer atividades repressivas e preventivas. E no campo da

[285] ZENKNER, 2016.

prevenção nada impede que a polícia civil exerça atividades de mediações em relação a fatos possíveis de se submeterem a esses métodos. E nada impede que um policial seja um mediador extrajudicial, dado a amplitude conferida pela Lei de Mediação (Lei n. 13.140, de 26.06.2015):

> "Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se" (ar. 9º).

A oficialização ou a institucionalização da mediação no meio policial também pode impedir a manipulação de mecanismos extra-oficiais de negociação e de acordo no âmbito das delegacias. Às vezes, até envolvendo fatos típicos graves. Outro ponto positivo é garantir o princípio do acesso à justiça, que não se confunde com a visão reducionista de acesso ao Poder Judiciário. Solucionado o problema e tornado o Direito efetivo, a mediação proporciona o valioso acesso à justiça, com efetividade dos direitos em tempo razoável, a baixo custo e com satisfação das partes.

O acesso à Justiça não representa apenas o acesso ao Judiciário (ou acesso à decisão judicial), mas o acesso a todo meio legítimo de proteção e de efetivação do Direito, tais como o acesso ao Ministério Público, à Defensoria Pública, à arbitragem, à mediação etc (Almeida, 2016; Zenkner, 2016). Também inclui o acesso à Cortes Internacionais de direitos humanos.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 consagrou dois sistemas internos de acesso à Justiça. O sistema de acesso por adjudicação, que se viabiliza, geralmente, pelo Judiciário por intermédio de liminares, sentenças e medidas executivas (art. 5º, XXXV, da CR/1988). E, também, o sistema de resolução consensual de conflitos, conforme orienta o Preâmbulo da Constituição, quando prevê que a República Federativa do Brasil é fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias. No mesmo sentido, dispõe o art. 4º, inciso VII, da CR/1988 que a República Federativa do Brasil será regida, nas relações internacionais, pela solução pacífica dos conflitos.

O Ministério Público, como instituição essencialmente republicana, também se engaja nesse esforço pela solução pacífica das controvérsias e dos conflitos, seja em âmbito interno (através de seus mecanismos próprios ou engendrados para tanto) seja fomentando a prática em outros órgãos ou instituições do Estado. Logo, o MP é um órgão de promoção e de acesso (direto ou indireto) à Justiça.

6- Conclusões

A tradição da polícia brasileira de proceder o registro de fatos penalmente atípicos ou questões civis sem reflexo na área criminal a que se dá o nome de "boletim de ocorrência de preservação de direitos" ou de "fatos atípicos", sem qualquer providência posterior de caráter administrativo, se traduz num procedimento burocrático, desnecessário e implica desvio de função, sem nenhum alcance prático ou resultado socialmente relevante. Os prejuízos para a atividade policial típica são ponderáveis:

1- Desvio de função constitucional (art. 144, §4º, da CF), vez que a atribuição precípua da polícia judiciária é a investigação criminal;

2- Desvio de energia e de tempo da polícia em funções atípicas ou meramente cartoriais (de registro), pois não gera nenhum tipo de providência posterior em âmbito policial;

3- Rompimento da gradação das instâncias de controle social (com clara violação do princípio da subsidariedade do direito penal), atraindo uma estigmatização penal para um caso solvível em outra esfera;

4- Dificuldade na estruturação dos dados pelos órgãos correicionais e de controle, prejudicando a exata compreensão da dimensão do problema.

Uma prática extralegal construída com categorias do senso comum e sobre velhas tradições, até seculares[286], está fadada a ser completamente obsoleta e, portanto, incapaz de resistir a uma abordagem estritamente jurídica e técnica. Talvez sua sobrevivência deva-se à tradição, como já dissemos, mas principalmente a um aspecto político indissociável de nossos costumes (quase uma categoria sociológica autóctone): o jeitinho brasileiro. Este "jeitinho" consiste em encontrar soluções extralegais, ou até ilegais para driblar o colapso institucional do Estado.

A solução que chegamos nesse ensaio foge aos extremos: nem cortar o mal pela raiz, proibindo os registros atípicos (como fez o CSPC de Goiás em 2006), indiferente aos aspectos sociais embutidos, nem aceitá-lo, como uma imposição da prática ou da tradição contrária aos ditames legais e constitucionais. A solução passa pela adoção da mediação no âmbito da polícia judiciária.

Os acordos obtidos, como fruto da mediação policial, valem como título executivo extrajudicial (art. 784, inc. XII, do CPC e art. art. 20, §único, da Lei n. 13.140/2015). As promotorias especializadas no controle externo da atividade policial podem fiscalizar e

[286] Exemplo é o "Termo de Bem Viver", ainda hoje elaborado em delegacias do interior do Brasil. Esse "Termo" era previsto no Código de Processo Criminal de 1832 (art. 12, §2º) e foi transmitido por tradição oral através de quase 200 anos (detendo ainda ressonância social nas mais recuadas comarcas do interior). "Aos Juizes de Paz compete: obrigar a assignar **termo de bem viver** aos vadios, mendigos, bebados por habito, prostitutas, que perturbam o socego publico, aos turbulentos, que por palavras, ou acções offendem os bons costumes, a tranquillidade publica, e a paz das familias" (art. 12, § 2º).

controlar a regularidade dos Núcleos de Mediação, através de visitas ordinárias ou extraordinárias (tal como previsto na Resolução n. 20/2007-CNMP, art. 4, I), sem prejuízo do controle difuso das promotorias afetas à area de atuação das unidades policiais. Isso também não impede a *compliance* por eventual núcleo de estímulo à autocomposição de conflitos existente no Ministério Público, podendo proceder auditorias ordinárias ou extraordinárias e capacitar continuamente a equipe mediadora.

Embora os registros de fatos atípicos tenham por muito tempo se imposto como uma prática sem base na lei e nas boas práticas de gestão (dado que nenhum tratamento administrativo era dado aos tais registros), agora podemos transformá-los em alavanca para um programa refletido de autocomposição de conflitos, alcançando resultados sociais que vão além do simples ato cartorial de registro. Ao agregar um fim autocompositivo no conflito subjacente ao registro, conferimos um caráter preventivo ao trabalho policial, alocando-o dentro de suas atribuições constitucionais e legais. Desse modo, elimina-se a principal objeção ao registro do BO atípico que é o desvio de função constitucional.

ENUNCIADO: "Propõe-se a criação de centros ou núcleos oficiais de mediação na polícia civil, para lidar com os fatos atípicos registrados em seus serviços (e até naqueles de caráter penal em que a ação seja privada, ou mesmo pública, desde que condicionada à representação do ofendido). Essa atividade guarda um inafastável caráter preventivo, evitando que indiferentes penais assumam um caráter ilícito-penal dado o exclusivo tratamento cartorial (mero registro). A implantação desses núcleos não desborda da órbita das atribuições constitucionais conferidas à polícia judiciária (prevenção e repressão aos ilícitos penais)".

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 30.01.2019.

BARATTA, Alessandro. **Princípios do direito penal mínimo para uma teoria dos direitos humanos como objeto e limite da lei penal.** Disponível em: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSANDRO%20BARATTA%20Principios%20de%20direito%20penal%20minimo.pdf>. Último acesso: 30.07.2019.

CAMELO, Thiago Freitas. O Ministério Público na Investigação Criminal. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_informativo/bibli_inf_2006/Cad-MP-CE_v.01_n.01_t.02.05.pdf>. Últmo acesso: 08.07.2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Modelo de Gestão para a Política Prisional. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. São Paulo:Revista dos Tribunais, 2ª. ed., 2005.

QUEIROZ, David. P**equenos problemas, grandes respostas – a notícia de fato atípico na delegacia de polícia.** Disponível em: http://emporiododireito.com.br/leitura/pequenos-problemas-grandes-respostas-a-noticia-de-fato-atipico-na-delegacia-de-policia. Último acesso em: 17.11.2018.

RODRIGUES, João Gaspar. **Segurança pública integral e comunidade: alternativas à crise.** Porto Alegra:Sergio Antonio Fabris, 2009.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da rainha vermelha: policiamento e a segurança pública no século XXI**. Rio de Janeiro:Jorge Zahar Editor, 1ª. ed., 2006.

ZENKNER, Marcelo. **Corregedoria e efetividade do Ministério Público: a necessidade de revisitar a atuação demandista.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

O DIREITO FUNDAMENTAL À PROBIDADE ADMINISTRATIVA E A REDUÇÃO SALARIAL EM AFASTAMENTO CAUTELAR DO AGENTE PÚBLICO

Nirvana Campos Freitas de Moura[1]
Oriane Graciani de Souza[1]

Proposta de enunciado: A possibilidade de redução parcial da remuneração do agente público em afastamento cautelar na ação de improbidade decorre da prevalência do direito fundamental à probidade administrativa, ensejando a mitigação da regra de impenhorabilidade salarial. Aplica-se analogicamente o artigo 147 da Lei 8.112/90.

1. Síntese dogmática/Fundamentação

Partindo de pesquisas bibliográficas, com base em artigos e doutrinas atinentes ao tema em estudo, a presente tese visa a traçar novos paradigmas para a aplicação da medida cautelar de afastamento do cargo na ação de improbidade administrativa (artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92), propondo, para tanto, a possibilidade de redução salarial durante a vigência da medida.

Inicia-se a tese mediante a análise da probidade administrativa como direito fundamental, corolário da democracia, amparada nos preceitos dos artigos 5º, LXVIII, LXIX e LXXIII, 37, *caput*, 142, VI, 72, §2º, 85, V e 52, I, todos da Constituição Federal, que versam sobre normas de ética institucional ou de moralidade administrativa.

Ainda, aborda-se a probidade como decorrente do princípio republicano, previsto no artigo 1º da Constituição Federal, fundamento do sistema constitucional e fonte primária da atuação ética do administrador público, além de uma garantia dos cidadãos no trato escorreito da coisa pública.

Em seguida, discute-se a ponderação de interesses quando deferida a medida de afastamento do cargo público em ação de improbidade com limitação do vencimento, uma vez que a incidência da restrição salarial gera uma colisão entre princípios materializados em

direitos fundamentais, tendo-se, de um lado, a proteção da impenhorabilidade dos vencimentos do agente público pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, de outro lado, o direito fundamental à probidade administrativa.

Nesse contexto, relativiza-se a regra prevista no artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil, à luz do caso concreto, quando comprovado que a redução salarial do agente afastado não compromete o mínimo existencial em prol do interesse público, visando a resguardar valores necessários ao ressarcimento ao erário em caso de condenação.

Ao final, propõe a redução salarial do agente afastado cautelarmente durante a vigência da medida, por analogia ao disposto na Lei nº 8.112/90, com limites e prazos estabelecidos.

2. Justificativa

O presente estudo tem por objetivo analisar as peculiaridades da lei de improbidade administrativa, (Lei nº 8.429/1992) sob o prisma da medida cautelar de afastamento do cargo, emprego ou função, previsto no artigo 20, parágrafo único, com vistas a dar maior efetividade à medida adotada.

Diante da natureza cautelar da medida, admitida quando se fizer necessária à instrução processual, propõe-se nesta tese, a par das peculiaridades do agente processado e das circunstâncias probatórias, a possibilidade de redução salarial durante o período de afastamento do cargo.

Aborda-se, além da viabilidade, o prazo de duração contado em dias úteis e as categorias de agentes públicos a que estariam submetidos.

Com o fito de esboçar argumentos que justifiquem o afastamento do agente público, com prejuízo parcial da remuneração, as balizas defendidas neste trabalho abrangem os agentes públicos nomeados em cargos comissionados e os detentores de mandato eletivo.

3. O direito à probidade administrativa e o direito à dignidade

3.1. A probidade administrativa como categoria de direito fundamental

Segundo o dicionário Aurélio[287], probo e probidade provêm do latim *probus* e *probitate*, respectivamente. Significa: de caráter íntegro, honesto, honrado, reto, justo. Por seu turno, improbidade, derivado do latim *improbitate*, consiste em falta de probidade, mau caráter, desonestidade.

[287] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI. 3ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco[288] lecionam que probidade é aquilo que brota bem (pro + bho – da razi bhu, nascer, brotar), denotando o que é bom, o que tem boa qualidade.

Logo, probidade significa, inicialmente, o comportamento honesto, íntegro, legal e, em sentido secundário, o que brota bem, quem orienta de a maneira criteriosa de proceder.

Improbidade administrativa pode ser conceituada como o comportamento que viola a honestidade e a lealdade esperadas no trato da coisa pública, seja na condição de agente público ou de parceiro privado. Representa a desconsideração da lealdade objetivamente assumida por quem lida com bens e poderes cujo titular último é o povo.

A responsabilização jurídica por improbidade administrativa encontra autonomia constitucional, diante da interpretação extraída da Constituição Federal.

Nesse sentido, Fábio Medina Osório leciona:

> O dever de probidade dos agentes públicos no tratamento da coisa pública, na prestação de serviços públicos ou, mais genericamente, no exercício das funções públicas está plasmado no sistema constitucional que tutela a Administração Pública brasileira, projetando diretrizes fundamentais do Estado Democrático de Direito, orientando o tratamento da *res publica* como um todo, alcançando frontalmente os agentes públicos.[289]

O princípio republicano subsidia o direito fundamental do cidadão de exigir a proteção, por ação popular, contra a prática de ato lesivo ao patrimônio público, o que nele se devem compreender os patrimônios moral, histórico, cultural e meio ambiente.

Ainda, o princípio republicano orienta a hermenêutica constitucional do regime jurídico administrativo, ao se impor legalidade, moralidade, publicidade e eficiência como normas estruturantes à realização do interesse público.

Na esfera de princípios constitucionais, a centralidade ou posição mais eminente cabe à democracia. Por seu turno, no próprio círculo da democracia, a posição de realce cabe à dignidade da pessoa humana. Quanto maior a democracia, maior a dignidade da pessoa humana.

Logo, visando a assegurar também a dignidade da pessoa humana, a probidade administrativa tem exigibilidade como direito fundamental.

Ingo Wolfgang Sarlet distingue “direitos do homem” como direitos naturais não ou ainda não positivados; “direitos humanos” como aqueles positivados na esfera de direito internacional; e “direitos fundamentais” como os direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado.[290]

---

[288] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p.17.
[289] OSÓRIO, Fábio Medina. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p.88.
[290] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.30.

Segundo o jurista Pérez Luño, citado por Sarlet[291], a distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais reside na concretização positiva. Os direitos fundamentais possuem sentido mais preciso e restrito e constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se de direitos delimitados espacial e temporalmente, com caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito.

Na síntese de Christine Oliveira Peter da Silva:

> Os direitos fundamentais apresentam-se como direitos que dão conteúdo às questões que sustentam a estrutura normativa básica do Estado e, em grande medida, da própria sociedade. Princípios como a dignidade da pessoa humana (art.1º, III, da CF/88), a liberdade (art.5º, caput, da CF/88) e a igualdade (art.5º, caput, da CF/88) agregam os conceitos mais importantes do Estado de Direito, encerrando os pilares da Democracia e do Estado Social, na Constituição brasileira em vigor.[292]

A probidade administrativa configura um direito fundamental, extraído diretamente do texto constitucional, conforme alhures pontuado.

Num primeiro aspecto, há que se citar a imprescritibilidade, pois o direito não desaparece pelo decurso do tempo, de modo que é sempre dotado de exigibilidade. Outra característica é a irrenunciabilidade, uma vez que não pode ser objeto de renúncia pelo cidadão.

Destaca-se a inviolabilidade, tendo em vista a probidade administrativa é também um dever e não pode ser violada por atos do próprio Poder Público, sob pena de nulidade destes.

Cabe citar como característica do direito ora debatido a universalidade, ao se reconhecer como titular toda a coletividade jurídica. Ademais, o Poder Público em suas ações deve se voltar para o cumprimento do direito fundamental à probidade, motivo pelo qual a efetividade é intrínseca.

Trata-se de um direito que não pode ser interpretado como elemento isolado, mas sim como um todo que apresenta interpenetrações e coligações com princípios e regras diversas. A complementaridade também é nítida, haja vista que o direito fundamental não pode ser visto isoladamente, porém como uma conjugação de um só sistema de direitos integrados.

Por fim, é um direito fruto de historicidade, resultado de um processo histórico, que conduziu à sua afirmação e consolidação, notadamente pela evolução do Estado soberano governado pelo rei para o Estado Democrático de Direito.

3.2. Possibilidade de redução de salário na cautelar de afastamento do cargo

[291] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p.31.
[292] SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de direito fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005, p.27.

O artigo 20, *caput*, da Lei nº 8.429/92 dispõe que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se efetivam com o trânsito em julgado da sentença condenatória.

A regra acima consagra o princípio da presunção da inocência, previsto no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, aplicável tanto em sanções de natureza penal, quanto de natureza administrativa.[293]

Não obstante, o artigo 20, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92 permite o afastamento provisório do cargo, emprego ou função, em sede de ação de improbidade administrativa.

Trata-se, segundo entendimento doutrinário, de medida de natureza cautelar, justificada pelo perigo de que, enquanto pendente a instrução processual, a manutenção do requerido no cargo ou função possa colocar em perigo a produção de provas, o que macularia a qualidade da prestação da tutela jurisdicional.

Emerson Garcia e Rogério Pacheco discorrem sobre a finalidade da medida:

> Por intermédio do afastamento provisório do agente, busca o legislador fornecer ao juiz um importantíssimo instrumento com vistas à busca da verdade real, garantindo a verossimilhança da instrução processual de modo a evitar que a dolosa atuação do agente, ameaçando testemunhas, destruindo documentos, dificultando a realização de perícias etc., deturpe ou dificulte a produção dos elementos necessários à formação do convencimento judicial. Busca-se, enfim, propiciar um clima de franco e irrestrito acesso ao material probatório, afastando possíveis óbices que a continuidade do agente no exercício do cargo, empregou, função ou mandado eletivo poderia proporcionar.[294]

Da interpretação da norma que autoriza o afastamento cautelar, em regra, as decisões judiciais deferem a medida sem prejuízo da remuneração, calcadas no princípio constitucional da presunção da não culpabilidade.

Contudo, numa visão administrativo-constitucional, é a presente tese para defender a possibilidade de afastamento cautelar do cargo com redução parcial da remuneração, no tempo e nos limites propostos, salvo se houver vedação legal específica em contrário.

A redução da remuneração que ora se defende visa a resguardar o direito à probidade administrativa, categoria do direito fundamental, indivisível e irrenunciável por natureza, compatibilizando a medida com a presunção de inocência que milita em favor do requerido.

Sustenta-se a possibilidade de que o valor da remuneração descontado seja depositado em conta judicial, com incidência de correção monetária e, caso sobrevenha condenação, o valor seja levantado em favor do erário.

---

[293] NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014, p.270.

[294] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 899.

Com isso, busca-se resguardar o interesse público na hipótese de condenação do agente reputado como ímprobo, de forma a se garantir a reparação do dano, ainda que parcial.

Contudo, para que a medida seja adotada, necessário analisar a possível colisão de direitos fundamentais, quais sejam, o direito à dignidade do agente processado e direito à probidade administrativa.

3.3. Aparente colisão de princípios

Segundo Robert Alexy, a base da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais reside na definição de princípios e de regras.

Num primeiro aspecto, os direitos fundamentais qualificam-se como regras jurídicas. Ainda que ocupem o mais alto grau do ordenamento jurídico, não se distinguem, de forma estrutural e aplicativa, das demais normas jurídicas. O caráter distintivo dessas normas de direitos fundamentais é que protegem determinadas posições do cidadão, abstratamente descritas, contra o Estado.

A segunda acepção define os direitos fundamentais como princípios. Nesse aspecto, além de configurarem direitos de defesa do cidadão contra o Estado, os direitos fundamentais expressam uma ordem objetiva de valores. De tal modo, os direitos fundamentais aplicam-se a todas as áreas do direito, possuindo uma eficácia irradiante.

Ensina Robert Alexy que:

> Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição. Princípios são, tanto quanto as regras, razões para juízos concretos do dever-ser, ainda que de espécie muito diferente. A distinção entre regras e princípios é, portanto, uma distinção entre duas espécies de normas. [295]

Segundo o jurista, as regras impõem determinando padrão de conduta, enquanto os princípios são normas jurídicas impositivas de uma otimização, ordenando que algo seja realizado na melhor medida possível, podendo ser cumprido em diferentes graus, de modo que a medida de seu cumprimento dependerá das possibilidades reais e das possibilidades jurídicas.

Os princípios, portanto, encerram comando de otimização que variarão segundo as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes por ocasião de sua aplicação.

Segundo Alexy, os princípios convivem e coexistem harmonicamente, em caso de colisão, um deles será aplicado preponderantemente ao caso concreto, a partir da identificação de seu peso e da ponderação de outros princípios conforme as circunstâncias em que esteja envolto.

---

[295] ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017, p. 87.

Encampando a concepção forte dos princípios, Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves resumem a distinção entre regras e princípios com a seguinte ilação:

> É de se notar, ainda, que a regra é um tipo de norma que, presentes os pressupostos autorizadores de sua aplicação, regerá determinada situação fática ou jurídica, de forma incontestável e definitiva. Princípio, por sua vez, é um tipo de norma cujos pressupostos autorizadores de sua aplicação não assumem contornos precisos, o que lhe confere maior imprecisão e menor determinibilidade, fazendo com que atue como meio de otimização de certo comportamento, impregnando-o com valores extraídos das possibilidades fáticas e jurídicas do caso.[296]

O afastamento do cargo na ação de improbidade administrativa, com limitação salarial do agente afastado, suscita o debate se a medida importa em violação do direito à dignidade, no tocante ao mínimo existencial.

A dignidade da pessoa humana consiste em fundamento da República Federativa do Brasil e, na lição de Marcelo Novelino, tem tripla dimensão normativa. Para o autor, trata-se de metanorma, que atua como diretriz na criação e na interpretação de outras normas. É também um princípio, pois impõe aos poderes públicos o dever de proteção da dignidade e de promoção dos valores, bens e utilidades indispensáveis a uma vida digna. Por fim, cuida-se de uma regra, a qual determina o dever de respeito à dignidade, seja pelo Estado, seja por terceiros, no sentido de impedir o tratamento de qualquer pessoa como um objeto, quando este tratamento for decorrente de uma expressão do desprezo pelo ser humano.[297]

A possível violação à dignidade em caso de afastamento cautelar com redução de salário perpassa pela análise da regra de impenhorabilidade salarial.

Dispõe o artigo 833, inciso IV, do Código de Processo Civil que são impenhoráveis *"os vencimentos, os subsídios, os soldos, os salários, as remunerações, os proventos de aposentadoria, as pensões, os pecúlios e os montepios, bem como as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e de sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal, ressalvado o § 2º"*.

Contudo, a impenhorabilidade desses valores admite mitigação, em execução de dívida não alimentar, quando não colocar em risco as necessidades básicas do devedor ou de seus familiares.

Recentemente, o Superior Tribunal de Justiça confirmou a excepcionalidade da regra relativa à impenhorabilidade de verbas salariais, admitindo, sua flexibilização para abranger dívida não alimentar, no julgamento do Resp 1.673.067/DF.

Segundo a relatora do acórdão Ministra Nacy Andrighi, buscou-se harmonizar duas vertentes do princípio da dignidade da pessoa humana – de um lado, o direito ao mínimo

[296] GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013, p. 97.
[297] NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014, versão eletrônica.

existencial e de outro, o direito à satisfação executiva, atribuindo à regra da impenhorabilidade salarial interpretação teleológica, de modo a fazer incidir a norma quando, efetivamente, estiverem presentes as exigências econômicas e sociais que ela procurou atender.[298]

Em caso de afastamento cautelar do cargo na ação de improbidade administrativa, é necessário se fazer a investigação da situação financeira pessoal do agente ímprobo para que se possa concluir pela possibilidade ou não de indisponibilidade parcial de seus vencimentos.[299]

Caso constatado que o agente tem outras fontes de renda, seja por exercer atividade empresarial, seja por cumular rendimentos por outro cargo público com base no permissivo constitucional, seja porque houve um incremento na renda do agente em relação à sua situação financeira antes de assumir o cargo público, a redução salarial concomitante ao afastamento não compromete o mínimo existencial do agente processado.

Assim, com base nos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, a par das circunstâncias fático-probatórias dos autos e de elementos que comprovem a renda do requerido, a redução parcial do salário durante a medida mostra-se adequada para manter o mínimo existencial do agente afastado, de forma a não prejudicar sua subsistência, porém sem descurar do interesse público de ressarcimento ao erário e imposição de sanções de cunho patrimonial àquele que praticou atos de improbidade administrativa.[300]

Adota-se, desse modo, a técnica do sopesamento de princípios, a fazer prevalecer o direito fundamental da probidade administrativa, expressão de outros direitos fundamentais como o direito à democracia a uma sociedade justa e o direito à propriedade – já que o patrimônio público é propriedade de todos. [301]

4. Afastamento cautelar com redução parcial de subsídio

4.1. Prazo e requisitos para o afastamento cautelar com redução parcial da remuneração

---

[298] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.673.067/DF, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Recorrente: Antonio Rodrigues Santas, Recorrido: Valdenor Amaral de Sousa. Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501363294&dt_publicacao=15/09/2017. Acesso em 14/7/2019.

[299] VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. A indisponibilidade dos vencimentos do agente público afastado por força do art. 20, parágrafo único da lei de improbidade administrativa.
In: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/Indisponibilidade%20dos%20vencimentos%20de%20agente%20p%C3%BAblico%20afastado%20cautelarmente.doc. Acesso em 28/6/2019.

[300] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.790.570/SP, Relator Ministro Herman Benjamin. Recorrente: Celso Parisi. Recorrido: Ministério Público Federal. Segunda Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 30/05/2019, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803387232&dt_publicacao=30/05/2019. Acesso 14/7/2019.

[301] VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. A indisponibilidade dos vencimentos do agente público afastado por força do art. 20 parágrafo único da lei de improbidade administrativa.
In: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/Indisponibilidade%20dos%20vencimentos%20de%20agente%20p%C3%BAblico%20afastado%20cautelarmente.doc. Acesso em 28/6/2019.

A improbidade administrativa contemplada no art. 37, § 4º da Magna Carta, é disciplinada pelo direito administrativo sancionador,[302] ao passo que a ação civil pública de improbidade administrativa tem natureza punitiva, inserindo-se nos domínios do Direito Processual Civil Público Punitivo.[303]

Isso significa submetê-la explicitamente, por força do devido processo legal, à garantia de interdição à arbitrariedade e da legalidade que embasam o Estado Democrático de Direito, aos direitos e garantias fundamentais assegurados aos acusados em geral e aos princípios e regras do Direito Administrativo Sancionador.[304]

Nesse viés, a aplicação da cautelar de afastamento não significa apartar do julgador, dentro de seu inerente poder geral de cautela, a possibilidade de excepcionalmente, modelar a percepção da remuneração. Esse diploma legal, de medida de nítida feição acautelatória, e não antecipatória de pena de demissão, tem por escopo resguardar a instrução processual de interferências prejudiciais à coleta de provas do ato de improbidade administrativa.[305]

Por esta razão, o afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, só se justifica por prazo razoável, não podendo subsistir após o término da instrução.[306] E mais, o Superior Tribunal de Justiça recomenda que, em cada caso concreto, seja fixado um prazo para essa cautelar, à luz do princípio da razoabilidade.[307]

Nesse bordo, é preciso estabelecer novos paradigmas para, além de se promover o afastamento do cargo do agente que é demandado em ação de improbidade administrativa, viabilizar a sua redução salarial enquanto perdura a medida. Até porque a finalidade punitiva da sanção administrativa não se mostra incompatível com uma finalidade disciplinar[308], de forma que o recebimento integral da remuneração exibe potencial de prejudicar irreversivelmente a execução da sentença, razão pela qual o fato de se afastar o agente público mantendo intocada a sua remuneração é objeto de severas críticas ora explanadas.

---

[302] OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, pena e civil no âmbito de improbidade. *In* Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Coordenação Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94.

[303] OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, pena e civil no âmbito de improbidade. *In* Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Coordenação Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94.

[304] OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, pena e civil no âmbito de improbidade. *In* Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Coordenação Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 94/95.

[305] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Em Recurso Especial nº 1.241.403 - RJ (2018/0008140-4) Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Maria Virginia De Jesus Monteiro e Miriam Moraes Puerari, Data de Publicação: DJ 02/03/2018. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551733339/agravo-em-recurso-especial-aresp-1241403-rj-2018-0008140-4/decisao-monocratica-551733362?ref=serp. Acesso em 15/7/2019.

[306] ANDRADE, A.; MASSON, C.; ANDRADE, L. Interesses difusos e coletivos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 920.

[307] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão Liminar de Sentença nº 1.500 – MG (2011/0311440-5 - 06/06/2012) Relator: Ministro Felix Fischer. Requerentes: Sileide Nunes do Nascimento Faitarone, Maurílio Carlos de Toledo, Raidar Mamed, João Veraldi Júnior, Nildomar Lázaro da Silva, José Marcelo Soares dos Santos, Eduardo Florêncio de Souza, Daniel dos Reis Linhares Pontes, Samer Saroute. Requerido: Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais. Interessado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Julgado em 24/5/2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103114405&dt_publicacao=06/06/2012. Acesso em 15/7/2019.

[308] OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 78.

Superada a discussão sobre a sua natureza acautelatória, e não antecipatória de pena de demissão[309], a medida de afastamento merece o olhar mais acurado no que tange à percepção da remuneração enquanto perdura o afastamento do cargo. Afinal, a adoção e a eficácia de medida dessa natureza não devem projetar dispêndio de verba pública, pelo contrário, devem infundir a ideia de credibilidade, de confiança e de respeito, sob pena de instalar-se a desobediência civil e o caos social.

A manutenção da remuneração poderá agravar a dimensão do dano ao erário e, por vias transversas, contribuir para o indevido enriquecimento ilícito do demandado, uma vez que a probabilidade de se localizar ativos em sede de cumprimento de sentença é demasiadamente remota. Premiar o agente afastado do seu cargo com a manutenção integral do seu salário lesa a própria ordem pública, gera o inevitável sentimento de descrédito e alimenta o sentimento de impunidade.

Sem prejuízo, robustece o receio de que a prática de atos ímprobos beneficia o agente público que estará distante dos naturais desgastes da relação de trabalho no gozo do salário, seja no conforto da residência, seja em viagem turística ou em atividade diversa.

Imagine-se que o afastamento de um agente público perdure por 10 meses, permanecendo intacta a sua remuneração e, ao final do processo, resulte em sua condenação pela prática de ato de improbidade administrativa que causou danos ao erário. Note-se que além do prejuízo pela conduta do agente, o próprio Estado teria contribuído para o aumento do prejuízo, uma vez que teve de custear a remuneração do agente durante o afastamento, somado ao dano apurado processualmente. Conclusão diversa não se obteria senão a de que o Estado teria sido duplamente prejudicado, seja pela conduta do agente, seja pelo estrito cumprimento da lei.

Por outro lado, não se pretende, com a antecipação de tutela, que o demandado na ação de improbidade administrativa inicie o pagamento do então suposto prejuízo ao erário que causou com seu salário antes de transitada em julgado a sentença de mérito. Trata-se de medida meramente acautelatória, que não ofende a presunção de não culpa[310], sem caráter definitivo, pois a situação poderia ser revertida caso resultasse a improcedência do pedido.

Ernani de Menezes Vilhena Junior sustenta a ideia de que o valor descontado da remuneração do demandado seja depositado em conta judicial, com correção monetária para

---

[309] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Em Recurso Especial nº 1.241.403 - RJ (2018/0008140-4) Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Maria Virginia De Jesus Monteiro e Miriam Moraes Puerari, Data de Publicação: DJ 02/03/2018. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551733339/agravo-em-recurso-especial-aresp-1241403-rj-2018-0008140-4/decisao-monocratica-551733362?ref=serp. Acesso em 15/7/2019.

[310] VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. A indisponibilidade dos vencimentos do agente público afastado por força do art. 20, parágrafo único da lei de improbidade administrativa.
In: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/Indisponibilidade%20dos%20vencimentos%20de%20agente%20p%C3%BAblico%20afastado%20cautelarmente.doc. Acesso em 28/6/2019.

que, ao final, reconhecida a necessidade de reparação do dano, seja levantado em favor do erário, ou, se atestada sua inocência, seja-lhe restituído o montante acumulado[311]. A adoção de tal medida, além de garantir a futura reparação, ainda que parcial do dano, poderá ainda servir como manifesto desestímulo à procrastinação do feito pelo requerido.

Atento à necessidade de delimitação temporal do afastamento preventivo, à falta de dispositivo legal na lei de improbidade administrativa, a presente tese sugere a aplicação analógica da norma inserta no artigo 147 da Lei nº 8.112/1990[312], ou seja, o afastamento cautelar pelo prazo máximo de 120 dias, salvo se em menor período for concluída a instrução processual.

Nesse viés, considerando-se que o ato judicial de afastamento ressalta a natureza processual da medida (já que corre dentro do processo), defende-se a necessidade de se computar o prazo em dias úteis, conforme dispõe o artigo 219 do Código de Processo Civil[313].

Por um lado, o afastamento preventivo não deve ser aplicado como espécie de antecipação dos efeitos da sentença, sem que antes sobrevenha a condenação transitada em julgado, projetando-se indefinidamente no tempo, o que viola, obliquamente, os princípios do contraditório, da ampla defesa e da presunção de inocência, já que não raro é morosa a tramitação do feito, seja pela interposição de múltiplos recursos, seja pela produção de vários tipos de prova, dentre outras especificidades.

De outro bordo, não se pode colocar em risco o bom andamento do processo, em especial, a fase de produção de provas, tão cara para a correta aplicação do direito, aliada aos elementos concretos que atestem a necessidade da medida.

Por esses e outros motivos, o Superior Tribunal de Justiça também entende viável a aplicação analógica do artigo 147 da Lei nº 8.112[314].

Uma vez delimitado o período do afastamento preventivo e, também, diante da ausência de dispositivo sobre o parâmetro que viabilize a redução salarial, defende-se na presente tese a aplicação analógica do artigo 130, § 2º da Lei nº 8.112/1990[315], que prevê a redução de 50% da remuneração enquanto perdurar o afastamento.

---

[311] VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. A indisponibilidade dos vencimentos do agente público afastado por força do art. 20 parágrafo único da lei de improbidade administrativa.
In: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/Indisponibilidade%20dos%20vencimentos%20de%20agente%20p%C3%BAblico%20afastado%20cautelarmente.doc. Acesso em 28/6/2019.

[312] Como medida cautelar e a fim de que o servidor não venha a influir na apuração da irregularidade, a autoridade instauradora do processo disciplinar poderá determinar o seu afastamento do exercício do cargo, pelo prazo de até 60 (sessenta) dias, sem prejuízo da remuneração.
Parágrafo único. O afastamento poderá ser prorrogado por igual prazo, findo o qual cessarão os seus efeitos, ainda que não concluído o processo.

[313] Artigo 219. Na contagem de prazo em dias, estabelecido por lei ou pelo juiz, computar-se-ão somente os dias úteis.

[314] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Em Recurso Especial nº 1.241.403 - RJ (2018/0008140-4) Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Maria Virginia De Jesus Monteiro e Miriam Moraes Puerari, Data de Publicação: DJ 02/03/2018. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551733339/agravo-em-recurso-especial-aresp-1241403-rj-2018-0008140-4/decisao-monocratica-551733362?ref=serp. Acesso em 15 de julho de 2019.

[315] Art. 130. A suspensão será aplicada em caso de reincidência das faltas punidas com advertência e de violação das demais proibições que não tipifiquem infração sujeita a penalidade de demissão, não podendo exceder de 90 (noventa) dias.

4.2. Servidores ocupantes de cargo em comissão

O sujeito ativo que pratica o ato de improbidade administrativa, concorre para a sua prática ou dele se beneficia está delineado nos moldes do artigo 2º da Lei nº 8.429/92[316], sendo ampliado pelo art. 3º, do mesmo diploma, que prevê a responsabilização de terceiros que se beneficiarem com a prática de atos ímprobos contra a Administração.[317]

Note-se que o conceito de agente público, para os efeitos da Lei de Improbidade Administrativa, é mais abrangente que o adotado em outros institutos de Direito Público. A rigor, colha-se o escólio de Wallace Paiva Martins Júnior:

> A Lei Federal nº 8.429/92 dedicou científica atenção na atribuição da sujeição do dever de probidade administrativa ao agente que se reflete internamente na relação estabelecida entre ele e a Administração Pública, superando a noção de servidor público, com uma visão mais dilatada do que o conceito do funcionário público contido no Código Penal (art. 327).[318]

O excepcional afastamento da função pública, de natureza cautelar – não extingue a investidura[319] – e exige dois pressupostos peculiares: a) a preservação da instrução do processo;[320] b) e a indispensabilidade da providência[321].

Tal medida não ressoa incongruente, mesmo aos servidores ocupantes de cargo em comissão, uma vez que a autoridade nomeante possui discricionariedade para manter o vínculo, mediante a adoção de critérios de oportunidade e conveniência. A vulnerabilidade da manutenção do cargo, pela natureza comissionada, não blinda o agente de ser afastado preventivamente, mas também não aniquila o vínculo firmado na função de confiança.

4.3. Detentores de mandato eletivo

O afastamento provisório do agente público eleito de acordo com a vontade popular expressa nas urnas deve revestir-se de excepcionalidade, por ser medida das mais severas ao agente que está sendo investigado ou processado por ato de improbidade administrativa.

(...) § 2º Quando houver conveniência para o serviço, a penalidade de suspensão poderá ser convertida em multa, na base de 50% (cinquenta por cento) por dia de vencimento ou remuneração, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço.

[316] Art. 2°. Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.

[317] Art. 3°. As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

[318] MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 297.

[319] ASSIS, Araken de. Medida de urgência na ação por improbidade administrativa. *In* Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Coordenação Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 52.

[320] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.442 – MG (2011/0232820-0) Relator: Ministro Ari Pargendler. Agravante: José Antônio da Rocha Lima. Advogado: Heli Lopes Dourado. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais.(STJ – AgRg na SLS: 1442 MG 2011/0232820-0, Relator: Ministro Ari Pargendler, Data de Julgamento: 24/11/2011, CE – Corte Especial, Data de Publicação: DJe 29/02/2012). Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612590/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-agrg-na-sls-1442-mg-2011-0232820-0-stj/inteiro-teor-21612591?ref=serp. Acesso em 15/7/2019.

[321] ZAVASCKI, Teori. Antecipação da tutela. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 297.

Sobre a possibilidade de se promover o afastamento do cargo de detentor de mandato eletivo, o Superior Tribunal de Justiça manteve a medida aplicada pela instância de primeiro grau no caso de um Prefeito, cujo caso revelou, por intermédio de escutas telefônicas autorizadas pela justiça, que o alcaide estaria entabulando acordo para direcionar os depoimentos de testemunhas e eliminar elementos de convicção relevantes ao julgamento da ação de improbidade administrativa.[322]

Dada a excepcionalidade da medida, é de se ressaltar que o afastamento do cargo nos casos de detentores de mandato eletivo, com prazos certos, exige prudência ainda maior, sob pena de configuração de uma "cassação branca".[323]

Por outro lado, é de se considerar que o fato de um cidadão ter sido eleito pelo voto popular, não coloca em patamar de sobreposição do bem e do mal, imune à aplicação da lei, com um salvo-conduto para transitar à margem dos princípios regentes da Administração Pública.

Havendo elementos suficientes que demonstrem a prática de condutas incompatíveis com os seus respectivos deveres funcionais, para a satisfação de interesses escusos, é imperioso promover o imediato afastamento dos requeridos dos cargos que ocupam, para a garantia da ordem pública, preservação do erário municipal e da instrução processual, com parcial redução de sua remuneração.

Adotando-se a cautela de aplicar a medida devidamente fundamentada em fatos concretos, o afastamento não se constituirá em indevida interferência do Poder Judiciário; ao contrário, a solução política e jurídica a ser adotada no caso servirá para resguardar o bom trâmite processual, com maior regularidade e celeridade, preservando-se os bens maiores da probidade administrativa e do respeito às instituições democráticas.

De fato, o interesse individual do ocupante do cargo de eletivo não pode se sobrepor ao interesse público de legitimidade das instituições políticas.

Em conclusão, tem-se que a cautelar de afastamento do agente detentor de cargo eletivo pode ser mantida, observada a razoabilidade, até o decurso do prazo a ser fixado pelo juiz, nos parâmetros sugeridos neste trabalho se, antes disso, não for concluída a instrução da ação civil de improbidade.

5. Conclusão

[322] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.442 – MG (2011/0232820-0) Relator: Ministro Ari Pargendler. Agravante: José Antônio da Rocha Lima. Advogado: Heli Lopes Dourado. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Data de Julgamento: 24/11/2011, CE – Corte Especial, Data de Publicação: DJe 29/02/2012. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612590/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-agrg-na-sls-1442-mg-2011-0232820-0-stj/inteiro-teor-21612591?ref=serp. Acesso em 15/7/2019.

[323] ANDRADE, A.; MASSON, C.; ANDRADE, L. Interesses difusos e coletivos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2018, p. 919.

A atual Constituição Federal, denominada Constituição cidadã, consolidou o estado democrático de direito como fundamento da ordem jurídica vigente.

Dentre os direitos fundamentais consagrados, tem especial relevância a probidade administrativa, consistente no respeito à moral como dever a ser observado por todos aqueles que se relacionam com o Estado, sejam agentes públicos no exercício de suas funções, sejam particulares envolvidos na atividade estatal.

A lei que regulamenta a ação de responsabilização por improbidade administrativa (Lei nº 8.429/92) prevê, dentre as medidas cautelares, o afastamento cautelar do agente do cargo ou função. Trata-se de medida que tem por finalidade garantir a instrução processual, quando a manutenção do agente processado no cargo prejudicar a coleta de provas do ato de improbidade administrativa.

Em que pese a lei em questão nada dispor, o afastamento do cargo em geral ocorre sem prejuízo dos vencimentos.

Contudo, propõe-se a concessão da medida de afastamento sob um novo prisma, numa percepção principiológica em prol do interesse público, mediante a redução salarial do agente afastado, caso não haja lei específica que rege o servidor em sentido contrário.

Com isso, evita-se que o agente afastado do seu cargo, porém recebendo integralmente a remuneração, possa posteriormente lesar a ordem pública, mediante a dilapidação de bens que seriam necessários à execução em caso condenação de ressarcimento ao erário.

A medida adotada pode efetivamente contribuir para a futura reparação, ainda que parcial do dano, e desestimular eventual procrastinação do feito pelo requerido.

Sugere-se que o valor da remuneração descontado seja depositado em conta judicial, com correção monetária e, caso sobrevenha condenação, seja levantado em favor do erário ou, havendo a absolvição, seja restituído ao agente o montante acumulado.

A redução salarial em caso de afastamento cautelar importa em relativização da regra de impenhorabilidade salarial prevista no Código de Processo Civil. Essa relativização tem sido reconhecida pelo Superior Tribunal de Justiça, à luz do caso concreto, mediante a adoção dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade.

Ainda, utiliza-se a ponderação de interesses, caso constatado que a redução salarial não implica em afronta ao mínimo existencial do agente afastado, diante da constatação de outras fontes de renda ou nos casos em que o acervo patrimonial tenha avultado exclusivamente pela remuneração do cargo que se encontra afastado, prevalecendo-se o interesse público e o direito fundamental à probidade administrativa.

O limite proposto é de a redução de 50% da remuneração enquanto perdurar o afastamento, mediante aplicação analógica do artigo 130, § 2º da Lei nº 8.112/1990.

Quanto ao período de afastamento, considerando a finalidade de garantir a instrução probatória, propõe-se o afastamento cautelar pelo prazo máximo de 120 dias úteis, exceto se em menor período for concluída a instrução processual, segundo a aplicação analógica do artigo 147 da Lei nº 8.112/1990.

Por fim, defende-se que o afastamento com redução parcial de salário poderá ser aplicado a servidores detentores de cargo em comissão e a detentores de mandato eletivo, salvo se em relação a estes haja lei específica que vede a redução salarial, uma vez que a medida está em consonância com as regras que disciplinam a Administração Pública, as quais impõem o dever ético de agente público e a eficiência administrativa.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2017.

ANDRADE, Adriano; MASSON, Cleber; ANDRADE, Landolfo. Interesses difusos e coletivos. 8ª edição. Rio de Janeiro: Método, 2018.

ASSIS, Araken de. Medida de urgência na ação por improbidade administrativa. *In* Improbidade administrativa: temas atuais e controvertidos. Coordenação Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso 14/7/2019.

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112cons.htm. Acesso em 28/6/2019.

BRASIL. Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em 28/6/2019.

BRASIL. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em 28/6/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Em Recurso Especial nº 1.241.403 - RJ (2018/0008140-4) Relatora: Ministra Assusete Magalhães. Agravante: Ministério Público Federal. Agravados: Maria Virginia De Jesus Monteiro e Miriam Moraes Puerari, Data de Publicação: DJ 02/03/2018. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/551733339/agravo-em-recurso-especial-aresp-

1241403-rj-2018-0008140-4/decisao-monocratica-551733362?ref=serp. Acesso em 15/7/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão Liminar de Sentença nº 1.500 – MG (2011/0311440-5 - 06/06/2012) Relator: Ministro Felix Fischer. Requerentes: Sileide Nunes do Nascimento Faitarone, Maurílio Carlos de Toledo, Raidar Mamed, João Veraldi Júnior, Nildomar Lázaro da Silva, José Marcelo Soares dos Santos, Eduardo Florêncio de Souza, Daniel dos Reis Linhares Pontes, Samer Saroute. Requerido: Tribunal de Justiça do estado de Minas Gerais. Interessado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Julgado em 24/5/2012. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201103114405&dt_publicacao=06/06/2012. Acesso em 15/7/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Suspensão de Liminar e de Sentença nº 1.442 – MG (2011/0232820-0) Relator: Ministro Ari Pargendler. Agravante: José Antônio da Rocha Lima. Advogado: Heli Lopes Dourado. Agravado: Ministério Público do Estado de Minas Gerais, Data de Julgamento: 24/11/2011, CE – Corte Especial, Data de Publicação: DJe 29/02/2012. Disponível em https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21612590/agravo-regimental-na-suspensao-de-liminar-e-de-sentenca-agrg-na-sls-1442-mg-2011-0232820-0-stj/inteiro-teor-21612591?ref=serp. Acesso em 15/7/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.673.067/DF, Relatora Ministra Nancy Andrighi, Recorrente: Antonio Rodrigues Santas, Recorrido: Valdenor Amaral de Sousa. Terceira Turma, julgado em 12/09/2017, DJe 15/09/2017. Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201501363294&dt_publicacao=15/09/2017. Acesso em 14/7/2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial nº 1.790.570/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, . Recorrente: Celso Parisi. Recorrido: Ministério Público Federal. Segunda Turma, julgado em 21/03/2019, DJe 30/05/2019, Disponível em https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201803387232&dt_publicacao=30/05/2019. Acesso em 14/7/2019.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI. 3ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.

GARCIA, Emerson e ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2013.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção e OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. Manual de improbidade administrativa. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense, São Paulo: Método, 2014.

NOVELINO, Marcelo. Manual de direito constitucional. 9ª edição. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Editora Método, 2014, versão eletrônica.

OSÓRIO, Fábio Medina. A inter-relação das decisões proferidas nas esferas administrativa, pena e civil no âmbito de improbidade. *In* Improbidade administrativa: temas atuais e

controvertidos. Coordenação Ministro Mauro Campbell Marques. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

_____. Direito administrativo sancionador. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, Christine Oliveira Peter da. Hermenêutica de direito fundamentais: uma proposta constitucionalmente adequada. Brasília: Brasília Jurídica, 2005.

VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. A indisponibilidade dos vencimentos do agente público afastado por força do art. 20 parágrafo único da lei de improbidade administrativa. *In*: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/Congresso%20PatPublico/Teses/Indisponibilidade%20dos%20vencimentos%20de%20agente%20p%C3%BAblico%20afastado%20cautelarmente.doc. Acesso em 28/6/2019.

ZAVASCKI, Teori. Antecipação da tutela. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.

POLÍTICAS PÚBLICAS ARQUIVÍSTICAS E A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO: DEFESA DA GESTÃO DOCUMENTAL, DA INTEGRIDADE E DA MEMÓRIA

Sérgio Reis Coelho[1]

Síntese Dogmática

A discussão sobre políticas públicas de arquivo, memória e a atuação do Ministério Público é uma temática pouco explorada no Brasil, mas que vem intensificando-se com as resoluções editadas pelo CNMP que tratam de uma política de memória e de gestão documental no âmbito do Ministério Público brasileiro.

Entretanto, a preocupação com a preservação e o resgate da memória institucional já vinha sendo realizada em várias unidades do Ministério Público Estadual desde a década de 1990, inclusive com o desenvolvimento de programas de história oral, publicação de obras e a constituição de arquivos públicos, faltando apenas uma articulação nacional que veio a ser realizada com a normativa expedida pelo CNMP.

Dentro deste contexto, as políticas públicas de arquivo ganham relevo, pois não há como dissociar a memória, o direito à informação e o patrimônio cultural do arquivo público, o qual surge como espaço de referência para a pesquisa histórica e para a construção das identidades.

O Ministério Público, enquanto instituição de defesa social, tem papel ativo na proteção das políticas públicas arquivísticas que devem ser desenvolvidas tanto no âmbito ministerial, quanto nas diversas esferas do poder público e da sociedade civil, cabendo ao Promotor de Justiça estimular iniciativas de resgate e de constituição da memória coletiva na sociedade.

Sumário

1. Introdução – 2. Definindo Políticas Públicas – 3. O campo das políticas públicas arquivísticas no Brasil – 4. Dimensões da atuação ministerial nas políticas públicas de arquivo – 5. Conclusão – 6. Proposta de enunciado.

1. Introdução

A memória, quer como resgate ou construção, é um tema que, rotineiramente, vem sendo pautado e revisitado nas diversas agendas e foros de discussão. Há uma busca premente por narrativas memorialísticas, uma pressa identitária que questiona o tempo e os lugares, levando indivíduos e instituições a procurar, cada vez mais, se definir e reconhecer por um passado que urge ser conhecido e compartilhado.

Memória individual, memória coletiva, lembranças, esquecimentos, transformações e lutas pela memória, vários são os termos utilizados pelos analistas para designar um movimento de registro e preocupação com o passado que, apesar de iniciado no século XIX[324], sofre uma grande aceleração no presente e exige do Estado, na figura do gestor público, maior desenvoltura e expertise para o seu tratamento.

Ao adentrar em uma discussão que envolva os conceitos de memória e identidade, não há como deixar de considerar que estes são aspectos importantes da própria definição de patrimônio cultural brasileiro, o que se percebe pela singela leitura do art. 216 da Constituição Federal[325], reforçando a preocupação dos agentes responsáveis por sua proteção e estimulando maior envolvimento social na sua promoção.

Como reflexo da díade proteção e promoção do patrimônio cultural ganha importância o que se tem denominado, sobretudo na seara da arquivologia, como políticas públicas de arquivo que nada mais são do que ações estatais orientadas para a preservação da informação arquivística, tanto pública quanto privada, assim como a busca por maior democratização do seu acesso e uso pela sociedade.

É o direito à informação a premissa maior que norteia esta política pública, a qual vem sofrendo um incremento em sua importância com a edição de copiosa legislação que, ao inovar o ordenamento jurídico, normatiza pontos importantes nesta área do conhecimento a exemplo da lei nº 12.527/2011 que regulamenta o direito constitucional de acesso às

[324]Segundo o professor da Universidade Federal Fluminense (UFF) José Maria Jardim: "A partir do século XIX, no interior do projeto de Estado Nacional, desenham-se concepções de memória e inventam-se tradições para uma nação que reserve um passado comum aos seus integrantes. A noção de patrimônio histórico/cultural insere-se neste processo pelo qual o Estado se organiza mediante a criação de um patrimônio comum e uma identidade própria. A construção desse patrimônio pressupõe valores, norteadores de políticas públicas, a partir dos quais são atribuídos qualificativos a determinados registros documentais. Tais valores, conforme Menezes (1992, p.189), são historicamente 'produzidos, postos em circulação, consumidos, reciclados e descartados", referidos a dimensões cognitivas, formais, afetivas e pragmáticas. Como tal, o patrimônio "é político por natureza'"

[325]**Art. 216.** Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: I - as formas de expressão; II - os modos de criar, fazer e viver; III - as criações científicas, artísticas e tecnológicas; IV - as obras, objetos, documentos, edificações e demais espaços destinados às manifestações artístico-culturais; V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico. (...)

informações públicas; da lei nº 12.965/2014 que estabelece o uso da internet no Brasil; da lei 13.709 que dispõe sobre a proteção de dados pessoais, dentre outras.

Foi visando a discussão sobre arquivo, memória e a atuação protetiva do Ministério Público, relação ainda pouco explorada no Brasil, que o presente texto foi idealizado, propiciando ao membro ministerial um contato inicial com esta política pública que tanto refere-se à identidade do parquet, quanto trata do direito à informação e da constituição da memória coletiva.

2. Definindo Políticas Públicas

As políticas públicas estão intimamente ligadas com a atuação estatal, ou seja, com ações que são realizadas pelo Estado no cumprimento de sua missão de organizar e promover o desenvolvimento social, buscando oferecer as bases para a emancipação do cidadão e a garantia da implementação dos direitos sociais.

As políticas públicas surgem no contexto do desenvolvimento do capitalismo e dos questionamentos que são lançados ao liberalismo econômico, bem como ao Estado mínimo que o sustentava, o que tornou necessária a organização de um sistema de proteção social que assegurasse o cidadão contra as vicissitudes da vida social.

Esse fenômeno teve início no século XIX, sobretudo na Inglaterra, com movimentos sindicais, a exemplo do cartismo[326], e com a promulgação de leis de cunho social que buscavam humanizar as condições de trabalho dos ingleses. No século XX esse movimento foi intensificado. Dois fatos históricos pontuam essa passagem: 1) a grande depressão de 1929, ocorrida nos EUA, que afetou o setor produtivo e bancário estadunidense e 2) a grave crise econômica que passou a Europa logo após a II Guerra Mundial.

Esses episódios demonstraram que a liberdade conferida aos mercados não tinha propiciado o bem-estar e a prosperidade da humanidade, algo tanto difundido pela doutrina liberal, mas, ao contrário, havia aprofundado drasticamente os problemas sociais tornando necessária a intervenção estatal.

[326]Para reivindicar melhores condições de vida, os operários organizaram-se, no final da década de 1830, em um movimento que ficou conhecido como cartismo. Considerado o primeiro movimento independente da classe trabalhadora britânica, exerceu forte influência sobre o pensamento político durante os dez primeiros anos do governo da rainha Vitória (1837-1901), na Inglaterra. O nome do movimento teve origem na *Carta do Povo*, principal documento de reivindicação dos operários que foi escrito como resposta ao "Reform Act", lei eleitoral que proibiu os operários do direito do voto, no Projeto de Reforma em 1832 (cf. CAIRO; HOLANDA; CUNHA, 2009).

Houve uma grande mudança nas políticas econômicas adotadas pelos Estados, os quais passaram a intervir amplamente na economia, sendo John Maynard Keynes[327] o economista que forneceu a base teórica para esse fenômeno. As políticas keynesianas eram centradas na ideia do pleno emprego, o qual decorreria de um crescimento da demanda em paridade com o aumento da capacidade produtiva da economia.

O Estado, com Keynes, passava a ser um garante da sociedade, adotando uma postura ativa, de regulação social, intervindo nas áreas em que era necessária a sua presença e abandonando o papel meramente passivo que tradicionalmente vinha ocupando.

É na obra *Teoria geral do emprego, do juro e da moeda* (1936) que Keynes expõe amplamente as suas ideias e formula seu plano de ação, pelo qual o Estado seria um garante e agente indispensável para o controle da economia utilizando medidas fiscais e monetárias.

Como afirma Rezende (2010, p. 56):

> É significativo que Keynes houvesse localizado as raízes da Depressão em uma demanda privada inadequada, o que implicaria se criar uma demanda maior fornecendo meios para as pessoas gastarem, e considerar o auxílio desemprego não como um débito orçamentário, mas sim como um meio para o aumento da demanda e o consequente estímulo à oferta. Além do mais, uma demanda reduzida significava que não haveria investimento suficiente para produzir a quantidade de mercadorias necessárias para assegurar o pleno emprego. Os governos deveriam, portanto, encorajar mais investimentos, baixando as taxas de juros, bem como criando um extenso programa de obras públicas, que proporcionariam emprego e gerariam uma demanda maior de produtos industriais. Logo, a Depressão só poderia ser combatida através de uma combinação de política monetária e despesas públicas, o que equivale a dizer que o governo deveria financiar a recuperação através do déficit público, por meio de uma forte política emissionista, e não procurar equilibrar o orçamento.

As ideias de Keynes incentivaram a adoção de políticas que formataram um novo tipo de Estado, o *Welfare State* (Estado de bem-estar social), que representou um esforço de reconstrução econômica, moral e política, o que durou aproximadas três décadas, levando os especialistas a denominar esse período de "os trinta anos dourados"[328].

Para Esping-Andersen (1995, p. 73):

---

[327] No site do IPEA há um pequeno verbete sobre a vida e a obra de John Maynard Keynes. Disponível em http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2267:catid=28&Itemid=23. Acesso em 15.07.2019

[328] Sobre a passagem dos "trinta anos dourados" para o capitalismo financeiro, transcreve-se a seguinte passagem de Luiz Carlos Bresser-Pereira (2010, p. 54): "Na década de 1970, o quadro alterou-se com a transição dos *30 anos dourados do capitalismo* (1948-1977) para o *capitalismo financeirizado*, ou capitalismo encabeçado pelo setor financeiro – um modo de capitalismo intrinsecamente instável. Enquanto a era dourada foi marcada por mercados financeiros regulados, estabilidade financeira, elevadas taxas de crescimento econômico e uma redução da desigualdade, o oposto ocorreu nos anos do neoliberalismo: as taxas de crescimento diminuíram, a instabilidade financeira aumentou rapidamente e a desigualdade cresceu, privilegiando principalmente os dois por cento mais ricos de cada sociedade nacional. Embora a redução das taxas de crescimento e lucro ao longo da década de 1970 nos Estados Unidos e a experiência da estagflação tenham levado a uma crise muito menor do que a Grande Depressão ou a atual crise financeira global, esses fatos históricos novos foram o bastante para levar o sistema de Bretton Woods ao colapso e desencadear a financeirização e a contrarrevolução neoliberal ou neoconservadora".

> Economicamente, [o *Welfare State*] significou um abandono da ortodoxia da pura lógica do mercado, em favor da exigência de extensão da segurança do emprego e dos ganhos como direitos de cidadania; moralmente, a defesa das ideias de justiça social, solidariedade e universalismo. Politicamente, o *Welfare State* foi parte de um projeto de construção nacional, a democracia liberal, contra o duplo perigo do fascismo e do bolchevismo. Muitos países se autoproclamaram *Welfare States*, não tanto por designarem desse modo as suas políticas sociais, quanto por promoverem uma integração social nacional.

Por outro lado, enquanto disciplina acadêmica, o estudo das Políticas Públicas foi desenvolvido nos Estados Unidos da América como uma decorrência dos esforços empreendidos durante a Segunda Guerra Mundial e das várias pesquisas sobre os países envolvidos no conflito. O objetivo era fornecer ao governo norte-americano informações estratégicas que melhorassem o desempenho de sua atuação bélica e geopolítica.

O estudo das Políticas Públicas nos Estados Unidos seguiu um caminho diverso do que foi adotado na Europa. No velho continente, as políticas públicas eram estudadas como um desdobramento das teorias que buscavam explicar o papel do Estado; enquanto nos Estados Unidos informa Souza (2006, p. 22) "a área surge no mundo acadêmico sem estabelecer relações com as bases teóricas sobre o papel do Estado, passando direto para a ênfase nos estudos sobre a ação dos governos".

É esse o contexto de surgimento das políticas públicas, sendo que somente nos anos 1980, com o desenvolvimento das ideias neoliberais, que teve início de forma mais veemente as críticas ao Estado de bem-estar social e as políticas por este adotadas. Dois fatos históricos podem pontuar essa passagem: o fim da Guerra Fria e o alargamento do processo de globalização econômica.

As políticas públicas passaram então a ser formuladas com base nessa nova realidade, em que ocorreu um enfraquecimento da capacidade de resposta do Estado para as múltiplas demandas a este dirigidas. Para Souza (2006, p. 20), três fatores podem ser destacados para a maior visibilidade das políticas públicas nesse período: 1º) a adoção de políticas restritivas de gasto público; 2º) novos posicionamentos sobre o papel dos governos que substituíram as políticas keynesianas do pós-guerra por políticas restritivas de gasto; 3º) nos países em desenvolvimento e de democracia recente, a inexistência de coalizões políticas capazes de articular o desenvolvimento econômico e a promoção da inclusão social de grande parte de sua população.

3. O campo das políticas públicas arquivísticas no Brasil

A preocupação com a preservação arquivística no Brasil data do Império, mais precisamente durante o período regencial, quando por obra do Marquês de Olinda[329] é fundado, em 1838, o Arquivo Público do Império que, nos termos do art. 3º do Regulamento nº 2 – de 2 de janeiro de 1838, estava organizado em 03 seções (legislativa, administrativa e histórica) passando a ser a entidade responsável pela guarda e gestão documental no Brasil[330].

Com a República, pode-se identificar no Decreto-lei nº 25, de 30 de novembro de 1937, editado durante o Estado Novo e que organizou a proteção do patrimônio histórico e artístico nacional, um esforço inicial importante para a constituição da seara arquivística brasileira, o qual foi encorpado décadas depois com a lei nº 5.433/68, que regula a microfilmagem de documentos oficiais, e a lei n° 6.546/78 dispondo sobre a regulamentação das profissões de Arquivista e de Técnico de Arquivo.

Entretanto é após a Constituição Federal de 1988 que, normativamente, haverá um avanço significativo nas políticas de arquivo no Brasil não só pela proteção constitucional destinada ao patrimônio cultural brasileiro, mas por toda a legislação infraconstitucional que passa então a ser criada.

Em 1991 é editada a lei nº 8.159, que dispõe sobre a política nacional de arquivos públicos e privados, constituindo-se em marco importante desta regulamentação e que foi acompanhada no decorrer dos anos pela edição de vasta legislação[331].

---

[329] "Pedro de ARAÚJO LIMA, depois Visconde de Olinda, com grandeza - Decreto de 18 de julho de 1841; e Marquês de Olinda -Decreto de 02 de dezembro de 1854. Nasceu no Engenho Antas (PE), distrito de Serinhaem, no dia 22 de dezembro de 1793, filho do capitão Manoel de Araújo Lima (comandante daquele distrito) e Anna Teixeira Cavalcanti. Era casado com Luíza de Figueiredo, filha de José Bernardo Figueiredo (Ministro do Supremo Tribunal de Justiça). Neto paterno do sargento-mór Antônio Casado Lima e D. Margarida Bezerra Cavalcanti, e materno, do coronel Pedro Teixeira Cavalcanti, e D. Luiza dos Prazeres Cavalcanti. Descendente em linha reta da família dos Barbosas Correia de Araújo, de Ponte de Lima, na Província do Minho em Portugal, que se passaram para Pernambuco com o donatário Duarte Coelho, e que, trazendo consigo os seus haveres, se foram estabelecer nas terras das Alagoas, sendo eles os seus primeiros povoadores e que se espalharam, nos primeiros tempos do Brasil, por Pernambuco e pela Bahia. Fez as primeiras letras (humanidades) em Recife (PE) e ali aprendeu latim, geometria e filosofia, bagagem com que se matriculou a 29 de outubro de 1813 na Universidade de Coimbra. Doutorou-se em Cânones (Leis) por aquela universidade em 1819. Proprietário rural, jornalista e Magistrado. Senador. Pertenceu ao Conselho do Imperador D. Pedro II. Conselheiro de Estado a partir de 1842. Sócio-fundador do Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro e Diretor da Academia de Direito de Olinda (nomeado a 12 de outubro de 1827). Falecido a 07 de junho de 1870". Disponível em https://www2.camara.leg.br/a-camara/conheca/historia/presidentes/pedro_lima2.html. Acesso 14 de junho de 2019.

[330] Com a proclamação da República esta instituição, em1911, passa a adotar a atual denominação de Arquivo Público Nacional.

[331] Pode-se destacar desse período a seguinte legislação que tratou de aspectos diversos da seara arquivística: Lei nº 8.394, de 30 de dezembro de 1991, que dispõe sobre a preservação, organização e proteção dos acervos documentais privados dos presidentes da República, e dá outras providências; Lei nº 9.265, de 12 de fevereiro de 1996, regulamenta o inciso LXXVII do art. 5º da Constituição, dispondo sobre a gratuidade dos atos necessários ao exercício da cidadania; Lei nº 9.507, de 12 de novembro de 1997, regula o direito de acesso a informações e disciplina o rito processual do habeas data; Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, que altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências; Lei nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006, dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências; Lei nº 12.343, de 2 de dezembro de

Outro nível protetivo para a seara dos arquivos no Brasil é alcançado com a promulgação da lei nº 12.527/2011 que regulamenta o direito constitucional de acesso às informações públicas; da lei nº 12.965/2014 que estabelece o uso da internet no Brasil e da lei 13.709/2018 que dispõe sobre a proteção de dados pessoais.

Estabelecido o arcabouço legislativo que tutela a política de arquivos no Brasil, verifica-se que esta tem por objetivo primordial garantir o acesso à informação, instrumentalizando o pleno exercício dos direitos e de outras políticas públicas, o que leva Sousa (2006, p. 05) a afirmar que "a política pública de arquivo é matricial, pois o sucesso obtido em sua implementação fornece às outras políticas públicas informações necessárias as suas formulações".

A sua importância também ganha corpo com o avanço da cultura memorialista no Brasil, reflexo do que vem ocorrendo na maioria dos países, em que como sustenta Candau (2005, p.9):

> "A memória e os seus jogos invadiram de tal forma o nosso mundo contemporâneo que chegamos ao ponto de indagar por uma <<memória justa>> (Ricoeur, 2000), idealmente subtraída a uma tomada abusiva do passado, concebida como uma espécie de luto acabado que sustentaria o equilíbrio entre o dever da memória e a necessidade do esquecimento. Por maior que ele seja, apesar de tudo, o presente culto da memória não é mais do que a expressão hipertrofiada do interesse que nós, Homo sapiens, sempre tivemos por esta faculdade."

Nesse contexto, a preservação dos arquivos, em seus diversos modos de expressão, são o refúgio deste dever de memória[332] que é imposto ao Estado assegurar, sendo as políticas públicas arquivísticas peça fundamental.

4. Dimensões da atuação ministerial nas políticas públicas arquivísticas

2010, institui o Plano Nacional de Cultura - PNC, cria o Sistema Nacional de Informações e Indicadores Culturais - SNIIC e dá outras providências.

[332] "Comemorações, celebrações, aniversários, devoções do passado, culto do patrimônio e outras formas ritualizadas da reminiscência, tudo se passa como se a sociedade no seu todo se esforçasse por satisfazer o imperativo bíblico Zakhor! (Lembra-te!). Por toda a parte, e por vezes até a saturação, manifestam-se os sinais de uma inflação de memória, de uma febre comemorativa e de um <<produtivismo arquivístico>> para retomar uma expressão de Pierre Nora. Uma vaga <<vaga memorial>> espelhada pelo mundo inteiro, sustenta ele (1994). Esta irrupção espetacular da memória no debate público, refere Michel Wieviorka, é indissociável de um fenômeno que a transporta e que lhe confere todo o seu sentido: a emergência da vítima>>(2004:89). A memória das tragédias, acrescenta ele, constituída por uma parte da memória da destruição, é feita igualmente por uma memória de afirmação, a de um grupo que se mantém ou se constrói na persistência da recordação e no reconhecimento dos seus sofrimentos. Outros referem um desejo de memória que procederia sobretudo do medo do vazio de sentido. Outros ainda pretendem que numa época marcada pela subida do individualismo, haveria que multiplicar os dispositivos memoriais visando manter o sentimento de partilha, mais ou menos ilusória e sempre provisória. Já vimos, com estas duas últimas teses, explicações <<prontas a apensar>> da maior parte dos fenômenos sociais contemporâneos" CANDAU (2005, p.103)

Definido o conceito de políticas públicas e mencionada a importância do direito à informação como alicerce das políticas públicas arquivísticas, passa-se a perscrutar qual a atuação ministerial nesta seara, partindo-se do pressuposto de ter sido o ministério Público alçado, no art. 127 da CF/88, à condição 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".

O arranjo institucional criado pela Constituição Federal de 1988, dentro de certos limites, desvinculou o Ministério Público dos poderes estatais, concedendo-lhe ampla liberdade de ação e de agenda, tornando-o uma instância de promoção social e de garantia da cidadania e dos direitos humanos.

A atuação ministerial brasileira passou então a ser caracterizada por um livre trânsito entre as esferas pública e privada, o que tornou específico o seu modo de agir, configurando um hibridismo que é salutar para o tratamento das grandes questões que lhe são submetidas, não sendo incorreto afirmar caber ao Ministério Público um papel de guardião da sociedade.

Entretanto deve-se considerar que o Ministério Público exerce prerrogativas constitucionais e legais que o situam como uma instituição estatal promotora da cidadania, mas não como parte da sociedade civil[333], sob pena de se realizar uma interpretação do *parquet* que partiria de teorias políticas que desvirtuariam o desiderato constitucional de uma atuação pautada na lei e distante da própria política.

Por outro lado, com o desenvolvimento da tutela coletiva no Brasil, iniciado na década de 1980, e que foi consolidado também com a Constituição Federal de 1988, evidencia-se um protagonismo ministerial na defesa dos direitos sociais, sendo correta ainda a antiga afirmação de Arantes (1999, p.11) de que " hoje o MP é o responsável pela maior parte das ações civis públicas em tramitação na Justiça", à qual deve ser acrescido o intenso e extenso trabalho extrajudicial desenvolvido nos diversos ramos do Ministério Público.

Mas ainda que evidente a tutela dos direitos difusos e coletivos, atuando o MP em temáticas diversas, resta pouco explorada a seara das políticas públicas de arquivo,

[333] Por oportuna, cita-se a seguinte passagem de Leonardo Cesar Souza Ramos: "Seguramente, é possível afirmar que "sociedade civil" é um dos conceitos da teoria política clássica mais usados no discurso social e político contemporâneo. Inúmeras classificações têm sido feitas por vários autores e, desde sua recuperação no período medieval através da tradução da Política de Aristóteles (koinonia politike para societas civilis) por William von Moerbeke, o conceito tem sido reformulado por quase todos os filósofos políticos ocidentais significativos, passando por Hobbes, Locke, Rousseau, Ferguson, Smith, Kant, Hegel, Tocqueville, Marx, Gramsci e, contemporaneamente, Arato & Cohen. Na verdade, se visto de uma perspectiva histórica, notar-se-á que o conceito de sociedade civil, que para Hobbes, Locke, Rousseau e Ferguson, por exemplo, era sinônimo de Estado – em oposição ao "estado de natureza" –, passa a ser visto com a noção neoliberal contemporânea, em oposição ao Estado – ou seja, o reino da eficiência frente à ineficiência que é inerente à intervenção estatal". Sociedade Civil em Tempos de Globalização: Uma Perspectiva Neogramsciana. Disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/6617/6617_5.PDF. Acesso em 02.07.2019

demonstrando que apesar do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) ter, recentemente, editado a Resolução 158/2017, instituindo o Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público – PLANAME e seus instrumentos não houve ainda por parte dos agentes ministeriais a devida atenção ao tema.

Esta Resolução que tem por objetivo primordial fomentar instrumentos de proteção à memória institucional, introduzindo uma cultura memorialista, e criando uma política de gestão documental foi antecedida por outros atos normativos do CNMP[334] que focaram na proteção da memória e na defesa do patrimônio cultural.

Este conjunto de resoluções do CNMP e o avanço legislativo alcançado reforçaram a necessidade da atuação do *parquet* nas políticas públicas arquivísticas, pois entre o arquivo e a memória estabelece-se uma relação indissociável em que o arquivo pode ser encarado "como um lugar em que a memória se torna participante do processo de identidade, como praxe e representante da sociedade de informação" (Barros e Amélia, 2009).

Nas políticas públicas de arquivo a atuação ministerial é multinível, pois deve ser realizada não só internamente, no âmbito do próprio Ministério Público, mas sobretudo nas diversas esferas de organização social, tanto pública quanto privada. O objetivo é a defesa do patrimônio cultural e a preservação da memória.

É um campo em que os conceitos são fluídos, os dados dispersos e os resultados indeterminados, cabendo ao agente ministerial, muitas vezes, realizar um trabalho que pode ser caracterizado como uma antropologia da memória[335] dada a dificuldade e a precariedade que deve ser enfrentada.

No aspecto interno, o trabalho parte da constituição de arquivos públicos no âmbito ministerial, assim como pela introdução e manutenção de uma política de gestão documental que seja eficiente e envolva membros e servidores da instituição. A preocupação é, antes de tudo, fomentar um sentido educativo e pedagógico que debata a memória institucional do Ministério Público de forma democrática.

---

[334] O processo de constituição de memoriais e de organização de arquivos, no âmbito do Ministério Público brasileiro, não foi uma iniciativa pioneira do CNMP, pois vários são os programas de memória institucional que foram criados anteriormente à sua própria existência, podendo-se citar o do MPPR que foi instituído no distante ano de 1996. O MPPR conta hoje com um acervo considerável e uma equipe qualificada que divulga, por vários canais, a história e a memória do MP paranaense. Destaca-se também o programa de memória do MPSC e MPRS com várias publicações e igualmente com servidores dedicados e qualificados. Por fim, não há como deixar registrar o belo trabalho do MPMA que, criado em 2002, desenvolve um resgate importante da história do parquet maranhense e brasileiro, além de contar com um Centro Cultural com atividades diversas e aberto à comunidade. O CNMP, anteriormente à Resolução 158/2017, editou a Resolução nº 122/2015, que propôs a criação de uma Comissão Temporária de Preservação da Memória Institucional do Ministério Público, e a Resolução nº 138/2016 que estabelece diretrizes gerais para a preservação, promoção e difusão da memória do Ministério Público Brasileiro.

[335] CANDAU, JÖEL. Antropologia da Memória. Lisboa: Piaget, 2005.

O arquivo surge como o substrato informativo, o manancial que propiciará um diálogo que não pode ser somente interno à instituição, mas deve ser aberto à sociedade, o que oportunizará maior clareza na definição da memória institucional do Ministério Público.

No aspecto externo, o agir ministerial na seara arquivística deve ser pautado pelo estímulo às iniciativas de resgate e constituição da memória coletiva na sociedade, em um trabalho que POLLAK (1989, p.9) definiu como o enquadramento da memória:

> "Estudar as memórias coletivas fortemente constituídas, como a memória nacional, implica preliminarmente a análise de sua função. A memória, essa operação coletiva dos acontecimentos e das interpretações do passado quer salvaguardar, se integra, como vimos em tentativas mais ou menos conscientes de definir e de reforçar sentimentos de pertencimento e fronteiras sociais entre coletividades de tamanhos diferentes: partidos, sindicatos, igrejas, aldeias, regiões, clãs, famílias, nações etc. A referência ao passado serve para manter a coesão dos grupos e das instituições que compõem uma sociedade, para definir seu lugar respectivo, sua complementariedade, mas também as oposições irredutíveis".

Dentre as várias ações que o Ministério Público pode adotar para a salvaguarda dos arquivos, muitas inclusive que já vem sendo adotadas pelas promotorias de defesa do patrimônio cultural[336], deve-se citar a atuação ministerial para a criação e desenvolvimento de arquivos públicos municipais em todo o país.

O próprio Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ), desde o ano de 2014, já desenvolve uma campanha pela criação e desenvolvimento de arquivos públicos municipais[337], a qual tem obtido resultados importantes, mas ainda insatisfatórios para a grandeza e o sucesso de uma efetiva política pública arquivística.

A questão a ser enfrentada pelo promotor de justiça não é apenas a criação legal e fática do arquivo municipal, o que já é uma conquista considerável, mas torná-lo um espaço

---

[336] Modelo de Termo de Ajuste de Conduta (TAC) do MPMG em que, dentre várias medidas de proteção ao patrimônio cultural, é acordado o envio de projeto de lei para a criação de Arquivo Público municipal. Disponível em https://www.mprs.mp.br/media/areas/ambiente/arquivos/patrimonio_cult/mpmg/5_tac_impl_pol_mun_pat_cultural_exemplo_1.pdf. Acesso em 08.07.19

[337] O Conarq editou cartilha que cuida da criação e desenvolvimento dos arquivos públicos municipais, sendo interessante citar a seguinte passagem deste documento: "Com essa preocupação como norte, o Conselho Nacional de Arquivos (CONARQ) – órgão central do Sinar, que tem como dever definir a política nacional de arquivos, bem como exercer a orientação normativa para a gestão documental e o acesso à informação pública – elaborou a cartilha Criação e desenvolvimento de arquivos públicos municipais: transparência e acesso à informação para o exercício da cidadania, destinada aos prefeitos e presidentes das câmaras de vereadores de todos os municípios brasileiros. Com o propósito de oferecer orientações técnicas básicas para a criação, estruturação e gestão de arquivos públicos municipais, essa cartilha pretende fornecer elementos orientadores para que os agentes municipais fomentem a modernização das estruturas administrativas, ampliando a agilidade na tomada de decisão, o controle e a transparência das ações governamentais, dando efetividade ao direito à informação, à memória e contribuindo para o fortalecimento e exercício da cidadania. Disponível http://conarq.arquivonacional.gov.br/images/publicacoes_textos/Cartilha_criacao_arquivos_municipais.pdf. Acesso em 04 de julho de 2019.

público de reflexão e sensibilização da comunidade diretamente envolvida para a proteção documental e informacional brasileira.

Como uma praça, o arquivo público deve ser um espaço democrático e de constante visitação, sobretudo das novas gerações, promovendo a circulação da história e da memória e, em conjunto com outros espaços de divulgação do saber, como a biblioteca pública, contribuir de fato para uma política cultural e memorialista.

Outro aspecto em que deve se fazer presente a atuação ministerial no trato das políticas de arquivo é o referente à denominada política antiarquivística, isto é, a crescente adoção pela Administração Pública de ferramentas tecnológicas que não cumprem requisitos de preservação digital a longo prazo, propiciando o descarte indiscriminado de documentos sem a devida mensuração da sua importância histórica.

Em 2015 o Arquivo Nacional[338] lançou nota técnica em que analisa o Sistema Eletrônico de Informações - SEI[339], tecendo críticas ao fato da preservação digital não ser obrigatória, o que, segundo a entidade arquivística, abriria caminho a que muitos órgãos e instituições públicas não a implementassem, logo o papel fiscalizador do Ministério Público é indispensável para sanar esta omissão e cobrar responsabilidades.

5. Considerações Finais

Discutir políticas públicas de arquivo e sua tutela pelo Ministério Público na sociedade da informação foi a proposta da presente tese, a qual buscou pontuar a relação arquivo e memória em um momento em que no âmbito do CNMP foi editada a Resolução nº 158/2017, instituindo o Plano Nacional de Gestão de Documentos e Memória do Ministério Público – PLANAME.

Apesar das omissões que qualquer ato normativo apresenta, a resolução em tela foi um grande passo para a efetiva institucionalização da memória como preocupação ministerial, sendo que neste campo as políticas públicas de arquivo ocupam um lugar central, pois como dito memória e arquivo são indissociáveis.

---

[338] Disponível em http://www.siga.arquivonacional.gov.br/images/publicacoes/analise_sei.pdf. Acesso em 04.07.2019

[339] "O **Sistema Eletrônico de Informações (SEI),** desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4), é uma plataforma que engloba um conjunto de módulos e funcionalidades que promovem a eficiência administrativa. Trata-se também de um sistema de gestão de processos e documentos eletrônicos, com interface amigável e práticas inovadoras de trabalho, tendo como principais características a libertação do paradigma do papel como suporte físico para documentos institucionais e o compartilhamento do conhecimento com atualização e comunicação de novos eventos em tempo real". Disponível em https://softwarepublico.gov.br/social/sei/sobre-o-sei. Acesso em 08.07.2019

O membro do Ministério Público tem papel relevante na proteção das políticas públicas arquivísticas, mas para isto precisa ter um conhecimento mínimo desta seara para que, adequadamente, possa desenvolver iniciativas de resgate e de constituição da memória tanto dentro do *parquet* quanto na sociedade. O arquivo público é o território para o qual confluirá a sua atuação, a qual deverá ser pautada pela necessidade de defesa do patrimônio documental e pelo direito do cidadão à informação e ao desenvolvimento científico.

6. Proposta de Enunciado

O Ministério Público na proteção das políticas públicas arquivísticas tem atuação multinível, agindo tanto internamente, no âmbito do próprio parquet, quanto externamente nas diversas esferas do poder público e da sociedade civil, cabendo ao Promotor de Justiça estimular iniciativas de resgate da memória e de constituição de arquivos públicos.

REFERÊNCIAS

ARQUIVO NACIONAL. Considerações do Arquivo Nacional, órgão central do Sistema de Gestão de Documentos de Arquivo – SIGA, da administração pública federal acerca do Sistema Eletrônico de Informações – SEI (2015). Disponível em: http:// www.arquivonacional.gov.br/images/conteudo/artigos/SEI_analise_AN.pdf. Acesso em 08 jul. 2019

ARANTES, Rogério Bastos. Direito e política: o Ministério Público e a defesa dos direitos coletivos. Revista Brasileira de Ciências Sociais, São Paulo, v. 14, n. 39, p. 83-102, fev.1999. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v14n39/1723.pdf>. Acesso em 07 de julho de 2019.

BARROS, Dirlene Santos; AMÉLIA, Dulce. Arquivo e memória: uma relação indissociável. **Transformação**, Campinas, 21 (1):55-61, jan./abr.,2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, Brasília, 5 out. 1988, p. 1 (Anexo).

BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. A crise financeira global e depois: um novo capitalismo? Novos Estudos, São Paulo, n. 86, p. 51-72, mar. 2010. Disponível em: <http://www.scielo. br/pdf/nec/n86/n86a03.pdf>. Acesso em 15.07.2019

CANDAU, JÖEL. Antropologia da Memória. Lisboa: Piaget, 2005.

CAIRO, Thaíse; HOLANDA, Juliane; CUNHA, Ana Carolina. A questão democrática: o cartismo. Rio de Janeiro: Núcleo de Estudos Contemporâneos, 2009. >. Disponível em:<http://www.historia.uff.br/nec/materia/grandes-processos/quest%C3%A3odemocr%C3%A1ticaocartismo. Acesso em 08.07.2018

ESPING-ANDERSEN, Gosta. O futuro do Welfare State na nova ordem mundial. Lua Nova, São Paulo, n. 35, p. 73-111, 1995. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ln/n35/a04n35.pdf>. Acesso em 08.07.2019.

FREY, Klaus. Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil. **Planejamento e Políticas Públicas**, Rio de Janeiro, n. 21, p. 211-259, jun. 2000. Disponível em: http://desafios2.ipea.gov.br/ppp/index.php/PPP/article/viewFile/89/158. Acesso em 08.07.2019.

JARDIM, José Maria. A invenção da memória nos arquivos públicos. **Ciência da Informação**. Brasília, v. 25, 1995.

POLLAK, Michael. Memória, Esquecimento, Silêncio. **Estudos Históricos,** Rio de Janeiro, vol. 2, n. 3, 1989, p. 3-15.

RAMOS, Leonardo Cesar Souza. Sociedade Civil em Tempos de Globalização: Uma Perspectiva Neogramsciana. Disponível em https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/6617/6617_5.PDF. Acesso em 02.07.2019

REZENDE FILHO, Cyro de Barros. História econômica geral. São Paulo: Contexto, 2010.

SOUSA, Renato Tarciso Barbosa de. O arquivista e as políticas públicas de arquivo. In: CONGRESSO NACIONAL DE ARQUIVOLOGIA, 2., 2006, Porto Alegre. Disponível em http://repositorio.unb.br/handle/10482/1026. Acesso em 08.07.2019.

SOUZA, Celina. Políticas públicas: uma revisão de literatura. **Sociologias**, Porto Alegre, ano 8, n. 16, p. 20-45, jul./dez.2006. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/soc/n16/a03n16. Acesso em 08.07.2019.

TIPOLOGIA: UMA ALTERNATIVA PARA A RESOLUTIVIDADE NO COMBATE À CORRUPÇÃO

Luciano Taques Ghignone
Promotor de Justiça do Ministério Público da Bahia
lucianoghignone@mpba.mp.br

Maria Clara Mendonça Perim
Promotora de Justiça do Ministério Público do Espírito Santo
Responsável pela defesa perante a Comissão Temática
mperim@mpes.mp.br

Justificativa

O enfrentamento à corrupção encontra-se na ordem do dia em todo o mundo. Existe consenso internacional sobre os efeitos negativos que produz no desenvolvimento econômico, no leque de políticas públicas e na qualidade da fruição dos direitos fundamentais.

Nessa acepção, o paradigma de resolutividade do Ministério Público pressupõe o aprimoramento da produção probatória nas investigações extrajudiciais de combate à corrupção: almeja-se o melhor aproveitamento do quadro fático na elaboração das proposições jurídicas que darão suporte à persecução de atos corruptivos. Tal desafio demanda a conjugação de dinâmicas complexas, como a diversidade dos meios de provas, a acessibilidade a dados, a viabilidade de produção de informações, além de conhecimento fático e teórico sobre os objetos de investigação.

O Ministério Público brasileiro avançou no que diz respeito à disponibilidade do acesso a banco de dados e às múltiplas técnicas de investigação e houve evolutiva democratização de qualificações de seus membros. No entanto, ainda perdura uma variabilidade importante entre as unidades ministeriais em relação à qualidade das investigações, seja quanto à adequação e efetividade da linha de investigação, seja quanto ao manejo de uma ou outra técnica.

Em regra, diferenciações de adequação e eficácia dos meios de prova são afetadas por uma intersecção entre a natureza do objeto da investigação (categoria analítica do ilícito), as condições estruturais e as aptidões subjetivas da unidade de investigação. Na prática, aspectos

como a precisão do desenho do objeto do procedimento investigatório e a experiência prévia do investigador em situações assemelhadas acabam influenciando de forma forte no produto do trabalho investigativo. Fatores, como a divisão de atribuições e a sobrecarga de trabalho sem suporte estrutural, também podem prejudicar o grau de dedicação dos membros em atuações muito especializadas. O resultado é que remanesce significativa heterogeneidade na qualidade das investigações de ilícitos do âmbito do Ministério Público brasileiro. Isso acontece apesar dos esforços de difusão de conhecimentos, entre outras razões, porque a profusão e as especificidades das categorias analíticas de ilícitos no combate à corrupção inviabilizam que a expertise seja globalizada apenas a partir dos aprimoramentos dos sujeitos de investigação.

Considerada em seu espectro institucional, a resolutividade reclama a irradiação do conhecimento basilar (teórico e empírico) sobre categorias analíticas, em expediente apto a continuamente sedimentar-se e aprimorar-se para além das subjetividades e que, ao mesmo tempo, seja facilmente alcançável na atividade prática do dia a dia das investigações, mesmo nas hipóteses em que as condições estruturais não sejam ideais.

A presente tese propõe que a *tipologia* se apresente como metodologia eficaz para ampliar e homogeneizar a resolutividade das investigações de ilícitos no âmbito do Ministério Público. Tipologia deve ser compreendida como uma espécie de categorização conceitual das modalidades de ilícitos. A formulação das categorias analíticas permitirá a concepção de diretrizes e facilitadores formatados em termos esquemáticos para auxiliar a investigação em cada um dos tipos de ilícitos da corrupção. Após a definição das classificações dos ilícitos, a tipologia subsidiará a produção dos roteiros, a oferta de funcionalidades tecnológicas e a elaboração de estratégias de atuação, a fim de viabilizar a difusão do conhecimento institucional acumulado (prático e teórico), sem prejuízos para a independência funcional.

É justamente nesse contexto que a presente tese se alinha ao tema central do 23º Congresso Nacional do Ministério Público "Ministério Público e a defesa dos direitos fundamentais: foco na efetividade", guardando, assim, maior sintonia com o temário **"Áreas Cível e Especializada**", nos termos do seu art. 26 do Regimento Interno.

Síntese dogmática

1. O Ministério Público brasileiro tem desenvolvido atuações de sucesso em diversos casos envolvendo ilícitos contra a Administração Pública. Não obstante, remanescem diferenciações na qualidade das investigações entre as diversas unidades do Ministério Público, em razão de questões estruturantes e de subjetividades.

2. A consolidação da experiência positiva acumulada permitirá aos membros a identificação de estratégias de investigação que foram utilizadas de maneira bem-sucedida em apurações semelhantes.

3. Essa consolidação da experiência deve ser feita por meio da *roteirização da atuação*, criando-se roteiros que contemplem estratégias de investigação e de encadeamento de diligências que o exame da casuística indicou terem se revelado mais eficazes para a apuração daquela modalidade específica de ato corruptivo e que, por isso, apresentam maior probabilidade de êxito, se aplicadas em novas investigações que versem sobre fatos similares.

4. A roteirização tem como premissa a criação de uma *tipologia de ilícitos contra a Administração Pública*, a partir da qual seja possível identificar as diversas categorias analíticas (*tipos*) de atos dessa natureza.

5. Cada *tipo* de ilícito contra a Administração Pública possui características específicas, que o distingue dos demais tipos que compõem a tipologia geral e que fazem com que determinadas diligências investigatórias sejam probabilisticamente mais eficazes do que outras na apuração dos fatos. A perquirição da eficácia das linhas de investigação em cada tipo deve conjugar saberes da teoria e da prática.

6. A roteirização da atividade investigatória, a partir da construção de uma tipologia de ilícitos contra a Administração Pública, tornará a atuação do Ministério Público no combate à corrupção mais eficaz, reduzindo o tempo das investigações e permitindo que o esforço investigatório se volte precipuamente para a realização de diligências que tenham maior chance de sucesso.

7. A proposta de roteirização da atividade investigatória no combate à corrupção tem, ainda, a virtude de reduzir o impacto negativo da falta de *expertise* do órgão de execução na apuração de ilícitos dessa natureza, na medida em que que o membro terá um roteiro consistente para orientá-lo de forma objetiva e segura acerca do *que* e de *como* fazer. Trata-se de uma proposta convergente com o novo paradigma de Ministério Público resolutivo, porque viabiliza a difusão prática e acessível do conhecimento acumulado na cultura da investigação e reduz a heterogeneidade da

qualidade de atuação no combate à corrupção, sem prejuízo da independência funcional.

Proposta de enunciado

A elaboração de roteiros que contemplem estratégias de investigação e de encadeamento de diligências que o exame da casuística indicou como mais eficazes para a apuração de cada tipologia específica de ato corruptivo é medida de resolutividade na atuação do Ministério Público brasileiro no combate à corrupção.

Fundamentos jurídicos

A corrupção impacta a economia,[340] as políticas públicas, a efetivação de direitos humanos e os processos políticos. Os atualmente denominados *Sustainable Development Goals* (SDGs), da Organização das Nações Unidas, estabeleceram a meta de redução mundial da pobreza. O objetivo mostrou-se de difícil execução, reverberando a incapacidade de países em desenvolvimento distribuírem recursos e reduzirem a pobreza. A corrupção é significante entre as dificuldades constatadas.[341] Recentemente, a ONU incluiu a meta de combate à corrupção nos SDGs, como estratégia de promoção da equidade, da justiça e da paz.[342] Por sua vez, o Brasil é signatário da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (*United Nations Convention against Corruption – The Merida Convention*)[343] e da Convenção Interamericana contra a Corrupção (Convenção de Caracas).[344]

Em que pese isso, em 2018, o Brasil apresentou sua pior nota no índice de percepção da corrupção desde 2012 e foi da 96ª posição para a 105ª no ranking da Transparência Internacional.[345] Persevera enorme dificuldade em estruturar uma forma satisfatória de combater os episódios de imoralidade pública em nível nacional. O cenário brasileiro requer o aprimoramento das estratégias de enfrentamento do problema de forma capilar e efetiva. Os

[340] The Global Risks Report 2017 – Fórum Econômico Mundial – lista, entre os fatores de risco geopolítico, "Failure of national governance (e.g. failure of rule of law, corruption, political deadlock, etc.) - Inability to govern a nation of geopolitical importance as a result of weak rule of law, corruption or political deadlock" (Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/GRR17_Report_web.pdf. Acesso em: 5 jun. 2018).

[341] "To us, public-sector corruption deserves special emphasis because it undermines developmental and distributional goals and conflicts with democratic and republican values" (ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA J., Bonnie. *Corruption and government: causes, consequences, and reform*. 2nd. ed. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 7). Vale cf., também, ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA J., Bonnie, 2016, p. 3-7.

[342] Disponível em: https://www.un.org/sustainabledevelopment/peace-justice/. Acesso em: 13 jun. 2018.

[343] A Convenção de Mérida foi aprovada no Brasil pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006 (Disponível em: http://www.unodc.org/pdf/crime/convention_corruption/signing/Convention-e.pdf. Acesso em: 4 jun. 2018).

[344] Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4410.htm. Acesso em: 4 jun. 2018.

[345] https://ipc2018.transparenciainternacional.org.br/

episódios do Mensalão[346] e da Operação Lava Jato[347] induzem a reflexão sobre os seguimentos das práticas corruptivas nas esferas municipal e estadual e suas decorrentes consequências.

A variedade de formas de manifestação do fenômeno da corrupção possui impacto direto na atuação do Ministério Público nesse campo. Embora tenha se verificado crescente aprimoramento das atuações institucionais de enfrentamento, é certo que os resultados ainda estão abaixo do que a sociedade espera. Para que esses resultados melhorem, é fundamental não apenas elevar a qualidade de atuação dos grupos e núcleos especializados no combate às práticas corruptas (os quais supostamente detêm, dentro da estrutura orgânica de cada Ministério Público, maior *expertise* nessa atuação), mas também a eficácia do trabalho investigatório geral da instituição que, em sua imensa maioria, não é desempenhado por membros desses núcleos ou grupos especiais, mas pelos órgãos de execução que atuam, de forma pulverizada, em cada rincão do País.

Em outras palavras, é necessário aperfeiçoar o trabalho de excelência e, ainda, solidificar um padrão mínimo de eficácia investigatória que seja mais alto do que o atual e que se constitua como o patamar mínimo de qualidade verificável no trabalho de cada membro da instituição. O desafio é real, notadamente na esfera da atuação dos Ministérios Públicos Estaduais, em que ainda há timidez no manejo de recursos probatórios mais complexos e remanesce significativa heterogeneidade entre a qualidade das investigações conduzidas por diferentes atores do sistema de persecução cível e criminal.[348]

O objetivo de alcançar padrões homogêneos de qualidade das investigações em ilícitos de corrupção encontra diversos óbices práticos, como a limitação de recursos, a forma de estruturação orgânica e a divisão de atribuições, que desfavorecem a especialização. É inequívoco que há dificuldades estruturais e na especialização das promotorias gerais, cujos membros são responsáveis por uma infinidade de atribuições e temáticas e nem sempre têm a seu dispor recursos adequados. Ademais, ainda há certo desnível no acesso e financiamento a cursos de qualificação específica sobre a doutrina da investigação.

As dissonâncias estruturais certamente interferem nas dificuldades de aplicação de métodos investigativos e podem até ser determinantes de impropriedades na condução das apurações e na aplicação de uma ou outra técnica. Nesse processo, qualidades são afetadas, desde a elaboração abstrata da linha de investigação, até a posterior eleição e produção das

[346] Disponível em: http://memoriaglobo.globo.com/programas/jornalismo/coberturas/detalhe-de-verbete.htm. Acesso em: 23 jul. 2018.
[347] Disponível em: http://www.mpf.mp.br/para-o-cidadao/caso-lava-jato . Acesso em: 23 jul. 2018.
[348] Vide relatórios das correições da Corregedoria Nacional em Promotorias de Justiça de proteção do patrimônio público. (Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/relatorio-de-correicoes-e-inspecoes. Acesso em: 22 jun. 2019).

provas. Em relação ao grau de qualificação e às aptidões subjetivas dos membros do Ministério Público, na prática, aspectos como a precisão do desenho do objeto e a formulação da hipótese de investigação são influenciados pela experiência prévia do investigador em situações assemelhadas, assim como pela sua qualificação teórica. De igual modo, o manejo exitoso de certos meios de prova de sua preferência acaba afetando de forma forte o produto do trabalho investigativo.

Todas essas variações geram dissimilitudes de qualidade que podem prejudicar os índices de resolutividade e a legitimação institucional do Ministério Público e conversam de perto com o risco de que investigações precariamente conduzidas desaguem nos julgamentos do sistema de precedentes,[349] cujos resultados podem comprometer todo o sistema.

A credibilidade atual do Ministério Público brasileiro será absolutamente determinada pela absorção ou não das demandas externas na construção e execução da pauta institucional. Há algum tempo, vem sendo construída, na doutrina institucional, com fundamento na transversalidade dos direitos fundamentais, a tendência de ajuste da atuação do Ministério Público a novos padrões de resolutividade e eficiência transformadores da realidade. Nesse sentido, afluem as ideias de Almeida[350] e Goulart.[351]

Como já se constatou,[352] finalmente parece ter alcançado um lugar de hegemonia institucional a necessidade de pensar o Ministério Público brasileiro à luz de novos paradigmas. Nessa toada, houve a edição da Carta de Brasília,[353] documento consistente em compromisso firmado pela Corregedoria Nacional com as Corregedorias-Gerais dos Ministérios Públicos do Estado e da União, no sentido de realizar diretrizes em prol da resolutividade da atividade extrajudicial no âmbito do Ministério Público brasileiro.

Para alcançar tal desiderato, a carta contempla diretrizes estruturantes da gestão para resultados finalísticos que visam a verificar a efetividade do planejamento como elemento de unidade institucional da atuação do Ministério Público. Para mais, defende a adoção de uma política de valorização da produção do conhecimento e da qualificação dos membros e

---

[349] Sobre o tema: ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos*: a vinculação das decisões no processo coletivo. Salvador: Juspodvm, 2018. p. 110-121.

[350] ALMEIDA, Gregório Assagra. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas Soares (coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 1-82.

[351] GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Arraes, 2013.

[352] Vide tais conclusões sobre a resolutividade do Ministério Público e a Carta de Brasília: REIS, Ludmila Brito; PERIM, Maria Clara Mendonça. *A Carta de Brasília*: novos horizontes para a atuação resolutiva do Ministério Público. Artigo publicado no evento Semana do MP Resolutivo do Ministério Público do Paraná, 2017. (Disponível em: https://spark.adobe.com/page/JrWDvgnPrIdr9/. Acesso em 22 de jun. de 2019)

[353] Carta de Brasília. Sítio eletrônico do Conselho Nacional do Ministério Público (Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal_2015/images/CARTA_DE_BRAS%C3%8DLIA.pdf).

servidores, voltada ao aporte de potencialidade ao exercício da atividade-fim do Ministério Público.

Finalmente, as diretrizes da Carta de Brasília sobre a atuação funcional dos membros dizem respeito à adoção de postura proativa, tempestiva e resolutiva, tendo em vista a obtenção de efetivos resultados sociais, inclusive a melhoria da investigação, com a definição do objeto, avaliação da necessidade de novas diligências, zelo pela duração razoável e pela efetividade das medidas tomadas.

À vista disso, converge com o paradigma de Ministério Público resolutivo a busca de estratégias que homogeneízem os padrões de qualidade das investigações de atos de corrupção (cível e criminal) entre os diversos órgãos de execução, assegurando satisfatórios graus de rendimento e reduzindo o tempo e gasto de energia institucional despendidos com as apurações. Para tanto, é necessário democratizar, de forma rápida, acessível e segura, o cabedal de conhecimento (teórico e empírico) que possa ser útil às investigações. Os esforços nesse sentido vêm envolvendo a oferta de cursos de qualificação a membros e a disponibilização de modelos de peças, pactuação de enunciados ou ampliação de acesso a bancos de dados.

Sem embargo da positividade desses esforços, a diversidade dos objetos de investigação e a fragmentação das estratégias ainda não suplantaram o vácuo de obstáculos do dia a dia, principalmente nas promotorias de justiça não especializadas. As qualificações são esporádicas e nem sempre há atingimento global dos destinatários. Ademais, dificilmente conjugam teoria e prática e é inviável que alcancem a totalidade da complexidade de cada um dos tipos de corrupção. Isso porque os atos de corrupção são múltiplos e apresentam complicadas abordagens.

Por outro lado, o *estado da arte* contemporâneo, no que toca à atuação do Ministério Público no combate à corrupção, apresenta também aspectos positivos. O maior deles é a experiência acumulada ao longo dos últimos anos, em diversas ações bem-sucedidas contra indivíduos ou grupos que praticaram ilícitos contra a Administração Pública. Nesse contexto tão rico de saberes e vivências, é recomendável a adoção de uma metodologia de compilação e difusão de todo esse conhecimento acumulado sobre *o que* e *como fazer* nas investigações. É preciso que o método de transmissão desses conteúdos atinja o maior número de destinatários possível.

Conforme Japiassu,[354] *saber* é *"[...]o conjunto de conhecimentos metodicamente adquiridos, mais ou menos sistematicamente organizados e suscetíveis de serem*

[354] JUPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1934. p. 15.

transmitidos". Embora a prática jurídica das investigações de ilícitos não se confunda com a pesquisa científica, é possível extrair da epistemologia preceitos que podem ser úteis para as finalidades institucionais. Em última análise, a investigação é uma espécie de estudo sobre a proposição jurídica da ocorrência do ilícito. Trata-se de uma produção de conhecimento fática e teórica. Indaga-se se os fatos ocorreram, como ocorreram, quais suas consequências e, por fim, quais os seus desdobramentos no sistema normativo vigente. Mas, afinal, qual a melhor estratégia de difusão do saber investigatório?

O estudo da casuística dessas ações exitosas confirma, em primeiro lugar, que a corrupção é um fenômeno que se desenvolve de diversas maneiras, conforme as circunstâncias facilitadoras que se colocam para os agentes públicos e privados. Fraudes em licitações, contratação de servidores fantasmas e concessão ilegal de alvarás mediante suborno são apenas exemplos de práticas corruptas detectadas nas múltiplas investigações bem-sucedidas e de grande impacto social conduzidas pelo Ministério Público brasileiro nos últimos anos.

Em segundo lugar, a análise detida dessa casuística demonstra que, embora possamos diferenciar cada prática corrupta estruturalmente em categorias que se distinguem entre si, também podemos perceber identidades substanciais entre práticas corruptas investigadas em momentos e locais diversos, mas que podem ser agrupadas sob uma mesma categoria por apresentarem similaridades estruturais. Em outras palavras, mesmo que a investigação de um caso de fraude em licitações provavelmente tenha se dado de forma bastante diversa da apuração da nomeação de servidores fantasmas, é plausível que duas exitosas investigações de fraudes em licitações guardem aspectos semelhantes entre si, assim como pode acontecer em duas apurações bem-sucedidas envolvendo servidores fantasmas.

Em regra, as diferenciações de adequação e eficácia dos meios de prova são influenciadas pela natureza do objeto da investigação, ou seja, pela categoria analítica do ilícito. Por exemplo, não se deve trilhar caminhos idênticos para apurar a lavagem de dinheiro ou o nepotismo. Cada tipo do ilícito possui particularidades muito próprias e pode ainda se dividir em outros subtipos, como acontece, por exemplo, com o superfaturamento de contratos públicos e suas subespécies de jogo de planilhas, aditivos, cartelização dos concorrentes etc. Daí que é pertinente recorrer a uma epistemologia específica, assim considerada como uma unidade bem definida de saber, estudada de modo próximo, detalhado e técnico, a fim de extrair sua organização e funcionamento e a forma como se relaciona com as demais unidades.[355]

[355] JAPIASSU, 1934, p. 17.

Disso se retira a conclusão de que *fatos que se repetem podem ser agregados em categorias*. Essas categorias servem para se compreender melhor *o que são* e *como acontecem* os fatos. São, portanto, *categorias analíticas*, que também podem ser denominadas de *tipos*.

Propõe-se, portanto, o emprego de uma metodologia que tenha como ponto de partida a construção de uma tipologia de ilícitos contra a Administração Pública. Tipologia e método de classificação conceitual que ordena elementos dentro de grupos com base em suas similaridades, diferenciando-os dos demais. Tipologia é uma espécie de classificação conceitual que se destina às análises qualitativas.[356]

> Typology. Typology is another term for a classification. Two characteristics distinguish typologies from generic classifications. A typology is generally multidimensional and conceptual. Typologies generally are characterized by labels or names in their cells.[357]

Os tipos captam apenas os aspectos relevantes dos *fenômenos* e *como esses fenômenos acontecem*. Caso o fenômeno em estudo seja tão preciso e restrito, que somente ocorra de uma forma específica, tem-se uma única categoria analítica ou tipo. Assim, a *tipologia* desse fenômeno corresponderá a um único tipo. Por outro lado, caso o fenômeno estudado ocorra de várias formas ou apresente várias manifestações, tem-se vários tipos, sendo a *tipologia* a concepção geral que abarca os diversos tipos. Conforme visto, a corrupção tem múltiplas manifestações. Cada uma dessas manifestações (fraude em licitações, servidores fantasmas, concessão irregular de alvarás etc.) ocorre de uma maneira específica.

Essa observação é de extrema importância para o aprimoramento da atuação ministerial no enfrentamento à corrupção, uma vez que *cada maneira específica de praticar atos corruptivos pode ser mais bem comprovada seguindo-se uma certa estratégia de investigação e valendo-se de certas técnicas de investigação e de coleta de provas.* Prosseguindo nessa linha de raciocínio, pode-se afirmar que, cada vez que uma determinada manifestação corrupta se repetir (ou seja, cada vez que um órgão de execução se defrontar com uma notícia de fato relatando uma certa prática corrupta), existirá considerável probabilidade de que a estratégia que foi bem-sucedida na apuração de uma manifestação semelhante também seja bem-sucedida nessa nova investigação. Portanto, a categorização das modalidades de práticas corruptas em tipos (ou seja, a criação de uma tipologia de práticas

[356] Sobre as definições de tipologia utilizadas nesta tese: BAILEY, Kenneth. D. *Typologies and taxonomies*: an introduction to classification techniques (Sage University Paper series on Quantitative Applications in the Social Sciences, series no. 07-102). Thousand Oaks, CA: Sage, 1994.
[357] BAILEY, 1994, p. 4.

corruptas) presta-se a ajudar os órgãos de execução a identificar a manifestação, compreender como ocorreu e saber como comprová-la.

Ocorre que, pelas circunstâncias anteriormente apontadas, notadamente o acúmulo de atribuições e a consequente falta de especialização, os membros nem sempre conseguem identificar as manifestações de maneira satisfatória. Quando conseguem identificá-las (entender *qual* o ilícito que ocorreu), nem sempre conseguem compreender ou construir hipóteses acerca de como isso se deu (*como* o ilícito ocorreu). Por fim, mesmo quando conseguem intuir como se desenvolveu a prática corrupta, nem sempre sabem como fazer para comprová-la.

Diante desse panorama, é preciso propor algo mais do que a classificação dos ilícitos de corrupção em grupos ou tipos. É necessário avançar para que a tipologia sirva de suporte à difusão do conhecimento sobre *o que* e *como fazer* a investigação de modo fácil e acessível. Nesse sentido, o que se busca é a produção de um desenho esquemático da investigação de cada um dos tipos de corrupção que permita ao investigador, ao consultá-lo, não apenas classificar o ilícito, mas também definir seu objeto de interesse e acessar informações específicas sobre os tipos agregados em um mesmo grupo, podendo aderir às possíveis linhas de apuração sugeridas, o que reduziria bastante a complexidade e o tempo gasto na tarefa investigativa.

Percebe-se que a noção de tipologia que se propõe vai além do delineamento dos principais tipos de condutas corruptas. Uma vez construídos os tipos, é possível denotar como cada modalidade de conduta ilícita costuma ocorrer, ou seja, quais são os caminhos usualmente percorridos pelos infratores para levar a cabo uma empreitada ilícita daquela natureza. Nesse ponto, a construção teórica passa a se lastrear firmemente na experiência acumulada pelo Ministério Público brasileiro, a partir de estudos das investigações bem-sucedidas que têm ocorrido diuturnamente em todo o País. E mais, esses estudos permitirão identificar não apenas quais são os caminhos usualmente seguidos, mas também as diligências probatórias que podem se apresentar mais eficazes para comprová-los e, via de consequência, demonstrar a efetiva ocorrência (ou mesmo a inocorrência) da prática corrupta sob investigação. A técnica permite reunir em um esquema tipológico uma lógica derivada da compreensão do direito, mas também de cognições das aprendizagens práticas anteriores.

A ideia vai além da proposta de classificação específica dos ilícitos de corrupção: para cada um desses tipos ou subtipos deve corresponder a gestão de fluxograma de atuação particular. O fluxograma é formulado tendo por base o conhecimento acumulado em investigações anteriores na tipologia específica e considerando as teses jurídicas aplicáveis e/ou pretendidas. O fluxograma deve ser simplificado e esquemático, facilmente acessível e

pedagógico, representando visualmente os prováveis esquemas do ilícito e as linhas de investigação que outrora se mostraram mais eficazes dentro da classe de referência. Caracteriza-se não apenas como roteiro, mas também deve contemplar funcionalidades de inovação que viabilizem a disponibilidade de dados de interesse *a priori* e de forma desburocratizada.

É fundamental ilustrar esse raciocínio, principiando pela construção de uma esquemática tipologia dos ilícitos contra a Administração Pública (que é mais ampla do que uma tipologia das práticas corruptas na acepção de *corrupção* que adotamos, pois nem todos os ilícitos contra a Administração Pública envolvem a participação de agentes públicos). Conforme apontado parágrafos acima, a construção de uma tipologia se faz por meio da identificação dos traços mais relevantes de um determinado fenômeno. Esses traços podem ser considerados *variáveis* para a construção de uma *matriz tipológica*. É da combinação dessas variáveis que serão estruturados os diversos tipos que integram a tipologia.

No que diz respeito à tipologia dos ilícitos contra a Administração Pública, principia-se com a construção de uma matriz combinando quatro variáveis binárias, todas relacionadas com as formas diversas pelas quais os atos corruptivos são identificados no mundo dos fatos. Sob esse prisma, as práticas corruptas podem ser divididas nas seguintes categorias:

a) que *visam* à vantagem econômica e que *não visam* à vantagem econômica;
b) que *contam* com o envolvimento de agentes públicos e que *não contam* como o envolvimento de agentes públicos;
c) que são *pontuais* ou *sistêmicos*;
d) que *já se consumaram* ou que *ainda estão em andamento*.

O quadro formado é bastante simples: em primeiro lugar, nem todos os ilícitos contra a Administração Pública visam à vantagem econômica: o nepotismo, por exemplo, não é motivado por interesse financeiro, mas pelo desejo de "guindar" um parente a um cargo público. Em segundo lugar, existem condutas lesivas ao patrimônio público que não contam com o envolvimento de agentes públicos. Pense-se em um cartel em licitações, que opera de maneira estruturada e bem articulada, sem necessitar cooptar nenhum agente público para ter êxito. Em terceiro lugar, os ilícitos podem ser pontuais, ou seja, dizem respeito a uma única incidência ilícita (por exemplo, uma empresa que entra em ajuste com um agente público para vencer uma única licitação, e esse fato não se repetiu novamente) ou sistêmico (é o caso, ilustrativamente, de agentes de tributos que se associam ilicitamente para praticar, de maneira reiterada e perene, crimes de concussão contra possíveis devedores do fisco). Por fim, em quarto lugar, as práticas ilícitas contra a Administração Pública podem ser atuais ou já terem se encerrado.

Cruzando-se essas quatro variáveis binárias, é possível formar a seguinte matriz, quanto à característica do tipo de corrupção:

Quadro 1 – Tipos de corrupção

1) Visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Já consumado	1) Visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Em andamento	1) Visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Já consumado	1) Visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Em andamento
1) Visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Já consumado	1) Visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Em andamento	1) Visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Já consumado	1) Visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Em andamento
1) Não visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Já consumado	1) Não visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Em andamento	1) Não visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Já consumado	1) Não visa à vantagem econômica 2) Com envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Em andamento
1) Não visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Já consumado	1) Não visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Pontual 4) Em andamento	1) Não visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) Já consumado	1) Não visa à vantagem econômica 2) Sem envolvimento de agentes públicos 3) Sistêmico 4) em andamento

Fonte: Ghignone, 2019.

Cada célula da matriz acima constitui um dos *tipos* que integra a tipologia. Por exemplo: um cartel em licitações que opere com a conivência de agentes públicos se enquadra no tipo correspondente à célula que se encontra na quarta primeira linha, quarta coluna. De outro lado, uma situação de nepotismo na qual o prefeito municipal nomeou o seu filho para um cargo em comissão se ajusta ao tipo referente à terceira linha, primeira coluna.

É certo que cada um dos ilícitos contra a Administração Pública pode ser enquadrado em um dos tipos indicados na matriz. É igualmente certo que cada tipo possui uma *mecânica* específica, ou seja, uma forma mais rotineira pela qual costuma ser praticado. Por seu turno,

essa forma mais rotineira usualmente deixa determinados traços ou trilhas investigatórios que podem ser percorridos com mais êxito, utilizando-se determinadas diligências ao invés de outras.

A título de exemplificação, vale citar a experiência do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Defesa do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa do Ministério Público do Estado da Bahia (CAOPAM-MPBA), que tem desenvolvido roteiros de atuação funcional voltados ao enfrentamento de tipos específicos de ilícitos contra a Administração Pública, tendo como base a tipologia ora apresentada. Esses roteiros condensam os subsídios essenciais para atuação naquele tema, tanto no que diz respeito aos aspectos jurídicos (por meio de nota técnica), quanto práticos (por meio de fluxogramas passo a passo e modelos de peças judiciais e extrajudiciais). O material é disponibilizado em meio eletrônico, via correio eletrônico funcional, e pode ser salvo pelos membros em pasta específica dentro da própria caixa de correio e, por isso, acessível de qualquer lugar em que se encontrem os membros do MPBA, sem necessidade de estarem conectados à rede do Ministério Público do Estado da Bahia. A amostra constante do Anexo A desta tese é referente ao tipo de *gastos irregulares com festas* e contém um fluxo de possíveis ocorrências e desdobramentos das linhas investigatórias praticáveis nesse tipo.

Do que foi exposto, percebe-se que a criação da tipologia se integra em uma concepção mais ampla, voltada para aumentar a eficácia da atuação do Ministério Público no enfrentamento à corrupção. Essa concepção liga-se à noção de *roteirização da atividade investigatória* e constitui uma forma de estruturar a atividade de investigação de molde a facilitar ao máximo a atuação dos órgãos de execução. Para isso, o primeiro passo é criar uma matriz tipológica que permita aos membros, à luz de uma determinada situação concreta, enquadrá-la no tipo específico ao qual ela pertence. A partir daí, gera-se, de forma automática, o conjunto de hipóteses investigatórias que são probabilisticamente mais consistentes para o tipo sob análise e, também se fornece ao órgão de execução uma sugestão de roteiro de atuação (composto pela enunciação de uma estratégia geral de investigação e a indicação e sequenciamento das diligências provavelmente mais efetivas).

A proposição de otimizar a investigação anticorrupção pela técnica da tipologia não é indene de desafios. Nada singela é a tarefa de classificar ilícitos da corrupção, eleger os critérios de classificação e as prioridades. Como ensina Bailey, *"The generic classification process, is quite simple.* […] *Although the basic definition of classification is simple, the complexity of the cases to which it is addressed makes it complicated."*[358] Tampouco é

[358] BAILEY, 1994, p. 3.

simples compilar analiticamente as melhores estratégias investigatórias. Todavia, os obstáculos não afastam a potencialidade da metodologia e são, aliás, plenamente congruentes com a perspectiva de que a tipologia deve ser continuamente revista e reconstruída como um conhecimento provisório que, gradativamente, deve associar mais dimensões e adaptar-se às inovações, conforme seus usos, fundamentos e efeitos.

É preciso, então, assentar uma ressalva importante. A tipologia e os roteiros não intentam substituir a independência funcional ou a centralidade do membro do Ministério Público como sujeito da pesquisa de investigação. Não se trata de uma proposta de atuação hermética e padronizada, mas de uma técnica de facilitação de acesso a estratégias de formulação de linhas de investigação e de produção de provas. Não se pretende a preponderância do objeto sobre o sujeito em uma neutralidade burocrática, mas sim um apoio técnico e teórico, que pode ajudar a aproximar o sujeito do objeto de investigação e ampliar suas capacidades cognitivas.

No entanto, a coexistência da técnica da tipologia não reduz a importância dos fatores circunstanciais e criativos de cada caso concreto e não desconsidera o pré-saber e a experiência como categorias epistemológicas relevantes. A independência funcional é preservada, na medida em que os fluxogramas possuem natureza não vinculativa e a ideia dos fluxos não dispensa ou torna desnecessárias as outras estratégias já empregadas para a qualificação das investigações no âmbito do Ministério Público brasileiro.

No que diz respeito às bases teóricas, a tipologia alinha-se a uma perspectiva estruturalista, já que se ajusta à relação entre opostos (binário) para definir conceitos. Ademais, os arranjos esquemáticos que se propõe possuem base sistêmica. Contudo, os limites do manejo dos quadros e links esquemáticos se traduzem em suporte de oferta de conhecimento e apoio no acesso a dados e, nesse lugar, não elidem as análises dialéticas ou compreensivas dos fatos sociais interligados ao fenômeno da corrupção, tampouco a aplicação da hermenêutica como técnica de interpretação normativa em seus atuais padrões contemporâneos.

Conclusões

A roteirização tem como premissa a criação de uma *tipologia de ilícitos contra a Administração Pública* para definir as diversas categorias analíticas (*tipos*) de atos dessa natureza, os quais possuem características específicas, que induzem a que determinadas diligências investigatórias sejam probabilisticamente mais eficazes do que outras na apuração de cada *tipo*. A roteirização da atividade investigatória, a partir da construção de uma

vtipologia de ilícitos, tem potencial de reduzir o tempo das investigações e permitir que o esforço investigatório se volte precipuamente para a realização de diligências que tenham maior chance de sucesso.

Conclui-se que as classificações tipológicas, o desenvolvimento de esquemas estruturais e a compilação do conhecimento teórico e prático acumulado na investigação de cada tipo de corrupção podem contribuir para a ampliação dos padrões de resolutividade do combate à corrupção no âmbito do Ministério Público, na condição de metodologia de produção e difusão acessível e democrática do saber, sem prejuízo da consideração à independência funcional e à importância dos elementos da realidade social e do caso concreto.

Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no Neoconstitucionalismo. In: ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas (coord.). *Teoria Geral do Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ALVES, Gustavo Silva. *Ações coletivas e casos repetitivos*: a vinculação das decisões no processo coletivo. Salvador: Juspodvm, 2018.

BAILEY, Kenneth. D. *Typologies and taxonomies*: an introduction to classification techniques (Sage University Paper series on Quantitative Applications in the Social Sciences, series no. 07-102). Thousand Oaks, CA: Sage, 1994.

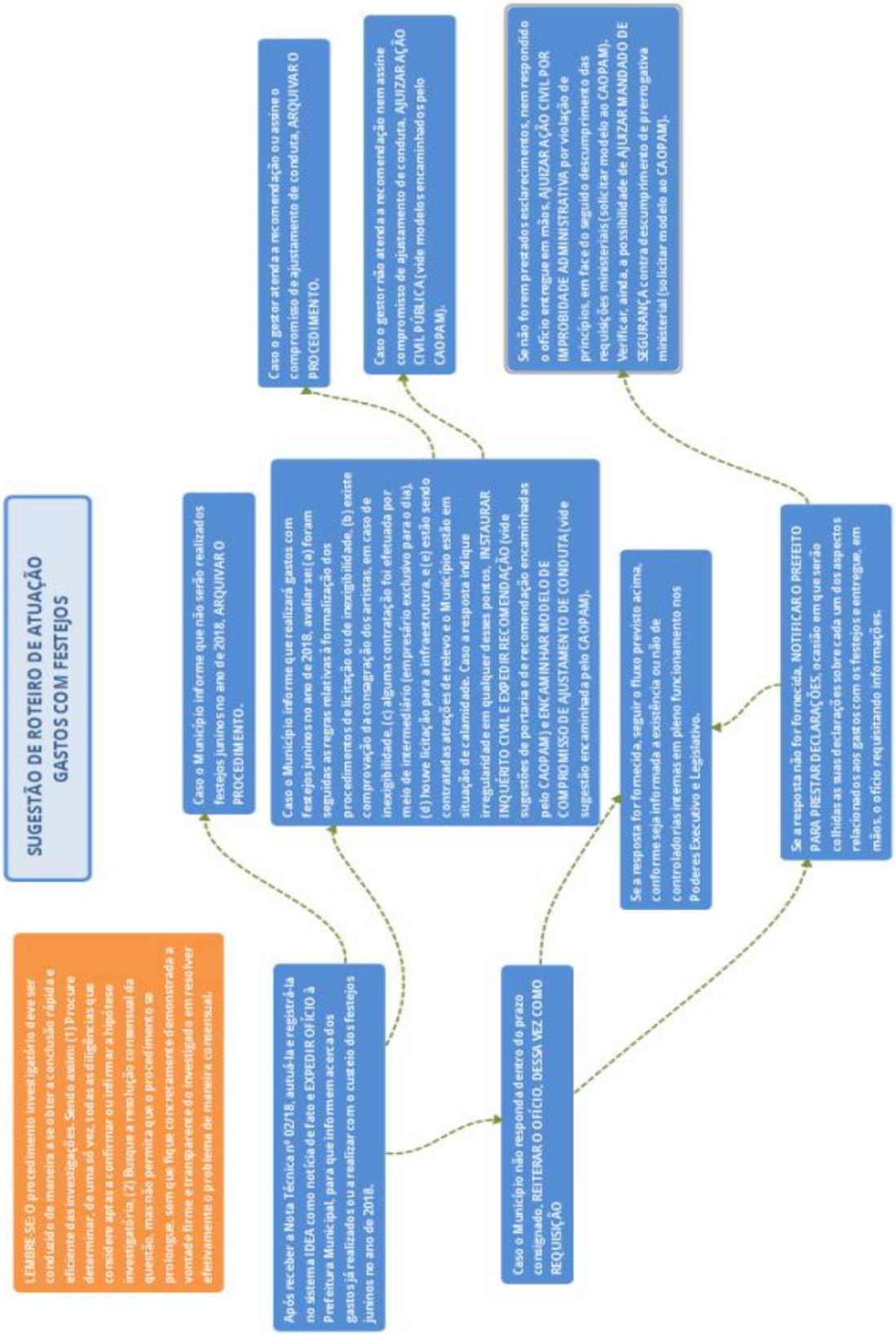
GOULART, Marcelo Pedroso. *Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público***.** Belo Horizonte: Arraes, 2013.

JUPIASSU, Hilton Ferreira. *Introdução ao pensamento epistemológico*. Rio de Janeiro: Francisco Alves Editora, 1934.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA J., Bonnie. *Corruption and government:* causes, consequences, and reform. 2nd. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

REIS, Ludmila Brito; PERIM, Maria Clara Mendonça. *A Carta de Brasília*: novos horizontes para a atuação resolutiva do Ministério Público. Artigo publicado no evento Semana do MP Resolutivo do Ministério Público do Paraná, 2017 (Disponível em: https://spark.adobe.com/page/JrWDvgnPrIdr9/. Acesso em 22 jun. 2019)

ANEXO A


SUGESTÃO DE ROTEIRO DE ATUAÇÃO
GASTOS COM FESTEJOS
LEMBRE-SE: O procedimento investigatório deve ser conduzido de maneira a se obter a conclusão rápida e eficiente das investigações. Sendo assim: (1) Procure determinar, de uma só vez, todas as diligências que considere aptas a confirmar ou infirmar a hipótese investigatória. (2) Busque a resolução consensual da questão, mas não permita que o procedimento se prolongue, sem que fique concretamente demonstrada a vontade firme e transparente do investigado em resolver efetivamente o problema de maneira consensual.
Após receber a Nota Técnica nº 02/18, autuá-la e registrá-la no sistema IDEA como notícia de fato e EXPEDIR OFÍCIO à Prefeitura Municipal, para que informem acerca dos gastos já realizados ou a realizar com o custeio dos festejos juninos no ano de 2018.
Caso o Município informe que não serão realizados festejos juninos no ano de 2018, ARQUIVAR O PROCEDIMENTO.
Caso o Município informe que realizará gastos com festejos juninos no ano de 2018, avaliar se: (a) foram seguidas as regras relativas à formalização dos procedimentos de licitação ou de inexigibilidade, (b) existe comprovação da consagração dos artistas, em caso de inexigibilidade, (c) alguma contratação foi efetuada por meio de intermediário (empresário exclusivo para o dia), (d) houve licitação para a infraestrutura, e (e) estão sendo contratadas atrações de relevo e o Município estão em situação de calamidade. Caso a resposta indique irregularidade em qualquer desses pontos, INSTAURAR INQUÉRITO CIVIL E EXPEDIR RECOMENDAÇÃO (vide sugestões de portaria e de recomendação encaminhadas pelo CAOPAM) e ENCAMINHAR MODELO DE COMPROMISSO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA (vide sugestão encaminhada pelo CAOPAM).
Caso o Município não responda dentro do prazo consignado, REITERAR O OFÍCIO, DESSA VEZ COMO REQUISIÇÃO
Caso o gestor atenda a recomendação ou assine o compromisso de ajustamento de conduta, ARQUIVAR O PROCEDIMENTO.
Caso o gestor não atenda a recomendação nem assine compromisso de ajustamento de conduta, AJUIZAR AÇÃO CIVIL PÚBLICA (vide modelos encaminhados pelo CAOPAM).
Se a resposta não for fornecida, seguir o fluxo previsto acima, conforme seja informada a existência ou não de controladorias internas em pleno funcionamento nos Poderes Executivo e Legislativo.
Se não forem prestados esclarecimentos, nem respondido o ofício entregue em mãos, AJUIZAR AÇÃO CIVIL POR IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA por violação de princípios, em face do seguido descumprimento das requisições ministeriais (solicitar modelo ao CAOPAM). Verificar, ainda, a possibilidade de AJUIZAR MANDADO DE SEGURANÇA contra descumprimento de prerrogativa ministerial (solicitar modelo ao CAOPAM).
Se a resposta não for fornecida, NOTIFICAR O PREFEITO PARA PRESTAR DECLARAÇÕES, ocasião em que serão colhidas as suas declarações sobre cada um dos aspectos relacionados aos gastos com os festejos e entregue, em mãos, o ofício requisitando informações.

Sufrágio Direto na Escolha de Conselheiros Tutelares: Embaraços Legais e Materiais e Alternativas Viáveis

Epaminondas da Costa
Promotor de Justiça em Minas Gerais

Síntese dogmática

A expressão "escolhidos pela população local" do art. 132 da Lei 8.069 de 1990 (ECA) tem o condão de reafirmar que que a escolha de conselheiros tutelares por meio de processo eleitoral unificado nacionalmente se vincula ao princípio da municipalização do atendimento (ECA, art. 88, I). Em outros termos, pessoas estranhas ao respectivo município estarão proibidas de participar do processo de escolha de conselheiros tutelares, sendo certo, pois, que essa expressão "escolhidos pela população local" é inconfundível com a norma prevista no art. 82 do Código Eleitoral (Lei 4.737 de 1965), determinadora de que "o sufrágio seja universal e direto".

Proposta de enunciado

Conselho Tutelar. Eleição unificada nacionalmente. Exegese do art. 132 do ECA. Ausência de obrigatoriedade da escolha pelo sufrágio universal e direto. Compatibilidade do sufrágio indireto com o regime jurídico brasileiro. Processo eleitoral singular e simplificado regulado pela legislação local.

Introdução

Desde a versão primitiva do Estatuto da Criança e do Adolescente, houve a intenção de que a Justiça Eleitoral se encarregasse do processo de escolha dos conselheiros tutelares. Descobriu-se, posteriormente, que somente por lei complementar a referida Justiça

especializada poderia ser obrigada a assumir mais essa incumbência (cf. art. 121 da Carta Magna). Por isso, ocorreu a posterior supressão da referência à "Justiça Eleitoral", na versão originária do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).

Verificar-se-á adiante que a expressão em vigor "eleitos pela população local", do art. 132 da Lei 8.069 de 1990, pode ser designada de "a mudança que não aconteceu", que ficou no "limbo", na *insinuação*.

Em verdade, a escolha dos conselheiros tutelares nos moldes indicados pelo Código Eleitoral, isto é, mediante "o sufrágio e universal e direto", integra sistema eleitoral complexo, sofisticado e caríssimo, conforme será demonstrado durante as reflexões ora levantadas. Este modelo de escolha democrática exige que a autoridade responsável por sua condução detenha, legitimamente, entre outras funções básicas, a prerrogativa de exercitar a "polícia[359] dos trabalhos eleitorais" (art. 139 do Código Eleitoral), além da detenção do poder de requisição da cessão gratuita da propriedade privada para a instalação das mesas receptoras da votação, convocação de servidores públicos e de empregados da iniciativa privada, ilustrativamente, medidas estas somente possíveis de serem instituídas por meio de lei federal.

A mudança legislativa que continua no "limbo"

A atual redação do art. 132 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 1990) foi dada pela Lei 12.696 de 2012, sendo certo que a incompletude de tal alteração, considerando a ideia originária de a Justiça Eleitoral assumir mais essa atribuição legal – eleição de conselheiros tutelares –, resulta, em parte, do descompasso imanente aos processos legislativos da lei ordinária e da lei complementar (quórum qualificado), além de outras questões de ordem política e/ou econômica.

O fato é que outrora, por iniciativa do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), houve a criação de grupo de trabalho nacional, do qual participaram, inclusive, Murillo Digiacomo (MPPR)[360] e Wanderlino Nogueira (MPBA)[361],

---

[359] SILVA, De Plácido e.Vocabulário Jurídico. 31ª ed. "E-book": "**PODER DE POLÍCIA.** Denominação dada a um dos *poderes*, que se atribuem ao Estado, a fim de que possa estabelecer, em benefício da própria ordem social e jurídica, as *medidas*, mesmo restritivas aos *direitos individuais*, que se tornem necessárias à manutenção da ordem, da moralidade, da saúde pública ou que venham garantir e assegurar a própria liberdade individual, a propriedade pública e particular e o bem-estar coletivo.

Fundado na *autoridade de dominação*, inerente à essência do Estado, o poder de polícia se apresenta como uma *necessidade*, para que possa o Estado cumprir sua *missão* de defensor e propugnador dos interesses gerais, reprimindo os excessos e prevenindo as perturbações à ordem jurídica e social.

O poder de polícia, porém – *police power*, como o denominam ingleses e americanos do Norte –, deve ser exercido quando há *legítima causa*. Deve, pois, ser posto em prática quando os interesses do Estado, superiores aos do indivíduo, indiquem a necessidade de uma restrição às liberdades e direitos individuais.

E, assim, não deve ser posto em ação para satisfazer interesses subalternos das autoridades, investidas de mando, que essa não é sua função política."

[360] Sigla de Ministério Público do Paraná.

[361] *Idem* Ministério Público da Bahia.

tendo se ocupado de refletir bastante e de apresentar sugestões acerca do presente tema. Em razão dos debates realizados nesse grupo de trabalho, sobreveio a conclusão sobre a necessidade da edição de lei complementar, a fim de que fosse alcançado, em plenitude, o desiderato legislativo, cuja medida legal ainda pende de discussão e aprovação no Congresso Nacional.

Em rigor, ao tratar do processo eleitoral unificado do Conselho Tutelar, o art. 132 da Lei 8.069 de 1990 estabelece que os membros serão "escolhidos pela população local", reafirmando, portanto, que a citada escolha se vincula ao princípio da municipalização do atendimento (art. 88, I do ECA). Esta norma contrasta, em certo sentido, com aquela determinadora de que o sufrágio seja universal e direto (art. 82 do Código Eleitoral – Lei 4.737 de 1965).

À evidência, o legislador estatutário ordinário cogitou o estabelecimento, por enquanto, de processo eleitoral simplificado, de acordo com o que for fixado na lei local, de forma que ele possa ser conduzido com lisura e segurança pelo conselho municipal ou distrital dos direitos da criança e do adolescente.

Realmente, a escolha pelo sufrágio universal e direto se constitui em sistema eleitoral complexo, sofisticado e caro, abrangendo número elevado de urnas eletrônicas, *softwares* específicos, especialistas em tecnologia da informação, apuração eletrônica dos votos, estrutura física moldada para os serviços eleitorais, quadro de pessoal permanente e especializado, poder de requisição de funcionários públicos federais, distritais ou estaduais, conforme o caso, bem como o poder de requisição da cessão obrigatória e gratuita da propriedade particular para o funcionamento das mesas receptoras da votação.

É indispensável, ainda, que haja a definição das condutas vedadas e dos crimes eleitorais entre outros inúmeros aspectos relevantes, que somente poderão ser tratados, constitucionalmente, em sede de lei federal. Se bem que, especificamente em relação às condutas vedadas durante o processo eleitoral, elas podem ser instituídas mediante lei ordinária local, fixando medidas administrativas aplicáveis em cada caso. E o que dizer, por outro lado, das campanhas publicitárias informativas e da propaganda eleitoral gratuita no rádio e na televisão? Portanto, o custo é elevadíssimo para a realização de uma eleição nesses moldes, além dos aspectos legais controversos que ela envolve.

Nesse diapasão, basta ser lembrado que o art. 376 do Código Eleitoral estabelece expressamente o seguinte: *"A proposta orçamentária da Justiça Eleitoral será anualmente elaborada pelo Tribunal Superior, de acordo com as propostas parciais que lhe forem remetidas pelos Tribunais Regionais, e dentro das normas legais vigentes"*.

O parágrafo único desse artigo de lei, por sua vez, está assim redigido: *"Os pedidos de créditos adicionais que se fizerem necessários ao bom andamento dos serviços eleitorais, durante o exercício serão encaminhados em relação trimestral à Câmara dos Deputados, por intermédio do Tribunal Superior".*

Portanto, é notoriamente inviável técnica e financeiramente que os municípios em geral assumam os altos custos da realização de uma eleição nas condições determinadas pelo Código Eleitoral, mesmo que facultativa a participação do eleitorado.

Só para se ter uma ideia da dimensão da estrutura e do número de pessoas indispensáveis para a viabilização da condução a contento da escolha pelo sufrágio direto, registre-se que o Município de Uberlândia-MG, com 467.823 (quatrocentos e sessenta e sete mil, oitocentos e vinte e três) eleitores, possui 05 (cinco) zonas eleitorais, 1.664 (mil seiscentos e sessenta e quatro) seções, 137 (cento e trinta e sete) locais de votação, 35 (trinta e cinco) servidores permanentes na Justiça Eleitoral, incluindo-se os funcionários requisitados. São 6.656 (seis mil seiscentos e cinquenta e seis) mesários por turno eleitoral. Atuam cinco Juízes e cinco Promotores de Justiça Eleitorais e, mesmo assim, eles enfrentam situações demasiado tormentosas durantes as eleições municipais. Que dirá, remanescendo apenas dois Promotores de Justiça para o acompanhamento desse mesmo processo de escolha, sem a presença, ademais, de magistrados com poder de polícia dos trabalhos eleitorais, isto é, autorizados legalmente a determinar a remoção de propagandas irregulares, dentre outras medidas de natureza administrativa.

Enfim, se a expressão "escolha pela população local" quisesse realmente se referir obrigatoriamente ao conjunto dos moradores de cada município, até mesmo crianças e adolescentes deveriam votar. Porém, ninguém tem ousado sustentar essa concepção.

Consequentemente, a expressão supracitada encerra a noção de que pessoas estranhas ao respectivo município estarão proibidas de participar do processo de escolha de conselheiros tutelares. Afora isso, o legislador estatutário deliberadamente deixou de reproduzir idêntica norma àquela contida no Código Eleitoral relativa aos cargos públicos eletivos em geral, ou seja, foi dispensada a obrigatoriedade de que se adotasse o sistema do sufrágio universal e direto na redação em vigor do art. 132 do ECA. Sem contar que, pelo sistema do sufrágio universal, mostrar-se-iam inviáveis legalmente a exigência de determinado grau de escolaridade e a aferição da vocação para o exercício da função de conselheiro tutelar.

Veja-se: a legislação eleitoral, diversamente do que estabelece o Estatuto da Criança e do Adolescente, menciona explicitamente a obrigatoriedade do voto direto, bem como que esse direito/dever seja assegurado a todos os eleitores regularmente habilitados perante a

Justiça Eleitoral: sufrágio universal (art. 82 do Código Eleitoral). A mesma exigência expressa inexiste para o processo de escolha de conselheiros tutelares!

Daí que, sabiamente, o art. 5º da Resolução 170 de 2014, do CONANDA, se utilizou do advérbio "preferencialmente" ao invés do vocábulo "obrigatoriamente", isto é, contanto que seja possível, a escolha de conselheiros tutelares deve ocorrer pelo sistema do sufrágio universal e direto.

Advirta-se, também, de que a escolha para cargos públicos pelo sistema do *sufrágio indireto* – escolha por meio de um colégio eleitoral – é compatível com o regime democrático, visto que os Estados Unidos da América, considerados uma das democracias do mundo contemporâneo, adotam justamente esse modelo.

Conclui-se, pois, ter sido muito acertado o reconhecimento feito pelo próprio Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente de que, sem o apoio efetivo e completo da Justiça Eleitoral, que precisa advir de lei complementar federal, é muito difícil ser concebido que o conselho local ou distrital dos direitos da criança e do adolescente consiga desincumbir-se a contento desse importantíssimo encargo de interesse público.

Realmente, salta-se aos olhos que, em municípios com colégio eleitoral superior a um milhão de eleitores, por exemplo, com várias zonas eleitorais, múltiplas sessões e pontos de votação, a simples sessão de algumas urnas eletrônicas e, mais ainda, sem a garantia da reposição imediata daquelas que apresentarem problemas, será tremendamente insuficiente para o sucesso do processo de escolha pelo sufrágio direto. Há mais uma agravante: a lei municipal reguladora do processo de escolha de conselheiros tutelares é inidônea para convocar, para o trabalho eleitoral, empregados da iniciativa privada ou servidores estranhos aos quadros do município, com folgas compensatórias obrigatórias, "sem prejuízo do salário, vencimento ou qualquer outra vantagem, pelo dobro dos dias de convocação" (art. 98 da Lei 9.504 de 1997).

É sabido que a Justiça Eleitoral habitualmente se vê obrigada a lançar mão dessas convocações, para compor as Mesas Receptoras ou Juntas Eleitorais, ao passo que os municípios estarão impedidos constitucionalmente de impor tal ônus ao particular ou ao Poder Público estadual ou federal. O que dizer, então, se houver a necessidade de grande número de escrutinadores durante vários dias de trabalho, com vista à apuração manual de milhares de urnas?

Desse modo, os Projetos de Lei em tramitação no Congresso Nacional, que preveem o "apoio técnico por parte da Justiça Eleitoral para o processo de escolha dos Conselheiros Tutelares", terão pouco alcance prático na solução das dificuldades materiais e legais até então apontadas neste artigo.

Conclusões

A mudança idealizada pelo art. 132 da Lei 8.069 de 1990, em termos de processo de escolha de conselheiros tutelares pelo sufrágio direto, depende, para a sua completude, que sobrevenha lei complementar federal ampliando a competência da Justiça Eleitoral, a fim de que esta seja obrigada a assumir a referida eleição.

É inviável constitucionalmente que seja instituída uma espécie de justiça eleitoral municipal, sem a possibilidade jurídica de se definirem crimes eleitorais, sem a instituição regular do poder de requisição de servidores públicos estaduais, distritais e/ou federais, bem como de trabalhadores da iniciativa privada para a composição das Mesas Receptoras ou Juntas Eleitorais, além da ausência da garantia de vultosas verbas do orçamento da União e outras coisas mais essenciais.

No âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção do sufrágio universal impede que haja a exigência de determinado grau de escolaridade e a aferição da vocação para o exercício da função de conselheiro tutelar. Isto porque a expressão "sufrágio universal" compreende o direito/dever que todos os cidadãos possuem para votar e ser votado na composição de cargos ou funções públicas eletivas, independente de vocação ou de grau de escolaridade.

A escolha de conselheiros tutelares pelo sistema do sufrágio indireto – colégio eleitoral – também se mostra compatível com o regime jurídico brasileiro, no que diz respeito ao preenchimento ou ocupação de cargos ou funções públicas. Basta ser lembrado, aliás, que nem mesmo na composição dos vários conselhos existentes no Brasil, com a função de formular, fiscalizar e deliberar sobre políticas públicas, quis o legislador pátrio estabelecer a obrigatoriedade de que os integrantes desses órgãos de controle social fossem escolhidos pelo sufrágio universal ou direto.

Uberlândia, 18 de fevereiro de 2019.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E OS FUNDOS DA INFÂNCIA E DA ADOLESCÊNCIA: OBRIGAÇÃO CONSTITUCIONAL DO MEMBRO E DA PRÓPRIA INSTITUIÇÃO DE PROMOVER SUA REGULARIZAÇÃO, INCLUSIVE PARA RECEBIMENTO DE DOAÇÕES SUBSIDIADAS PELO IMPOSTO DE RENDA.

Flávio Teixeira de Abreu Júnior[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA

O Fundo da Infância e Adolescência (FIA) é fundo especial, criado por lei, para captar recursos a serem destinados especificamente para área da infância e adolescência, financiar programas, projetos e ações voltados à promoção e defesa de direitos da criança e do adolescente, assim como de suas respectivas famílias.

O FIA é composto por conjunto de receitas, recursos financeiros depositados em uma ou várias contas bancárias, os quais são investidos depois de deliberação do respectivo conselho de direitos. Nos municípios, ele é gerido pelo Conselho Municipal de Direitos da Criança e do Adolescente (CMDCA), com o apoio administrativo dos órgãos encarregados do planejamento e finanças municipais, com observância da Lei n. 4.320/1964 e outras normas sobre a gestão de recursos públicos quando de sua aplicação (CONANDA, 2010).

Entre as receitas previstas na Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA) para o fomento do FIA estão (a) multas administrativas aplicadas pela prática de infrações (arts. 154, 214 e 245 a 258, ECA), (b) as impostas em sede de ação civil pública (art. 214, ECA) e (c) as "doações subsidiadas" que poderão ser deduzidas do imposto de renda dos doadores até o limite legal de 1% (um por cento) para pessoa jurídica e 6% (seis por cento) para pessoa física (art. 260, I e II, ECA).

De registro que as doações subsidiadas são também possíveis para outros fundos e ações, a exemplo dos Fundos do Idoso (arts. 2º-A, I, 3º, parágrafo único, Lei n. 12.213/2010), da Cultura (art. 18, Lei 8.313/1991), de Projetos Desportivos (art. 1º, § 1º, I e II, Lei n. 11.438/2006), os Programas de Apoio (a) à Atenção Oncológica e (b) à Atenção da Saúde da Pessoa com Deficiência (arts. 12, VIII, Lei n. 9.250/1995; 14, Lei n. 12.715/2012). Entretanto,

como criança e adolescente são, por força da Constituição, prioridade absoluta, este trabalho se circunscreve ao FIA.

Com ele, demonstrar-se-á que a atuação do Ministério Público para a regulamentação dos fundos a fim de que possam receber as doações subsidiadas não pode ficar ao talante do membro com atuação no ente ou na dependência de planos institucionais. É, antes de tudo, dever, estabelecido constitucional e normativamente.

1. Introito

É diretriz da política de atendimento à criança e o adolescente a "manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos" (art. 88, IV, ECA).

O ECA era assim insculpido:

> Art. 260. Os contribuintes do imposto de renda poderão abater da renda bruta 100% (cem por cento) do valor das doações feitas aos fundos controlados pelos Conselhos Municipais, Estaduais e Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, observado o seguinte:
> I - limite de 10% (dez por cento) da renda bruta para pessoa física;
> II - limite de 5% (cinco por cento) da renda bruta para pessoa jurídica.

Tal dispositivo foi alterado pela Lei n. 8.242/1991 e, depois, pela Lei n. 12.594/2012, atualmente:

> Art. 260. Os contribuintes poderão efetuar doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente nacional, distrital, estaduais ou municipais, devidamente comprovadas, sendo essas integralmente deduzidas do imposto de renda, obedecidos os seguintes limites:
> I - 1% (um por cento) do imposto sobre a renda devido apurado pelas pessoas jurídicas tributadas com base no lucro real; e
> II - 6% (seis por cento) do imposto sobre a renda apurado pelas pessoas físicas na Declaração de Ajuste Anual, observado o disposto no art. 22 da Lei no 9.532, de 10 de dezembro de 1997.

Levantamento com dados da Receita Federal é alarmante (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018[362]):

Tabela 1 – Comparativo entre potencial de destinação e o efetivamente destinado – Ano Calendário 2017

Fundo	Maranhão	Piauí	São Paulo	Brasil
Total de Potencial	R$ 46.772.274,11	R$ 37.187.911,36	R$ 6.923.344.590,07	R$ 15.570.874.276,27
Destinado	R$ 84.757,31	R$ 339.485,03	R$ 1.713.641,76	R$ 59.292.898,20

362 Cálculo exposto no Anexo 1.

Depois de quase trinta anos de vigência do ECA, em 2017, junto com o Fundo Nacional, 27 (vinte e seis) Fundos Estaduais e 5570 (cinco mil quinhentos e setenta) Fundos Municipais deveriam existir e estarem arrecadando recursos. Contudo, do destinado, apenas o Fundo Nacional, 1356 (mil trezentos e cinquenta e seis) Fundos Municipais e (c) 20 (vinte) Fundos Estaduais receberam algum valor.

O que é mais grave: no ano-calendário 2017, em 2018, R$8.419.825,15 (oito milhões quatrocentos e dezenove mil oitocentos e vinte e cinco reais e quinze centavos) foram destinados para os Fundos Brasileiros, mas não foram repassados por (a) inexistência ou irregularidade com o próprio Fundo ou (b) inconsistência no cadastro deles junto à Secretaria Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA). Dos dezoito fundos piauenses aptos para receberem valores, 8 (oito) deles perderam, com isso, R$28.270,36 (vinte e oito mil duzentos e setenta reais e trinta e seis centavos).

O cadastramento do FIA ocorre junto à SNDCA, órgão vinculado ao Ministério de Direitos Humanos (MDH), responsável pela comunicação à Receita Federal do Brasil (RFB) para fins de habilitação às destinações do Imposto de Renda (IR). Apesar de formulários e manuais didáticos que são disponibilizados pelo Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), da SNDCA e da Confederação Nacional de Municípios (CNM), os fundos brasileiros continuam perdendo recursos com a ausência de regulamentação.

O potencial de destinação geral para o FIA, em relação ao ano-calendário de 2018 (dois mil e dezoito), repassado em 2019 (dois mil e dezenove), é de R$16.357.284.894,33 (dezesseis bilhões, trezentos e cinquenta e sete milhões duzentos e oitenta e quatro mil oitocentos e noventa e quatro reais e trinta e três centavos). Contudo, apercebível é que 57% (cinquenta e sete por cento) dos entes federados, conselhos de direitos e, principalmente, os promotores de justiça não perceberam a importância dessa regulamentação.

Algo está errado: com gestores que não regularizam os fundos, com doadores que não se interessam ou se solidarizam, com conselhos que não pressionam gestores públicos. Com a devida vênia, o Ministério Público não está atuando para que essa situação mude. Desconhecida é a atuação de outros *Parquets*, mas ainda que realizadas campanhas, os dados mostram não atingimento – por várias razões – todos os potenciais doadores.

2. Atribuições ministeriais brasileiras

De acordo com 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.
>
> 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.

Além das funções constitucionais, a Lei n. 8.625/1993:

> Art. 25 – Além das funções previstas nas Constituições Federal e Estadual, na Lei Orgânica e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
> IV – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei:
> a) para a proteção, prevenção e reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, e a outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos;
> b) para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa do Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem;
>
> Art. 27 – Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuide de garantir-lhes o respeito:
> I - pelos poderes estaduais ou municipais;
> II - pelos órgãos da Administração Pública Estadual ou Municipal, direta ou indireta;
> III - pelos concessionários e permissionários de serviço público estadual ou municipal;
> IV - por entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.
> Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:
> I - receber notícias de irregularidades, petições ou reclamações de qualquer natureza, promover as apurações cabíveis que lhes sejam próprias e dar-lhes as soluções adequadas;
> II - zelar pela celeridade e racionalização dos procedimentos administrativos;
> III - dar andamento, no prazo de trinta dias, às notícias de irregularidades, petições ou reclamações referidas no inciso I;
> IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anual ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

Em ressunta, o texto fundamental estabelece que o Ministério Público é defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis, cabendo-lhe zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia.

As razões desse tracejo ministerial pelo legislador constituinte são precisas:

> A reforma do Ministério Público, como, de resto, de todo Poder Judiciário, impõe-se à consciência constitucionalista sob tríplice aspecto: social, político e jurídico. Sob o crivo social, por imperativo de justiça para reabilitação do próprio Poder Judiciário perante a massa dos despossuídos, humilhados e ofendidos, despojados até do próprio sentimento de esperança: os injustiçados, espoliados até da própria identidade pelo capitalismo selvagem. O relatório do Prof. Hélio Jaguaribe retrata o quadro: - 38 milhões de pessoas em estado de miséria; - 56% da população detém 13% da renda nacional; - 5% da população mais rica; - 33% da renda nacional; - 1% da população mais rica - 13% da renda nacional; isto é, tanto quanto os 50% mais

> pobres da população do país, - 65 crianças por mil morrem antes de um ano; - 300.000 crianças morreram de fome em 1985; - a população agrícola cresce a taxas superiores a 2,5% ao ano; - nos últimos dez anos, a taxa de emprego rural = [é igual a] zero; - 15 milhões migraram para as periferias das cidades; Pelo prisma político, o Ministério Público pode, num país de dimensões continentais como o nosso, assumir o papel saneador do *Ombudsman* dos países escandinavos. A sua independência e autonomia, financeira e funcional, dão-lhe o embasamento material necessário ao desempenho da sua grandiosa função. O Instituto de Pesquisas e Estudos fornecer-lhe-á seguramente o instrumental ideológico à ingente tarefa. Sob o ângulo jurídico, não somente as ciências e técnicas jurídicas afins serão enriquecidas e aprimoradas na práxis de órgão tão ágil e eficiente, como seguramente novos institutos processuais e procedimentais serão gestados na prática judiciária democrática (BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. Emendas oferecidas ao Anteprojeto de Constituição, vol. I, emendas 1 a 2131. Centro Gráfico do Congresso Nacional: Brasília, 1987, p. 106).

Este perfil constitucional é diferido de todos os outros do mundo. Ele não é restrito apenas à sua atuação investigatória, preponderante e historicamente criminal, de fiscal da lei, mas, sim, como verdadeiro promotor de justiça e de direitos que, no contexto brasileiro, eram restritos a poucas minorias. A norma exige atuação proativa do membro ministerial, requer um *Parquet* de todo pronto para agir quando Instituições e Poderes Públicos se omitem, descompromissados com essa vivência de direitos mínimos que ainda aflige o Brasil e os brasileiros.

Em países que, há tempos, se comprometeram com a prática desses direitos, a exemplo do trabalho, educação, moradia e saneamento básico, o direito penal é, lá, residual, pois a penalização é descabida quando o cidadão é tido, se não igualmente, em paridade com os outros, paridade de direitos e acesso a cada um deles, na medida em que fortalecem o comprometimento social e não o de repressão.

A Constituição Federal exige, pois, do Ministério Público o mesmo ofício de Atlas, o titã mitológico que leva o mundo às costas, no caso brasileiro, toda sorte de defasagem estatal e social. Ao mesmo tempo em que fortalece a promoção de ações públicas para garantia de direitos, fiscaliza e responsabiliza todos os que dão a causa à sua não efetivação, daí a sua independência funcional. Ele é, por isso, fiscal, instigador e garantidor da ordem jurídica, para que, à similaridade de um Poder Moderador, todos façam a sua parte.

Diferentemente do juiz que age somente quando provocado, de um particular que é obrigado a fazer apenas o não lhe é proibido ou a proteger somente o que lhe é legítimo, é dever funcional do promotor de justiça agir, sempre, no que, a todos, socialmente toca e tange.

3. Proteção da criança e do adolescente

A Constituição Federal estabelece:

> Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao

> respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Crianças e adolescentes são pessoas em formação e, a seu tempo, também interventores da vida social. Por desconhecimento, em plenitude, da vida em sociedade e todas as suas implicações, pequenos e frágeis, eles são, por sua condição, facilmente violentados, pois dependem de terceiros para se socorrerem.

Na pouca estrutura material e humana das famílias brasileiras, ou entidades a ela equiparadas, resultado da já dita falta de vivência de direitos mínimos, e, em sua maioria, sem qualquer instrução básica para si, quiçá para formação de constelações familiares, crianças e adolescentes são acometidos por toda sorte de abandono em sua construção subjetiva. São desacreditados por quem as prove, na medida em que, de regra, (a) não trabalham para o autossustento, (b) nem auxiliam para o sustento das respectivas famílias, (c) demandam tempo de quem é por elas responsável, (d) em um país de riquezas mal distribuídas e em que a maior parte da população é pobre ou miserável, eles são vistos como peso acrescido no orçamento familiar, já tão escasso e acometido por outras condicionantes, a exemplo do desemprego e dos preços de consumo.

Essas crianças e adolescentes crescem pessoas fragmentadas, sem firmamentos sociais que as reportem a um sentimento de pertencimento a comunidade compromissada com todos os seus integrantes. Desamparados, desvalessem por violações e, considerando o seu contexto, continuam a repetir, geração após geração, o que lhes é ensinado pela experiência catastrófica brasileira, mantendo intacto o que é repreensível desde o nascedouro.

É por tudo isso que priorizar criança e adolescente é priorizar também o futuro da sociedade, pois a comunidade por todos mantida se destinada não somente aos presentes, enquanto seus mantenedores, mas, assim como seguridade e meio ambiente, é pacto transgeracional, projeta os esforços e cuidados atuais para gerações vindouras, pacto prospectivo que requer a quebra de ciclos históricos de violações aos direitos, fazendo com que cada criança e adolescente cresça com qualidade de vida.

Guiado pelos mandamentos constitucionais, em sua parte especial, o ECA dedicou título para orientar a política de atendimento dos direitos da criança e do adolescente e lá é insculpido:

> Art. 4º É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.
> Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:
> c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
>
> Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:

> IV - manutenção de fundos nacional, estaduais e municipais vinculados aos respectivos conselhos dos direitos da criança e do adolescente;

Cada um deve, a seu modo, promover e proteger com prioridade absoluta tais direitos. O FIA é, de seu turno, forma de materialização de ações afirmativas, na medida em que propala condições de educação, lazer, segurança, vivência, crescimento e compromisso para crianças e adolescentes. Entidades, instituições, projetos e atividades a eles voltadas são, com o FIA, fomentados, destacando sua função e lhes acrescendo potencialidades. Em articulação conjunta com os seus integrantes, a própria sociedade se prioriza ao manter o FIA.

Impostos são tributações destinadas à manutenção das atividades públicas e, por regramento, recaem sobre manifestações de riquezas. Têm, pois, por função a redistribuição de rendas, promovendo a justiça social. Entre as possibilidades de incremento do FIA estão as denominadas doações subsidiadas que podem, a critério do doador, serem deduzidas do que é por eles pago a título de imposto sobre suas rendas. As doações subsidiadas se voltam direta e exclusivamente para o fundo de direitos que, a seu turno, fomenta ações e projetos para as crianças e adolescentes. Sabendo que referidos valores se voltam unicamente para uma das primeiras prioridades públicas, crianças e adolescentes, o legislador optou por beneficiar quem também a eles beneficiasse. Ora, se já despenderia parte dos recursos orçamentários, provenientes da arrecadação tributária, para mencionada área, com as doações, o faz direcionadamente para quem é, de todos e do Estado, absoluta prioridade.

O Ministério Público do Estado do Piauí até adotou medidas para essa conscientização, contudo, sem grande êxito, salvo engano. Por exemplo, para cálculo do alcance, basta listar quais foram os membros que destinaram parte dos seus respectivos impostos de renda para fundos municipais, ou verificar as doações que foram “perdidas” porque os fundos destinados estavam com algum tipo de inconsistência ou mesmo não regulamentados/instituídos. E essas são das principais causas enfrentadas para as destinações: desconhecimento sobre as implicações delas, do procedimento a ser adotado quando do ato e de sua dedução do imposto devido, saber e, mesmo o sabendo, não se interessar por promover a cidadania em seus respectivos municípios.

4. Da obrigatoriedade de promover a regulamentação do FIA pelo membro ministerial

Ora, 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, são direitos sociais, consoante insculpido no art. 6º da Constituição Federal. Dessarte, inafastável que o

Ministério Público, defensor desses direitos, há que promover todas as medidas necessárias para a sua garantia.

Novamente, o ECA:

> Art. 88. São diretrizes da política de atendimento:
> II – criação de conselhos municipais, estaduais e nacional dos direitos da criança e do adolescente, órgãos deliberativos e controladores das ações em todos os níveis, assegurada a participação popular paritária por meio de organizações representativas segundo leis federal, estaduais e municipais.

Depreendido dos mandamentos constitucionais, dos concernentes ao *Parquet* e dos que elencam direitos fundamentais e sociais, dos dispositivos em leis de organização e específicas, evidente poder extrajudicial ou, se for o caso, judicial e o dever do Ministério Público de zelar para funcionamento dos conselhos de direitos e dos fundos que são, conseguintemente, por eles administrados.

Por esse lado, Mazzilli (1992, p. 42):

> Na sua atuação no zelo pelo efetivo respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos e garantias legais assegurados às crianças e adolescentes (art. 129, II, da CF; art. 201, VIII, do ECA), poderá o órgão do Ministério Público (art. 201, § 5º, do ECA): a) reduzir a termo as declarações de quem o procure com denúncias que mereçam apuração; b) instaurar o procedimento adequado para apuração das de núncias, seja o inquérito civil, seja uma sindicância, seja um procedimento inominado; c) presidir o procedimento que instaurar, nele efetuando requisições, diligências, perícias, exames, visitas ou vistorias; d) entender-se diretamente com a pessoa ou autoridade reclamada, dentro, naturalmente, da sua esfera de atribuições, assim definida na forma da Lei Orgânica de cada Ministério Público (art. 200 do ECA); e) efetuar recomendações, visando à melhoria dos serviços examinados, fixando prazo razoável para sua adequação (findos os quais poderá ajuizar eventual ação civil pública tendo como objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, cf. art. 213 do ECA).

Devem, assim, os membros ministeriais, em suas áreas de atuação, cumprirem as ordens constitucionais e legais, para que tais conselhos sejam implantados e funcionem a contento. Eventuais dificuldades, a exemplo da capacitação dos conselheiros, a má vontade do poder executivo e a falta de interesse da própria sociedade não devem ser obstáculos para tomada de medidas necessárias, extrajudiciais e, em sendo o caso, judiciais, com esse desiderato. A omissão ministerial antes de configurar inobservância de seus deveres funcionais, por exemplo, desempenhar, com zelo e presteza, as suas funções, previstos nas leis orgânicas estaduais, circunscreve o ato em violação à pilares fundamentais da sociedade e do Estado.

De acrescentar, ainda, que o membro do Ministério Público é agente político: desempenha atribuições com prerrogativas e responsabilidades próprias, estabelecidas constitucionalmente, podendo, inclusive, acionar o Estado Juiz, para concretizar os direitos; e é, ao mesmo tempo, agente social: pode interferir diretamente na realidade social, e com

ferramentas a composição extrajudicial dos conflitos sociais, e uma gama de mecanismos para recorrer às vias judiciais, provocando a prestação jurisdicional em defesa da sociedade, quando necessário. A implantação e o funcionamento dos conselhos podem interferir, rapidamente, na realidade social.

Como não há qualquer ônus com essa destinação para o FIA, ao invés de os recursos serem recolhidos aos cofres da União, o que foi arrecadado no Município nele permanece, priorizando, em sua integralidade de destinação, quem deve ser priorizado. A importância dessa conscientização para a doação é ainda mais acentuada quando posta ao lado da realidade nordestina e interiorana brasileira, o que originou tanto o perfil constitucional do *Parquet*, como o potencial dessas doações. Nos Estados, a extensão territorial dos interiores é maior do que nas capitais, mas são nas capitais que ações, particulares ou públicas, são geralmente enfocadas e mais apuradas. O restante da população é retida à própria carência de recursos, de oportunidades de instrumentos coletivos de aprendizagem, de crescimento, de proteção, e, já mencionado, os mais afetados são as crianças e adolescentes. O ciclo de vulnerabilidade, sem isso, é novamente mantido.

É mais do que poder, é um dever do membro, sua própria essência, atuar tanto para regulamentar o FIA para os repasses, como para conscientizar os munícipes dessa prática cidadã de compromisso com as crianças, com os adolescentes, com o Município e, principalmente, com o futuro.

6. Conclusões

Por expressas disposições constitucionais e infraconstitucionais, o Ministério Público tem o dever de zelar pela implantação e bom funcionamento dos fundos dos direitos da criança e do adolescente, vez que são formas de participação da sociedade, representando cidadania, um dos princípios fundamentais da república, e formar de asseguramento de direitos sociais previstos na Carta Magna, os quais cabe ao *Parquet* defender.

Exatamente por ser um dever constitucional, o agir do membro ministerial na implantação e zelo pelo bom funcionamento dos conselhos não pode ficar ao talante daquele. A omissão do membro do Ministério Público pode configurar inobservância de seus deveres funcionais. Ao atuar para a implantação e funcionamento dos conselhos, o membro do Ministério Público está atando como agente político e como agente social, capaz de interferir na realidade social.

Para tanto, imperiosa também a atuação do Ministério Público para encetar campanha para sensibilizar todos os potenciais doadores, bem como os gestores municipais, a fim de

que esses vultosos recursos fiquem no Estado e nos Municípios. Na campanha, sejam envolvidos/as: (a) Federações das Indústrias e (b) do Comércio, (c) Conselhos Regionais de Contabilidade, (d) Entidades de Lojistas, bem como (e) associações e sindicatos de categorias que pagam Imposto de Renda, notadamente, (e.1) Associação de Municípios, (e.2) do Ministério Público, (e.3) dos Defensores Públicos, (e.4) dos Magistrados, e ainda (f) os Tribunais de Contas e (g) os Conselhos Municipais e Estadual de Direitos da Criança e do Adolescente, entre outros. Outra sugestão é de que entre as atividades da campanha, talvez até mesmo a primeira, seja realizado grande encontro no qual poderá ser ministrada palestra por integrantes da própria Receita Federal ou auditores das Cortes de Contas junto dos listados.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

CRIANÇA E ADOLESCENTE. PRIORIDADE ABSOLUTA. PROMOÇÃO DA REGULAMENTAÇÃO DOS FUNDOS DA INFÂNCIA E ADOLESCÊNCIA. RECEBIMENTO DE DOAÇÕES SUBSIDIADAS PELO IMPOSTO DE RENDA. DEVER MINISTERIAL. 1. Crianças e adolescentes são prioridade absoluta para a Constituição Federal. 2. O perfil constitucional do Ministério Público impõe a atuação ativa do membro para proteção de seus direitos. 3. Doações subsidiadas são destinações diretas de parte do Imposto de Renda para os Fundos da Infância e da Adolescência (FIA). 4. São, pois, recursos *certos* para o custeio do FIA, bem como das ações, programas e atividades com ele promovidas. 5. O recebimento das doações é condicionado ao cadastramento e regulamentação do FIA junto à Secretaria Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA). 6. Promoção de regulamentação dos FIAs junto à receita federal e encetamento de campanha para conscientização das destinações são, pois, deveres do *Parquet*.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Assembleia Nacional Constituinte. Comissão de Sistematização. **Emendas oferecidas ao Anteprojeto de Constituição**, vol. I, emendas 1 a 2131. Centro Gráfico do Congresso Nacional: Brasília, 1987, p. 106.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 4.320**, de 17 de março de 1964. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4320.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 8.069**, de 13 de julho de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 8.242**, de 12 de outubro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8242.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 8.313**, de 23 de dezembro de 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8313cons.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 9.250**, de 26 de dezembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9250.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 11.438**, de 29 de dezembro de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11438.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 12.213**, de 20 de janeiro de 2010. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12213.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 12.594**, de 18 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12594.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Lei n. 12.715**, de 17 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12715.htm>. Acesso em 18 jul.2019.

CONANDA. Conselho Nacional de Direitos da Criança e do Adolescente. **Resolução n. 194**, de 10 de julho de 2017. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/conanda/resolucoes/resolucao-no-194-de-10-de-julho-de-2017/at_download/file>. Acesso em 18 jul.2019.

_____. **Manual do promotor de justiça**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e o Estatuto da criança e do adolescente.** Revista de informação legislativa, v. 29, n. 114, p. 157-198, abr./jun. 1992. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/175921>. Acesso em 18. jul/2019.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. Receita Federal do Brasil. Coordenação-Geral de Arrecadação e Cobrança. Anexo I, ofício 050/2018-RFB/Codac/Codar. IRPF2018. **Doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Primeiro repasse. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/noticias-2017/ANEXOIRepasses.pdf >. Acesso em 18 jul.2019.

_____. ReceitaData. **Arrecadação das receitas federais por Unidade da Federação**. Brasília, 2018. Disponível em:

<http://receita.economia.gov.br/dados/receitadata/arrecadacao/arrecadacao-por-estado >. Acesso em 18 jul.2019.

_____. Receita Federal do Brasil. Coordenação-Geral de Arrecadação e Cobrança. Anexo II, ofício 050/2018-RFB/Codac/Codar. IRPF2018. **Doações aos Fundos dos Direitos da Criança e do Adolescente**. Primeiro repasse. Brasília, 2018. Disponível em: <https://www.direitosdacrianca.gov.br/noticias-2017/ANEXOIRepasses.pdf>. Acesso em 18 jul.2019.

Anexo 1 – Cálculo da projeção de destinação

Arrecadado 2017-2018	Maranhão	Piauí	São Paulo	Brasil
Pessoa Jurídica	R$ 448.054.802,02	R$ 350.209.575,74	R$ 55.095.640.787,30	R$ 120.219.713.618,59
Pessoa Física	R$ 704.862.101,54	R$ 561.430.259,97	R$ 106.206.469.703,25	R$ 239.477.952.334,78
Potencial – 1%	R$ 4.480.548,02	R$ 3.502.095,76	R$ 550.956.407,87	R$ 1.202.197.136,19
Potencial – 6%	R$ 42.291.726,09	R$ 33.685.815,60	R$ 6.372.388.182,20	R$ 14.368.677.140,09
Total Potencial	R$ 46.772.274,11	R$ 37.187.911,36	R$ 6.923.344.590,07	R$ 15.570.874.276,27
Pessoa Jurídica	R$ 512.952.612,84	R$ 400.061.043,72	R$ 62.191.175.999,14	R$ 141.855.542.251,57
Pessoa Física	R$ 870.714.928,36	R$ 587.476.460,60	R$ 108.957.968.456,91	R$ 248.978.824.530,19
Potencial – 1%	R$ 5.129.526,13	R$ 4.000.610,44	R$ 621.911.759,99	R$ 1.418.555.422,52
Potencial – 6%	R$ 52.242.895,70	R$ 35.248.587,64	R$ 6.537.478.107,41	R$ 14.938.729.471,81
Total Potencial	R$ 57.372.421,83	R$ 39.249.198,07	R$ 7.159.389.867,41	R$ 16.357.284.894,33

1 – São três formas de tributação de renda da Pessoa Jurídica: (a) lucro real, (b) lucro presumido e (c) Simples Nacional. Nos dados extraídos a partir do levantamento da Receita Federal sobre as receitas arrecadadas não é distinguida qual a forma de tributação, por isso, a todas elas, aplicado o percentual de 1% (um por cento) para a dedução. Ou seja, todas foram consideradas, em tese, tributadas pelo Lucro Real (art. 260, I, ECA).

2 – Como os dados consideram apenas o arrecadado, não é possível separar o que será, ainda, eventualmente restituído. A bem disso, os valores são considerados como projeções de "potenciais arrecadações para o FIA".

3 – No levantamento da Confederação Nacional de Municípios (CNM)[363], o potencial de arrecadação é referido por "Dados do último cadastro nacional finalizado em 11 de outubro de 2017, realizado pela Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (SNDCA/MDH)", contudo, não indica os parâmetros de projeção ou a fonte de consulta. A projeção é, lá, por isso, maior. Por exemplo, o potencial de arrecadação do Piauí, em 2017, somados todos os seus municípios, seira de R$72.172.057,04 (setenta e dois milhões cento e setenta e dois mil e cinquenta e sete reais e quatro centavos) e não de R$37.187.911,36 (trinta e sete milhões cento e oitenta e sete mil novecentos e onze reais e trinta e seis centavos.

363 CONFEDERAÇÃO NACINAL DE MUNICÍPIOS. Fia Municipal. Conheça o potencial de captação de recursos do seu Município, por meio de doações dedutíveis do Imposto de Renda (IR), para aumentar as receitas do FIA. Disponível em: <http://www.fia.cnm.org.br/pagina/interna/confira-o-potencial-de-arrecadacao>. Acesso em 18 jul.2019.

Proteu e a Metamorfose da Corrupção Ambiental.

Priscila da Mata Cavalcante[1]. Área: Cível e Especializadas.

I. Introdução

Nem creiais, Ninfas, não, que fama desse
A quem ao bem comum e do seu Rei
Antepuser seu próprio **interesse**,
Imigo da divina e humana Lei.
Nenhum ambicioso que quisesse
Subir a grandes cargos, cantarei,
Só por **poder** com torpes exercícios
Usar mais largamente de seus **vícios**;

Nenhum que use de seu pode bastante
Pera servir a seu desejo feio,
E que, por comprazer ao vulgo errante,
Se muda em mais figuras que **Proteio**.
Nem, Camenas, também cuideis que cante
Quem, com hábito honesto e grave, veio,
Por contentar o Rei, no ofício novo,
A despir e roubar o pobre povo!

Nem quem acha que é justo e que é direito
Guardar-se a lei do Rei severamente,
E não acha que é **justo** e bom respeito
Que se pague o suor da servil gente;
Nem quem sempre, com pouco experto peito,
Razões aprende, e cuida que é prudente,

Pera taxar, com mão rapace e escassa,
Os trabalhos alheios que não passa.
(CAMÕES. Luís. *Os Lusíadas*. Canto VII, 84-86, Grifou-se).

O presente trabalho visa refletir sobre a integridade ambiental e a *Lei Anticorrupção* (Lei nº 12.846/13), apontando-se a ausência da previsão dos crimes contra a Administração Pública Ambiental (artigos 66 a 69-A, da Lei nº 9605/1998) no rol das infrações previstas no artigo 5º, da Lei nº 12.846/13, considerando, sobretudo, que a *corrupção* permeia a gestão do patrimônio público, inclusive ambiental, especialmente pela sua capacidade de mutagênese.

Narra a mitologia grega que Proteu, deus grego, filho do titã Oceano e Tetis, conhece as profundezas do mar e protege as suas criaturas, como ministro de Netuno.[364] Orientado por sua filha Idotéia, Menelau, rei de Esparta, o aprisiona em uma emboscada. Proteu, então, sofre uma *metamorfose*, "sem lhe esquecer o ardil, muda-se o velho em jubado leão, drago, pantera, cerdo, riacho, ou tronco de alta copa".[365] Menelau, todavia, o prende e o força a responder "a imortais é claro tudo, quem assim me proíbe o mar piscoso".[366] O rei de Esparta, então, é informado que se encontrava retido na ilha de Faro por não ter realizado holocaustos aos deuses antes do seu embarque, tendo que retornar ao Egito e oferecer sacrifícios para continuar a viagem: "Devias, respondeu-me, antes do embarque sacrificar ao Padre e à corte sua, para alcançares próspera viagem. Amigos não verás, nem pátrio alvergue, sem que ao Dial Egito rio volvas e às divindades hecatombes sagres".[367]

A *metamorfose*, característica de Proteu, é o cerne da corrupção. A intersecção entre corrupção e meio ambiente desvela-se com o aumento da transparência e o aprofundamento das investigações na seara ambiental, patrimonial e eleitoral. Diversas são as suas faces como fraude em licenciamento ambiental; alteração ilegal de zoneamento; desmatamento; exploração e venda ilegal de madeira; destruição e ocupação ilegal de áreas de Mata Atlântica, manguezais, restingas e áreas de preservação permanente; caça; dano à Unidade de Conservação; utilização ilícita de recursos minerais; poluição; assédio moral a servidores e ausência de fiscalização.

---

[364] "De Netuno Ministro, aqui se aloja, Proteu meu pai, que as úmidas entranhas tem sondando e conhece" (HOMERO. *Odisseia*. Trad. Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Montecristo, 2012. Canto IV, 300-305).

[365] Idem, Canto IV, 355-359.

[366] Idem, Canto IV, 362-363.

[367] Idem, Canto IV, 364-369. "Fluido e ambivalente, Proteu pode ser considerado uma figura alegórica da temporalidade natural, cíclica e em constante **mutação** que não deixa nada se fixar. A essa potência de indiferenciação, expressa na **metamorfose**, opõe-se a resolução planejada do herói, portanto a força que impõe uma temporalidade não só da previsão do futuro, mas também dessa antecipação voltada para o domínio sobre o presente no rumo para o mundo civilizado". (SUSSEKIND, Pedro. As metamorfoses de Proteu. Viso · Cadernos de estética aplicada. *Revista eletrônica de estética*. ISSN 1981-4062. Nº 17, jul-dez/2015. Disponível em: http://revistaviso.com.br/pdf/Viso_17_PedroSussekind.pdf. Acesso em: 0704.2019, Grifou-se).

O noticiário estampa exemplos como a falsificação de testes de emissões de poluentes, envolvendo diversas fabricantes de veículos (*Dieselgate*), como Audi, FCA, Mercedes, Renault e Volkswagen, e os rompimentos das Barragens, em Mariana/MG e Brumadinho/MG, além do caso da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, que revelou uma *organização criminosa* atuante, desde a fase de licitação, apresentação de estudos ambientais e desvio de recursos eleitorais (Operação Leviatã e Operação Lava Jato).[368]

Neste sentido, ainda que o quebra cabeça do tripé da corrupção (ambiental, patrimonial e eleitoral) não se feche em todos os casos, os ilícitos ambientais merecem um olhar mais acurado e, a partir do devido processo legal, a adequada punição, nas esferas administrativa, cível e criminal.

O lastro que embasa tal raciocínio é o seguinte: as grandes obras de infraestrutura, como por exemplo, dragagem, ferrovia, rodovia e porto demandam **(i)** a elaboração de Estudo Prévio de Impacto Ambiental (EPIA) e complexo licenciamento ambiental; **(ii)** a celebração de contrato, com o Poder Público, a partir da realização de procedimento licitatório ou anúncio/chamada pública (Lei nº 12.815/2013) e, em alguns casos, culminam com **(iii)** a utilização de recursos ilícitos para nutrir campanhas eleitorais, advindos de desvios ou pagamento de favores dos procedimentos anteriores.

Da perspectiva empresarial, os gastos com a área ambiental são tradicionalmente vistos como "custos" e não como "investimentos", tendo como consequência a ausência de melhor tecnologia, processos industriais mal fiscalizados e acidentes ambientais. Compliance, transparência e controle social são instrumentos capazes de reverter ou, ao menos, controlar um cenário ambiental que se assemelha às t*ragédias gregas*.

Ademais, a análise das infrações ambientais exige profundo conhecimento técnico, que pode ser fornecido pelas instituições sem fins lucrativos da sociedade civil e universidades, por intermédio da elaboração de convênios ou termos de cooperação com Órgãos Ambientais, Ministério Público, Polícia Judiciária e Poder Judiciário.

---

[368] A Norte Energia S.A., constituída sob a forma de Sociedade de Propósito Específico (SPE), venceu o leilão de concessão para a construção e operação da Usina Hidrelétrica Belo Monte e celebrou o contrato de concessão nº. 01/2010-MME-UHE-Belo Monte, em 26/08/2010, com a União, com prazo de gerenciamento da Usina por 35 anos. Na época da licitação, concorreram dois consórcios: **(i)** Norte Energia: contava com nove integrantes, liderado pela Chesf, subsidiária da Eletrobrás; a construtora Queiroz Galvão; a Gaia Energia e Participações; Galvão Engenharia; Mendes Júnior; Serveng; J Malucelli Construtora; Contern Construções e Cetenco Engenharia e **(ii)** Belo Monte Energia: com seis integrantes, duas subsidiárias da Eletrobrás - Furnas e Eletrosul; Andrade Gutierrez; Vale; Neoenergia e Companhia Brasileira de Alumínio. O BNDES concedeu financiamento na modalidade Project Finance no valor de 80% do investimento total para construção e operação da usina. O estudo, denominado "Aproveitamento Hidrelétrico (AHE) Belo Monte – Estudo de Impacto Ambiental (EIA)", foi elaborado pela LEME Engenharia Ltda. em cumprimento ao Acordo de Cooperação Técnica ECE-120/2005, firmado em julho de 2005, entre a Eletrobrás– Centrais Elétricas Brasileiras S.A. e as construtoras Andrade Gutierrez, Camargo Corrêa e Norberto Odebrecht, visando à conclusão dos Estudos de Viabilidade Técnica, Econômica e Socioambiental do AHE Belo Monte, e inclui a revisão do inventário do trecho principal do rio Xingu. Processo IBAMA DILIQ/IBQMQ nº 1.156.

Por fim, o fortalecimento das instituições ambientais, suprindo-as com tecnologia, concurso para novos servidores e capacitação contínua é imprescindível para a melhoria dos trabalhos de auditoria, fiscalização, licenciamento e proteção ambiental.

II. Exposição

1. Corrupção: "Inimigo da Divina e Humana Lei"

O signo *corrupção*[369] revela múltiplos significados, unidos a questões morais, sociais e políticas, mas sobretudo a uma escolha individual. O sentido do termo se encontra em constante *mutação*, sendo utilizado tanto para abranger os crimes previstos nos artigos 317 (passiva) e 333 (ativa), do Código Penal, como, genericamente, alguns crimes contra a Administração Pública, assim como condutas não tipificadas, como financiamento ilícito de partidos políticos com o uso de dinheiro não contabilizado.[370] No limite, a corrupção expressa uma face da *injustiça*.

Sandel propõe três maneiras de se pensar sobre a *justiça*: **(i) utilidade**: a maximização do bem estar, melhoria do padrão de vida, prosperidade e crescimento econômico, tendo como consequência o aumento da felicidade para o maior número de pessoas (Bentham e Stuart Mill); **(ii) liberdade**: respeito às liberdades, ao contrato social e aos direitos individuais, na dialética entre *laissez-faire* (libertários) e equanimidade (igualitários) (Hayek, Friedman, Nozik; Kant e Rawls); **(iii) virtude**: visão de justiça como ideal moral e/ou religioso (Aristóteles).[371]

Na primeira perspectiva, *utilitarista*, a moral consiste em sopesar custos e benefícios e avaliar as consequências sociais advindas. No caso da corrupção, isso conduz a um cálculo sobre as (des)vantagens dos atos ilícitos ou, a *contrario sensu*, o investimento em mecanismos

---

369 "Corruption can take a variety of forms such as bribery, extortion, influence peddling, nepotism, fraud, speed money or embezzlement (UNDP, 2008). Furthermore, corruption is not a sin of government and public servants but also prevails in the corporate sector (UNDP, 2008). All things considered, corruption has been commonly defined as 'misuse of entrusted power for private gain', where the 'private gain' may accrue either to the individual or to groups or parties to which the individual belongs (Treisman, 2000). In theory, existence of corruption is assumed to require three elements: 1) someone must have discretionary power; 2) there must be economic rents associated with this power, and 3) the legal/judicial system must offer sufficiently low probability of detecting and punishing the wrongdoer (Jain, 2001)".(KUSTER, Rafael et al. Curbing Corruption in Brazilian Environmental Governance: A Collective Action and Problem Solving Approach. In: *Corporate Social Responsibility in Brazil. The Future is Now*. Editors: **Stehr**, Christopher, **Dziatzko**, Nina, **Struve**, Franziska (Eds.) ISBN 978-3-319-90605-8, p. 213-240).

370 "Assinala-se que o significado do rótulo 'corrupção' se encontra em constante mutação, podendo ser utilizado tanto para abranger práticas incidentes na definição legal deste fenômeno (por exemplo, peculato, tráfico de influência, recebimento de propinas etc.), bem como em formas ansiosas de uma definição legal (vide financiamento ilícito de agremiações políticas com o uso de dinheiro não contabilizado), desaguando em modalidades carentes de regulação (cite-se o denominado lobby praticado por agentes políticos em favor de empresas nacionais) por serem consideradas aceitáveis e necessárias em uma economia de mercado global altamente competitiva" (HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017 – Rodrigo Sanchez Rios, Prefácio, p. 1-2).

371 SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 28-30.

para combater os crimes institucionalizados. A falta da análise custo-benefício, sobretudo aquela que contempla *sustentabilidade*, pode ter efeitos nocivos no meio ambiente.[372]

A segunda corrente, *libertária*, tem a liberdade como cerne e, por conseguinte, o cumprimento dos contratos, a proteção à propriedade privada, o respeito aos direitos individuais, a defesa da racionalidade e autonomia. Kant afirma que, se não existe autonomia, não pode haver responsabilidade moral, pois "agir livremente não é escolher as melhores formas para atingir determinado fim; é escolher o fim em si – uma escolha que os serem humanos podem fazer e bolas de bilhar (e maioria dos animais) não podem."[373] Destarte, o respeito à dignidade humana exige que tratemos as pessoas como fins em si mesmas".[374] Agir moralmente significa agir por dever e em obediência à lei moral. Agir livremente significa agir de acordo com o imperativo categórico.

Arremata com a assertiva de que qualquer mentira "corrompe a própria essência daquilo que é certo (…) a verdade (honestidade) em todas as declarações é, portanto, uma lei sagrada e incondicional da razão, que não admite qualquer forma de transigência".[375]

A terceira vertente, *virtuosa*, entende que a justiça é teológica e honorífica, que significa conhecer o *télos* (propósito) e as virtudes que ele deve honrar e compensar. O desígnio da política, assim, não é criar uma estrutura de direitos neutra, mas formar bons e justos cidadãos. A finalidade da pólis é uma vida boa e as instituições sociais são meios para atingir este fim.[376]

Na Política, Aristóteles entende que os atrativos do instinto e as paixões do coração *corrompem* os homens quando estão no poder, e a lei, ao contrário, é a inteligência sem as paixões cegas. Neste sentido, as formas de governo possuem *desvios*: a tirania, da monarquia; a oligarquia, da aristocracia e a demagogia, da república. Nenhuma destas formas de governa considera o interesse geral.[377]

O termo *corruptionis* significa "romper totalmente, quebrar o todo, destruir os fundamentos, as estruturas de algo".[378] A percepção natural da corrupção transmudou-se do mundo físico para o mundo político. Desta forma, se a paixão (*páthos*) impulsionasse a ação humana (*práxis*), ter-se-ia uma atitude moralmente má. Ao contrário, o domínio próprio

---

[372] KUSTER, Rafael et al. Curbing Corruption in Brazilian Environmental Governance: A Collective Action and Problem Solving Approach. In: *Corporate Social Responsibility in Brazil. The Future is Now*. Editors: **Stehr**, Christopher, **Dziatzko**, Nina, **Struve**, Franziska (Eds.) ISBN 978-3-319-90605-8, p. 213-240.

[373] SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009, p. 141-142.

[374] Idem, p. 142-143.

[375] Idem, p. 165, apud. Immanual Kant. On a Supposed Right to Lie Because of Philantropic Concerns (1799). Cambridge: Hackett Publishing, 1993, p. 64.

[376] Idem p. 233-235.

[377] ARISTÓTELES. Política. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf . Acesso em: 11.04.2019.

[378] HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 11.

geraria a virtude (*areté*). Por outro lado, existe uma íntima relação entre corrupção e desvios da função pública[379], desde o Código de Hamurabi (1910 a.c.), perpassando pelo direito grego (peculato, corrupção, abuso de autoridade e suborno) e romano (corrupção, peculato, concussão e excesso de exação). Em Portugal, tem-se a previsão do crime de corrupção nas Ordenações Afonsinas, Manoelinas, Sebastianas e Filipinas. Na França, o crime foi previsto na Assembleia Nacional Constituinte, de 1789. No Brasil[380], os crimes desta natureza são previstos no Código Criminal do Império de 1830 (art. 130-133) e no Código Penal de 1890.[381]

Sob a perspectiva do Direito Internacional Público, o regime transnacional anticorrupção "é o conjunto de atos internacionais multilaterais em matéria de corrupção ratificados e vigentes no Brasil, com suas respectivas medidas transnacionais anticorrupção preventivas e repressivas".[382] Na legislação internacional, destacam-se: a Convenção Interamericana contra Corrupção da OEA, de 1996 (Convenção de Caracas); a Convenção das Nações Unidades contra o Crime Organizado Transnacional, de 2000 (Convenção de Palermo); a Convenção das Nações Unidas contra Corrupção, de 2003 (Convenção de Mérida); a Convenção sobre Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da OCDE, de 2007. A ONU compreende a corrupção como fenômeno transnacional, que afeta a estabilidade e a segurança dos Estados; enfraquece as instituições, os valores democráticos, a ética e a justiça e compromete o desenvolvimento sustentável.

2. Lei Anticorrupção: "Guardar-se a Lei do Rei Severamente"

Na esteira internacional e visando uma ação preventiva e repressiva, o Brasil aprovou a **Lei nº 12.846/2016**, regulamentada pelo **Decreto nº 8.420/2015**, que dispõe sobre a responsabilização objetiva de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, praticados em seu interesse ou benefício, exclusivo ou não e aplicando-se às sociedades empresárias e às sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a

379 Idem, p. 12-13.

380 "A corrupção nacional é decorrência da moral predatória caracteristicamente dominante no Estado patrimonial, que, conscientemente ou não, formatou um conjunto de padrões sociopolíticos de comportamento ético adverso às formas racionais mais modernas de trato da *res* pública. Tal comportamento, hábitos e costumes restaram cristalizados na mentalidade do homem português, orientada pelo pouco apego à lei, o uso pessoal do erário, a valorização da ineficiência, a aversão ao trabalho produtivo, o gosto pela ociosidade, a falta de regramento e disciplina, bem como a banalização da corrupção e da impunidade". (GHIZZO NETO, Afonso Ghizzo. *Corrupção, Estado de Direito e Educação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012*, p. 02.)

381 HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 15-17.

382 Idem, p. 19.

quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente.

Ademais, subsiste a responsabilidade da pessoa jurídica na hipótese de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária. A responsabilização da pessoa jurídica, no entanto, é independente e não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito.

Assim, a responsabilidade da pessoa jurídica é objetiva, enquanto dos dirigentes ou administradores é subjetiva e na medida da sua culpabilidade. No Estado do Paraná, a **Lei nº 12.846/2016** é regulamentada pelo **Decreto nº 10271/2014**.

Relembre-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é prevista no Brasil apenas para crimes ambientais, na Lei nº 9605/1998.[383] Não obstante, há previsão, pela Comissão encarregada de revisar o Código Penal Brasileiro, de responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes contra a administração pública, ordem econômica, sistema financeiro e o meio ambiente (Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 – Anteprojeto do Código Penal, art. 41 a 44).

O artigo 5º, da **Lei nº 12.846/2016**, expõe que constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil.

A Lei Anticorrupção instituiu uma nova forma de responsabilidade, a responsabilidade da pessoa jurídica pela prática de atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, sujeita a um regime jurídico próprio, que estatui, para o mesmo ilícito, duas espécies de sanções: **(i)** art. 6.º, aplicáveis no seio do processo administrativo; e **(ii)** art. 19, aplicáveis com base em uma ação civil pública.[384]

A tipificação descrita no artigo 5º, I a V, pode ser encontrada, em redação semelhante, no Código Penal (art. 333) e na Lei nº 8.666/93 (arts. 90, 92, 93, 95 e 96).

---

383 CF, 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. § 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.
Lei 9.605/1998. Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

384 BERTONCINI, Mateus. Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira. In: SANTOS, José Anacleto Abduch. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção*. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2015.

Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos, previstos na lei, as seguintes sanções: **(i)** multa e **(ii)** publicação extraordinária da decisão condenatória. A multa terá o valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, e nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação; caso não possível, a multa será de R$ 6.000,00 (seis mil reais) a R$ 60.000.000,00 (sessenta milhões de reais). A aplicação das sanções da lei não exclui, em qualquer hipótese, a obrigação da reparação integral do dano causado. *Comparativamente*, o Decreto nº 6514/2008, que dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estatui, no art. 9º, que o valor da multa é de no mínimo de R$ 50,00 e o máximo de R$ 50.000.000,00, bem como exige a reparação integral do dano.

A publicação extraordinária da decisão condenatória ocorrerá na forma de extrato de sentença, a expensa da pessoa jurídica, em meios de comunicação de grande circulação na área da prática da infração e de atuação da pessoa jurídica ou, na sua falta, em publicação de circulação nacional, bem como por meio de afixação de edital, pelo prazo mínimo de 30 (trinta) dias, no próprio estabelecimento ou no local de exercício da atividade, de modo visível ao público, e no sítio eletrônico na rede mundial de computadores.

No que concerne à apuração da responsabilidade, pelo Poder Executivo, normalmente, tendo em vista a necessária *justa causa*, os processos administrativos contra pessoas jurídicas são instaurados após o início de investigações, objeto de inquérito civil e policial ou de auditoria promovida pelo TCE, TCU ou CGU.[385]

Na esfera judicial, a lei prevê as seguintes penalidades: **(i)** perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente, obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé; **(ii)** suspensão ou interdição parcial de suas atividades; **(iii)** dissolução compulsória da pessoa jurídica; **(iv)** proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de 1 (um) e máximo de 5 (cinco) anos. As sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Outrossim, o Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, ressalvado o direito do terceiro de boa-fé. A multa e o perdimento

385 HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015 p. 175.

de bens, direitos ou valores aplicados com fundamento na lei serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas.

Ressalva ainda a lei que a aplicação das sanções previstas não afeta os processos de responsabilização e aplicação de penalidades decorrentes de: **(i)** ato de improbidade administrativa, nos termos da Lei nº 8.429/1992; e **(ii)** atos ilícitos alcançados pela Lei nº 8.666/1993, ou outras normas de licitações e contratos da administração pública, inclusive no tocante ao Regime Diferenciado de Contratações Públicas - RDC instituído pela Lei nº 12.462/2011.

3. Crime contra Administração Ambiental: "Só Por Poder Com Torpes Exercícios"

O *patrimônio público ambiental* é Patrimônio Natural da Humanidade, e deve ser protegido como *espaço público*, à luz dos princípios insculpidos na Declaração da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972 (Declaração de Estocolmo); Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992) e Convenção sobre a Diversidade Biológica (CDB) (1992).

Na Constituição da República, a proteção ambiental se encontra plasmada nos artigos 5º, LXXIII, 23, I, III, IV, VI, VII, IX, XI, 24, VI, VII e VIII, 129, III, 170, VI, 186, II, 200, VIII, 220, § 3º , II e 225. A Constituição do Estado do Paraná imputa o dever de proteção ambiental ao Estado e aos Municípios. A Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei nº. 6.938/81) consagrou como um dos seus objetivos a imposição ao poluidor e ao predador da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade, independentemente da existência de culpa (artigo 14, § 1º, da Lei nº 6.938/81 e artigo 143, § 2º, do Decreto nº 6.514/2008) e constituiu o Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), cujos integrantes possuem legitimidade para instauração, apuração, julgamento e adoção de todas as providências relacionadas às infrações ambientais no âmbito administrativo.

A Lei nº 9.605/98 normatiza os crimes ambientais e estatui a responsabilidade da pessoa jurídica e daqueles que tendo *conhecimento* da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando poderia agir para evitá-la, prevendo a possibilidade de desconsideração da pessoa jurídica sempre que sua personalidade for obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados à qualidade do meio ambiente (art. 2º, 3º e 4º) e o Decreto nº 6.514/2008 dispõe sobre as infrações e sanções administrativas ao meio ambiente, estabelece o processo administrativo federal para apuração destas infrações.

O licenciamento ambiental[386] é um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente, previsto no artigo 10 da Lei nº 6.938/81, por intermédio do qual a Administração Pública, no exercício de seu poder-dever constitucionalmente previsto, ao estabelecer condições e limites para o seu exercício, exige a adequação das atividades empresariais à defesa do meio ambiente e exerce o controle ambiental das atividades potencialmente degradadoras do ambiente. Como um dos instrumentos da Política Nacional do Meio Ambiente - PNMA, nos termos do artigo 9º, inciso IV da Lei 6.938/81, tem por objetivo primordial a preservação e a conservação do meio ambiente (art. 2º caput).

O adequado licenciamento é tão relevante que foi erigido à categoria de crime pela Lei nº 9.605/98 (Lei de Crimes Ambientais) a construção, instalação ou funcionamento de obra potencialmente poluidora sem licença ou autorização da autoridade ambiental competente, ou contrariando as normas legais e regulamentares, responsabilizando-se, penalmente, inclusive, nos termos do artigo 3º, da lei, as pessoas jurídicas. No Estado do Paraná, o licenciamento ambiental é disciplinado pelas Resoluções SEMA no 31/1998 e Resolução CEMA no 65/2008.

A Lei nº 9.605/98, na Seção V, prevê os **Crimes contra a Administração Ambiental**, dos artigos 66 a 69-A. O crime do artigo 66 é próprio e de mera conduta, refere-se a fazer afirmação falsa, omitir a verdade ou sonegar informações, em procedimento de autorização e licenciamento ambiental e assemelha-se aos tipos dos artigos 299, 319[387] e 342[388], do Código Penal, sendo mais específico. Possui como sujeito passivo funcionário público ou agentes delegados (CP, art. 327), como os técnicos que elaboram os estudos ambientais. O crime do artigo 67, por sua vez, trata da concessão de licença em desacordo com as normas ambientais. O artigo 68 é um tipo penal aberto, e cinge-se a deixar de cumprir obrigação de relevante interesse ambiental. O tipo comporta diversos atos jurídicos e exige justa causa. O artigo 69 trata de obstar ou dificultar ação fiscalizadora do Poder Público no trato de questões ambientais, delito formal que responsabiliza os fiscais das três esferas da federação. O artigo 69-A tem como objeto elaborar, no licenciamento ambiental, estudo total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão, podendo ser praticado por funcionário público ou qualquer pessoa.

Observa-se que a lei de crimes ambientais possui penas brandas. Na modalidade dolosa, os artigos 66 a 69 possuem sanções de 01 a 03 anos, e o artigo 69-A, de 03 a 06 anos,

---

386 "Nesse contexto, mister que haja o aperfeiçoamento dos mecanismos legais para a proteção ambiental. Dentre esses mecanismos destaca-se o licenciamento ambiental, expressão da regulação administrativa, imprescindível à concretização e à efetividade do resguardo ambiental." (TRENNEPOHL, Curt e TRENNEPOHL,Terence. Licenciamento ambiental. Niterói: Impetus, 2013, p. 2, do Prefácio).

387 FREITAS, Gilberto Passos de et al. *Crimes contra a Natureza*. 9ª edição. São Paulo: RT, 281-297.

388 DINO NETO, Nicolao et al. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais.* 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 384-394.

e, não sendo casos de crimes prioritários, correm o risco de prescrição. Outro risco é a *pulverização*, ou seja, a apuração dos crimes por diversos órgãos de execução, em diferentes épocas e lugares, tendo-se dificuldade em vislumbrar eventual *associação criminosa*, cujo escopo é fraudar licenciamentos ambientais e obstar a fiscalização, especialmente porque tais crimes podem ocorrer em concurso com os artigos 317 e 333, do Código Penal.

A título de comparação, a tabela abaixo mostra as infrações e crimes e suas respectivas sanções:

	Código Penal	**Lei nº 9605/1998**	**Lei nº 8.666/1993**	**Lei nº 8429/1992 - Improbidade**	**Lei nº 12.846/13 - Lei Anticorrupção**
Infração/Crime	Arts. 312 a 359-H – Crimes contra a Administração Pública	Arts. 66 a 69-A – Crimes contra a Administração Pública Ambiental	Arts. 89 a 99 – Crimes de Licitação	Arts. 9ª, 10 e 11 – Atos de Improbidade	Art. 5º – Atos Lesivos à Administração Pública
Sanção/Pena	Penas: (i) privativas de liberdade; (ii) restritivas de direitos; (iii) multa. Restritivas de Direitos: (i) prestação pecuniária; (ii) perda de bens e valores; (iii) limitação de fim de semana; (iv) prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas; (v) interdição temporária de direitos; (vi) limitação de fim de semana. Efeitos genéricos e específicos da condenação: (i) tornar certa a	Restritivas de direito: (i) prestação de serviços à comunidade; (ii) interdição temporária de direitos; (iii) suspensão parcial ou total de atividades; (iv) prestação pecuniária; (v) recolhimento domiciliar. Penas da Pessoa Jurídica: (i) multa; (ii) restritivas de direitos; (iii) prestação de serviços à comunidade. Restritivas de direito: (i) suspensão	Sanção Administrativa: (i) multa de mora; (ii) rescisão unilateral; (iii) advertência; (iv) multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; (v) suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração; (vi) declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública.	Penas: (i) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; (ii) ressarcimento integral do dano; (iii) perda da função pública; (iv) suspensão dos direitos políticos; (v) pagamento de multa civil e (vi) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de	Responsabilização Administrativa: (i) multa, no valor de 0,1% a 20% do faturamento bruto; (ii) publicação extraordinária da decisão condenatória; Responsabilização Judicial: (i) perdimento dos bens, direitos ou valores; (ii) suspensão ou interdição parcial de suas atividades; (iii) dissolução compulsória da pessoa jurídica; (iv) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos; (v) inscrição no Cadastro Nacional de Empresas Punidas – CNEP.

	obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (ii) a perda em favor da União, dos instrumentos do crime e do produto do crime. (iii) a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo; (iv) a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela; (v) a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso.	parcial ou total de atividades; (ii) interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade; (iii) proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações. Valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração.		pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.	
Rito	CPP	Lei nº 9605/1998 CPP	Lei nº 8666/1993 CPP	Lei nº 8429/1992	Lei nº 7347/1985

III. Conclusão

No âmago da hermenêutica normativa, a interpretação sistemática[389] demanda uma análise integrada do ordenamento jurídico. *Primeiro*, a própria Constituição Federal, no art. 225, estatui que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. *Segundo*, o art. 3º, da Lei nº 9.605/1998 determina que as pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade. *Terceiro*, o Projeto de Lei do Senado nº 236/2012 – Anteprojeto do Código Penal, art. 41 a 44 prevê a responsabilização da pessoa jurídica pelos crimes contra a administração pública, ordem econômica, sistema

389 Cânone da Totalidade ou Coerência da interpretação: referente ao objeto da interpretação, em que as partes interiores referentes a um todo são interpretadas.. Relaciona-se às ideias de indivisibilidade e sistematicidade da interpretação que deve ser realizada a partir da correlação entre as partes do todo e entre estas reciprocamente, com vistas a permitir recíproca iluminação entre as partes e o todo na cristalização do sentido. A interpretação deve visar um sentido único e harmônico. Por conta disso, a sua origem comum deve ser capturada e a vontade da qual partir ser compreendida, analisando-se amplamente as partes (como um todo) em que se decompõe sua expressão. Destaca Betti que este cânone, na visão jurídica, resulta na concepção do ordenamento jurídico como um sistema coerente de normas, interdependente e harmônico (Direito Positivo). Na interpretação das normas juristas e leigos utilizam tal cânone conscientemente ou não, sobretudo quando se trata de eliminar interpretações divergentes com a lógica do sistema elaborados a partir de instrumentos da dogmática jurídica ou quando se trata de excluir a aplicação de normas estrangeiras díspares em relação ao espírito da legislação segundo critérios de direito internacional privado. (BETTI, Emilio. *La interpretacion de las leyes y actos jurídicos*. Madrid: ERDP, S/D, p. 36).

financeiro e o meio ambiente. *Quarto*, o sistema jurídico internacional[390] protege o meio ambiente, o que tem ensejado o aumento do investimento em inteligência e tecnologia, no combate aos crimes ambientais. *Quinto*, a análise da responsabilidade ambiental precisa observar todo o ciclo do empreendimento, desde a captação de recursos no mercado financeiro até a efetiva operação, investigando-se, inclusive, o fluxo financeiro de licitações e procedimentos de licenciamento ambiental. *Sexto*, as instituições financeiras devem incorporar, na concessão de crédito para projetos ambientais e imobiliários, uma gestão ambiental responsável, com respaldo na legislação ambiental e na Lei nº 12.846/13 (Lei Anticorrupção), regulamentada pelo Decreto nº 8.420/15, com instrumentos de governança corporativa e sustentabilidade. *Sétimo*, a responsabilidade civil ambiental, assim como a da Lei Anticorrupção, é objetiva e solidária.

Em sede de conclusão, sugere-se o cumprimento da legislação ambiental nacional e internacional, alterando-se o artigo 5º, da Lei Anticorrupção, para incluir, dentre os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público, inclusive ambiental, nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. *Alternativamente*, sugere-se a inclusão dos crimes contra a Administração Pública Ambiental (arts. 66 a 69-A, da Lei nº 9.605/1998).

Por fim, como a relação da lei é exaustiva (*numeros clausus*), necessária, para implementação da proposta, a alteração legislativa.[391]

A corrupção, em sua constante *metamorfose*, também atinge a área ambiental e o seu combate profundamente *toca o nosso ser*: **"o caminho de nossa discussão deve ser, portanto, de tal tipo e direção que aquilo de que a filosofia trata atinja nossa *responsabilidade*, nos toque (*nous touche*), e justamente em nosso ser".**[392]

IV. Síntese Dogmática

O trabalho observou a ausência da previsão dos crimes contra a Administração Pública Ambiental (artigos 66 a 69-A, da Lei nº 9605/1998) no rol das infrações previstas no artigo 5º,

390 Carta da Organização das Nações Unidas; Declaração Universal de Direitos Humanos; Declaração da OIT; Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento; Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; Pacto Global da ONU; Princípios do Equador; Protocolo Verde; Declaração de Collevecchio; Resolução BCB nº 4.327/2014; Resolução BCB nº 3792/2009; Resolução CFC nº 751/1993 e NBC T nº 15/2004; CVM nº 358/2002 e Ofício-circular/CVM/SEP/Nº 02/2015.

391 BERTONCINI, Mateus. Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira. In: SANTOS, José Anacleto Abduch. Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção. 2ª Edição. São Paulo: RT, 2015.

392 HEIDEGGER, Martin. Coleção Os Pensadores. Trad. Ernildo Stein. Que é Metafísica. O Fim da Filosofia e a Tarefa do Pensamento. A Essência da Verdade. São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 27, Grifou-se.

da Lei nº 12.846/13 e salientou a importância da sua inclusão, considerando, sobretudo, que a *corrupção* permeia a gestão do patrimônio público ambiental e que os ilícitos ambientais merecem, à luz do devido processo legal, a adequada punição, nas esferas administrativa, cível e criminal. Ademais, não obstante o termo "patrimônio público" possa abarcar também o ambiental, considera-se salutar que a lei expressamente o inclua no caput do artigo 5º.

V. Proposta de Enunciado

A alteração do artigo 5º, da Lei Anticorrupção, para incluir, dentre os atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1º, que atentem contra o patrimônio público, inclusive ambiental, nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil. *Alternativamente*, sugere-se a inclusão dos crimes contra a Administração Pública Ambiental (arts. 66 a 69-A, da Lei nº 9.605/1998) no inciso VI.

VI. Bibliografia

ARISTÓTELES. Política. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bk000426.pdf. Acesso em: 11.04.2019.

BERTONCINI, Mateus. Dos Atos Lesivos à Administração Pública Nacional ou Estrangeira. In: SANTOS, José Anacleto Abduch. *Comentários à Lei 12.846/2013 – Lei Anticorrupção.* 2ª Edição. São Paulo: RT, 2015.

BETTI, Emilio. *La interpretacion de las leyes y actos jurídicos*. Madrid: ERDP, S/D.

CAMÕES, Luís Vaz de. *Os Lusíadas*. Direção Literária Dr. Álvaro Júlio da Costa Pimpão. Disponível em: http://web.rccn.net/camoes/camoes/index.html. Acesso em: 12.04.2019.

DINO NETO, Nicolao et al. *Crimes e Infrações Administrativas Ambientais.* 3ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

FREITAS, Gilberto Passos de et al. *Crimes contra a Natureza*. 9ª edição. São Paulo: RT.
GHIZZO NETO, Afonso Ghizzo. *Corrupção, Estado de Direito e Educação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.*

HAYASHI, Felipe Eduardo Hideo. *Corrupção: Combate Transnacional, Compliance e Investigação Criminal*. 3ª Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

HEIDEGGER, Martin. Coleção Os Pensadores. Trad. Ernildo Stein. Que é Metafísica. O Fim da Filosofia e a Tarefa do Pensamento. A Essência da Verdade. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

HOMERO. *Odisseia*. Trad. Manoel Odorico Mendes. São Paulo: Montecristo, 2012.

KUSTER, Rafael et al. Curbing Corruption in Brazilian Environmental Governance: A Collective Action and Problem Solving Approach. In: *Corporate Social Responsibility in Brazil. The Future is Now*. Editors: **Stehr**, Christopher, **Dziatzko**, Nina, **Struve**, Franziska (Eds.) ISBN 978-3-319-90605-8, p. 213-240.

SANDEL, Michael. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Trad. Heloisa Matias; Maria Alice Máximo. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009

SUSSEKIND, Pedro. As metamorfoses de Proteu. Viso. Cadernos de estética aplicada. *Revista eletrônica de estética*. ISSN 1981-4062. Nº 17, jul-dez/2015. Disponível em: http://revistaviso.com.br/pdf/Viso_17_PedroSussekind.pdf. Acesso em: 0704.2019, Grifou-se).

TRENNEPOHL, Curt e TRENNEPOHL,Terence. Licenciamento ambiental. Niterói: Impetus, 2013.

Fiscalização preventiva e proativa do Ministério Público – Foco nas publicações públicas, em defesa da probidade administrativa.

AUTORES:

Daniel Henrique Queiroz de Azevedo[393], responsável pela defesa perante a Comissão Temática;

Franklin Lobato Prado[394];

Bruno Beckembauer Sanches Damasceno[395].

PROPOSIÇÃO: "Criação de equipe técnica especializada, para dar apoio às promotorias de combate à improbidade administrativa, incumbida de fazer a leitura cotidiana de publicações sobre licitações e contratos públicos em Diários Oficiais, como forma proativa de incrementar os mecanismos de fiscalização preventiva de fraudes, ineficiência de gastos e desvios de verbas públicas."

1 – SÍNTESE DOGMÁTICA e FUNDAMENTAÇÃO.

A atuação fiscalizatória preventiva do representante do Ministério Público, na seara da Probidade Administrativa – enquanto uma de suas principais atribuições – permite serem evitadas graves violações aos interesses sociais, por ser mais resolutiva e eficiente do que apenas a busca da punição dos envolvidos e mitigação das consequências danosas.

Especificamente, no que tange a probidade administrativa, é consabido que nosso ordenamento jurídico[396] já há muito percebeu que tal interesse precisa de especial atenção e proteção, considerando que não mais restam dúvidas de que a malversação de dinheiro

[393] **Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, portador do contato telefônico nº (91) 988862668 e e-mail: danazev@hotmail.com**

[394] **Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, portador do contato telefônico nº (91) 984080106 e e-mail: franklin@mppa.mp.br**

[395] **Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará, portador do contato telefônico nº (91) 988173508 e e-mail: brunosanches@mppa.mp.br**

[396] "O âmbito valorativo da improbidade administrativa, portanto, em consonância inclusive com a expressa previsão constitucional do princípio da moralidade administrativa, ganhou corpo efetivamente com a Constituição de 1988" (DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007. p. 20.).

público atinge, direta e indiretamente, os mais basilares direitos fundamentais e, por via de consequência, o bem comum.

Em recente reportagem, o Jornal *El País*[397] divulgou que a cada ano, a ineficiência do gasto dos Governos da América Latina e do Caribe gera um desperdício total de 220 bilhões de dólares (cerca de 891 bilhões de reais), equivalente a 4,4% do PIB. Informa, ainda, que o Banco Interamericano de Desenvolvimento identificou três grandes fontes de ineficiência, presentes em maior ou menor grau em todos os países da América Latina e do Caribe, sendo que uma delas corresponde as compras públicas – seja por problemas nas licitações, seja por ineficiências na seleção de projetos de investimento adequados ou por corrupção.

Nesse contexto, a publicidade e a transparência são exigências de extrema importância, notadamente para o controle dos atos administrativos, pois permitem a ampliação de mecanismos de busca e averiguação de situações suspeitas, especialmente no âmbito das contratações públicas.

Cabe, neste ponto, um recorte: *publicidade é o meio e a transparência é o fim*. Apesar de vinculadas, é certo que nem tudo que é público é transparente, já que em diversas situações, ainda que haja publicidade, a informação não é clara ou verdadeira.

A publicidade, em verdade, é imposição constitucional, pois o art. 37, da Carta Magna, foi taxativo quando dispôs que a administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios deverá obedecer tal diretriz principiológica.

Sobre o tema, Alexandre de Moraes, afirma:

> A publicidade se faz pela inserção do ato no Diário Oficial ou por edital afixado no lugar próprio para divulgação de atos públicos, para conhecimento do público em geral e, consequentemente, início da produção de seus efeitos, pois somente a publicidade evita os dissabores existentes em processos arbitrariamente sigilosos, permitindo-se os competentes recursos administrativos e as ações judiciais próprias[398].

Por sua vez, a Lei 12.527/2011[399] veio com intuito de regulamentar o acesso à informação e garanti-lo à sociedade, trazendo como preceito geral a observância da publicidade, de modo que os órgãos públicos estão obrigados a uma gestão transparente, com ampla disponibilização da informação e divulgação dos seus atos.

> "A realização do princípio da publicidade constitui-se em um dever da administração e se contempla com o direito à informação do cidadão. Desta

[397] El País. Dinheiro público mal gasto na América Latina bastaria para acabar com a extrema pobreza. Disponível em: "https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/24/internacional/1537762790_089270.html", acesso em 30 de junho de 2019)

[398] MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 351.

[399] Lei 12.527/2011, conhecida como lei de acesso à informação, que começou a vigorar em 16 de maio de 2012 e regula o acesso a informações previsto no inciso XXXIII do art. 5º, no inciso II do § 3º do art. 37 e no § 2º do art. 216 da Constituição Federal

> conjugação, tem-se a satisfação dos demais princípios que regem a administração pública. Constata-se que a administração agiu ao amparo da legalidade, busca-se a moralidade, e é satisfeita a efetividade, princípios estes todos que servem à realização do Estado Democrático de Direito.
> Embora a transparência não seja expressa dentre os princípios que regem a Administração Pública, a partir dos enunciados, deles pode-se extrair. Desta forma, a transparência demonstra ser uma integração do princípio da publicidade conjugado com o direito à informação (art. 5º, XXXIII, CF/88) e o princípio democrático. A publicidade visa, por meio da divulgação do fato, a assegurar que o ato foi praticado de acordo com a legalidade, moralidade e os demais preceitos que regem a Administração"[400].

O princípio da publicidade, e a transparência que dele deve ser decorrente, tem uma dimensão maior quando o assunto é contratação pública, isto porque, para que em uma licitação haja fornecedores interessados e, por consequência, maior competitividade, é primordial que o aviso seja publicado com informações claras[401], assim como, o edital tenha fácil acesso. De fato, o art. 3º[402], da Lei 8.666/93 preceitua que a licitação será processada e julgada em estrita conformidade com o princípio da publicidade, dentre outros.

Releva notar, inclusive, que não só os avisos de licitação devem ser publicados, pois os contratos, ratificação de dispensa e inexigibilidade de licitação também precisam ser divulgados para terem validade e permitirem o devido controle social. Somente por meio da ampla publicidade, a sociedade e os órgãos de fiscalização saberão como estão ocorrendo os gastos públicos, conforme assinalado com maestria, pelo preclaro jurista, Marçal Justen Filho:

> A publicidade orienta-se a facultar a verificação da regularidade dos atos praticados. Parte-se do pressuposto de que as pessoas tanto mais se preocuparão em seguir a lei e a moral quanto maior for a possibilidade de fiscalização de sua conduta. Sendo ilimitadas as condições de fiscalização, haverá maior garantia de que os atos serão corretos. Perante a CF/1988, a garantia foi ampliada (art. 5.º, XXXIII).
> Sob esse prisma, a publicidade traduz-se no desenvolvimento não sigiloso dos atos pertinentes à licitação, inclusive com a prestação de informações a todos os cidadãos, independentemente de seu efetivo interesse em participar do certame. A Administração não pode negar informações ou adotar soluções concretas que dificultem o conhecimento público dos atos praticados[403].

Alertamos, ainda, que publicidade não é apenas divulgar os avisos de licitação em sítios oficiais, jornais de grande circulação e diários oficiais, porquanto respeitar o princípio aqui destacado é possibilitar com que as informações cheguem aos interessados de forma

---

[400] LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: informação pública em rede. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 44.

[401] Para a licitação pública, o princípio da publicidade é de vital importância. Sem ele, já não se poderia falar em licitação pública, mas tão somente em licitação privada. Ora, se não há publicidade, se a licitação é destinada a grupo restrito de pessoas, não se pode chamar de pública. Aliás, se alguns têm condições de saber da licitação e outros não, não há igualdade, que é a causa da licitação. Desse modo, sem publicidade, não há utilidade em realizar licitação. (NIEBUHR. Joel de Menezes. Licitação Pública e Contrato Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 4º ed., 2015, p. 60).

[402] Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

[403] MARÇAL. Justen Filho. Comentários a Lei de Licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: 17ª ed. Revista dos Tribunais, 2016 p.118.

explícita e objetiva. Daí decorre a afirmativa de que nem tudo que é público é transparente, pois publicidade precária também é uma forma de burlar a legislação.

> "A publicidade, expressamente consignada no *caput* do art. 37 da Constituição Federal, é o princípio que exige da Administração Pública a ampla divulgação dos seus atos, como forma de efetiva a transparência e coibir abusos e atos de fraude e corrupção. A transparência estatal é uma condição primária para a garantia dos direitos do cidadão em face do Estado.
> A adequada publicidade do extrato do edital de licitação em impressa oficial e também em jornal diário de grande circulação na região da aquisição do bem ou da prestação dos serviços é condição essencial para o cumprimento dos princípios constitucionais da publicidade e da isonomia e do art. 21, inciso III, da Lei nº. 8.666/93. As principais ocorrências relacionadas à publicidade que podem resultar em uma fraude, são: Prazo útil restrito, ausência de publicação nos meios adequados, informações genéricas do objeto licitado e simulação de publicidade"[404].

Exemplificativamente, restaria desatendido o princípio em questão – por falta de transparência do ato administrativo – na hipótese de se fazer a publicação de uma ratificação de dispensa ou inexigibilidade de licitação, na qual não conste menção sobre o objeto, valores ou sua fundamentação jurídica, ou um aviso de licitação que mencione o objeto da licitação de forma muito genérica. A Súmula nº 177[405] do Tribunal de Contas da União coaduna-se com esse entendimento:

> "A definição precisa e suficiente do objeto licitado constitui regra indispensável da competição, até mesmo como pressuposto do postulado de igualdade entre os licitantes, do qual é subsidiário o princípio da publicidade, que envolve o conhecimento, pelos concorrentes potenciais das condições básicas da licitação, constituindo, na hipótese particular da licitação para compra, a quantidade demandada uma das especificações mínimas e essenciais à definição do objeto do pregão."

É notório, portanto, que a publicidade ronda todo o processo de contratação pública, pois, se assim não fosse, as ilicitudes que hoje já são muitas, certamente seriam infinitamente maiores. Essa é a razão, inclusive, pela qual a Lei de Acesso à Informação trouxe como obrigatória, a divulgação na internet de informações pertinentes à administração do patrimônio público, utilização de recursos públicos, licitação e contratos administrativos, facilitando a fiscalização, pois "a publicidade, em muitos casos, mostrou-se mais eficaz que o próprio aparato coercitivo do Estado"[406], como bem comenta Lucas Rocha Furtado:

> "Nos momentos atuais, a modernização dos meios de comunicação, sobretudo em relação à transmissão e divulgação de informações por meios magnéticos, deve ser incorporada pela população como instrumento de acompanhamento e controle da atividade administrativa do Estado. É dever do Estado desenvolver soluções em informática que permitam o controle da Administração, sobretudo em relação à execução dos gastos públicos. Quantas vezes não são liberados recursos públicos para execução de obras em municípios, a obra não é executada e ninguém tem sequer ideia de que houve referida liberação! Somente a efetiva participação da

[404] SANTOS, Frankin Brasil e Souza, Kleberson Roberto. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 54.
[405] Brasil. Tribunal de Contas da União. Súmula nº 177. Disponível em https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/pesquisa/sumula.
[406] GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 9º ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011. p. 197

> população no controle da Administração Pública, sobretudo em relação à execução dos gastos públicos, o que pode ser feito pela adoção dos mecanismos de transparência a serem disponibilizados na internet, pode possibilitar o efetivo controle dos gastos públicos por meio do tão sonhado controle social"[407].

Em suma, os órgãos de controle – em especial o Ministério Público – têm nas publicações do Diário Oficial e em demais sítios oficiais, uma ferramenta de grande utilidade para averiguar os gastos públicos, permitindo uma ágil atuação quando houver suspeitas de ilicitudes, atingindo o objetivo mais importante da existência do princípio da publicidade: uma eficaz fiscalização.

Sobre essa rotina de ilicitudes, Fernando Rodrigues Martins, salienta:

> É comum observar, mesmo considerando a construção jurídica rígida em face de atos de improbidade administrativa, a existência daninha e diária de licitações fraudulentas ou desprovidas de conteúdo lícito, assim como a celebração de contratos administrativos em total desacordo com os princípios constitucionais balizadores da gestão pública honesta[408].

Posto isto tudo, é certo que olhar mais apurado nas publicações contidas nos diários oficiais e portais da transparência – em especial, nos avisos, dispensas e inexigibilidades de licitação – permite com que se obtenham informações valiosas sobre as contratações públicas, de onde podem ser abstraídos eventuais indícios de graves ilicitudes a serem combatidas em sua fase inicial, com maior efetividade.

2 – JUSTIFICATIVAS.

No senso comum, o Ministério Público é denominado de "fiscal da lei". A própria Constituição Federal diz que a essa Instituição cabe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, o que para muitos só é efetivado quando o membro do *Parquet* interpõe ações judiciais contra os responsáveis pelas violações, para sancioná-los pelas condutas ilícitas já materializadas. Essa, contudo, é uma visão ultrapassada e limitada sobre o exercício das funções ministeriais, pois desconsidera a relevante atuação preventiva e extrajudicial que, muitas vezes, possui maior resolutividade, com resultados muito mais consistentes.

Interesses sociais e individuais indisponíveis estão diretamente ligados ao interesse público, o qual, contudo, não se confunde, meramente, com o interesse da Administração

[407] FURTADO, Lucas Rocha. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 92.
[408] MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 39.

Pública. De fato, "*o interesse público diz respeito aos beneficiários dos atos da Administração e não àqueles que o praticam*"[409].

No que tange a probidade administrativa, Juarez Freitas a preconiza como um direito fundamental indisponível:

> (...) direito fundamental à boa Administração Pública, que pode ser assim compreendido: trata-se do direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a convergência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem[410].

Pedro Roberto Decomain, por sua vez, defende patrimônio público e direito à observância da probidade administrativa como direitos difusos:

> Tanto o patrimônio público quanto o direito a que no exercício de suas atividades funcionais os agentes públicos atuem com a mais estrita observância da probidade administrativa apresentam os elementos característicos dos direitos difusos, postos no respectivo conceito legal, veiculado pelo art. 81, parágrafo único, inciso I, do CDC. De acordo com o dispositivo em referência, por interesses ou direitos difusos devem entender-se, para os efeitos daquele Código (o que significa também para toda a respectiva proteção coletiva, nos termos do art. 21, da Lei n. 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública), os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato[411].

Nesse contexto, é induvidoso que o dinheiro público mal aplicado ou desviado em benefício de alguém – por meio do direcionamento na contratação de uma empresa, por exemplo – é uma forma de violar interesse público, pois gera grave prejuízo ao erário, o qual recai direta ou indiretamente, contra a sociedade.

> Quando determinado processo de contratação pública é conduzido de modo ilegal por meio do estabelecimento, pelo órgão público contratante, de exigências desnecessárias constantes do edital de licitação, cujo único e exclusivo propósito é favorecer determinada empresa, poder-se-ia imaginar que a vítima seriam as demais empresas daquele segmento, ou ainda a empresa que, se não tivesse ocorrido o favorecimento, obteria a adjudicação do contrato. Ao se examinar mais detalhadamente esse aspecto, constata-se que o objeto do favorecimento é a contratação por preços muito acima daqueles praticados no mercado e se verifica que a primeira vítima da corrupção é o Estado contratante, o que, em última instância, importa em transferir o ônus pela contratação superfaturada a toda a coletividade[412].

Desta forma, o Ministério Público não pode se quedar inerte no combate amplo e diário contra todas as formas de violações de interesses públicos, especialmente aquelas que

---

[409] COSTA, Susana Henriques. O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa**.** São Paulo: Quartier Latin, 2009. p. 59.

[410] FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 22.

[411] DECOMAIN, Pedro Roberto. op. cit p. 27.

[412] FURTADO. Lucas Rocha. A luta contra a corrupção: aspectos conceituais relacionados ao estudo do tema. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 27.

se inserem no âmbito das contratações públicas, as quais envolvem montantes expressivos do erário.

Ressaltamos, inclusive, que **essa atuação ministerial não pode ser apenas reativa, mediante provocação, tal como já foi regra no passado próximo**. As exigências de proteção dos interesses da coletividade – que notoriamente estão sofrendo massivas violações, conforme noticiado diuturnamente pelos meios de comunicação – exigem um comportamento proativo do promotor de justiça, externado por meio de práticas preventivas, que busquem evitar e desestimular os atos de corrupção nas contratações públicas.

Na prática, o que observamos é que a atuação tardia do Ministério Público, após o recebimento de representações de terceiros, muitas vezes tem como o único e mais eficiente resultado, a interposição de ação de civil de improbidade administrativa, com pedido de ressarcimento ao erário e aplicação de outras sanções contra os envolvidos, o que, em verdade, tem reduzidíssimo êxito, seja pela morosidade da Justiça ou pela ocultação de patrimônio pelo improbo, que impede a efetiva recomposição do dano causado, ainda que haja condenação.

Assim, o "foco" sobre as aquisições públicas precisa ser ajustado, ampliando o alcance da defesa do interesse coletivo à probidade administrativa. A análise das contratações públicas já deve partir das publicações cotidianas em Diários Oficiais, de onde se pode abstrair indícios de ilicitudes, que permitem uma pronta e, muitas vezes resolutiva, atuação ministerial.

É certo que essa simples mudança de procedimento por parte do Ministério Público, com ênfase na fiscalização continuada e diária das contratações públicas, já permite com que muitas práticas errôneas sejam adequadas ou obstadas, antes de produzirem efeitos nefastos.

Defende, de forma cirúrgica, Rodrigo Otávio Mazieiro Wanis:

> O que direciona a atuação ministerial para o viés preventivo é a evitabilidade do resultado lesivo ao patrimônio público e a irreversibilidade, quase constante, dos danos aos direitos patrimoniais e extrapatrimoniais sociais. Na seara do patrimônio público, a atuação do Ministério Público como instrumento de proteção preventiva extrajurisdicional ganha relevo quando são analisadas, logicamente, as consequências nefastas dos danos causados à sociedade pela má gestão ou malversação do conjunto de bens massificados. Diante de todas as previsões constitucionais e infraconstitucionais de controle do patrimônio público, não se pode mais conceber a ideia de inércia das instituições de proteção, nem uma atuação meramente repressiva, sob pena de irreversibilidade danosa ou compensação insuficiente, exigindo-se, pois, da instituição ministerial, o controle extrajurisdicional preventivo, como a mais eficaz modalidade de proteção[413].

Na prática, a verificação mais apurada e habitual dos Diários Oficiais e portais da transparência possibilita observar quais aquisições públicas estão sendo realizadas, ou seja, se

[413] WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa. Nº 5. Brasília: CNMP, 2015. p. 60.

são compatíveis com o porte do órgão público, com suas aparentes necessidades e se os preços praticados estão compatíveis com o mercado de consumo, ao que se soma a possibilidade de ser avaliada a adequação da forma escolhida para materializar tais contratações: se através de obrigatório processo licitatório, ou, principalmente, se foram adotados procedimentos de dispensas e inexigibilidades, ainda que excepcionalmente admitidos.

Frise-se que o objetivo de tais verificações não é "satanizar" as contratações diretas, feitas através de dispensa ou inexigibilidade de licitações, no entanto, é de conhecimento público que é por meio da ausência da competividade, travestida em fracionamento de despesa, contratação emergencial indevida e falsa exclusividade/singularidade, por exemplo, que muitas fraudes acontecem, o que torna salutar que sejam melhor observadas essas formas de aquisição, já na sua fase inicial, evitando contratos nulos e pagamentos indevidos.

Corroborando esses pensamentos, merecem transcrição os escólios de Salomão Ismail Filho:

> A ação preventiva deve ser a regra, e não a exceção, na atuação do Ministério Público em defesa do patrimônio público. Afinal, o trabalho de mediação e negociação social do Ministério Público constituir-se-á, gradativamente, em uma referência pedagógica, evitando a prática de novas condutas que venham a macular a probidade e a eficiência na Administração Pública brasileira[414].

Releva notar, inclusive, que essa forma de atuação não tem como finalidade principal a interposição de demandas judiciais contra o gestor público, pois a prevenção implica mais em detectar a irregularidade ou ilegalidade, buscando sua correção no caso concreto e a não reincidência da conduta no futuro, por meio da expedição de recomendações[415], as quais tem como resultado prático, o conhecimento do agente sobre a falta de probidade do seu procedimento, estabelecendo assim, seu dolo, acaso não observadas imediatamente as orientações ministeriais.

Emerson Garcia já teceu comentários sobre essa importante função das recomendações ministeriais:

> "No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação dos elementos anímicos que direcionaram o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado, no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação dos princípios da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade administrativa prevista no art. 11 da Lei nº 8.429/1992:

[414] FILHO, Salomão Ismail. A importância da atuação preventiva do ministério público ombudsman em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa. Nº 5. Brasília: CNMP, 2015. p. 124.

[415] "No que tange às recomendações, elas, inexoravelmente, arrimam-se sob o pálio do princípio da prevenção, haja vista que inúmeras vezes a repressão não restaura o status anterior ao prejuízo, considerando-se que a reconstrução da crença na probidade administrativa não é linear, perpassando o turbilhão da complexidade do processo social e político". (AGRA. Walber de Moura. Comentários sobre a lei de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 248).

demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará demonstrado ’’[416]

Igualmente, um outro instrumento de atuação ministerial que decorre deste “foco” preventivo sobre as aquisições públicas, corresponde a celebração de termos de ajustamento de conduta, disciplinados na Resolução 179/2017, do CNMP[417] – com cabimento até em hipóteses caracterizáveis como improbidade administrativa – pois permite a correção das situações potencialmente danosas, sem a necessidade do envolvimento direto do já sobrecarregado Poder Judiciário, o que garante uma maior eficiência e resolutividade.

Em suma, a inserção desta maneira de atuar na rotina de todas as promotorias de combate à improbidade administrativa – além de ser obrigação de um Ministério Público comprometido como o cumprimento amplo de suas atribuições constitucionais – certamente representaria um marco para diminuição das improbidades que rotineiramente ocorrem nos processos de contratações públicas, tais como, limitações de acesso aos editais licitatórios e outras informações essências aos interessados, bem como o fornecimento de produtos e serviços claramente não emergenciais[418] ou decorrentes de “emergências fabricadas”[419], os quais violam a competitividade de certames públicos e impedem a celebração de contratos que melhor atendam ao interesse da coletividade.

3- CONCLUSÕES.

Em que pese, muitas vezes, as promotorias de justiça não estarem adequadamente aparelhadas para um melhor combate contra as práticas de quem burla a legislação durante as contratações públicas, entendemos que apenas com acesso a internet, disciplina diária e um olhar mais apurado, é possível evitar dispêndios indevidos aos cofres públicos, o que deve representar uma atuação preventiva obrigatória do Ministério Público, que, afinal, “não só

[416] Garcia, Emerson. Ministério Público: organização, atribuição e regime jurídico, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 555-556.

[417] Art. 1º, § 2º “É cabível o compromisso de ajustamento de conduta nas hipóteses configuradoras de improbidade administrativa, sem prejuízo do ressarcimento ao erário e da aplicação de uma ou algumas das sanções previstas em lei, de acordo com a conduta ou o ato praticado”.

[418] Art. 24 da Lei 8.666/93 - É dispensável a licitação: IV - nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo ou comprometer a segurança de pessoas, obras, serviços, equipamentos e outros bens, públicos ou particulares, e somente para os bens necessários ao atendimento da situação emergencial ou calamitosa e para as parcelas de obras e serviços que possam ser concluídas no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias consecutivos e ininterruptos, contados da ocorrência da emergência ou calamidade, vedada a prorrogação dos respectivos contratos.

[419] “Emergência fabricada é a situação de emergência que decorre da ação, dolosa (intencional) ou culposa do administrador (decorrente da falta de planejamento, da desídia administrativa ou da má gestão dos recursos públicos) que culminam numa contratação dispensável sob o pretexto de não causar dano maior à Administração Pública”. (BLUMEN *et al*. Abraão. Questões polêmicas da administração pública – processo administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 62).

pode como deve exercer um papel relevante na defesa dos direitos do cidadão e no controle da Administração Pública"[420].

Na prática, a forma de fiscalização proativa e preventiva das contratações públicas aqui proposta, pode ser implementada nos diversos Ministérios Públicos, no âmbito estadual e federal, por meio de equipes de apoio técnico, compostas por especialistas em licitações e contratos administrativos, as quais podem ser vinculadas aos Promotores que atuam na área do combate à improbidade administrativa.

Assim, todos os dias, os membros dessa equipe técnica podem efetuar uma leitura dinâmica de Diários oficiais publicados eletronicamente, usando filtros de palavras chaves, como "licitação", "dispensa" e "inexigibilidade", por meio da tecla de atalho do computador, em busca de situações suspeitas. Desta feita, os "achados", dependendo do caso, podem dar origem a uma investigação preliminar, feita de forma bem simples, com a observação dos portais da transparência e outras fontes abertas de informação, de modo que o material daí resultante seja encaminhado à Coordenação da Promotorias com atribuição na matéria, para distribuição, sob a forma de "notícia de fato"[421], entre os cargos porventura existentes.

A notícia de fato, em verdade, corresponde a um relato sucinto, resumindo a possível ilicitude encontrada na publicação suspeita, na qual também devem ser colacionados documentos relativos ao caso, tais como, consultas porventura feitas em portais da transparência, de acesso público, pois em tais sítios eletrônicos podem estar cadastrados os procedimentos licitatórios completos, bem como as dispensas e inexigibilidades ratificadas e os contratos correlatos.

Neste contexto, a atuação ministerial aqui proposta não somente é exequível na prática, como também é salutar do ponto de vista teórico, pois traz celeridade na solução de falhas ou condutas desonestas, durante as aquisições públicas, ao que se soma o fato de até mesmo desestimular os administradores que reiteraram as práticas apontadas como "duvidosas", os quais, ao perceberem uma fiscalização embrionária e constante de seus atos, intuitivamente, buscarão agir adequadamente, para não serem processados por improbidade administrativa ou pelos crimes porventura correlatos. Nesse ponto, merecem transcrição as elucidativas palavras de Carlos Vinícius Alves Ribeiro:

> Não bastasse haver uma diferença enorme em custos financeiros quando se compara a resolução de determinado problema na esfera ministerial ou na esfera judicial — e custo financeiro não apenas para o Estado, mas, e principalmente, para o cidadão ou grupo envolvido —, é fundamental considerar o custo temporal, que aqui parecer ser o mais relevante: a celeridade. Quando em jogo interesses transindividuais, muitos deles ligados à vida, à saúde e à segurança, o tempo é componente que sempre

[420] MILESKI. Helio Saul. O estado contemporâneo e a corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 268.
[421] Atualmente disciplinada pela Resolução 174, de 04 de julho de 2017, oriunda do CNMP.

> deverá ser considerado e, por esse motivo, conforme já fartamente demonstrado, é preferível soluções de consenso no bojo do inquérito civil público a qualquer outra medida judicial[422].

Em outras palavras, é certo que a simples inserção dessa nova rotina de trabalho na atuação ministerial, baseada em fiscalização continuada e diária, não apenas permite uma ampliação da punição dos ilícitos e reparações devidas, mas produz uma mudança de paradigma, pois reduz o espaço para o improbo atuar e diminui a sensação de "liberdade de delinquir", alimentada pela impunidade e ausência de controle dos órgãos responsáveis.

Não acreditamos, inclusive, que a adoção destas práticas preventivas como rotina, geraria uma sobrecarga na atuação ministerial, já repleta de atribuições, pois uma maior fiscalização na área da probidade administrativa, em médio prazo, poderia ser um fator redutor da quantidade de fraudes e outros atos de corrupção, permitindo com que valores que seriam apropriados ou desviados dos cofres públicos fossem, em verdade, investidos em políticas públicas, que produzissem melhoramentos à coletividade, o que, em última instância, também refletiria no volume de trabalho ministerial em diversos campos, tais como, a educação, saúde, criminalidade, dentre outros. O ministro Alexandre de Moraes, do Supremo Tribunal Federal, faz precisas considerações sobre esse ponto:

> "O combate à corrupção, à ilegalidade e a imoralidade no seio do Poder Público, com graves reflexos na carência de recursos para implementação de políticas públicas de qualidade, deve ser prioridade absoluta no âmbito de todos órgãos constitucionalmente institucionalizados"[423].

Para ilustrar a tese aqui defendida – fazendo uma analogia com a medicina – entendemos que a cura e a diminuição das pessoas doentes não se realiza apenas com a aplicação de tratamentos doloridos e muitas vezes ineficazes, quando a moléstia já está em estado avançado. A saúde do Estado se faz, principalmente, pela implantação de uma cultura repleta de práticas preventivas e, portanto, que antecipem o surgimento do mal, pois nessa fase a resolutividade é sempre maior.

Reiteramos, portanto, que quando essas ilicitudes são verificadas na fase licitatória e antes do início da execução dos contratos administrativos, há grandes chances da intervenção ministerial ser realmente eficaz, com base em recomendações ou até na celebração de termos de ajustamento de conduta, evitando que os produtos ou serviços sejam fornecidos e, consequentemente, pagos com as verbas públicas, o que obsta que o dano ao erário se

---

[422] RIBEIRO. Carlos Vinícius Alves. Ministério público – funções extrajudiciais: Histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 185.

[423] MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992. Improbidade Administrativa – Temas Atuais e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 35.

consume, o enriquecimento ilícito se materialize ou alguma violação de princípio realmente ocorra.

Neste estudo ficou demonstrado, por conseguinte, que a publicidade e a consequente transparência impulsionam um controle social mais eficaz, cabendo ao *Parquet* utilizar as ferramentas disponíveis para aprimorar a sua fiscalização, através de uma postura proativa e preventiva, de modo atender a um dos principais anseios da nossa sociedade atual: uma melhor aplicação dos recursos públicos, evitando-se desperdícios, favorecimentos e quaisquer atos de corrupção.

4 - REFERÊNCIAS

AGRA. Walber de Moura. Comentários sobre a lei de improbidade administrativa. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

BLUMEN *et al*. Abraão. Questões polêmicas da administração pública – processo administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8666cons.htm. Acesso em: 21 set. 2018.
CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Resolução nº 174/2017. http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-174.pdf. Acesso em 01 julho. 2019.

_____. Resolução nº 179/2017. http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-179.pdf. Acesso em: 01 julho. 2019.

COSTA, Susana Henriques. O Processo Coletivo na Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa**.** São Paulo: Quartier Latin, 2009.

DECOMAIN, Pedro Roberto. Improbidade Administrativa. São Paulo: Dialética, 2007.

FILHO, Salomão Ismail. A importância da atuação preventiva do ministério público ombudsman em prol da boa administração, no combate à improbidade administrativa. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa. Nº 5. Brasília: CNMP, 2015.

FREITAS, Juarez. **Discricionariedade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

FURTADO. Lucas Rocha. A luta contra a corrupção: aspectos conceituais relacionados ao estudo do tema. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

_____. Curso de Direito Administrativo. 5ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuição e regime jurídico, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. Improbidade administrativa. 9º ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2011.

LIMBERGER, Têmis. Cibertransparência: informação pública em rede. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016. p. 44.

MARÇAL. Justen Filho. Comentários a Lei de Licitação e Contratos Administrativos. São Paulo: 17ª ed. Revista dos Tribunais, 2016 p.118.

MARTINS, Fernando Rodrigues. Controle do Patrimônio Público. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

MILESKI. Helio Saul. O estado contemporâneo e a corrupção. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MORAES, Alexandre de. A necessidade de ajuizamento ou de prosseguimento de ação civil de improbidade administrativa para fins de ressarcimento ao erário público, mesmo nos casos de prescrição das demais sanções previstas na Lei 8.429/1992. Improbidade Administrativa – Temas Atuais e Controvertidos. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 32ª ed. São Paulo: Atlas, 2016. p. 351.

RIBEIRO. Carlos Vinícius Alves. Ministério público – funções extrajudiciais: Histórico, natureza jurídica, discricionariedade, limites e controle. Belo Horizonte: Fórum, 2015
SANTOS, Frankin Brasil e Souza, Kleberson Roberto. Como combater a corrupção em licitações: detecção e prevenção de fraudes. Belo Horizonte: Fórum, 2016

WANIS, Rodrigo Otávio Mazieiro. O patrimônio público como direito fundamental difuso e o ministério público como instrumento de sua proteção preventiva extrajurisdicional – aspectos teóricos e práticos. Escala de ação progressiva. Revista do Conselho Nacional do Ministério Público: improbidade administrativa. Nº 5. Brasília: CNMP, 2015.

O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Thimotie Aragon Heemann[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA: A presente tese versa sobre o desenvolvimento da doutrina do controle de convencionalidade no ordenamento jurídico brasileiro, a sua materialização na jurisprudência dos tribunais superiores do Estado brasileiro, bem como sobre a legitimidade para exercer o controle de convencionalidade no Brasil. Aponta-se, no texto, que não apenas os membros do Poder Judiciário possuem legitimidade para exercer o controle de convencionalidade, mas toda e qualquer autoridade pública, inclusive, os membros do Ministério Público.

EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA: A presente tese institucional busca desenvolver o exercício do controle de convencionalidade pelos membros do Ministério Público a partir da jurisprudência dos tribunais superiores do Estado brasileiro e dos precedentes da Corte Interamericana de Direitos Humanos, tribunal o qual o Brasil ratificou voluntariamente sua jurisdição.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: Os membros do Ministério Público devem aplicar os standards protetivos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos, realizando, quando necessário, o controle de convencionalidade dos atos normativos internos à luz daqueles.

1. ORIGEM DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE E SEUS PRINCÍPIOS REITORES

Em virtude do seu caráter alográfico[424], o direito passa atualmente por um estágio de *convencionalização*, no qual se busca interpretar as normas domésticas à luz dos tratados internacionais.[425] É a partir desta perspectiva que surge o chamado controle de convencionalidade, definido pela doutrina como "*a análise da compatibilidade dos atos normativos internos (comissivos ou omissivos) em face das normas internacionais (tratados, costumes internacionais, princípios gerais de direito, atos unilaterais e resoluções vinculantes das organizações internacionais*[426]*"*.

A expressão "controle de convencionalidade" surgiu pela primeira vez na jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso *Myrna Mack Chang vs. Guatemala;* todavia, foi a partir do caso *Arellano Almonacid vs. Chile* que o tribunal interamericano inaugurou formalmente a "doutrina do controle de convencionalidade"[427], que logo em seguida passaria a ser reconhecida e utilizada pelos tribunais superiores do Estado brasileiro.[428]

No Brasil, o tema do controle de convencionalidade foi precipuamente desenvolvido sob a perspectiva do seu exercício pelos membros do Poder Judiciário.[429] Nesse sentido, é

---

[424] O direito é alográfico porque o texto normativo não se completa no sentido nele impresso pelo legislador; afinal, a completude do texto somente é alcançada no momento em que o sentido por ele expressado é produzido, como nova forma de expressão, pelo intérprete. Sobre o caráter alográfico do direito, *ver* GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: a interpretação do direito e dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2016, p. 38-39.

[425] A impossibilidade de se decretar a prisão do depositário infiel com base nas normas internacionais de direitos humanos materializa o fenômeno da *convencionalização* do direito. Para um maior aprofundamento sobre este tema, *ver* CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas.* Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul./dez. 2015.

[426] RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* São Paulo: Saraiva, 2015, p. 321.

[427] "*A Corte tem consciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, são obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Mas quando um Estado ratifica um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato estatal, também estão submetidos a ela, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e a seu fim e que, desde o início, carecem de efeitos jurídicos. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer uma espécie de 'controle de convencionalidade' entre as normas jurídicas internas aplicadas a casos concretos e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve levar em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana, fez do mesmo*". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.* Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019, § 126.)

[428] *"*A realidade pretoriana vem sendo, progressivamente, alterada, mas a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná ora examinada é uma demonstração de como estamos ainda distantes de internalizar a regra do controle de convencionalidade, que há de caminhar pari passu com o controle de constitucionalidade de toda norma do direito positivo, obrigação a que se sujeita todo magistrado ou órgão jurisdicional, de qualquer grau ou instância*"*. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.351.177/PR.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340012716/recurso-especial-resp-1351177-pr-2012-0225515-3/inteiro-teor-340012726?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

[429] Nesse sentido, *ver* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

possível afirmar que os tribunais superiores do Estado brasileiro já exerceram o controle de convencionalidade dos atos normativos internos em ao menos seis ocasiões. A primeira e mais clássica das situações em que o Supremo Tribunal Federal exerceu o controle de convencionalidade foi no caso envolvendo a prisão do depositário infiel, no qual a Corte Constitucional brasileira afastou uma norma constitucional originária em detrimento da Convenção Americana de Direitos Humanos.[430] Além da impossibilidade da prisão do depositário infiel, o Supremo Tribunal Federal também exerceu o controle de convencionalidade no célebre caso envolvendo a inexigência do diploma de curso superior para o exercício do diploma de jornalista. Dessa forma, valendo-se de um verdadeiro *diálogo das cortes*, o Pretório Excelso invocou a Opinião Consultiva nº 5 da Corte Interamericana de Direitos Humanos e decidiu pela desnecessidade do diploma de curso superior como requisito obrigatório para o exercício da profissão de jornalista.[431]

Além das situações já mencionadas, o Supremo Tribunal Federal fez alusão ao controle de convencionalidade ao julgar constitucional a garantia da audiência de custódia.[432] Ao tratar do caso envolvendo a constitucionalidade da audiência de custódia, o Min. Teori Zavascki exarou opinião no sentido de que: "*a questão da natureza do Pacto de São José da Costa Rica surge, na verdade, porque a convenção trata de direitos humanos. Se tratasse de outros temas, penso que não haveria dúvida a respeito da sua natureza equivalente à lei*

---

[430] O exercício do controle de convencionalidade pelo Supremo Tribunal Federal no caso envolvendo a prisão do depositário infiel acabou ganhando forma de súmula vinculante. Nesse sentido, é a súmula vinculante 25 do STF: *É ilícita a prisão do depositário infiel, qualquer que seja a modalidade de depósito.*

[431] JORNALISMO. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA DE CURSO SUPERIOR, REGISTRADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO, PARA O EXERCÍCIO DA PROFISSÃO DE JORNALISTA. LIBERDADES DE PROFISSÃO, DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO. CONSTITUIÇÃO DE 1988 (ART. 5º, IX E XIII, E ART. 220, CAPUT E § 1º). NÃO RECEPÇÃO DO ART. 4º, INCISO V, DO DECRETO-LEI N° 972, DE 1969. 1. RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS. ART. 102, III, "A", DA CONSTITUIÇÃO. REQUISITOS PROCESSUAIS INTRÍNSECOS E EXTRÍNSECOS DE ADMISSIBILIDADE. […] 8. JURISPRUDÊNCIA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. POSIÇÃO DA ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS - OEA. A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" - Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos - OEA, por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009). RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CONHECIDOS E PROVIDOS. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 511.961/PR.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

[432] A introdução da audiência de custódia no direito brasileiro é outro clássico consectário do movimento de *convencionalização do direito* que vigora no Estado brasileiro, uma vez que a garantia da audiência de custódia foi consagrada de forma pioneira no artigo 7.5 da Convenção Americana de Direitos Humanos e no artigo 9.3 do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos. Para um maior aprofundamento sobre o tema, *ver* PAIVA, Caio. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro.* 2. ed. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

ordinária, e há afirmação do Supremo Tribunal Federal, desde muito tempo nesse sentido. A questão surgiu com a Emenda nº 45, que veio a conferir certas características especiais às convenções sobre direitos humanos. Essa convenção foi anterior à Emenda nº 45, por isso que se gerou debate. Mas, mesmo que seja considerada, como reza a jurisprudência do Supremo, uma norma de hierarquia supralegal (e não constitucional), penso que o controle – que se poderia encartar no sistema de controle da convencionalidade – deve ser exercido para aferir a compatibilidade da relação entre uma norma supralegal e uma norma legal. E o exercício desse controle só pode ser da competência do Supremo Tribunal Federal. De modo que não vejo nenhuma dificuldade em exercer esse controle de convencionalidade no caso concreto".[433]

Neste mesmo caso, o Ministro Luís Roberto Barroso reconheceu expressamente a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal utilizar o instrumento do controle de convencionalidade como meio de conformar os tratados internacionais de direitos humanos com os atos normativos internos: "*Portanto, não há nenhuma objeção ao conteúdo material da Convenção para que se faça um controle de convencionalidade se nós evoluíssemos para achar que cabe. A questão aqui é bem mais simples: um ato normativo secundar um provimento de Tribunal que não inovou no ordenamento".*[434]

O Superior Tribunal de Justiça também já exerceu o controle de convencionalidade de forma expressa, ao analisar a compatibilidade do delito de desacato com os tratados internacionais de direitos humanos. Com fulcro na jurisprudência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, parte da doutrina sustenta que a permanência do delito de desacato no ordenamento jurídico brasileiro inibe os indivíduos de expressar suas opiniões e pensamentos às autoridades públicas, ocasionando um efeito resfriador (*chilling effect*) no direito à liberdade de expressão.[435] Em um primeiro momento, e com fulcro no controle de convencionalidade, esta tese prevaleceu na 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.[436]

---

[433] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 02 jul. 2019.Voto do Min. Teori Zavascki, p. 59.

[434] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 02 jul. 2019. Voto do Ministro Luís Roberto Barroso, p. 83.

[435] Para os defensores desta tese, o efeito resfriador da liberdade de expressão consiste em uma autocensura realizada pelos próprios agentes comunicativos que, receosos de políticas sancionatórias e seguidas de censura por parte do Estado, acabam evitando adentrar assuntos polêmicos ou deixam de se expressar da forma que gostariam, o que ocasiona um "resfriamento" do direito à liberdade de expressão. Para um maior aprofundamento sobre o efeito resfriador da liberdade de expressão, *ver* manifestação da PGR na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4815 (ADI das Biografias).

[436] DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. ROUBO, DESACATO E RESISTÊNCIA. APELAÇÃO CRIMINAL. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. ROUBO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE

Posteriormente, a Seção do Superior Tribunal de Justiça decidiu em sentido contrário, reconhecendo a *convencionalidade* do delito de desacato.[437] Na mesma toada, o Tribunal Superior do Trabalho já exerceu o controle de convencionalidade de forma expressa ao reconhecer a incompatibilidade material do artigo 193 da CLT com as Convenções 148 e 155

CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. TEMA NÃO PREQUESTIONADO. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. DESACATO. INCOMPATIBILIDADE DO TIPO PENAL COM A CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. 4. O art. 2º, c/c o art. 29, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) prevê a adoção, pelos Estados Partes, de "medidas legislativas ou de outra natureza" visando à solução de antinomias normativas que possam suprimir ou limitar o efetivo exercício de direitos e liberdades fundamentais. 5. Na sessão de 4/2/2009, a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar, pelo rito do art. 543-C do CPC/1973, o Recurso Especial 914.253/SP, de relatoria do Ministro LUIZ FUX, adotou o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário 466.343/SP, no sentido de que os tratados de direitos humanos, ratificados pelo país, têm força supralegal, "o que significa dizer que toda lei antagônica às normas emanadas de tratados internacionais sobre direitos humanos é destituída de validade." 6. Decidiu-se, no precedente repetitivo, que, "no plano material, as regras provindas da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação às normas internas, são ampliativas do exercício do direito fundamental à liberdade, razão pela qual paralisam a eficácia normativa da regra interna em sentido contrário, haja vista que não se trata aqui de revogação, mas de invalidade." 7. A adequação das normas legais aos tratados e convenções internacionais adotados pelo Direito Pátrio configura controle de constitucionalidade, o qual, no caso concreto, por não se cuidar de convenção votada sob regime de emenda constitucional, não invade a seara do controle de constitucionalidade e pode ser feito de forma difusa, até mesmo em sede de recurso especial. 8. Nesse particular, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quando do julgamento do caso Almonacid Arellano y otros v. Chile, passou a exigir que o Poder Judiciário de cada Estado Parte do Pacto de São José da Costa Rica exerça o controle de convencionalidade das normas jurídicas internas que aplica aos casos concretos. 9. Por conseguinte, a ausência de lei veiculadora de abolitio criminis não inibe a atuação do Poder Judiciário na verificação da inconformidade do art. 331 do Código Penal, que prevê a figura típica do desacato, com o art. 13 do Pacto de São José da Costa Rica, que estipula mecanismos de proteção à liberdade de pensamento e de expressão. 10. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH já se manifestou no sentido de que as leis de desacato se prestam ao abuso, como meio para silenciar ideias e opiniões consideradas incômodas pelo establishment, bem assim proporcionam maior nível de proteção aos agentes do Estado do que aos particulares, em contravenção aos princípios democrático e igualitário. 11. A adesão ao Pacto de São José significa a transposição, para a ordem jurídica interna, de critérios recíprocos de interpretação, sob pena de negação da universalidade dos valores insertos nos direitos fundamentais internacionalmente reconhecidos. Assim, o método hermenêutico mais adequado à concretização da liberdade de expressão reside no postulado pro homine, composto de dois princípios de proteção de direitos: a dignidade da pessoa humana e a prevalência dos direitos humanos. 12. A criminalização do desacato está na contramão do humanismo, porque ressalta a preponderância do Estado - personificado em seus agentes - sobre o indivíduo. 13. A existência de tal normativo em nosso ordenamento jurídico é anacrônica, pois traduz desigualdade entre funcionários e particulares, o que é inaceitável no Estado Democrático de Direito. 14. Punir o uso de linguagem e atitudes ofensivas contra agentes estatais é medida capaz de fazer com que as pessoas se abstenham de usufruir do direito à liberdade de expressão, por temor de sanções penais, sendo esta uma das razões pelas quais a CIDH estabeleceu a recomendação de que os países aderentes ao Pacto de São Paulo abolissem suas respectivas leis de desacato. 15. O afastamento da tipificação criminal do desacato não impede a responsabilidade ulterior, civil ou até mesmo de outra figura típica penal (calúnia, injúria, difamação etc.), pela ocorrência de abuso na expressão verbal ou gestual utilizada perante o funcionário público. 16. Recurso especial conhecido em parte, e nessa extensão, parcialmente provido para afastar a condenação do recorrente pelo crime de desacato (art. 331 do CP). (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.640.084/SP.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0/inteiro-teor-424970313>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

437 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 379.269/MS.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 jul. 2019. A Corregedoria do Ministério Público do Estado do Paraná e o CAOPCrim também já se posicionaram pela compatibilidade do delito de desacato com o atual ordenamento jurídico brasileiro. Nesse sentido, *ver* Ofício Circular Conjunto nº 06/2016-CGMP/CAOPCrim.

da OIT.[438] Todavia, conforme veremos em seguida, o controle de convencionalidade pode (e deve) ser exercido por toda e qualquer autoridade pública, e não apenas pelos membros da magistratura.

No entanto, para que o controle de convencionalidade seja exercido de forma legítima, a doutrina elenca alguns princípios que devem ser observados na aplicação do instrumento em estudo. Um desses mandamentos é o *princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos*; afinal, assim como vigora no ordenamento jurídico pátrio uma presunção relativa de constitucionalidade dos atos normativos, vislumbramos, no âmbito da análise da convencionalidade dos atos normativos internos, uma presunção relativa de convencionalidade, uma vez que todo e qualquer Estado possui o dever de editar a sua legislação interna em conformidade com os tratados internacionais.[439]

Ainda sobre os princípios reitores do controle de convencionalidade, a doutrina especializada sobre a matéria elenca o *princípio da interpretação conforme os direitos humanos*, já que todas as autoridades públicas que estiverem no exercício do controle de convencionalidade possuem o dever de interpretar os atos normativos internos à luz da

[438] RECURSO DE REVISTA. CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. POSSIBILIDADE. PREVALÊNCIA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS E SUPRALEGAIS SOBRE A CLT. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA DO STF QUANTO AO EFEITO PARALISANTE DAS NORMAS INTERNAS EM DESCOMPASSO COM OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS. INCOMPATIBILIDADE MATERIAL. CONVENÇÕES NOS 148 E 155 DA OIT. NORMAS DE DIREITO SOCIAL. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE. NOVA FORMA DE VERIFICAÇÃO DE COMPATIBILIDADE DAS NORMAS INTEGRANTES DO ORDENAMENTO JURÍDICO. A previsão contida no artigo 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, que, em seu artigo 7º, XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva no que tange à cumulação, ainda que tenha remetido sua regulação à lei ordinária. A possibilidade da aludida cumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos. Não se há de falar em bis in idem. No caso da insalubridade, o bem tutelado é a saúde do obreiro, haja vista as condições nocivas presentes no meio ambiente de trabalho; já a periculosidade traduz situação de perigo iminente que, uma vez ocorrida, pode ceifar a vida do trabalhador, sendo este o bem a que se visa proteger. A regulamentação complementar prevista no citado preceito da Lei Maior deve se pautar pelos princípios e valores insculpidos no texto constitucional, como forma de alcançar, efetivamente, a finalidade da norma. Outro fator que sustenta a inaplicabilidade do preceito celetista é a introdução no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nos 148 e 155, com status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal, como decidido pelo STF. A primeira consagra a necessidade de atualização constante da legislação sobre as condições nocivas de trabalho e a segunda determina que sejam levados em conta os "riscos para a saúde decorrentes da exposição simultânea a diversas substâncias ou agentes". Nesse contexto, não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, § 2º, da CLT. Recurso de revista de que se conhece e a que se nega provimento. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384.* Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=129317&anoInt=2013>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

[439] Sobre o princípio da presunção relativa de convencionalidade dos atos normativos internos, vejamos a lição de Daniel Sarmento: "*Mas, diante de democracias constitucionais, é preferível partir-se da premissa de que a legislação interna representa um esforço de concretização dos direitos humanos à luz das especificidades locais e das escolhas políticas do povo. Claro que esta deve ser uma presunção de convencionalidade relativa, que as cortes internacionais podem afastar*". (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016, p. 327.)

proteção internacional dos direitos humanos.[440] Nessa mesma toada, vigora o *princípio da atipicidade dos meios de controle de convencionalidade*, já que a jurisprudência internacional revela a inexistência de uma forma específica ou oficial de exercer o controle de convencionalidade.[441] Por fim, ainda há quem faça referência ao *princípio da progressividade*, que impõe que o controle de convencionalidade seja sempre exercido de forma progressiva, e jamais de forma a restringir os direitos previstos nos tratados internacionais de direitos humanos,[442] além do clássico e conhecido *princípio pro persona*, que impõe a busca da interpretação mais favorável ao indivíduo no exercício do controle de convencionalidade.[443]

1.1 Tipos de controle de convencionalidade

Quanto ao tipo de controle de convencionalidade, este pode ser *construtivo* ou *destrutivo*. O *controle construtivo de convencionalidade* é aquele que busca compatibilizar a legislação interna com as normas internacionais de direitos humanos por meio da via da hermenêutica, construindo interpretações que viabilizem a harmonia entre as convenções internacionais de direitos humanos e o ordenamento jurídico doméstico, gerando um efeito

---

[440] Isso significa que os tratados internacionais de direitos humanos dos quais o Estado é parte, os costumes internacionais, os princípios gerais do direito e os atos internacionais unilaterais das organizações internacionais devem ser observados, na interpretação das leis e atos normativos internos, sempre em busca da interpretação que materializa a proteção mais ampla para o indivíduo. Sobre este tema, *ver* HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.* 2. ed. Minas Gerais: Editora CEI, 2017, p. 282.

[441] Nesse sentido, já decidiu a Corte Interamericana de Direitos Humanos: "*A Convenção Americana de Direitos Humanos não impõe uma forma ou modelo específico de realização do controle de convencionalidade*". (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.* Sentença de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019, § 124.)

[442] "*A progressividade dos direitos humanos estabelece a obrigação do Estado de tentar todos os meios possíveis para a sua satisfação em cada momento histórico e proíbe qualquer reversão ou regressão nesta tarefa*". (RAMIREZ, Sérgio Garcia; SANCHEZ, Moráles. *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011).* México: Porrúa y UNAM, 2011, p. 99.)

[443] Também chamado de princípio da *interpretação pro persona*, ou de princípio da primazia da norma mais favorável, o *pro homine* já foi expressamente reconhecido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: "*Os magistrados e Tribunais, no exercício de sua atividade interpretativa, especialmente no âmbito dos tratados internacionais de direitos humanos, devem observar um princípio hermenêutico básico (tal como aquele proclamado no Artigo 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos), consistente em atribuir primazia à norma que se revele mais favorável à pessoa humana, em ordem a dispensar-lhe a mais ampla proteção jurídica. - O Poder Judiciário, nesse processo hermenêutico que prestigia o critério da norma mais favorável (que tanto pode ser aquela prevista no tratado internacional como a que se acha positivada no próprio direito interno do Estado), deverá extrair a máxima eficácia das declarações internacionais e das proclamações constitucionais de direitos, como forma de viabilizar o acesso dos indivíduos e dos grupos sociais, notadamente os mais vulneráveis, a sistemas institucionalizados de proteção aos direitos fundamentais da pessoa humana, sob pena de a liberdade, a tolerância e o respeito à alteridade humana tornarem-se palavras vãs. - Aplicação, ao caso, do Artigo 7º, n. 7, c/c o Artigo 29, ambos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica): um caso típico de primazia da regra mais favorável à proteção efetiva do ser humano*". (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 96.772/SP.* Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712898/habeas-corpus-hc-96772-sp>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

positivo como resultado do seu exercício. Já o *controle destrutivo (também chamado de "saneador") de convencionalidade* é aquele que se materializa com a invalidação das normas domésticas contrárias aos tratados internacionais de direitos humanos, gerando um efeito negativo como resultado do seu exercício.[444]

Ainda em relação aos tipos de controle de convencionalidade, o professor chileno Pablo Contreras classifica o controle de convencionalidade em *forte*, *fraco* e *diretriz*. O *controle de convencionalidade forte* consiste na situação em que a autoridade pública deixa de aplicar a norma interna em razão de ela violar o bloco de convencionalidade e a própria jurisprudência internacional, incidindo, nesse caso, o *efeito de afastamento* do controle de convencionalidade. Já o *controle de convencionalidade fraco*, também chamado de *débil*, se caracteriza como um mandado de interpretação das normas internas conforme o conteúdo disposto nos tratados internacionais de direitos humanos e na jurisprudência internacional. Nessa modalidade de exercício do controle de convencionalidade, a norma interna não seria deixada de lado no caso concreto, mas interpretada à luz do bloco de convencionalidade e da jurisprudência internacional de direitos humanos. Assim, o *controle de convencionalidade débil* busca resolver a antinomia aparente entre a ordem jurídica interna e internacional por meio da interpretação, evitando o *efeito de afastamento* da norma interna. Há, ainda, o controle de convencionalidade *como diretriz*, que surgiu por meio da jurisprudência da Corte Interamericana, consistindo na ampliação para toda e qualquer autoridade pública do dever de exercer o controle de convencionalidade.[445]

1.2 Efeitos do controle de convencionalidade

Já em relação aos seus efeitos, uma vez constatada a inconvencionalidade de determinada norma, esta não pode ser expurgada do ordenamento jurídico interno, salvo nos casos em que a norma é tida como inconvencional e inconstitucional, em um exercício simultâneo do controle de constitucionalidade concentrado e do controle de convencionalidade. Assim, nos casos de inconvencionalidade de determinada norma, além do efeito de afastamento, no qual a norma permanece "viva", porém sem ser aplicada, irradia-se

---

[444] Para um maior aprofundamento sobre o tema, *ver* SAGUES, Nestor Pedro. *El "Control de Convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus antecipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeu*. In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en América Latina*. Universidad Nacional Autônoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

[445] Para um maior aprofundamento sobre a classificação exposta, *ver* CONTRERAS, Pablo. *Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Ius et Praxis*, v. 20, n. 2, Talca, 2014.

também o chamado *efeito paralisante*, no qual se "paralisa" a eficácia da norma declarada inconvencional, embora ela continue existindo no ordenamento jurídico. Foi o que aconteceu com a norma constitucional originária que prevê a possibilidade de prisão do depositário infiel: ela continua a existir, mas se encontra afastada e paralisada. Sobre o efeito paralisante do controle de convencionalidade, é a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: "*Independentemente da posição pessoal adotada, em prol de uma "hierarquia" constitucional (no sentido de uma paridade entre a constituição e os tratados e resolução do conflito com base em critérios não hierárquicos) de todos os tratados em matéria de direitos humanos ratificados pelo Brasil, é possível afirmar que, tanto os tratados incorporados pelo rito previsto no parágrafo 3° do artigo 5° da Constituição Federal, quanto os demais tratados ratificados por maioria simples e aprovados até o advento da Emenda Constitucional 45/2004 (que, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, possuem hierarquia supralegal), ensejam a possibilidade de aferição da compatibilidade entre tais atos normativos e os tratados. Isso, como já referido, ficou evidenciado na decisão do STF sobre a proscrição — mediante um efeito "paralisante" — da eficácia de toda e qualquer hipótese legal prevendo a prisão civil do depositário infiel, seja ela criada antes da aprovação do tratado, seja ela introduzida posteriormente".*[446]

2. LEGITIMIDADE PARA EXERCER O CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

A grande maioria dos artigos e textos sobre o tema do controle de convencionalidade aborda o tema apenas sob a perspectiva dos membros do Poder Judiciário, deixando de lado a perspectiva de outras autoridades públicas.[447] No entanto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, um dos tribunais mais desenvolvidos em matéria de controle de convencionalidade, possui entendimento consolidado no sentido de que não somente os membros do Poder Judiciário, mas também toda e qualquer autoridade pública tem o poder-dever de exercer o controle de convencionalidade. Para a Corte Interamericana, *"Quando um Estado é parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes, estão submetidos àquele, o que os obriga a zelar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto*

---

[446] SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais;>. Acesso em: 06 jun. 2019. Ainda sobre o efeito paralisante gerado pelo controle de convencionalidade, *ver* voto do Ministro Gilmar Mendes no Recurso Extraordinário n. 466.343/SP. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

[447] Sobre a tradicional perspectiva do controle de convencionalidade, *ver* a indispensável obra de MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade.* Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013.

e fim, razão pela qual os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, possuem a obrigação de exercer ex officio um 'controle de convencionalidade' entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no marco de suas respectivas competências e da normativa processual correspondente. Nesta tarefa devem considerar não apenas o tratado, mas também sua interpretação realizada pela Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana".[448]

Deste modo, a partir do entendimento proferido pelo tribunal interamericano de direitos humanos, a doutrina passou a dividir o controle de convencionalidade em próprio e impróprio. O controle de convencionalidade próprio é aquele exercido por juízes, tribunais ou qualquer órgão do Poder Judiciário. Já o controle de convencionalidade impróprio (também chamado de controle de matriz nacional não jurisdicional)[449] é aquele exercido pelos demais órgãos e autoridades públicas – por exemplo, nas hipóteses em que os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público exercem o controle de convencionalidade.[450] Logo, a partir de uma perspectiva comparativa com o controle de constitucionalidade difuso, no qual os três poderes podem deixar de aplicar uma lei que entendam inconstitucional, não há qualquer óbice, *mutatis mutandis*, para que o controle de convencionalidade seja exercido por outras autoridades públicas além dos membros do Poder Judiciário.[451]

3. O EXERCÍCIO DO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE PELO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Em virtude do entendimento cristalizado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso *Gelman vs. Uruguai*, reconhecer a legitimidade do membro do Ministério Público para exercer o controle de convencionalidade é medida que se impõe, uma vez que o próprio Estado brasileiro aderiu de forma voluntária à jurisdição do tribunal interamericano. Sobre o tema em análise, é importante registrar que o exercício do controle de

[448] CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gelman vs. Uruguai.* Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019, § 193.

[449] RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 534.

[450] Sobre este tema, *ver* HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.* 2. ed. Minas Gerais: Editora CEI, 2017, p. 408-409.

[451] Ao comentar o entendimento da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre a possibilidade de toda e qualquer autoridade pública exercer o controle de convencionalidade, Valério de Oliveira Mazzuoli reconhece que "a*inda que este tópico estude precipuamente o controle jurisdicional de convencionalidade, é necessário ter nítido que, a partir do julgamento do caso Gelman vs. Uruguai, de 24.02.2011, a Corte Interamericana de Direitos Humanos amplia essa obrigação a todos os órgãos vinculados à administração da justiça, no âmbito de suas respectivas competências e das regras processuais pertinentes"*. In: MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 113.

convencionalidade por toda e qualquer autoridade pública acaba por maximizar o princípio da *máxima efetividade dos direitos humanos*, afinal, quanto maior o número de legitimados para exercer o controle de convencionalidade, maior será a conformação da ordem jurídica brasileira com a proteção internacional dos direitos humanos.

Ainda nessa linha de raciocínio, se o membro do Ministério Público pode suscitar o incidente de inconstitucionalidade de determinada lei, não faria qualquer sentido que o mesmo fosse privado da possibilidade de reconhecer a inconvencionalidade de determinado ato normativo interno. Sobre a validade das normas no ordenamento jurídico brasileiro, há quem defenda que, para uma norma ser válida no Estado brasileiro, a mesma deve passar por um duplo crivo, qual seja, perante o *controle de constitucionalidade* e perante o *controle de convencionalidade.*[452] Deste modo, e com fulcro nos efeitos que se irradiam do atual movimento de *convencionalização* do direito brasileiro, não há qualquer óbice para que o membro do *parquet* exerça o controle de convencionalidade, seja em razão do entendimento dos tribunais internacionais de direitos humanos, seja pela ausência de norma proibitiva sobre o tema. O referido controle pode ser exercido nas mais variadas áreas de atuação do agente ministerial: criminal, infância e juventude, ambiental, patrimônio público e etc.

Por outro lado, para que o controle de convencionalidade seja utilizado de forma válida pelo membro do Ministério Público, o mesmo deve exercê-lo de forma motivada, afinal, a motivação permite o exercício da ampla de defesa e do contraditório pela parte irresignada com a manifestação do *parquet* (*efeito endoprocessual da motivação)*, além de servir como uma forma de prestação de contas pelo membro do órgão ministerial para com a sociedade (*efeito exoprocessual da motivação).* Outrossim, não se trata de um "controle descontrolado". Neste ponto, importante destacar que a não aplicação pelo Ministério Público de determinado ato normativo interno com base no "teste de convencionalidade" passará por um controle *a posteriori*, seja o próprio Poder Judiciário, quando o controle de convencionalidade é exercido pelo agente ministerial no bojo de um processo judicial, seja pelos órgãos superiores do próprio Ministério Público, quando o controle de convencionalidade é exercido pelo membro do Ministério Público no bojo de um procedimento extrajudicial, como por exemplo, no caso de uma promoção de arquivamento de inquérito civil, no qual restaria ao Conselho Superior do Ministério Público chancelar a fundamentação exarada pelo agente ministerial a partir do exercício do controle de convencionalidade.

[452] Essa foi a posição da PGR na ADPF 320/DF. Sobre a teoria do duplo controle, *ver* RAMOS, André de Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Além disso, é constante o movimento de *reconfiguração* do papel do Ministério Público, exigindo-se uma atuação proativa do agente ministerial, seja no âmbito criminal e na tutela do patrimônio público, atribuições históricas do *parquet*, seja na defesa dos direitos humanos e de grupos vulneráveis, já que, com o advento da Constituição Federal de 1988, o órgão ministerial passou a ter um papel de destaque na sociedade em prol da concretização dos direitos humanos, principalmente nos casos envolvendo as camadas mais vulneráveis da população brasileira.[453] O exercício do controle de convencionalidade auxilia, portanto, no abandono do modelo reativo e demandista do Ministério Público, uma vez que serve de instrumento para o encaminhamento por parte do agente ministerial de demandas pela via da resolutividade.

Portanto, não existem quaisquer barreiras legislativas que impeçam o reconhecimento da legitimidade do membro do Ministério Público para exercer o controle de convencionalidade dos atos normativos internos. Ao contrário, a jurisprudência dos tribunais nacionais e internacionais reconhecem a existência de tal fenômeno e incentivam a sua aplicabilidade no ordenamento jurídico interno.

4. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, resta evidenciado que o controle de convencionalidade já vem sendo exercido pelos Tribunais Superiores do Estado brasileiro, e que a legitimidade para a utilização deste instrumento de concretização de direitos humanos e interesses da coletividade não é privativa dos membros do Poder Judiciário, mas de toda e qualquer autoridade pública, inclusive dos membros do Ministério Público.

Nesse sentido, os membros do Ministério Público devem observar os standards protetivos fixados em tratados, convenções e atos normativos internacionais sobre direitos humanos internalizados pelo Estado brasileiro, realizando, caso a caso, e sempre à luz do princípio *pro persona*,[454] o controle de convencionalidade dos atos normativos domésticos como uma alternativa moderna de solução de litígios.

---

[453] Sobre a reconfiguração do papel do membro do Ministério Público após o advento da Constituição Federal de 1988, *ver* GIACOIA, Glberto. *Ministério Público Vocacional.* Revista Justitia, v. 64, n. 197, p. 279-286, jul./dez. 2007.

[454] Neste ponto, interessante destacar que o controle de convencionalidade pode ser utilizado também como instrumento de concretização dos direitos das vítimas de determinada situação violadora de direitos, sendo tal situação já reconhecida pelos tribunais internacionais em diversos casos, como por exemplo, no caso Genie Lacayo *vs.* Nicarágua, exarado pela Corte IDH. (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua.* Sentença de 29 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.)

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus n. 379.269/MS.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/474450253/habeas-corpus-hc-379269-ms-2016-0303542-3/inteiro-teor-474450262?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.351.177/PR.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/340012716/recurso-especial-resp-1351177-pr-2012-0225515-3/inteiro-teor-340012726?ref=juris-tabs>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.640.084/SP.* Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/424970279/recurso-especial-resp-1640084-sp-2016-0032106-0/inteiro-teor-424970313>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.815/DF.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10162709>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.240/SP.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10167333>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus n. 96.772/SP.* Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14712898/habeas-corpus-hc-96772-sp>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 466.343-1/SP.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=595444>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 511.961/PR.* Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=605643>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 1072-72.2011.5.02.0384.* Disponível em: <http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/resumoForm.do?consulta=1&numeroInt=129317&anoInt=2013>. Acesso em: 02 jul. 2019.

CARVALHO, Alexander Perazo Nunes de. *Convencionalização do direito civil: a aplicação dos tratados e convenções internacionais no âmbito das relações privadas.* Revista de Direito Internacional (UNICEUB), Brasília, v. 12, n. 2, p. 341-354, jul./dez. 2015.

CONTRERAS, Pablo. *Control de Convencionalidad, Deferencia Internacional y Discreción Nacional en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *Ius et Praxis*, v. 20, n. 2, Talca, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile.* Sentença de 26 de setembro de 2006. Disponível em:

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/7172fb59c130058bc5a96931e41d04e2.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. *Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname.* Sentença de 30 de janeiro de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/09/76dc0db310925e305df1def0e12c9ee7.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. *Caso Gelman vs. Uruguai.* Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/09b4d396111fe41e886a744a9f8753e1.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

_____. *Caso Genie Lacayo vs. Nicarágua.* Sentença de 29 de janeiro de 1997. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_30_esp.pdf>. Acesso em: 02 jul. 2019.

GIACOIA, Glberto. *Ministério Público Vocacional.* Revista Justitia, v. 64, n. 197, p. 279-286, jul./dez. 2007.

GRAU, Eros Roberto. *Porque tenho medo dos juízes: a interpretação do direito e dos princípios.* São Paulo: Malheiros, 2016.

HEEMANN, Thimotie Aragon; PAIVA, Caio. *Jurisprudência Internacional de Direitos Humanos.* 2. ed. Minas Gerais: Editora CEI, 2017.

MARINONI, Luiz Guilherme; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Controle de Convencionalidade.* Distrito Federal: Gazeta Jurídica, 2013.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 2. ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

_____. *O controle jurisdicional da convencionalidade das leis*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PAIVA, Caio. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro.* 2. ed. Santa Catarina: Empório do Direito, 2017.

RAMIREZ, Sérgio Garcia; SANCHEZ, Moráles. *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*. México: Porrúa y UNAM, 2011.

RAMOS, André de Carvalho. *Curso de Direitos Humanos.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. *Processo Internacional de Direitos Humanos.* 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SAGUES, Nestor Pedro. *El "Control de Convencionalidad" en el sistema interamericano, y sus antecipos em el ámbito de los derechos económicos-sociales. Concordancias y diferencias con el Sistema Europeu.* In: BOGDANDY, Armin Von; FIX-FIERRO, Héctor; ANTONIAZZI, Mariela Morales; MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer (orgs.). *Construcción y Papel de los Derechos Sociales Fundamentales. Hacia un ius constitucionale commune en*

América Latina. Universidad Nacional Autônoma de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011. Disponível em: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Controle de Convencionalidade dos Tratados Internacionais*. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-abr-10/direitos-fundamentais-controle-convencionalidade-tratados-internacionais;>. Acesso em: 06 jun. 2019.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais, Constituição e direito internacional: diálogos e fricções*. In: PIOVESAN, Flávia; SOARES, Inês Virgínia Prado (coord.). *Impacto das decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos na jurisprudência do STF*. Salvador: JusPodivm, 2016.

MULTAS DECORRENTES DA PRÁTICA DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PREVISTAS NO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Moacir Silva do Nascimento Júnior[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA

O trabalho debate a cronologia normativa que rege os limites sancionatórios fixados nos preceitos secundários dos tipos administrativos do Estatuto da Criança e do Adolescente e enfrenta controvérsia acerca da viabilidade da vinculação dos valores condenatórios ao salário mínimo nacionalmente unificado. Também toma em consideração decisões proferidas por tribunais estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça e o entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal para concluir que, constatada a prática de tais infrações, deve ser imposta sanção pecuniária com base no salário mínimo nacionalmente unificado, salvo nas hipóteses em que a lei estipular valor nominal. Para aumentar a eficácia da política de fiscalização, considerado o fenômeno inflacionário, sustenta alteração normativa para que os dispositivos padronizem o salário mínimo como parâmetro sancionatório nas infrações administrativas.

INTRODUÇÃO

A proteção jurídica da infância e da juventude impõe a atuação simultânea das famílias, da sociedade e do estado, direcionada a garantir o gozo dos direitos previstos na legislação e, sobretudo, prevenir a ocorrência de situações de risco. No contexto preventivo, a política de fiscalização administrativa ganha importância por viabilizar o disciplinamento dos mais variados setores da sociedade, envolvidos com atividades com potencial de dano àqueles que atravessam o peculiar estágio de pessoas em desenvolvimento. Uma das principais consequências jurídicas que decorrem da violação de normas que integram o capítulo da prevenção especial, relacionadas a atividades de informação, cultura, lazer, esportes, diversões e espetáculos, além do consumo tanto de produtos, quanto de serviços, e

autorização para viagens, está prevista em normas que integra o rol de infrações administrativas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Esse tipo de tutela jurídica, baseada no exercício do poder de polícia administrativa, consiste na aplicação das sanções previstas em lei, dentre as quais não figura a privação de liberdade, de forma autônoma àquelas previstas na legislação civil ou criminal, e guarda similitude com esta quanto às garantias processuais e materiais dos autores do ilícito, por se efetivar através de procedimento a cargo do Poder Judiciário. Diversas questões jurídicas podem ser debatidas quando do exercício de uma pretensão direcionada à declaração de que o ilícito administrativo foi praticado, centradas em garantias jurídicas das pessoas acionadas. Uma dessas questões diz respeito aos limites sancionatórios fixados nos preceitos secundários dos tipos administrativos.

O presente trabalho debate a cronologia normativa que rege esse tema, desde a edição das primeiras normas que surgiram no país até a promulgação da Constituição Federal de 1988 e, logo em seguida, do Estatuto da Criança e do Adolescente, para enfrentar a controvérsia acerca da viabilidade da vinculação dos valores condenatórios ao salário mínimo, previsto em lei, nacionalmente unificado, ante a regra do art. 7º, IV, do texto constitucional. A análise também adota como referência decisões proferidas por tribunais estaduais e pelo Superior Tribunal de Justiça, além do entendimento dominante no Supremo Tribunal Federal. Ao final, será exposta a síntese dogmática com sugestão de aprimoramento da legislação.

FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA[455]

O Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927, norma que consolidou "as leis de assistencia e protecção a menores" (BRASIL, 1927), tinha previsão expressa de segredo de justiça para os processos instaurados contra adolescentes acusados[456] e vedava, no art. 89, "a publicação, total ou parcial, pela imprensa ou por qualquer outro meio, dos atos ou documentos do processo, debate e ocorrências das audiências e decisões das autoridades" (BRASIL, 1927). Além dessa vedação, estava previsto que a imprensa deveria se abster da "exibição de retratos dos menores processados, de qualquer ilustração que lhes diga respeito ou se refira aos factos que lhes são imputados" (BRASIL, 1927). Como punição, a norma fixava, no mesmo dispositivo, "multa de 1:000$ a 3:000$, além do sequestro da publicação e

[455] O presente texto tem por base dissertação submetida ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Tiradentes, que foi publicada, após sua aprovação e com adaptações, pela Lumen Juris Editora, cujo título é "Exposição de adolescentes acusados de atos infracionais no espaço cibernético" (NASCIMENTO JÚNIOR, 2019).

[456] "Art. 88. O processo a que forem submetidos os menores de 18 annos será sempre secreto. Só poderão assistir às audiências as pessoas necessárias ao processo e as autorizadas pelo juiz" (BRASIL, 1927).

de outras penas que possam caber" (BRASIL, 1927).

Tal diploma normativo foi revogado[457] pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979, que aprovou o Código de Menores (BRASIL, 1979) e manteve a previsão de sigilo dos atos "judiciais, policiais e administrativos que digam respeito a menores" (BRASIL, 1979, art. 3º), condicionando sua divulgação à autorização judicial e fixando que notícia publicada sobre "menor em situação irregular não o poderá identificar, vedando-se fotografia, referência a nome, apelido, filiação, parentesco e residência, salvo no caso de divulgação que vise à localização de menor desaparecido" (BRASIL, 1979, art. 3º, parágrafo único). A sanção pelo desrespeito a tal proibição foi fixada em tipo administrativo[458] nos seguintes termos: "multa de até cinqüenta valores de referência" (BRASIL, 1979, art. 63).

Embora mantido o mesmo padrão normativo voltado a reprimir atos midiáticos de violação da honra dos adolescentes acusados, a estratégia adotada pelo legislador, com o intuito de não desnaturar a sanção por meio da definição de intervalo monetário, como anteriormente fixado, já que o país enfrentava problemas econômicos decorrentes da rápida redução do valor de face da moeda circulante, foi remeter o conteúdo sancionatório aos "valores de referência", sem trazer enunciado textual no corpo de Código de Menores (BRASIL, 1979) apto a esclarecer a norma jurídica onde eles estavam previstos.

A resposta a tal indagação é encontrada tanto na Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, que estabeleceu "a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária" (BRASIL, 1975) e determinou que, em substituição ao índice de atualização[459] idêntico ao do salário mínimo, caberia ao Poder Executivo estabelecer "sistema especial de atualização

[457] "Art. 123. Revogam-se o Decreto nº 5.083, de 1º de dezembro de 1926; o Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927; a Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965; a Lei nº 5.258, de 10 de abril de 1967; e a Lei nº 5.439, de 22 de maio de 1968" (BRASIL, 1979).

[458] "Art. 63. Divulgar, total ou parcialmente, sem autorização devida, por qualquer meio de comunicação, nome, atos ou documentos de procedimento judicial relativo a menor. Pena - multa de até cinqüenta valores de referência. § 1º Incorre na mesma pena quem exibe fotografia de menor em situação irregular ou vítima de crime, ou qualquer ilustração que lhe diga respeito ou se refira a atos que lhe sejam imputados, de forma a permitir sua identificação, direta ou indiretamente. § 2º Se o fato for praticado por órgão de imprensa ou emissora de rádio ou televisão, além da pena prevista neste artigo, a autoridade judiciária poderá determinar a apreensão de publicação ou a suspensão da programação da emissora até por dois dias, bem como da publicação do periódico até por dois números" (BRASIL, 1979).

[459] Para Scavone Junior, "a correção monetária, como hoje se conhece, encontra sua gênese, entre nós, na Lei 4.357/64 (arts. 1.° e 7.º) que menciona as 'variações no poder aquisitivo da moeda nacional', rompendo com o princípio do nominalismo insculpido no art. 947 do Código Civil de 1916, através da criação das obrigações reajustáveis do tesouro nacional (ORTN). A correção monetária fixou-se, entretanto, com a Lei 6.423/77, cujo art. 1.° passou a admitir expressamente a correção monetária pela ORTN, decorrente de negócio jurídico. De qualquer forma, a correção monetária não é um plus, mas simples manutenção do valor de compra pela variação de um índice de preços que reflete o acréscimo (inflação) ou decréscimo (deflação) dos preços no mercado. Por exemplo: suponhamos alguém que tenha adquirido um bem imóvel em 1992, época em que a inflação mensal chegava a dois dígitos. Suponhamos, também, que o valor combinado devesse ser pago após o prazo de um ano, ocasião em que os preços nominais dos bens já estavam acrescidos em função da inflação crônica do período. Nesse caso, como poderia o vendedor receber aquele valor nominal da época da venda? Se fosse obrigado a receber desta forma, haveria enriquecimento ilícito do comprador, o que é absolutamente vedado pelo direito" (SCAVONE JUNIOR, 2014).

monetária" (BRASIL, 1975, art. 2º), quanto na Lei nº 6.423, de 17 de junho 1977, a qual estabeleceu a necessidade de correção da expressão monetária de prestação pecuniária prevista em disposição legal ou estipulação de negócio jurídico, ocorrer, unicamente, tendo "por base a variação nominal da Obrigação Reajustável do Tesouro Nacional (ORTN)" (BRASIL, 1977, art. 1º). A estratégia de desvincular os reajustes do salário mínimo da atualização dos valores previstos em leis e, especialmente, nos contratos, direcionava-se a conter o chamado "efeito cascata" que incide na economia a cada simples reajuste e, especialmente, quando ocorre majoração real no seu valor[460].

Tais dispositivos do Código de Menores (1979) inserem-se no contexto normativo de outros diplomas legais editados no período. A título de exemplo, observe-se a evolução do art. 153 da Consolidação das Leis do Trabalho. Em abril de 1977, teve sua redação alterada para estabelecer infração administrativa punida com "multa de no mínimo 2 (duas) até 20 (vinte) vezes o valor de referência previsto no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 6.205[...], calculada a razão de um valor de referência, por empregado em situação irregular" (BRASIL, 1943). Utiliza, portanto, o mesmo parâmetro sancionatório do tipo administrativo que buscava tutelar direitos fundamentais de crianças e adolescentes.

Segundo Antonio Machado, "na aplicação da multa, o Código adotou como padrão o valor de referência. Esse critério visa a assegurar o valor real da multa, no decorrer do tempo, resguardando-a da desvalorização da moeda padrão, em face da crescente inflação. O valor de referência tem seu fundamento na Lei n. 6.205, de 29 de abril de 1975, que estabeleceu o sistema especial de atualização monetária em substituição à correção pelo salário mínimo. Com a Lei n. 6.708, de 30 de outubro de 1979, que dispõe sobre a correção monetária dos salários, modifica a política salarial e dá outras providências, o salário mínimo e o valor de referência passaram a sofrer atualização semestral" (MACHADO, 1987, p. 113). Na mesma obra, Machado lista as normas que atualizaram o valor de referência, chamando atenção o salto de Cr$ 501, valor que vigorou a partir de 9 de maio de 1975, para Cr$ 277.898, conforme patamar definido pelo Decreto nº 91.862, de 1º de novembro de 1985. Em pouco mais de dez anos, portanto, caso seu valor tivesse sido fixado de maneira nominal, a multa seria irrisória e, portanto, inapta à efetivação da norma contida no preceito primário do tipo administrativo.

Em outubro de 1989, a redação desse dispositivo foi modificada para a seguinte: "As infrações ao disposto neste Capítulo serão punidas com multas de valor igual a 160 BTN por

[460] Para uma melhor compreensão dos fenômenos econômicos, recomenda-se a leitura de "Economia brasileira", que aborda na Parte IV (p. 127 e 176) as medidas estatais adotadas na década de 1980 para conter os efeitos do descontrole inflacionário: "A economia brasileira atravessou, durante os anos 1980, uma profunda crise, caracterizada por estagnação econômica e altas taxas de inflação. A renda per capita, em 1994, encontrava-se no mesmo nível de 1980. A inflação alcançou níveis elevadíssimos nesses 15 anos. Na verdade, foi a pior crise pela qual a economia brasileira passou desde que o país se tornou independente, sendo muito mais grave que a crise dos anos 1930" (LACERDA, 2013, p. 150).

empregado em situação irregular" (BRASIL, 1943). Tal modificação decorreu da extinção do "valor de referência[461] e da opção do legislador por modificar de maneira expressa, por meio da Lei nº 7.855, de 24 de outubro de 1989, "os valores das multas trabalhistas" (BRASIL, 1989) e alterar, assim, a sistemática de cálculo do valor das sanções administrativas aplicáveis a empregadores para adoção de parâmetro que vem garantindo a constante atualização e, portanto, protegendo a norma sancionadora dos efeitos da inflação, que tendem a reduzir o seu potencial de coerção simbólica.

A aplicação de multas que levem em conta o valor do salário mínimo vigente quando da prática das infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente decorre da evolução normativa que culminou com a extinção dos salários de referência, substituídos pelo "salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família [...], com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo" (BRASIL, 1988, art. 7°, IV).

Logo após a promulgação do texto constitucional e quinze meses antes da entrada em vigor do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 12 de outubro de 1990, os valores de referência que vinham sendo constantemente atualizados desde a entrada em vigor da Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975, foram declarados expressamente extintos, por força da Lei nº 7.789, de 3 de julho de 1989. Inviável, portanto, a interpretação que remete a parâmetro normativo extinto a aferição do valor a ser pago pelos violadores das normas protetivas do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Segundo Ishida, "quanto à fixação da multa, o parâmetro do Estatuto da Criança e do Adolescente é do salário referência. Em decorrência de sua extinção a partir de 4 de julho de 1989, em razão da Lei nº 7.789, de 3 de julho de 1989, a jurisprudência tem admitido a fixação em função do salário-mínimo. Alguns entendimentos jurisprudenciais[462], todavia,

[461] A Lei nº 7.789, de 3 de julho de 1989, extinguiu "o salário mínimo de referência" (BRASIL, 1989, art. 5º) criado pela Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975. Os efeitos dessa norma sobre as sanções decorrentes da prática de infrações administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente serão analisados a seguir.

[462] Julgamentos esses que contrariam jurisprudência pacífica dos tribunais estaduais e do Superior Tribunal de Justiça: "Multa. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Valor da sanção estabelecida em salário mínimo. Possibilidade. Acórdão baseado na interpretação do art. 5º da Lei nº 7789/89**. Fundamento não impugnado nas razões do Recurso Especial. Súmula nº 283/STF por aplicação analógica. Agravo conhecido para negar provimento ao Recurso Especial" (**STJ**; AREsp 1.238.362; Proc. 2018/0013707-2; AC; Rel. Min. Mauro Campbell Marques; Julg. 03/04/2018; DJE 06/04/2018; Pág. 4425, destaque acrescido); "Possível a fixação da multa em salários mínimos haja vista a expressa revogação do salário de referência pelo art. 5º, da Lei nº 7.789/89". (**TJMG**; APCV 0080773-30.2010.8.13.0362; João Monlevade; Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Lailson Braga Baeta Neves; Julg. 05/02/2019; DJEMG 15/02/2019); "Pleito de isenção da multa aplicada. Inviabilidade. Multa prevista como única sanção cominada no tipo. Redução, todavia, que se impõe. Família em situação de vulnerabilidade social e hipossuficiência financeira. Fixação em meio salário mínimo que mantém o caráter pedagógico e inibidor necessário à reprimenda. Precedente do Superior Tribunal de Justiça" (**TJSC**; AC 0900106-93.2018.8.24.0055; Rio Negrinho; Sexta Câmara de Direito Civil; Relª Desª Denise Volpato; DJSC 03/05/2019; Pag. 361); "Multa corretamente aplicada. Art. 258. Patamar

estabelecem que houve manutenção do salário referência e, consequentemente, apenas necessidade de atualização" (ISHIDA, 2016, p. 46). O art. 5º da Lei nº 7.789/1989, publicada em 4 de julho de 1989, ou seja, mais de um ano antes da publicação do Estatuto da Criança e do Adolescente, possui a seguinte redação: "A partir da publicação desta Lei, deixa de existir o salário mínimo de referência e o piso nacional de salário, vigorando apenas o salário mínimo" (BRASIL, 1989).

Aceitar que a Constituição Federal veda, em seu art. 7°, IV, a vinculação do salário mínimo "para qualquer fim" (BRASIL, 1988), inclusive em situações com reduzido impacto inflacionário, levaria o Supremo Tribunal Federal a declarar a inconstitucionalidade de sistemática normativa largamente adotada no ordenamento brasileiro, inclusive reconhecer a não recepção da reforma da Parte Geral do Código Penal, e impor ao poder legislativo revisões anuais na legislação ligada a essa área e ao poder de polícia administrativa. A jurisprudência da Corte Suprema[463], contrariamente, entende lícita a postura do legislador ao fixar sanções com tal mecanismo de atualização do preceito sancionador que tome por base a evolução do salário mínimo.

Além dos dispositivos citados neste trabalho, existe vinculação normativa de preceitos secundários ao salário mínimo tanto em dispositivos que integram os Códigos de Processo Penal (BRASIL, 1941, arts. 265, 436 e 442) e de Processo Civil (BRASIL, 2015, arts. 77, 81,

---

máximo de 20 salários mínimos que é adequado diante das peculiaridades do caso em apreço, que trata de 4 (quatro) crianças sem a documentação exigida" (**TJRJ**; APL 0278689-13.2016.8.19.0001; Rio de Janeiro; Décima Segunda Câmara Cível; Rel. Des. Mario Guimaraes Neto; DORJ 19/07/2019; Pág. 275); "Aplicação de multa administrativa. Cabimento. Fixação com base no salário mínimo. Possibilidade. Jurisprudência deste tribunal" (**TJBA**; AP 0004968-14.2016.8.05.0191; Salvador; Quarta Câmara Cível; Rel. Des. Emílio Salomão Pinto Resedá; Julg. 06/02/2018; DJBA 27/02/2018; Pág. 340); "A multa prevista no art. 253 do Estatuto da Criança e do Adolescente pode ser calculada com base no salário mínimo vigente. Precedentes do STF" (**TJDF**; Rec 2011.01.3.010019-4; Ac. 860.532; Terceira Turma Cível; Relª Desª Fátima Rafael; DJDFTE 17/04/2015; Pág. 160); "Após a revogação do salário de referência, através da Lei nº 7789/89, as multas administrativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente devem ser arbitradas utilizando como parâmetro o salário mínimo" (**TJPE**; Rec. 0012016-16.2015.8.17.0000; Quarta Câmara Cível; Rel. Juiz Paula Malta; Julg. 09/06/2016; DJEPE 21/07/2016); "Uma vez que extinto o salário mínimo de referência, a aplicação de multas previstas no ECA podem ser substituídas pelo salário mínimo. Precedente do STF" (**TJAC**; APL 0800027-09.2014.8.01.0081; Ac. 19.896; Primeira Câmara Cível; Rel. Des. Laudivon Nogueira; DJAC 13/10/2016; Pág. 5).

[463] Por todas as manifestações da Suprema Corte, tome-se decisão proferida em ação penal de competência originária: "Relativamente à pena de multa, observados os parâmetros do art. 49, §1º, c/c art. 60 do Código Penal, fixo a **sanção pecuniária em duzentos dias-multa, ao valor de um salário-mínimo vigente na data do último fato delitivo (2003)**, devidamente corrigido até a data do pagamento, na esteira da jurisprudência. [...] não há falar em prescrição retroativa quanto ao crime de empréstimo vedado (art. 17 da Lei nº 7.492/1986), uma vez que, tendo a pena aplicada sido superior a quatro anos (art. 109, III, do Código Penal), não houve transcurso de prazo superior a doze anos entre a data do fato (maio de 2003) e a data do recebimento da denúncia (16/9/2014), restando hígida a sanção penal de 04 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, **além de duzentos dias-multa, ao valor de um salário- mínimo vigente na data do último fato delitivo (maio de 2003), devidamente corrigido até a data do pagamento**. [...] O apenado deverá cumprir pena de 04 anos e 06 meses de reclusão, no regime inicial semi-aberto, além de **200 dias multa, ao valor de um salário-mínimo vigente na data do último fato delitivo (maio de 2003), devidamente corrigido até a data do pagamento**". (STF; AP 892; Primeira Turma; Rel. Min. Luiz Fux; DJE 20/05/2019, destaques acrescidos)

202, 234 e 258), quanto em tipos administrativos de outras normas esparsas, como a Lei nº 6.198, de 26 de dezembro de 1974, que dispõe sobre a inspeção e a fiscalização obrigatórias dos produtos destinados à alimentação animal, fixando que, "sem prejuízo da responsabilidade penal cabível, infração das normas legais relacionadas com o trato das matérias-primas ou produtos destinados à alimentação animal, (Vetado) acarretará, isolada ou cumulativamente, nos termos previstos em regulamento, as seguintes sanções administrativas: [...] multa de até 10 (dez) vezes o maior salário-mínimo mensal, vigente no País" (BRASIL, 1974, art. 4º, "b").

Observe-se que a problemática da atualização dos valores devidos a título de multa não é objeto de discussão no âmbito criminal, já que o Código Penal foi reformado em 1984 para prever, no seu art. 49, que o "valor do dia-multa será fixado pelo juiz não podendo ser inferior a um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, nem superior a 5 (cinco) vezes esse salário" e que "o valor da multa será atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária" (BRASIL, 1940).

Além desse aspecto, outro que envolve análise econômica e identificação dos fatores que levam à inflação também deve ser considerado, já que inexiste impacto econômico significativo, quando comparado com o reajuste de valores previstos em contratos, a partir da automática atualização do valor das sanções pecuniárias previstas em lei. Importante reconhecer, ainda, ganhos econômicos para a sociedade, em razão da desnecessidade de mobilização do caro aparato legislativo para modificação dos dispositivos legais a cada redução significativa do valor previsto em lei como conteúdo pecuniário sancionador.

O valor de R$ 1.000,00 (mil reais), previsto como o mínimo da sanção administrativa incluída no Estatuto da Criança e do Adolescente em agosto de 2009, direcionada a punir o magistrado que não providencia "a instalação e operacionalização dos cadastros previstos no art. 50 e no § 11 do art. 101" (BRASIL, 1990, art. 258-A), caso fosse atualizado com base no índice oficial de inflação, qual seja, o IPC-A (IBGE), seria de R$ 1.714,95 (mil setecentos e quatorze reais e noventa e cinco centavos). A defasagem do valor da moeda altera o conteúdo normativo a cada mês e diminui o poder de coerção da norma. Transferindo o valor que atualmente vigora para a época da edição da norma, a multa atualmente em vigor corresponde a R$ 583,43 (quinhentos e oitenta e três reais e quarenta e três centavos).

A atualização dos dispositivos do Estatuto da Criança e do Adolescente, para que sejam modificados os preceitos secundários dos tipos administrativos, é medida que trará maior eficácia para a atuação dos órgãos que combatem as condutas violadoras das normas de prevenção geral e especial. A previsão de multas em valor nominal causa um processo contínuo de diminuição do respectivo poder coercitivo, considerando a perda do poder

aquisitivo da moeda brasileira. O ideal seria que todas as multas estivessem vinculadas ao salário mínimo nacionalmente unificado, a exemplo do sistema sancionatório do Código Penal e de outras normas que integram o direito administrativo sancionador. Para que não persistissem as discussões acerca da suposta aplicabilidade do sistema de salários de referência, revogado expressamente antes da entrada em vigor do Estatuto, também seria importante a edição de lei que atualizasse as expressões dos preceitos secundários e trouxesse norma interpretativa de que essa alteração textual não influi nos valores das multas decorrentes dos atos ilícitos anteriores a ela.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Constatada a prática de infração administrativa que viole dever de proteção jurídica à infância e à juventude, a sanção pecuniária deve ser imposta com base no salário mínimo nacionalmente unificado, salvo nas hipóteses em que a lei estipular valor nominal, e, considerado o fenômeno inflacionário e a necessidade de aumentar a eficácia da política de fiscalização, necessário alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente para que os dispositivos padronizem o salário mínimo como parâmetro sancionatório.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Decreto nº 17.943-A, de 12 de outubro de 1927.** Consolida as leis de assistencia e protecção a menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/D17943Aimpressao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Código Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.198, de 26 de dezembro de 1974**. Dispõe sobre a inspeção e a fiscalização obrigatórias dos produtos destinados à alimentação animal e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/1970-1979/L6198.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.205, de 29 de abril de 1975**. Estabelece a descaracterização do salário mínimo como fator de correção monetária e acrescenta parágrafo único ao artigo 1º da Lei número 6.147, de 29 de novembro de 1974. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6205.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.423, de 17 de junho de 1977.** Estabelece base para correção monetária e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6423.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979**. Institui o Código de Menores. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impressao.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

BRASIL. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015.** Código de Processo Civil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm. Acesso em: 20 jul. 2019.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. Salvador: JusPodivm, 2019.

DELMANTO, Celso; DELMANTO JR, Roberto; DELMANTO, Fabio M. de Almeida. **Código Penal comentado**. 9. ed. Paulo: Saraiva, 2016.

ISHIDA, Válter K. **Estatuto da criança e do adolescente**. 17. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

LACERDA, Antônio Corrêa de. **Economia Brasileira**. 5. ed. Minha Biblioteca. São Paulo: Saraiva, 2013.

MACHADO, Antonio Luiz Ribeiro. **Código de Menores Comentado**. 2. ed. São Paulo: Saraiva: 1987.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (coordenação). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NASCIMENTO JÚNIOR, Moacir Silva do. **Exposição de adolescentes acusados de atos infracionais no espaço cibernético**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2019.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de direitos humanos**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: volume 3. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da criança e do adolescente**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SPOSATO, Karyna Batista. **Direito Penal de Adolescentes**: elementos para uma teoria garantista. São Paulo: Saraiva, 2013.

SCAVONE JUNIOR, Luiz Antonio. **Juros no Direito Brasileiro.** 5. ed. E-book. Minha Biblioteca. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TAVARES, José de Farias. **Comentários ao estatuto da criança e do adolescente**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

A Inversão do Ônus da Prova Como Ferramenta de Eficácia Social No Fornecimento de Medicamentos Não Relacionados no SUS aos Indivíduos Hipervulneráveis

Autoria e Responsável Pela Defesa Perante a Comissão Temática:
Elton Oliveira Amaral (Promotor de Justiça)
Instituição vinculada:
Ministério Público do Estado de Mato Grosso
Informações para contato:
elton.amaral@mpmt.mp.br / (66) 9.9212-2519 / (66) 3471-1353

I. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) é hialina ao normatizar em seu artigo 196 que 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. Adiante, fixa a descentralização, o atendimento integral e a participação da sociedade como diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS).

Comentando o referido dispositivo, leciona Ingo Wolfgang Sarlet:

> A saúde comunga, na nossa ordem jurídico-constitucional, da dupla fundamentalidade formal e material da qual se revestem os direitos e garantias fundamentais em geral, especialmente em virtude de seu regime jurídico privilegiado. Assume particular relevância, para o adequado manejo do direito à saúde, que a tutela da saúde, a exemplo de outros direitos fundamentais, apresenta uma série de interconexões com a proteção de outros bens fundamentais, apresentando zonas de convergência e mesmo de superposição em relação a outros bens (direitos e deveres) que também constituem objeto de proteção constitucional, tais como a vida, a moradia, o trabalho, a privacidade, o ambiente, além da proteção do consumidor, da família, das crianças e dos adolescentes, e dos idosos, o que apenas reforça a tese da interdependência entre todos os direitos fundamentais.
> (…)

> **Na verdade, parece elementar que uma ordem constitucional que protege os direitos à vida e à integridade física e corporal evidentemente deva salvaguardar a saúde, sob pena de esvaziamento daqueles direitos.**[464]

Umbilicalmente vinculada ao direito à vida, a tutela da saúde, como destacado pelo autor, traduz a opção do poder constituinte originário em difundir no ordenamento jurídico pátrio normas que garantam o desenvolvimento digno dos cidadãos.

A Lei n.º 8.080/1990 é uma delas e dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. Dali, despontam as seguintes regras, de especial atenção ao debate em foco:

> Art. 19-M. A assistência terapêutica integral a que se refere a alínea d do inciso I do art. 6º consiste em:
> I - **dispensação de medicamentos e produtos de interesse para a saúde**, cuja prescrição esteja em conformidade com as diretrizes terapêuticas definidas em protocolo clínico para a doença ou o agravo à saúde a ser tratado ou, na falta do protocolo, em conformidade com o disposto no **art. 19-P**;
> (…)
> Art. 19-P. Na falta de protocolo clínico ou de diretriz terapêutica, a dispensação será realizada:
> I - com base **nas relações de medicamentos instituídas pelo gestor federal do SUS**, observadas as competências estabelecidas nesta Lei, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Tripartite;
> II - no âmbito de cada Estado e do Distrito Federal, de forma suplementar, com base nas **relações de medicamentos instituídas pelos gestores estaduais do SUS**, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada na Comissão Intergestores Bipartite;
> III - no âmbito de cada Município, de forma suplementar, com base **nas relações de medicamentos instituídas pelos gestores municipais do SUS**, e a responsabilidade pelo fornecimento será pactuada no Conselho Municipal de Saúde.
> (Grifos acrescidos)

A despeito da eficácia plena e da aplicabilidade imediata do artigo 196 da CF/1988, vê-se que o legislador infraconstitucional atrelou a dispensação de medicamentos por meio do SUS à existência de previsão nas relações cunhadas pela União, estados e municípios.

Sublinha-se que, no ano de 2018, foram gerados 123.448 novos casos processuais no Poder Judiciário vinculados à matéria de Direito Administrativo e Outras Matérias de Direito Público com o assunto fornecimento de medicamentos.[465] Nesse contexto, a discussão sobre a obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS tomou fôlego.

Esse é o quadro que emoldura o presente trabalho, que almeja contribuir para a atuação ministerial na temática, valendo-se da análise do conceito de pessoas hipervulneráveis, dos critérios jurisprudenciais fixados pelo Tribunal da Cidadania em recente

---

[464] Grifos acrescidos. SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 196. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 1.931.

[465] Disponível em https://paineis.cnj.jus.br/QvAJAXZfc/opendoc.htm?document=qvw_l%2FPainelCNJ.qvw&host=QVS%40neodimio03&anonymous=true&sheet=shResumoDespFT. Acesso em 19/07/2019.

e paradigmático julgamento e do instrumento da inversão do ônus da prova como mecanismo processual para a eficácia social do direito à saúde desses indivíduos.

II. O CONCEITO DE HIPERVULNERABILIDADE E SUA APLICAÇÃO NO MICROSSISTEMA DE PROCESSO COLETIVO BRASILEIRO

A missão constitucional do Ministério Público de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, felizmente, encontra amplo respaldo na legislação infraconstitucional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 201) e o Estatuto do Idoso (artigo 74), por exemplo, são harmônicos ao conferir atuação ministerial para a garantia dos direitos individuais indisponíveis desses grupos de pessoas. Não se desconhece, lado outro, que as crianças, os adolescentes, os idosos e as pessoas com deficiência física são indivíduos que recebem o princípio da prioridade na tutela de direitos tais. Aqui, não há como se desvencilhar da conclusão de que o especial tratamento normativo está intimamente vinculada à hipervulnerabilidade.

No ordenamento jurídico pátrio, ao ventilar o instituto das práticas abusivas, o Código de Defesa do Consumidor estampou em seu artigo 39, inciso IV, a vedação ao fornecedor de produtos ou serviços de prevalecer-se da *fraqueza* ou *ignorância* do consumidor, *tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços*. Está-se, pois, da edificação legal da condição de pessoa hipervulnerável.

O Tribunal da Cidadania, por sua vez, não desafina ao utilizar de tal conceito para a proteção social desses grupos nas mais diversas searas. É o que se percebe dos seguintes arestos:

> PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROTEÇÃO DOS ÍNDIOS. ASSISTÊNCIA À SAÚDE. MINISTÉRIO PÚBLICO. LEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM. INTERPRETAÇÃO DE NORMAS DE PROTEÇÃO DE SUJEITOS HIPERVULNERÁVEIS E DE BENS INDISPONÍVEIS. LEI 8.080/90 E DECRETO FEDERAL 3.156/99. SÚMULA 126/STJ. ART. 461 DO CPC. MULTA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE.
> (...)
> 7. O status de índio não depende do local em que se vive, já que, a ser diferente, estariam os indígenas ao desamparo, tão logo pusessem os pés fora de sua aldeia ou Reserva. Mostra-se ilegal e ilegítimo, pois, o discrímen utilizado pelos entes públicos na operacionalização do serviço de saúde, ou seja, a distinção entre índios aldeados e outros que vivam foram da Reserva. **Na proteção dos vulneráveis e, com maior ênfase, dos hipervulneráveis, na qual o legislador não os distingue, descabe ao juiz fazê-lo, exceto se for para ampliar a extensão, o grau e os remédios em favor dos sujeitos especialmente amparados.**
> 8. O atendimento de saúde - integral, gratuito, incondicional, oportuno e de qualidade - aos índios caracteriza-se como dever de Estado da mais alta prioridade, seja porque imposto, de forma expressa e inequívoca, pela lei (dever legal), seja porque procura impedir a repetição de trágico e esquecido capítulo da nossa história (dever moral), em que as doenças (ao lado da

escravidão e do extermínio físico, em luta de conquista por território) contribuíram decisivamente para o quase extermínio da população indígena brasileira.
9. É cabível a cominação da multa prevista no art. 461 do CPC contra a Fazenda Pública. Precedentes do STJ.
10. Recursos Especiais parcialmente conhecidos e não providos.
(Grifos acrescidos. REsp 1064009/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 27/04/2011);

RECURSO ESPECIAL. DIREITO DO CONSUMIDOR. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PROPAGANDA ENGANOSA. COGUMELO DO SOL. CURA DO CÂNCER. ABUSO DE DIREITO. ART. 39, INCISO IV, DO CDC. **HIPERVULNERABILIDADE**. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. DANOS MORAIS. INDENIZAÇÃO DEVIDA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL COMPROVADO.
(...)
4. A vulnerabilidade informacional agravada ou potencializada, denominada hipervulnerabilidade do consumidor, prevista no art. 39, IV, do CDC, deriva do manifesto desequilíbrio entre as partes.
5. O dano moral prescinde de prova e a responsabilidade de seu causador opera-se in re ipsa em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo consumidor.
6. Em virtude das especificidades fáticas da demanda, afigura-se razoável a fixação da verba indenizatória por danos morais no valor de R$ 30.000,00 (trinta mil reais).
7. Recurso especial provido.
(Grifos acrescidos. REsp 1329556/SP, Rel. Ministro RICARDO VILLAS BÔAS CUEVA, TERCEIRA TURMA, julgado em 25/11/2014, DJe 09/12/2014);

Trocando em miúdos, as crianças, os adolescentes, os idosos, os indígenas e as pessoas com deficiências estão inseridas no grupo de hipervulneráveis. Nessa toada, seja pela aplicação do microssistema de processo coletivo, seja pela concretização da teoria do diálogo sistemático das fontes, mister que recebam especial tratamento na tutela do direito individual indisponível à saúde, obviamente, de acordo com as nuances do caso concreto.

III. OS REQUISITOS JURISPRUDENCIAIS NA OBRIGATORIEDADE DO PODER PÚBLICO DE FORNECER MEDICAMENTOS NÃO INCORPORADOS EM ATOS NORMATIVOS DO SUS

Esclarecido o conceito de hipervulnerabilidade, os olhos deverão ser volvidos aos paradigmas do Recurso Especial n.º 1.657.156, afetado pelo rito dos julgamentos dos recursos repetitivos no Superior Tribunal de Justiça.

Ali, discutiu-se exatamente a obrigação do Estado em fornecer medicamentos não previstos nas listas do SUS. De um lado, argumentou-se a extensão da aplicabilidade do artigo 196 da CF/1988 ante as restrições estampadas na Lei n.º 8.080/1990. Noutra senda, o princípio constitucional da separação foi pontuado como tese principal para negar-se tal direito subjetivo.

Da pena do Ministro Relator Benedito Gonçalves advieram os fundamentos que cominaram na seguinte tese:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. TEMA 106. JULGAMENTO SOB O RITO DO ART. 1.036 DO CPC/2015. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS NÃO CONSTANTES DOS ATOS NORMATIVOS DO SUS. POSSIBILIDADE. CARÁTER EXCEPCIONAL. REQUISITOS CUMULATIVOS PARA O FORNECIMENTO.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. TESE PARA FINS DO ART. 1.036 DO CPC/2015 A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos: (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS; (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito; (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

(Grifos acrescidos. REsp 1657156/RJ, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 25/04/2018, DJe 04/05/2018)

Pelo rito do artigo 1.036 do Código de Processo Civil, o Superior Tribunal de Justiça decidiu pela ***possibilidade*** de fornecimento de medicamentos não previstos em atos normativos do SUS, desde que estejam cumpridos os requisitos negritados.

Na atuação ministerial cotidiana, a comprovação da incapacidade financeira e do registro de medicamentos na ANVISA não revelam maiores dificuldades. Contudo, a comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS pode se tornar um hercúleo obstáculo para a eficácia social do direito à saúde do substituído processual extraordinário. Sendo assim, não pode ele, o hipervulnerável, ficar à mercê da inércia estatal para a obtenção de tal laudo médico. Clara como a luz solar, surge a inversão do ônus da prova como instrumento processual adequado para a solução do imbróglio.

IV. A INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA EM RELAÇÃO AOS INDIVÍDUOS HIPERVULNERÁVEIS NOS CASOS URGENTES

A ampla gama de atribuição ministerial não pode encontrar limite em obstáculos geográficos. O Ministério Público brasileiro está presente em toda a extensão territorial. Ocorre que, infelizmente, os aspectos estruturais da Administração Pública nem sempre são condizentes com o necessário para a garantia do direito constitucional à saúde.

Cita-se, exemplificadamente, o caso do Município de Alto Garças/MT. A unidade de saúde sob responsabilidade do Estado de Mato Grosso que guarnece os cidadãos altogarcenses dista, aproximadamente, 150 km, localizado no Município de Rondonópolis/MT (Hospital Regional). Naquele nosocômio laboram os médicos especialistas vinculados ao SUS no âmbito estadual responsáveis pelo atendimento da demanda municipal de Alto Garças/MT, encarregados do acompanhamento e da prescrição das terapias medicamentosas. Tal quadro revela que o cidadão hipervulnerável não possuí acesso imediato, sequer célere, à comprovação por meio de laudo médico nos moldes ilustrados no recurso repetitivo debatido. Não se desconhece que a situação caótica permeia os mais diversos rincões do Brasil.

Com essas particularidades, indaga-se: é proporcional vincular o fornecimento do medicamento ao lapso temporal necessário para a obtenção do laudo? Qual a forma processual de conferir celeridade ao quadro?

A resposta encontra chancela no artigo 373 do Código de Processo Civil:

> Art. 373. O ônus da prova incumbe:
> I - ao autor, quanto ao fato constitutivo de seu direito;
> II - ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor.
> § 1º Nos casos previstos em lei ou diante de peculiaridades da causa relacionadas à impossibilidade ou à excessiva dificuldade de cumprir o encargo nos termos do caput ou à maior facilidade de obtenção da prova do fato contrário, **poderá o juiz atribuir o ônus da prova de modo diverso, desde que o faça por decisão fundamentada, caso em que deverá dar à parte a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído**.
> (Grifos acrescidos)

Analisando os requisitos legais para a aplicação do instituto, ecoa na doutrina:

> 3.4. Requisitos materiais. De acordo com o §1º, a possibilidade de dinamização ocorre quando uma das partes, acentuadamente em relação à outra, detenha: **(a) conhecimento técnicos ou; (b) informações específicas sobre os fatos ou; (c) maior facilidade em sua demonstração.** Trata-se de dados textuais dotados de grande vagueza, que dependem da atuação doutrinária e jurisprudencial. O §2º, por sua vez, impõe que a dinamização não gere, em detrimento de nenhuma das partes, um encargo impossível ou excessivamente difícil. Em outras palavras, a dinamização não deve ser utilizada quando haja prova diabólica para ambos os litigantes. Em tais situações, deve ser utilizada a regra de inesclarecibilidade, de modo a analisar qual das partes assumiu o risco da situação de dúvida insolúvel, sendo esta que deverá se submeter à decisão desfavorável. [466]

[466] Grifos acrescidos. PEIXOTO, Ravi. Art. 373. In: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 559.

A inversão do ônus da prova não foi novidade implantada pelo Código de Processo Civil. Já se encontrava expressamente prevista no Código de Defesa do Consumidor e amplamente utilizada na tutela do Direito Coletivo *lato sensu*, com aplicação, por exemplo, nas demandas envolvendo Direito Ambiental. Assim, no caso em apreço, em estrita homenagem ao diálogo sistemático das fontes, também deverá ser invocada na tutela ao direito individual indisponível de acesso à saúde pelos hipervulneráveis.

Com isso, não se está a fazer tábula rasa das listas elaboradas no âmbito do SUS, muito menos a questionar a eficácia das medicamentações ali previstas. Em verdade, como aplicação do princípio da proporcionalidade, apenas não deverá ser ônus probatório do substituído processual extraordinário a apresentação do laudo médico nos termos do decidido no Recurso Especial n.º 1.657.156/RJ. Concluir de maneira diversa é justamente impossibilitar ou criar excessiva dificuldade de cumprir o encargo pelo cidadão hipervulnerável.

E aqui calha relembrar que os eventuais integrantes do polo passivo da ação cominatória (União, estados ou municípios) possuem toda a estrutura adequada para cumprir com ônus probatório invertido. Isso porque são os verdadeiros administradores do SUS, detentores do poder de agenda para a realização de consultas com os médicos especialistas. Relembrando a doutrina transcrita, quanto à eficácia do medicamento congênere previsto na lista do SUS, tais pessoas jurídicas de direito público interno possuem (a) maiores conhecimento técnicos; (b) informações específicas sobre os fatos; e (c) maior facilidade em sua demonstração. Obviamente, comprovada a eficácia de medicamento previsto nas relações do SUS para o caso, este deverá ser fornecido ao paciente.

O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser aplicado no afã de afastar a supressão do adequado direito à saúde pela aplicação irrestrita do requisito jurisprudencial aqui focado. No ponto, emana da literatura jurídica:

> O subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito demanda que a restrição ao direito ou ao bem jurídico imposta pela medida estatal seja compensada pela promoção do interesse contraposto. Ele determina que se verifique se o grau de afetação a um direito ou interesse, decorrente da medida questionada, pode ou não ser justificado pelo nível de realização do bem jurídico cuja tutela é perseguida. Trata-se, em suma, de uma análise comparativa entre os custos e benefícios da medida examinada – seus efeitos negativos e positivos -, realizada não sob uma perspectiva estritamente econômica, mas tendo como pauta o sistema constitucional de valores.[467]

O que se revela desproporcional sob o ponto de vista deste subprincípio e verdadeira ferimento de morte ao princípio da prioridade é fazer com que um cidadão hipervulnerável

[467] SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional* – Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014. p. 478.

(*v.g.*, criança, adolescente ou idoso) tenha seu tratamento medicamentoso urgente postergado a evento futuro e incerto (obtenção do laudo médico pela impossibilidade de substituição do fármaco), com explícita afronta ao artigo 196 da CF/1988.

V. CONCLUSÃO

À pessoa hipervulnerável, que dependa do Sistema Único de Saúde para casos de urgência na obtenção de terapia medicamentosa, deve ser mitigada a aplicação da comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS.

Para tanto, sem que se rompa irrestritamente o equilíbrio e a equidade no sistema, haverá de ser utilizado o instituto da inversão do ônus da prova, garantindo a idoneidade do direito face à eventual mora processual e de agendamento de nova consulta pelo médico da rede e permitindo ao poder público a comprovação da eficácia do tratamento previsto nas relações do SUS durante a marcha processual.

Proposta de enunciado:

> Nas demandas envolvendo direito individual indisponível à saúde de indivíduo hipervulnerável, constatada a urgência do caso, deverá ser utilizada a inversão do ônus da prova (artigo 373, §1º, do Código de Processo Civil) como medida de eficácia social para a comprovação dos requisitos estampados no julgamento do REsp n.º 1.657.156/RJ (Tema 106 do Superior Tribunal de Justiça - obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS).

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo* – Os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público* – Organização, atribuições e regime jurídico. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A Defes dos Interesses Difusos em Juízo.* 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo (orgs.). *Comentários ao Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2016.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional* – Teoria, história e métodos de trabalho. 2. ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; CONCEIÇÃO, Maria Lúcia Lins; RIBEIRO, Leonardo Ferres da Silva; MELLO, Rogerio Licastro Torres de. *Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

CRIMINAL

A NULIDADE DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO CRIMINAL SEM A PRESENÇA DO MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.

GUSTAVO HENRIQUE HOLANDA DIAS KERSHAW[1]

1. Introdução.

A presente tese tem por objetivo discutir a inconstitucionalidade e a ilegalidade da realização de audiência de instrução processual penal sem a presença do representante do Ministério Público, titular da ação penal pública.

A inconstitucionalidade se dá em razão da afronta ao sistema acusatório, consagrado na Constituição da República e reiteradamente afirmado no âmbito do Supremo Tribunal Federal, bem como afronta o princípio constitucional do contraditório. Por fim, viola a disciplina processual penal e a subsidiariedade do papel do juiz na produção da prova.

No âmbito do Estado de Pernambuco, a Recomendação nº 01/2014 do Conselho da Magistratura de Pernambuco assim dispõe: "*Recomendar aos magistrados com jurisdição criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco que realizem as audiências de instrução, sem a participação do representante do Ministério Público, desde que tenha havido sua prévia intimação pessoal para comparecer aos referidos atos processuais".*

Lamentavelmente, formou-se jurisprudência no âmbito dos Tribunais Superiores e, consequentemente, tem sido acompanhado pelos Tribunais de Justiça, o entendimento de que a ausência do Ministério Público na audiência criminal não gera nulidade. Entende-se, segundo tal raciocínio, pela necessidade de demonstração de prejuízo.

Pensamos que o prejuízo é evidente, uma vez que tal ato é eivado de vício insanável por violar o sistema acusatório e o princípio do contraditório, bem como por conferir, ao mesmo fato, consequências jurídicas distintas, uma vez que a ausência de defensor gera nulidade absolta.

2. Fundamentação.

A Constituição da República adotou o sistema acusatório como norte do processo penal brasileiro (art. 129, inciso I, da CRFB/88). Em que pese pontual divergência doutrinária, tal entendimento é acompanhado pela maioria da doutrina e diversas vezes avalizado no âmbito do Supremo Tribunal Federal.

Sobre do sistema acusatório, citando Geraldo Prado, Renato Brasileiro de Lima lembra que o sistema acusatório "*caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial*"[468]

A adoção do sistema acusatório impede que o Estado-juiz adote medidas que não se compatibilizem com a equidistância necessária à gestão do processo, mormente em termos de iniciativa na produção de prova.

A respeito da produção probatória, cumpre destacar que se trata de ponto fundamental do sistema acusatório, sendo este frequentemente tratado apenas como significando a separação entre julgador e órgão acusador.

Neste sentido, cumpre trazer o ensinamento de Aury Lopes Júnior: *Portanto, é reducionismo pensar que basta ter uma acusação (separação inicial das funções) para constituir-se um processo acusatório. É necessário que se mantenha a separação para que a estrutura não se rompa e, portanto, é decorrência lógica e inafastável, que a iniciativa probatória esteja (sempre) nas mãos das partes. Somente isso permite a imparcialidade do juiz*[469].

O Supremo Tribunal Federal declarou o sistema acusatório como o adotado pela Carta Magna. Com efeito, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.570/DF, de relatoria do Min. Roberto Barroso, foi assentado que "*a Constituição de 1988 fez uma opção inequívoca pelo sistema penal acusatório. Disso decorre uma separação rígida entre, de um lado, as tarefas de investigar e acusar e, de outro, a função propriamente jurisdicional. Além de preservar a imparcialidade do Judiciário, essa separação promove a paridade de armas entre acusação e defesa, em harmonia com os princípios da isonomia e do devido processo legal.* (STF - ADI 5104 MC / DF - DISTRITO FEDERAL – Relator Min. ROBERTO BARROSO - Julgamento em 21/05/2014 - Publicação DJe de 30-10-2014)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal manifestou-se pela adoção inequívoca do sistema acusatório na nossa ordem constitucional ao julgar as seguintes ações: HC 82.507,

468 Lima, Renato Brasileiro de.
Código de Processo Penal comentado. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 18.
469 Lopes Junior, Aury
. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017. p. 175-176

da relatoria do Min. SEPÚLVEDA PERTENCE e ADI 1.570 relatada pelo Min. MAURÍCIO CORRÊA.

Recentemente, a Corte voltou a enfrentar a temática, decidindo: "*O sistema acusatório consagra constitucionalmente a titularidade privativa da ação penal ao Ministério Público (CF, art. 129, I), a quem compete decidir pelo oferecimento de denúncia ou solicitação de arquivamento do inquérito ou peças de informação, sendo dever do Poder Judiciário exercer a "atividade de supervisão judicial*" (ADI 4693 / BA – BAHIA - Relator(a): Min. ALEXANDRE DE MORAES, Julgamento em 11/10/2018 – Publicação DJe de 30-10-2018).

Por outro lado, a audiência de instrução criminal sem a presença do promotor de Justiça, autor da ação e, portanto, parte, além de violar o sistema acusatório, viola o princípio constitucional do contraditório (art. 5º, inciso LV, da Constituição da República). É bem verdade que o contraditório é quase sempre visualizado exclusivamente sob a óptica do acusado, mas tal princípio a ele não se limita.

Em brilhante artigo sobre o tema, Francisco Dirceu Barros ensina que "*o Ministério Público e o acusado são partes no Processo Penal, pelo que, se ao acusado estão assegurados constitucionalmente o contraditório e a ampla defesa (art. 5o, LV), também ao Ministério Público devem ser conferidos os mesmos direitos, porquanto essa norma constitucional não é dirigida somente ao acusado, mas também, ao Ministério Público, pois refere "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes*"[470].

Portanto, sob a estrutura constitucional do processo penal, a audiência realizada sem a presença do Ministério Público viola o sistema acusatório e o contraditório.

Para além disso, viola o próprio regramento processual penal, norma infraconstitucional, quando disciplina que o juiz pode complementar a prova produzida pelas partes, evidenciando seu caráter de participação secundário na produção da prova. Especificamente, pode indagar a testemunha sobre os pontos não esclarecidos quando da atuação das partes. Com efeito, dispõe o art. 212 do Código de Processo Penal:

> Art. 212. As perguntas serão formuladas pelas partes diretamente à testemunha, não admitindo o juiz aquelas que puderem induzir a resposta, não tiverem relação com a causa ou importarem na repetição de outra já respondida.

470 Disponível em: https://franciscodirceubarros.jusbrasil.com.br/artigos/200601615/a-indispensabilidade-da-presenca-do-representante-do-ministerio-publico-na-audiencia-criminal-porque-no-sistema-acusatorio-o-juiz-nao-pode-fazer-tudo

> Parágrafo único. Sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição.

Renato Brasileiro de Lima esclarece que "*a nova redação do art. 212 do CPP é de clareza meridiana, significando que deverão as partes formular as perguntas em primeiro lugar, fazendo-o através de perguntas formuladas diretamente à testemunha. Após o exame direto e cruzado, o juiz poderá, então, formular perguntas às testemunhas sobre os pontos não esclarecidos, complementando a inquirição. [...] Esse novo regramento vem, ademais, ao encontro do sistema acusatório adotado no ordenamento pátrio (CF, art. 129, inciso I), deixando a cargo das partes a primazia da produção da prova, sem olvidar da iniciativa probatória do juiz, a ser exercida de maneira subsidiária, para complementar a prova e dirimir dúvida sobre pontos relevantes*[471]"

Na Nota Técnica n. 002/2018, o Centro de Apoio Operacional às Promotorias Criminais do Ministério Público de Pernambuco bem trata a questão nos seguintes termos: "*A complementariedade expressa na norma processual leva ao entendimento de que foi legalmente estabelecida uma ordem, isto é, uma sequência a ser observada na inquirição, pela qual a parte que arrolou a testemunha elabora a pergunta antes da parte adversa, competindo ao magistrado, para se informar de questões não esclarecidas, perguntar ao final do ato que preside."*

É de se questionar, portanto, como compatibilizar o sistema acusatório, o princípio do contraditório e o papel complementar do magistrado quando o Ministério Público não se faz presente e ele, indiretamente, assume o papel de produtor da prova indicada pela parte.

Por fim, é válido ressaltar que a mesma situação fático-jurídica tem ocasionado posicionamentos (equivocados) distintos por parte do Judiciário. É que, se por um lado a ausência de defensor do acusado gera a nulidade absoluta do ato processual, a ausência do representante do Ministério Público na instrução criminal gera, tão somente, nulidade relativa de difícil comprovação sobretudo quando condenado o acusado, pressupondo que este é, invariavelmente, o resultado pretendido pelo Ministério Público[472].

Sobre este ponto, esclarece Francisco Dirceu Barros no artigo citado que "*estranhamente, quando o tema é "audiência realizada sem a presença do representante do Ministério Público", a doutrina é quase silente.* Entendemos que um mesmo fenômeno processual, qual seja, ausência de uma das partes na instrução criminal, não pode ter tratamento diferenciado".

---

471 Lima, Renato Brasileiro de.
Código de Processo Penal comentado. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017. p. 653.

472 O compromisso ministerial é com a realização da Justiça, buscando uma sentença justa e não assume o papel imóvel de acusador oficial.

O mesmo doutrinador, citando Antônio Scarance Fernandes, arremata: "*A Constituição, ao consagrar o contraditório no art. 5, LV, garante-o no processo criminal não somente ao acusado, mas também ao Ministério Público. Não se pode invocar, para repelir essa afirmação, o argumento de que a norma constitucional se destina a garantir apenas o individuo. Ao se exigir o contraditório também em relação ao Ministério Público, está-se também garantindo o individuo, dando-se a todos a certeza de acusação e julgamento imparciais e igualitários*".

Conclui-se, portanto, que o ato de instrução criminal sem que se faça presente o Ministério Público gera nulidade absoluta.

Em suporte à presente tese, colho os brilhantes julgados:

> EMBARGOS INFRINGENTES. CRIMES SEXUAIS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. **A ausência do Ministério Público na audiência de instrução criminal, em que é colhida a prova testemunhal acusatória, acarreta a nulidade do processo ante a violação dos princípios acusatório e do devido processo legal.** EMBARGOS ACOLHIDOS. (Embargos Infringentes e de Nulidade Nº 70078937505, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Julgado em 26/10/2018).
> (TJ-RS - EI: 70078937505 RS, Relator: José Conrado Kurtz de Souza, Data de Julgamento: 26/10/2018, Quarto Grupo de Câmaras Criminais, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 12/12/2018)
>
> PENAL E PROCESSO PENAL - TRÁFICO DE DROGA - PRELIMINAR - MÍDIA ELETRÔNICA INCOMPLETA - AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO - VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL - NULIDADE ABSOLUTA. 1. Anula-se o processo por ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal e da ampla defesa vez que o DVD contendo a mídia de gravação das provas produzidas está incompleta, o que impossibilita a análise das teses defensivas **e diante da ausência do Ministério Público na Audiência de Instrução e Julgamento** e da apresentação de alegações finais pelo Parquet. 2. Preliminar acolhida.
> (TJ-MG - APR: 10024150968055001 MG, Relator: Pedro Vergara, Data de Julgamento: 14/05/2019, Data de Publicação: 20/05/2019)
>
> APELAÇÃO CRIME. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DURANTE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE ABSOLUTA. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA. O parágrafo único do artigo 212 do CPP estabelece que, "sobre os pontos não esclarecidos, o juiz poderá complementar a inquirição". **Ausente o Ministério Público na audiência de instrução, produzida a prova pelo magistrado, com inversão da ordem inquiritória e em total substituição ao órgão acusador, a atuação desborda do quadro de complementaridade, maculando efetivamente o sistema acusatório, o que demonstra o efetivo prejuízo à parte, sendo insanável a nulidade.** Desconstituição da sentença a fim de que seja renovada a instrução processual. Exame do mérito prejudicado. SENTENÇA DESCONSTITUÍDA. (Apelação Crime Nº 70058090333, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Julgado em 03/04/2014).
> (TJ-RS - ACR: 70058090333 RS, Relator: Jayme Weingartner Neto, Data de Julgamento: 03/04/2014, Terceira Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 08/10/2014)

RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA. DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 121, C/C ARTIGO 14, INCISO II, AMBOS DO CP. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. **ALEGADA PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA. ACOLHIMENTO. VIOLAÇÃO AO SISTEMA ACUSATÓRIO E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ACOLHER A PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA SUSCITADA E ANULAR O PROCESSO A PARTIR DA REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO** OCORRIDA DIA 06/04/2017. (Classe: Recurso em Sentido Estrito, Número do Processo: 0000449-67.2016.8.05.0038, Relator (a): Julio Cezar Lemos Travessa, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Publicado em: 01/12/2017)
(TJ-BA - RSE: 00004496720168050038, Relator: Julio Cezar Lemos Travessa, Segunda Câmara Criminal - Primeira Turma, Data de Publicação: 01/12/2017)

3. Conclusões.

A Constituição da República adotou o sistema penal acusatório – consagrando nítida separação das funções dos atores do processo penal. Tal separação não se limita à existência de órgãos distintos, mas se fundamenta na imparcialidade do julgador e no seu distanciamento da produção da prova.

O princípio do contraditório, elevado na Carta Magna como norma estruturante do processo penal, não visa apenas à proteção de um acusado, mas uma garantia da parte, no que se inclui o Ministério Público, titular da ação penal.

Trilhando o caminho do sistema adotado, o Código de Processo Penal (art. 212), após a reforma realizada por meio da Lei Federal n. 11.690/2008, destacou o caráter complementar da participação do magistrado na produção da prova, motivo pelo qual não pode e não deve substituir a parte ausente.

A audiência criminal realizada sem a presença do Ministério Público é eivada de vício insanável, devendo ser declarada a sua nulidade.

4. Proposta de enunciado.

A audiência criminal realizada sem a presença do Ministério Público, quando titular da ação penal, viola o sistema acusatório, o princípio do contraditório, bem como a complementariedade do papel do Estado-juiz na produção da prova, sendo causa de nulidade do ato.

5. Referências bibliográficas.

Lima, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal comentado**. 2. ed. rev. e atual. - Salvador: Juspodivm, 2017.

Lopes Junior, Aury . **Fundamentos do processo penal: introdução crítica.** – 3. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017.

Pacelli, Eugênio. **Curso de processo penal.** 22. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2018.

"UMA DEFESA DA ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA CRIMINAL, ENQUANTO AGENTE POLÍTICO DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL"

SALOMÃO ISMAIL FILHO[1]

SUMÁRIO. I. Introdução. II. Justificativa. III. Conclusões. IV. Referências.

I-INTRODUÇÃO

A presente tese pretende discutir o papel do Promotor de Justiça com atribuição exclusiva na área criminal, atuando também de forma extrajudicial, ou seja, além dos limites de uma ação penal pública.

Poderia também o Promotor criminal atuar de forma resolutiva, enquanto agente político de transformação da realidade social? Ou seria isso somente atribuição de Promotores de Justiça com atuação em cidadania?

Ainda mais: poderia o PJ criminal utilizar instrumentos extrajudiciais de atuação, como projetos sociais, audiência públicas e até mesmo instaurar inquéritos civis, na busca de uma atuação preventiva, indutora de políticas públicas, e não somente repressiva?

Responder a tais questionamentos é o principal objetivo desta tese jurídica.

II-JUSTICATIVA

Primeiramente, é necessário esclarecer o propósito da presente tese: libertar o Promotor de Justiça criminal de uma atuação meramente limitada ao processo penal, visando à aplicação da norma penal, por meio da punição do sujeito ativo do crime ou, se for o caso, a sua absolvição.

Defende-se, então, um Promotor de Justiça que atue exclusivamente perante uma Vara criminal também possa fomentar e induzir políticas públicas em defesa de direitos fundamentais, relacionados com a sua área de atuação, tal como criar uma rede de atuação extrajudicial em favor da prevenção de determinado crime (crimes contra o patrimônio; entorpecentes; crimes contra a dignidade sexual de crianças e adolescentes).

De fato, a Carta de 1988 deu ao Ministério Público brasileiro o *status* de agente político da lei. A referida condição, inegavelmente, veio a permitir aos membros do *Parquet* uma destacada incursão no campo da política de gestão pública (ARANTES, 2002, p. 137-139), no sentido de fiscalizar a conduta dos governantes e atuar em prol de um governo mais eficiente e comprometido com a realização dos direitos fundamentais (mecanismo de *enforcement*).

À luz da sua missão constitucional, de atuar em defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, nos termos do art. 127, *caput*, da CF/1988, cabe ao Ministério Público, como destaca Almeida (2008, p. 29-30), exercer não apenas a função de "fiscal da lei", mas o papel de fiscal do direito e da justiça (*custos juris)* e de guardião da sociedade (*custos societatis).*

Isso pode se concretizar através da elaboração de projetos sociais e/ou projetos executivos na respectiva área de atuação do Promotor de Justiça criminal, fomentando e induzindo políticas públicas, de forma cooperativa com os órgãos e agentes públicos, com metas específicas a serem obtidas, visando à prevenção do crime em questão, superando o paradigma de uma atuação meramente demandista, processual e punitiva (ALMEIDA, 2013, p. 71-73).

Afinal, através do ofício diário de atendimento à população e do recebimento de representações/denúncias de irregularidades, o membro do MP tem os primeiros contatos com a realidade social da localidade onde exerce as suas funções. Inúmeras questões são trazidas ao Promotor de Justiça, que termina por exercer, nos termos do art. 129-II da CF/1988, o papel de *Ombudsman* (ouvidor do povo), mediador *sui generis* e negociador social, contribuindo decisivamente para o equilíbrio e a paz social da comunidade, tendo condições e legitimidade para atuar junto aos Poderes Públicos, a fim de garantir o respeito aos direitos fundamentais (ISMAIL FILHO, 2011, p. 69-71).

Nesse sentido, inclusive nas Promotorias com atuação somente criminal, defende-se um Ministério Público resolutivo e não apenas demandista ao Judiciário (GOULART, 2000, p. 21-40 e 2013, p. 116-121), no qual os seus membros são agentes privilegiados da luta pela democratização das relações sociais e pela globalização dos direitos da cidadania. Há de se pensar, portanto, que os membros do MP devem sempre atuar como agentes políticos de ação transformadora da realidade social (GOULART, 2013) e não somente como sujeitos processuais.

Dentro de tal contexto, é relevante destacar que nem o art. 129-III da Magna Carta[473] e nem a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados da Federação brasileira (Lei 8.625, de 12.02.1993), em momento algum, afirmam que a utilização de instrumentos extrajudiciais como a requisição; a recomendação; a audiência pública ou mesmo o inquérito civil são instrumentos privativos de Promotores de Justiça com atuação em cidadania ou mesmo cível.

Em seu art. 25, a Lei 8.625/1993 dispõe caber ao Ministério Público promover o inquérito civil "na forma da lei". Determina, ainda, o art. 27 da Lei 8.625/1993 que cabe ao Ministério Público (e não apenas a Promotores de cidadania...) exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito perante os Poderes públicos estaduais ou municipais; órgãos da Administração Pública direta ou indireta, estadual/municipal, seus concessionários e permissionários de serviço público, além de outras entidades que exerçam outra função delegada do Estado ou do Município ou executem serviço de relevância pública.

Portanto, à luz da Lei Orgânica Nacional do MP dos Estados Federados, não existe qualquer vedação legal para que o Promotor de Justiça criminal também atue na fomentação e indução de políticas públicas, atividades que, tradicionalmente, no âmbito do Ministério Público brasileiro, têm sido capitaneadas por Promotores de Justiça com atuação em cidadania, os chamados Promotores de Justiça extrajudiciais.

A Carta de Brasília, aliás, relevante documento do Conselho Nacional do Ministério Público[474] consagra um novo modelo de Ministério Público, isto é, um MP resolutivo, o qual, na qualidade de agente político, deve promover a transformação da realidade social, por meio da efetivação dos direitos fundamentais da pessoa humana, indo além de uma atuação meramente processual e demandista perante o Judiciário.

Como sua primeira diretriz estruturante (item 1.A), propõe a Carta de Brasília:

> "Desenvolvimento de uma nova teoria do Ministério Público, embasada nos direitos e nas garantias constitucionais fundamentais, que possa produzir práticas institucionais que contribuam para a transformação da realidade social".

Demais, propõe como diretriz aos membros do MP (item 2.A), enquanto agentes políticos, uma postura proativa, valorizando e priorizando atuações preventivas, com

[473] *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*.

[474] Trata da modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. Foi divulgada em sessão pública ocorrida no dia 22.09.2016, durante o 7º Congresso de Gestão do CNMP. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasilia>. Acesso em: 03.05.2019.

antecipação de situações de crimes, atuando de forma dialógica e consensual, demonstrando autoridade para mediar demandas sociais e senso de oportunidade para o desencadeamento das intervenções que levem em consideração as situações de lesão ou de ameaças aos direitos fundamentais.

Já no item 2.C, trata a Carta da priorização da atuação preventiva, de modo a atuar programaticamente para combater ilícitos que possam gerar situações de lesão ou de ameaça aos direitos fundamentais afetos à atuação do Ministério Público, priorizando, para tanto, medidas extrajurisdicionais e judiciais que sejam efetivas e eficientes para evitar essa prática.

Não se está propondo que o Promotor de Justiça criminal abdique da relevante atuação de promoção da ação penal pública, mas que, ao lado disso, atue extrajudicialmente, na defesa de direitos fundamentais, buscando fomentar e induzir políticas públicas em prol do combate e da prevenção de crimes, no seu âmbito de atuação criminal.

Destarte, mencione-se como exemplo a atuação da 24ª e da 43ª Promotorias de Justiça Criminais da Capital do MP de Pernambuco, as quais atuam perante Varas de crimes contra a criança e adolescentes e têm desenvolvido um projeto social de prevenção aos crimes contra a dignidade sexual de infantes, já tendo realizado duas audiências públicas; visitas a escolas e inúmeras reuniões setoriais, formando uma rede de proteção e prevenção de tais ilícitos, a qual conta com a participação de integrantes do Poder Judiciário; da Polícia Civil; da Policia Militar e das Secretarias Municipal e Estadual de Educação, dentre outros.

Esse modelo de atuação, defende-se, pode ser estendido a outras Promotorias de Justiça com atuação criminal, buscando-se a formação de redes de prevenção e combate a crimes contra a vida ou crimes patrimoniais, por exemplo.

Nesse diapasão, mencione-se, outrossim, a atuação de Promotores do MP de Minas Gerais, em projeto implementado entre os anos de 2007 e 2009, na gestão estratégica de informações sobre homicídios no município de Sete Lagoas. Além do MP, tal projeto contou com a participação das Polícias Civil e Militar; do Poder Judiciário e da PUC Minas. O referido projeto partiu de dois pressupostos: o direito à segurança pública enquanto direito sujeito a uma tutela coletiva e a necessidade de uma atuação proativa e resolutiva do Ministério Público, indo além dos limites processuais e burocráticos da atuação tradicional em um processo penal (MORAES, 2016, p. 125-129).

Há que se dizer, ainda, que, no âmbito do Ministério Público de Pernambuco, uma eventual atuação extrajudicial, na seara criminal, não deve se limitar às Centrais de Inquérito. Afinal, o art. 25-A da Lei Complementar Estadual nº 12/1994 liga às Centrais de Inquérito às

medidas processuais anteriores ao oferecimento da denúncia na ação penal pública, visando à adoção de medidas procedimentais, referentes a casos concretos, como requerimentos de prisão preventiva, instauração de procedimentos de investigação criminal etc.

O que se propõe, nesta tese, é uma atuação bem mais ampla, que não trata de uma notícia de crime específica, mas sim da atuação do Promotor de Justiça Criminal, na qualidade de agente político, na formação e indução de políticas públicas em defesa de direitos fundamentais, visando à prevenção e o combate à prática de crimes.

É preciso, pois, superar o paradigma de atuação no somente no âmbito de um processo penal; faz-se necessário que o Promotor de justiça criminal também atue preventivamente, dialogando com os atores responsáveis pela segurança pública e também com outros atores sociais, vinculados às áreas de saúde e educação, por exemplo.

III-CONCLUSÕES (SÍNTESE DOGMÁTICA)

1. Também no âmbito das Promotorias de Justiça com exclusiva atuação criminal, defende-se um Ministério Público resolutivo, atuando os Promotores como agentes políticos de ação transformadora da realidade social e não somente como sujeitos processuais.
2. O Promotor de Justiça que atue exclusivamente perante uma Vara criminal pode fomentar e induzir políticas públicas, atuando na prevenção de crimes e na promoção de direitos fundamentais da pessoa humana.

   2.1. Para isso, poderá valer-se de instrumentos extrajudiciais de atuação, como projetos sociais, projetos executivos, processos administrativos, inquéritos civis; recomendações e termos de ajustamento de conduta, não existindo vedação da Lei 8.625/1993 nesse sentido.

IV-PROPOSTA DE ENUNCIADO

1. O Promotor de Justiça que atue exclusivamente perante uma Vara criminal pode fomentar e induzir políticas públicas, atuando na prevenção de crimes e na promoção de direitos fundamentais da pessoa humana relacionados com a sua área de atuação, podendo utilizar instrumentos extrajudiciais de atuação do MP, tais como projetos sociais, projetos executivos, processos administrativos, inquéritos civis; recomendações e termos de ajustamento de conduta.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. *In:* CHAVES, Cristiano *et al.* (Coords.). **Temais atuais do Ministério Público:** a atuação do *Parquet* nos 20 anos da Constituição Federal. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2008, p. 17-59.

_____. Direitos fundamentais e os principais fatores de legitimação social do Ministério Público no neoconstitucionalismo**.** *In:* ALMEIDA, Gregório Assagra; SOARES JÚNIOR, Jarbas. **Teoria Geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 01-82.

ARANTES, Rogério Bastos. **Ministério Público e política no Brasil.** São Paulo: EDUC; Editora Sumaré; FAPESP, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Carta de Brasília. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/carta-de-brasilia>. Acesso em: 03.05.2019.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público, **Revista do Ministério Público de Pernambuco,** Recife, vol. III, p. 21-40, 2000.

_____. **Elementos para uma teoria geral do Ministério Público.** Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

ISMAIL FILHO, Salomão Abdo Aziz. **Ministério Público e atendimento à população:** instrumento de acesso à justiça social. Curitiba: Juruá, 2011.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. A atuação do Ministério Público na área da segurança pública e gestão estratégica de informações sobre homicídios em Sete Lagoas/MG. *In:* MORAES, Rodrigo Iennaco de; MOURA, Grégore Moreira de. **A criminologia da não cidade:** um novo olhar urbanístico para o território da pobreza. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2016.

EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA PARA FINS DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PROMOVIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Dinalva Souza de Oliveira[1]
Marcos Giovane Ártico[1]

Síntese dogmática da proposição: A reparação do dano ambiental é condição indispensável para conferir qualidade de vida para as presentes e futuras gerações. O Direito Penal como instrumento para se atingir a sustentabilidade ambiental, mediante um panorama das medidas cíveis e criminais dispostas no ordenamento jurídico, com a priorização da proteção do bem jurídico meio ambiente ecologicamente equilibrado, é o que se propõe o presente trabalho. Nesse contexto, o Ministério Público deve valer-se de todos os mecanismos disponíveis no sistema de Justiça, a exemplo da execução provisória da sentença penal condenatória, para a tutela do meio ambiente.

1. Proteção constitucional do meio ambiente

A defesa do meio ambiente na Constituição Federal de 1988 é decorrente da preocupação da comunidade internacional, que a partir de década de 70, percebe a necessidade de promover discussões no plano global concernentes à proteção ambiental. A primeira Conferência Mundial sobre o Homem e o Meio Ambiente realizou-se em Estocolmo, entre 5 e 16 de junho de 1972 e resultou na criação do Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA)[475].

O reconhecimento do direito fundamental ao meio ambiente tem como suporte a Declaração do Meio Ambiente de 1972, elaborada por ocasião da citada conferência, sendo que os princípios afetos à questão ambiental formulados naquela oportunidade são

[475] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU Meio Ambiente.** Brasília, DF. Disponível em: https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

prolongamentos da Declaração Universal dos Direitos do Homem e nortearam a elaboração do capítulo do meio ambiente da Constituição Federal de 1988[476].

No ordenamento pátrio, a Constituição Federal de 1988 reservou capítulo próprio para a tutela do meio ambiente. É também a primeira constituição a usar a expressão meio ambiente, consoante disposição no artigo 225, *in verbis*:

> 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[477].

Nesta toada, muito embora o meio ambiente não esteja arrolado no bojo do Título II, denominado dos Direitos e Garantias Fundamentais, da Constituição Federal de 1988, certo é que em razão da cláusula de abertura prevista no artigo 5º, § 2º do texto constitucional, a qual dispõe que os direitos e garantias expressos na Constituição não excluem outros oriundos do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte, não resta de dúvidas de que o constituinte alçou o meio ambiente ecologicamente equilibrado ao *status* de direito fundamental.

Ademais, partindo-se do conceito de direitos fundamentais encampado por Sarlet de que estes são posições jurídicas concernentes à pessoa e que dada a sua relevância foram positivadas na Constituição, certo é que quando o constituinte originário disciplinou o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigiu-o à categoria de direito fundamental[478]. Esta constatação é perceptível em razão da supremacia ambiental, que irradia efeitos para todas as demais áreas (econômica, social, política, cultural). Como direito fundamental, é possível exigir a correspondente prestação em face do Estado, ainda que seja na via judicial.

Conferido o *status* de direito fundamental à proteção ambiental, incide todo o regramento protetivo, inclusive no que tange às cláusulas pétreas:

> a consolidação constitucional da proteção ambiental como cláusula pétrea corresponde à decisão essencial da lei fundamental brasileira", em razão da sua importância do desfrute de uma vida com qualidade ambiental à proteção e equilíbrio de todo o sistema de valores e direitos constitucionais, e especialmente à dignidade humana[479].

---

[476] SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 61-73.

[477] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de junho de 2019.

[478] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 78.

[479] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008, p. 170.

Afirma-se a existência de um direito ao meio ambiente individual e coletivo ao mesmo tempo, e que se qualifica como direito fundamental da pessoa. Tal direito refere-se não à fruição do meio ambiente, que é individual, mas à conservação, que é concernente à coletividade.

Neste processo de reconhecimento do meio ambiente como direito fundamental, não se pode olvidar que a cada ano a população mundial cresce exponencialmente, sendo que isso não é acompanhado da capacidade de regeneração da Terra, de forma que se faz necessária a adoção de medidas concretas, visando à recomposição dos danos ambientais, por meio dos diversos instrumentos disponíveis no ordenamento jurídico.

A visão tradicional do homem com a natureza é de que ela foi criada para satisfazer-lhe, colocando-se no centro da relação, de forma antroprocêntrica. Na sociedade líquida que vivemos em que a fluidez das relações humanas e produção de mercadorias traz a criação acelerada de bens de consumo descartáveis e lixo e, consequentemente, diversas externalidades negativas, dentre elas a intensa degradação ambiental, o antropocentrismo tem maior relevância, sendo que os recursos naturais são colocados em segundo plano, a fim de, em tese, propiciar melhores condições de vida ao homem, sob a perspectiva econômica, o que é um equívoco. Neste sentido, Baumman aponta que:

> Numa sociedade de consumidores – um mundo que avalia qualquer pessoa e qualquer coisa por seu valor como mercadoria -, são pessoas sem valor de mercado; são homens e mulheres não comodificados, e seu fracasso em obter o status de mercadoria autêntica coincide com (na verdade deriva de) seu insucesso em se engajar numa atividade de consumo plenamente desenvolvida.

A sustentabilidade, como o novo plano de ação para a humanidade, visa a constranger os Estados na adoção de práticas ambientais para assegurar a vida no planeta, aí incluído o consumo responsável, em especial em razão de que a pegada ecológica do homem é superior à capacidade de fornecimento de bens naturais pelo planeta.

A pegada ecológica (*ecological footprint*) é um índice criado por Mathis Wackernagel e William Rees na década de 1990, o qual se refere à quantidade de recursos naturais necessários para a manutenção do estilo de vida do homem no planeta. A medida utilizada para o cálculo da pegada ecológica é hectares globais (gha). Para tanto, leva-se em consideração o consumo *per capta* e a biocapacidade, ou seja, a capacidade de regeneração e absorção dos resíduos do planeta[480].

[480] GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Our Past & Our Future**. Oakland, EUA. Disponível em: https://www.footprintnetwork.org/about-us/our-history/. Acesso em Acesso em 24 de fev. de 2019.

Estudos divulgados pela organização internacional *Global Footprint Network* (Rede Global da Pegada Ecológica) revelam que em 1961 a pegada ecológica mundial era de 2,29 gha, sendo que a biocapacidade do planeta 3,13 hga. Assim, o consumo de bens naturais era inferior à capacidade de regeneração e absorção da Terra. Todavia, os dados de 2014 apontam que a pegada ecológica *per capta* mundial saltou para 2,84 gha, ao passo que a biocapacidade reduziu para 1,68 gha[481].

Dados do ano de 2018 da *Global Footprint Network* apontam a biocapacidade em 1,71 gha. O Brasil ocupa a 86ª posição no ranking de um total de 188 países pesquisados, com pegada ecológica de 3.1 gha[482]. Portanto, o consumo da população brasileira por pessoa é bem superior à biocapacidade do planeta.

Boff ao comentar os índices da pegada ecológica do ano de 2011 em que o consumo da humanidade correspondia a 170% da Terra, vale dizer, próximo a dois planetas, pontua as indagações e os novos desafios a serem enfrentados pela sociedade:

> [...] a Terra já entrou, há bastante tempo, no cheque especial. Encontra-se no vermelho. Ela precisa mais de um ano e meio para repor o que nós lhe subtraímos durante um ano. Em outras palavras, a Terra não é mais sustentável. Quando entrará em falência? O que ocorrerá à nossa civilização e às populações presentes e futuras, quando nos faltarão os meios de vida indispensáveis para a nossa sobrevivência e para levarmos avante os projetos humanos sempre novos e exigentes?[483]

Há um entrelaçamento lógico entre o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a própria vida e, nesse sentido, ele pode ser exercido por todos, seja no aspecto coletivo (interesse difuso), seja pela pessoa humana individualmente considerada (direito subjetivo personalíssimo)[484].

2. O Ministério Público na defesa do meio ambiente

A Constituição Federal, no artigo 127, aduz 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[485].

O meio ambiente está inserido na esfera dos denominados direitos de terceira geração ou dimensão, dado o seu caráter transindividual, difuso. A nota característica desses

---

[481] GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Country Trends**. Oakland, EUA. Disponível em: http://data.footprintnetwork.org/#/countryTrends?cn=5001&type=BCpc,EFCpc. Acesso em 24 de fev. de 2019.

[482] GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Ecological Footprint Explorer**. Oakland, EUA. Disponível em: http://data.footprintnetwork.org/#/. Acesso em 24 de fev. de 2019.

[483] BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p. 25-26.

[484] MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 121.

[485] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de junho de 2019.

direitos, que também são conhecidos por direitos de fraternidade ou solidariedade, reside basicamente na sua titularidade coletiva, por vezes indefinida ou indeterminável[486], atraindo a atribuição ministerial para a sua tutela em juízo ou na via extrajudicial.

A tutela do direito ambiental não se restringe às florestas, matas, água, fauna e flora, dispondo de diversas frentes de proteção, como o ambiente cultural, que engloba o patrimônio histórico, artístico, paisagístico arqueológico e turístico, o ambiente artificial, que compreende o espaço urbano construído, o ambiente do trabalho, que abarca situações de insalubridade e periculosidade etc. Nessa esteira, a doutrina de Tiago Fensterseifer dispõe que:

> Conforme se pode apreender do texto constitucional, o objeto de tutela do ambiente aponta para quatro direções ou dimensões distintas, mas necessariamente integradas. Assim, pode-se distribuir o bem jurídico ambiental em: *a) ambiente natural ou físico*, que contempla os recursos naturais de um modo geral, abrangendo a terra, a água, o ar atmosférico, a flora, a fauna, e o patrimônio genético; b) *ambiente cultural*, que alberga o patrimônio histórico, artístico, paisagístico arqueológico e turístico; c) *ambiente artificial ou criado*, que compreende o espaço urbano construído, quer através de edificações, quer por intermédio de equipamentos públicos; e também d) *ambiente do trabalho*, que integra o ambiente onde as relações de trabalho são desempenhadas, tendo em conta o primado da vida e da dignidade do trabalhador em razão de situações de insalubridade e periculosidade (art. 7º, XXII, XXIII, XXXIII; e 200, II e VIII, do texto constitucional de 1988)[487].

Ainda no plano constitucional concernente à legitimidade do Ministério Público para o manejo de medidas em juízo que buscam a tutela do meio ambiente, não menos importante é o disposto no artigo 129, incisos I e III[488], os quais aduzem que são funções institucionais do *Parquet* promover, privativamente, a ação penal pública, além de 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.

Neste contexto, a ação penal se consubstancia em meio idôneo para a defesa do meio ambiente. A reparação do dano ambiental, por exemplo, é condição para a extinção da punibilidade, nos termos do artigo 28 da Lei 9.605/1998[489], nos casos em que é possível a incidência e aceitação de medidas despenalizadoras, como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

---

[486] SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 48-49.

[487] FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente**. A dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do Estado Democrático de Direito. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, p. 174.

[488] BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de junho 2019.

[489] BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

Nas hipóteses de não cabimento ou não aceitação das medidas despenalizadoras e, ainda, do descumprimento pelo infrator das condições impostas, resultando o processo em sentença penal condenatória, há que se destacar as finalidades da pena também como instrumento para a proteção do meio ambiente.

Isso se dá porque ao analisar a teoria da pena adotada no artigo 59 do Código Penal (teoria mista, eclética, intermediária, conciliatória ou unitária), a reprimenda tem por objetivo castigar o condenado pelo crime praticado e evitar novos delitos, tanto em relação ao criminoso como à sociedade[490].

Nesse sentido, a pena tem tríplice aspecto: retribuição, prevenção geral e especial. A retribuição é a punição direta do condenado pelo mal cometido. No plano da prevenção geral, dirigida aos membros da sociedade, subdivide-se em negativa, que é contraestimular potenciais criminosos, e positiva, demonstrando a vigência da lei penal. No plano da prevenção especial, que é dirigida ao próprio condenado, no aspecto negativo, tem por fim evitar a reincidência e, no aspecto positivo, visa à ressocialização[491].

Constata-se, portanto, que a pena nos crimes ambientais, em última análise, contribui para a proteção do meio ambiente na medida em que a condenação impõe a reparação do dano ambiental, pois é título executivo para a propositura no âmbito civil da respectiva execução, além prevenir a prática de novos delitos, seja em relação ao próprio condenado ou aos demais integrantes da comunidade.

Destarte, é de índole constitucional a legitimidade do Ministério Público para o manejo de ações judiciais na tutela do meio ambiente, inclusive na esfera penal, com o fim de reparar dano ambiental ou mesmo inibi-lo, sendo que essa premissa tem força normativa, de caráter vinculativo e obrigatório, com imperatividade a ser respeitada pelo Estado e sociedade.

3. Execução provisória da sentença penal condenatória para fins de reparação do dano ambiental

A sentença penal condenatória produz efeitos de natureza penal e extrapenal. Os efeitos penais subdividem-se em principais ou primários e reflexos ou secundários. O cumprimento da pena e a inclusão do nome do acusado no rol dos culpados inserem-se no campo dos efeitos penais primários[492].

---

[490] MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016, p. 279.
[491] MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016, p. 279-280.
[492] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 1551.

Sem dúvidas, o efeito mais relevante de uma sentença condenatória consiste na imposição de sanção penal. Quanto a esse aspecto, não se pode olvidar que o Supremo Tribunal Federal tem seguido a orientação admitindo a execução provisória da pena após a prolação de acórdão condenatório recorrível, conforme julgado paradigmático abaixo colacionado:

> CONSTITUCIONAL. HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE. 1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. 2. Habeas corpus denegado[493].

Os principais argumentos de que se valeu o Supremo Tribunal Federal para dar amparo ao entendimento quanto à execução provisória da pena são os seguintes: a) equilíbrio entre o princípio da presunção de inocência a efetividade do sistema de justiça penal; b) o reexame de fatos e provas ocorre nas instâncias ordinárias, à via extraordinária não é dado atuar como duplo grau de jurisdição; c) A Lei da Ficha Limpa (LC nº 135/2010) consagra, de maneira expressa, como causa de inelegibilidade a existência de sentença penal condenatória por crimes nas hipóteses nela relacionadas quando prolatadas por órgão colegiado; d) depois de observado o duplo grau de jurisdição, em nenhum país do mundo a execução da pena fica suspensa aguardando manifestação da Suprema Corte; e) a indevida e sucessiva interposição de recursos, meramente protelatórios, com o objetivo de atingir a prescrição da pretensão punitiva ou executória; f) a existência de instrumentos idôneos, a exemplo do *habeas corpus* para inibir eventuais equívocos das instâncias ordinárias[494].

Convém mencionar que a sentença condenatória gera a reincidência, possibilita a regressão do regime carcerário, além de ensejar a revogação do *sursis* e do livramento condicional, circunstâncias que são compreendidas como efeitos penais secundários ou reflexos da pena[495].

Por sua vez, no campo dos efeitos extrapenais da sentença, estes podem ser subdivididos em obrigatórios (ou genéricos) e específicos. Quanto aos primeiros, estão previstos no artigo 91 do Código Penal, referem-se à obrigação de indenizar o dano causado pelo crime e à perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso,

---

[493] BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.
[494] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 47-48.
[495] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 1551-1552.

porte ou detenção constitua fato ilícito, além do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso[496]. Tais efeitos são automáticos.

Os efeitos específicos estão elencados no artigo 92 do Código Penal e devem ser motivadamente declarados na sentença. Nesta esteira, a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, quando aplicada pena privativa de liberdade por tempo igual ou superior a um ano, nos crimes praticados com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública ou quando for aplicada pena privativa de liberdade por tempo superior a 4 (quatro) anos nos demais casos, ainda, a incapacidade para o exercício do poder familiar, da tutela ou da curatela nos crimes dolosos sujeitos à pena de reclusão cometidos contra outrem igualmente titular do mesmo poder familiar, contra filho, filha ou outro descendente ou contra tutelado ou curatelado e a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso[497], são efeitos específicos da sentença penal condenatória.

O artigo 91, inciso I, do Código Penal ao aduzir que a condenação impõe o dever de tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime, por óbvio, abrange a reparação do dano ambiental, nos crimes desta espécie.

Não menos importante é o contido no artigo 20 da Lei nº. 9.605/1998[498], o qual é enfático ao estabelecer que a sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.

No mesmo sentido, o Código de Processo Penal no artigo 387, inciso IV, destacou que ao proferir uma sentença condenatória, o juiz fixará valor mínimo para a reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pela vítima[499]. Trata-se de interessante benefício para o ofendido, pois pode, desde logo, executar o comando condenatório, além de otimizar o sistema de justiça, conforme aponta Didier Júnior[500]:

---

[496] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

[497] BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

[498] BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

[499] BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

[500] DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013, p. 169.

> O objetivo do legislador foi facilitar a futura execução da sentença penal condenatória, facultando à vítima a possibilidade de executar, de logo, parcela mínima da indenização a que faz jus, reservando as demais discussões para o processo de liquidação. Desta forma, extrai-se o maior proveito cognitivo possível do processo criminal, conferindo-lhe máxima efetividade, de modo a prestigiar a economia processual.

A reparação do dano ambiental é efeito extrapenal obrigatório da sentença penal condenatória e, nesta senda, tendo em vista que o cumprimento da pena, que é um dos efeitos penais principais da sentença condenatória, é passível de execução provisória, com muito mais razão a reparação do dano ambiental pode ser exigida imediatamente à prolação do édito condenatório, notadamente em decorrência de que o meio ambiente ecologicamente equilibrado foi alçado ao *status* de direito fundamental, nos termos do artigo 225 da Constituição Federal.

Todavia, há que se pontuar o entendimento doutrinário que afirma como requisito para a incidência dos efeitos extrapenais obrigatórios o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, mesmo com a alteração do posicionamento do Supremo Tribunal Federal concernente à possibilidade de execução provisória da pena[501].

Por outro lado, é imprescindível que o membro do Ministério Público, ao oferecer a denúncia nos crimes ambientais, conste da inicial acusatória o pedido expresso de valores mínimos para fins de reparação do dano ambiental, tendo em vista o princípio da correlação entre o pedido a sentença, garantindo-se o exercício do contraditório e da ampla defesa e, possibilitar, desde logo, a execução provisória da sentença penal condenatória com base nos valores ali fixados.

O que se pretende é que na ação penal também se registre o pedido de reparação civil do dano ambiental, com a fixação de valores mínimos, quando possível, de forma a desburocratizar o sistema de justiça, nos moldes do art. 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, art. 91, inciso I, do Código Penal e notadamente do art. 20 da Lei n. 9.605/98, dispensando-se eventual ingresso de outra medida judicial para tutelar este objeto e permitindo a execução da sentença desde logo, isto é, à míngua do trânsito em julgado.

A responsabilidade dos infratores no âmbito penal traz o reflexo na seara cível de reparação do dano, bem como o dever de se buscar a cessação do ilícito. O pedido no âmbito criminal, hodiernamente, consistiria numa reparação do dano, materializada numa obrigação de fazer ou de se abster, ou mesmo de pagar quantia certa, a depender da natureza do ilícito ambiental, executável imediatamente, sendo mais uma política de sustentabilidade ambiental e da máxima proteção ao meio ambiente.

---

[501] LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018, p. 1552.

É sabido que a reparação dos danos civis não é executada no processo penal. Todavia, quando fixado o valor mínimo em sentença, o interessado passa a dispor de um título executivo judicial a ser executado na seara cível. Caso entenda pela discrepância entre os valores fixados no âmbito criminal, nada impede a liquidação da sentença para apuração do dano efetivamente sofrido.

Nesta toada, o titular para executar o título judicial poderá avaliar ainda a necessidade de maiores diligências para se angariar outros elementos de prova, a fim de se ampliar o objeto que se constou na sentença, de forma que, numa eventual ação judicial, seja feita por meio de ação civil pública, por exemplo, num processo de conhecimento.

De outro lado, em se tratando do Ministério Público, poderá firmar um Termo de Ajuste de Conduta (TAC) e, portanto, haver o cumprimento voluntário por parte do infrator, ou ainda, executar o título judicial, compelindo o requerido à sobredita obrigação de fazer, não fazer, ou pagar quantia para a reparação cível do ilícito criminal ambiental.

Destaca-se que na maioria das vezes, sobretudo em ilícitos de menor complexidade, o título executivo proveniente de sentença penal condenatória é suficiente para a reparação dos danos, ou mesmo abstenção de ato, sendo que o processo de execução ou o firmamento de TAC, tendo como objeto obrigação reconhecida em título executivo judicial, é muito mais célere e eficiente. Desburocratiza-se, portanto, o sistema de Justiça.

Por fim, convém enfatizar que, assim como acontece no regramento processual em que as vítimas não são obstadas a buscar a reparação do dano em âmbito cível enquanto estiver em curso o processo penal com este mesmo objeto, não há empecilho à coletividade, destinatária da proteção constitucional do meio ambiente ecologicamente equilibrado, ao Ministério Público, por meio das curadorias ambientais, e aos demais legitimados à propositura da Ação Civil Pública, para o manejo de medidas judiciais civis que tenham por objetivo a cessação do ilícito, a apuração dos danos ambientais e a consequente reparação do que é o objeto material da ação penal.

A execução provisória da sentença penal condenatória para fins de reparação do dano ambiental garante efetividade na tutela do meio ambiente. É mais um instrumento à disposição dos órgãos incumbidos do dever de proteção ambiental, bem como da própria sociedade.

4. Conclusão

Feitas as ponderações acima, tratando-se o meio ambiente ecologicamente equilibrado de direito fundamental, o sistema de justiça deve empreender esforços para

proporcionar os meios necessários para a sua efetiva proteção, ou ainda, recomposição, no caso de degradação ambiental.

Ao Ministério Público, órgão voltado para a defesa dos interesses da sociedade, aí abrangida a defesa do meio ambiente, deve valer-se dos instrumentos disponíveis, inclusive na esfera penal, para garantir qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, em consonância com o princípio da sustentabilidade.

A sentença penal condenatória pode ser uma aliada na reparação do dano ambiental, tendo em vista a possibilidade de execução provisória, promovida, sobretudo pelo Ministério Público. Defende-se a inexigibilidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para se promover a reparação do dano ambiental. Isto porque o ordenamento jurídico, em especial a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, admite a execução provisória da pena, que é um dos efeitos penais principais e o mais grave da sentença condenatória, quanto mais o efeito secundário, mais brando, consistente na reparação do dano ambiental.

5. Proposta de enunciado: O pedido de reparação do dano ambiental deve ser feito na denúncia criminal, de forma a permitir a execução provisória da sentença penal condenatória, para fins de reparação do dano ambiental, a ser promovida pelo Ministério Público.

6. Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias.** Tradução de: Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2008.

BOFF, Leonardo. **Sustentabilidade: o que é: o que não é**. 4ª ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Código Penal. Rio de Janeiro, RJ, 7 de dez. 1940. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Rio de Janeiro, RJ, 3 de out. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras

providências. Brasília, DF, 12 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.
BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. HC nº 126292, Relator Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016, processo eletrônico DJe-100 DIVULG 16-05-2016 PUBLIC 17-05-2016.

DIDIER JUNIOR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: execução**. 5 ed. Salvador: Juspodivm, 2013.

FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos fundamentais e proteção do ambiente: a dimensão ecológica da dignidade humana no marco jurídico constitucional do estado socioambiental de direito.** Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Our Past & Our Future**. Oakland, EUA. Disponível em: https://www.footprintnetwork.org/about-us/our-history/. Acesso em Acesso em 24 de fev. de 2019.

GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Country Trends**. Oakland, EUA. Disponível em: http://data.footprintnetwork.org/#/countryTrends?cn=5001&type=BCpc,EFCpc. Acesso em 24 de fev. de 2019.

GLOBAL FOOTPRINT NETWORK. **Ecological Footprint Explorer**. Oakland, EUA. Disponível em: http://data.footprintnetwork.org/#/. Acesso em 24 de fev. de 2019.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal: volume único**. 6 ed.rev., ampl. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MADDALENA apud MACHADO. MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 22ª ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Método, 2016.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente.** 8ª edição revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **ONU Meio Ambiente.** Brasília, DF. Disponível em: https://nacoesunidas.org/agencia/onumeioambiente/. Acesso em 15 de janeiro de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 10ª edição, atualizada. São Paulo: Malheiros, 2013.

CRIMES DE TRÂNSITO COM CULPA CONSCIENTE JUSTIFICAM ESFORÇOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA A MUDANÇA DAS LEIS

CALIXTO OLIVEIRA SOUZA
Promotor de Justiça
Ministério Público do Estado de Minas Gerais

SUMÁRIO: Introdução - 1 O trânsito do Brasil está entre os que mais matam no mundo - 2 Causas e soluções - 3 As punições previstas em lei - 4 A glamourização do mau motorista é uma inversão de valores feita pela sociedade – 4.1 A questão da consciência do risco – 5 Sugestões de alterações legais meramente exemplificativas - 6 A iniciativa do Ministério Público pode salvar vidas – Conclusão.

Síntese dogmática

Considerando que entre suas principais atribuições está a de combater o crime, atuando como órgão responsável pela persecução penal e também preventivamente para que as infrações penais não ocorram, o que inclui os crimes culposos, deverá o Ministério Público, através da CONAMP ou de outras entidades com acesso aos integrantes do Congresso Nacional, sugerir a proposição de alteração legislativa para que os crimes de trânsito cometidos com culpa consciente, que todos os anos tiram milhares de vidas e deixam sequelas em centenas de milhares de pessoas, passem a conter sanções com rigor suficiente para viabilizarem a efetiva punição de seus autores, contribuindo ainda para o desestímulo aos comportamentos que contenham a vontade consciente de transgredir, sem prejuízo de sanções administrativas graves para a mera conduta.

Introdução

Pretende-se demonstrar no presente trabalho que os acidentes de trânsito trazem embutidos, em sua imensa maioria, comportamentos culposos, em grande parte das vezes

conscientes. Estes últimos estão marcados pela clara intenção de desobedecer às regras, embora não tragam o dolo de matar ou causar lesões. O problema é que esse comportamento consciente, repetido à exaustão por milhares de condutores de veículos, e facilmente evitável pela vontade do agente, é causador de milhares de crimes de trânsito por ano, que contribuem para uma média anual de 45.000 mortes e 180.000 internações por lesões corporais de todas as gravidades. Os demais acidentes que completam esses números são causados por comportamentos culposos clássicos ou outros fatores, como má sinalização, defeitos na pista ou falhas mecânicas. Diante do tema do 23º Congresso Nacional do Ministério Público, "Ministério Público e a defesa dos direitos fundamentais: foco na efetividade", é possível que mereça destaque a questão das mortes no trânsito por culpa consciente, que podem ser reduzidas consideravelmente com a edição de normas sugeridas pelo Ministério Público, instituição que tem por missão a defesa da sociedade.

1. O trânsito do Brasil está entre os que mais matam no mundo

Um carro, um caminhão ou uma motocicleta têm um poder letal que pode ser comparado ao de uma arma de fogo. A comparação é justa, se considerarmos que os homicídios dolosos no Brasil chegam a 60.000 por ano e os homicídios culposos, contando apenas os cometidos com a utilização da arma chamada "automóvel", segundo o site da Folha de São Paulo, chegam a 47.000. O mesmo site informa que o número de pessoas com sequelas, por ano, fica em média em 400.000, o que engloba amputações ou outras debilidades – inclusive lesões graves na coluna –, deformidades, perda de capacidade mental etc. Esses números não são unanimidade, mas há a certeza de que são elevadíssimos, absurdos, inaceitáveis, caso os comparemos com os de países onde existem preocupações sérias com os riscos do trânsito.

É interessante observar que nossos números, quando comparados aos de outros países, revelam que essas mortes, incapacidades e limitações não são algo natural, que temos que aceitar como uma limitação do estágio de evolução da humanidade. Segundo o Ministério da Justiça, com base em dados colhidos até 2010, morrem no Brasil a cada ano, por 1.000.000 de veículos, cerca de 661 pessoas. Nos Estados Unidos a média é de 134 por 1.000.000. Na Europa, 113; no Japão, 64. Piores que nós apenas a China e Índia, com 1.300 e 1.100, respectivamente.

2. Causas e soluções

Apesar de todas as nossas promessas ao mundo em encontros internacionais, nada muda, enquanto na Europa, que já tem uma taxa baixa de mortes, os números caem 5% ao ano, em uma demonstração de que cada vida para aqueles países é importante.

Quanto às causas e soluções há um consenso entre os especialistas. Quase todos afirmam que necessitamos de leis mais rígidas, melhor sinalização, mais fiscalização e melhor conservação dos veículos e das ruas e estradas, que necessitam melhorar muito, inclusive com duplicação em muitos trechos.

Entre essas causas se sobressai a necessidade de leis mais rígidas e mais fiscalização. Os especialistas e as estatísticas não deixam a menor dúvida de que a imensa maioria dos acidentes é causada pela imprudência. É a campeã das causas. Ora, se um acidente é causado por imprudência, estamos diante de um crime culposo. Conclusão: na grande maioria das vezes os acidentes são crimes de trânsito. Ou seja, o grande problema, a causa de tantas mortes, está na ocorrência constante, diária, de muitos crimes de trânsito.

Como se vê, o grande problema está na conduta humana. Talvez seja a hora de pararmos de falar em "acidente de trânsito" e passarmos a falar em "possível crime de trânsito".

A maior causadora de acidentes é seguramente a velocidade excessiva (imprudência) - o que inclui ultrapassagens proibidas, perdas de controle do veículo com capotagens e abalroamentos, atropelamentos nas ruas, batidas em vias de trânsito rápido etc. Não se está falando aqui de bandidos, mas de pessoas comuns que arriscam as próprias vidas e as de outras pessoas em várias ocasiões em um mesmo trajeto, sem nenhuma excludente de ilicitude presente. Raramente há sequer um motivo para a pressa (que não justificaria a alta velocidade). O motorista pode não estar atrasado nem ter um compromisso importante; ele simplesmente corre com o veículo, seja por prazer ou por vaidade. São conhecidos os casos de pessoas que dizem que só correm quando estão sozinhas, sem a família, e alegam agir assim para proteger o cônjuge e os filhos. Essas pessoas, porém, não estão sozinhas no mundo e muitas vezes, além de prejudicarem outras famílias, causam grande sofrimento aos próprios entes queridos.

3. As punições previstas em lei

Não obstante o grau de consciência existente em tais comportamentos, o Código de Trânsito, sabiamente, pune os crimes mais graves apenas por culpa (o dolo fica para o Código Penal), como se vê nos artigos 302 e 303.

Interessante: a lesão corporal culposa de trânsito (seis meses a dois anos de detenção, mais suspensão ou proibição para obtenção da CNH, mais 1/3 ou ½ de aumento, se for o caso) tem pena maior que a dolosa (esta de três meses a um ano de detenção, se for leve). Até aí temos a impressão de que para o legislador o trânsito é especial. A situação muda para lesões graves ou gravíssimas, podendo chegar ao máximo de cinco anos de reclusão caso haja o uso de álcool ou de outra substância psicoativa que determine dependência (quando dolosas, independentemente do uso de álcool, reclusão de 1 a 5, 2 a 8 ou até 4 a 12) Ou seja: o legislador sabe que um veículo automotor é perigoso quando conduzido sem cuidado, mas parece não considerar que o condutor deve ter consciência desse perigo e medo da punição por atos que não contribuam para reduzi-lo ao mínimo.

Lamentavelmente as leis de trânsito são tíbias e em muitos casos a imputação por crime culposo é frustrante, em razão da pena a ser aplicada. Como são raros os casos em que se pode imputar ao autor o crime por dolo eventual, o Ministério Público limita-se a iniciar um processo com a finalidade de obter uma punição muito leve, desproporcional à gravidade da conduta e às consequências do crime. Mas é a lei. Por isso a defesa, neste trabalho, de que o Ministério público deve envidar esforços para mudar a lei. É aparentemente o caminho justo e sábio. As recentes alterações na parte referente aos crimes de embriaguez foram um avanço e reforçam esse pensamento. Merece ser lembrado aqui que podemos lutar para que fique claro, na esteira das recentes mudanças, que o teste do etilômetro não é "prova contra si mesmo", mas a favor, constituindo uma oportunidade de provar, contra todas as demais evidências, que o autor não consumiu a quantidade de bebida alcoólica que seu comportamento e os sinais emitidos pelo corpo demonstram.

Outra situação que merece ser tratada com rigor pela lei e por seu aplicador é aquela que envolve o comportamento do autor após o possível crime de trânsito: a omissão de socorro ou sua preocupação com a vítima ou vítimas, procurando reparar o erro. É muito importante e justo o reconhecimento de que o socorro prestado em plenitude, pronto e integral, dá ao autor a imunidade (ou medida premial) contra o flagrante (art. 301). Esse reconhecimento deve ser divulgado e respeitado, o que servirá de incentivo ao comportamento correto, com a preservação de muitas vidas, ainda que este venha após grave crime culposo.

4. A glamourização do mau motorista é uma inversão de valores feita pela sociedade

Nota-se que o crime de trânsito no Brasil ainda é tratado como algo menor, pouco mais grave que uma contravenção penal, tudo porque nos crimes previstos no CTB imagina-se o cidadão comum, de bem, que em algum momento comete um deslize, um erro, um lapso,

e comete um crime. É necessário, porém, separar o motorista negligente, imprudente ou imperito do motorista muito imprudente, plenamente consciente da amplitude do risco de sua conduta. A sociedade precisa evoluir para passar a ver o indivíduo que desobedece às leis de trânsito com plena consciência como alguém perigoso, egoísta, e até mesmo menos inteligente, por agir nas vias públicas como se estivesse em uma competição, expondo não só as vidas alheias, mas também a própria.

Precisamos tirar o glamour que ainda cerca o motorista veloz, que faz curvas em alta velocidade, ultrapassa vários carros em local proibido, chega mais cedo ao seu destino e conta aos amigos qual é o tempo médio de cada uma de suas viagens, como se ele fosse superior aos cautelosos e cumpridores das leis, que muitas vezes são vistos como pessoas menos capazes, em uma inexplicável inversão de valores. As críticas sociais a esses motoristas costumam vir após acidentes graves; antes, não se veem reprimendas.

A sugestão que aqui se faz não é a de transformar os crimes culposos em dolosos, o que seria impossível à luz do direito Penal. O foco ficaria no comportamento culposo, na gravidade da culpa, que em crimes de trânsito deve ser considerada, em regra, maior.

Não se está tratando de casos como o do pai que, por um descuido, um momento de distração, atropela o próprio filho ao sair da garagem, em uma situação em que, ainda que haja culpa, esta é leve, não obstante a gravidade do resultado. O problema está na conduta consciente, como a do motorista que tem prazer em dirigir em alta velocidade, fazer ultrapassagens proibidas ou desobedecer a quaisquer outras regras de trânsito.

4.1 A questão da consciência do risco

Eis o ponto: caso a conduta inicial que levou ao fato culposo seja consciente, perfeitamente evitável, a pena deve ser grave, diferente daquela prevista para as situações a que qualquer motorista está sujeito e deve pagar, mas de forma mais branda. Vamos a mais um exemplo: um indivíduo está conduzindo seu veículo pela Rodovia Fernão Dias, uma das mais importantes e movimentadas do País, em baixa velocidade ou mesmo em velocidade pouco acima da permitida, e por uma falha provoca uma colisão. Nota-se que seu comportamento não traz uma consciência anterior. Não havia a intenção deliberada de desobedecer à lei. Houve um erro, incluído naqueles que a lei chama de imprudência, negligência ou imperícia.

Agora imaginemos que o mesmo motorista, no mesmo local, desejando chegar a São Paulo mais cedo, seja por estar atrasado para um compromisso, seja por prazer, seja por vaidade, conduzisse seu veículo a uma velocidade excessiva, muito acima da permitida,

confiando na qualidade de seu automóvel e em sua própria habilidade, e viesse a provocar uma colisão, com lesão corporal ou morte. Seu comportamento seria muito mais grave. As duas condutas mencionadas, atualmente, teriam suas penas individualizadas apenas na fase da fixação da pena-base, o que é muito pouco.

O que fazer, então, para desestimular os comportamentos deliberadamente perigosos e reduzir o número de mortes e mutilações no trânsito?

Alguns doutrinadores dizem que precisamos melhorar a Educação, mas já está provado que não se educa sem previsão de sanção. Merece ser lembrada aqui a campanha do Ministério da Saúde, feita a partir de 2010 – Projeto Vida no Trânsito -, que não conseguiu evitar um aumento de 170% nas mortes por acidentes de motocicleta entre 2008 e 2013. Pode parecer absurdo, mas as pessoas têm mais receio de ser multadas que de morrer. Os números relativos aos acidentes envolvendo pessoas que usavam cinto de segurança e as que não usavam, quando o acessório ainda não era obrigatório, antes de 1997, deveriam ser altamente educativos. Os poucos usuários de cintos de segurança ostentavam altos índices de sobrevivência, ao contrário dos que não os usavam. Tais números, porém, embora estivessem frequentemente nos jornais e na televisão, não convenciam os usuários de veículos, que preferiam optar pelo comodismo de não usar o cinto, afirmando, sem qualquer base estatística, que em caso de incêndio poderiam sair mais fácil do veículo, pois não estariam "presos' pelo cinto, como se incêndios em veículos acidentados e cintos travados fossem comuns. Ou seja, preferiam não se educar. Com a multa trazida pelo Código de Trânsito o índice de educação subiu muito. Ainda no site da Folha de São Paulo encontramos a citação ao português Mário Alves, Secretário-Geral da IFP (Federação Internacional de Pedestres), que é favorável às campanhas, mas diz o seguinte: "No entanto, na Europa também sabemos que a educação não é o suficiente. Nos países nórdicos, com níveis de educação invejáveis, a utilização de radares e força de vigilância policial são fundamentais para que os motoristas respeitem as regras básicas da estrada".

Os especialistas falam em Engenharia, efetividade dos primeiros socorros, geração e coleta de dados, fiscalização e punição.

O objetivo da presente tese é realçar a importância da fiscalização e da rigorosa punição das condutas flagrantemente desafiadoras das leis de trânsito. Precisamos copiar os países desenvolvidos, onde a desobediência a um sinal vermelho resulta em uma punição gravíssima e acidentes com vítimas causados com culpa consciente ou a condução de veículo sob influência de álcool ou drogas levam efetivamente à prisão.

A história não mente: com o CTB, que trouxe regras um pouco mais rigorosas e a promessa de fiscalização, houve uma redução do número de acidentes, que voltaram a

aumentar poucos meses depois; diminuíram em razão do receio de sanções, mas aumentaram porque as punições são poucas e pouco efetivas, em razão da ínfima fiscalização e da leveza das penas criminais.

5. Sugestões de alterações legais meramente exemplificativas

As sugestões feitas aqui têm a finalidade de diminuir o número de mortos e de lesionados pelo trânsito, mas não deverão integrar a conclusão da tese. Constam no corpo do trabalho meramente como modestos exemplos do que pode ser levado ao Congresso Nacional por sugestão do Ministério Público, instituição voltada para a defesa da sociedade e vocacionada para a redução do número de vidas perdidas e do sofrimento de tantos lesionados e ainda daqueles prejudicados pelo falecimento e incapacitação de pessoas próximas, com mudanças substanciais também em suas vidas.

a) a primeira sugestão é o aumento do número de radares e de policiais de trânsito, com placas regulares de limite de velocidade, fixadas em pequenos intervalos e inclusive após cada interseção, para que os que entram na via saibam a velocidade máxima que deverão respeitar, sem mudanças constantes e sem surpresas, deixando claro que o objetivo não é multar, mas evitar acidentes, e esclarecimento à população de que não haverá mais informação da existência de radares, o que não tem sentido. O ideal é deixar claro o seguinte; a fiscalização poderá ser feita em qualquer lugar, a qualquer momento. Em seguida, fiscalizar.

Justificativa: Está na hora de nós brasileiros amadurecermos como motoristas, sem reclamações por não podermos usar nossos veículos potentes para atingir altas velocidades. É assim que agem há décadas os habitantes dos países desenvolvidos, que frequentam muito menos clínicas de fisioterapia e velórios em razão de crimes de trânsito.

b) a segunda sugestão é o aumento substancial da fiscalização do uso de bebidas alcoólicas ou outras substâncias entorpecentes por condutores de veículos, com a finalidade de evitar acidentes por culpa consciente ou dolo eventual, e não apenas para punir os que já os cometeram. A pena atual para o homicídio culposo de trânsito sob a influência de álcool ou de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência é de reclusão, de cinco a oito anos, e suspensão ou proibição do direito de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor (art. 302, § 3º, co CTB). A pena é grave, mas o alto número de condutores que bebem ou usam drogas e dirigem atesta que a educação só surte efeito com fiscalização. Uma massiva punição com fulcro no artigo 306 do CTB resultaria na diminuição dos acidentes (crimes) por esse motivo. O § 2º do artigo 306 já menciona a contraprova a ser feita

pelo motorista, nome que deve ser dado ao teste do etilômetro, que não seria mais "prova contra si mesmo", mas "contraprova". Havendo a recusa, fica-se com os demais indicadores.

Justificativa: Havendo mais fiscalização, a possibilidade de punição, ainda que haja recusa ao teste do etilômetro, será disseminada entre os que dirigem.

c) a terceira sugestão é o aumento das penas para os crimes de lesão corporal e homicídio culposos praticados na direção de veículo automotor se comprovado o excesso de velocidade acima de um determinado patamar, que poderia ser de 25% acima da máxima permitida, por exemplo – para uma rodovia federal com velocidade máxima de 110 km/hora teríamos um crime mais grave se a velocidade fosse superior a 137,5 km/hora. As demais penas seriam mantidas para os casos comuns. É fácil evitar ser autor de um crime desses: basta observar a velocidade máxima permitida para o local, como já se tornou comum nos países desenvolvidos.

Justificativa: é público e notório que a velocidade excessiva é a grande vilã do trânsito. As capotagens e as mais graves colisões ocorrem majoritariamente por esse motivo. Há notícias todos os dias sobre acidentes envolvendo veículos desgovernados, inclusive em estradas bem conservadas e duplicadas. Ora, é óbvio que o maior motivo para a perda de controle do veículo é a velocidade excessiva. A conduta de conduzir o veículo em alta velocidade é consciente. Trata-se de uma escolha, uma opção. Estando previstas punições graves para os casos em que venham a ocorrer lesões ou mortes, a opção pela alta velocidade será cada vez mais rara.

d) a quarta sugestão envolve a altamente letal ultrapassagem proibida, que poderia passar a agravar pesadamente a pena no caso de homicídio ou lesão corporal, desestimulando esse comportamento. Nem é necessário realçar que não é difícil evitar esse crime: basta não ultrapassar em local proibido.

Justificativa: uma das campeãs das causas de acidentes (crimes de trânsito), a ultrapassagem proibida costuma vir acompanhada da alta velocidade, e pode facilmente ser evitada.

e) a quinta refere-se ao uso de celular ao volante, que deveria elevar muito a pena em casos de crimes.

Justificativa: está comprovado o alto risco dessa conduta, também facilmente evitável.

f) a sexta é a aplicação de multas altas, podendo chegar à proibição de dirigir, aos condutores flagrados nas condutas acima, que podem resultar em acidentes graves.

Justificativa: a educação começa com a promessa de punição e a efetiva punição, como mencionado a respeito dos países considerados os mais educados do mundo.

6. A iniciativa do Ministério Público pode salvar vidas

Nota-se que as propostas acima são destinadas a situações diferentes daquelas às quais qualquer indivíduo está sujeito, como uma distração em um cruzamento ou o esquecimento de olhar para trás no momento de uma ré.

A diferença é que há a consciência da desobediência às leis no início de uma conduta, que deverá ser considerada administrativa ou criminalmente grave.

Não há, no presente texto, sugestões de penas criminais, mas estas deverão ser graves, inclusive com a perda da permissão para dirigir, tendo em vista a letalidade dos veículos automotores.

Haverá gastos para implementação de mudanças, como aumento de radares, policiais e equipamentos para comprovação das infrações. Por outro lado, haverá uma grande economia de gastos médicos, hospitalares e pós-hospitalares, e ainda maior em gastos com a previdência social. Lembrando ainda que a economia do País perde muito com mortos e incapacitados, prejuízo que seria sensivelmente diminuído.

Ainda que os gastos sejam maiores que a economia, cálculos que devemos deixar para os profissionais da área, haverá uma grande economia de vidas. Uma vida salva já representa uma grande alegria. Imagine o salvamento de milhares de vidas por ano, talvez dezenas de milhares, além da diminuição do sofrimento de tantas vítimas, muitas delas inocentes, portadoras das mais terríveis sequelas. Devemos ter em mente que as futuras vítimas não estão marcadas com um X; o próximo a morrer ou passar a ser portador de grave sequela pode ser qualquer um de nós ou de nossas famílias. Caso haja uma redução desse número, podemos ser salvos ou salvar um ente querido sem que jamais saibamos disso.

Creio ser possível ao Ministério Público desenvolver o que está sendo proposto neste trabalho e envidar esforços no sentido de elaboração e aprovação de alterações nas leis de trânsito, o que poderia ser feito por iniciativa da CONAMP ou de outras entidades com acesso aos integrantes do Congresso Nacional. Até a Justiça agradeceria, com a diminuição do grande número de processos (quando não se extingue a punibilidade do agente pela morte), em sua imensa maioria resultantes em penas meramente simbólicas e que não cumprem as funções, pois nunca vemos um motorista que deixa de agir contra a lei por ter sido retirado de circulação (função retributiva da lei) ou por ter sido desestimulado por uma condenação de outrem (função preventiva). É preciso mudar.

Conclusão

Considerando que entre suas principais atribuições está a de combater o crime, atuando como órgão responsável pela persecução penal e também preventivamente para que as infrações penais não ocorram, o que inclui os crimes culposos, deverá o Ministério Público, através da CONAMP ou de outras entidades com acesso aos integrantes do Congresso Nacional, sugerir a proposição de alteração legislativa para que os crimes de trânsito cometidos com culpa consciente, que todos os anos tiram milhares de vidas e deixam sequelas em centenas de milhares de pessoas, passem a conter sanções com rigor suficiente para viabilizarem a efetiva punição de seus autores, contribuindo ainda para o desestímulo aos comportamentos que contenham a vontade consciente de transgredir, sem prejuízo de sanções administrativas graves para a mera conduta.

Enunciado

Autores de crimes de trânsito com culpa consciente devem receber punições muito mais graves que as previstas para os demais crimes culposos de trânsito, devendo ser envidados esforços do Ministério Público para que haja mudanças na legislação no sentido de se prever objetivamente os casos em que essa conduta ocorre e as respectivas punições, devendo ainda ser agravadas as punições administrativas para a mera conduta.

A (a)tipicidade do porte de arma incapacitada e do porte de munição na jurisprudência brasileira

Alfredo Pinheiro Martins Neto[1] (Autor/Responsável pela defesa)
Natália Silveira Sarmento[1] (Coautora)

1. Síntese dogmática

O objeto da presente investigação refere-se à análise do Estatuto do Desarmamento (Lei nº 10.826/2003) quanto à atipicidade do porte de arma incapacitada e do porte de munição.

A razão de ser de referida pesquisa guarda relação com a importância da decisão, após análise do julgador, de afastar a tipicidade em situações em que não reste comprovada a materialidade da periculosidade.

Como recorte da presente investigação, cita-se o porte de arma sem capacidade de funcionamento ou o porte, tão somente/por si só, de munição.

2. Justificativa

Atualmente, não há posição pacificada dos tribunais pátrios quanto à tipicidade ou à atipicidade das citadas condutas, mas, em alguns julgados, percebe-se a busca pela real materialidade delitiva/objeto material do tipo, ou seja, a comprovada periculosidade da conduta, indicando uma possível mudança de postura. É o que fica demonstrado, por exemplo, no julgado do STJ[502] que absolveu um réu acusado de porte ilegal de munição, sob o fundamento de que o mero porte municional sem a arma não tem potencialidade para violar o bem jurídico tutelado - a segurança e a integridade dos demais membros da sociedade.

É verdade que parte dos ministros afastou a tipicidade por entender que o porte de munição seria crime de perigo concreto, no entanto a posição do relator do caso, que caracterizou o crime como de perigo abstrato e constatou a falta de materialidade por ausência

[502] HC 194.468, j.17/04/12.

de periculosidade para o bem jurídico[503], mostra claramente uma mudança de postura na jurisprudência brasileira.

Outrossim, em outro julgado do STJ[504], sobre o porte de arma desmuniciada com munição próxima incompatível com aquele artefato, o relator entendeu que:

> "Tratando-se de crime de porte de arma de fogo, faz-se necessária a comprovação da potencialidade do instrumento, já que o princípio da ofensividade em Direito Penal exige um mínimo de perigo concreto ao bem jurídico tutelado pela norma, não bastando a simples indicação de perigo abstrato".

Após essa breve introdução, passa-se à análise detalhada de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal. Inicialmente, destaque-se o Recurso Ordinário em Habeas Corpus 81.057[505]:

> EMENTA: Arma de fogo: porte consigo de arma de fogo, no entanto, desmuniciada e sem que o agente tivesse, nas circunstâncias, a pronta disponibilidade de munição: inteligência do art. 10 da L. 9437/97: atipicidade do fato: 1. Para a teoria moderna - que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso - o cuidar-se de crime de mera conduta - no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação - não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico tutelado pela incriminação da hipótese de fato. 2. É raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal; para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da interpretação da lei penal, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte. 3. Na figura criminal cogitada, os princípios bastam, de logo, para elidir a incriminação do porte da arma de fogo inidônea para a produção de disparos: aqui, falta à incriminação da conduta o objeto material do tipo. 4. Não importa que a arma verdadeira, mas incapaz de disparar, ou a arma de brinquedo possam servir de instrumento de intimidação para a prática de outros crimes, particularmente, os comissíveis mediante ameaça - pois é certo que, como tal, também se podem utilizar outros objetos - da faca à pedra e ao caco de vidro -, cujo porte não constitui crime autônomo e cuja utilização não se erigiu em causa especial de aumento de pena. 5. No porte de arma de fogo desmuniciada, é preciso distinguir duas situações, à luz do princípio de disponibilidade: (1) se o agente traz consigo a arma desmuniciada, mas tem a munição adequada à mão, de modo a viabilizar sem demora significativa o municiamento e, em conseqüência, o eventual disparo, tem-se arma disponível e o fato realiza o tipo; (2) ao contrário, se a munição não existe ou está em lugar inacessível de imediato, não há a imprescindível disponibilidade da arma de fogo, como tal - isto é, como artefato idôneo a produzir disparo - e, por isso, não se realiza a figura típica.

Em referido julgamento, deu-se provimento, por maioria de votos, ao RHC. A seguir, por tratar-se de importante fundo teórico relacionado ao tema da presente pesquisa, serão destacados os argumentos dos ministros que votaram pela atipicidade da conduta. Assim, o

---

[503] BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigoabstrato-nao-sao-mera-onduta, 29 de maio de 2012. Acesso em 20/07/2019.

[504] HC 118.773 e AgRg no REsp 998.993-RS.

[505] RHC 81057/SP. Relator: Ministra Ellen Gracie. Relator p/ Acórdão: Min. Sepúlveda Pertence. Julgamento: 25/05/2004. Órgão Julgador: Primeira Turma. Publicação: DJ 29-04-2005. Acesso: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102762, em 10/10/2017.

ministro Sepúlveda Pertence votou pelo deferimento do HC, argumentando que no caso em questão, não houve nenhuma menção à disponibilidade de munições no contexto do fato, o que bastaria para que se impedisse a tipicidade da conduta.

Ainda, Pertence esclarece que o seu posicionamento em momento algum põe em dúvida que arma desmuniciada ou com qualquer outra incapacidade (por exemplo, enferrujada) podem servir de instrumento de intimidação e caracterizar a ameaça, elementar do roubo. Enfatiza que a discussão é sobre a incriminação autônoma do porte de arma que não é arma ou que é uma arma cuja utilização era impossível (especificamente, pela falta de munição disponível).

Acompanhando o voto de Pertence, Cezar Peluso adverte, desde logo, que o bem jurídico penal tutelado pelo tipo de porte ilegal de arma não pode ser identificado com a paz social (o que foi defendido no parecer do subprocurador), sob pena de se esvaziar a própria categoria dogmática, na medida em que a paz social é atingida sempre que houver um ilícito, independente de ser este de natureza criminal ou não. Outrossim, na seara criminal, a paz social é ofendida em todos os crimes, na medida em que as incriminações pretendem, em última instância, preservá-la ou restabelecê-la.

Nesse sentido, pondera Roxin[506]:

> "Um bem jurídico similarmente pouco claro é a paz pública, cuja perturbação eventual o legislador quer prevenir através dos já mencionados dispositivos sobre a incitação contra um povo e de mais alguns outros. Tem-se, porém, de pensar que também todas as outras proibições penais, como a contra as lesões corporais, o furto etc. protegem a paz pública, que seria perturbada se se tolerassem tais comportamentos. Mas elas só o fazem indiretamente, como consequência da proteção de bens jurídicos bem mais concretos (como a integridade física e a propriedade), e somente na medida em que a convivência humana seja prejudicada por um comportamento que contrarie a norma penal. Nestes crimes, não se precisa recorrer à paz pública como bem protegido, e tampouco há quem o faça. Continua não esclarecido como se deve imaginar a idoneidade para perturbar a paz pública nos casos em que inexiste lesão concreta à convivência pacífica. O fato de que algumas pessoas possam se irritar com um comportamento não basta para a punição."

Superando a identificação de um bem jurídico como relevante ao direito penal (e que mereceria, pois, a sua tutela), importante enfatizar que apenas essa identificação não é suficiente. Para restar concretizada uma imprescindível proporcionalidade entre as gravidades da sanção penal e do fato criminoso, é preciso ir além: a conduta deverá ofender ou pôr em real perigo o bem jurídico tutelado, ou seja, é necessário que haja um dano, representado por, no mínimo, um perigo.

Nesse sentido, ressalta Teresa Aguado Correa:

---

506 ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Texto distribuído aos inscritos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20 de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito penal econômico, organizado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt. p. 10.

> "O princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos é uma concreção do princípio da necessidade e, por isto, se deriva do princípio da proporcionalidade em sentido amplo (...). Ao ser a função do direito penal a proteção de bens jurídicos (penais), tão só será necessário e proporcional quando exista um bem jurídico (penal) a proteger frente a comportamentos que o coloquem em perigo ou que o lesionem[507]".

A autora chama atenção, ainda, para a dupla influência do princípio da lesividade: A) sobre o legislador, responsável pela escolha do bem jurídico tutelado; B) sobre o juiz, que não deverá se contentar com uma subsunção formal do fato ao tipo penal, atentando-se, isto sim, à comprovação de uma concreta ofensa (de lesão ou de perigo) ao bem jurídico relevante; caso não haja essa subsunção material, o juiz deverá declarar a atipicidade da conduta.

Para restabelecer a ordem jurídica violada, o Direito conta com vários instrumentos, dentre os quais a sanção penal, mas também, dentre outros, a reparação do dano extrapenal e as sanções administrativas. Sendo assim, a escolha do legislador pela sanção penal deverá seguir a lógica de uma proporcionalidade, uma vez que se trata da mais grave sanção do sistema jurídico.

Essa proporcionalidade concretiza-se quando de uma grande ofensa (ao que seria proporcional uma grande sanção), o que, na doutrina majoritária, é representada pela agressão a bens, valores e interesses mais importantes do sistema, os bens jurídicos penais. A defesa desse caminho (da moderna teoria do bem jurídico penal) possui, desde o início, o escopo de prevenção ao abuso incriminador, através de critérios aptos a instaurar exatamente essa relação de proporcionalidade entre a gravidade da ofensa ao bem jurídico e a violência da sanção.

Peluso conclui o seu voto dando provimento ao recurso, por considerar atípica a conduta do requerente. Ainda, distingue duas situações: A) arma municiada, quando será possível haver dano ou perigo à incolumidade pública; B) arma de fogo desmuniciada, quando não será possível, por si só, ofender (por dano ou por perigo) o bem jurídico em questão.

Apesar do provimento, por maioria de votos, ao recurso ordinário em habeas corpus analisado anteriormente, cumpre ressaltar que o posicionamento majoritário do STF e do STJ, quanto ao Estatuto do Desarmamento, entende ser suficiente a mera ação de possuir ilegalmente munição ou arma incapacitada, independendo da ocorrência de quaisquer resultados lesivos, pois objetiva-se antecipar a punição de fatos que apresentam potencial lesivo à população, prevenindo, assim, a prática de crimes.

A despeito de referida postura, serão analisados julgados em que houve votos vencidos, cuja argumentação muito se assemelha com o fundo teórico da presente pesquisa.

---

507 AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Madrid: EDERSA, 1999. p. 165-6.

No HC 92.533/RS[508], impetrado pela Defensoria Pública da União contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, a DPU sustenta que o simples porte de munições não representa ofensa alguma ao bem jurídico protegido pela Lei n° 10.826/03, qual seja, a paz social. Para a impetrante, a situação (porte de munição para arma de fogo) do paciente em questão é idêntica ao caso do porte de arma desmuniciada, o que a fez destacar o raciocínio externado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul quando do julgamento da apelação defensiva:

> "Como arma desmuniciada não pode gerar conduta criminosa, por não carregar o potencial de lesividade que a caracteriza (possibilidade concreta de disparar tiros), podendo, nesta condição (desmuniciada), ser equiparada a qualquer objeto – até mesmo uma pedra – munição sem arma também não pode ser crime. Munições, assim como quaisquer outros acessórios de uma arma, isolados, não possuem qualquer danosidade real".

Após a condenação em primeiro grau ter sido revertida em sede de apelação, o Ministério Público interpôs recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça para restabelecer a sentença condenatória, na parte referente ao delito de porte de munição. O recurso foi, então, provido. Já em sede do STF, o parecer ministerial opina pela concessão da ordem:

> "Em situações como a presente, na qual, de fato, nenhum perigo subsiste, permitir o reconhecimento da tipicidade material implicaria o equívoco de se admitir reprimenda à mera desobediência ou à violação formal da lei, ainda que por meio de uma ação inócua em si mesma, desprovida de qualquer potencial lesivo"

Após os votos dos Ministros Joaquim Barbosa (Relator) e Eros Grau, indeferindo o pedido de habeas corpus, o julgamento foi suspenso em virtude do pedido de vista formulado por Cezar Peluso, que divergiu daqueles, criticando o juízo *iuris et de iure* de presunção do perigo na tipificação do porte de munição ou da arma desmuniciada. Segundo Peluso, não há nenhum perigo, hipotético ou presumido, na conduta proibida, de modo que lhes falta dignidade jurídico-penal:

> "A matriz definidora e legitimadora do Direito Penal reside, sobretudo, na noção de bem jurídico. É ela que permite compreender os valores aos quais o ordenamento jurídico concede relevância penal, de acordo com a ordem axiológica constitucional. E, por isso, legitima e delimita a atuação do instrumento penal".

Continua argumentando, agora sobre a sociedade do risco, quanto à pretensão de se atenuar a insegurança decorrente da complexidade e globalização. Nesse ponto, entende haver uma demanda por uma regulação penal das atividades capazes de produzir perigos. Tal

---

[508] HC 92533/RS. Relator: Min. Joaquim Barbosa; Relator para Acórdão: Min. Teori Zavascki. Julgamento: 03/06/2014. Órgão Julgador: Segunda Turma. Publicação: DJe-174, 08-09-2014. Acesso: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630084, em 10/06/2017.

pretensão volta-se ao direito penal, na expectativa de que seja capaz de evitar condutas geradoras de riscos e de garantir estado de segurança.

A antecipação da tutela penal para antes da efetiva lesão ao bem jurídico relevante é defendida sob o argumento da prevenção e controle das fontes de perigo a que estão expostos os bens jurídicos[509]. No contexto dos tipos de perigo abstrato, afastando-se das premissas materiais da teoria do bem jurídico, a vulneração da norma penal pode ser interpretada como simples violação de um dever, isto é, o injusto passa a refletir muito mais no desvalor da ação que viola o standard de segurança do que no desvalor do resultado, que se faz cada vez mais difícil identificar ou mensurar.

Assim, em vez da tradicional fundamentação da lesão ao bem jurídico, aparece como pressuposto legitimador da imputação a desaprovação do comportamento que vulnera um dever definido na esfera extrapenal[510]. Segundo Peluso, essa tendência pode entrar em choque com os pressupostos do Direito Penal clássico, fundado na estrita legalidade, proporcionalidade, causalidade, subsidiariedade, intervenção mínima, fragmentariedade e lesividade, para citar alguns dos seus princípios norteadores.

Conforme lembra Renato Silveira, a Corte Constitucional Italiana adota como solução a possibilidade de o juiz avaliar a exiguidade de determinada conduta, suposta abstratamente perigosa, e decidir por sua insignificância como indício de não-lesividade concreta[511].

Para Peluso, não há possibilidade alguma de lesão à incolumidade pública que decorra do transporte de quatro projéteis, de forma isolada, sem a presença de arma de fogo. Ainda, se a conduta em questão não detém dignidade penal, a aplicação da norma prevista no art. 14 da Lei 10.826/03 ao caso representa, unicamente, o uso do Direito Penal para manutenção do sistema de controle de comércio de armas e munição.

Ou seja, tal modelo impõe a aceitação de um discurso eminentemente funcional: mediante prevenção geral negativa, procura-se intimidar toda a sociedade quanto à prática criminosa; isso justificaria, do ponto de vista político criminal, certa antecipação da tutela, derrogando-se o princípio da lesividade em função de necessidades da Administração, o que, definitivamente, não é, nem pode ser, seu papel, nem sequer no contexto de uma sociedade de riscos. Do contrário, o direito penal estaria tornando-se direito de gestão ordinária de

---

509 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 101.

510 MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005, p. 114.

511 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 179.

problemas sociais; o simples endurecimento penal cria, no entanto, falsa ilusão de resolução de problemas e desvirtua por completo o sistema.

Concluindo seu voto, Peluso argumenta:

> "Tenho que a condenação do ora paciente pelo porte de quatro projéteis como incurso em tipo penal tendente a proteger a incolumidade pública contra os efeitos deletérios da circulação de armas de fogo no país é o exemplo de exercício irracional do *ius puniendi*, ou do 'crescente distanciamento entre bem jurídico e situação incriminada", que fatalmente conduzirá à ´progressiva indefinição ou diluição do bem jurídico protegido, a razão de ser do direito penal'[512]. Por isso, a mantença da condenação, retratando concretamente o excessivo alargamento do desvalor da ação, rompe a contextura liberal do Direito Penal, fixada pela Constituição da República. '[...] O fato de o direito penal confrontar-se sempre com novas modalidades de bens jurídicos e, também, novas modalidades de ataques, impõe que este ramo do direito faça uso, dentro dos limites constitucionais, de técnicas suficientemente eficazes - e muitas vezes bastante avançadas - para proteger o bem jurídico. No entanto, há de ser ressaltado que isso não significa que seja legítimo o alargamento das possibilidades de se tutelar o bem jurídico mesmo frente à inexistência de perigo. O conceito de bem jurídico, ao contrário do que vem ocorrendo na prática legislativa, não pode assumir uma desmedida capacidade legitimadora, a ponto de prescindir de sua conformação ao princípio da ofensividade; não pode o seu conteúdo transformar-se de modo que, de principal fundamento da crítica aos delitos de perigo abstrato, converta-se em elemento justificante destes'[513]. Ante o exposto, e declarando a atipicidade material do fato imputado ao paciente, concedo a ordem, para restaurar o acórdão do Tribunal local que absolveu o paciente".

Cumpre destacar, ainda, que Cezar Peluso enfatizou a defesa desse exato posicionamento em outros julgados, a exemplo dos julgamentos dos HC números 95.861120 (porte ilegal de arma de fogo desmontada e desmuniciada), 97.801121 (porte ilegal de arma de fogo desmontada e desmuniciada) e o 90.075122 (porte ilegal de munição), onde também apresentou voto divergente, destacando, inicialmente, o parecer ministerial, que opinou pela concessão da ordem:

> "Com efeito, o porte ilegal de arma de fogo desmuniciada ou daquela que não funciona possui, em princípio, equivalente potencialidade lesiva ao caso em estudo - porte ilegal de munição -, porquanto em nenhuma das hipóteses se vislumbra ofensividade ao bem jurídico protegido pela norma. Se o agente traz consigo a munição, mas não tem a arma de fogo, não há artefato idôneo a produzir disparo e, por isso, não se realiza a figura típica, vez que não se vislumbra lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico".

O entendimento acerca da atipicidade foi aplicado mais uma vez pela 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça em caso de delito previsto no Estatuto do Desarmamento. Na ação em questão, uma mulher foi condenada a 3 anos de prisão em regime aberto — com a pena substituída por prestação de serviços à comunidade —, após ser encontrada com oito munições, mas sem arma.

---

512 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000, pp. 40-41.

513 GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 120-121.

Ainda que formalmente típica, a apreensão de 8 munições na gaveta do quarto da ré não é capaz de lesionar ou mesmo ameaçar o bem jurídico tutelado, mormente porque ausente qualquer tipo de armamento capaz de deflagrar os projéteis encontrados em seu poder[514].

3. Conclusão: A atipicidade da conduta como pressuposto da proporcionalidade e efetividade do Direito Penal

Para a tipificação penal de uma conduta, imprescindível a existência de um mínimo de ofensividade, como fator de delimitação e conformação de condutas que mereçam reprovação penal. Nesse sentido, a aplicação dos instrumentos penais de atribuição de responsabilidade às novas realidades há de se restringir aos casos em que seja possível compatibilizar a nova tipificação com os princípios clássicos do Direito Penal.

É bastante temerário o frágil argumento dos defensores da tipicidade das condutas objeto da presente pesquisa (porte de arma incapacitada e porte de munição), qual seja, o poder de intimidação, não por si própria, mas em relação à prática de outros delitos. Ora, se tal argumento tivesse sentido, o mero porte de quaisquer objetos cortantes, por exemplo, também deveria ter sido tipificado, dado o seu poder intimidador.

Um universo onde tais condutas fossem todas tipificadas representaria, isto sim (!), um direito penal de mera desobediência, isto é, na administrativização do direito penal, o que seria incompatível com a Constituição, na medida em que ofenderia completamente o princípio da proporcionalidade.

Por fim, importante (e salutar!) ressaltar que lesividade nem sempre significa dano efetivo ao bem jurídico protegido, mas, para se entender e justificar como tal, exige-se, pelo menos, uma situação de perigo[515].

4. Proposta de enunciado

Posse de arma incapacitada ou posse de munição configura atipicidade que não justifica a incidência do Direito Penal.

5. Referências bibliográficas

---

514 RECURSO ESPECIAL Nº 1.735.871 - AM. RELATOR : MINISTRO NEFI CORDEIRO. JULGAMENTO: 12/06/2018. SEXTA TURMA/STJ. https://www.conjur.com.br/dl/stj-aplica-jurisprudencia-stf-fixa.pdf.

515 SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 163.

AGUADO CORREA, Teresa. El principio de proporcionalidad en derecho penal. Madrid: EDERSA, 1999.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Crimes de perigo abstrato não são de mera conduta. http://www.conjur.com.br/2012-mai-29/direito-defesa-crimes-perigoabstrato-nao-sao-mera-onduta, 29 de maio de 2012. Acesso em 20/07/2019.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A moderna teoria do fato punível. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. O princípio da proporcionalidade no direito penal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação das novas tendências político-criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

ROXIN, Claus. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. Texto distribuído aos inscritos no seminário ocorrido em Porto Alegre, nos dias 18 a 20 de março de 2004, em homenagem ao Professor Claus Roxin, de Direito penal econômico, organizado pelo Prof. Cezar Roberto Bitencourt.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. Direito penal econômico como direito penal de perigo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

Mortes violentas de mulheres: desafios do Ministério Público no combate ao crime de feminicídio.

Mariana DIAS MARIANO[1]
Mariana SEIFERT BAZZO[1]
Roberta FRANCO MASSA[1]
Susana Broglia FEITOSA DE LACERDA[1]
Ticiane Louise SANTANA PEREIRA[1]

I. Exposição

Apesar das importantes modificações trazidas pela Lei 13.104/2015, muitos assassinatos de mulheres por motivação de gênero ainda não são enquadrados como feminicídios ou têm sua investigação iniciada a partir de tal perspectiva.

Segundo o Mapa da Violência de 2015[516], de 4762 mulheres assassinadas em 2013, 50,3% o foram por familiares, em sua maioria (33,2%), parceiros ou ex-parceiros. O que se denota é que, ao terem familiares como seus algozes, a maior parte das mulheres é morta em situação de violência doméstica. Contudo, tais dados não se comunicam com os resultados trazidos pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública no ano de 2018[517]. Conforme tal pesquisa, de 4539 homicídios de mulheres ocorridos no ano de 2017, apenas 1.133 foram tipificados como feminicídios. Por outro lado, no mesmo derradeiro estudo, foram registrados 221.238 casos de lesão corporal dolosas cometidas em situação de violência doméstica. Os dados em tela podem significar um alerta de grave subnotificação nos registros e precariedade de investigações dos crimes de feminicídio no Brasil.

Muitas vezes, não só o histórico de violência doméstica e familiar contra é mulher é desconsiderado na investigação de sua morte, mas também se olvida que o feminicídio não ocorre somente na hipótese de violência doméstica e familiar, e sim em contexto de ódio,

[516]Disponível em https://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf. Acessado em 12/11/2018.
[517]Anuário Brasileiro de Segurança Pública. Disponível em: http://www.forumseguranca.org.br/publicacoes/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica-2018/. Acessado em 14/11/2018.

menosprezo ou discriminação à condição de mulher (inciso II da nova redação do art. 121, par. 2 -A do Código Penal).

Diante de tal quadro, vislumbra-se como urgente a necessidade de se buscarem as causas que levam à subnotificação e desconsideração da qualificadora do feminicídio bem como ações que possibilitem às autoridades o reconhecimento e consequente responsabilização dos envolvidos em tais crimes.

II. Justificativa

Por séculos, as legislações brasileira e mundial não se preocuparam em tipificar violências por razões de gênero contra a mulher, apresentando-se, em contrapartida, como verdadeira autorização institucional para o cometimento de violações de direitos[518] humanos dessa camada da população.

Importante que se registre que o espaço ideológico de confecção legislativa do próprio Código Penal de 1940 agregava um movimento difuso de estabelecimento de políticas públicas de ascendência abertamente patriarcal.

Podemos verificar o surgimento das primeiras políticas públicas de massa voltadas para as populações urbanas na década de 1930, quando o Estado redirecionou a política econômica para o desenvolvimento do mercado interno e para o setor urbano-industrial. São dessa época, por exemplo, a Consolidação das Leis Trabalhistas, a criação de carteira de trabalho e da Justiça do Trabalho, a instituição do salário mínimo, a permissão do voto feminino. Houve também uma preocupação explícita por parte do governo com a "organização e proteção da família". O Decreto-Lei 3.200, de 19 de abril de 1941, assinado pelo Presidente Getúlio Vargas, afirmava que o Estado faria educar a infância e Juventude para a família: 'devem ser os homens educados de modo que se tornem plenamente aptos à responsabilidade de chefes de família. Às mulheres será dada uma educação que as torne

[518] Antes do casamento, estão sob a *patria potestas* do seu pai. Depois, estão como pupilas debaixo da curatela do marido. De qualquer modo, "por causa da fragilidade do sexo e da sua pior condição [...] não se devem intrometer nas reuniões dos homens"; não podem ser fiadoras; não podem ser testemunhas nos testamentos.

(HESPANHA, 1995:60).

E, por muitas vezes, os direitos humanos de mulheres tiveram de se impor a normas que previam autorização para sua violação: "Achando o homem casado sua mulher em adultério, licitamente poderá matar assim a ela como o adúltero" (Código Filipino, in ARAUJO, 1997). Ainda, a mulher casada, segundo Viveiros de Castro, não poderia prestar queixa em juízo contra o marido, pois "qualquer que tenha sido a resistência da mulher, qualquer que sejam os meios empregados pelo marido para vencer a resistência, não houve crime e sim o exercício de um direito" (DIAS, 2017: 280).

afeiçoadas ao casamento, desejosas da maternidade, competentes para a criação dos filhos e capazes na administração da casa.' (PINSKY, 2012:20).

Ademais, sob a influência positivista, o Código Civil de 1916, que regia as relações privadas da época, abertamente proclamava valores como propriedade/casamento/segurança jurídica. Neste contexto, as mulheres eram relativamente capazes, o marido era o 'cabeça de casal' e até os frutos advindos do trabalho feminino sofriam a inflexão direta e legitimada da ação paterna ou conjugal.

Conquistados o direito ao voto feminino em 1932 e a capacidade civil plena da mulher casada em 1962, a igualdade formal de todos os direitos entre homens e mulheres no país somente se consolida com a Constituição Federal de 1988: "Em grande medida, por força da Constituição Federal e dos instrumentos internacionais de direitos humanos, ratificados pelo Estado Brasileiro, toda a parte sobre o direito de família do Código Civil de 1916 foi revogada, eliminando-se as discriminações legais existentes contra as mulheres" (BARSTED, 2011: 25).

Em consonância com um forte movimento mundial pela igualdade de gênero verificado a partir dos anos 1990, o Brasil ratifica a Convenção para Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW) através do Decreto 4.316/02 e, pelo Decreto 1.973/96, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994.

A Recomendação 19 do Comitê de acompanhamento da CEDAW, já no ano de 1992, traz pela primeira vez o conceito de violência de gênero contra a mulher de maneira ampliada (incluindo a violência institucional):

> 1. Gender-based violence is a form of discrimination that seriously inhibits women's ability to enjoy rights and freedoms on a basis of equality with men. [...] 7. Gender-based violence, which impairs or nullifies the enjoyment by women of human rights and fundamental freedoms under general international law or under human rights conventions, is discrimination within the meaning of article 1 of the Convention. These rights and freedoms include: (a) The right to life; (b) The right not to be subject to torture or to cruel, inhuman or degrading treatment or punishment; (c) The right to equal protection according to humanitarian norms in time of international or internal armed conflict; (d) The right to liberty and security of person; (e) The right to equal protection under the law; (f) The right to equality in the family; (g) The right to the highest standard attainable of physical and mental health; (h) The right to just and favourable conditions of work.

Ali também se registra a recomendação para que o Brasil e demais países signatários aprimorem a legislação penal de seus ordenamentos, de forma a incluir crimes com motivação de gênero contra a mulher como pauta relevante, e para implementarem inclusive políticas públicas de prevenção:

> 24. In light of these comments, the Committee on the Elimination of Discrimination against Women

> recommends that: (a) States parties should take appropriate and effective measures to overcome all forms of gender-based violence, whether by public or private act; (b) States parties should ensure that laws against family violence and abuse, rape, sexual assault and other gender-based violence give adequate protection to all women, and respect their integrity and dignity. Appropriate protective and support services should be provided for victims. Gender-sensitive training of judicial and law enforcement officers and other public officials is essential for the effective implementation of the Convention; [...] (g) Specific preventive and punitive measures are necessary to overcome trafficking and sexual exploitation; (h) States parties in their reports should describe the extent of all these problems and the measures, including penal provisions, preventive and rehabilitation measures that have been taken to protect women engaged in prostitution or subject to trafficking and other forms of sexual exploitation. The effectiveness of these measures should also be described; (i) Effective complaints procedures and remedies, including compensation, should be provided; (j) States parties should include in their reports information on sexual harassment, and on measures to protect women from sexual harassment and other forms of violence of coercion in the workplace; [...] (r) Measures that are necessary to overcome family violence should include: (i) Criminal penalties where necessary and civil remedies in cases of domestic violence; (ii) Legislation to remove the defence of honour in regard to the assault or murder of a female family member; [...] (t) States parties should take all legal and other measures that are necessary to provide effective protection of women against gender-based violence, including, inter alia: (i) Effective legal measures, including penal sanctions, civil remedies and compensatory provisions to protect women against all kinds of violence, including inter alia violence and abuse in the family, sexual assault and sexual harassment in the workplace; [...] (v) The reports of States parties should include information on the legal, preventive and protective measures that have been taken to overcome violence against women, and on the effectiveness of such measures.

A Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – conhecida como Convenção de Belém do Pará, de 1994, também indica o conceito da violência nos artigos 1º e 2º e obrigações similares expostas em seus artigos 7º e 8º, nos quais se frisa:

> Artigo 7. Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em: [...] b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher; c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis; d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade; e. tomar 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; f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos [...] h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

No Brasil, gradativamente, no âmbito da legislação infraconstitucional penal, a partir desse primeiro período, começam a ser visualizadas gradativas mudanças, muito bem sintetizadas por BARSTED (2011):

> Em 1994, a Lei 8.930/94, de 6/9/1994, em face das denúncias sobre a incidência da violência sexual, especialmente contra as meninas, incluiu o crime de estupro dentre os considerados inafiançáveis. A Lei 9.029/95, de 13/4/1995, passou a considerar crime a exigência de atestado de esterilização e de teste de gravidez para efeitos de admissão ou permanência em emprego [...] A Lei 9.318, de 5/12/1996, alterou o artigo 61 do Código Penal, que trata das circunstâncias agravantes de um crime, acrescentando à alínea h a expressão "mulher grávida". Ainda em 1996, a Lei 9.281 revogou o parágrafo único relativo aos artigos 213 e 214 do Código Penal (estupro e atentado violento ao pudor), aumentando as penas para esses delitos. A Lei 9.520, de 27/11/1997, revogou dispositivos processuais penais que impediam que a mulher casada exercesse o direito de queixa criminal sem o consentimento do marido. [...] A Lei nº 10.224, de

> maio de 2001, alterou o Código Penal para dispor sobre o assédio sexual. Em novembro de 2003, a Lei 10.778 estabeleceu a notificação compulsória, em todo o território nacional, no caso de violência contra as mulheres que forem atendidas nos serviços de saúde, públicos ou privados [...] A partir de 2004, a Lei 10.886/04 reconheceu o tipo penal "violência doméstica", alterando a redação do artigo 129 do Código Penal, que trata da lesão corporal, para incluir os parágrafos 9º e 10º [...] Em 2005, a Lei nº 11.106, de 28 de março, alterou diversos artigos do Código Penal claramente discriminatórios.

Os debates sobre violência doméstica e familiar iniciaram e se propagaram depois da Década de 80. Foi apenas com a Constituição de 1988 que houve garantias e avanços para os direitos das mulheres (ao menos, formalmente), podendo ser esse instrumento jurídico considerado o *start* para as discussões que alavancaram mudanças sociais, políticas, culturais e, sobretudo, jurídicas, o que, até então, permanecia inerte.

A grande evolução legislativa, contudo, apresenta-se em momento bastante tardio. É somente com a Lei Maria da Penha (Lei 11.340, de 10 de agosto de 2006) que os direitos humanos das mulheres enquanto vítimas de violência específica recebem destaque, e, ressalta-se, a lei surge como uma imposição da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (OEA) ao Estado brasileiro.

No caso Cotton Field ou Campo Algodonero (Caso González y otras v. Mexico), em tramitação na Corte Interamericana de Direitos Humanos da OEA, reconheceu-se a necessidade de especial preocupação do Estado do México na punição e repressão de assassinatos por motivação de gênero, no ano de 2009.

Há diversos anos, o Brasil é ranqueado em posições de destaque nas pesquisas denominadas "mapa da violência", principalmente ao se avaliarem crimes contra mulheres, sendo considerado, atualmente, o quinto país com mais mortes violentas femininas (WAISELFISZ, 2015:30) entre outros 84 pesquisados. Dos números extraídos de notificações da área da saúde até o ano de 2015, a maioria dos crimes se refere a casos de feminicídio, ou seja, assassinatos de mulheres por razões de gênero, o que sequer poderia ser identificado por dados do sistema de justiça, devido à inexistência de crime específico.

Com o advento da Lei Maria da Penha, houve uma concentração maior de esforços para a implementação de semelhantes diplomas legais e medidas públicas, a fim de reconhecer, denunciar e coibir outros tipos de violência baseadas no gênero. Em meio a tais discussões, é aprovada, em 2015, a Lei n. 13.140/15, de 09 de março de 2015, conhecida por Lei do Feminicídio. Esta lei surgiu somente após a criação da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito sobre Violência contra as Mulheres, em 2013, tendo como resultado final a apresentação ao Congresso Nacional do projeto de lei para tipificação do feminicídio. A movimentação política para a sua aprovação foi liderada pela Secretaria de Políticas para Mulheres, com o apoio da ONU Mulheres Brasil, de operadores do direito, movimentos feministas e da sociedade civil (BRASIL, 2018, p. 147).

Com a Lei 13.104/15, surge a previsão do crime de feminicídio, a partir de inclusão do inciso VI no parágrafo segundo do artigo 121 do Código Penal brasileiro, o qual reza que também é qualificado o homicídio contra a mulher por causa da condição de sexo feminino, sendo "razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve: I – violência doméstica e familiar e II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher" (par. 2º-A).

Dados os índices alarmantes de mortes femininas, foi verificada a necessidade de superação de um direito penal supostamente neutro em termos de gênero, vez que justamente os tipos penais genéricos referem-se especificamente ao público masculino: "O modelo de masculinidade do Direito é tão forte que termina por convencer a maioria das mulheres que a lei e o Direito são assexuados" (WARAT apud STRECK 1999:81).

A Lei Maria da Penha e a Lei do Feminicídio foram passos importantes para o reconhecimento da violência contra as mulheres como problema, sobretudo, de políticas públicas. Esses instrumentos legislativos assumiram importante papel para impulsionar reais e significativas mudanças, principalmente nos campos legislativo e jurídico brasileiros, garantindo ao movimento feminista visibilidade no que tange às pautas de políticas públicas que refletiram na perspectiva de gênero no âmbito de enfrentamento à violência contra as mulheres. Importante ressaltar que, ainda que se tenha significativos avanços nos últimos 30 anos, ainda há muito a ser feito.

Destarte, desde já se enaltece a importância do tipo penal em questão, o qual permite que se nomeie conduta específica de homicídio que atinge mulheres:

> A técnica de tipos penais neutros que até então predominava em nossa legislação no que tange ao homicídio foi substituída pela criminalização gênero-específica. Constatou-se que não são suficientes os tipos penais neutros, pois o fenômeno da violência contra a mulher permanece oculto onde subsistem pautas culturais patriarcais, machistas ou religiosas muito enraizadas e que favorecem a impunidade, deixando as vítimas em situação de desproteção (BIANCHINI, 2016:218).

Repisa-se que a pretensão de legislações especializadas não é exatamente um aumento da pena prevista para o crime, mas sim o recorte necessário para que a conduta criminosa, com todas as suas peculiares circunstâncias, seja visualizada e tenha um nome:

> Nesse sentido, o feminicídio como conceito retrata um fenômeno social específico, entrelaçado as construções de gênero sobre as quais estrutura-se nossa sociedade e as relações de poder que nela existem. Embora controverso, nominar um fato que ocorre historicamente, enraizado culturalmente nas diversas sociedades do mundo, é tão somente o primeiro passo para dar visibilidade a um cenário grave, que tem na morte a representação do último degrau de um ciclo cruel de violência e subjugação (CRUZ, 2019: 464).

A mesma punição do atual feminicídio era aplicada em homicídios contra mulheres

qualificados por motivo fútil ou torpe. Entretanto, a nova legislação permitiu destaque para o fenômeno da morte violenta de mulheres por questões de gênero, as quais ocorrem em contexto absolutamente distinto dos homicídios praticados contra homens.

As mortes violentas de mulheres por razões de gênero são fenômeno global. Em tempos de guerra ou de paz, muitas dessas mortes ocorrem com a tolerância das sociedades e governos, encobertas por costumes e tradições, revestidas de naturalidade, justificadas como práticas pedagógicas, seja no exercício de direito tradicional – que atribui aos homens a punição das mulheres da família – seja na forma de tratar as mulheres como objetos sexuais e descartáveis. Pouco se sabe sobre essas mortes, inclusive sobre o número exato de sua ocorrência, mas é possível afirmar que ano após ano muitas mulheres morrem em razão de seu gênero, ou seja, em decorrência da desigualdade de poder que coloca mulheres e meninas em situação de maior vulnerabilidade e risco social nas diferentes relações de que participam nos espaços público e privado (BRASIL, 2016:13).

Ousa-se afirmar, portanto, que a maior relevância do novo tipo penal é a revelação de um filtro estatístico necessário e apropriado, de forma a facilitar a implementação de políticas públicas específicas preventivas.

A Lei Maria da Penha teve de ter sua constitucionalidade reafirmada pela ADC 19-STF após um ano de sua existência, dada à resistência de sua aplicação por operadores do Direito. No caso da Lei do Feminicídio, em que pese não discutida sua constitucionalidade por tribunais superiores, permanece o desafio de sua plena aplicação, senão vejamos.

De acordo com dados do Ministério Público do Estado do Paraná, em março de 2016, ou seja, ao final do primeiro ano de vigência da Lei 13.104/15, já eram contabilizadas denúncias ofertadas à Justiça por 57 feminicídios consumados e 97 feminicídios tentados, sendo que pelo menos em 78 casos a motivação descrita na denúncia referia-se a ciúmes (RPC-TV, 2016).

Segundo pesquisa realizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, 45% dos eventos de feminicídio naquele estado ocorreram por separação ou pedido de separação, e em 66% das ocorrências as vítimas foram atacadas dentro de casa (PERRONI, 2018).

De fato, ao se falar de feminicídio, o número de casos concretos analisados no Brasil revela que os mais numerosos atos criminosos podem ser enquadrados no inciso I da referida legislação, ou seja, em contexto de violência doméstica e familiar. Essa constatação apenas confirma o que já vinha sendo diagnosticado por coletas de dados não no âmbito da Segurança Pública (por ausência completa de filtro nesse sentido, até o advento da lei), mas da Saúde Pública, e não somente no Brasil, mas em todo o mundo: “Segundo dados do Instituto Sangari, no Brasil, dos homicídios cometidos contra homens, só 14,7% aconteceram

na residência ou habitação. Já entre as mulheres, essa proporção eleva-se para 41%" (WAISELFISZ, 2012: 10). De acordo com relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime, quase metade (47%) de todas as mulheres vítimas de homicídio em 2012 foram mortas por parceiros ou membros da família, comparado a menos de 6% das vítimas de homicídio do sexo masculino (UNODC, 2013:4). Ainda, segundo o Conselho da Europa, a violência contra as mulheres no espaço doméstico é a maior causa de morte e invalidez entre mulheres dos 16 aos 44 anos, ultrapassando o câncer, acidentes de viação e até a guerra (Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação 1582, 2002: 2)".

Lamentavelmente, após dois anos de vigência da Lei 13.104/2015, desde o momento de registro na Delegacia, a qualificadora é desconsiderada. E no mesmo sentido, tem-se a pesquisa sobre mortes violentas de mulheres no país, a partir da análise de dados policiais:

> Apesar de os homens serem maioria entre as vítimas, o número de mulheres assassinadas – especialmente pelos companheiros ou ex-companheiros – também chama a atenção. É um dado que só cresce. Ainda assim, poucos casos são classificados como feminicídios, o que denota uma subnotificação nos registros deste tipo de crime.
> https://g1.globo.com/monitor-da-violencia/noticia/uma-semana-de-mortes-o-retrato-da-violencia-no-brasil.ghtml- (22 de março de 2018).

Ademais, e consequentemente, os dados necessários, oriundos do Sistema de Segurança Pública, não estão sendo produzidos e repassados com o fim de estabelecimentos de políticas públicas que previnam tais mortes (evitáveis):

> A Organização das Nações Unidas (ONU) recomenda que crimes de ódio contra a mulher sejam mapeados e divulgados periodicamente. Segundo a instituição, o procedimento auxilia em investigações e ajuda a criar políticas públicas de segurança de acordo com os perfis das regiões. Apesar disso, um levantamento feito pelo UOL mostra que a maioria dos estados brasileiros ainda não faz isso. A reportagem checou os relatórios de criminalidade disponibilizados na internet pelos 26 estados e Distrito Federal, como já se é feito para crimes como homicídios dolosos, latrocínios e mortes causadas por policiais durante ocorrências. Apenas cinco estados divulgam números que fazem a distinção entre homicídio doloso e suspeita de feminicídio em seus relatórios.
> https://universa.uol.com.br/noticias/redacao/2017/10/14/feminicidio-estados-ainda-nao-divulgam-assassinatos-contra-mulheres.htm?utm_source=facebook.com&utm_medium=social&utm_campaign=fb-uol&utm_content=geral (22 de março de 2018).

Anteriormente ao surgimento da Lei 13.104/2015, mortes violentas de mulheres eram contabilizadas pelos dados do sistema de Saúde. Desde sempre, Mapas da Violência identificavam que cerca de metade dos casos eram Feminicídios. Atualmente, temos o filtro também no âmbito da Segurança Pública, contudo, os dados ainda não refletem a realidade. Conforme se visualiza do Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2018[519], dos 4.539 homicídios de mulheres em 2017, certamente uma parcela considerável (além dos 1.133 casos nominados) deveria também ter sido corretamente registrada como feminicídio.

A desconsideração da qualificadora prejudica investigações e permanece como regra

[519] op. cit.

também quando o caso adentra a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário.

Conquistada a legislação especializada, resta o desafio de aprimorarmos os registros de feminicídio no âmbito das investigações extrajudiciais, e a integração de dados de feminicídios também no âmbito das investigações judiciais. Somente dessa forma, haverá noção exata da amplitude do fenômeno das mortes de mulheres por razões de gênero no país.

Ressalta-se que essa tarefa só renderá resultados eficazes se julgadores (as) estiverem atentos (as) a um necessário olhar de gênero para o Direito Penal.

Nesse contexto, a ONU desenvolveu o Modelo de Protocolo Latino Americano para Investigação de Mortes Violentas de Mulheres (feminicidios/femicidios). Tal documento visa a superar as deficiências e irregularidades na grande parte dos processos judiciais que investigam morte violenta de mulheres[520]. Ali, aduz-se enfaticamente a importância de se investigarem feminicidios a partir de uma perspectiva de gênero, considerando, *a piori*, toda morte violenta de mulher como feminicidio. Propõe-se, inclusive, a ser aplicado aos suicídios e mortes aparentemente acidentais de mulheres, sempre que houver o mínimo indício de que possa se tratar de morte violenta. Ao adotar a perspectiva de gênero na investigação da morte violenta de mulheres, a autoridade que investiga passa a analisar as relações existentes entre a violência contra a mulher e a violação a outros direitos humanos, como igualdade de gênero – o que permite identificar elementos de dolo específico baseados em razões de gênero. Além disso, deve buscar a motivação para o caso, considerando razões de gênero, discriminação, misoginia, a partir de situações de violência que antecederam o crime, ou que tenham sido identificadas durante ou posteriormente à sua execução.

A importância na adoção da perspectiva de gênero no início das investigações se dá porque, primeiramente, envolverá todo o contexto da morte da vítima, os meios empregados na execução, circunstâncias e características da pessoa suspeita pela ação. Também deverão focar as consequências do crime para a vítima e para o suspeito – não permitindo que eventuais detalhes relacionados à motivação passem desapercebidos na definição das linhas investigativas.

Com isso, evita-se a perda de provas e indícios essenciais para caracterização do feminicidio. A prova pericial produzida a partir de uma perspectiva de gênero poderá

[520] preconceitos/estereótipos adotados por operadores do direito em desfavor da vítima; demora ou lentidão nas investigações; negligências ou irregularidades na coleta ou manuseio das provas; gestão das investigações por autoridades não competentes ou imparciais; ênfase exclusiva nas provas físicas ou testemunhais; pouca credibilidade às declarações da vítima ou familiares; trato inadequado das vítimas e familiares quando se propõem a colaborar com as investigações; perda de informações; ausência de análise de agressões contra mulheres como parte de um fenômeno glocal de violência de gênero (Modelo de Protocolo Latino-Americano de Investigação de Morte Violenta de Mulher. Disponível em http://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2015/05/protocolo_feminicidio_publicacao.pdf. Acessado em 14/11/2018. p. 08).

identificar sinais de violência pretérita ou durante o crime que não seriam identificados se não houvesse atenção a isso (indícios de violência psicológica a partir da disposição dos móveis na residência da vítima; portas trancadas ou ambientes íntimos da vítima sem possibilidade de tranca; animais mal tratados; lesões pretéritas na vítima; local das agressões no corpo da vítima, diversidade de instrumentos utilizados na agressão e morte, etc). Também a oitiva de vítimas diretas ou indiretas e testemunhas logo após o crime, com atenção para indícios de relações agressivas no passado, pode ser essencial para identificação de indícios de feminicídio. Essencial, neste ponto, a observância rigorosa da Lei n. 13.431/2017, quando aplicável, especialmente na oitiva de filhos da vítima.

Além disso, a perspectiva de gênero impede a reafirmação de estereótipos e preconceitos, preservando a memória ou dignidade da vítima. Também facilita a reparação em favor dela ou de sua família, e a própria responsabilidade do agressor[521] – essenciais para a prevenção e eliminação da violência contra a mulher.

O Escritório da ONU Mulheres no Brasil, em parceria com a Secretaria de Políticas para Mulheres da Presidência da República, adaptaram o Modelo de Protocolo Latino Americano para a realidade do Brasil, tendo sido publicado, no ano de 2016, as Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres.

> *As Diretrizes Nacionais t*êm como objetivo contribuir para que a investigação policial de mortes violentas de mulheres e seus correspondentes processo e julgamento sejam realizados com a perspectiva de que essas mortes podem ser decorrentes de razões de gênero, cuja causa principal é a desigualdade estrutural de poder e direitos entre homens e mulheres na sociedade brasileira. O resultado da investigação policial e do processo deverá permitir o correto enquadramento dessas mortes como feminicídio tentado ou consumado, de acordo com o tipo penal estabelecido pela Lei 13.104/2015, considerando as características previstas de violência praticada no ambiente doméstico e familiar (inciso I) ou por menosprezo e discriminação à condição de mulher (inciso II).[522]

Tais Diretrizes, na esteira do Protocolo proposto pela ONU, indicam que a perspectiva de gênero deve ser aplicada na investigação de supostos suicídios, mortes aparentemente acidentais e outras mortes cujas causas iniciais são consideradas indeterminadas, uma vez que os indícios de violência podem ocultar as razões de gênero por trás de sua prática[523].

No âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, a Recomendação 01/2017 (CGMP/CAOPDH), que trata de "Orientação acerca das normativas existentes e adequado registro das informações sobre a violência doméstica e familiar no cadastro nacional", exorta,

---

[521] O dever de reparação e compensação deve ser garantido pelos Estados que aderiram à **CONVENÇÃO INTERAMERICANA PARA PREVENIR, PUNIR E ERRADICAR A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER - "CONVENÇÃO DE BELÉM DO PARÁ" (1994)*, tendo, inclusive, aa Corte Interamericana de Direitos Humanos reconhecido isso no caso** Campo Algodoeiro.

[522] Disponível em: http://www.spm.gov.br/central-de-conteudos/publicacoes/2016/livro-diretrizes-nacionais-femenicidios-versao-web.pdf, Acessado em 14/11/2018. p. 39

[523] op. cit. p. 40.

a partir de prévia fundamentação jurídica, que haja zelo pela capitulação adequada de homicídios contra a mulher por razões da condição do sexo feminino (incluindo crianças e adolescentes) ocorridos no Estado do Paraná, nos termos do art. 121, § 2º-A, I e II, do Código Penal (Inciso I: violência doméstica e familiar compreendida no âmbito da Lei Maria da Penha, abrangendo relações atuais ou passadas, temporárias ou não, nas relações íntimas, de coabitação, domésticas e familiares consideradas a partir do vínculo de parentesco; e Inciso II: menosprezo ou discriminação à condição de mulher advindas das relações estruturadas na desigualdade de poder e direito entre homens e mulheres na sociedade brasileira; no exercício da prostituição ou quando exploradas sexualmente; após prática de crime que envolva violência sexual contra vítima mulher; quando da recusa do início de uma relação amorosa com o autor da violência; entre outras).

No Distrito Federal, o Ministério Público do Distrito Federal elaborou um GUIA DE BOAS PRÁTICAS DE ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DO JÚRI EM CASOS DE FEMINICÍDIO, com objetivo de dar orientações ao Promotor de Justiça de como orientar a Rede de Proteção a preencher a ficha SINAN, como na investigação identificar sinais de feminicídio, até como o Promotor de Justiça deve apresentar aos jurados o "ciclo da violência a que a mulher estava submetida"[524].

As *Diretrizes para investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres* estabelecem roteiros para cada um dos integrantes da Segurança Pública e do Sistema de Justiça, dentre eles peritos, delegados, promotores de justiça, juízes, que devem seguir para ter a investigação da morte de mulheres com olhar de gênero, independentemente dos servidores públicos, investigadores e operadores do Direito terem intimidade ou conhecimento sobre o tema. Trata-se de verdadeiro guia de atuação para se evitar que as provas se percam, nos diferentes locais desse nosso país, de dimensões continentais e recursos tão diversos.

Em termos práticos, a obediência às referidas diretrizes de investigação permite uma nova análise sobre casos práticos aparentemente desconectados com a questão de gênero. No caso de uma mulher morta em meio a uma disputa do tráfico, faz-se necessária a análise do contexto de como passou "pelas mãos do traficante" opositor. A exibição do corpo nu da mulher na comunidade, inclusive as suas genitais, podem caracterizar feminicídio. Aquilo que parece um acidente de trânsito letal de uma mulher ou um suicídio precisa ser visto com absoluto cuidado: qual a história dessa mulher, com quem ela estava no momento dos fatos, com que ficariam seus filhos no seu caso falecimento, qual era a situação do local do crime,

524 http://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/Enunciados_Oficina_Feminic%C3%ADdio_-_2016.pdf (acessado em 14 de novembro de 2018)

houve prática de atos sexuais anteriormente à morte, com quem? Em investigação de mulheres mortas quando em situação de rua (premissa muito comum para todos os fenômenos que envolvam a interseccionalidade, aliás), até pela estruturação do que se concebe por "violência doméstica", em um primeiro plano, poderia postecipar a análise de gênero, pois a premissa autorreferente conduziria a uma apressada verificação dos condicionantes que agregam a população em situação de rua (fragilidade de vínculos familiares, ausência de moradia, drogadição, etc…).

O início da investigação de morte violenta de mulher com perspectiva de gênero se trata, na verdade, da ampliação do leque de hipóteses acerca das circunstâncias, motivos e consequências da morte. Com isso, garante-se uma aproximação maior da verdade. Logicamente, se o contexto investigado a partir de tais perspectivas não confirmar os indícios de feminicídio, tal hipótese deverá ser afastada, e a morte violenta será considerada homicídio, suicídio ou morte acidental, conforme os elementos que foram reunidos. O que não se pode desperdiçar é a possibilidade de identificar uma situação de feminicídio e, a partir daí, promover a responsabilização dos envolvidos e reparação ou ressarcimento da vítima ou familiares de forma adequada e eficaz.

III. Conclusão

Conforme expresso no Modelo de protocolo latino-americano de investigação das mortes violentas por razões de gênero, a importância de se estabelecer a perspectiva de gênero nas investigações, além de favorecer a descoberta da verdade sobre cada morte violenta de mulher, deverá facilitar a identificação do feminicídio como crime de ódio, o qual possui suas origens na própria estrutura cultural e prática de uma sociedade ainda patriarcal.

Além disso, os casos de feminicídio passarão a ser abordados como crimes sistemáticos, e não situações individualizadas decorrentes de "patologia" ou "paixões" de determinados agressores e assim, despertarão maior atenção quando da promulgação de políticas públicas no sentido de interferir nas assimetrias de poder entre homens e mulheres, e nas práticas sociais que a estimulam.

Objetivamente, todos os dados oriundos do Sistema de Saúde, nas últimas décadas, demonstraram claramente ser o feminicídio a maior causa de mortes violentas femininas em todo o mundo, não restando o Brasil excluído de tal realidade.

Destarte, propõe-se que: 1. todas as mortes violentas de mulheres, inclusive suicídios e mortes aparentemente acidentais, sejam, *a priori*, investigadas como feminicídios e a partir de uma perspectiva de gênero. Somente após tal consideração, se o contexto investigado não

confirmar os indícios de feminicídio, a morte violenta deve ser considerada homicídio simples ou qualificado por outra motivação, suicídio ou morte acidental, conforme os elementos de instrução reunidos posteriormente. 2. haja referida orientação por parte de todos os Ministérios Públicos, não somente às autoridades policiais, mas aos próprios integrantes da instituição, a exemplo do que foi determinado na Recomendação Conjunta 01/2017 (CGMP/CAOPDH/MPPR).

IV. Referências.

ARAUJO, Emanuel. A arte da sedução: sexualidade feminina na Colônia in Del Priori, Mary (org.) e PINSKY, Carla (coord. de textos). História das Mulheres no Brasil. São Paulo: Contexto/Ed. UMESP, 1997. Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa, Recomendação 1582 (2002), disponível em http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-EN.asp?fileid=17055&lang=en#. Acesso em 27.03.2018.

BARSTED, Leila. Lei Maria da Penha: uma experiência bem-sucedida de advocacy feminista in CAMPOS, Carmen Hein de (Org.). Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, Alice. "A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva?" Revista Emerj, Rio de Janeiro, 2016, v. 19, n. 72, pp. 203-219.

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Intercâmbio Brasil-União Europeia sobre o Programa de Combate à Violência Doméstica contra a Mulher: relatório final/Conselho Nacional do Ministério Público. Brasília: CNMP, 2018.

BRASIL. Lei 11.340/06, de 7 de agosto. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8o do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Poder Executivo, Brasília, DF, 08 ago. 2006.

BRASIL. Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos. Diretrizes nacionais feminicídio. Investigar, processar e julgar com perspectiva de gênero as mortes violentas de mulheres. Brasília, 2016. Comissão Interamericana de Direitos Humanos (2001), Caso 12.051, Relatório 54/01, Maria da Penha Maia Fernandes v. Brasil, disponível em https://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm. Acesso em 28.03.2018.

CRUZ, Maria Letícia (2019). "A natureza jurídica da qualificadora do feminicídio e suas consequências na aplicação da pena" in Gênero e resistência, volume 2: memórias do II encontro de pesquisa por/de/sobre mulheres/ Bárbara Mendonça Bertotti et al. (Orgs.) -- Porto Alegre, RS: Editora Fi, pp. 463-483.

DIAS, Rebeca Fernandes (2017). Criminologia no Brasil: Cultura Jurídica Criminal na

Primeira República. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

FERNANDES, Valéria Scarance (2017). “FEMINICÍDIO: da invisibilidade à incompreensão. O papel do Ministério Público”. in Tendências em Direitos Fundamentais, v. 2, CNMP, pp. 45-60.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 2018. Disponível em http://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/08/Apresenta%C3%A7%C3%A3o_Anu%C3%A1rio.pdf. Acessado em 14/11.2018.

HESPANHA, António Manuel. “O estatuto jurídico da mulher na época da expansão”. In: O rosto feminino na expansão portuguesa. Congresso Internacional, 21-24 nov. 1994. Actas, Lisboa, Comissão para a Igualdade e para os Direitos das Mulheres, 1995, vol. I, pp. 53-64.

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. GUIA DE BOAS PRÁTICAS DE ATUAÇÃO DO PROMOTOR DE JUSTIÇA DO JÚRI EM CASOS DE FEMINICÍDIO, encontrávelhttp://www.mpdft.mp.br/portal/pdf/nucleos/nucleo_genero/Enunciados_Oficina_Feminic%C3%ADdio_-_2016.pdf (acessado em 14 de novembro de 2018). Ministério Público do Estado do Paraná. Recomendação Conjunta 01/2017 (CGMP/CAOPDH) “Assunto: Orientação acerca das normativas existentes e adequado registro das informações sobre a violência doméstica e familiar no cadastro nacional”, encontrável em http://www.mppr.mp.br/pagina-7409.html. Acesso em 11 maio 2018. OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher. "Convenção de Belém do Pará" (1994) Adotada em Belém do Pará, Brasil, em 9 de junho de 1994, no Vigésimo Quarto Período Ordinário de Sessões da Assembléia Geral, disponível em http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm-. Acesso em 28.03.2018.

ONU MULHERES (2014). Modelo de protocolo latino-americano para investigação de mortes violentas de mulheres (femicídios/feminicídios) http://www.onumulheres.org.br/wp-

PERRONI, Adriana. “Quase metade dos feminicídios em SP ocorre por separação, aponta MP”, Globonews, encontrável https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/quase-metade-dos-feminicidios-em-sp-ocorrem-por-separacao-aponta-mp.ghtml. Acesso em 11.05.2018.

PINSKY, Carla Bassanezi (org). Nova História das Mulhers no Brasil. 2012, Ed. Contexto.

RPC, Paraná registra um caso de feminicídio a cada dois dias, afirma MP encontrável em http://g1.globo.com/pr/parana/videos/v/parana-registra-um-caso-de-feminicidio-a-cada-dois-dias-afirma-mp/5077971/. Acesso em 11.05.2018.

SENADO FEDERAL (2013). Relatório Final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Violência contra a Mulher. Brasília. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getpdf.asp?t=130748&tp=1. Acesso em 28.03.2018.

STRECK, Lenio (1999) In: CAMPOS, Carmen Hein (Org.) Criminologia e feminismo. Porto Alegre: Editora Sulina.

UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), CEDAW General Recommendation n. 19: Violence against women, 1992, disponível em:

http://www.refworld.org/docid/52d920c54.html. Acesso em 28.03.2018.

UNODC (2013). Global Study on Homicide. Disponível em http://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_crime/Publicacoes/Estudo-Global-Homicidios/2014/PT_SumarioExecutivo_-_final.pdf, Acesso em 28.03.2018.

WAISELFISZ, J.J (2012). Mapa da violência 2012: homicídio de mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: Flasco, 2012.

WAISELFISZ, J.J (2015). Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil. Rio de Janeiro: Flasco, 2015.

Do silêncio do réu perante os julgamentos do Tribunal do Júri: o Ministério Público na defesa do direito fundamental do réu a um julgamento justo.

Autor: Jefferson Marques Costa
Responsável pela defesa perante a Comissão Temática: o próprio autor.
Instituição a qual está vinculado: Ministério Público de Rondônia.
Informações para contato: (69) 9.8477-1644; e-mail: jefferson.costa@mpro.mp.br

Proposta de enunciado: Pode o Ministério Público - quando dos julgamentos perante o Tribunal do Júri, ante as peculiaridades que envolvem o singular processo - alertar o réu, caso faça uso do direito ao silêncio, de que o exercício dessa prerrogativa poderá ser interpretado em seu desfavor.

Quando dos julgamentos criminais em geral é dever do magistrado informar ao réu o seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (*caput* do art. 186); não raras as vezes, alguns juízes também complementam o comando legal do *caput*, dizendo ao réu que o seu silêncio não poderá ser interpretado em prejuízo de sua defesa (parágrafo único do art. 186). Entendemos que nos casos dos processos perante o Tribunal do Júri o silêncio pode ser interpretado sim em desfavor do réu e o Ministério Público, caso ocorra o alerta do juiz ao réu sobre o não prejuízo do silêncio perante o conselho de sentença, deve intervir e alertar o réu da possibilidade do contrário acontecer (ou seja, ter seu silêncio interpretado de forma negativa pelos jurados), garantindo-se assim, o direito fundamental do réu a ter um julgamento justo de acordo com as normas de regência do processo.

Reza a lei: "Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)"

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

É cediço até para os mais novatos nas letras jurídicas que é direito do réu permanecer em silêncio, direito este previsto na Constituição Federal em seu art. 5º, LXIII e no Código de Processo Penal, art. 186, com redação atualizada pela lei 10.792/03. A Constituição Federal e o CPP assim dispõem:

"o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado." (CF, art. 5º, LXIII)

CPP, art. 186: Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa. (Incluído pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003)

Após esta alteração de 2003, no ano de 2008 o legislador reformulou o procedimento do Júri ao estabelecer no art. 478 do CPP que: "Durante os debates as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referências:

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

II – ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento, em seu prejuízo.

Buscando evitar que principalmente a acusação (Promotor de Justiça ou assistente de acusação contratado pela vítima ou seus familiares) fizesse menções depreciativas sobre o uso do direito constitucional ao silêncio do acusado e que o corpo de jurados levasse isso em consideração de forma prejudicial ao acusado, o legislador *brilhantemente* inseriu este dispositivo legal no CPP.

Ocorre que este inciso II do art. 478 do CPP não se coaduna com um princípio básico que rege os julgamentos do tribunal do Júri, que é a tomada de decisão conforme a íntima convicção do julgador, que é amparada pelo sigilo das votações.

Aos jurados é dado o poder quase que absoluto sobre o que ele deve levar em conta para absolver ou condenar o acusado, reconhecer esta ou aquela qualificadora ou causa de diminuição de pena, desde que a decisão seja minimamente fundada em quaisquer provas dos

autos (evitando-se assim a decisão manifestamente contrária à prova dos autos e a consequente nulidade do julgamento). Respeitada esta premissa do mínimo probatório, o jurado pode usar como critério de decidir simplesmente o desempenho do advogado, do promotor de Justiça, a oitiva de uma única testemunha dentre dezenas e, inclusive, o próprio silêncio do acusado, porque não? já que a ele é dado o poder de decidir com o fundamento que ele quiser, pois só aos jurados do Tribunal do Júri é conferida a prerrogativa de não terem que fundamentar suas decisões (ao contrário dos magistrados togados, submetidos ao art. 93, IX, da CF), o controle sobre tal ou qual critério utilizado se torna impossível, isso sem contar que são sete pessoas, o que torna o quadro ainda pior.

Ninguém é capaz de saber se o silêncio de determinado acusado no plenário do Júri ou em quaisquer das fases antecedentes (sumário da culpa ou fase policial) teve influência ou não em determinada parte do julgamento perante o júri (seja no mérito principal da causa, como autoria e ou legítima defesa, bem como nos acessórios, tais como qualificadoras ou causas de diminuição de pena). Logo, tanto a norma prevista no art. 478, II, do CPP, como a insculpida no parágrafo único do art. 186 do mesmo código, que reza que "o silêncio, que **não importará em confissão**, **não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa"** são de uma valia medíocre para os julgamentos perante o Tribunal do Júri.

E se o réu de fato ficar calado perante o tribunal do Júri, não poderia o jurado entender que seu silêncio importou numa confissão? ou interpretar este silêncio de forma prejudicial à defesa (a velha história do "quem cala consente")? **Evidente que sim**, não só pelo sigilo e desnecessidade de fundamentação, como também pelo próprio mandamento legal do art. 472 do CPP que faz o jurado prometer que decidirá a causa de **acordo com a sua consciência e os ditames da justiça. Ora, nada mais popular do que o julgamento pelo Tribunal do Júri, assim, não é de se estranhar que as decisões sejam de fato tomadas de acordo com a consciência popular e os ditames da justiça do povo (que nem sempre coincide com os ditames da justiça togada).**

Se a consciência de determinado jurado e os ditames de sua justiça informarem - seja pelos seus valores, princípios, grau de escolaridade e tudo mais de história que uma pessoa carrega em si - que o silêncio de uma pessoa que é acusada de um crime tão grave como o homicídio implica em uma assunção de culpa, nenhuma censura há que se fazer em tal decisão, posto que fundada na lei, que fez o jurado prometer julgar a causa de acordo com esses ditames.

Não diferente é a inusitada proibição de fazer menção à decisão de pronúncia (art. 478, I), ainda que com o vago conceito de “argumento de autoridade” e, noutro artigo, determinar a entrega desta mesma decisão aos jurados (parágrafo único do art. 472 do CPP).

A norma que veda a referência ao silêncio do acusado ou à ausência de interrogatório por falta de requerimento tem uma peculiaridade que o intérprete não pode olvidar, que é a referência "**em seu prejuízo". Portanto, o que se veda é a referência ao uso do direito ao silêncio de forma pejorativa, como argumento de autoridade ou com a simples menção que uso de tal direito implica no assentimento de culpa ou coisa parecida. Não se proíbe falar que o acusado ficou em silêncio em determinado interrogatório. Se isso vai ser levado em conta pelos jurados em prejuízo ou benefício para a defesa, é o risco assumido pelo réu. Numa interpretação sistemática, basta ver o inciso I que confirma tal assertiva, quando se diz da proibição de referência** à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação do uso de algemas **como argumento de autoridade** que beneficiem ou prejudiquem o acusado.

E não poderia ser diferente a orientação da lei, posto que aos jurados é dado o acesso integral aos autos do processo (art. 480, §3º, do CPP), até porque são eles os destinatários principais da prova. Se, por exemplo, determinado réu, ainda que na fase policial, faz uso de seu direito ao silêncio, isso naturalmente constará no termo de interrogatório, ou na fase do sumário da culpa, se perante o juiz togado procede da mesma maneira, igualmente ficará registrado nos autos do processo. Não há como esconder isso. Seja lá qual for a interpretação que os jurados darão a esta atitude, tais documentos podem e devem ser mostrados aos jurados para eles bem apreciarem a causa, **porque é a verdade retratada da história do processo**. Para tanto, basta que o órgão acusador (MP ou assistente de acusação) fale sobre tais documentos de forma objetiva, tomando o cuidado de não fazer a referência pejorativa sobre o uso do direito ao silêncio (ou, se preferir, basta entregar cópia do documento aos jurados). Se a acusação apenas disser que, por exemplo, na fase policial o acusado usou seu direito ao silêncio, sem tecer nenhum comentário a tal atitude, e mostrar a prova do alegado aos jurados ou ler o respectivo termo, nenhuma nulidade ocorrerá, já que o promotor de Justiça não estará fazendo nada mais que parte do seu trabalho, que é mostrar os documentos dos autos ao juiz da causa, que são os jurados.

Não há que se negar que a inovação legislativa restringiu um pouco a atividade argumentativa da acusação, caso quisesse usar o direito ao silêncio do acusado de forma explícita contra ele. No entanto, lei nenhuma terá o poder de tirar da consciência coletiva o raciocínio de que quem cala consente, ou de que quem é acusado injustamente sobre determinado fato, pelo próprio instinto de preservação, jamais ficaria calado esperando o pior. Daí a razão pela qual o silêncio tem que ser analisado de forma muito mais cuidadosa pela

defesa nos processos de competência do tribunal do Júri do que nos processos afeitos aos juízes togados, já que no Júri nunca se saberá o que levará o julgador a tomar esta ou aquela decisão. Já no juízo monocrático, fiel ao mandamento do art. 93, IX, da Constituição Federal, sua decisão é muito mais fácil de ser sindicável.

Quando dissemos no título deste artigo que o legislador ordinário às vezes faz jus ao nome, são justamente esses exemplos acima que ilustram as trapalhadas de nossos criadores de leis em suas vãs tentativas de resolverem alguns problemas de dificílima solução. Como a instituição do Júri e seus princípios regentes são cláusulas pétreas, mudanças profundas em seus pilares (sigilo das votações por exemplo) são impossíveis, dando abertura a tão somente esses reparos pontuais que vez ou outra se fazem através de leis ordinárias.

DA LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA O AJUIZAMENTO DA REVISÃO CRIMINAL, PÓS 1988: ANÁLISE CRÍTICA DO PAPEL DO PROMOTOR DE JUSTIÇA ENQUANTO DEFENSOR DA ORDEM JURÍDICA

José da Costa Soares[1]

PALAVRAS-CHAVE

Ministério Público. Revisão criminal. Constituição Federal de 1988. Fundamento de validade. Ordem jurídica. Defensor. Efetivação da justiça. Legitimidade.

JUSTIFICATIVA

A presente tese tem por objetivo demonstrar a inequívoca legitimidade Ministério Público para o ajuizamento da revisão criminal (art. 621 do CPP), à luz da Carta Constitucional de 1988, na medida em que o compromisso último da instituição está voltado à correta aplicação da justiça, ainda que tal iniciativa implique na desconstituição de uma sentença penal condenatória transitada em julgado.

À luz da Carta Constitucional de 1988, pelo teor de seu art. 127, o Ministério Público está autorizado a formular o pedido de revisão criminal (art. 621 do CPP), desde que o faça em favor do condenado. O autorizativo tem fundamento teleológico, na medida em que o *Parquet* expressa, hoje, o interesse primordial do Estado de obtenção de uma **sentença justa**, seja esta absolutória ou condenatória.

Se observarmos, a instituição passou por profundas alterações com o advento da Constituição Federal de 1988. De órgão meramente acusador, a guardião do regime democrático e defensor da ordem jurídica, o Ministério Público transformou-se em instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, sendo reconhecida, aos seus membros, ampla independência funcional no exercício da função.

Não sem razão, por ser uma parte diferenciada, cujo compromisso último é apenas com a efetivação da justiça, é que se admite, de forma inequívoca, por exemplo, que o Ministério Público recorra em favor do réu, que peça a sua absolvição ou que impetre o *habeas corpus*.

Agindo assim, como fiscal da ordem jurídica, não há como negar-lhe, portanto, como consectário lógico, a titularidade da revisão criminal.

Nesse sentido, Eugênio Pacelli destaca que "*como compete ao MP zelar pela defesa da ordem jurídica (art. 127, CF), tem ele atribuição para impedir a privação da liberdade de quem quer que esteja injustamente dela privado, seja por meio de habeas corpus, seja pela via da revisão criminal*".[525]

Paulo Rangel, por sua vez, com precisão, pontifica que o *Parquet* tem legitimidade ativa *ad causam* "*para requerer a revisão criminal em favor do restabelecimento da ordem jurídica violada com um erro judiciário, pois a legitimidade não é em favor do condenado, mas, sim, a favor da reintegração do ordenamento jurídico agredido com o erro judiciário*".[526]

O art. 623 do Código de Processo Penal está vazado nos seguintes termos: *"A revisão poderá ser pedida pelo próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, pelo cônjuge, ascendente, descendente ou irmão."*

Ora, não faria o menor sentido a leitura do aludido dispositivo legal, que elenca o rol dos legitimados para a propositura da revisão criminal, dissociada da força normativa do texto constitucional, na medida em que este serve de fundamento de validade de todo o ordenamento jurídico e não o contrário.

Se atentarmos, o Código de Processo Penal, em vigor, é datado do ano de 1941, quando a posição do Ministério Público era totalmente diversa, não tendo assumido, ainda, o *status* de defensor da sociedade delineado pela Carta de 1988.

Não é de se estranhar, assim, que o legislador processual penal não apontasse o *Parquet*, àquela época, como um dos legitimados para propor a revisão criminal, o que não significa, nem de longe, que o dispositivo, hoje, não deva ser interpretado à luz do novo fundamento constitucional de validade.

Sob outro aspecto, quando trata de recursos, embora saibamos que a revisão criminal não possua tal natureza, mas, aqui, apenas, para fins de argumentação, em mais de uma passagem, o Código de Processo Penal elenca um rol apenas exemplificativo, sem inibir que outros atores, além daqueles apontados no texto legal, possam recorrer. Ao tratar dos legitimados para a apelação, no art. 577, por exemplo, o código não mencionou a figura do curador e, apesar disso, jamais lhe foi negada tal legitimidade para interpor o recurso.[527]

---

[525] OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 788.
[526] RANGEL, Paulo. *Direito processual penal*. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 623.
[527] PINTO, Ronaldo Batista. *Da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de Revisão Criminal*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007.

SÍNTESE DOGMÁTICA

Feitas essas considerações, portanto, e tomando o Ministério Público com a feição que lhe foi dada pela Carta de 1988, despido da condição de mero acusador, concluímos que não há como negar-lhe a possibilidade de, na busca da correta aplicação da justiça, manejar o pedido de revisão criminal, devendo ser afastada, pois, qualquer argumentação no sentido da sua ilegitimidade ativa ad causam.

BIBLIOGRAFIA

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

RANGEL, Paulo. Direito processual penal. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

PINTO, Ronaldo Batista. Da legitimidade do Ministério Público para o ajuizamento de Revisão Criminal. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, X, n. 39, mar 2007.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

"Deve ser reconhecida ao promotor de Justiça a legitimidade para a apresentação do pedido de revisão criminal, à luz da Constituição Federal de 1988".

A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS:

A PROTEÇÃO DA CRIANÇA E A VIGÊNCIA DO ART. 217-A DO CÓDIGO PENAL

CLÁUDIA TÜRNER P. DUARTE*[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA:

O estupro de vulnerável inscrito no artigo 217-A do Código Penal é ferramenta de política criminal essencial no combate à violência sexual infantil, impossível de ser afastado pelo posterior casamento do agressor com a vítima e/ou a sua gravidez, sob pena de repristinação via Poder Judiciário do antigo art. 107, VII, CP, devidamente revogado pelo Poder Legislativo.

Nessa esteira, a estratégia narrativa de desconhecimento da idade da vítima deve ser lida à luz da teoria da cegueira deliberada, a qual afasta a incidência de erro de tipo permissivo para as hipóteses em que o autor do fato opta pela omissão, isto é, escolhe não buscar a informação correta sobre os elementos típicos, com o objetivo de se evadir de sua responsabilidade penal.

FUNDAMENTAÇÃO:

1-DA LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA CRIANÇA

O Ministério Público compreende a sua missão constitucional de proteção à sociedade, à infância e às mulheres, como norte que o guia na sua atuação judicial. Nesse âmbito, a ação penal de iniciativa pública incondicionada pretende garantir a observância do arcabouço normativo pátrio e sua legislação penal. Trata-se de exercício de nossa missão determinada pela própria Constituição Federal, a qual determina a defesa da cidadania e a promoção da solidariedade e paz sociais.

Outrossim, é dever do órgão ministerial fazer zelar o conteúdo normativo do artigo 217-A do Código Penal, estabelecido em virtude do devido processo legislativo no seio de uma democracia constitucional.

2-DA AÇÃO PENAL N. 0048400-52.2014.8.19.0001

O caso em questão tramitou perante a 16ª Vara Criminal da Capital do Rio de Janeiro por meio da Ação Penal 0048400-52.2014.8.19.0001 ajuizada a fim de apurar suposto estupro de vulnerável (art. 217-A do Código Penal), tratando-se de conjunção carnal ou ato libidinoso com menos de 14 (quatorze) anos, na forma continuada em razão do cometimento do ato 15 (quinze) vezes pelo réu (art. 71).

O cenário travou-se entre outubro de 2013 e 21 de janeiro de 2014, no bairro da Ilha do Governador, na cidade do Rio de Janeiro, no qual o denunciado de 24 anos, consciente e voluntariamente, teve, ao menos, 15 conjunções carnais com uma jovem de 12 anos.

Comprovou-se durante a instrução processual a veracidade das imputações por meio do vasto, robusto e harmônico conjunto probatório arrecadado pelo *Parquet* Estadual. Nada obstante, o réu foi absolvido da imputação, com base no artigo 386, VI do Código de Processo Penal, tendo o Ministério Público se insurgido contra a referida absolvição a tempo e modo por meio de Recurso de Apelação.

O Juízo *a quo* fundamentou o *decisum* absolutório (i) na suposta fragilidade do acervo probatório; (ii) no erro de tipo, ao argumento de que o denunciado desconhecia a idade da vítima, à época em que com ela tinha conjunção carnal; e (iii) na consolidação do relacionamento entre denunciado e vítima, por meio de sua união estável e na concepção de um filho.

Quanto à fragilidade do acervo probatório, o Ministério Público discordou veementemente da absolvição, pois a prova produzida em ambas as fases da persecução criminal não deixou dúvida alguma acerca da autoria do crime perpetrado pelo réu.

No que diz respeito ao erro de tipo, refutou-se o argumento repetitivas vezes pelo depoimento de mãe da adolescente, que ao tempo do crime, informou ao réu sobre a idade da filha. Mais além, o Ministério Público expôs a estratégia do réu comum aos casos do art. 217-A do Código Penal, de narrativa acerca do desconhecimento da idade da vítima, como hipótese clara de cegueira deliberada, não abarcada pela categoria do erro de tipo permissível.

No tocante à isenção de pena, torna-se necessária uma reflexão ainda mais cautelosa uma vez constatada na decisão do magistrado uma grave afronta às leis vigentes. São notórios na sentença de primeira instância o seu teor de ativismo judicial e a negação ao direito posto.

O caso em tela apresenta a interposição das convicções do magistrado em detrimento à norma, fruto do devido processo legislativo. Dessa forma, fora agredido não apenas o direito da vítima, como o Estado Democrático de Direito. Com efeito, a sentença possui uma fundamentação frágil e que destoa por completo das provas devidamente coligidas pelo *Parquet.*

Por oportuno, a sentença de primeira instância promoveu a um só tempo a revogação do art. 217-A do Código Penal e a repristinação da vetusta regra inscrita no art. 107 do antigo Codex, no caso concreto.

Como supracitado, e a ser desenvolvido no próximo tópico, o caso configurou-se pelo relacionamento, incluindo conjunções carnais, de um homem de 24 anos com uma adolescente de 12 anos. Aos 14 anos desta, tiveram um filho e casaram-se. Por tal cenário, torna-se irrefutável a vulnerabilidade da vítima.

É nítida, portanto, a condescendência para com a reiterada violação à dignidade sexual das crianças e adolescentes, sobretudo, das meninas, reproduzindo uma cultura de negativa de direitos e proteção a esse grupo social. Desse modo, enfatiza-se a relevância do artigo 217-A para tal defesa.

3-Da Incompreensão do Magistrado acerca do Processo de Amadurecimento e Desenvolvimento Infanto-Juvenil e o Indevido Ativismo Judicial

O relacionamento entre réu e adolescente teve início em agosto de 2013, quando estes se conheceram em uma boate na qual àquele trabalhava. Após esse momento, a jovem passou a frequentar a casa do denunciado, que abandonou sua esposa e filho. Ambos eram vizinhos e, com a proximidade dos dois, alertou-se a mãe quanto a um possível envolvimento. As conjunções carnais aconteceram todas na casa do réu. A relação mãe e filha era conturbada, marcada pela rebeldia dessa, inerente aos anos de puberdade e processo de amadurecimento. A jovem aos 12 anos já havia vivenciado experiências como fugir de casa, frequentar boate para maiores de idade, uso de bebida alcóolica e mutilação.

Neste ponto, percebe-se que a impulsividade da vítima fora utilizada pelo magistrado como argumento de extinção de punibilidade do agressor. Ilustrou-se, por meio desta, um cenário de hipersensualização da jovem, a qual teria “atraído” o réu. Tal conclusão apresenta grave contradição. Isto é, justamente por ser uma adolescente com apenas 12 anos de idade na data dos fatos é que se justifica a tipificação penal imposta pelo legislador e a sua observância obrigatória por todo e qualquer cidadão.

A aparente maturidade alegada, ainda, pode ser refutada pelas lições de D. W. WINNICOTT: *(...) não se pode esperar que o adolescente enxergue além do estágio seguinte,*

o período em torno de vinte anos. Às vezes se assume que meninos e meninas que, como se diz 'pulam de cama em cama' e que mantêm relações sexuais (e talvez tenham uma gravidez ou duas) alcançaram a maturidade sexual. Eles mesmos sabem que isso não é verdade, e começam a desprezar o sexo como tal.

Pelo exposto, cabe às pessoas adultas que a cercam zelar pela sua integridade física e mental. Parte do problema posto resta na incapacidade do denunciado em assumir uma postura madura e de reverência ao direito. Trata-se de uma situação de natureza familiar fermentada pela irresponsabilidade deste, que é incapaz de reconhecer a estranheza de sua condição de marido de uma adolescente.

Ato contínuo, o agressor e vítima mudaram de estado e durante essa estadia insistiram em casar-se. Diante da inconformidade e proibição da mãe, aqueles planejaram uma gravidez de modo a autorizar o casamento como previsto pelo artigo 1520 do Código Civil: *excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez".*

Deste modo, resta claro o conhecimento do réu quanto a idade da vítima, sua condição de vulnerabilidade e a ilicitude do feito. São provas para tanto, o testemunho da mãe, bem como as medidas impeditivas de ação penal, tal qual a gravidez planejada e casamento.

4-A "TEORIA DA CEGUEIRA DELIBERADA"

A Absolvição do acusado foi lastreada, ainda, na tese da ocorrência do "erro de tipo permissivo", como versou a sentença de primeiro grau:

> O tipo penal em comento protege a criança que, nessa idade, encontra-se em processo de formação, seja no plano biológico, psicológico ou mesmo moral, circunstância suficiente para configurar o caráter de vulnerabilidade a que estão expostas. Situação que pode caracterizar o erro sobre a elementar constitutiva do tipo previsto no art. 217-A do Código Penal e, via de consequência, evidenciar a ausência do dolo necessário à configuração do delito de estupro de vulnerável – se inquestionável a ausência de ameaça ou violência e presente o consentimento da menor – seria a comprovação de que o contexto em que se deram os fatos, a compleição física e o comportamento social da vítima teriam inspirado no réu a percepção de maioridade, é o caso em tela. (...) Diante de todo o exposto, verificamos não ser possível fundar sentença condenatória quando ausente elemento constitutivo do tipo penal, sendo certo que o réu agiu em erro de tipo, o que exclui a existência do crime.

Trata-se de versão simplista da realidade, e de todo destoante da doutrina penal mais moderna e contemporânea, a qual reconhece no dolo elemento jurídico para além da vontade e consciência dos elementos fáticos concretos. Em verdade, a doutrina mais abalizada reconhece a prática de crimes a partir do "dolo normativo".

Diante dos ensinamentos de direito penal, não podemos restringir a percepção do autor dos fatos apenas ao seu campo de ação, devendo reconhecer a sua responsabilidade também no campo da omissão – da falha em buscar a informação correta sobre os elementos típicos de uma realidade duvidosa. Isto é, a simples falta de conhecimento não é suficiente para a inocorrência do crime, se as informações relevantes sobre a sua consumação estiveram a seu dispor a todo o momento. A opção pelo não conhecimento real dos fatos – no caso a idade da vítima – corresponde à estratégia antecipada de evasão de sua responsabilidade penal, e é isso o que hoje se denomina de "cegueira deliberada".

Devidamente inserida na teoria do crime, como um dolo de natureza eventual, a cegueira deliberada é estratégia evidente, uma escolha do autor do delito, de continuar a praticar os atos que desejam, assumindo o risco (ante a sua inércia) da prática delitiva. Na lição de Spencer Toth Sydow:

> Mas o que ocorre quando o agente desenvolve um estratagema para se colocar em desconhecimento de um elemento do tipo? (...) A princípio o que se tem é que não houve identificação clara das situações de criação de desconhecimento de elemento(s) do tipo por parte do legislador brasileiro. Nesse sentido, KIPNIS, apresente que de tempos em tempos surgem casos ou situações sem precedentes e que obrigam o pensador do Direito a se debruçar na problemática e se socorrer da filosofia para tentar encontrar a solução mais adequada para esse novo feixe de possibilidades. E já que o Direito Penal, como sistema aberto, deve buscar novas soluções frente à política criminal, deve fazê-lo sempre de modo fundamentado, para manter sua legitimidade.
>
> Clássicos raciocínios como os de dolo e culpa mostram-se insuficientes para a solução de tais problemas, especialmente pelo fato de o núcleo subjetivo "consciência" (atual ou potencial) é fragilizado.
>
> Na concepção de desconhecimento de elementos do tipo nasce a figura da cegueira deliberada em sentido amplo.
>
> Trata-se de situações em que o agente não conhece um ou mais elementos do tipo, ou porque propositalmente fechou os olhos para ele(s) ou porque não foi diligente a ponto de esclarecer uma dúvida que existia acerca dele(s) de modo a lhe convir"528.

Conquanto as teorias de cegueira/ignorância deliberada sejam associadas em regra aos crimes de natureza econômica ou administrativa, a sua inteligência se estende a todo e qualquer caso. A percepção sobre a existência de elementos típicos e a opção pela sua ignorância é ação que se pratica independentemente da natureza do crime cometido. Senão, vejamos:

---

528 SYDOW, Spencer Toth. *A teoria da cegueira deliberada*. Belo Horizonte: D´Placido. 2017. p.36.

> Relembremos que a teoria comporta duas situações: a primeira em que alguém suspeita que alguma condição componente de sua conduta presente poderia fazer com que seu ato se tornasse um injusto, mas não investiga tal suspeita – que chamamos de ignorância deliberada. A segunda em que alguém prevê possíveis envolvimentos em situações (ilícitas ou não) futuras e cria meios de evitar obter conhecimento sobre dados relativos a tais circunstâncias – que denominados cegueira deliberada. Há diversos exemplos. No primeiro caso, a pessoa que recebe dinheiro para transportar um carro através de uma fronteira mas não questiona se transporta algum material ilícito; o cidadão que adquire mercadoria pornográfica sem questionar se o material contém pornografia infantil; o vendedor de bebida alcoólica que deixa de questionar se o comprador possui idade legal para a compra; (...) o empregador de casa noturna que contrata menor de idade para fazer show erótico sem pedir identificação".529

Por fim, colacionamos o seguinte aresto do nosso Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

> 0051791-78.2011.8.19.0014 - APELAÇÃO Des(a). FLAVI MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES - Julgamento: 31/01/2017 - SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL.
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO PELO DELITO DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. APELO DEFENSIVO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO RÉU. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS IDÔNEAS DA AUTORIA E DA MATERIALIDADE DO CRIME. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. ATIPICIDADE DA CONDUTA. DESCABIMENTO. NA HIPÓTESE, O CONSENTIMENTO DA VÍTIMA - DE ONZE ANOS DE IDADE À ÉPOCA DOS FATOS - NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A PRESUNÇÃO DE VIOLÊNCIA. ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE DEMONSTRAM QUE O RÉU TINHA CONHECIMENTO DA IDADE DA OFENDIDA. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. A SUSCITADA DESPROPORÇÃO SITUA-SE EXCLUSIVAMENTE NA ESFERA DA POLÍTICA CRIMINAL ADOTADA PELO LEGISLATIVO, NÃO CABENDO AO PODER JUDICIÁRIO, POR VIA TRANSVERSA, DEFINI-LA, SOB PENA DE PATENTE INVASÃO DE COMPETÊNCIA CONSTITUCIONAL. RECURSO DO MP, INSTANDO À EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E AO ESTABELECIMENTO DO REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO GRAVES. READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. REGIME FECHADO QUE SE IMPÕE. DESPROVIMENTO DO APELO DEFENSIVO E PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL.

O combate à violência infantil e proteção da dignidade sexual da mulher é de todos. O peso da teoria da ignorância deliberada igualmente se recai ao terceiro omisso conhecedor do fato, seja seu garantidor legal ou não. Sob esse aspecto, o relato de omissão da locadora do presente caso, é simbólico de modo a retratar a cultura de invisibilidade dos direitos da

529 *Op. cit.* pp.86-87.

criança, bem como sua submissão à lógica *audultocêntrica.* É alarmante o número de casos de casamento infantil e violência de gênero no Brasil, como será desenvolvido a seguir.

5-Casamento Infantil e a Vulnerabilidade Da Criança

O caso em tela é emblemático, prova concreta dos efeitos nefastos desse entendimento para a vida das crianças e adolescentes desse país. Uma criança agora é esposa e mãe de outra criança, submetida economicamente ao seu agressor, sem a oportunidade de amadurecer e superar as dificuldades próprias da adolescência e de restabelecer seus laços afetivos com a sua família. Casamento este que insere a vítima nas estatísticas de evasão escolar. Sem estudo e sem recursos financeiros, e com uma criança para criar, a jovem soma-se a milhares de outras cujo futuro nós todos já conhecemos.

Segundo matéria de 13/03/2017, Agência Brasil de Notícias, "*Brasil é quarto país no ranking global de casamento infantil*":

> "Levantamento recente do Banco Mundial revela que o **Brasil tem o maior número de casos de casamento infantil da América Latina e o quarto no mundo. No país, 36% da população feminina se casa antes dos 18 anos.** As informações são da ONU News. (...) Evasão escolar e renda menor.
>
> No entanto, o estudo destaca que o casamento infantil responde por 30% da evasão escolar feminina no ensino secundário a nível mundial e faz com que as meninas estejam sujeitas a ter menor renda quando adultas. Também as coloca em maior risco de sofrer violência doméstica, estupro marital e mortalidade materna e infantil. Por outro lado, o documento ressalta que eliminar o matrimônio infantil traz ganhos econômicos. Por isso, as recomendações para o Brasil e a América Latina são eliminar as brechas na legislação e adotar punições para a união não prevista em lei".[530]

Ainda segundo o periódico eletrônico Correio (Bahia)[531]:

> Casamentos infantis: Bahia tem 5,5 mil meninas com menos de 15 anos vivendo em uniões conjugais. Convenção da ONU sobre os Direitos da Criança define o casamento infantil como uma união em que uma das partes tem menos de 18 anos. Esse tipo de casamento é reconhecido como uma violação aos direitos humanos. (...) O Brasil é o quarto país no mundo, em números absolutos, de mulheres casadas ou vivendo com companheiros aos 15 anos – são mais de 877 mil, de acordo com o estudo Ela Vai no Meu Barco: Casamento na Infância e Adolescência no Brasil, produzido entre 2013 e 2015 pela ONG Instituto Pro mundo. Em uma pesquisa divulgada no mês passado pela Fundação Abrinq pelos Direitos da Criança e do Adolescente, a entidade aponta que é preciso pensar em formas para enfrentar essa realidade no país – embora nem sempre ela seja abordada nas discussões sobre proteção a crianças e adolescentes brasileiros".

530 Disponível em: http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2017-03/brasil-e-quarto-pais-no-ranking-global-de-casamento-infantil.

531 Disponível em: http://www.correio24horas.com.br/noticia/nid/casamentos-infantis-bahia-tem-55-mil-meninas-com-menos-de-15-anos-vivendo-em-unioes-conjugais/.

No presente contexto, agrava-se o casamento pela idade da vítima e sua vulnerabilidade inerente. Os atos de conjunção carnal configuram-se, irrefutavelmente, como estupro de vulnerável. Dar efetividade concreta à norma do art. 217-A do Código Pena, logo, é uma demanda presente e evidente do Estado brasileiro, devendo o *Parquet* envidar todos os esforços para tanto.

Por oportuno, vejamos a seguinte matéria do site Consultor Jurídico, intitulada "Acusado de estupro responde ação depois de casar", de 13 de fevereiro de 2012[532]:

> **O casamento nos dias atuais não mais se enquadra como causa de extinção da punibilidade, pouco importando se o autor do crime se casou com a vítima.** A consideração é do juiz substituto Jorge Luiz da Costa Beber, da Câmara Especial Regional de Chapecó (SC), e relator de um recurso apresentado por uma garota de 14 anos. **Ela pretendia autorização judicial para casar com o namorado, para assim livrá-lo de ação penal a que ele responde por estupro presumido.** A menina, representada pela mãe, contou que já vive com o namorado maritalmente. O pedido foi amparado pelo artigo 1.520 do Código Civil. De acordo com o dispositivo, "excepcionalmente, será permitido o casamento de quem ainda não alcançou a idade núbil, para evitar imposição ou cumprimento de pena criminal ou em caso de gravidez".
>
> O relator do recurso lembrou que o dispositivo acabou revogado de forma tácita pela Lei 11.605, de 2005. "A Lei fulminou uma das mais aberrantes iniquidades que por muito tempo vigoraram na lei penal brasileira, não soando minimamente razoável que a mulher, vítima da libidinagem ignominiosa do homem, afrontada a mais não poder na sua intimidade, fosse tida, ao mesmo tempo, como instrumento para livrar seu algoz da reprimenda penal prevista para tão hedionda conduta", comentou o juiz.

Pensar de modo contrário, portanto, importa na criação de incentivos errados, no tocante à proteção da infância. A ideia de que o casamento e a chegada de um bebê podem garantir a liberdade do autor do estupro de vulnerável chancelam, por outro lado, a prisão da vítima em um casamento infantil. Ato nulo perante o Estado, ante a sua aberrante inconstitucionalidade.

CONCLUSÃO OBJETIVA

A escolha da idade mínima para o consentimento do ato sexual foi definida pelo legislador, em consonância com os mandamentos essenciais do Estado democrático de Direito. Trata-se de regra jurídica definida em fórum coletivo legítimo, revelando, portanto, a vontade do povo brasileiro, por meio de seus representantes legais, em observância ao princípio democrático.

532 Disponível em: https://www.conjur.com.br/2012-fev-13/acusado-estupro-responder-acao-mesmo-depois-casado-vitima.

A inovação judicial neste caso revela a bem da verdade hipótese descabido de ativismo judicial, decorrente da inconformidade do operador do direito com a legislação vigente. Trata-se, pois, de caminho inadequado para alterações legislativas.

Destaque-se convivemos em um país, onde a cultura social fomenta a hipersexualização das mulheres, com o direcionamento precoce das adolescentes a uma vida sexual. Em contrapartida, o que vemos é a falta de responsabilidade generalizada dos homens em relação à adoção de padrões comportamentais coerentes com o respeito à infância e à adolescência, quanto mais à generalizada irresponsabilidade com o cuidado com a sua prole.

Diante disso, agiu bem o legislador em estabelecer corte na idade mínima de 14 anos para o consentimento sexual, regra esta que deve permanecer em vigor, sendo devidamente observada por todos os operadores do Direito, em respeito ao princípio democrático.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: O estupro de vulnerável inscrito no artigo 217-A do Código Penal é ferramenta de política criminal essencial no combate à violência sexual infantil, impossível de ser afastado pelo posterior casamento do agressor com a vítima e/ou a sua gravidez, sob pena de repristinação via Poder Judiciário do antigo art. 107, VII, CP, devidamente revogado pelo Poder Legislativo. Nessa esteira, a estratégia narrativa de desconhecimento da idade da vítima deve ser lida à luz da teoria da cegueira deliberada, a qual afasta a incidência de erro de tipo permissivo para as hipóteses em que o autor do fato opta pela omissão, isto é, escolhe não buscar a informação correta sobre os elementos típicos, com o objetivo de se evadir de sua responsabilidade penal.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO ELEMENTO DE PROVA

Marcelle Rodrigues da Costa e Faria
Promotora de Justiça titular da 28ª Promotoria de Justiça de Cuiabá/MT

Resumo: Uma vez integrado ao nosso ordenamento jurídico como garantia fundamental do acusado, estudar-se-á, o valor probatório da audiência de custódia, através da análise dos termos da Resolução 213/2015 do CNJ e Projeto de Lei do Senado 554/2011, que não admitem as declarações prestadas pelo preso na solenidade como meio de prova, equiparando-as à prova ilícita.

Síntese Dogmática da proposição: Uma vez prevista na Convenção Americana de Direitos Humanos, regulamentada pela Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, a apresentação do preso à autoridade judicial constitui ato formal, solene e lícito, que deve integrar a investigação e consequentemente a ação penal, sendo equiparada a elementos de informação, colhidos na fase pre-processual.

Sumário: Introdução. 1. Da prova ilícita. 1.1. Da prova ilícita na legislação alienígena. 1.2. Da prova ilícita na legislação brasileira.2. Da solenidade da custódia. 2.1. Das declarações durante a audiência de custódia. 2.2. Razões pelas quais as declarações prestadas na audiência de custódia sejam equiparadas à prova ilícita. 2.2.1. Do sistema acusatório. 2.3. Razões para que as declarações prestadas na audiência de custódia integrem a ação penal. 2.3.1 Das denúncias de Tortura. Conclusão.

Palavra-Chave: Audiência de Custódia; declarações do custodiado; valor probatório; prova ilícita.

Introdução

Com a ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos pela República Federativa do Brasil, através do Decreto 678, de 06 de novembro de 1992, especialmente o

seu artigo 7º, item 05, foi estabelecida a garantia do preso provisório de ser apresentado a uma autoridade judicial prontamente.

A fim de regulamentar o convencionado no citado Tratado Internacional, o Conselho Nacional de Justiça, através da Resolução 213/2015, determinou e estabeleceu o procedimento para a apresentação do preso em flagrante delito em todo território nacional.

O procedimento trazido pela Resolução 213/2015, visa a sobejo tutelar as garantias materiais e acessórias inerentes ao direito fundamental de liberdade quando determina no seu art. 4º "que a audiência de custódia será realizada na presença do Ministério Público e da Defensoria Pública, caso a pessoa detida não possua defensor constituído no momento da lavratura do flagrante, sendo vedada a presença dos agentes policiais responsáveis pela prisão ou pela investigação durante a audiência de custódia."

A garantia da ampla defesa do custodiado está assegurada da mesma forma no seu art. 6º, que concede ao preso o atendimento prévio e reservado por advogado ou defensor público em lugar reservado e apropriado.

Além disso, a presença do Ministério Público, órgão incumbido da defesa da sociedade, na solenidade de apresentação do preso, atende ao princípio do contraditório estabelece a discussão dialética das circunstâncias da prisão, uma vez que a moderna doutrina é uníssona em afirmar que o princípio do contraditório é uma garantia para acusação e Defesa sob pena de proteção deficiente em relação a direitos da vítima e da própria coletividade.(BEDÊ JÚNIRO, SENNA, 2009. p. 27)

Posto isso, e considerando a forma com que a audiência de custódia ingressou no ordenamento jurídico pátrio, pretende o presente artigo avaliar o valor probatório do ato na persecução penal.

A Resolução 213 do CNJ, além de limitar a sua cognição, impedindo perguntas sobre os fatos, também, no seu art. 12, impôs que o termo de audiência de custódia seja apensado ao inquérito ou ação, e alguns tribunais do país determinam o desentranhamento do depoimento do custodiado prestado na solenidade estudada, atribuindo-se tratamento de prova ilícita, vedada, inadmissível no nosso ordenamento jurídico.

No mesmo diapasão do Conselho Nacional de Justiça, de não admitir o depoimento do custodiado como meio de prova, o Senado Federal, no Projeto de Lei 554/2011, que visa alterar o art. 306 do Código de Processo Penal, para determinar o prazo de vinte e quatro horas para a apresentação do preso à autoridade judicial, após efetivada sua prisão em flagrante, trata a solenidade como prova vedada, nos seguintes termos:

> "A oitiva a que se refere parágrafo anterior será registrada em autos apartados, não poderá ser utilizada como meio de prova contra o depoente e versará, exclusivamente, sobre a legalidade e necessidade da prisão; a prevenção da ocorrência de tortura ou de maus-tratos; e os direitos assegurados ao preso e ao acusado."

A reflexão que se propõe no presente trabalho é porque, ato solene e tão caro à persecução penal, não pode ser considerado como meio de prova? Qual a razão de equiparar um depoimento prestado perante uma autoridade judicial, com o acompanhamento do Ministério Público, após prévia entrevista com o Defensor, constituído ou nomeado, à prova ilícita, não podendo ser colacionada à futura ação penal.

1. Da Prova Ilícita

Para Antonio Magalhaes Gomes filho a prova é muito mais que trazer ao juiz o conhecimento dos fatos em que se fundam as pretensões dos litigantes, pois possui função legitimadora das decisões judiciais.
(GOMES FILHO, 1999. p. 249)

Dessa forma, o Estado impõe limites para a produção probatória, vedando as realizadas em ofensa a direitos e garantias constitucionais, como as produzidas mediante tortura, ofensa à integridade física, dignidade e liberdade, especialmente no processo penal, de forma a garantir a legitimação do sistema punitivo.

1. 1. Da prova ilícita na legislação alienígena.

Até o século XIX admitia-se a prova ilícita, não sendo sua validade afetada pelos meios utilizados para a sua obtenção, punindo-se tão somente o ato abusivo.

Historicamente a evolução da legislação ocidental para proibir as provas ilícitas e delas derivadas deu-se para conter abusos policiais, evitando-se confissão proveniente de coação ou tortura.

No julgamento do caso *Weeks v. United States*, onde documentos foram apreendidos na residência do acusado sem o respectivo mandado judicial, a Suprema Corte Americana, paradigmaticamente, declarou como imprestáveis as provas obtidas com infração de garantias constitucionais, determinando o respectivo descarte para que não produzissem qualquer efeito. (ROVEGNO, 2011. p. 427)

Isso porque a Suprema Corte observou que a previsão das sanções civis penais e administrativas não constituía freio suficiente à atuação ilegal da polícia. (GOMES FILHO, 2008. p. 263)

Imperioso, portanto, sublinhar que a vedação à prova ilícita, deu-se tão somente para evitar agressões a direitos e garantias fundamentais. Em sendo assim, considerando que a resolução 213 e o Projeto de Lei 554/2011 vedam as declarações prestadas pelo custodiado como meio de prova, considerando-as inadmissíveis, equipara-as à prova ilícita. Dessa forma, pretende esclarecer por quais razões o interrogatório do preso, prestado durante a solenidade de custódia é inadmissível se nesse momento ele não tem nenhum direito ou garantia violados.

No direito inglês hodiernamente prevalece o conteúdo da prova e seu valor independentemente da forma em que fora colhida, "afirma-se que seria obstáculo perigoso à administração da justiça que as provas conseguidas de forma ilegal não pudessem ser utilizadas. Entende-se que a função dos tribunais é a de verificar se um crime foi cometido pelo acusado, não a de fiscalizar como a polícia exerce suas atribuições na descoberta das provas. De qualquer modo, reconhece-se um poder discricionário ao juiz para excluir as provas resultantes de um procedimento irregular ou *unfair*, mas essa não constitui seguramente regra geral." (GOMES FILHO, 1999. p. 255)

A Constituição Portuguesa Portugal dispôs no seu art. 32 da Constituição: São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa a integridade, abusiva intromissão da vida privada

Assim, destaca-se que a inadmissibilidade da prova ilícita, ou a produzida por meios ilícitos, garantia processual, possui como fundamento a proteção de garantias e direitos fundamentais, tanto que a Constituição Lusitana, que proíbe esse tipo de prova, é contundente: "as provas obtidas mediante tortura, coação, ofensa a integridade, abusiva intromissão na vida privada."

1.2. Da prova ilícita na legislação brasileira

No Brasil, durante muito tempo vigorou o princípio da veracidade da prova, onde a prova era analisada pela carga de convencimento que continha. A irregularidade ou ilegalidade de sua obtenção era aferida em outra seara, sem repercutir na sua admissibilidade. (GOMES FILHO, 2008. p. 264)

O art. 332 do CPC de 1973 previa que "todos os meios legais, bem como os moralmente legítimos, ainda que não especificados neste Código, são hábeis para provar a verdade dos fatos, em que se funda a ação ou a defesa."

Contudo, a Constituição da República de 1988 que erigiu a dignidade da pessoa humana como seu fundamento, estabeleceu que são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º, LVI, CR).

Neste norte, o Código de Processo Penal arrematou no seu artigo 157: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais."

O texto legal deixa cristalino que a prova ilícita, inadmissível, é a decorrente de violação a normas constitucionais e legais, pergunta-se, a solenidade da audiência de custódia viola norma constitucional? Viola lei? Questão que pretende responder em seguida.

2. Da Solenidade da Custódia

A Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou o ato processual de apresentação do preso à autoridade judicial, trouxe novidade no procedimento das prisões em flagrante e decorrentes de mandados judiciais.

O art. 8º prevê o procedimento para a apresentação do custodiado, que deve ser entrevistado pelo juiz, oportunidade em que o magistrado deverá: esclarecer-lhe o que é audiência de custódia; seu direito ao silêncio; questionar se lhe foi dada ciência e efetiva oportunidade de exercício dos direitos constitucionais inerentes à sua condição; questionar sobre ocorrência de tortura e maus tratos e o tratamento recebido das autoridades; verificar a realização do exame de corpo de delito e averiguar hipóteses de gravidez, existência de filhos ou dependentes sob cuidados da pessoa presa em flagrante delito, histórico de doença grava, incluídos os transtornos mentais e a dependência química, para analisar o cabimento de encaminhamento assistencial e da concessão da liberdade provisória com ou sem imposição de medida cautelar.

Neste momento, chama a atenção para o que o inciso oitavo do dispositivo em comento que prevê: o juiz, durante a entrevista com o preso, deverá "abster-se de formular perguntas com finalidade de produzir prova para a investigação ou ação penal relativas aos fatos objeto do auto de prisão em flagrante."

A reflexão que se propõe é a seguinte, se na oportunidade o magistrado questionará as circunstâncias da prisão, tendo sido o segregado preso em flagrante delito, como desvincular a

segregação do fato? Insiste: Se as circunstâncias da prisão se deram em decorrência da prática do delito, como narrar as circunstâncias sem adentrar na prática do crime, nos fatos?

Outrossim, o parágrafo primeiro do mesmo dispositivo legal acentua que o magistrado deve indeferir as perguntas relativas ao mérito dos fatos que possam constituir eventual imputação, permitindo-lhes, em seguida, requerer a prisão preventiva.

Ora, se na oportunidade será decidida a prisão preventiva ou liberdade provisória, como não avaliar as circunstâncias fáticas? Como não apreciar os fatos justificadores da prisão em flagrante se a medida cautelar a ser imposta deverá ter os requisitos à sua decretação, quais sejam, o *fumus comissi delicti* e o *periculum in libertatis.*

No *fumus comissi delicti* cobra-se a existência de lastro probatório mínimo sobre a materialidade do crime e o dolo e culpa do autor. Nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, necessária estar demonstrada a materialidade do delito e indícios de autoria, ou seja, impossível, naquela oportunidade, desconsiderar os fatos que justificaram a prisão.

O *perculum in libertatis* que também deve ser analisado na solenidade da custódia para decidir sobre a conversão da prisão em flagrante em prisão preventiva, consiste na demonstração do efetivo risco da liberdade ampla e irrestrita do agente, assegurando-se o resultado prático do processo.

Posto isso, é evidente que, no momento da apresentação do preso à autoridade judicial será analisado se estão presentes os requisitos ensejadores à prisão cautelar, e como limitar a autonomia judicial, e até mesmo a liberdade de expressão do segregado, que na maioria das vezes quer falar, quer se expressar, até mesmo, como momento de defesa, apresentar sua versão, justificar sua conduta, e ser beneficiado ou com a confissão ou com uma medida cautelar mais benéfica que a segregação ou até mesmo apresentar uma causa de exclusão de ilicitude ou culpabilidade.

Limitar o conhecimento em crucial momento da persecução penal é prejudicial não só para a sociedade, que espera uma resposta rápida e eficiente no combate à criminalidade, como também o é para o preso, que tem a sua liberdade de expressão tolhida, não podendo apresentar uma versão que o beneficiará, como causas de exclusão de ilicitude ou culpabilidade e até mesmo a confissão que é atenuante genérica.

Douglas Fischer fundamenta que a limitação cognitiva, ou seja, a proibição do magistrado realizar perguntas sobre o fato ao custodiado, está diretamente ligada ao direito constitucional do preso não produzir provas em seu favor, justificando que "*É fundamental notar que a audiência de custódia não tem a finalidade de produção de provas, notadamente em desfavor do preso. O Objetivo do ato é, unicamente, aferir se, na prisão, não houve a violação de direitos funda*

mentais, bem assim se não há recomendação da adoção de medidas cautelares menos gravosas."(FISCHER, 2017. p.105)

Além disso CAIO PAIVA, revendo posicionamento anteriormente adotado na primeira edição de sua obra *Audiencia de Custódia e o Processo Penal Brasileiro,* na terceira edição de 2018, concluiu:

"É interessante observar que os tratados internacionais de direitos humanos e a legislação processual penal de outros países não estabelecem nenhum limite cognitivo para esta audiência de apresentação de pessoa presa. Nas minhas pesquisas sobre o assunto, também não encontrei uma orientação na doutrina estrangeira no sentido de que o juiz e as partes devem se abster de formular à pessoa presa qualquer pergunta relacionada ao mérito do caso penal. O fato de a audiência de custódia estar relacionada na normativa internacional ao direito à liberdade da pessoa, embora auxilie na explicação sobre as finalidades desse ato processual, não parece ser o bastante para legitimar a proibição de qualquer atividade probatória." (PAIVA, 2018. p. 130)

2.1. Das declarações durante a audiência de Custódia

Conforme ponderado acima, é salutar destacar que o fim precípuo do ato em estudo é aferir se houve violação de garantia e direito fundamental no momento da prisão, não tendo finalidade de produção de provas, principalmente em desfavor do preso (*nemo tenetur se detegere)*, mesmo porque, nesse momento, não há acusação formalizada.

Ocorre que, e se o custodiado, após prévia conversa com o seu advogado, espontaneamente, ainda que não perguntado pelo juiz presidente do ato, confessa a autoria delitiva? Não poderia o juiz levar em conta para fundamentar o decreto de prisão preventiva? A autodefesa, direito do segregado, não engloba a confissão, que certamente lhe trará benefícios e a liberdade de expressão, direito fundamental constitucional? Seria possível posterior aproveitamento das declarações prestadas pelo preso na audiência de custódia, ainda que sejam auto-incriminatórias?

Nos termos da Resolução em comento, essa confissão é inservível, inadmissível e, embora colhida com a observância de todos os direitos e garantias fundamentais do custodiado, vem entendendo equivocadamente os Tribunais que é vedada, equiparando o ato de forma exagerada a prova ilícita, em total dissonância ao princípio da proporcionalidade em seu duplo grau (proibição do excesso e da proteção deficiente)

Ademais, é cediço que a apresentação do preso em juízo para fins de apreciação da prisão ordenada, antes da propositura da ação penal não é novidade no nosso ordenamento

jurídico, uma vez que já era prevista no art. 656 do Código de Processo Penal, a saber: "Art. 656. Recebida a petição de habeas corpus, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente, mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar

Parágrafo único. Em caso de desobediência, será expedido mandado de prisão contra o detentor, que será processado na forma da lei, e o juiz providenciará para que o paciente seja tirado da prisão e apresentado em juízo."

Em nenhum momento, no entanto, a legislação adjetiva determina o desentranhamento do ato da ação penal, ou limita a cognição do juízo, portanto, prova lícita, admissível e que integra a ação penal.

Qual a diferença da audiência de custódia, como ato solene e meio de prova, da apresentação prevista no art. 656 do Código de Processo Penal? Nenhuma. Então por que o ato da custódia não integra a ação penal, possui limitação cognitiva e, por ser inadmissível como meio de prova, equipara-se à prova ilícita, como se houvesse sido colhida com violação a direito e garantia fundamental? É o que passa a descrever em seguida.

2.2 Razões pelas quais as declarações prestadas na audiência de custódia sejam equiparadas à prova ilícita

Primeiramente, argumenta-se que como o interrogatório constitui o último ato processual, a utilização do Termo de Audiência de Custódia em um processo poderia violar direitos do custodiado, razão pela qual optou-se por vedar a inquirição do preso sobre o mérito da imputação.

Com a devida vênia, se a declaração prestada pelo custodiado perante uma autoridade judicial, após previa entrevista com seu defensor, irá prejudica-lo ou não numa eventual ação penal futura, é consequência do ato, e não de sua essência, caso contrário, nenhuma prova poderia ser colhida durante as investigações policiais, sob pena de prejudicar o investigado futuramente. Não se poderia realizar exames de corpo de delito durante a investigação e nem colher material de DNA, por exemplo. Esse argumento é simplista e superficial.

Outrossim, a interpretação do conteúdo do ato, eventualmente favoráveis ou desfavoráveis ao acusado é atividade inerente ao julgador, típica de seu *mister.*

Dessa forma pretendeu o legislador excluir tal declaração da análise de provas do juiz, querendo limitar com regras fixas o seu livre convencimento, nas palavras de C.J.A Mittermaier, "uma loucura querer comprimir com regras fixas a livre ação de faculdade, inata em todos os homens, de procurar e descobrir a verdade das coisas, dessa faculdade que vem em auxilio a todo indivíduo nas ocorrências cotidianas da vida privada. Embaraçar, assim, seu

livre desenvolvimento não é encerrar o juiz prudente e experimentado em um círculo, que não pode transpor, e que lhe serve de obstáculo? Não é criar para o juiz ainda novo e inábil uma tutela ineficaz, e, que nunca lhe dará ciência, que lhe falta?" (MITTERMAIER, 1997. p. 69).

Para o doutrinador, "o legislador, ilude-se, se considera a convicção do juiz como o resultado direto das provas organizadas segundo o seu sistema; muito ao contrário, deriva ela da lei natural, resulta do concurso de uma infinita multidão de motivos, apoia-se em uma série interminável de pequenas circunstâncias", e finaliza afirmando "que no espírito de cada juiz é uma circunstancias diversa que triunfa e determina a certeza." (MITTERMAIER, 1997. p. 70).

Além disso, conclama-se a refletir: qual direito do custodiado poderia ser violado, se o depoimento é prestado perante a autoridade judicial e do Ministério Público, após prévia entrevista com o Defensor constituído e, na impossibilidade, de Defensor Público? A verdade dos fatos é alterada conforme a ordem do depoimento do segregado/réu? A verdade não é uma só, independentemente do momento em que fora colhida?

Considerando que o tempo que passa é a verdade que foge, o depoimento prestado pelo custodiado, imediatamente após sua prisão em flagrante, deveria ser considerado o mais fidedigno, uma vez que detém todos os detalhes ainda vivos na memória, sem qualquer compromisso com o tempo decorrido ou com outras sugestões decorridas. Infelizmente não é dessa forma que pensou o legislador, fruto do garantismo monocular hiperbólico, que segundo Douglas Fischer acomete a doutrina e legislação brasileira, que enxerga no direito penal e processo penal tão somente garantias do acusado, ensejando proteção deficiente dos bens jurídicos que o atual Estado Social de Direito deve tutelar, seja através do direito penal, seja através do direito processual penal. (FISCHER, 2010. p. 47)

Segundamente, os defensores da inadmissibilidade do termo de audiência de custódia integrar a ação penal, afirmam que o ato feriria o sistema acusatório.

2.2.1. Do sistema acusatório

É sabido que a doutrina não é uníssona em relação aos elementos essenciais do sistema acusatório, destacando sempre que a separação entre as atividades de acusação e julgamento devem ser distintas de forma a garantir a imparcialidade do juiz, exigindo-lhe uma postura sensata e de equilíbrio no transcorrer do processo. (BEDÊ JUNIOR, SENNA, 2009. p. 31)

Mauro Fonseca Andrade, em fantástica obra dedicada à análise dos sistemas penais, conclui, que o sistema acusatório possui dois elementos fixos para a sua caracterização: 1) a obrigatória separação entre as figuras do acusador distinto do juiz, e que corresponde ao

princípio acusatório e; 2) um particular efeito produzido pelo ajuizamento da acusação, que é determinar a abertura do processo. Isso implica dizer que a investigação criminal, no sistema acusatório, constitui-se numa atividade de natureza administrativa, e que a abertura do processo acusatório significa, na verdade, igualmente o início do julgamento, com a apresentação da defesa e obtenção de provas. (ANDRADE, 2013. p. 269)

Luigi Ferrajoli, ao delimitar o sistema acusatório discorreu: "pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciando pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção." (FERRAJOLI, 2006)

Traçados os elementos obrigatórios, volta-se a indagar: a custódia do flagranteado, que é ouvido sob as circunstâncias da sua prisão, fere o sistema acusatório?

Antes necessário definir se a audiência de custódia é um ato processual, realizado num procedimento, ou é um ato procedimental num ato pré-procedimental? Sem aprofundar na celeuma, uma vez que o processo penal somente é deflagrado com o oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, o ato da custódia, quando do flagrante delito, é pré-procedimental, já que o auto de prisão em flagrante inaugura o Inquérito Policial, portanto antes de se iniciar o processo.

Dessa forma, o ato da custódia funciona, ou deveria funcionar, como as medidas cautelares deferidas durante a investigação policial, que integram o processo, não constituem provas ilícitas e são admitidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Isso sem levar em consideração que mesmo sendo ato pré-processual é sobejamente garantido ao segregado a ampla defesa e o contraditório, de nenhuma forma vilipendiando o sistema acusatório, como insiste alguns juristas.

Conforme elucidado, no conceito dos citados doutrinadores, o procedimento da audiência de custódia está sobejamente consonante com o sistema acusatório uma vez que, ao se fazer uma análise percuciente do Rito estabelecido pela Resolução 213 do CNJ, verifica-se que a audiência de custódia é realizada com presença de advogados e defensores, Ministério Público, presidida por um juiz imparcial e togado, respeitando assim, o que a maioria doutrinária prescreve como sistema acusatório, não havendo ofensa a qualquer direito fundamental do então custodiado.

Em que pese não seja objeto do presente trabalho, uma vez que o presente faz o recorte da possibilidade do Termo da Audiência e Custódia e suas declarações integrarem a ação penal, e deixa de enfrentar a impossibilidade do juiz que preside o ato questionar a

respeito dos fatos objeto de investigação, cabe aqui a seguinte indagação: e se o juiz questionar o segregado sobre os fatos? Estaria ferindo o sistema acusatório?

A doutrina recomenda o afastamento do juiz das investigações preliminares, uma vez inexistindo acusação não cabe ao juiz atuar, sob pena, de se constituir em juiz inquisidor. Ocorre que durante uma investigação há reserva de jurisdição, como as interceptações telefônicas, busca e apreensão, as prisões cautelares e hoje a audiência de custódia, e nenhum desses institutos, previstos no ordenamento jurídico pátrio ferem o sistema acusatório, muito pelo contrário o fortalece.

Voltando ao questionamento se o juiz perguntar sobre os fatos ao segregado, na solenidade da custódia, ou se o sistema acusatório é compatível com os poderes instrutórios do juiz.

É evidente que a preocupação com os poderes instrutórios do juiz se dá em face da sua imparcialidade, ocorre que não se deve confundir imparcialidade com passividade do magistrado, que se dissipa se sua decisão for fundamentada e se for observado o princípio do contraditório, como acontece na solenidade de custódia.

Ora, se a custódia ensejará liberdade do preso, sua prisão, ou qualquer outra medida restritiva de seu direito, ainda que não haja ação penal, o magistrado não deve decidir com dúvida. Às vezes até mesmo uma questão envolvendo a uma excludente de ilicitude ou culpabilidade pode ser questionado ao segregado. Portanto, é absurda a vedação do juiz presidente não poder questionar o custodiado, pautado na ofensa ao acusatório quando o magistrado produz a prova.

Américo Bedê Junior e Gustavo Senna, no mesmo sentido são implacáveis: "Não se acusa ninguém ao produzir prova, não é a gestão da prova que define o tipo penal, o juiz não pode ser mero espectador que se conforme com a mentira formal. (BEDÊ JÚNIOR E SENNA, 2009. p. 36.)

Da mesma forma, a Argentina que adota o sistema acusatório no seu Código de Processo Penal, estabelecendo o princípio do contraditório, da oralidade e da imediação, ao prever a audiência de apresentação do preso, considerou que as declarações prestadas ante o Ministério Público ou ante o juiz interveniente, na presença de defensor tem valor probatório, não determinando em nenhum momento o desentranhamento do depoimento, ou sua inadmissibilidade, como já fazia do Código de Processo Penal brasileiro, no art. 656, alhures citado, a saber:

"Presentación del detenido

Art. 286. - El funcionario o auxiliar de la policía que haya practicado una detención sin orden judicial, deberá presentar al detenido inmediatamente en un plazo que no exceda de seis (6) horas, ante la autoridad judicial competente."

Contudo o presente trabalho, conforme adrede elucidado, não questiona, em que pese não concorde, a inadmissibilidade de se perguntar a respeito dos fatos durante a entrevista do preso pelo magistrado. O que se questiona é a inadmissibilidade de colacionar as declarações prestadas perante o juiz da custódia na futura ação penal, equiparando o ato a prova violadoras de direito fundamentais, o que evidentemente não ocorrera.

2.3. Razões para que as declarações prestadas na audiência de custódia integrem a ação penal.

O depoimento do acusado, logo após a prática do crime, perante uma autoridade judicial, nos termos do art. 7, item 5 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, possui não só sinceridade cristalina como também representa a liberdade de expressão do custodiado, que no momento utiliza deste direito fundamental para esclarecer as circunstâncias de sua prisão em flagrante, consistindo, portando em prova lícita.

Como sabido, a constituição estabelece o mesmo patamar para o direito ao silêncio e para o direito de expressar-se, e quando o faz, o acusado exerce o seu direito de ampla defesa, uma vez que o interrogatório é o momento para tanto.

Em sendo assim, ao ser apresentado perante o juiz que preside a audiência de custódia, após prévia entrevista com seu Defensor (constituído ou nomeado), o custodiado pode optar por ficar em silêncio, não havendo nenhuma consequência para o seu ato, como já sedimentado há muito na legislação, doutrina e jurisprudência brasileira.

Todavia, após três anos realizando audiências de custódia em Cuiabá, sublinhando que fora a primeira comarca do Brasil a realizar o ato previsto na Resolução 213, verifica-se que naquele momento procedimental, após devida entrevista com seu Defensor, o preso não exerce seu direito de ficar em silêncio, muito pelo contrário, muitas vezes, sem qualquer questionamento pelo magistrado ou Ministério Público ou defesa, demonstrando arrependimento, voluntariamente, utilizando-se da sua liberdade de expressão, confessa a autoria delitiva.

Curioso, que a solenidade de custódia, que serve para conferir garantias e direitos ao preso, nega-lhe justamente a liberdade de expressão, direito este que fundamentou toda

construção dogmática dos direitos fundamentais e seus efeitos, quando a Corte Constitucional Alemã decidiu o Caso Lüth.[533]

É certo que alguns pensadores sustentam que a confissão é um fenômeno anti-natural, a natureza cerra o lábio do culpado, contudo o que vem ocorrendo nas solenidades de custódia presenciadas, é justamente o inverso, fenômeno descrito por Mittermaier:

> "É certo que nada pode fazer calar a voz da alma: o crime uma vez consumado, trava-se uma luta no seio do culpado; falam igualmente alto a sua consciência e o interesse; não pode mais gozar de paz interna, menos que descarregue o fardo do remorso.
> Confessa então, para obedecer os ditames da verdade que o guia, e prefere expor-se à pena, que seu crime lhe atrai pela cabeça, a prolongar por mais tempo um martírio insuportável. Uma experiência constante demonstra que até o dia da confissão, manifesta ele todos os sintomas da inquietação, de um tormento interno; feita ela, o seu estado denota a calma de uma consciência aliviada." (MITTERMAIER, 1997. p. 186)

Ora, exercendo a sua liberdade de expressão na solenidade de apresentação de preso, o segregado que possui autodeterminação, pode confessar o crime, voluntariamente, e, essa confissão, nos termos da Resolução da Custódia e nos termos do PLS 554/2011, ainda que colhida sem ofensa a garantia ou direito fundamental, é equiparada a prova ilícita, sendo inadmissível sua juntada em futura ação penal, o que entende ser absurda e fruto de um garantismo penal excessivo, nos dizeres de Douglas Fischer monocular hiperbólico, prejudicando não só o preso como também a sociedade que espera efetividade do direito penal. (FISCHER, 2010. p. 40)

A confissão, antes de mais nada, enseja benefícios ao investigado, constituindo uma atenuante genérica, prevista no artigo 65, III, *d* do Código Penal, como também pode ser analisada quando verificadas as circunstancias do crime, previsto no artigo 59 do mesmo texto legal, a ensejar a fixação de uma pena base reduzida, levando-se em consideração a personalidade do agente, seu arrependimento, sua colaboração na elucidação dos fatos, e até

[533] O alemão Erich Lüth, conclamou, na década de cinqüenta (à época crítico de cinema e diretor do Clube da Imprensa da Cidade Livre e Hanseática de Hamburgo), todos os distribuidores de filmes cinematográficos, bem como o público em geral, ao boicote do filme lançado à época por Veit Harlan, uma antiga celebridade do filme nazista e corresponsável pelo incitamento à violência praticada contra o povo judeu (principalmente por meio de seu filme "Jud Süß", de 1941). Harlan e os parceiros comerciais do seu novo filme (produtora e distribuidora) ajuizaram uma ação cominatória contra Lüth, com base no § 826 BGB, que trata da responsabilidade civil por danos causados. Esta ação foi julgada procedente pelo Tribunal Estadual de Hamburgo. Contra ela, ele interpôs um recurso de apelação junto ao Tribunal Superior de Hamburgo e, ao mesmo tempo, sua Reclamação Constitucional, alegando violação do seu direito fundamental à liberdade de expressão do pensamento, garantida pelo Art. 5 I 1 GG.
O TCF julgou a Reclamação procedente e revogou a decisão do Tribunal Estadual. Essa decisão é paradigmática porque nela os direitos fundamentais foram, pela primeira vez, claramente apresentados, ao mesmo tempo, como direitos públicos subjetivos de resistência, direcionados contra o Estado e como ordem ou ordenamento axiológico objetivo.

mesmo ser considerada na fixação do regime de cumprimento de pena, à luz do art. 33, § 3º do CP.

Guilherme de Souza Nucci ensina que faz parte da definição de confissão seja ela produzida diante de uma autoridade competente em ato solene e público e além disso constituiu benefício ao acusado, pois poderá ter sua pena diminuída, levando-se em consideração a atenuante genérica prevista na parte geral do Código Penal. (NUCCI, 2015. p. 135)

Além de desconsiderar e tolher a liberdade de expressão e autodeterminação do custodiado que confessa a autoria delitiva na audiência de apresentação, não admitir que a confissão ou todas as declarações prestadas na custódia integrem a ação penal, é atribuir valor superior aos depoimentos colhidos pela autoridade policial, uma vez que, o interrogatório do flagranteado perante ao Delegado de Polícia é documento processual inquestionável.

Sublinha-se que a confissão ainda que prestada perante a autoridade policial, durante o seu interrogatório na fase administrativa, comporta o benefício do art. 65 do Código Penal, como negar esse efeito favorável ao acusado, quando o depoimento é prestado na presença do Juiz, do Ministério Público, do Defensor, após previa entrevista.

2.3.1 Das denúncias de Tortura

Conforme já ponderado alhures, a finalidade da custódia, em atendimento a Tratados Internacionais dos quais Brasil é signatário, mormente a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Convenção Contra a Tortura e outros Tratamento ou Penas Cruéis, Desumanas e Degradantes, é garantir que direitos dos presos não sejam violados no momento da prisão.

Dessa forma, deve o magistrado que preside o ato, ao entrevistar o custodiado, aferir as circunstâncias de sua prisão, e nesse momento, se o interrogando apontar que fora vítima de tortura, maus tratos ou abuso dos policiais ou agentes que efetuaram a sua prisão, a sua declaração constitui meio de prova contra os policiais.

A Resolução 213 é explícita nesse sentido:

> "Art. 11. Havendo declaração da pessoa presa em flagrante delito de que foi vítima de tortura e maus tratos ou entendimento da autoridade judicial de há indícios da prática de tortura, será determinado o registro das informações, adotadas as providencias cabíveis para a investigação da denúncia e preservação da segurança física e psicológica da vítima, que será encaminhada para atendimento médico e psicossocial."

Ora, como admitir a declaração como meio de prova contra os milicianos e não admiti-la como meio de prova na ação penal que tramita em face do interrogando? Como aceitar que um ato é meio de prova numa ação e equipará-lo à prova ilícita em outra ação?

Não há logica jurídica para que não se admita as declarações prestadas pelo custodiado na audiência de apresentação, na ação penal que passará a responder.

O Estado, ao montar uma estrutura para audiência de custódia, despende pessoal e recursos financeiros, estruturando o Poder Judiciário com psicólogos, agentes sociais, agentes prisionais, o próprio magistrado que presidirá o ato, bem como membros do Ministério Público e Defensoria.

Esse aparato todo estatal deve servir para conter o abuso de agentes públicos, coibir tortura e maus tratos da polícia, mas também deve servir à sociedade, sendo plenamente possível compatibilizar os direitos fundamentais do custodiado e os interesses sociais em combater a aviltante criminalidade que assola o país.

Que fardo seria para a sociedade como um todo, que a declaração do custodiado, após todo o esforço estatal de colhê-la imediatamente após a prisão, perante instituições de credibilidade e essências ao Estado Democrático de Direito, em plena observância dos direitos e garantias processuais, fossem desconsideradas, descartadas, dispensadas, inadmissíveis.

Conforme preleciona Américo Bedê Júnior e Gustavo Senna, "a se continuar trabalhando com uma obediência cega em relação a alguns princípios e garantias processuais individuais, típicas de um pensamento puramente liberal e individualista, haverá sério risco para efetividade da justiça criminal, com comprometimento dos direitos sociais da coletividade," uma vez que não há direitos fundamentais absolutos e ilimitados. (BEDÊ JÚNIOR, SENNA, 2009. p. 26).

Ainda que as declarações sejam autoincriminatórias, quando prestadas perante uma autoridade judicial, assistida por um Defensor, possuem validade, devem ser aproveitadas, consoante já decidiu o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, no caso *Salduz v. Turkey*. (BRANDALISE, 2017. p. 156)

O Superior Tribuna de Justiça e o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, em recentes decisões deferiram a juntada das declarações prestadas na solenidade nas ações penais, todavia, sempre destacando a vedação à autoridade judicial de formular perguntas relativas aos fatos objeto da prisão (STJ, HC 381186/ DF HABEAS CORPUS 2016/0319404-5 Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 06/10/2017).

Contudo, os Tribunais ainda não enfrentaram a questão da confissão durante a audiência de custódia e seu devido valor probatório, mencionam apenas o direito das partes

em ter acesso aos documentos produzidos durantes as fases processuais, pontuando sempre que não são admitidas perguntas que antecipem a instrução processual.

O que se enfrenta no presente estudo, no entanto, é a possibilidade das declarações prestadas na solenidade integre a ação penal, independentemente de seu conteúdo e sua consequência, seja quando o segregado exerce seu direito ao silencio, seja quando exerce a sua liberdade de expressão, seja quando arrependido, ou em busca de diminuição de seu pena, confesse voluntariamente a prática do delito.

Independente do seu conteúdo, deve ser a audiência de apresentação do preso, conduzida por juiz imparcial e competente que garante a ampla defesa e o contraditório, ser admitida como meio de prova, por ser ato previsto no ordenamento jurídico, em plena conformidade com os direitos e garantias processuais, num processo pautado pela publicidade.

Nesse sentido já manifestou Caio Paiva: "não vejo motivo e considero até mesmo impertinente se proibir a juntada dos autos de audiência de custódia em apenso aos autos do processo principal, e isso porque o devido processo legal e a garantia da publicidade dos atos processuais não devem conviver com pronunciamentos ocultos." (PAIVA, 2017. p. 130.)

O tema é tão discutido que Paiva mudou o entendimento apresentado na primeira edição do livro e o manteve nas edições seguintes, que denota a necessidade de estudo e aprofundamento acadêmico em relação ao tema. (PAIVA, 2018. p. 136)

Conclusão

Consoante o art. 5º, inciso LVI da Carta Magna, somente será inadmissível a prova colhida por meio ilícito, ou seja, a colhida mediante violação de direito fundamental, fato que não ocorre na solenidade de apresentação do preso, muito pelo contrário.

O argumento raso e superficial para que tal documento válido, portanto prova lícita, não integre a ação penal, é que o ato feriria o sistema acusatório, constitui argumento meramente retórico a justificar o injustificável, uma vez que o contraditório e ampla defesa se faz presente na solenidade.

Se é certo da importância da audiência de custódia para prevenir comportamentos desviados de alguns poucos policiais, se é certo que constitui direito fundamental do acusado, também é certo que o ato é documento público e, portanto, não pode ser extirpado da ação, sob pena de grave prejuízo à sociedade.

Nos dizeres de Rodrigo Brandalise: "a salvaguarda exclusiva dos interesses, direitos e liberdades individuais dos acusados, em desconsideração aos demais interesses que são

socialmente aceitos, representa uma ditadura individual e a possível ruína dos alicerces estatais – afinal, forçoso admitir a imperiosa existência de um processo penal no qual haja também o respeito aos interesses públicos e que reflita uma melhor solução para o caso concreto." (BRANDALISE, 2017. p. 151)

A solenidade de custódia, instituto tão caro à defesa dos direitos fundamentais e ao Estado de Direito, realizada por um juiz competente, assegurando ao segregado a ampla defesa e o contraditório jamais deve ser equiparado à prova espúria, produzida através de atos de agressão as mesmos direitos fundamentais que se pretende tutelar, jamais deve, portanto, ter o mesmo tratamento e destino jurídico da prova ilícita.

Dessa forma, impedir que ato solene, realizado com fulcro no contraditório e ampla defesa, realizado por um juiz imparcial somente possa ter finalidade para investigar policiais, é um disparate inaceitável, já que movimenta toda uma estrutura do estado e não serve para proteger a sociedade, enseja em proteção deficiente do bens jurídicos, ocasionando-lhe sérios prejuízos.

Proposta de Enunciado: A solenidade de audiência de apresentação do preso à autoridade judicial, constitui elemento de informação, colhido na fase extraprocessual, que, realizado para garantia dos direitos fundamentais do custodiado, não constitui prova ilícita, portanto deve integrar o Inquérito Policial e consequentemente a ação penal.

Referências

ALFLEN, Pablo Rodrigo. *Audiência de custódia no processo penal brasileiro.* 2ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

AMBOS, Kai & LIMA, Marcellus Polastri. *O Processo Acusatório e a Vedação Probatória perante as realidades alemã e brasileira.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009

ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFLEN, Pablo Rodrigo, organizadores. *Audiência de Custódia, Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça,* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. *Sistema processuais penais e seus princípios reitores*, 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.
AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. *Provas Ilícitas. Interceptações telefônicas gravações clandestinas.* 1ªed. São Paulo:RT, 1995.

BEDÊ, Américo Júnior & SENNA, Gustavo. *Princípio do Processo Penal. Entre o garantismo e a efetividade da sanção,* 1ª ed. São Paulo:RT.2009.

BONFIM, Edilson Mougenot *Curso de Processo Penal.* 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Resolução 213 do CNJ – artigo 12. *In* ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFLEN, Pablo Rodrigo, organizadores. *Audiência de Custódia, Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça,* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

_____. Resolução 213 do CNJ – art. 11. *In* ANDRADE, Mauro Fonseca & ALFLEN, Pablo Rodrigo, organizadores. *Audiência de Custódia, Comentários à Resolução 213 do Conselho Nacional de Justiça,* 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2017.

CARNAÚBA, Maria Cecília. *Prova Ilícita.* São Paulo: Saraiva, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão, Teoria do Garantismo Penal.* 2ª ed. São Paulo: RT, 2006.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. 2 ed. Sao Paulo: RT, 2000.

_____, ALMEIDA, José Raul Gavião e MORAES, Maurício Zanoide (coordenadores). *Provas no Processo Penal. Estudo Comparado.* 1ªed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades Públicas e Processo Penal.* 2º ed. São Paulo: RT, 1982.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Proibição das provas ilícitas na Constituição de 1988. In: MORAES, Alexandre (Coord.). *10 anos da Constituição Federal*. Sao Paulo: Atlas, 1999, p. 249-261.

GOMES FILHO, Antonio Magalhaes. Comentarios ao art. 157. In: MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis (Coord.). *As reformas no processo penal* – As novas leis de 2008 e os projetos de reforma. Sao Paulo: RT, 2008, p. 262-271.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos.* 4ª ed. São Paulo: Forense, 2017.

MELO, Raphael. *Audiência de custódia no processo penal.* Belo Horizonte: D'Placido, 2016.

MITTERMAIER, C.J.A. *Tratado da Prova em Matéria Criminal.* Campinas/SP: Bookseller, 1997.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Prova no Processo Penal.* 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

___. *Direitos Humanos versus Segurança Pública. Questões controvertidas penais, processuais penais, de execução penal e da infância e adolescência.*6ª ed. Rio de Janeiro: Forense.

OLIVEIRA, Gisele Souza; SOUZA, Sérgio Ricardo; BRASIL, Samuel Meira Junior & SILVA, Willian. *Audiência de Custódia: dignidade humana, controle de convencionalidade, prisão cautelar e outras alternativa (Lei 12.403).* 3ª ed. Rio de Janeiro: 2017.

PAIVA, Caio. *Audiência de Custódia e o processo penal brasileiro,* 2ª ed. Florianópolis Empório do Direito, 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de Direitos Humanos*. 10 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

A LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA E SUA (IN)ACEITAÇÃO PERANTE O TRIBUNAL DO JÚRI

Rodrigo Monteiro da Silva
Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo
E-mail: rsilva@mpes.mp.br

SÍNTESE DOGMÁTICA

O Brasil enfrenta uma inegável epidemia de crimes contra a vida. Em 2017, segundo o Atlas da Violência divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), foram registradas no País mais de sessenta mil mortes decorrentes de homicídios. Quem milita na área criminal possui a clara convicção que a maioria desses crimes violentos guarda relação com o tráfico de drogas e a incessante guerra entre gangues rivais pelo comando do lucrativo comércio ilegal de substâncias entorpecentes. O presente trabalho se propõe a analisar se situações pretéritas aptas a gerar inimizades ou disputas são capazes de justificar o reconhecimento pelo Conselho de Sentença do Tribunal Popular do Júri da tese de legítima defesa antecipada, mesmo quando a vítima não pratica nenhum tipo de agressão ou sequer indica que irá praticá-la. Em suma, busca-se construir um paralelo entre os requisitos legais autorizadores da legítima defesa, previstos no artigo 25 do Código Penal Brasileiro, de modo a atestar a impossibilidade de acatamento da tese de legítima defesa antecipada, mesmo diante do "Projeto de Lei Anticrime" apresentado pelo Governo Federal em fevereiro de 2019.

SUMÁRIO

Introdução; 1 As excludentes de ilicitude no Direito Penal brasileiro; 2 A legítima defesa como causa legal de excludente da ilicitude; 2.1 Requisitos legais para o reconhecimento da legítima defesa; 2.2 Modalidades de legítima defesa; 2.3 O projeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça; 3 A tese de legítima defesa antecipada no Tribunal do Júri; Conclusão; Proposta de Enunciado; Referências.

INTRODUÇÃO

No ano de 2017, conforme dados colhidos junto ao Atlas da Violência divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada), o Brasil anotou mais de sessenta mil mortes decorrentes de homicídios[534]. Chama a atenção que desse quantitativo alarmante, segundo dados do Conselho Nacional do Ministério Público, somente a média de 5% a 8% são elucidados[535]. Esses dados nos revelam que a cada ano mais de cinquenta mil homicídios se prestam somente para fins de estatísticas da impunidade.

A prática de anos em plenários de Tribunais do Júri foi capaz de nos mostrar que a cada dia novas teses defensivas apartadas da realidade e da legalidade são apresentadas com o propósito único de afastar a responsabilidade de autores de crimes de homicídio, sem qualquer preocupação com a repercussão social desses julgamentos. Dentre essas tentativas destaca-se a tese da "legítima defesa antecipada".

O presente estudo tem a finalidade de analisar se a tese da legítima defesa antecipada encontra suporte fático na legislação e na jurisprudência pátrias. Para tanto se pretende ponderar se referida tese defensiva apresenta-se em sintonia com os requisitos legais essenciais ao reconhecimento da legítima defesa como causa de excludente da ilicitude.

1. AS EXCLUDENTES DE ILICITUDE NO DIREITO PENAL BRASILEIRO

De forma geral o Direito Penal é composto por um conjunto de regras que ditam condutas classificadas como incriminadoras, definindo assim quais ações ou omissões deverão ser consideradas como crime. De outra sorte, o Direito Penal igualmente apresenta condutas teoricamente típicas que em condições específicas podem ser vislumbradas como normas permissivas que afastam o caráter ilícito da ação ou omissão.

Relevante destacar que nem toda ação (ou omissão) humana causadora de resultado material e formalmente ofensivo à lei penal deverá ser caracterizada como ilícita. Em situações específicas a conduta formalmente típica poderá, segundo o caso concreto, ser justificada de modo a afastar sua ilicitude.

As excludentes de ilicitude ou causas legais de justificação podem ser gerais quando vinculadas a todas as espécies incriminadoras, a exemplo da regra trazida pelo artigo 23 do Código Penal brasileiro, ou específicas quando destinadas a crimes determinados, a exemplo das regras contidas no artigo 128, do Código Penal brasileiro (hipótese de exclusão do crime

[534] Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253>. Acesso em 08 mai. 2019.
[535] Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em 11 mai. 2019.

de aborto), do artigo 142, do Código Penal brasileiro (possibilidade de justificação nos crimes contra a honra) e artigo 37, da Lei n.º 9.605/98 (exclusão da antijuridicidade em crimes contra a fauna).

A partir da análise da essência das excludentes de ilicitude é possível concluir que situações excepcionais podem servir de justificativa e afastar a ilicitude de condutas que normalmente seriam consideradas como ofensivas à norma penal incriminadora.

2. A LEGÍTIMA DEFESA COMO CAUSA LEGAL DE EXCLUDENTE DA ILICITUDE

A legítima defesa representa uma causa de exclusão da ilicitude que possibilita ao autor repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, utilizando moderadamente dos meios necessários, conforme dicção do artigo 25, do Código Penal Brasileiro.

Como a proteção ofertada pelo Estado não é capaz de alcançar em tempo integral a todas as violações da ordem jurídica restou autorizado pela legislação penal que em situações excepcionais, devidamente justificadas, o ofendido tenha a possibilidade de defender direito seu ou de terceiro.

Os requisitos para que a ação do ofendido receba enquadramento legal e reste amoldada como "legítima defesa" estão previstos no próprio artigo 25, do Código Penal brasileiro.

2.1. Requisitos legais para o reconhecimento da legítima defesa

Para que seja reconhecida a excludente de ilicitude se faz necessária a presença dos requisitos trazidos pelo próprio artigo 25, do Código Penal Brasileiro, quais sejam: a) uso moderado dos meios; b) injusta agressão; c) atual ou iminente; d) defesa de direito próprio ou de terceiro.

De certo que a lei não traz a obrigação de que todos devam fugir diante de uma situação de perigo (*commodus discessus*). Contudo, para que o ofendido possa lançar mão da excludente da legítima defesa faz-se necessária a observância de todos os requisitos elencados pela norma penal.

La Medica, ao abordar o requisito objetivo do perigo atual ou iminente esclarece que "*a atualidade do perigo consiste numa ameaça que esteja em via de realizar-se no momento da reação (perigo de uma ofensa maior)*"[536].

Somente com a presença de **todos** os requisitos previstos na lei será possível o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa. Trata-se, pois, de um imperativo legal e nesse vetor Jesus esclarece que a ausência de apenas um dos requisitos exclui a legítima defesa[537].

Por *uso moderado dos meios* se entende que caberá ao ofendido lançar mão dos mecanismos razoáveis de defesa estritamente necessários para repelir a agressão sofrida. A aferição do que seja "*mecanismos razoáveis"* deverá ser sopesada de acordo com a situação concreta, restando prematuro traçar uma moldura que se adapte a todas as situações fáticas.

Essa análise contextual do conceito de "*meios necessários"* é reiteradamente enfrentada pelos Tribunais Superiores, como se vê:

> PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO. ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGÍTIMA DEFESA. DESCONSTITUIÇÃO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. SÚMULA Nº 7 DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Mantida a sentença de absolvição sumária pelo Tribunal a quo, ao fundamento de que a ré, utilizando-se dos meios necessários para repelir injusta agressão iminente. Um chute na costela, com uma pequena faca de cozinha, de ponta arredondada, desferiu um único golpe com o intuito de ferir o braço esquerdo do ofendido, mas, por imperícia, acabou atacando o pescoço e causando o seu óbito, agiu em legítima defesa. 2. A divergência existente entre a dinâmica dos fatos narrados pelo acórdão e pelo recorrente demanda o revolvimento do contexto probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula nº 7/STJ 3. Agravo regimental improvido. (STJ; AgRg-AREsp 959.056; Proc. 2016/0198988-3; ES; Sexta Turma; Rel. Min. Nefi Cordeiro; DJE 16/03/2017) (grifei).
>
> APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRELIMINAR. NULIDADE DA SENTENÇA. ANÁLISE DAS PROVAS. REJEITADA. LIVRE CONVENCIMENTO DO JUIZ. LESÕES CORPORAIS. ART. 129, §9º DO CPB COM INCIDÊNCIA DA LEI FEDERAL Nº 11.340/2006. LEGÍTIMA DEFESA. AUSÊNCIA DE PROVAS. ATITUDE IMODERADA E DESPROPORCIONAL. CUSTAS PROCESSUAIS. JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O douto juiz, em observância ao princípio do livre convencimento motivado, previsto no art. 155, do CPP, sopesou as provas produzidas, apresentando suas justificativas para não considerar as alegações da defesa suficientes para eximir o réu da condenação. Preliminar rejeitada. 2. Inviável o acolhimento da tese de legítima defesa (art. 25 do CP). A uma porque os elementos probatórios constantes nos autos demonstram que o réu agiu de forma desproporcional e imoderada em meio a uma mera discussão familiar. Insta salientar, nesse sentido que a legítima defesa real, prevista no art. 25 do CP, possui como pressupostos objetivos não apenas a existência de agressão injusta, mas moderação no uso dos meios necessários para afastá-la. (RESP nº 1119886 / RJ, Relª. NANCY ANDRIGHI, Terceira Turma, DJE 28.2.2012). A duas porque, apesar da tese invocada, o réu não apresentou nenhuma prova que caracterizasse a excludente. Em verdade, as alegações do apelo estão totalmente divorciadas do conjunto probatório constante aos autos. [...]. (TJES; Apl 0004759-39.2015.8.08.0048; Primeira Câmara

[536] LA MEDICA, Vincenzo. **O Direito de Defesa**. Campinas: ME Editora e Distribuidora. 2003, p. 121-122.
[537] JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 116.

Criminal; Relª Subst. Desª Cláudia Vieira de Oliveira Araújo; Julg. 21/11/2018; DJES 30/11/2018) (grifei).

A *injusta agressão*, segundo Capez, é aquela contrária ao ordenamento jurídico[538]. Se a agressão sofrida pelo ofendido é autorizada pelo direito, a exemplo de uma intervenção policial legal, não cabe contra ela a invocação de legítima defesa.

Para Busato aquele que dá causa à agressão de terceiro não pode invocar para si a legítima defesa, uma vez que pratica uma conduta dolosa injustificada. De forma sintética referido autor define a legítima defesa como "*o direito de autopreservação contra ataques injustos*"[539].

A *agressão atual* é a que está sendo perpetrada no momento da conduta equiparada à legítima defesa. Já a *agressão iminente* é aquela que está prestes a ocorrer. Adverte Capez que nesses casos a repulsa poderá ser admitida desde logo, eis que ninguém está obrigado a aguardar até que seja golpeado para dar início ao ataque defensivo (*nemo expectare tenetur donec percutietur*)[540].

Além dos requisitos objetivos previstos em lei (agressão injusta, atual ou iminente, direito próprio ou alheio e meios necessários usados moderadamente) para o reconhecimento da legítima defesa exige-se o elemento subjetivo caracterizado pela vontade de se defender diante de um mal injusto (*animus defendendi).* Bitencourt assevera que *"a legítima defesa deve ser objetivamente necessária e subjetivamente orientada pela vontade de defender-se*[541]*"*.

2.2. Modalidades de legítima defesa

A excludente da legítima defesa poderá ser invocada para a proteção de direito próprio ou alheio. Segundo Busato o autor pode atuar em defesa legítima de bem jurídico alheio, hipótese que se denomina legítima defesa de terceiro, em contraposição à legítima defesa própria, quando o bem jurídico atacado pela agressão injusta pertence ao próprio sujeito que atua em legítima defesa[542].

Legítima defesa putativa decorre de uma errônea suposição da existência da legítima defesa motivada por erro de tipo ou de proibição (artigos 20, § 1º e 21 do Código Penal brasileiro). Em verdade o ofendido acredita em uma falsa existência de situação que justifique sua conduta, mas tal situação não existe no mundo real.

[538] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 301.
[539] BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 464/466.
[540] CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014, p. 304.
[541] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 438.
[542] BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2017, p. 468.

O fundamento que confere validade à legítima defesa putativa se encontra na falsa percepção da realidade, decorrente de erro de tipo ou erro de proibição, que autoriza ao "ofendido", em situações razoavelmente justificadas, a afastar uma agressão inexistente[543].

A legítima defesa putativa terá lugar em situações de comprovado e justificável erro de percepção do agente que atua lastreado na certeza de uma situação que somente existe em seu imaginário. Nesse sentido é o entendimento de nossos Tribunais:

> APELAÇÃO CRIMINAL. DISPARO DE ARMA DE FOGO. INTERPOSIÇÃO DEFENSIVA. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. RECONHECIMENTO DA EXCLUDENTE DE ILICITUDE DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. COMPROVAÇÃO. ACUSADO QUE AGIU PENSANDO ESTAR NA IMINÊNCIA DE SOFRER INJUSTA AGRESSÃO. REQUISITOS DO ART. 25 DO CP. RECURSO PROVIDO. I. Acolhe-se o pleito absolutório formulado pela defesa, com o reconhecimento da excludente de ilicitude da legítima defesa putativa, quando as provas existentes nos autos demonstram que o apelante, ao efetuar um único disparo com a arma de fogo que possuía, agiu pensando estar na iminência de sofrer injusta agressão. Presença dos requisitos do art. 25 do CP. II. Apelação criminal provida, em parte com o parecer. (TJMS; ACr 0000476-47.2014.8.12.0031; Terceira Câmara Criminal; Rel. Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva; DJMS 12/11/2018; Pág. 63) (grifei).
>
> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DELITO DE HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO CONEXO COM CRIME DE POSSE DE ARMA DE FOGO. PRELIMINAR SUSCITADA EM CONTRARRAZÕES PELO PARQUET. INTEMPESTIVIDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO SUMÁRIA. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA. INVIABILIDADE. TESE NÃO COMPROVADA DE PLANO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRONÚNCIA. [...]. 4) A legítima defesa putativa caracteriza-se quando o agente por erro justificável repele agressão inexistente, mas que lhe parecia injusta e atual. Trata-se, portanto, de hipótese de erro quanto à existência da agressão. [...]. (TJMG; RSE 1.0325.14.003057-9/001; Relª Desª Kárin Emmerich; Julg. 15/10/2018; DJEMG 24/10/2018) (grifei).

Assim, não se pode (e nem se deve) confundir os institutos da *legítima defesa putativa* com a chamada *legítima defesa antecipada.* Aquela ocorre, conforme acentua Bitencourt, "*quando alguém se julga, erroneamente, diante de uma agressão injusta, atual ou iminente, encontrando-se, portanto, legalmente autorizado a repeli-la*[544]", ao passo que na versão "antecipada" da legítima defesa não existe o erro de percepção do agente, mas sim um propósito claro de se antecipar a uma agressão inexistente – seja no mundo real ou mesmo no mundo imaginário – e, dessa forma, causar a morte de um inocente.

2.3 O projeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça

[543] INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da exclusão de ilicitude**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2001, 68.
[544] BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2017, p. 436.

Em 04 de fevereiro de 2019 o Ministro da Justiça Sérgio Moro reuniu-se com governadores e secretários de segurança pública de todo o país para apresentar e debater o "Projeto de Lei Anticrime" voltado a promover diversas alterações legislativas com o propósito de combater o crime organizado e a corrupção[545].

Dentre essas propostas destaca-se o intento de promover mudanças no instituto da legítima defesa, com a alteração dos artigos 23 e 25 do Código Penal, nos seguintes termos:

> "Art.23 (...):
> § 1º O agente, em qualquer das hipóteses deste artigo, responderá pelo excesso doloso ou culposo.
> § 2º O juiz poderá reduzir a pena até a metade ou deixar de aplicá-la se o excesso decorrer de escusável medo, surpresa ou violenta emoção."
>
> "Art.25 (...):
> Parágrafo único. Observados os requisitos do caput, considera-se em legítima defesa:
> I - o agente policial ou de segurança pública que, em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem; e
>
> II - o agente policial ou de segurança pública que previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes."

Em que pese as alterações apresentadas entendemos que a essência do instituto não sofreu qualquer alteração, eis que a exigência dos requisitos da legítima defesa (uso moderado dos meios necessários, injusta agressão – atual ou iminente) permanecem inalterados.

Em relação ao excesso, culposo ou doloso, a nova proposta legislativa não traz inovação prática que mereça relevo, uma vez que eventual excesso decorrente de "perturbação, medo ou susto" afasta a culpabilidade, por inexigibilidade conduta diversa. Na realidade, referida proposta do Ministério da Justiça tem o condão de normatizar um entendimento já sedimentado na doutrina e na jurisprudência.

Diversamente do que vem sendo equivocadamente propagado pela mídia a nova redação do artigo 25, do Código Penal não confere aos agentes de segurança pública uma "autorização para matar". Em verdade a proposta limita-se a resguardar de forma expressa no sistema legal situações que já são albergadas pela legítima defesa, uma vez que a atuação do agente policial que "*em conflito armado ou em risco iminente de conflito armado, previne injusta e iminente agressão a direito seu ou de outrem*" ou que "*previne agressão ou risco de agressão a vítima mantida refém durante a prática de crimes*", sempre esteve resguardada pelo manto da legítima defesa ante à inequívoca presença de "injusta agressão atual ou iminente".

[545] Disponível em <http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1549193850.56/view>. Acesso em 04 mai. 2019.

Nesse contexto o Projeto de lei anticrime apresentado pelo Ministério da Justiça não se propõe a inaugurar uma "licença para matar". Busca-se, tão somente, a normatização daquilo que doutrina e jurisprudência já entendem há tempos como legítima defesa.

3 A Tese De Legítima Defesa Antecipada No Tribunal Do Júri

Questão nevrálgica da legítima defesa, que guarda vinculação às condições de existência do próprio instituto, está ligada à relação temporal entre o contra-ataque para com a injusta agressão, conforme já apresentado no tópico 2.1.

Não se pode falar em legítima defesa, sobretudo quando se está em risco o direito mais sagrado do ser humano, o direito à vida, sem deixar de respeitar a vontade do legislador e buscar na ação defensiva a moldura legal presente no artigo 25, do Código Penal brasileiro. Nesse contexto, somente a injusta agressão, "*atual ou iminente",* poderá ser albergada pela excludente de ilicitude da legítima defesa.

Defender que crimes sejam praticados contra vítimas que sequer deram início a qualquer ato ofensivo[546], sob o argumento de "legítima defesa antecipada" representa uma intransponível ofensa ao direito fundamental à vida previsto no festejado artigo 5º, da Constituição Federal[547].

O instituto da legítima defesa consagrado pelo Direito como um instrumento ofertado em favor daqueles ofendidos por uma injusta agressão, atual ou iminente, que permite uma resposta diante de uma ilicitude, não pode ser enxergado como um verdadeiro cheque em branco para o cometimento de crimes. Sustentar a existência de legítima defesa antecipada em favor daquele que dá cabo a uma vida humana que sequer iniciou um único ato preparatório apto a justificar referida excludente de ilicitude corresponde a uma contradição com a real vontade do legislador.

No Tribunal Popular do Júri as excludentes de ilicitude, a exemplo da legítima defesa, não têm o condão de conferir a nenhum ser humano o direito de sacrificar a existência daquele que não trouxe nenhum risco à vida alheia. É preciso conferir máxima amplitude ao direito à vida. Nesse sentido, ao traçar os contornos do princípio da plenitude da vida diante do Tribunal do Júri, Loureiro adverte:

---

[546] Com crescente frequência temos percebido em plenários de Tribunais do Júri a utilização de teses defensivas que abordam a "legítima defesa antecipada" em situações nas quais a vítima sequer deu indícios de que estaria se preparando para o cometimento de eventual injusta agressão. Não há a indicação de início de atos de execução ou de atos preparatórios. Sob esse falso argumento homicídios estão sendo cometidos contra desafetos que se encontram, inclusive, em momentos de lazer e distantes de armas de fogos ou outros instrumentos aptos ao cometimento de crimes.

[547] "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".

> Por força de seu valor supremo, o direito à vida exige especial proteção do Poder Público e da coletividade, sendo, pois, responsabilidade de todos. Desse modo, qualquer desvalor à vida humana deve ser contestado, arrostado e censurado *in limine*, evitando-se a todo custo sua desproteção. [...]. Logo, como instrumento protetivo, incumbe-lhe afirmar, em seus veredictos, a inviolabilidade desse superdireito, punindo exemplarmente quem ousou atacar a existência de semelhante, ou seja, deve defender com denodo e de forma intransigente o direito à vida[548].

Em respeito à vida, o mais relevante valore humano, discordamos frontalmente das considerações apresentadas por Santana Júnior e Gadelha Júnior, para os quais a legítima defesa antecipada (prévia, preventiva ou preordenada) é o caminho único para o cidadão de bem garantir sua vida diante de uma injusta ameaça[549].

Referidos autores sustentam que situações de agressões futuras (e certas) decorrentes de ameaças prévias legitimariam que o suposto ameaçado, acuado por não contar com a proteção estatal, estaria autorizado a se antecipar e ceifar a vida de seu oponente, mesmo que esse sequer tenha iniciado qualquer ato preparatório. Nesse contexto relega-se um requisito objetivo estampado no artigo 25 do Código Penal Brasileiro: a agressão atual ou iminente.

Convém registrar, em contraponto às ideias acima apresentadas, que sequer uma ameaça isolada possui o condão de fundamentar a legítima defesa. Nesse sentido, com precisão La Medica adverte que "*uma simples ameaça, desacompanhada de atos ou circunstâncias que criem no ameaçado o receio da execução eminente, ou iminente, ou a ameaça de uma lesão futura, não podem justificar a legítima defesa*"[550].

Douglas, em artigo publicado no ano de 1995, igualmente defende o uso da legítima defesa antecipada baseando-se em futurologia, uma vez que condiciona o reconhecimento do instituto a uma agressão futura e certa, o que se contradiz com a dicção do citado artigo 25, do Código Penal Brasileiro. Para o autor:

> Como requisito para a acatação da tese, e consequente absolvição, teremos sempre a demonstração do conjunto de circunstâncias que justifiquem a conduta do réu, por exemplo, quanto à certeza da agressão (futura e certa). Sempre terá que haver suficiente e robusta prova de que o agente seria atacado, que tinha motivos bastantes para proceder em legítima e antecipada defesa (grifo nosso)[551].

Coura, com supedâneo exclusivo nas afirmações de Santana Júnior, Gadelha Júnior e Douglas, defende que a legítima defesa antecipada merece ser recebida pelo ordenamento jurídico-penal como cláusula supralegal de exclusão da ilicitude; e para tanto assinala que além dos requisitos gerais exigidos pelo artigo 25, do Código Penal Brasileiro deverão estar

---

[548] LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2017, *passim*.
[549] SANTANA JÚNIOR, Francisco das Chagas; GADELHA JÚNIOR, Francisco das Chagas. Legítima Defesa Antecipada. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 3, n. 2, set. 2006, p. 358. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/59995>. Acesso em: 08 mai. 2019.
[550] LA MEDICA, Vincenzo. **O Direito de Defesa**. Campinas: ME Editora e Distribuidora. 2003, p. 124.
[551] DOUGLAS, William. Legítima Defesa Antecipada. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. n. 715. p. 428-430, maio, 1995.

presentes condicionantes específicas para que se vislumbre a ocorrência da legítima defesa antecipada, a saber: a) certeza da agressão (futura e certa); b) ausência de proteção estatal; c) impossibilidade de fugir da agressão; d) impossibilidade de suportar certos riscos; e) proceder previamente em casos extremos; e) proporcionalidade na utilização dos meios necessários à reação[552].

Discordamos frontalmente dessas tentativas de justificação de crimes contra a vida baseadas em futurologias. A agressão apta a justificar a legítima defesa deverá ser "atual ou iminente", não havendo sentido ou razoabilidade em se cogitar o reconhecimento de referida exclusão de ilicitude com base em agressões incertas.

O requisito da "ausência de proteção estatal", segundo Coura (novamente citando Santana Júnior e Gadelha Júnior), autoriza que o cidadão defenda a própria integridade física sempre que o aparato policial não se fizer presente. Com a devida vênia, cremos que tal argumento somente tem o condão de fomentar a barbárie a partir dos fundamentos da Lei de Talião[553], que prega o "olho por olho, dente por dente". Impossível ao Estado, por meio da força policial, se fazer presente em todos os locais. Acatar o posicionamento de referidos autores é o mesmo que permitir o "olho por olho, dente por dente" de forma irresponsável e indiscriminada.

A jurisprudência acertadamente rechaça a possibilidade de reconhecimento da tese de legítima defesa antecipada, como se vê:

> APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. CONDUTA TIPIFICADA NO ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003. PRETENSA ABSOLVIÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE, LEGÍTIMA DEFESA, ERRO DE TIPO E ERRO DE PROIBIÇÃO. EXCLUDENTES NÃO CONFIGURADAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME IMPUTADO PARA O TIPO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO DE SÉRIE SUPRIMIDA. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DO DECRETO CONDENATÓRIO. Incabível a absolvição quando o contexto probatório comprova que o réu portava, em via pública, munições e arma de fogo de uso permitido, esta com numeração suprimida, não sendo admissível a tese de legítima defesa antecipada, figura inexistente no ordenamento jurídico pátrio, ainda mais quando sequer há demonstração de que o agente sofria algum tipo de ameaça. [...]. A virtual situação de perigo, sem a demonstração de uma situação concreta e emergencial, não autoriza o indivíduo a se armar, sob pena de tornar sem efeito o Estatuto do Desarmamento. [...]. (TJMG; APCR 1.0024.15.050844-8/001; Rel. Des. Edison Feital Leite; Julg. 11/09/2018; DJEMG 19/09/2018).
>
> APELAÇÃO. ARTIGO 129, § 2º, INC. IV, DO C. P. LESÃO CORPORAL DE NATUREZA GRAVÍSSIMA. [...]. Nesse diapasão, imperioso é convir que, não se

[552] COURA, Carlos Boaventura Dias. A legítima defesa antecipada como causa supralegal de exclusão da ilicitude. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17448>. Acesso em 10 mai. 2019.

[553] A Lei de Talião, do latim *lex talionis* (*lex*: lei e *talio*, de *talis*: tal, idêntico), também dita **pena de talião**, consiste na rigorosa reciprocidade do crime e da pena — apropriadamente chamada *retaliação*. Esta lei é frequentemente expressa pela máxima *olho por olho, dente por dente*. Disponível em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Lei_de_tali%C3%A3o>. Acesso em 10 mai. 2019.

> mostra minimamente crível a versão defensiva que alude a uma pretensa legítima defesa antecipada, a qual sequer possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico pátrio, diga-se de passagem, sendo incabível considerar-se como apta a ensejar a legítima defesa uma injusta agressão futura e incerta, ante a possibilidade de se buscar o socorro das autoridades públicas, bem como de pessoas que se encontravam no local. Em nenhum momento, a defesa logrou êxito em provar a alegada excludente de antijuridicidade, mormente quando as testemunhas presenciais relataram a ausência de que o lesado estaria portando arma de fogo, frisando que tais depoimentos guardaram pertinência com a dinâmica dos fatos, a qual apontou para desproporcionalidade da agressão praticada pelo acusado, resultando em deformidade permanente no dedo (quinto quirodáctilo esquerdo) da mão da vítima. [...]. (TJRJ; APL 0023781-28.2014.8.19.0011; Cabo Frio; Oitava Câmara Criminal; Relª Desª Elizabete Alves de Aguiar; DORJ 14/09/2018; Pág. 183).

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC n.º 477.649, de relatoria do Ministro Felix Fischer, de forma clara afirmou a inexistência da legítima defesa antecipada em nosso ordenamento jurídico, como se vê:

> (...) Nesse diapasão, imperioso é convir que, não se mostra minimamente crível a versão defensiva que alude a uma pretensa legítima defesa antecipada, a qual sequer possui previsão legal em nosso ordenamento jurídico pátrio, diga-se de passagem, sendo incabível considerar-se como apta a ensejar a legítima defesa uma injusta agressão futura e incerta, ante a possibilidade de se buscar o socorro das autoridades públicas, bem como de pessoas que se encontravam no local. (...)[554].

Segundo o dicionário a expressão "iminente" significa "*algo* ***que está prestes a acontecer,*** *que está em via de efetivação imediata*"[555]. Isso nos revela que somente a agressão que aconteceu ou aquela que está em vias de acontecer poderá ser repelida pelo ato de legítima defesa. Representa um contrassenso permitir o uso da legítima defesa nas situações em que não existe agressão atual ou iminente.

Situação diversa pode ser observada quando membros de força policial se deparam com alguém portando de forma ostensiva em vias públicas de imenso tráfego de pessoas inocentes uma arma de fogo de uso exclusivo das Forças Armadas, trazida para o Brasil com o propósito único de ser usada na guerra urbana que assusta todo o País. Nesses casos particulares em que criminosos circulam ostensivamente com fuzis e outras armas de imenso e destrutivo poder de fogo, estarão as autoridades policiais autorizadas a utilizar a força para defender a sociedade. Entendemos, assim, que a conduta de portar um fuzil já configura ato preparatório à prática criminosa e autoriza o uso da legítima defesa para conter essa violência (agressão injusta) iminente.

Destaca-se, também, que a regra a ser observada para os crimes de homicídio está prevista no artigo 121, do Código Penal Brasileira. A legítima defesa é uma exceção e como

---

[554] STJ; HC 477.649-RJ (2018/0293861-7); Rel. Min. Felix Fischer; Publicado em 10/12/2018. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=90608823&num_registro=201802938617&data=20181210&tipo=0>. Acesso em 15 ma. 2019.

[555] Disponível em: <https://www.significados.com.br/iminente/>. Acesso em 06 mai. 2019.

tal deve ser tratada. Acerca dessa análise excepcional do instituto aderimos às coerentes ponderações trazidas por Novais:

> Para tanto, por ser exceção, essa causa de exclusão de crime só tem cabimento na hipótese de estarem rigorosamente presentes seus requisitos. Na dúvida da ocorrência de qualquer um deles, aplica-se o *in dubio pro vita*. É vedado, por conseguinte, o alargamento interpretativo sobre eles. Do contrário, estar-se-á desprotegendo, ou protegendo de forma deficiente, o direito à vida[556].

No enfrentamento diário de julgamentos de Tribunais do Júri encontramos as mais criativas e ousadas teses defensivas apresentadas com o propósito de livrar o réu de sua responsabilidade penal. A existência de prévia inimizade entre as partes tem sido motivação rotineira para que seja sustentada em plenário a tese da legítima defesa antecipada, ainda que ausentes os requisitos legais.

Acerca dessa inimizade entre agressor e ofendido Nucci adverte com precisão que somente será admitida a utilização da tese da legítima defesa "*se um deles iniciar agressão injusta*"[557]. Percebe-se, pois, que antes do início da agressão (ou mesmo da percepção de atos preparatórios) é impossível o reconhecimento da legítima defesa, ainda que de forma antecipada. De igual sorte, Linhares afirma que a inimizade pretérita entre as partes somente autoriza o manejo da legítima defesa "*para afastar o perigo ante o ataque a ameaça*"[558].

O acatamento da tese de legítima defesa antecipada em situações de crimes cometidos contra desafetos representa um convite e um estímulo à impunidade e à produção de mais violência em uma sociedade dominada pelo crime.

O presente estudo não se presta a defender que o cidadão entregue sua vida de forma gratuita a seu inimigo. Em um exemplo tipicamente "damasiano"[559] em que dois desafetos declarados, que já proferiram ameaças mútuas, se encontram em uma noite chuvosa em uma rua escura e sem saída, não há que se esperar o prévio ataque ou mesmo o início de atos preparatórios para se realizar, de forma moderada, a defesa da própria vida. Situações extremadas dessa natureza, conforme anotado por Greco, não se confundem com a excludente da ilicitude da legítima defesa, ante a inexistência de agressão atual ou iminente, mas sim estaria presente nesse exemplo hipotético a excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa[560].

Diversamente do "exemplo hipotético" acima citado, em que claramente se encontra presente situação de excludente de culpabilidade da inexigibilidade de conduta diversa, o que

---

[556] NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Tribunal do Júri**. 2 ed. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2018, p. 68.
[557] NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 215/216.
[558] LINHARES, Marcelo J. **Legítima defesa.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992, p. 323/324.
[559] Utiliza-se propositalmente a expressão "exemplo damasiano" para fazer referência aos exemplos inusitados costumeiramente trazidos por Damásio Evangelista de Jesus em sua aclamada obra "Código Penal Anotado", publicada pela Ed. Saraiva.
[560] GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004. p. 392.

temos presenciado em plenários de Tribunais do Júri é a crescente utilização da "legítima defesa antecipada" em situações diametralmente opostas a apresentada. Referida teoria tem-se prestado a tentar justificar uma conduta típica, culpável e antijurídica, com o propósito único de fomentar a violência gratuita e contribuir com o crescente ciclo de banalização da vida humana.

Destacamos, ainda, que não é possível afirmar com precisão qual é a relação entre o número de homicídios e o tráfico de drogas. Mesmo diante da ausência de dados estatísticos específicos constatou-se, entre janeiro de 2017 a dezembro de 2018, a partir de uma análise objetiva entre todas as denúncias de homicídios ofertadas no município capixaba de Serra, um dos mais violentos do Brasil[561], que os homicídios estão vinculados ao tráfico de drogas.

Segundo levantamento realizado a partir de informações do sistema de informação do Ministério Público do Estado do Espírito Santo, no período mencionado foram ofertadas 465 denúncias referentes a crimes de homicídio, das quais 240 guardam "relação direta"[562] com o tráfico de drogas.

Essa singela análise nos revela que ao menos 51,61 % dos crimes de homicídio levados ao conhecimento do Poder Judiciário no Município de Serra (ES) foram motivados por questões vinculadas ao tráfico de drogas, ou seja, foram cometidos por pessoas que anteriormente aos fatos já mantinham alguma relação de rivalidade ou disputa pelo controle do comércio ilegal de substâncias entorpecentes.

Concretamente podemos afirmar que a aceitação da tese da legítima defesa antecipada representaria nesses 240 homicídios já citados uma verdadeira autorização para matar, um "cheque em branco" para o cometimento de crimes violentos, uma vez que todos, sem exceção, teoricamente, enquadram-se nas razões abstratas daqueles que defendem a utilização indiscriminada e irresponsável do instituto da legítima defesa.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa não se presta a defender que o cidadão aguarde o início da agressão injusta para então ter o direito de se defender. Nem de longe esse é o propósito. De outra sorte, pretende-se esclarecer que a excludente de ilicitude da legítima defesa não deve ser manejada nas situações em que sequer existe indício mínimo da presença de atos preparatórios.

[561] Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253>. Acesso em 08 mai. 2019.

[562] A pesquisa analisou todas as denúncias ofertadas entre janeiro de 2017 a dezembro de 2018 e separou aquelas que apresentavam motivação torpe vinculada ao tráfico de drogas, chegando ao quantitativo de 51,61 % (de 465 denúncias ofertas, 240 tinham motivação torpe decorrente do tráfico de drogas). A pesquisa não considerou as denúncias qualificadas por motivo torpe decorrentes de "desentendimentos anteriores entre réu e vítima", não havendo como precisar se entre esses igualmente existe relação com o tráfico de drogas.

Muito além do que exigir o início da agressão para se dar início aos atos de defesa, algo sequer cogitado, busca-se aclarar o entendimento no sentido de que para o reconhecimento da legítima defesa há a insofismável vinculação com os requisitos legais previstos no artigo 25, do Código Penal brasileiro, especificamente, a injusta agressão atual ou iminente.

Busca-se, em atenção ao princípio constitucional implícito da plenitude da tutela da vida sabiamente defendido por Loureiro[563], atestar que a proteção da vida merece ser plena, vedando-se o manejo de abusos do sistema normativo-penal tendentes a maliciosamente burlar a defesa da vida e privilegiar aquele que dolosamente cometeu um homicídio e tenta esquivar-se da sua responsabilidade sob o manto da legítima defesa putativa.

Sustentar a legítima defesa antecipada como tese jurídica de exclusão da ilicitude, sobretudo, diante de um quadro insofismável vivenciado em comunidades carentes, nas quais a violência urbana é uma constante e a proteção estatal uma realidade longínqua, representa conferir à sociedade em geral um verdadeiro "cheque em branco" para o cometimento reiterado de crimes contra a vida.

A vida é o mais precioso dos bens, o mais importante valor do ser humano. Cabe ao Estado e aos operadores do Direito uma atuação voltada a frear o crescente número de homicídios no Brasil, e não o contrário!

Segundo Atlas da Violência divulgado pelo IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) no ano de 2017 foram registradas no Brasil mais de sessenta mil mortes decorrentes de homicídios[564]. Por certo, não será com a propagação de uma tese defensiva que fomenta e incentiva a prática de novos crimes que a sociedade brasileira se verá livre dessa epidemia de homicídios vivenciada por todo o Brasil.

Vivenciamos um momento preocupante em que teses jurídicas desenvolvidas com o único propósito de beneficiar aqueles que voluntariamente cometem crimes estão sendo amplamente acatadas pelos Tribunais a partir de uma inegável customização da legislação, ou seja, a interpretação criativa da lei tem-se mostrado um exercício de proteção em favor daqueles que cometem crimes graves contra a sociedade brasileira.

A proliferação da tese da legítima defesa antecipada em processos relativos a crimes dolosos contra a vida, inegavelmente, terá o condão de influenciar de forma direta no aumento dos crimes de homicídio. É preciso, de forma oposta, abraçar a perspectiva de prevenção geral

[563] LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2017, p. 42.
[564] Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253>. Acesso em 08 mai. 2019.

contida na aplicação de uma pena. Diante do colapso suportado pela sociedade decorrente da violência esse vetor preventivo torna-se amplamente relevante.

Resta saber qual é o real interesse dessa relativização da legislação penal sempre em contrariedade aos interesses da sociedade. Certo é que ninguém com bom senso preza que as garantias processuais constitucionalmente previstas sejam afastadas. De outra sorte resta extremamente perigoso o apego às novas e criativas teses defensivas que vêm ganhando fôlego em sintonia com aquilo que Aras denomina de "cafuné processual"[565].

O reconhecimento da legítima defesa, conforme já ventilado no presente estudo, demanda a presença de todos os requisitos trazidos na lei (artigo 25, do Código Penal Brasileiro). Dessa forma, ante à impossibilidade de se compatibilizar a chamada "legítima defesa antecipada" como o obrigatório requisito da "agressão atual ou iminente", por razões óbvias, resta prejudicado que o Conselho de Sentença acate essa tese defensiva.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

"NO JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS DE HOMICÍDIOS NÃO SERÁ ACEITA A TESE DE LEGÍTIMA DEFESA ANTECIPADA".

REFERÊNCIAS

ARAS, Vladimir. **Déjà vu processual: mais do mesmo.** Disponível em: <http://www.anpr.org.br/images/artigos/D--j---vu-processual-mais-do-mesmo.pdf>. Acesso em 06 mai. 2019.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal:** parte geral. 23 ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas. 2017.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal**. Vol. 1, parte geral. 18. ed. São Paulo: Saraiva. 2014.

Conselho Nacional do Ministério Público. Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Enasp/relatorio_enasp_FINAL.pdf>. Acesso em 11 mai. 2019.

COURA, Carlos Boaventura Dias. A legítima defesa antecipada como causa supralegal de exclusão da ilicitude. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 150, jul 2016. Disponível em: <http://www.ambito-

[565] ARAS, Vladimir. **Déjà vu processual: mais do mesmo.** Disponível em: <http://www.anpr.org.br/images/artigos/D--j---vu-processual-mais-do-mesmo.pdf>. Acesso em 06 mai. 2019.

juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17448>. Acesso em 10 mai. 2019.

DOUGLAS, William. Legítima Defesa Antecipada. **Revista dos Tribunais.** São Paulo. n. 715. p. 428-430, maio, 1995.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal: parte geral**. 4. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

INELLAS, Gabriel Cesar Zaccaria de. **Da exclusão de ilicitude**. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira. 2001.

JESUS, Damásio E. de. **Código Penal Anotado.** 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

LA MEDICA, Vincenzo. **O Direito de Defesa**. Campinas: ME Editora e Distribuidora. 2003.

LINHARES, Marcelo J. **Legítima defesa.** 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1992.

LOUREIRO, Caio Márcio. **O princípio da plenitude da vida no Tribunal do Júri**. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2017.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro de. **A defesa da vida no Tribunal do Júri**. 2 ed. Cuiabá: Carlini & Caniato Editorial. 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal.** 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SANTANA JÚNIOR, Francisco das Chagas; GADELHA JÚNIOR, Francisco das Chagas. Legítima Defesa Antecipada. In: **Revista Direito e Liberdade**. Mossoró, v. 3, n. 2, set. 2006. Disponível em: <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/59995>. Acesso em: 08 mai. 2019.

O controle da fundamentação judicial do procedimento dosimétrico pelo Ministério Público: necessidade de consideração do grau de manifestação concreta das elementares do tipo penal como fundamento idôneo para a exasperação da pena-base na primeira fase do procedimento dosimétrico

Mateus Sleiman Castriani Quirino – Promotor de Justiça Titular – Anastácio/MS – MP/MS

SÍNTESE DOGMÁTICA E FUNDAMENTAÇÃO:

Considerando o propósito da tese, afiguram-se desnecessárias digressões metodológicas sobre o procedimento trifásico de dosimetria da pena criminal no ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista serem reduzidas as controvérsias quanto à sistemática procedimental (principalmente após a reforma de 1984 no art. 68 do Código Penal). Entretanto, escassos são os debates substanciais, isto é, de **definição dos critérios** juridicamente legítimos para a fixação judicial da pena.

Assim, tem-se como premissa fundamental o fato de que que **os elementos para a imputação do delito são os mesmos que devem ponderados na dosimetria da pena**[566]. A aplicação da pena consiste no prosseguimento ("quantificação") das categorias dogmáticas do delito (que servem para a constatação da punibilidade e, igualmente, para mensurar a reprimenda criminal).

O **ponto de referência** de determinação da pena deve ser o **injusto culpável**. Nessa concepção, o **injusto** é compreendido como figura que abrange os **graus de manifestação** dos **elementos do tipo**, o **desvalor da ação** e o **desvalor do resultado**. Com efeito, os **elementos do tipo penal não são componentes estáticos** (como pressupostos básicos da incriminação), mas **graduáveis** e, portanto, também constituem objeto da aplicação da pena.

Tal conclusão **não viola a proibição de *bis in idem*** em sede de aplicação judicial da pena. O que a proibição de dupla valoração pelo mesmo fato veda é, na realidade, que a presença, *per se*, de um dos pressupostos do crime – elementos do tipo, antijuridicidade e

[566] Não se ignorando diversas outras teorias sobre a aplicação da pena existentes (teoria dos níveis, do espaço livre, etc.).

culpabilidade – seja valorada negativamente e, pois, utilizada concomitantemente como fundamento para a majoração da pena-base. **Nada impede, no entanto**, **que o grau de manifestação desses pressupostos seja levado em conta na fixação da pena**[567].

> Por exemplo, veja-se o art. 42 da Lei 11. 343/06:
> Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a **natureza** e a **quantidade da substância** ou do produto, a **personalidade** e a **conduta social do agente**.

Ora, é inerente ao tráfico que seja apreendida certa quantidade de droga, de uma determinada natureza, sendo "droga" elementar, por exemplo, do art. 33, *caput*, da Lei n° 11. 343/06. Ainda assim, o artigo reforça que, a depender da quantidade de droga, a pena-base pode ser exasperada. E, mesmo "droga" sendo "inerente ao tipo", sua quantidade concreta pode ser fundamento idôneo para o incremento da pena base.

Uma breve análise jurisprudencial corrobora o que ora se sustenta, embora sem explicitar os fundamentos aqui expostos, tampouco exteriorizando a conclusão dogmática extraída da análise em tela.

A seguir, são elencados casos julgados pelo Superior Tribunal de Justiça envolvendo a temática, com breves considerações, normalmente envolvendo as circunstâncias e consequências do crime.

Cite-se a edição 26 da coletânea "Jurisprudência em teses", sobre circunstâncias judiciais, em seu item 14: *"O* ***expressivo prejuízo causado à vítima justifica o aumento da pena-base****, em razão das consequências do crime*"[568].

Assim, para o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a não recuperação do bem, por si só, não justificaria o aumento da pena, por ser usual em delitos desta natureza. No entanto, o expressivo prejuízo à vítima pode justificar o aumento da pena base, de acordo com a mesma Corte:

> PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. **CRIME DE ESTELIONATO**. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO VALORADAS NEGATIVAMENTE COM BASE NO **EXPRESSIVO PREJUÍZO CAUSADO À VÍTIMA**. POSSIBILIDADE. **CIRCUNSTÂNCIA QUE ULTRAPASSA AS COMUNS À ESPÉCIE**. IMPOSIÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO E NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. PENA-BASE FIXADA VALIDAMENTE ACIMA DO MÍNIMO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

---

[567] No sentido sustentado: TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015, *passim*.

[568]

1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia.
2. Mostra-se **válido o aumento da pena-base, em razão das consequências do delito, consideradas em desfavor dos pacientes diante do expressivo prejuízo causado à vítima**. Precedentes.
3. **É certo que o simples fato de não haver sido restituída a res furtiva à vítima não tem o condão de justificar, por si só, o aumento da pena**, **por constituir, em regra, fator comum à espécie, enquanto delito patrimonia**l. **Todavia**, **quando a lesão se mostrar expressiva**, como na espécie, **desborda do prejuízo inerente ao delito praticado**, configurando motivação plenamente válida, apta a justificar, portanto, o aumento da pena-base.
3. Não se vislumbra qualquer ilegalidade decorrente da imposição do regime prisional mais gravoso aos pacientes, tendo em vista que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, validamente considerada. Precedentes.
4. Pelas mesmas razões, não há qualquer incongruência no que diz respeito à negativa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Inteligência dos arts. 44 e 59 do Código Penal. Precedentes.
5. Habeas corpus não conhecido.
(STJ - HC 268.683/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/10/2014, DJe 21/10/2014) – g.n.;

JUSTIFICATIVA

É recorrente, na práxis, que injustos culpáveis de gravidades completamente distintas sejam sancionados com penas idênticas e, na maior parte das vezes, fixadas no patamar legal mínimo, sem a plena observância do ônus argumentativo qualificado de fundamentação do *quantum* sancionatório que, por certo, não é dispensado pelo simples fato de que a reprimenda não ultrapasse o piso do preceito secundário.

Igualmente, inúmeras decisões, inclusive de Tribunais Superiores, reverberam que a fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta e individualizada, concluindo não bastarem meras referências genéricas, tampouco a circunstâncias que constituem elementares do próprio tipo penal. Embora seja usual tal "definição negativa", usualmente os julgados não apontam o que poderia, então, constituir legitimamente essa maior reprovabilidade.

Ainda nesse sentido, veja-se o seguinte caso de aumento da pena-base de crime de roubo tentado, em razão do elevado valor do bem objeto do delito:

HABEAS CORPUS IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO A RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. **TENTATIVA DE ROUBO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. ELEVADO VALOR DA RES FURTIVA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.** SANÇÃO MANTIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. MANUTENÇÃO. PACIENTE REINCIDENTE E COM PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, ANTE A PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO

APLICAÇÃO DA SÚMULA N. 269/STJ. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
- A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que **a consideração, nas circunstâncias judiciais**, da **natureza** e do **elevado valor da res furtiva** não constitui elemento ínsito ao tipo penal de roubo, **podendo ser validamente observado na fixação da pena-base** imposta ao infrator. Precedentes.
- Na espécie, a pena-base do crime de roubo foi estabelecida em 1/6 acima do mínimo legal ante a maior reprovabilidade da conduta, pois o paciente tentou roubar um veículo, bem de elevado valor patrimonial, entendimento que se amolda à jurisprudência deste Tribunal Superior.
- Esta Corte firmou o entendimento no sentido de que é necessária, para a fixação de regime mais gravoso, a apresentação de motivação concreta, fundada na reincidência ou nas circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Inteligência da Súmula n. 440/STJ.
- Por outro lado, segundo o enunciado n. 269 da Súmula desta Corte, é admissível a fixação do regime prisional semiaberto ao réu reincidente condenado a pena igual ou inferior a quatro anos, quando favoráveis as circunstâncias judiciais. - Hipótese em que, apesar de a pena final do paciente ter sido estabelecida em patamar inferior a quatro anos de reclusão e a reincidência não ser empecilho, por si só, à fixação do regime intermediário, o fato de o acusado possuir circunstância judicial desfavorável, que justificou a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, impede o reconhecimento do alegado constrangimento ilegal, devendo ser mantido o regime fechado estabelecido pelo acórdão recorrido. Precedentes.
- Habeas corpus não conhecido.
(STJ - HC 407.344/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/09/2017, DJe 02/10/2017) – g.n.;

Igualmente:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. **LATROCÍNIO**. DOSIMETRIA. **PENA-BASE**. **CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUENCIAS**. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ANTECEDENTES. INDISPENSABILIDADE DA FOLHA DE ANTECEDENTES. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.
1. A fixação da pena-base deve contar com fundamentação concreta, idônea e individualizada, nos termos do artigo 59 do Código Penal e da norma constitucional expressa no artigo 93, inciso IX da Constituição Federal, não bastando, para tanto, meras referências a termos genéricos, mormente quando tais circunstâncias constituem elementares do próprio tipo penal.
2. O fato da **ação criminosa 'ter sido praticada contra órgão público federal e seus servidores' em exercício, bem como de 'ter causado dano de grande monta em desfavor de toda a sociedade por ter afetado o patrimônio de entidade de grande importância na sociedade' (Reserva Florestal do Ibama)** são circunstâncias que demonstram **maior reprovabilidade da conduta** e justificam a exasperação da pena-base porque não são normais ao delito de latrocínio que, em regra, atinge a esfera de um individuo e não de toda a sociedade por decorrência do prejuízo causado ao erário e à prestação de serviço de interesse público.

3. É condição sine qua non ao conhecimento do especial que o acórdão recorrido tenha emitido juízo de valor expresso sobre a tese jurídica que se busca discutir na instância excepcional, pena de ausência de pressuposto processual específico do recurso especial, o prequestionamento.
4. Agravo regimental improvido.
(STJ - AgRg no REsp 1689357/RN, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 19/10/2017, DJe 27/10/2017) – g.n.;

Em outro caso, relativo a crime de concussão, considerou-se idôneo o aumento da pena-base em razão do elevado valor exigido da vítima:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. REFORMA DA DECISÃO MONOCRÁTICA. PROVIMENTO. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. **CONCUSSÃO TRIBUTÁRIA** (LEI N. 8.137/1990, ART. 3º, II). **DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE RELATIVA. PENA-BASE. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXTREMA GRAVIDADE. ELEVADO VALOR EXIGIDO DA VÍTIMA.** EXAURIMENTO. GRAVE PREJUÍZO AO ORÇAMENTO PREVIDENCIÁRIO. CULPABILIDADE. **INOCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM**. FIXAÇÃO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME DE CUMPRIMENTO FECHADO. ADEQUADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO DO VALOR MÍNIMO DE INDENIZAÇÃO DECORRENTE DE INFRAÇÃO PENAL. NORMA PROCESSUAL. APLICAÇÃO IMEDIATA A PROCESSOS SENTENCIADOS POSTERIORMENTE À VIGÊNCIA DA LEI N. 11.719/2008. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO E HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
[...].
3. A **individualização da pena** é uma atividade **vinculada a parâmetros abstratamente cominados pela lei**, **sendo permitido ao julgador, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada**. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, ***é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.***
4. As **consequências do crime** consistem no **conjunto de efeitos danosos provocados pelo crime**. Em concreto, as instâncias ordinárias concluíram que, além de exigir R$ 350.000,00 em troca de lançamento a menor de créditos tributários previdenciários, fato que por si só consumaria a consunção tributária, que é crime de consumação antecipada ou formal, o paciente havia recebido efetivamente R$ 100.000,00 do Departamento Pessoal do Sindicato e teve apreendido no flagrante R$ 250.000,00 em cédulas em uma bolsa (e-STJ, fls. 45 e 48). Portanto, a exigência ilegal do paciente causou efetivo prejuízo ao sindicato, pois teve de desembolsar R$ 350.000,00, dos quais R$ 100.000,00 não foram recuperados. Além disso, evidencia-se grande prejuízo à deficitária Previdência Social, pois o lançamento de débito confessado culminou em redução de mais de 50% do crédito devido, o que equivaleria perda de arrecadação na monta aproximada de R$ 1.100.000,00 ao orçamento previdenciário, fora multas de ofício e juros moratórios incidentes.
5. Por sua vez, a **culpabilidade**, para fins do art. 59 do CP, deve ser compreendida como *juízo de reprovabilidade da conduta, apontando maior ou menor censurabilidade do comportamento do réu.* Não se trata de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito, mas, sim, do grau de reprovação penal da conduta do agente, mediante demonstração de elementos concretos do delito.
6. No caso concreto, o Tribunal a quo constatou corretamente a **maior reprovabilidade da conduta da paciente, não havendo falar em bis in idem**. O crime de concussão tributária exige do sujeito ativo elemento

> especializante da atuação funcional fazendária na fiscalização e arrecadação tributária. Entretanto, a valoração negativa acerca do autor do crime não decorreu do fato de violar seu mister fiscalizatório e arrecadatório, circunstância elementar do crime, mas da frieza e do descaso observados na conduta de exigir a vantagem ilícita para proceder à transgressão funcional, o que denotou familiaridade e habitualidade com a prática criminosa.
> Outrossim, **maior reprovabilidade** recai sobre o paciente em razão da **completa desnecessidade da fonte paralela ilícita de renda, haja vista a elevada remuneração percebida em decorrência do exercício das atribuições do cargo que ocupa**.
> 7. Remanescem, portanto, as circunstâncias judiciais das **consequências** do crime e da **culpabilidade**, a serem valoradas na primeira fase da dosimetria. (...);
> (STJ - AgRg no HC 319.241/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 01/12/2017) – g.n.;

Por fim, cite-se interessante caso em que **a tenra idade da vítima** (no caso, com 5 anos) foi considerada **motivação hábil ao incremento da pena-base de crime de estupro de vulnerável**, **ainda que a idade inferior a catorze anos seja elementar do tipo penal** do art. 217-A do Código Penal. Embora não reste explicitada na ementa que a exasperação resta fundada no grau de manifestação da elementar, é possível inferir tal raciocínio do julgado em questão:

> HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. **ESTUPRO DE VULNERÁVEL. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. FRAÇÃO PROPORCIONAL. VÍTIMA DE TENRA IDADE.** CONJUNÇÃO CARNAL E ATOS LIBIDINOSOS DIVERSOS. CONTINUIDADE DELITIVA. QUANTUM DE AUMENTO. IMPRECISÃO DO NÚMERO DE INFRAÇÕES. POSSIBILIDADE DE AUMENTO EM FRAÇÃO SUPERIOR À MÍNIMA LEGAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.
> 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.
> 2. A **dosimetria da pena** insere-se dentro de um **juízo de discricionariedade do julgador**, **atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente**, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.
> 3. A **análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética** dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito.
> 4. Hipótese em que a **exasperação da pena-base restou justificada pela tenra idade da vítima - 5 anos** -, além da diversidade dos atos sexuais praticados, incluindo conjunção carnal e outros atos libidinosos, **revelando-se adequado e proporcional o incremento de metade**. Precedentes em casos análogos.
> 5. A fração de aumento da pena pela continuidade delitiva prevista no art. 71, caput, do Código Penal é determinada pelo número de infrações praticadas. Entretanto, a indeterminação do número exato de ocorrências de estupro de vulnerável não impede a fixação de fração superior à mínima legal quando os abusos comprovadamente ocorreram diversas vezes em determinado período, como na espécie. Precedentes.

> 6. Habeas corpus não conhecido.
> (STJ - HC 416.930/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2017, DJe 30/11/2017) – g.n.;

O exame conjunto da fundamentação teórico-dogmática, assim como dos julgados do Superior Tribunal de Justiça acima arrolados, autoriza a conclusão no sentido de que o grau de manifestação concreta das elementares do tipo penal consiste em fundamento idôneo para a exasperação da pena-base na primeira fase do procedimento dosimétrico, não configurando *bis in idem*.

A pertinência da tese proposta com o tema central do Congresso Nacional, assim como sua contribuição para a consecução dos desideratos pretendidos resta evidente: a cláusula do Estado de Direito (art. 1º da Constituição Federal) demanda e pressupõe a existência de um sistema de Justiça criminal minimamente eficiente[569].

Tendo em vista que as normas constitucionais, especificamente as garantidoras de direitos fundamentais ostentam não apenas uma faceta subjetiva, apresentando, igualmente, uma dimensão objetiva caracterizada pela imposição, ao Estado, de garantias institucionais (como o é um sistema de Justiça penal eficiente), além dos comumente citados deveres de tutela, efeito irradiante e garantias organizacionais ou de procedimentos (para alguns, como categoria autônoma; para outros, estaria inserta já no âmbito das garantias institucionais, arrolando o fato de constituírem normas de competência negativa como outro distinto componente do aspecto objetivo dos direitos fundamentais), tendo o Ministério Público a incumbência, dentre outras, de defesa da ordem jurídica (Constituição Federal, art. 127), uma das formas de concreção desse mandamento constitucional reside na exigência de que as decisões penais condenatórias contenham qualificada fundamentação também no que diz respeito à dosimetria da pena, usualmente negligenciada à infundada prática da cultura da pena mínima que, supostamente (usualmente, para aqueles que dela lançam mão) não demandaria exaustiva fundamentação ou, de modo realístico, tem como base uma espécie de "*ctrl+c/ctrl+v 'reasoning'*".

Desse modo, a tese confere fundamentos jurídico-dogmáticos que ostentam aplicação prática diária, tanto em sede de alegações finais como no controle da fundamentação judicial da dosimetria da pena – aqui, especificamente, em relação à primeira etapa do procedimento dosimétrico. Tem-se, portanto, um passo inicial para a garantia da efetividade do sistema de Justiça Penal e do direito fundamental à segurança.

---

[569] De modo semelhante, relativamente a cláusula análoga contida na *Grundgesetz*, SCHÜNEMANN, Bernd. **Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation**. Em: Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis Des Strafrechts Oder Dogmatisches Glasperlenspiel? Badem-Badem. Nomos, 2003, p. 136.

CONCLUSÃO

Detendo a incumbência de defesa da ordem jurídica, o Ministério Público deve fiscalizar e zelar pela aplicação de penas criminais devidamente dosadas e fundamentadas. Um dos modos de exercer concretamente tal papel é o de ter como lastro dogmático o fato de que o grau de manifestação concreta das elementares do tipo penal consiste em fundamento idôneo para a exasperação da pena-base na primeira fase do procedimento dosimétrico, não configurando *bis in idem*.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUMKE, Christian; VOßKUHLE, Andreas. **German Constitutional Law: Introduction, Cases, and Principles.** Oxford: Oxford Press, 2019.

MARTINS, Leonardo. **Liberdade e Estado Constitucional**. São Paulo: Atlas, 2012.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Das Rechtsgüterschutzprinzip als Fluchtpunkt der verfassungsrechtlichen Grenzen der Straftatbestände und ihrer Interpretation**. Em: Die Rechtsgutstheorie: Legitimationsbasis Des Strafrechts Oder Dogmatisches Glasperlenspiel? Badem-Badem. Nomos, 2003.

TEIXEIRA, Adriano. **Teoria da aplicação da pena**. Fundamentos de uma determinação judicial da pena proporcional ao fato. São Paulo: Marcial Pons, 2015.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

O grau de manifestação concreta das elementares do tipo penal consiste em fundamento idôneo para a exasperação da pena-base na primeira fase do procedimento dosimétrico, não configurando *bis in idem*.

O Combate à Lavagem de Capitais como Política Pública Fomentada pelo Ministério Público para a Tutela do Meio Ambiente

Autores:
* Rafael Schwez Kurkowski. Promotor de Justiça em Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor licenciado de Processo Penal e de Execução Penal da Faculdade Pio Décimo – FAPIDE (Aracaju/SE). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela FAPIDE. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF). Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e Política Criminal do UNICEUB. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>. E-mail: rafaelsk@mpse.mp.br.

* Francisco de Assis Machado Cardoso. Promotor de Justiça do Ministério Público do estado do Rio de Janeiro, tendo exercido as funções de Coordenador de Combate à Sonegação Fiscal e do Laboratório de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro. Especialista em investigações financeiras e ilícitos fiscais pela Guardia de Finanza/OECD Academy. Especialista em Criminologia pelo Instituto Superior do Ministério Público – IEP. Especialista em Inteligência Estratégica pela Escola Superior de Guerra do Brasil – ESG. Especialista em Inteligência de Estado pela Agência Brasileira de Inteligência – ABIN. Especialista em Inteligência de Segurança Pública pela SSP/RJ. Mestrando em Direito Penal (*Justicia Criminal*) pela Universidade Carlos III de Madrid. Consultor para assuntos Antilavagem de dinheiro e contra o Financiamento ao Terrorismo para o Grupo de Atuação Financeira da América Latina - GAFILAT e para o Banco Mundial, tendo atuado, como especialista jurídico e de *law enforcement*, nos últimos anos, em processos de avaliações mútuas e de avaliações nacionais de risco no Uruguai, Costa Rica, El Salvador, Angola, Guiné-Bissau e Cabo Verde. E-mail: famc.mprj@gmail.com.

Apresentador da tese: Rafael Schwez Kurkowski

Proposta de enunciado: O Ministério Público deve fomentar o combate à lavagem dos capitais decorrentes dos crimes ambientais como política pública para a tutela do meio ambiente.

Síntese dogmática: O presente trabalho problematiza o Ministério Público como fomentador do combate à lavagem e capitais para a tutela do meio ambiente. Para tanto, mediante revisão bibliográfica e análise documental, sustenta duas hipóteses. Pela primeira, advoga que o Ministério Público, quando responsável pela persecução penal, pode induzir políticas públicas. Pela segunda hipótese, afirma que a persecução da lavagem de capitais, a impedir o

aproveitamento do ganho obtido com o crime ambiental, constitui política pública efetiva para reduzir a prática desse tipo de crime.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO INDUTOR DE POLÍTICA PÚBLICA. 3 A EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO DA LAVAGEM DE CAPITAIS COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A TUTELA DO MEIO AMBIENTE. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS.

1 INTRODUÇÃO

O meio ambiente é marcado pelas seguintes características: ubiquidade, complexidade, fragilidade, escassez e transindividualidade[570]. Todas essas qualidades, uma vez reunidas, evidenciam a essencialidade (indisponibilidade) do bem ambiental.

Frisando que o direito ao meio ambiente equilibrado pertence também às gerações futuras, as quais, por ainda não existirem, são consideradas vulneráveis, impõe-se a máxima proteção do meio ambiente. Este, enquanto bem jurídico, deve ser tutelado por todas as áreas do Direito: Administrativo, Cível (com destaque para a perspectiva coletiva) e Penal.

Em razão do hiperconsumismo, o meio ambiente natural tem sido degradado e consumido em proporções muito superiores à sua capacidade de regeneração natural. A busca desenfreada pelo desenvolvimento, a caracterizar uma verdadeira *sociedade de risco*[571], tem levado à devastação, mediante a prática de crimes ambientais, dos recursos naturais. Exemplificativamente, na Amazônia Legal Brasileira[572], houve, no ano de 2018, um desmatamento equivalente a 7.900 metros quadrados[573]; apenas em janeiro de 2019, o Sistema de Alerta de Desmatamento – SAD detectou o desmatamento equivalente a 108 metros quadrados²[574]. Já se cogitou, a propósito, no conceito de *ecocídio*, "isto é, a morte ou

[570] ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do Meio Ambiente. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 661-845. p. 678.

[571] Ulrich Beck conceituou a sociedade de risco como uma nova etapa em que a sociedade passou a preocupar-se com os riscos decorrentes do progresso tecnológico. Na dita *primeira modernidade*, a sociedade preocupou-se apenas com a industrialização e produção derivadas das conquistas tecnológicas. Já na *segunda modernidade* (modernidade reflexiva), a sociedade tomou ciência da sua perda sobre o controle dos riscos derivados do progresso tecnológico (BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011).

[572] A Amazônia Legal Brasileira está definida no art. 2º da Lei n. 5.173/1966: "Art . 2º A Amazônia, para os efeitos desta lei, abrange a região compreendida pelos Estados do Acre, Pará e Amazonas, pelos Territórios Federais do Amapá, Roraima e Rondônia, e ainda pelas áreas do Estado de Mato Grosso a norte do paralelo de 16º, do Estado de Goiás a norte do paralelo de 13º e do Estado do Maranhão a oeste do meridiano de 44º".

[573] Disponível em: http://www.obt.inpe.br/prodes/dashboard/prodes-rates.html.

[574] Disponível em: https://imazon.org.br/publicacoes/boletim-do-desmatamento-da-amazonia-legal-janeiro-2019-sad/.

destruição de todo um fenômeno natural de ressonância projetado pelas relações entre o meio ambiente e os seres vivos"[575].

O desmatamento criminoso, que é caracterizado pelo corte raso da cobertura vegetal, ocorre, geralmente, por motivo econômico: preparar o terreno para o plantio ou para construções, empregar a madeira decorrente do desmatamento em atividade econômica etc.

Com efeito, em todo o mundo, os crimes ambientais ocorrem, preponderantemente, em razão de fins econômicos. Esse móvel, por exemplo, está presente na "caça furtiva"[576] de elefantes e rinocerontes, em Angola, que, no primeiro semestre de 2017, movimentou cerca de 220 milhões de euros[577] com a exploração, principalmente, do marfim[578] das presas do elefante e dos chifres dos rinocerontes. Para o ano de 2015, o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente estimou que os crimes ambientais praticados no mundo movimentaram entre 92 e 258 bilhões de dólares[579].

Além do móvel econômico dos crimes ambientais, não raro, a estrutura material e financeira envolvida na prática desses ilícitos envolve a atuação de organizações criminosas.

As políticas públicas desenvolvidas pelo poder público, ao redor do mundo, não têm logrado reduzir os crimes ambientais[580].

Nesse sentido, o presente trabalho apresenta o seguinte problema: o Ministério Público pode fomentar o combate à *lavagem*[581] de capitais como política pública para a proteção do meio ambiente? Para a resposta, sustentam-se duas hipóteses. Pela primeira, advoga-se que o Ministério Público, quando responsável pela persecução penal, pode induzir políticas públicas. A segunda hipótese afirma que a persecução da lavagem de capitais, a impedir o aproveitamento do ganho obtido com o crime ambiental, constitui política pública efetiva para reduzir a prática desse tipo de crime.

---

[575] DOTTI, Renê Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, a. 1990, p. 245-257, mai. 1990.

[576] O art. 282 do Código Penal Angolano e o art. 33 da Lei n. 3/14 da Angola proíbem a caça de espécimes da fauna que provoque o risco da sua extinção.

[577] Disponível em: https://www.dw.com/pt-002/angola-quer-apertar-cerco-%C3%A0-ca%C3%A7a-furtiva/a-39199747.

[578] A demanda pelo marfim africano é antiga. Segundo Martin Meredith: "Durante séculos, a principal demanda de marfim africano vinha da Ásia, dos mercados indianos e chineses. Mas, no século XIX, quando a revolução industrial na Europa e América do Norte ganhou força, o uso de marfim em teclas de piano, bolas de bilhar, instrumentos científicos e numa vasta gama de artigos para o lar tornou-o uma das mercadorias mais rentáveis do planeta" (MEREDITH, Martin. *O destino da África*: cinco mil anos de riquezas, ganâncias e desafios. Tradução de Marlene Suano. Zahar. Livro digital. Posição 149).

[579] Disponível em: https://nacoesunidas.org/valor-movimentado-por-crimes-ambientais-sobe-26-em-2015-para-ate-us258-bi-diz-pnuma/.

[580] Disponível em: https://wedocs.unep.org/bitstream/handle/20.500.11822/7662/-The_rise_of_environmental_crime_A_growing_threat_to_natural_resources_peace%2C_development_and_security-2016environmental_crimes.pdf.pdf?sequence=3&isAllowed=y.

[581] Luiz Régis Prado observa que várias são as terminologias empregadas para designar a lavagem de capitais: "na França utiliza-se a expressão *blanchiment d'argent*; em Portugal, branqueamento de capitais; na Itália, *riciclaggio del denaro*; nos Estados Unidos, *money laundering*; na Alemanha, *Geldwäsche*; na Espanha, *blanqueo de dinero* ou *de capitales*; na América hispânica, *lavado de dinero*; no Japão, *Shikin no sentaku*; na Rússia, *otmyvanige*" (PRADO, Luiz Régis. *Delito de lavagem de capitais*: um estudo introdutório. Centro de Investigacion Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2010. Disponível em: http://www.ciidpe.com.ar/area2/lavagem%20de%20capitais.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019. p. 1).

A metodologia empregada, na presente pesquisa, envolve a revisão bibliográfica nacional e estrangeira bem como a análise documental.

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO BRASILEIRO COMO INDUTOR DE POLÍTICA PÚBLICA

A expressão "políticas públicas" não possui uma definição única ou melhor. Neste trabalho, entende-se que a definição de Maria Dalari Bucci é completa:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados[582].

Segundo a definição apresentada, afigura-se necessária a presença do Estado como elemento essencial.

Deve-se trazer à tona também a seguinte diferença. *Politics* são um conjunto de interações ou a busca de um consenso e luta pelo poder; é o processo de negociações, conflitos e imposições de objetivos. Já *policy* consiste na ação governamental ou na política pública em si. Trata-se da atuação da autoridade legitimada que realoca recursos escassos em benefício da sociedade. E *polity* cuida das instituições políticas, ou seja, da estrutura político-administrativa do sistema[583].

Embora o Ministério Público, pela sua estrutura e funções, não seja idealmente habilitado para *politics*, ele tem perfil para *policy* e para *polity*, pois, inserido na estrutura político-administrativa do Estado considerado em sentido amplo, ele emprega os seus recursos limitados no desempenho da sua atividade-fim, a qual se destina à promoção e tutela dos direitos fundamentais, principalmente sob a vertente coletiva. Ele não inicia a política criminal, pois essa incumbência é do agente democraticamente eleito. Todavia, ele pode – e deve – fomentar a criação de políticas públicas cuja necessidade percebe por intermédio da sua atuação. Exemplo palpitante consiste na criação e no exercício efetivo de uma política pública para a coleta e tratamento de resíduos sólidos, com a consequente eliminação dos "lixões" a céu aberto.

---

[582] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 39.
[583] DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas*: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

Na seara criminal, a legitimidade do Ministério Público brasileiro como indutor de política pública é certa, dada a titularidade privativa que ele exerce sobre a ação penal pública[584]. A propósito, Renee Souza e Rogério Sanches, ao comentarem o instituto do acordo de não persecução penal, observam que, "ao Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, é franqueado inegável protagonismo do agente definir de políticas criminais, notadamente na fase inquisitorial"[585]. De fato, o acordo de não persecução penal, instituído pela Resolução CNMP n. 181/2017, constitui instrumento à disposição do Ministério Público para a realização de política criminal. No caso, desde que atendidos determinados requisitos objetivos e subjetivos, o Ministério Público, após a confissão do investigado contra quem existem elementos de prova suficientes para deflagrar a ação penal, opta por, em vez de levar o caso a juízo, fiscalizar o cumprimento pelo investigado de algumas condições para então arquivar a investigação. Ao proceder dessa maneira, o Ministério Público demonstra à população a atuação do Estado frente à criminalidade e colabora com a pauta do Poder Judiciário, reservando para este os casos mais graves que demandam a instauração de um processo judicial.

A propósito, a possibilidade de o Ministério Público brasileiro participar ativamente das políticas criminais advém da ausência de limites legais para ele promover o arquivamento de investigação policial. Com efeito, o artigo 28 do Código de Processo Penal não especifica as razões pelas quais o membro do Ministério Público pode promover o referido arquivamento, como se percebe da sua literalidade: "Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender".[586] É possível, portanto, que o Ministério Público, a título de política criminal, promova o arquivamento de uma investigação policial em razão de ela apurar um fato de somenos gravidade que pode ser equacionado pela jurisdição civil, por exemplo.

---

[584] Exemplificativamente, vale o mesmo raciocínio para o Ministério Público angolano, o qual, segundo o artigo 186 da Constituição da República de Angola, tem competência para promover o processo penal e exercer a ação penal bem como para defender os interesses coletivos e difusos.

[585] SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alteração feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 123-130. p. 128.

[586] No mesmo sentido: ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alteração feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 273-343. p. 285.

No campo específico dos crimes ambientais, há outro fundamento para legitimar a atuação do Ministério Público para a política criminal voltada à tutela do meio ambiente. As gerações futuras têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, segundo o *caput* do artigo 225 da Constituição da República Federativa do Brasil – CF[587]. Como as gerações futuras ainda não existem, elas são vulneráveis e necessitam de um representante[588]. Quanto à proteção penal e extrapenal dessas gerações futuras, nos países em que o Ministério Público é titular da ação penal pública e exerce a função de promover a tutela dos direitos fundamentais, ele tem o verdadeiro dever (obrigação) de exercitar essas duas formas de tutela. No campo cível, a diferença entre a atuação para a defesa do meio ambiente pelo Ministério Público e por outro ente é perceptível: enquanto o Ministério Público tem a obrigação de promover as medidas para a tutela, pois é a sua função, os entes que também têm legitimação para tanto, a exemplo de uma associação civil, têm a mera faculdade de tutelar o meio ambiente. Logo, se o Ministério Público tem a função de representar a geração futura quanto à tutela do meio ambiente, naturalmente ele pode intervir nas políticas públicas destinadas à manutenção da qualidade do bem ambiental.

Deve ser examinada a função do Direito Penal para verificar a sua utilização enquanto mecanismo de política pública para a proteção do meio ambiente. Nesse quesito, não é exagero afirmar que "toda teoria da pena é uma teoria da função que deve cumprir o direito penal"[589].

As teorias da pena dividem-se entre as absolutas, que têm caráter retributivo, e as relativas, que se orientam para a prevenção[590]. A classificação como absoluta designa que a justiça que se busca com a pena é absoluta, não dependendo de conveniências utilitaristas de cada momento, enquanto a classificação como relativa indica que a necessidade de prevenção buscada pela pena é relativa e circunstancial[591]. Das teorias relativas, advêm formas específicas de prevenção. A prevenção geral (direcionada a todos) pode ser negativa, quando exerce um efeito intimidatório sobre a população, mormente sobre os potenciais criminosos, ou positiva, quando reafirma a confiança dos cidadãos na vigência das normas, tendo como destinatários, portanto, os cidadãos fiéis ao Direito. Já a prevenção especial (direcionada ao

[587] 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.
[588] SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 60.
[589] BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal*: Parte Geral. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 21.
[590] JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: Significado y finalidad. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Cizur Menor: Civitas, 2006. p. 87-88.
[591] MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: Iustel, 2011. p. 38-40.

agente) pode ser negativa, quando visa à inocuização do agente criminoso enquanto ele está segregado, ou positiva, quando objetiva a ressocialização do criminoso[592].

Descartam-se, de pronto, as teorias absolutas. Acompanham-se as críticas tecidas por Roxin para tanto. As teorias absolutas não fundamentam a necessidade da pena bem como não explicam por que o crime praticado não pode ser compensado por outras medidas que não a pena. Tampouco elas demonstram empiricamente a culpabilidade do agente. Ademais, não explicam como uma pena (mal posterior) pode realmente compensar o crime (mal anterior)[593].

Já as teorias da prevenção especial, negativa ou positiva, têm por denominador comum a "ideia de que a pena é um instrumento de atuação preventiva sobre a pessoa do delinqüente, com o fim de evitar que, no futuro, ele cometa novos crimes"[594]. Essa prevenção pode suceder por intermédio da (res)socialização do criminoso (prevenção especial positiva) ou da inocuização temporária ou permanente (prevenção especial negativa).

Também se descartam as teorias da prevenção especial sob os seguintes fundamentos. A prevenção especial promove um *direito penal do autor* no lugar do *direito penal do fato*, deixando de focar a reprovabilidade da conduta praticada para se concentrar nas características pessoais do agente. Ao pretender incutir no agente criminoso determinados valores de conteúdo moral, a teoria em questão termina por violar a dignidade humana traduzida na autonomia de cada pessoa. Da prevenção especial também exsurge, como observa Figueiredo Dias, o risco de o direito penal ter uma finalidade terapêutica, ou seja, de tratamento médico do criminoso[595]. Em crítica que se mostra em sintonia com a realidade penitenciária de países rotulados como subdesenvolvidos, Baratta argumenta pela impossibilidade estrutural de uma instituição carcerária cumprir a função de reeducação e de reinserção social[596].

Tangenciando a análise detida das teorias da pena[597], por não ser a finalidade do presente trabalho, admitem-se como válidas as teorias da prevenção geral, tanto a negativa quanto a positiva.

---

[592] GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. n. 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000. p. 307-362. p. 322.

[593] ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998. p. 17-20.

[594] DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 102.

[595] DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 105-106.

[596] BARATTA, Alessandro. *Criminologia crítica e crítica do direito penal*: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016. p. 8.

[597] Para conferir uma análise mais completa sobre as teorias da pena, ver: KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificativa funcionalista sistêmica para a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.94-111, set./dez. 2018. Disponível em: <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/04/DIR36-07.pdf>. Acesso em: 3 abr. 2019.

Dessa forma, sustenta-se que o Ministério Público pode induzir políticas públicas, principalmente sob a perspectiva criminal, que intimidem potenciais criminosos (prevenção geral negativa) bem como demonstrem, aos cidadãos fiéis ao Direito, a vigência da norma arrostada pela prática do crime (prevenção geral positiva).

Expor-se-á, na seção seguinte, que uma dessas políticas consiste no enfrentamento do crime de lavagem de capitais como instrumento para a proteção do meio ambiente.

3 A EFETIVIDADE DA PERSECUÇÃO DA LAVAGEM DE CAPITAIS COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA A TUTELA DO MEIO AMBIENTE

A maioria dos crimes ambientais tem motivação econômico-financeira, ligada à obtenção de lucro. É a hipótese, meramente exemplificativa, dos seguintes crimes tipificados na legislação brasileira: exportação de peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente (artigo 30 da Lei n. 9.605/1998); pesca em época proibida ou mediante utilização de instrumentos proibidos (artigos 34 e 35 da Lei n. 9.605/1998); pesca de cetáceos (artigo 2º da Lei n. 7.643/1987); corte de árvores de floresta de preservação permanente (artigo 39 da Lei n. 9.605/1998); extração de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, de pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais (artigo 44 da Lei n. 9.605/1998); poluição derivada do lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos (artigo 54, § 2º, IV, da Lei n. 9.605/1998)[598]; construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida (artigo 64 da Lei n. 9.605/1998); e elaboração ou apresentação, no licenciamento, concessão florestal ou qualquer outro procedimento administrativo, de estudo, laudo ou relatório ambiental total ou parcialmente falso ou enganoso, inclusive por omissão (artigo 69-A da Lei n. 9.605/1998). Esse rol exemplificativo abarca os mais variados bens jurídicos: flora, fauna, ordenamento urbano, patrimônio cultural e administração pública ambiental.

Verifica-se, à vista da sua origem criminosa, a ilicitude dos ganhos obtidos pelo sujeito ativo dessas condutas típicas. Em decorrência, se o sujeito ativo do crime ambiental ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, do crime ambiental, incorrerá na

[598] O ganho, na poluição nesses termos, ocorre porque o poluidor realiza economia dos seus recursos ao não promover o necessário investimento em tecnologias de tratamento de resíduos.

prática do crime de lavagem de capitais (artigo 1º, *caput*, da Lei n. 9.613/1998), apenado com pena privativa de liberdade de três a dez anos e multa. Também comete esse crime o sujeito ativo do crime ambiental que, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal, os converte em ativos lícitos; os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; e importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros (artigo 1º, § 1º, da Lei n. 9.613/1998).

O próprio indivíduo que, mesmo não tendo praticado o crime ambiental, utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes do crime ambiental incorre na prática do crime de lavagem de capitais (artigo 1º, § 2º, I, da Lei n. 9.613/1998). Logo, se um empresário utiliza madeira extraída criminosamente na sua atividade de produção de móveis, praticará o crime de lavagem de capitais.

A título de comparação, aplica-se o mesmo entendimento apresentado quanto ao crime de lavagem de capitais, no Brasil, ao crime de branqueamento de capitais, na Angola, tipificado no artigo 60 da Lei n. 34/11, de 12 de Dezembro de 2011[599], daquele país, com o esclarecimento de que os crimes contra o meio ambiente são tipificados como infração subjacente ao crime de branqueamento de capitais, segundo o Capítulo IV da Lei n. 3/14, de 10 de fevereiro.

A Lei n. 9.613/1998 também recrudesce a repressão às organizações criminosas, ao tipificar a conduta do sujeito ativo que participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos na Lei em questão (artigo 1º, § 2º, II, da Lei n. 9.613/1998). Além disso, se os crimes tipificados na Lei n. 9.6013/1998 forem cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa, a pena é aumentada de um a dois terços (artigo 1º, § 4º, da Lei n. 9.613/1998). É cediço, como já visto, a atuação de organizações criminosas na prática de crimes ambientais, principalmente quando a empreitada criminosa exige vultosos investimentos, a exemplo do corte ilegal de madeira, no qual, para a obtenção de lucros expressivos, é necessário o emprego de várias pessoas, maquinários e instrumentos.

---

[599] Artigo 60.º (Branqueamento de capitais)
1 – Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens obtidas por si ou por terceiro, com o fim de dissimular a sua origem ilícita ou de evitar que o autor ou participante da infracção seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de dois a oito anos.
2 – Consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação de infracções subjacentes ao crime de branqueamento de capitais.
3 – Na mesma pena incorre quem oculte ou dissimule a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade de bens ou dos direitos relativos a esses bens, tendo conhecimento que esses bens ou direitos são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, das infracções previstas no n.º 2 do presente artigo.
4 – A aquisição, posse ou utilização de bens, tendo aquele que os adquire, possui ou utiliza conhecimento de que, no momento da sua recepção, esses bens são provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, das infracções previstas no n.º 2 do presente artigo, são punidos com a mesma pena.

O crime de lavagem de dinheiro nada mais é que a conduta praticada pelo criminoso com a intenção de ocultar ou dissimular a origem, localização, disposição ou movimentação de ativos provenientes da prática de uma infração penal, tendo por finalidade sua futura reinserção na economia formal, revestidos de aparência de licitude. Em síntese, a lavagem de dinheiro objetiva a transformação de valores financeiros, maculados desde o nascedouro por sua origem criminosa, em recursos que possam ser apresentados como algo "aparentemente legal". Na verdade, quando de posse do recurso ilícito, o agente criminoso precisa necessariamente fazer com que o dinheiro "sujo" passe a ser considerado "usufruível" do ponto de vista financeiro. Nesse sentido, em leitura própria, excluindo-se os casos de "uso pulverizado" – em valores baixos e que não atinjam os limites previstos nas diversas normas que regulam a obrigação de comunicar por parte dos sujeitos obrigados –, a introdução direta de recursos de origem ilícita na economia formal certamente acionaria os mecanismos de controle existentes – os conhecidos sinais de alerta financeiro ou *red flags* – permitindo-se a rápida identificação do agente criminoso. Por tal razão, para o delinquente, uma nova etapa precisa necessariamente ser iniciada: a prática de conduta cuja finalidade específica consiste em "maquiar" ou "reciclar" a vantagem financeira ilícita, permitindo a sua regular utilização na economia formal. É exatamente nesse momento que ocorre a lavagem de dinheiro.

É justamente esse o raciocínio que se pretende difundir como forma de se fomentar a aplicação dos institutos e da própria metodologia de atuação antilavagem de dinheiro na seara dos crimes ambientais. Reduzindo-se a relação *custo x benefício* do crime, pretende-se desestimular a prática de ilícitos ambientais reforçando-se o combate à destinação dada aos valores que os criminosos auferem com o cometimento de tais crimes.

Dada a amplitude, no Brasil, da lavagem de capitais, infere-se que o sujeito ativo do crime ambiental está impedido de utilizar, por qualquer forma, o ganho decorrente da sua conduta criminosa. Dessa sorte, o sujeito ativo não pode usufruir do produto ou do proveito obtido com a prática do crime ambiental se não criar uma manobra, ainda que minimamente estruturada, para dar aparência de licitude aos valores por ele obtidos, permitindo-se sua utilização na economia formal.

Observada a concepção antropocêntrica sobre o meio ambiente, segundo a qual este apenas merece proteção quando representa alguma utilidade para o ser humano[600], as penas para os crimes ambientais, no Brasil, são relativamente baixas. Praticamente, todos os crimes ambientais admitem alguma forma de benefício: transação penal prevista no artigo 76 da Lei n. 9.099/1995, acordo de não persecução penal (Resolução CNMP n. 181/2017), suspensão

[600] ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do Meio Ambiente. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 661-845. p. 665.

condicional do processo (artigo 89 da Lei n. 9.099/1995), institutos que evitam que a persecução penal atinja a condenação do sujeito ativo; e substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito (artigo 44 do Código Penal brasileiro) e suspensão condicional da pena (artigo 77 do Código Penal brasileiro e artigo 156 da Lei de Execução Penal brasileira).

Essa forma de tratamento aos crimes ambientais pode representar um entrave ao cumprimento da função de prevenção geral negativa e positiva da pena. Com efeito, os potenciais criminosos não encontrarão desestímulo à prática dos crimes ambientais. Considerando a expressividade do lucro decorrente do sucesso do crime ambiental, o sujeito ativo tentará a sorte na sua prática: se não for descoberto, o seu ganho é expressivo; se ele for descoberto, a punição é baixa. Nesse contexto, os cidadãos fiéis ao Direito duvidarão da vigência das normas que tipificam os crimes ambientais, porque, na prática, os crimes ocorrerão aos montes, como se a proibição penal não existisse.

Diversamente, a persecução penal da lavagem dos capitais decorrente dos crimes ambientais apresenta efetividade para o cumprimento da prevenção geral negativa e positiva. Frente ao tratamento mais severo desse crime, os potenciais criminosos serão desestimulados a praticar as condutas que deem azo à lavagem de capitais, ou seja, exatamente os crimes ambientais. Na medida em que o sujeito ativo não poderá, por qualquer forma, aproveitar o ganho ou o produto do crime ambiental, porque, se o fizer, incorrerá na prática do crime de lavagem de capitais, cuja pena é significativamente elevada, ele deixará de praticar a infração antecedente, vale dizer, o crime ambiental. O cometimento deste será estéril ao sujeito ativo, pois não poderá aproveitar o ganho que obtiver com a sua prática. Já nesse novo contexto de desestímulo, o cometimento dos crimes ambientais diminuirá sensivelmente, o que serve para demonstrar, aos cidadãos fiéis ao Direito, que as normas que tipificam os crimes ambientais mantêm a sua vigência.

De outro norte, é cogente a persecução da lavagem de capitais, no âmbito dos crimes ambientais, em decorrência do mandado de criminalização contido no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal do Brasil[601]. Esse dispositivo constitucional determina que as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitem os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados. Vale dizer: o constituinte originário, que exercita um poder ilimitado,

[601] Para fins de registro, o mesmo entendimento vale para o país da Angola, cujo artigo 39, item 3, da sua Constituição, determina: "A lei pune os actos que ponham em perigo ou lesem a preservação do ambiente". A propósito, sobre esse dispositivo constitucional, Eduardo Simba e Pedro Santos incluem nele "as **medidas criminais**, cíveis e administrativas" (grifo nosso) (SIMBA, Eduardo Mendes; SANTOS, Pedro Kinaga dos. *Direito do Ambiente Angolano*. V. 1. Editora Ubi Uris, 2018. p. 100).

ordenou a aplicação da punição criminal como forma de tutela do meio ambiente. Nessa linha, a punição da lavagem dos capitais derivados dos crimes ambientais tutela o meio ambiente.

Dessa sorte, a persecução penal da lavagem de capitais revela-se efetiva enquanto política pública criminal para desestimular a prática dos crimes ambientais, o que redunda na tutela do meio ambiente. Na condição de titular privativo da ação penal pública do crime de lavagem de capitais, o Ministério Público tem o dever de fomentar essa política.

4. CONCLUSÃO

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Paralelamente, o poder público e os particulares têm o dever de proteger e conservar o meio ambiente, inclusive para as gerações futuras.

Nesse contexto, devem ser utilizadas todas as ferramentas do Direito. Particularmente, a utilização do Direito Penal para a tutela do meio ambiente – providência ordenada pela Constituição Federal – é medida necessária. Essa proteção ocorre mediante a tipificação dos crimes ambientais, cuja apuração e punição constitui um poder-dever das autoridades públicas.

A tutela penal do meio ambiente também deve ocorrer mediante a persecução do crime de lavagem dos capitais decorrentes dos crimes ambientais. Essa medida contribui para a prevenção geral negativa desempenhada pela pena, pois desestimula os potenciais criminosos quanto à prática do crime ambiental: além do crime ambiental em si, o sujeito ativo, para aproveitar o ganho decorrente do ilícito ambiental criminal, incorrerá, necessariamente, na prática do crime de lavagem de capitais. Ademais, esse contexto colabora para a prevenção geral positiva da pena: os cidadãos fiéis ao Direito perceberão que se mantêm vigentes as normas que tutelam penalmente o meio ambiente.

Considerando a presença do poder público, inclusive na figura do Ministério Público, e o emprego de recursos limitados do Estado na promoção do direito fundamental coletivo ao meio ambiente equilibrado, constata-se que a persecução da lavagem dos capitais derivados dos crimes ambientais representa verdadeira política pública voltada à defesa do meio ambiente. Além disso, como a tutela cível e penal do direito fundamental coletivo ao meio ambiente equilibrado é função do Ministério Público, este, como titular privativo da ação penal pública, deve fomentar políticas públicas para a defesa do meio ambiente, entre as quais está a utilização do crime de lavagem de capitais.

Tendo em vista essas conclusões, apresenta-se a seguinte **proposta de enunciado**: O Ministério Público deve fomentar o combate à lavagem dos capitais decorrentes dos crimes ambientais como política pública para a tutela do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

ABI-EÇAB, Pedro; GAIO, Alexandre. Tutela do Meio Ambiente. In: VITORELLI, Edilson (Org.). *Manual de Direitos Difusos*. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019. p. 661-845.

ARAS, Vladimir. Acordos penais no Brasil: uma análise à luz do Direito Comparado. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alteração feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 273-343. p. 285.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal*: Parte Geral. Tradução de André Estefam. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal. 6. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2016.

BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*: Rumo a uma outra modernidade. Tradução de Sebastião Nascimento. 2. ed. São Paulo: Editora 34, 2011.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de políticas públicas em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas Públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões fundamentais de direito penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

DIAS, Reinaldo; MATOS, Fernanda. *Políticas públicas*: princípios, propósitos e processos. São Paulo: Atlas, 2012.

DOTTI, Renê Ariel. Meio ambiente e proteção penal. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 655, a. 1990, p. 245-257, mai. 1990.

GRECO, Luís. Introdução à dogmática funcionalista do delito. In: POLETTI, Ronaldo Rebello de Britto (Org.). *Revista Notícia do Direito Brasileiro*. Nova série. n. 7. Brasília: UnB, Faculdade de Direito, 2000. p. 307-362.

JAKOBS, Günther. *La pena estatal*: Significado y finalidad. Tradução de Manuel Câncio Meliá e Bernardo Feijoo Sanchez. Cizur Menor: Civitas, 2006.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. A justificativa funcionalista sistêmica para a execução provisória da pena no Tribunal do Júri. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.36, p.94-111, set./dez. 2018. Disponível em: http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2019/04/DIR36-07.pdf. Acesso em: 3 abr. 2019.

MEREDITH, Martin. *O destino da África*: cinco mil anos de riquezas, ganâncias e desafios. Tradução de Marlene Suano. Zahar. Livro digital. Posição 149.

MIR PUIG, Santiago. *Bases constitucionales del derecho penal*. Madri: Iustel, 2011.

PRADO, Luiz Régis. *Delito de lavagem de capitais: um estudo introdutório*. Centro de Investigacion Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, 2010. Disponível em: http://www.ciidpe.com.ar/area2/lavagem%20de%20capitais.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos Luís Natscheradet; Maria Fernanda Palma; Ana Isabel de Figueiredo. 3. ed. Lisboa: Vega, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SIMBA, Eduardo Mendes; SANTOS, Pedro Kinaga dos. *Direito do Ambiente Angolano*. V. 1. Editora Ubi Uris, 2018.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. A legalidade do acordo de não persecução penal: uma opção legítima de política criminal. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (Org.). *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alteração feitas pela Res. 183/2018. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2018. p. 123-130.

O Papel do Ministério Público e a oitiva de idosos no Sistema Judicial Criminal Brasileiro

*Lauro Francisco da Silva Freitas Junior: Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de Direito. Tel: (91) 999143624. E-mail: junior-lauro@uol.com.br – **Responsável pela defesa perante a comissão temática.**

*Alexandre Marcus Fonseca Tourinho: Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Pará. Mestre em Direito pela Universidade da Amazônia. Professor de Direito. Tel: (91) 981449931. E-mail: alextourinho@mppa.mp.br

SÍNTESE DOGMÁTICA

A presente tese pretende demonstrar que a velhice se tornou uma questão social e jurídica relevante. O idoso, antes de ser uma representação social, é um sujeito de direitos próprios dessa fase da vida. A velhice passou a ser uma questão social não só porque aumentou a quantidade de idosos em nossa sociedade, mas também porque esse grupo e as demais pessoas vulneráveis, como pessoas com deficiência, crianças e adolescentes, têm exigido o reconhecimento de seus direitos por meio de uma maior mobilização em prol de uma vida mais digna. O idoso é um cidadão a quem deve ser garantido um envelhecimento digno e sem violência. Nesse contexto, dentre as possíveis agressões contra o idoso, destaca-se a violência institucional, prática que atinge principalmente os grupos mais vulneráveis da sociedade, aos quais o Estado deve dar uma atenção específica. Essa violência é perpetrada por agentes que deveriam proteger os usuários, garantindo-lhes uma atenção digna, preventiva e reparadora de danos. É sabido que qualquer vítima de crimes no Brasil tem um longo caminho a percorrer, às vezes perverso e vitimizador, afinal, delegacias de polícia, centros de perícia e fóruns de justiça não são ambientes de rotina. Assim, ganha relevância a necessidade de verificar se o Estado, por meio do Ministério Público, tem cumprido sua obrigação constitucional de amparar os idosos nessa prestação de serviço especializado, evitando sua (re) vitimização.

Palavras-chave: Violência institucional. Vitimização secundaria. Sistema judicial. Idoso. Ministério Público.

1. O PROCESSO DE ENVELHECIMENTO

A população brasileira, assim como nos países desenvolvidos, está envelhecendo. A perspectiva para o futuro é de crescimento, a taxas elevadas, da população idosa e muito idosa, em decorrência da entrada da coorte dos *baby boomers* na última fase da vida (*elderly boomers*) e da redução da mortalidade nas idades avançadas (Camarano, 2007).

Esse fenômeno é notável no Brasil, onde a população com 65 anos ou mais tem aumentado, com previsão de crescimento de 7,7% em 2020. Por outro lado, a expectativa de vida do brasileiro, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), em 2013, subiu para 74,9 anos, o que representa uma enorme diferença em relação a anos anteriores. Assim, censos demográficos antigos mostram que, em 1950, a expectativa de vida do brasileiro era de apenas 43,3 anos de vida. A atenção ao envelhecimento populacional tem ganhado relevância em decorrência do surgimento de novas demandas e de problemas ligados às fragilidades físicas e mentais naturais dessa fase de vida. A mortalidade infantil, a diminuição de mortes de adultos por doenças infecciosas e a redução da taxa de natalidade têm gerado esse fenômeno.

O desenvolvimento da economia e da sociedade a partir do século XIX passou a exigir uma mão de obra mais qualificada, que demandava mais tempo de preparação. Por outro lado, os trabalhadores tinham de viver mais para ver recompensado o investimento em capacitação e ter uma melhor expectativa de vida, o que levou os idosos a usufruir de melhores condições físicas e psicológicas. Como resultado dessa sociedade cada vez mais complexa, que exigia uma nova postura diante da existência, especialmente de sua duração como condição essencial para a própria sobrevivência do sistema em fase de afirmação, a velhice passou a representar um fenômeno não somente biológico, mas também fundamentalmente social (Ramos, 2014).

Já no século XX, a velhice sofre um processo de desvalorização com uma estreita ligação com a improdutividade, por causa de uma repulsa biológica e de uma sutil rejeição.

Assim, na história humana, é possível observar que a forma como a velhice é vista altera-se a cada novo momento da humanidade, a cada etapa de vida do indivíduo (Birman, 1995).

De acordo com Dias (2005), houve uma época em que a construção e a representação social da velhice assumiam características ligadas à dependência e à segregação: aos velhos eram reservados somente cuidados, serviços e lazer; aos novos, trabalho.

No entanto, essa leitura passou por modificações. De acordo com dados epidemiológicos, a maioria dos idosos não deixa de ter mobilidade para atividades básicas do cotidiano (Camarano, 2006).

Assim, para melhor compreensão do tema, faz-se necessário examinar o **processo de envelhecimento**, a **velhice** e o conceito de **idoso**. Em síntese, o envelhecimento seria um processo, a velhice, uma etapa da vida, e o idoso, o resultado e o sujeito daqueles (Netto, 2002).

A população envelhece em forma de processo. O homem envelhece por meio de transformações ocorridas ao longo de sua história, porque ele está situado em um tempo e em um lugar. Nessa perspectiva, surgiu o estudo da psicologia do desenvolvimento, que analisa o desenvolvimento ao longo da vida (*lifespan*). Para Baltes (1987), esse desenvolvimento compreende um processo contínuo, multidimensional e multidirecional de mudanças orquestradas por influências genético-biológicas e socioculturais, de natureza normativa e não normativa, marcadas por ganhos e perdas concorrentes e pela interatividade entre o indivíduo e a cultura.

Ao lado do conceito de processo de envelhecimento, existe o conceito de velhice como etapa de vida. Ramos (2014) afirma que, para melhor entender a velhice, é necessário compreendê-la na perspectiva cronológica ou censitária, burocrática, fisiológica e psicológica ou subjetiva. A velhice cronológica é aquela meramente formal: aquele que alcança um determinado patamar é identificado como velho. A velhice burocrática guarda relação com a idade em que o idoso tem direito a aposentar-se. A fisiológica pode ser associada à fragilização decorrente do passar dos anos, aquela que tem a ver com o enfraquecimento do organismo. A velhice subjetiva envolve uma maior complexidade devido às especificidades de cada indivíduo, portanto não possui parâmetros fixos.

Na etapa da velhice, ocorre a diminuição normativa dos níveis de alerta e da intensidade das respostas emocionais, com o aumento da seletividade funcional. As emoções são menos intensas, moduladas, contrastantes e nítidas aos olhos observador e mais compatíveis com os recursos biológicos dos idosos (Neri, 2006).

A Organização Mundial da Saúde (OMS, 2015) define o **idoso** com base na idade cronológica, portanto, **idosa** é aquela pessoa com 60 anos ou mais, em países em desenvolvimento, e com 65 anos ou mais em países desenvolvidos.

A velhice transformou-se em uma questão social relevante, pois tem impactos nos destinos de uma sociedade. Os velhos são um contingente em crescimento que merece ser visto com atenção pelo Estado. Com efeito, o idoso, antes de ser uma representação social, é um sujeito de direitos próprios dessa fase da vida.

Com isso, os idosos não passam mais despercebidos. Faz-se necessário compreender essa faixa etária tão valiosa da sociedade e, na medida certa, definir valores que ao mesmo tempo reconheçam sua importância social e garantam-lhe proteção e direitos.

2. O IDOSO ENQUANTO SUJEITO DE DIREITOS

A velhice passou a ser uma questão social não só porque aumentou a quantidade de idosos em nossa sociedade, mas também porque esse grupo e as demais pessoas vulneráveis, como portadores de necessidades especiais, crianças e adolescentes, têm exigido o reconhecimento de seus direitos por meio de uma mobilização em prol de uma vida mais digna. É preciso, então, compreender as aspirações do idoso nos dias que correm. O idoso necessita de uma efetiva inclusão nos diversos segmentos da comunidade com bem-estar e garantia de respeito e de preservação de sua dignidade.

Em uma perspectiva jurídica, a dignidade da pessoa humana seria o primeiro fundamento de todo sistema constitucional e o último arcabouço de guarida dos direitos individuais. É a dignidade que deve nortear, orientar todo estudo que se faça no campo jurídico.

O reconhecimento da dignidade da pessoa humana nasce de uma reação às atrocidades históricas pelas quais a humanidade passou ao longo do tempo. Dessa feita, para definir dignidade, é preciso levar em conta todas as violações que foram praticadas contra a humanidade, para contrapor-se a elas. A dignidade nasce com a pessoa, o ser humano é digno porque o é; é uma qualidade inata, inerente à sua essência (Nunes, 2002).

Acrescenta Moraes (2002) que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e traz consigo a própria pretensão ao respeito das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, de modo que apenas excepcionalmente possam ser impostas limitações ao exercício dos direitos fundamentais, sempre sem menosprezar a necessária estima que merecem todas as pessoas enquanto seres humanos.

Assim, imprescindíveis à dignidade são o direito à vida, à igualdade, à integridade física e psíquica, à honra e outros que vedem qualquer tipo de violência contra os seres

humanos. A dignidade não é apenas um direito a ser reconhecido, mas também um direito a ser protegido por todos, principalmente pelo Estado.

Nesse cenário, a pessoa idosa está perfeitamente enquadrada, tanto que foi reconhecida, em âmbito nacional, a necessidade de proteção e de valorização do idoso, destacando-se, nesse tocante, o artigo 230 da Constituição Federal de 1988 que estabelece: "a família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida".

O direito do idoso em território brasileiro foi primeiramente previsto de forma ampla, na Lei n.º 8.842, de 4 de janeiro de 1994, que estabeleceu a Política Nacional do Idoso, cujos objetivos precípuos eram a promoção do envelhecimento saudável, a preservação e a melhoria da capacidade funcional dos idosos, a prevenção de doenças, a recuperação da saúde e a reabilitação daqueles que apresentem alguma restrição em sua capacidade funcional. Essa lei foi regulamentada pelo Decreto n.º 1948, de 3 de julho de 1996, que ratificou os princípios constitucionais que garantem a cidadania, a plena integração social do idoso, bem como sua dignidade, seu bem-estar, seu direito à vida, com o repúdio de qualquer tipo de discriminação. Por fim, foi editada, em 1.º de outubro de 2003, a Lei n.º 10.741, conhecida como Estatuto do Idoso, que veio regular os direitos das pessoas que têm idade igual ou superior a 60 anos, trazendo regras dos mais variados segmentos, numa função exclusivamente protetiva. O artigo 2.º desse Estatuto dispõe que o idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, o que já indica a preocupação com o direito de todos a uma vida longa – mas certamente a uma vida com dignidade –, com particular preocupação com um processo de envelhecimento ativo.

Nesse contexto, o arcabouço legislativo brasileiro é um instrumento de proteção aos direitos dos idosos. No entanto, é necessário um engajamento de toda a sociedade, da academia por meio de pesquisas, no sentido de fomentar a discussão e melhor compreender o fenômeno do envelhecimento para, a partir de então, melhor proteger esse grupo social.

Os idosos devem ser respeitados por suas histórias e fragilidades. A superação da discriminação e da violência contra o idoso deve ser uma das pautas de nossos governos que, por meio de políticas públicas, podem dar uma resposta eficaz a esses problemas.

O processo de envelhecimento da população é algo inevitável. A visão de um idoso decrépito, doente e senil deve ser substituída pela visão de um idoso ativo e produtivo, sem nunca esquecer a fase especial de vida pela qual passa, propiciando-lhe um "envelhecimento saudável", digno e sem violência.

Trata-se de uma mudança de paradigma. A falta de políticas públicas, o isolamento social do idoso, a falta de respeito, a cultura da discriminação, tudo leva à violência contra o idoso, o que demonstra que a sociedade precisa organizar-se e o Estado, atuar em prol do idoso de maneira efetiva.

A visão humanista dos idosos deve ser uma prioridade da sociedade e do Estado, evitando-se, assim, a violência em todos seus graus.

3. A VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Hoje a violência está tão presente em nosso dia a dia que a reflexão sobre o tema deixou de ser algo pontual ou circunstancial para transformar-se numa nova forma de ver e viver o mundo do homem. A violência deixou, há muito, de restringir-se à violência física, à agressão física que atingia diretamente o homem tanto naquilo que possui, seu corpo, seus bens, quanto naquilo que mais preza, seus amigos e sua família; migrou para áreas até então desconhecidas, como a violência psíquica, a violência social e a violência contra a dignidade.

Nesse sentido, segundo a Organização Mundial da Saúde (OMS, 1996), a violência pode ser definida como o uso intencional da força física e/ou do poder, seja esse uso real, seja por ameaça, contra si ou outra pessoa, grupo ou comunidade, que resulte em lesões físicas, morte, dano psicológico, prejuízos ao desenvolvimento e privação.

Essa violência, a princípio, poderia ser classificada como biológica, social, biopsicossocial e psicológica. Do ponto de vista biológico, a violência seria algo inerente ao ser humano e teria relação com a agressividade do homem, como uma espécie de instinto de sobrevivência que leva o homem a reagir naturalmente e de forma violenta em certas condições e situações. Na violência psicológica, a lei ou as regras sociais são incapazes de controlar o impulso agressivo do indivíduo (Bisker & Ramos, 2006). No que se refere à violência social, a violência seria explicada como um fenômeno social, oriundo de uma desestruturação da ordem. Assim, a violência resultaria de uma situação de desigualdade social. O indivíduo desprovido de consciência de liberdade e de responsabilidade migraria para um ambiente de violência, mais por instinto de sobrevivência do que por autodeterminação. Em outras palavras, as contradições e mazelas sociais criam a compreensão da conduta violenta. Já a violência biopsicossocial deve-se a fatores biológicos, psicológicos e socais que estão inter-relacionados. O indivíduo age agressivamente em decorrência de sua constituição biológica, de sua consciência humana e por conta da situação social em que vive.

No que concerne ao idoso, para melhor compreensão do conceito, Minayo (2005) descreve a violência como ligada aos processos e às relações sociais interpessoais, de grupos,

de classes, de gêneros, ou objetivadas em instituições, com o emprego de diferentes formas, métodos e meios de aniquilamento de outrem, ou outra forma de coação direta ou indireta, causando-lhe danos físicos, mentais e morais.

Além dessas espécies de violência, podemos acrescentar inúmeras espécies, como a violência sexual, a violência doméstica, a violência racial. Um dos objetos desta pesquisa é a violência institucional.

A violência institucional é aquela praticada nas instituições prestadoras de serviços públicos, como hospitais, escolas, delegacias, órgãos do Judiciário. É perpetrada por agentes que deveriam proteger seus usuários, garantindo-lhes uma atenção digna, preventiva e também reparadora de danos**.** É a violência cometida justamente pelos órgãos e pelos agentes públicos que deveriam proteger e defender os cidadãos. Tais práticas atingem principalmente os grupos vulneráveis da sociedade – entre outros, crianças e adolescentes, idosos, mulheres – , aos quais o Estado deveria dar uma atenção específica em razão de suas especificidades e vulnerabilidades (Minayo, 2007).

Tal violência, em especial contra os idosos, é, portanto, aquela realizada em um ambiente de institucionalização. Por outro lado, essa institucionalização pode ser entendida em um duplo processo: (a) como recurso a serviços sociais de internamento de idosos em lares, casas de repouso e afins, onde o idoso recebe assistência; (b) como vivência de perda, simbolizada pela presença de estados depressivos, significando uma das formas como o idoso sente e vive em um ambiente institucional (Cardão, 2009). Podemos incluir na institucionalização os serviços públicos de rotina, como nas áreas de saúde de educação, bem como o ambiente institucionalizado do sistema judicial, objeto desta pesquisa.

Assim, em um ambiente institucionalizado, por mais que a pessoa idosa seja tratada com naturalidade e de forma igualitária, não se deve esquecer a singularidade inerente à fase de vida pela qual passa.

Nas palavras de Cardão (2009), a institucionalização marca o encontro com um ambiente coletivo de regras que não leva em conta a individualidade, a história de vida do idoso, funcionando de igual modo para todos. Ora, no que se refere ao idoso, esse ambiente institucionalizado, além de garantir um tratamento com naturalidade e de forma igualitária, deve lançar um olhar à pessoa idosa que seja singular, mas não excludente, que considere as especificidades inerentes a essa fase da vida.

Dessa forma, o ambiente institucional é um terreno propício e fértil para a violência contra os idosos, visto que o idoso tende a ser tratado como um usuário qualquer, quando, de fato, tem suas particularidades, devendo ser visto de forma diferenciada, para que seja preservada sua dignidade.

Assim, sabendo-se que o envelhecimento é um processo dinâmico e progressivo, no qual modificações morfológicas, funcionais, bioquímicas e psicológicas podem tornar o indivíduo vulnerável, por vezes dificultando sua capacidade de adaptação ao meio ambiente em que está inserido, o que pode ocasionar ou precipitar a incidência de processos patológicos, a abordagem do idoso deve assumir uma forma particular (Netto, 2002).

Conquistas e perdas fazem parte da realidade ao longo da vida, mas, no período da velhice, podem-se intensificar as perdas em razão de situações reais, concretas. Por outro lado, o idoso está sujeito a cobranças definidas pela cultura, pela sociedade, enquanto ideias de homem, de corpo, de produtividade. Além disso, há as limitações de possibilidades de inserção social, de aprendizado, de desenvolvimento impostas pela sociedade (Piletti, Rossato, & Rossato, 2014).

A esse respeito, dizia Simone de Beauvoir (1990) que velhice significa não só a idade avançada, mas também as deficiências e as perdas biológicas que deixam de ser esporádicas e contornáveis, passando a ser importantes e irremediáveis, causando fragilidade e impotência.

4. O AMBIENTE INSTITUCIONAL DO SISTEMA JUDICIAL: A VÍTIMA IDOSA

O sistema judicial, em especial o criminal, por sua natureza, estigmatiza e exclui pessoas. O Estado, ao impor a sanção ao criminoso, não se preocupa com a pessoa efetivamente envolvida no conflito, a vítima, por mais que ela sofra o mesmo desgaste e a mesma exposição. Nesse processo, o Estado toma o lugar da vítima, sem levar em consideração suas particularidades e singularidades. Em outras palavras, a vítima no processo penal é colocada em segundo plano, e o principal ator é o acusado (Gomes & García-Pablos de Molina, 2000).

Lê-se na Declaração dos Princípios Básicos de Justiça Relativos às Vítimas da Criminalidade e de Abuso de Poder, *adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 29 de novembro de 1985:*

> Entendem-se por "vítimas" as pessoas que, individual ou coletivamente, tenham sofrido um prejuízo, nomeadamente um atentado à sua integridade física ou mental, um sofrimento de ordem moral, uma perda material, ou um grave atentado aos seus direitos fundamentais, como consequência de atos ou de omissões violadores das leis penais em vigor num Estado membro, incluindo as que proíbem o abuso de poder.

Em resumo, vítima é aquele indivíduo que sofreu um dano resultante de uma infração criminal praticada por um agente.

Nesse caso, ocorre a vitimização primária – normalmente entendida como aquela provocada pelo cometimento do crime, pela conduta violadora dos direitos da vítima –, que pode causar danos variados, materiais, físicos, psicológicos, de acordo com a natureza da infração, a personalidade da vítima, a relação com o agente violador, a extensão do dano.

Por outro lado, existe a possibilidade de vitimização secundária. Por vitimização secundária ou sobrevitimização, fenômeno causado pelas instâncias formais de controle social como a Polícia, Ministério Público e Poder Judiciário, durante a apuração do fato criminoso, a qual será estudada mais detidamente neste projeto. Dessa forma, surge a (re)vitimização ou vitimização secundária, quando o Estado deixa de dar a devida atenção à vítima, gerando um dano adicional em decorrência da própria mecânica da justiça criminal tradicional.

Assim, nesse processo, teremos, como afirma Barros (2008), a vitimização primária e a vitimização secundária.

Acrescenta Trindade (2004):

> Mesmo depois de ocorrer o evento vitimizador (vitimização primária), a vítima precisa continuar a se relacionar com outras pessoas, colegas, vizinhos, profissionais da área dos serviços sanitários, tais como enfermeiros, médicos, psicólogos e assistentes sociais, e profissionais da área dos serviços judiciais e administrativos, funcionários de instâncias burocráticas, policiais, advogados, promotores de justiça e juízes, podendo ainda se defrontar com o próprio agente agressor ou violador, em procedimentos de reconhecimento, depoimentos ou audiências. Essas situações, se não forem bem conduzidas, podem levar ao processo de vitimização secundária, no qual a vítima, por assim dizer, ao relatar o acontecimento traumático, revive-o com alguma intensidade, reexperenciando sentimentos de medo, raiva, ansiedade, vergonha e estigma. Devido a essa possibilidade, as agências de cuidados sanitários e judiciais devem estar adequadamente aparelhadas, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista humano, para evitar a revitimização-hetero-secundária, ou pelo menos, para minimizá-la (p. 149).

Durante a persecução criminal em especial, na fase judicial, objeto desta pesquisa, a audiência da vítima pode representar o maior foco de (re)vitimização, pois existe o antes, o durante e o depois do ato conduzido por um juiz de direito. Existe a espera pelos corredores, a presença em um ato solene estranho e formal e a saída, momentos em que as suas declarações ficam sendo revisitadas.

A preocupação com a violência contra os idosos insere-se no contexto de um Estado direcionado a enfrentar a violência resultante de crimes contra essa parcela da sociedade, em especial, quando necessita utilizar o sistema judicial criminal para a apuração desses crimes. Tal preocupação aumenta quando se constata que o idoso pode ser duplamente atingido: vítima do crime (vitimização primária) e, em seguida, vítima de um ambiente inadequado que faz com que todo o processo primário venha à tona, violentando novamente a pessoa de idade avançada (vitimização secundária). Assim, a vitimização secundária deriva das relações da

vítima com o sistema jurídico penal; aquele sistema que deveria fazer justiça acaba por vitimizar, mais ainda, a pessoa vulnerável.

É sabido que qualquer vítima de crimes no Brasil tem um longo caminho a percorrer, as vezes perverso e vitimizador, afinal, não são ambientes de rotina delegacias de polícia, centros de perícia e fóruns de justiça. Assim, surge a questão se o Estado tem cumprido sua obrigação constitucional de amparar os idosos nessa prestação de serviço especializado.

A depender do tipo de crime sofrido, o idoso pode ter de ir a diversos órgãos públicos, como centros de referência, instituto médico legal para perícias, unidades de polícias. Portanto, inúmeras pessoas diferentes irão interagir com a vítima idosa, em lugares distintos.

Como é sabido, nossa sociedade vive em um ambiente extremamente violento, com índices de criminalidade altíssimos. O idoso insere-se nesse cenário na qualidade de vítima, ficando evidente que é maior a possibilidade de seu contato com o sistema judicial.

Assim, após todo um percurso, mais uma vez o idoso será convidado a esclarecer a violência por ele sofrida no sistema judicial. Esse momento é de fundamental importância, tanto para não (re)vitimizar o idoso que se encontra em um ambiente diferente e até mesmo hostil, como também por conta da necessidade de produção da prova para a apuração do crime. Com efeito, a **memória** dessa vítima particular mais uma vez será solicitada, seu testemunho será checado. O idoso será questionado pelo sistema, uma vez que, como afirma Mira y López (2008), geralmente, nem as crianças nem os velhos são testemunhas dignas de confiança.

Dessa feita, a depender da maneira como é abordado o idoso vítima, os danos ou traumas resultantes dessas intervenções podem ser piores que o crime original, considerando-se que é grande a violência institucional presente em nosso sistema judicial, mas ainda sem registro de discussão em relação aos idosos. Na área da infância e da juventude, o avanço foi notável, tanto que essa violência institucional já tem sido combatida aqui e mundo afora. Em especial, no Brasil, entrou em vigor a Lei n.º 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. O Estado acaba por (re) vitimizar o idoso. É preciso verificar se o Estado está equipado com recursos materiais e humanos capazes de proteger e de preservar o idoso em sua integridade moral, psicológica e socioafetiva, enfim, em sua dignidade. É preciso pôr em questão se a vítima idosa está sujeita a um percurso de violência, a chamada violência institucional.

No plano internacional, o direito europeu já deu mostras de preocupação com a vítima em um ambiente judicial. Na Decisão-Quadro do Conselho da União Europeia, de 15 de março de 2001, que versa sobre o estatuto da vítima em processo penal, foram estabelecidas

diretrizes para o direito de proteger as vítimas mais vulneráveis dos efeitos de um depoimento em audiência pública, por exemplo, com maior vitimização secundária.

O Estado deve zelar pela segurança, pela saúde, deve assegurar outras prestações básicas aos cidadãos, incluindo os idosos. No entanto, não raro, o Estado fica inadimplente com essas obrigações, deixando desamparadas essas pessoas com direitos especiais. Há, portanto, uma violência que pode ser também vista no aparato repressivo institucional.

As técnicas legislativas e judiciais, nesse sentido, devem ser necessariamente adequadas e revisadas a fim de assegurar a efetividade dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais dos sujeitos que integram o processo judicial, e a aproximação do processo penal com a Constituição deve reforçar o sentimento de preservação desses direitos (Bitencourt, 2009).

Nesse contexto, é necessário entender a vítima-testemunha idosa no processo penal. Do ponto de vista jurídico e psicológico, é de grande complexidade a posição do idoso em um processo criminal no papel de vítima. A depender da condução da investigação e do processo, considerando a peculiar condição dessa parcela da sociedade, a possibilidade de (re)vitimização é um problema que deve ser previsto. Por isso, os profissionais que realizam o atendimento da população idosa devem ter conhecimentos básicos sobre psicologia, sociologia, direitos humanos, e principalmente devem ter respeito pela dignidade humana, empregando uma linguagem e uma abordagem diferenciada, evitando, assim, a vitimização secundária. Já adverte Trindade (2004) que o fenômeno da vitimização secundária parece estar se tornando comum no mundo moderno e servindo para o agravamento da situação das vítimas; daí a necessidade de um olhar atento tanto da psicologia quanto do direito, tanto dos psicólogos, quanto dos operadores judiciais. Reconhecer essa situação revitimizatória implica sempre questionar os fundamentos da própria sociedade. Trata-se, portanto, de uma missão de difícil execução.

A vítima comum em um processo judicial está sujeita à formulação e à reformulação constrangedoras de perguntas e a insinuações, mormente as utilizadas de forma imprópria, inadequada e até mesmo infrutífera, levando a vítima a sofrer duas vezes o ato de violência. Nesse contexto, a preocupação com uma vítima idosa ganha relevância, considerando sua particular fase de vida, que pode aumentar essa violência.

Com isso, a pesquisa pretende analisar a vitimização secundária, ou seja, a violência psicológica produzida pelo inadequado contato com idosos (vítimas de crimes) no sistema judicial.

5. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO GARANTIDOR DE DIREITOS DA VITIMA IDOSA

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

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

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

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

Nesse sentido, leciona Emerson Garcia (2005):

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

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

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

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

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

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

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

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

Diante de tantas atribuições, não passaria ao largo a efetiva proteção e fiscalização do devido processo legal, em especial o processo judicial criminal. Ao Ministério Público cabe a proteção de todas os sujeitos processuais, como forma de implementação de seu mister de *custos legis*. E esse papel ganha relevância diante de um processo o qual figura como vítima uma pessoa idosa, merecedora de todo cuidado que sua condição peculiar de desenvolvimento requer.

6. CONCLUSÃO

A população brasileira, assim como nos países desenvolvidos, está envelhecendo. A população envelhece em forma de processo. O homem envelhece por meio de transformações ocorridas ao longo de sua história, porque ele está situado em um tempo e em um lugar. Os idosos devem ser respeitados por suas histórias e fragilidades. A superação da discriminação e da violência contra o idoso deve ser uma das pautas de nossos governos que, por meio de políticas públicas, podem dar uma resposta eficaz a esses problemas.

O processo de envelhecimento da população é algo inevitável. A visão de um idoso decrépito, doente e senil deve ser substituída pela visão de um idoso ativo e produtivo, sem nunca esquecer a fase especial de vida pela qual passa, propiciando-lhe um “envelhecimento saudável”, digno e sem violência.

No que concerne ao idoso, para melhor compreensão do conceito, a violência está ligada aos processos e às relações sociais interpessoais, de grupos, de classes, de gêneros, ou objetivadas em instituições, com o emprego de diferentes formas, métodos e meios de aniquilamento de outrem, ou outra forma de coação direta ou indireta, causando-lhe danos físicos, mentais e morais.

Além dessas espécies de violência, podemos acrescentar inúmeras espécies, como a violência sexual, a violência doméstica, a violência racial. Um dos objetos desta tese é a violência institucional, assim entendida como aquela praticada nas instituições prestadoras de serviços públicos, como hospitais, escolas, delegacias, órgãos do Judiciário.

É sabido que qualquer vítima de crimes no Brasil tem um longo caminho a percorrer, as vezes perverso e vitimizador, afinal, não são ambientes de rotina delegacias de polícia, centros de perícia e fóruns de justiça. Assim, surge a questão se o Estado tem cumprido sua obrigação constitucional de amparar os idosos nessa prestação de serviço especializado.

A depender do tipo de crime sofrido, o idoso pode ter de ir a diversos órgãos públicos, como centros de referência, instituto médico legal para perícias, unidades de polícias. Portanto, inúmeras pessoas diferentes irão interagir com a vítima idosa, em lugares distintos.

Nesse contexto, é necessário entender a vítima-testemunha idosa no processo penal. Do ponto de vista jurídico e psicológico, é de grande complexidade a posição do idoso em um processo criminal no papel de vítima. A depender da condução da investigação e do processo, considerando a peculiar condição dessa parcela da sociedade, a possibilidade de (re)vitimização é um problema que deve ser previsto.

Diante de todo o exposto, o novo perfil do Ministério Público pressupõe a aferição e a fiscalização de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias ao combate de abusos ou ilegalidades, sempre com o intuito de manter o Estado no limite da Constituição e do direito. Logo, também é de se concluir que, ao Ministério Público, compete também a defesa dessa parcela da sociedade (idosa) quando no papel de vítima, em um processo judicial criminal, fomentando tomadas de medidas necessárias para que não ocorra o processo de (re) vitimização.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

“O Ministério Público, com atuação na área criminal, deve fomentar a escuta especializada de pessoas idosas, vítimas em processos judiciais, como forma de se evitar a (re) vitimização”

REFERÊNCIAS

Bardin,L.(2011). *Análise de Conteúdo.* São Paulo, SP: Edições 70.

Baltes, P. B. (1987). Theoretical propositions of life-span developmental psychology: On the dynamics between growth and decline. *Developmental Psychology, 23*(5), 611-696.

Barros, F. de M. (2008). *A participação da vítima no processo penal*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

Beauvoir, S. de. (1990). *A velhice.* Rio de Janeiro, RJ: Nova Fronteira.

Birman, J. (1995). Futuro de todos nós: temporalidade, memória e terceira idade na psicanálise. In R. Veras (Org.), *Terceira idade: um envelhecimento digno para o cidadão do futuro* (pp. 29-48). Rio de Janeiro, RJ: Relume-Dumará, UNATI-UERJ.

Bisker, J., & Ramos, M. B. B. (2006). *No risco da violência: reflexões psicológicas sobre a agressividade*. Rio de Janeiro, RJ: Mauad X.

Bitencourt, L. P. (2009). *Vitimização secundária infantojuvenil e violência sexual intrafamiliar: por uma política pública de redução de danos*. Rio de Janeiro, RJ: Lumen Juris.

Camarano, A. A. (2006). Envelhecimento da população brasileira: uma contribuição demográfica. In E. V. de Freitas, L. Py, F. A. X. Cançado, J. Doll, & M. L. Gorzoni, *Tratado de geriatria e gerontologia* (2a ed). Rio de Janeiro: Guanabara Koogan.

Camarano, A. A. (2007). Instituições de longa permanência e outras modalidades de arranjos domiciliares para idosos. In A. L. Neri (Org.), *Idosos no Brasil: vivências, desafios e expectativas na terceira idade* (pp. 169-190). São Paulo, SP: Fundação Perseu Abramo.

Cardão, S. (2009). *O idoso institucionalizado*. Lisboa, Portugal: Coisas de Ler.

Dias, I. (2005). Envelhecimento e violência contra idosos. *Sociologia: Revista da Faculdade de Letras da Universidade do Porto, 15*, 249-274.

Garcia, E. (2005). *Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Gomes, L. F., & García-Pablos de Molina, A. (2000). *Criminologia* (3a ed). São Paulo, SP: Revista dos Tribunais.

Jatahy, C.R.C. (2017). *O Ministério Público e o Estado Democrático de Direito: perspectivas constitucionais de atuação institucional.* Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Ritt, E. (2002) *O Ministério Público como instrumento de democracia e garantia constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Minayo, M. C. de S. (2005). *Violência contra idosos: o avesso do respeito à experiência e à sabedoria* (2a ed.). Brasília, DF: Secretaria Especial de Direitos Humanos.

Minayo, M. C. de S. (2007). Conceitos, teorias e tipologias de violência: a violência faz mal à saúde individual e coletiva. In E. R. Souza (Org.), *Impactos da violência na saúde* (pp. 24-35). Rio de Janeiro, RJ: EAD/ENSP.

Mira y López, E. (2008). *Manual de psicologia jurídica* (2a ed.). São Paulo, SP: Impactus.

Moraes, A. de (2002). *Constituição do Brasil interpretada*. São Paulo, SP: Atlas.

Neri, A. L. **(2006). O legado de Paul B. Baltes à psicologia do desenvolvimento e do envelhecimento.** *Temas em Psicologia*, *14*(1), 17-34.

Netto, P. M. (2002). O estudo da velhice no séc. XX: histórico, definição do campo e termos básicos. In E. Freitas (Org.), *Tratado de geriatria e gerontologia* (pp. 2-12). Rio de Janeiro, RJ: Guanabara Koogan.

Nunes, L. A. R. (2002). *O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana*. São Paulo, SP: Saraiva.

Piletti, N., Rossato, S. M., & Rossato, G. (2014). *Psicologia do desenvolvimento*. São Paulo, SP: Contexto.

Ramos, P. R. B. (2014). *Curso de direito do idoso*. São Paulo, SP: Saraiva.

Trindade, J. (2004). *Manual de psicologia jurídica para operadores do direito*. Porto Alegre, RS: Livraria do Advogado.

TORTURA E EXCLUSÃO PROBATÓRIA

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: Esta tese propõ-se analisar a inadmissibilidade de prova obtida através de tortura e sua consequente exclusão do processo. O direito à prova, ao processo justo e o correlato direito à exclusão das provas ilícitas são reconhecidos como de valor universal e acolhidos pela doutrina dos Direitos Humanos, com clara manifestação na jurisprudência dos tribunais internacionais. As violações investigativas do Estado-persecutor, neste setor, tornam as provas, além de ilícitas, processualmente inúteis, pois contrárias e contraproducentes ao interesse estatal por uma correta apuração da verdade.

Sumário: 1- Introdução. 2- Prova ilegal, ilegítima e ilícita. 3- Apuração de qualquer alegação de tortura e exclusão probatória. 4- A não incidência da proporcionalidade como atenuação à ilicitude probatória. 5- Conclusão. Referências bibliográficas.

1- Introdução

Se a tortura subsiste em alguns sistemas judiciais é porque eles admitem a informação resultante dela. Enquanto a tortura cumprir alguma função em relação à eficácia dos sistemas judiciais, ela não poderá ser erradicada e dificilmente será reduzida, já que se sustenta nas necessidades do próprio sistema. Desse modo, uma política de prevenção deve ter como um dos seus eixos, não tanto aspectos éticos dos agentes públicos de segurança, mas as regras de exclusão da prova (ou da informação) obtida por meios ilícitos[602]. À proibição absoluta da tortura como pena junta-se sua inadmissibilidade como meio de prova. A proscrição da tortura, sua criminalização e sua exclusão probatória, constitui inegável conquista da civilização.

[602] BINDER, Alberto. cit., 1995, p. 185.

Isso tanto é verdade que o primeiro modelo teórico de exclusão probatória, o norteamericano (*exclusionary rule*), tinha como verdadeiro e único fundamento dissuadir a polícia de levar a cabo atividades ilícitas de investigação (o conhecido *deterrent effect* – "efeito dissuasório"), e não tanto como expressão de um direito fundamental da parte agravada. Esse modelo ainda agasalha a exceção de boa-fé na atuação policial como empecilho à exclusão probatória, seja quando atua, por exemplo, no cumprimento de um mandado judicial erroneamente expedido ou sob o império de uma lei posteriormente declarada inconstitucional.

A exceção da boa-fé funciona, na prática, neutralizando a aplicação da própria regra de exclusão e amparando a utilização no processo de provas que, de fato, são obtidas com violação aos direitos fundamentais. Trata-se de uma verdadeira exceção à aplicação direta da própria regra de exclusão[603].

Um sistema judicial comprometido com a prevenção e o combate à tortura deve ser absolutamente intolerante com violações durante a aquisição probatória. Uma prova ou um elemento de convicção colhido em situação de completa vulnerabilidade do investigado ou do réu resulta altamente reprovável e desequilibra o julgamento criminal.

O direito à prova e o correlato direito à exclusão das provas indevidas são reconhecidos como de valor universal (Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, art. 14.3; Convenção Americana sobre Direitos Humanos, art. 8.2) e acolhidos pela doutrina dos Direitos Humanos, com clara manifestação na jurisprudência dos tribunais internacionais, como, por exemplo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), a Corte Internacional de Direitos Humanos (CADH) e o Tribunal Penal Internacional (TPI)[604].

Com índole constitucional, o direito à prova surge, em nossa Constituição, dissolvido nos princípios do devido processo legal (art. 5º, LIV), ampla defesa, contraditório (art. 5º., LV) e proibição de provas ilícitas (art. 5º, LVI).

A proibição de valorar no processo penal determinados meios de provas dos fatos a serem julgados, quando estas provas são obtidas mediante violação dos direitos humanos, está, pois, íntima e paralelamente vinculada à proscrição da tortura, e é um princípio jurídico facilmente constatável tanto nas Constituições e nas leis processuais penais de todos os países civilizados, como nas Declarações Universais de direitos humanos. Também os anais de Jurisprudência estão repletos de decisões, tanto nacionais como internacionais, nas quais se anulam ou não se valoram provas obtidas mediante torturas ou maus-tratos dos acusados; o

---

603 ***ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Revista Catalana de Seguretat Pública, 2010, p. 140.***

604 Soares, 2014.

que demonstra também que apesar da vigência jurídica universal da proscrição da tortura, esta segue sendo uma prática mais ou menos habitual na prática policial de muitos países[605].

O direito à prova embora seja constitucionalmente assegurado às partes litigantes, não é absoluto e ilimitado; não desemboca no direito à admissão de todas as provas. Sujeita-se às restrições derivadas da necessidade de assegurar e de zelar por outros valores e interesses com igual ou maior exigência de proteção. No caso da tortura, exsurge, de plano, a integridade física e mental, bem como a dignidade inerente a qualquer ser humano.

A investigação e a luta contra a criminalidade devem ser conduzidas de uma certa maneira, de acordo com o ritmo determinado na observância de regras preestabelecidas. Se a finalidade do processo não é a de aplicar a pena ao réu de qualquer modo, a verdade deve ser obtida de acordo com uma forma moral inatacável. O método através do qual se indaga deve constituir, por si só, um valor, restringindo o campo em que se exerce a atuação do juiz e das partes[606].

Não se concebe um modelo justo de processo, em especial de natureza punitiva ou sancionatória, que não trabalhe com a verdade – ainda que inatingível – como fator de legitimação de seu resultado e critério de justiça. Mas essa verdade, na forma de ser alcançada e valorada, se submete a padrões éticos e jurídicos inafastáveis; não pode ser obtida a qualquer custo.

A busca da verdade segue sendo um objetivo imprescindível ao processo penal, mas deve agora sujeitar-se a limites. Não pode haver uma indagação da verdade de modo absoluto, a todo custo, mas a verdade hoje investigada deve está condicionada ao cumprimento das regras do jogo. Uma dessas regras é o dever de licitude da prova.

É clássico o princípio proclamado pela Corte Constitucional alemã (BGH), em decisão de 14.06.1960, ao estabelecer que "não há princípio algum do ordenamento processual penal que imponha a investigação da verdade a qualquer preço"[607].

2- Prova ilegal, ilegítima e ilícita

---

[605] CONDE, 2007, p. 35.

[606] GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro:Forense, 2ª ed., 1998, p. 46.

[607] ***BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4240839/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf>. Último acesso: 21.07.2019; CONDE, Francisco Muñoz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Buenos Aires:Hamurabi, 2 ed., 2003, p. 112; LUJÁN, Roberto Carlos Fonseca. Prueba ilícita: regla de exclusión y casos de admisibilidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, p. 28; ESTRAMPES, Manuel Miranda. Cit., 2010, p. 133.***

À vista da ilicitude probatória, a doutrina tem desenvolvido várias classificações terminológicas (prova inconstitucional, prova nula, prova viciada, prova irregular, prova clandestina etc.), que geram mais divergências conceituais que certezas teóricas. Mas para os nossos objetivos, é suficiente a distinção entre prova ilegítima (desobediência a normas processuais, por isso, sempre é aquela prova produzida no processo, em juízo), prova ilícita (desobediência a normas materiais - sobretudo as referidas na Constituição e nas leis, por isso, em regra, produzida fora do processo) e prova ilegal (violação do ordenamento jurídico ou às normas e princípios previstos em lei; define-se por exclusão: é toda prova que contrarie qualquer norma distinta a uma de direito fundamental).

A prova ilícita admite graus, de modo que se pode falar de ilicitude direta, imediata, originária ou de primeiro grau, e de ilicitude indireta, mediata, derivada, reflexa ou de segundo grau. A primeira se apresenta quando a prova é por si mesma contrária a algum direito fundamental, que foi violado durante sua produção ou obtenção, ou inclusive durante sua apresentação em juízo. A segunda ilicitude ocorre quando a prova não é ilícita por si mesma, mas resulta manchada pela existência de uma conexão entre essa prova e um ato violador de direitos fundamentais que, em alguma medida, seviu-lhe de antecedente[608].

Esta segunda ilicitude resulta do chamado "efeito reflexo", segundo o qual, a ilicitude de um ato deve transcender (ou refletir-se) em todo ato que seja sua consequência. É o efeito dominó da prova ilícita e remonta ao que a doutrina norteamericana tem chamado de "teoria dos frutos da árvore envenenada" (*fruit of the poisonous tree doctrine).* O "fruto da árvore envenada" é uma imagem retórica que mostra com clareza as implicações e o alcance da exclusão: a ilicitude como um veneno transmitido do tronco (prova ilícita originária) a todos os ramos (provas ilícitas derivadas).

A confissão obtida através de tortura constitui, ao mesmo tempo, prova ilícita e ilegítima, vez que obtida com violação à Constituição (art. 5º., III) e também porque a lei processual impede sua produção, admissão ou valoração em juízo (art. 157, CPP: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais").

As “Mesas de Processo Penal”, grupos de debate do Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, após análises e discussões, propuseram os seguintes enunciados[609]:

---

608 ***LUJÁN, Roberto Carlos Fonseca. Cit., 2016, p. 32/35.***

609 GRINOVER, Ada Pellegrini. **O processo em evolução**. Rio de Janeiro:Forense, 2ª ed., 1998, p. 49.

Súmula nº 49 – "São processualmente inadmissíveis as provas ilícitas que infringem normas e princípios constitucionais, ainda quando forem relevantes e pertinentes, e mesmo sem cominação processual expressa".

Súmula nº 50 – "Podem ser utilizadas no processo penal as provas ilicitamente colhidas, que beneficiem a defesa".

A nossa Constituição traz como direito fundamental a inadmissibilidade de provas obtidas por meios ilícitos (art. 5º., inciso LVI). Ou seja, para nossa lei fundamental é vedada a admissão de provas que, de alguma forma, violem ou esbarrem em outros direitos fundamentais. O que, de resto, acabou sendo esclarecido com a Lei n. 11.690/2008, ao dar nova redação ao art. 157, *caput*, do Código de Processo Penal: "São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais".

São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras (CPP, art. 157, §1º). Exemplo dessa "fonte independente" (de clara inspiração na jurisprudência norteamericana) é de indivíduo suspeito de roubo e que é detido ilegalmente. No momento da prisão, a polícia retira suas impressões digitais, que após serem periciadas, batem com as encontradas no lugar do roubo. Essa prova pericial, por derivar diretamente da prisão ilegal, também será ilícita e sujeita à exclusão. Se, todavia, a polícia conseguir em algum banco de dados (Instituto de Identificação, por exemplo) as impressões digitais do suspeito, essa prova será admissível pois obtida de uma fonte independente e não relacionada com a prisão ilegal.

A outra exceção legal ocorre quando "não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras", ou seja, quando inexistir uma conexão entre a prova ilícita primária e a derivada, ou quando esta conexão atenuou-se de tal maneira a dissipar a mácula original (ou a "peçonha original"). A inexitência de nexo causal e a fonte independente acabam equivalendo-se conceitualmente.

Também há outra exceção à exclusão (igualmente com gênese norteamericana) que é, basicamente, uma modalidade ou variável da "fonte independente": a descoberta inevitável (*inevitable discovery*). De acordo com essa exceção, não cabe a exclusão da prova se a mesma for descoberta inevitavelmente por uma paralela ação policial condizente com o respeito aos direitos fundamentais, independente da inicial ilicitude cometida. O exemplo é a confissão obtida através de um interrogatório ilegal de um homicídio e indicação do local onde o corpo foi enterrado. Mas, paralelamente a isso, uma equipe numerosa de voluntários faz buscas no

local. Ou seja, inevitavelmente, pelos meios regulares e legais, o corpo seria encontrado (a materialidade do crime).

O critério de inevitabilidade contém uma alta dose de indefinição, que faz com que dita exceção se apresente em termos excessivamente porosos e ambíguos com os inevitáveis riscos intrínsecos às garantias fundamentais[610]. Além disso, essa exceção baseia-se em conjecturas ou hipóteses, ou seja, no que podia ter acontecido, mas não ocorreu na realidade.

Não é possível a existência da garantia constitucional (inadmissibilidade de prova ilícita) se se nega sua extensão à prova reflexa ou derivada, porque a proibição do efeito reflexo da prova obtida com violação aos direitos fundamentais não é senão uma consequência a mais da posição intangível dos direitos fundamentais no ordenamento e uma reafirmação da condição de invioláveis[611]; não teria sentido consentir que se burle uma proibição por caminhos oblíquos. A preocupação é que essas ressalvas ou exceções conduzam a um abandono da regra da exclusão, implantando-se um regime de semiadmissibilidade de provas ilícitas.

A Constituição de Portugal de 1976 é expressa: "São nulas todas as provas obtidas mediante tortura, coacção, ofensa da integridade física ou moral da pessoa, abusiva intromissão na vida privada, no domicílio, na correspondência ou nas telecomunicações" (art. 32, 8).

Vê-se que a lei fundamental lusitana "sanciona" a ilicitude com a nulidade, ou seja, toda prova ilícita perde valor, torna-se nula, deixa de existir para o processo e exclui-se toda possibilidade de admiti-la e valorá-la.

A admissão da prova é o ato do magistrado que, sem valorar tal prova, admite o seu ingresso no processo para que futuramente, no momento de decidir a demanda, possa dela se utilizar. Existem provas cuja admissão é necessariamente anterior à sua produção, como é o caso da prova testemunhal e da pericial, e existem também as provas cujo juízo de admissão pode ser proferido em momento posterior ao da sua produção, como é o caso da prova documental[612].

O interdito à obtenção de provas ilícitas deve ser interpretado como necessariamente proibidor da *admissão*, da *produção* e da *valoração* da prova violadora de direitos com natureza jurídico-material. Sob violação a estes, a prova não pode ser obtida; caso obtida, não pode ser admitida no processo; se vier a ser admitida, não pode ser produzida; se for

---

610 ***ESTRAMPES, Manuel Miranda. Cit., 2010, p. 145.***

611 DÍAZ CABIALE, J.A.; MARTÍN MORALES, R. **La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida**. Madrid:Civitas, 2001, p. 71.

612 ***Carneiro, 2008, p. 274.***

produzida, não pode ser valorada, tampouco fundamentar condenação criminal (salvo, caso se admita, a incidência da proporcionalidade ou alguma exceção à exclusão); e, qualquer que seja o momento processual em que a ilicitude probatória venha a ser sancionada, devem ser desentranhados os elementos dela decorrentes[613].

O direito constitucional a um devido processo legal compreende o direito de não ser julgado a partir de provas obtidas à margem das exigências constitucionais e legais. Todavia, essa mesma prova terá valor contra o suposto torturador (admissibilidade da prova ilícita *pro reo*). Isso em decorrência da garantia constitucional da ampla defesa (CF, art. 5, inc. LV), principalmente se disser respeito à inocência de um acusado.

A Resolução sobre as "Diretrizes e medidas para a proibição e prevenção da tortura e dos tratamentos ou punições cruéis, desumanos ou degradantes na África" (diretrizes de Robben Island), 2008, recomenda que os Estados deveriam "garantir que o regulamento de prova seja adequado às dificuldades de apresentacão de provas relativas a alegações de maus tratos durante a detenção preventiva" (Parte I, 16, "d"). E onde acusações criminais não possam ser sustentadas devido às exigências elevadas da norma da prova requerida, outras formas de medidas civis, disciplinares ou administrativas sejam aplicadas (Parte I, 16, "e"), para coibir a tortura e os maus-tratos.

3- Apuração de qualquer alegação de tortura e exclusão probatória

A jurisprudência brasileira ainda apresenta certa insensibilidade (ou tolerância) às alegações de tortura, coação ou violência na obtenção da confissão, aceitando-a e admitindo-a como prova válida. Em regra, os juízes e tribunais aceitam a confissão extorquida, desde que outros elementos a confirmem (RT 441/413, 435/365, 429/379). Defende-se, sobre um defasado princípio inquisitorial, que tudo aquilo predisposto à descoberta da verdade, deve ser valorado pelo juiz para formar sua convicção fática. Esse maquiavelismo probatório (os fins justificam os meios) é incompatível com o Estado de Direito e a tábua de direitos fundamentais. Mas há também corrente contrária, consentânea com os atuais postulados constitucionais e convencionais, que inadmite como prova, a confissão obtida por coação ou tortura.

Se uma pessoa alegar que confessou em virtude de tortura, o órgão acusador (Ministério Público) deve provar que a confissão foi obtida sem coação. Se esse ônus recai sobre a suposta vítima de tortura há uma clara violação de seus direitos, daí porque o Estado-

[613] Soares, 2014.

persecutor tem a obrigação de verificar se os elementos de convicção reunidos o foram por meio de tortura, reafirmando o comando convencional de investigar qualquer "alegação de tortura" (arts. 12 e 13 da Convenção contra a Tortura).

Na América Latina, incluindo o Brasil, a alegação de tortura é, usualmente, cercada de resistência e desconfiança por parte das autoridades públicas para com as supostas vítimas, normalmente suspeitos, investigados e criminosos. Mas, neste aspecto, não há como fugir de que investigar a prática da tortura é um dever estatal imperativo derivado do direito internacional e não pode ser atenuado por atos ou disposições normativas internas de nenhuma índole[614], ou ainda por sentimentos pessoais (preconceito, desconfiança, ceticismo, indiferença etc.). É óbvio que a alegação deve fornecer elementos mínimos e razoáveis que permitam uma investigação, mas reunidos esses elementos a apuração pronta, imparcial e independente é obrigatória. E uma vez confirmada a tortura, a prova decorrente dela deve ser excluída (ou desentranhada) do processo (tal como preconizado no art. 157, do CPP).

Qualquer autoridade, administrativa ou judicial, que tenha conhecimento da alegação de uma pessoa ter sofrido tortura ou tenha dados da mesma, deve, imediatamente e de ofício, encaminhar esses elementos para órgãos com capacidade investigativa (Ministério Público, polícia judiciária) para ter início uma apuração imparcial, independente, célere e exaustiva. Essa apuração tem como escopo determinar a origem e a natureza da violação da integridade (física ou mental) de quem alega a tortura (materialidade), bem como identificar e processar os agentes responsáveis (autoria). O tempo não é fator impeditivo ou obstativo para as investigações: os exames e as verificações devem ser levados a cabo independentemente do tempo transcorrido desde a suposta prática da tortura e com independência das acusações criminais que pesam contra a suposta vítima.

Os juízes, a todo momento, devem se manter alertas ante a possibilidade de que os acusados e as testemunhas possam ter sido submetidos a tortura. Se, por exemplo, um preso quando comparece perante o juiz para o interrogatório e alega ter sido vítima de tortura, cumpre à autoridade judicial fazer constar a alegação em termo escrito ou registro audiovisual, determinar imediatamente a realização de exame forense e adotar prodivências para garantir uma investigação sobre a alegação. Iguais providências devem ser adotadas quando, embora não exista reclamação ou alegação, a pessoa revela sinais claros de haver sido vítima da prática proibida.

---

[614] "Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos", 2014, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Disponível em: <*https://www.pjenl.gob.mx/EquidadDeGenero/download/Protocolo_tortura_electronico.pdf*>. Acesso em: 08.05.2018.

Uma vez comprovada a ilicitude da prova produzida, o juiz pode, mediante decisão fundamentada, determinar seu desentranhamento dos autos do processo, conforme entendimento do STF (HC n.º 96.905/RJ, 2.ª Turma, rel. Min. Celso de Mello, j. 25.08.2009):

> "Os juízes e Tribunais têm o dever de assegurar, ao réu, o exercício pleno do direito de defesa, que compreende, dentre outros poderes processuais, a faculdade de produzir e de requerer a produção de provas, que somente poderão ser recusadas, mediante decisão judicial fundamentada, se e quando ilícitas, impertinentes, desnecessárias ou protelatórias".

A alegação de tortura não precisa ser feita exclusivamente pela vítima. Terceiros (amigos, familiares, advogado) também podem levar ao conhecimento da autoridade competente. Se a autoridade a quem for comunicada a suposta tortura se mantiver inerte e não deflagrar uma apuração imediatamente (ou encaminhar a quem detenha tal atribuição), incorre nas sanções do art. 1º. § 2º da Lei n. 9.455/1997 – tortura-omissão ("aquele que se omite em face dessas condutas, quando tinha o dever de evitá-las ou apurá-las, incorre na pena de detenção de um a quatro anos"). O Protocolo Facultativo à Convenção contra a Tortura ressalta que "o fortalecimento da proteção das pessoas privadas de liberdade e o pleno respeito aos seus direitos humanos é uma *responsabilidade comum compartilhada por todos*"[615]. Desse modo, embora nem todas as autoridades do país tenham o dever, e principalmente, o poder para apurar a prática da tortura, todas, sem exceção (desde o vereador do mais ínfimo município até o presidente da República), têm o dever (legal, constitucional e convencional) de evitá-la e combatê-la[616], logo todas podem, potencialmente, responder por esse tipo penal. Assim, se uma autoridade pública – qualquer que seja - recebe uma denúncia ou alegação de tortura, e não possuindo atribuição investigativa, deve, imediatamente, encaminhar a denúncia para quem possa apurar. Do contrário, incide nas sanções do art. 1º. § 2º da referida Lei de Tortura.

Considera-se como alegação ou denúncia de tortura, nos termos do direito internacional, todo tipo de notícia, aviso, comunicação, representação, requerimento ou registro que sobre um fato específico seja formulado perante uma autoridade (ou chegue efetivamente ao seu conhecimento). Não se exige forma solene para essas alegações, que podem ser escritas ou verbais. De outro lado, o processo de registro de denúncia ou alegação

---

615 "That strengthening the protection of people deprived of their liberty and the full respect for their human rights is a common responsibility shared by all" (Disponível em http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/OPCAT.aspx. Acesso em 31.05.2018).

616 A prevenção da tortura e de outras formas de maus-tratos é primordialmente um ato de vontade política e profissional e a responsabilidade de combater tais atos se estende a todas as pessoas investidas de autoridade na sociedade (Conor Foley, **Combate à Tortura. Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público.** Disponível em http://www.dhnet.org.br/dados/manuais/a_pdf/306_manual_combate_tortura_mp.pdf. Acesso em 23.05.2018).

de atos de tortura deve ser simples e, inicialmente, de caráter confidencial. A existência de mecanismos para denúncia deve ser amplamente divulgada e as pessoas devem ser estimuladas a informar todos os atos de tortura ou outras formas de maus tratos. Se for necessário preencher um formulário para fazer a denúncia, este deve estar facilmente disponível. Deve haver a possibilidade de entregar a denúncia em um envelope fechado para que ela não possa ser lida pelo pessoal prisional que tem contato com o denunciante. O órgão responsável por receber a denúncia deve acusar imediatamente o recebimento da denúncia. Quando o caso estiver em andamento e o indivíduo correr riscos, deve haver ação imediata. Em todos os casos, deve haver prazos curtos ou metas para investigar e responder a denúncias. As vítimas e seus representantes legais devem ter acesso às informações relevantes para a investigação[617].

A falta ou a impossibilidade de uma investigação sobre atos de tortura é uma violação do direito de proteção contra a tortura e outros maus-tratos. Não é óbice à investigação a ausência de queixa ou representação, caso existam indícios fundados da ocorrência de tortura ou atos assemelhados.

Em âmbito nacional, os órgãos aptos a apurar atos ou alegações de tortura por agentes do Estado são o Ministério Público através de órgãos de execução especializados no controle externo da atividade policial (quando o autor for policial em ambiente extramuros) ou de órgãos de execução com atuação na execução penal (quando o autor for agente prisional ou policial em ambiente intramuros, ou ainda co-detento). Também a polícia judiciária tem atribuições para apurar, mas carece, muitas vezes, da independência e imparcialidade necessárias para apurar delitos que envolvam policiais ou agentes públicos.

4- A não incidência da proporcionalidade como atenuação à ilicitude probatória

Diante da garantia fundamental prevista no art. 5º., inciso LVI, da CF, a reação inicial da doutrina brasileira foi inadmitir qualquer uso das provas ilícitas. Mas a prática diária começou a fornecer situações excepcionais em que a proibição absoluta merecia alguns temperamentos, com especial destaque para o processo penal, dados os bens valiosos em jogo: liberdade e segurança.

A saída para esse dilema foi o uso da ponderação dos interesses ou o princípio da proporcionalidade, em que o julgador avalia ou sopesa os bens jurídicos em jogo, e decide sobre esses corolários: necessidade (imprescindibilidade da medida restritiva à conservação

[617] FOLEY, Conor. 2003, cit.

do próprio ou de outro direito fundamental, não podendo ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa), adequação (meios adotados apropriados à consecução dos objetivos pretendidos) e razoabilidade ou proporcionalidade em sentido estrito (ponderação do nível de restrição em função dos resultados, de modo a garantir uma equânime distribuição de ônus[618]).

A aplicação do princípio da proporcionalidade ocorre quando se perquire se uma prova obtida mediante violação de direitos ou garantias (prova ilícita) pode, ainda assim, ser utilizada em determinado processo judicial (Carneiro, 2008, p. 276). É a teoria do *male captum, bene retentum* ("mal colhida, mas bem conservada") em que conserva-se a prova no processo em prol da verdade real, mas pune-se o violador da garantia constitucional pela "má colheita". A ponderação de interesses pode já está fixada e formalizada na lei, como pode derivar de uma valoração judicial frente às circunstâncias do caso concreto.

Mas no caso da tortura não é possível falar na relativização da prova ilícita e, portanto, na sua admissibilidade no processo. Sua inadmissibilidade é absoluta, pois afeta de forma essencial o âmbito de direitos fundamentais, não admitindo os temperamentos do princípio da proporcionalidade e, portanto, a ingerência dos poderes públicos no exercício da persecução penal. A vedação da tortura é um direito fundamental absoluto, logo não pode, em circunstância alguma, ser admitida como prova. Além disso, as declarações do torturado contém incontornável vício na manifestação de vontade.

Não resta dúvida de que com a manipulação do princípio da proporcionalidade e as interpretações decorrentes pode-se converter a proscrição absoluta da tortura na Constituição Federal e na Convenção contra a Tortura em declarações de princípios puramente simbólicas, sem nenhum efeito prático, e muito menos ainda com um efeito prático "preventivo" das atuações incorretas dos agentes públicos encarregados da investigação. A posibilidade de "saneamiento perverso" possível de alcançar por esta via, convertendo uma prova ilícita e proibida em uma conforme ao Direito, obriga a ser muito cauteloso com princípios complacentes dessa natureza[619].

Entre os direitos humanos, como já se observou várias vezes, há direitos com estatutos muitos diversos entre si. Há alguns que valem em qualquer situação e para todos os homens indistintamente: são os direitos acerca dos quais há a exigência de não serem limitados nem diante de casos excepcionais, nem com relação a esta ou àquela categoria, mesmo restrita, de membros do gênero humano (é o caso, por exemplo, do direito de não ser escravizado e de

[618] BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília:Brasília Jurídica, 1996, p. 210.
[619] CONDE, 2007, p. 40.

não sofrer tortura). Esses direitos são privilegiados porque não são postos em concorrência com outros direitos, ainda que também fundamentais. Porém, até entre os chamados direitos fundamentais, os que não são suspensos em nenhuma circunstância, nem negados para determinada categoria de pessoas, são bem poucos: em outras palavras, são bem poucos os direitos considerados fundamentais que não entram em concorrência com outros direitos também considerados fundamentais, e que, portanto, não imponham, em certas situações e em relação a determinadas categorias de sujeitos, uma opção[620].

Nenhum bem jurídico prevalece sobre o respeito à integridade física e psíquica de um indivíduo. A tortura viola o ser humano em todos os seus aspectos – moral, psicológico, físico – e, muitas vezes, deixa seqüelas e traumas profundos, causando intenso sofrimento. Além disso, o emprego de tortura pode conduzir à morte, caso o agente não tenha a aptidão necessária ou acabe excedendo-se na violência. Assim, a proibição da tortura serve para resguardar a própria vida e não existe no direito bem jurídico mais valoroso do que a vida das pessoas.

Não há, portanto, como aplicar o princípio da proporcionalidade para tornar admissível uma prova obtida mediante tortura. Tal interpretação deve persistir, quer se trate de tortura praticada pelos órgãos públicos, quer se trate de tortura praticada pelo próprio acusado – para provar sua inocência[621].

Inadmissível, na Justiça Penal, a adoção do princípio de que os fins justificam os meios, para assim tentar legitimar-se a procura da verdade através de qualquer fonte probatória. Por isso, a tortura, as brutalidades e todo atentado violento à integridade corporal devem ser banidos da investigação e da instrução. E o mesmo se diga do que se denomina, com eufemismo, de torturas lícitas, como *the bird degree* da polícia americana ou os interrogatórios fatigantes, penosos e exaustivos[622].

Argumentam alguns autores, principalmente americanos, que em casos-limite como a bomba-relógio, terrorismo ou sequestro de pessoas, a informação obtida mediante tortura poderia ser usada para impedir um desastre e punir o criminoso, sendo aceita judicialmente. De fato, os casos-limite, quase sempre hipotéticos, tornam as decisões mais difíceis. Mas uma vez adotado um princípio de natureza absoluta, o mesmo deve ser aplicável a todos os casos, inclusive nos casos-limite. Do contrário, haveria um incentivo às práticas ilegais, uma

---

[620] BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 10ª ed., 1992, p. 20.
[621] GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. **Tortura e prova no processo penal**. São Paulo:Atlas, 2002, p. 112.
[622] MARQUES, José Frederico. **Elementos de direito processual penal**. Vol. II. Rio de Janeiro:Forense, 1965, 2ª. ed., p. 294.

normalização do ilegal. O uso "limitado", "cirúrgico" ou "controlado" da tortura em situação de exceção degenera, inevitavelmente, em política de massa.

Qual o preço das noções de tolerância, da dignidade e do valor de todo ser humano, quando a própria sociedade percebe estar sob ameaça, principalmente se essa ameaça vem daqueles (terroristas, organizações criminosas) que negam a verdadeira legitimidade daqueles mesmos valores? O preço é que, uma vez que uma sociedade abandona seus valores para derrotar um ataque violento àqueles valores, já cedeu, talvez irreparavelmente, sua base moral para resistir ao ataque. Terá perdido – e os terroristas terão vencido – a batalha mais importante. Pois uma sociedade que afirma se basear nas ideias de democracia, nas regras da lei e respeito aos direitos humanos, e depois ignora todos esses princípios nos seus esforços para lutar contra o terrorismo, terá demonstrado que esses valores não são mais preciosos do que aqueles propagados pelos próprios terroristas[623]. A democracia não pode ser destruída ou até mesmo subestimada em seus valores mais essenciais, sob o pretexto de defendê-la. É um paradoxo insuperável.

Sendo a ilicitude um conceito geral do direito, e não conceito especial de algum de seus ramos, o princípio de que o que é nulo é inválido é também geral: e assim, para sustentar-se a inadmissibilidade de uma prova em juízo, basta o fato de que tenha sido ela obtida ilegalmente, violando-se normas jurídicas de qualquer natureza. Especialmente quando estas normas tenham sido postas para proteger direitos fundamentais, vulnerados através da obtenção, processual ou extraprocessual, da referida prova.

A recusa da prova obtida através de um procedimento ilegal não é conseqüência de uma atitude meramente formalista, mas sim, pelo contrário, de uma tomada de posição no sentido de que o formalismo existe apenas para a defesa de princípios superiores: nesse caso, para a defesa de importantes direitos e garantias, colocados para a tutela da personalidade humana; o processo não é um simples *match* no qual triunfa o mais hábil, forte ou poderoso, mas sim um instrumento que tende a consagrar uma conduta valiosa, conforme à regra moral e aos princípios da lealdade e da probidade[624].

Assim, sempre que a obtenção da prova resulte em violação de normas jurídicas, o prejudicado tem o direito de pleitear sua inadmissibilidade e sua ineficácia no processo criminal correspondente. E se a prova foi obtida mediante tortura, a exclusão probatória é imperiosa, insuscetível de ser mitigada pelo princípio da proporcionalidade. E isso porque,

---

[623] RODLEY, Nigel. **Terrorismo: segurança do Estado – direitos e liberdades individuais**. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, nº 18, p. 19.
[624] GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas.** São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1982, p. 109.

como muito bem coloca o prof. René Ariel Dotti[625], devem ser estabelecidas garantias para que o processo criminal não se transforme, ele mesmo, num instrumento de terror, agora manipulado pelo próprio Estado. Quando se fala no devido processo legal, pensa-se, evidentemente, nos acusados de um processo criminal e, muito mais que neles, deve-se pensar também em todo e qualquer cidadão que possa ser apontado como suspeito. É nesse sentido, não distinguindo entre culpados e inocentes, que muitas vezes se manifesta o terror estatal.

O devido processo legal é uma exigência do Estado democrático de Direito e também da própria formulação da consciência social e humana. Não é possível submeter-se qualquer pessoa aos rigores, aos dramas e às tragédias do processo criminal sem a obediência ao devido processo legal em todas as suas expressões, sejam as primárias, relativas à presunção de inocência, ou não.

É possível aceitarmos uma atenuação à ilicitude probatória em decorrência do reconhecimento da boa-fé dos agentes investigadores? Em relação à tortura, especificamente, a resposta é um sonoro não. Tortura e boa-fé são termos antinômicos. O agente público que pratica tortura revela o descortino cabal de sua censurabilidade, tanto que em todos os casos é uma prática clandestina, *underground*, feita à revelia de testemunhas. Está em poder do agente (em sua própria vontade) escolher o procedimento conforme ou não ao Direito, com as consequências derivadas. Quando um agente público torturador comete o desvio de poder consistente na tortura, ele não incide apenas em um erro técnico ou numa má aplicação da lei por ignorância (ou despreparo), mas está, formal e materialmente, de má-fé; sabe, em toda a extensão da prática, que traiu a intenção do legislador.

O princípio da livre apreciação das provas não autoriza o juiz a receber e valorar a confissão obtida mediante tortura? Novamente não. Esse princípio refere-se à análise (ou valoração) dos meios de prova produzida de acordo com as prescrições legais ou processuais. Desse modo, o julgador não está autorizado a aceitar e valorar prova ilicitamente constituída, e cujo suporte é um direito fundamental que não concorre com nenhum outro.

5- Conclusão

Alça-se como princípio geral que provas obtidas com violação dos direitos fundamentais não podem surtir efeito probatório e nem podem ser valoradas processualmente. Qualquer prova obtida com violação aos direitos fundamentais, e através de tortura especificamente, é absolutamente nula, sendo repudiada em tratados e convenções

[625] **Terrorismo e devido processo legal.** Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, nº 18, p. 30.

internacionais. As violações investigativas do Estado-persecutor, neste setor, tornam as provas, além de ilícitas, processualmente inúteis, pois contrárias e contraproducentes ao interesse estatal por uma correta apuração da verdade.

ENUNCIADO

"Nos modernos sistemas processuais é consenso que a verdade processual não pode nem deve ser apurada a "qualquer custo". Não pode haver uma indagação da verdade de modo absoluto, a qualquer preço, mas a verdade hoje investigada deve está condicionada ao cumprimento das regras do jogo. Uma dessas regras é o dever de licitude da prova.

A exclusão probatória de confissão obtida mediante tortura é um direito fundamental da vítima (CF, art. 5º., LVI) e funciona como um efeito dissuasório dos abusos policiais na coleta de elementos de convicção durante a investigação criminal. Além disso, é uma tutela necessária ao caráter absoluto do direito fundamental de vedação da tortura (CF, art. 5º., III).

Se a tortura persiste como prática tolerável é porque ela cumpre alguma função em relação à eficácia dos sistemas judiciais, sendo, de algum modo, admitida como prova. Ela não poderá ser erradicada e dificilmente será reduzida, se suprir alguma necessidade do próprio sistema. Desse modo, uma política de prevenção à tortura deve ter como um dos seus eixos, não tanto aspectos éticos dos agentes públicos de segurança, mas as regras de exclusão da prova (ou da informação) obtida por meios ilícitos.

Não se aplica o princípio da proporcionalidade à prova obtida mediante tortura, vez que a intangibilidade física e psíquica do indivíduo se impõe como um direito fundamental absoluto, à luz de nossa Constituição e do Direito Internacional Humanitário, de que o Brasil é signatário.

Não importa o momento em que foi obtida a prova ilícita, se durante a prisão, na fase de investigação ou no processo, em qualquer situação não poderá ser admitida ou valorada pelo juízo sentenciador. E, para tanto, comprovada a prática da tortura e a extorsão da confissão, mediante apuração regular, o juiz, mediante decisão fundamentada, deverá determinar o seu desentranhamento dos autos do processo (nos termos do art. 157, do CPP). Para essa decisão, é indiferente se a prova tem por objeto "fatos pertinentes, relevantes e seja de elevado potencial cognitivo para a reconstrução dos fatos". Segue a mesma sorte, a prova derivada (os "frutos da árvore envenenada"), salvo a incidência de exceções legais como a falta de nexo causal ou obtenção por fonte independente".

Referências bibliográficas:

BADARÓ, Gustavo. Direito à prova e os limites lógicos de sua admissão: os conceitos de pertinência e relevância. Disponível em: <https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4240839/mod_resource/content/1/U9%20-%20Badaro%20-%20Direito%20a%20prova%20e%20os%20limites%20logicos.pdf>. Último acesso: 21.07.2019.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. Brasília:Brasília Jurídica, 1996.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Campus, 10ª ed., 1992.

CARNEIRO, Diogo Ciuffo. Prova Ilícita: Uma Reflexão. Rio de Janeiro, Revista da EMERJ, v. 11, nº 43, 2008, pp. 269-285.

CONDE, Francisco Muñoz. La búsqueda de la verdad en el proceso penal. Buenos Aires:Hamurabi, 2 ed., 2003.

CONDE, Francisco Muñoz. Prueba prohibida y valoración de las grabaciones audiovisuales en el proceso penal. Lusíada. Direito. Lisboa, n. 4/5, 2007, pp. 31-76
.
DÍAZ CABIALE, J.A.; MARTÍN MORALES, R. La garantía constitucional de la inadmisión de la prueba ilícitamente obtenida. Madrid:Civitas, 2001.

DOTTI, René Ariel. Terrorismo e devido processo legal. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, nº 18.

ESTRAMPES, Manuel Miranda. La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones. Revista Catalana de Seguretat Pública, n. 22, mayo de 2010, pp. 131-151.

FOLEY, Conor. Combate à tortura. Manual para Magistrados e Membros do Ministério Público. 2003. Disponível em: http://pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/tortura/Manual-Combate_Tortura_magistrados_mp.pdf. Último acesso em: 23.05.2018.

GOULART, Valéria Diez Scarance Fernandes. Tortura e prova no processo penal. São Paulo:Atlas, 2002.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O processo em evolução. Rio de Janeiro:Forense, 2ª ed., 1998.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Liberdades públicas e processo penal. As interceptações telefônicas. São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1982.

LUJÁN, Roberto Carlos Fonseca. Prueba ilícita: regla de exclusión y casos de admisibilidad. Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2016, pp. 27-53.
MARQUES, José Frederico. Elementos de direito processual penal. Vol. II. Rio de Janeiro:Forense, 2ª. ed., 1965.

RODLEY, Nigel. Terrorismo: segurança do Estado – direitos e liberdades individuais. Revista do Centro de Estudos Judiciários. Brasília, nº 18.

SOARES, Gustavo Torres. Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites. Tese de Doutorado. 2014. São Paulo:USP. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-30112015-_ 165420/publico/Versao_integral_Gustavo_Torres_Soares.pdf>. Último acesso: 22.06.2019.

A APURAÇÃO DE TORTURA EM AMBIENTE PRISIONAL E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

João Gaspar Rodrigues

(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: O caráter *underground e* subterrâneo da prática da tortura, ainda mais potencializado no ambiente prisional, aliado à inexistência (ou ineficiência) de investigações céleres e imparciais, nos levaram a analisar a questão e apresentar, modestamente, um contributo para uma discussão mais profunda. E pelo nosso prisma, o Ministério Público tem uma importância fundamental na responsabilização integral dos agentes públicos e privados responsáveis por tortura e maus-tratos.

Sumário: 1- Introdução. 2- Respeito à integridade física e moral dos presos. 3- Apuração de alegações de tortura em ambiente prisional. 4- Tortura intramuros praticada por policial. 5- Conclusão. Referências bibliográficas.

1- Introdução

A tortura tem sido, até certo ponto, uma prática invisível para a sociedade e para o Estado. Basicamente, só existe e adquire forma e substância pelo ângulo do torturado. No mais, é uma prática indizível, impunível e invisível. Essa invisibilidade se reproduz nas ineficientes investigações e nos baixos índices de responsabilização dos seus autores, predominantemente agentes do Estado. Perante esse cenário, o torturador se coloca como "infrator" e "intocável" (principalmente quando é um agente do Estado). Podemos dizer, portanto, que a tortura é o crime dos 3 I's: Invisível, Ininvestigável e Impunível.

As alegações de tortura são recebidas institucionalmente com desconfiança e ceticismo, por conta da relação assimétrica existente entre os supostos torturado (normalmente um criminoso, suspeito, investigado) e torturador (normalmente um agente de segurança do Estado). As investigações instauradas, além da precariedade e lentidão, ao invés

de rastrear os fatos, superestimam os aspectos subjetivos, pessoais. De um lado, o agente do Estado dotado de credibilidade e presunção de legitimidade de seus atos; do outro lado, temos o preso, o suspeito, o criminoso, elementos nocivos da sociedade: os "torturáveis".

No caso de alegação de tortura por presos do sistema prisional, ainda há uma multiplicidade de circunstâncias favorecedoras da lei do silêncio e que impedem ou dificultam seja o caso relatado às instâncias de apuração: a dificuldade da vítima de aportar prova suficiente do caso, medo de represálias e de contradenúncia (resistência, desobediência, desacato etc.) por parte dos agentes públicos acusados, podendo traduzir-se em mais tempo de prisão para o torturado.

O caráter *underground* da prática, ainda mais potencializado no ambiente prisional, aliado à inexistência (ou ineficiência) de investigações céleres e imparciais, nos levaram a analisar a questão e apresentar, modestamente, um contributo para uma discussão mais profunda.

2- Respeito à integridade física e moral dos presos

As pessoas privadas de liberdade têm certos direitos humanos que provêm dos direitos humanos gerais universais, tais como: direito à vida, direito de não ser torturado ou submetido a maus-tratos, direito à saúde, direito ao respeito à dignidade humana, direito à liberdade de culto, direito ao respeito da vida familiar etc. Essas pessoas perdem, por um tempo, o direito à liberdade, mas não, sem uma justificativa legal[626], os demais direitos. Estão em ambiente prisional em decorrência de uma sanção penal, de um castigo imposto institucionalmente pela sociedade, não para receber castigos. A pena consiste na perda de liberdade, e não como um pretexto para castigos ou sofrimentos adicionais.

Resulta evidente que o fim das penas, como já proclamava Beccaria (2005, p. 62) ainda no século XVIII, não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um delito já cometido. O fim é apenas impedir que o criminoso cause novos danos aos seus concidadãos e dissuadir os outros a fazer o mesmo. É, pois, necessário escolher penas e modos de infligi-las, que, guardadas as proporções, causem a impressão mais eficaz e duradoura nos espíritos dos homens, e a menos penosa no corpo do criminoso.

Embora à primeira vista o objeto da punição seja o violador da lei, na doutrina formulada por Beccaria este é um personagem secundário em relação àquilo que efetivamente deve ser o foco da punição: em primeiro lugar, o delito em si, do qual o perpetrador é pouco

[626] Alguns direitos podem ser limitados por conta do encarceramento como: direito à privacidade, à liberdade de movimento, de expressão, de assembleia e de voto.

mais do que uma perturbadora atualização empírica (***SENTO-SÉ, 2011, p. 13-14***); em segundo lugar, mas de modo algum subsidiariamente, todos os demais membros do corpo social, infratores potenciais ou não, a quem se dirige a sentença segundo a qual a ação indesejável será exemplar e justamente punida.

É importante registrar que embora as pessoas privadas de liberdade não possuam todos os direitos dos indivíduos livres, as restrições a si impostas só o devem ser na medida do estritamente necessário. Fora desses limites, qualquer restrição será, validamente, tida como abusiva. A Constituição garante aos "presos o respeito à integridade física e moral" (art. 5º., inc. XLIX). O Código Penal e a Lei de Execução Penal também, neste aspecto, são claríssimos: "O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral" (art. 38, Código Penal). "Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei" (art. 3º., LEP).

Nos artigos 40 a 43 da LEP vem prevista uma lista *numerus apertus* dos direitos dos presos condenados ou provisórios, atribuindo a qualquer autoridade o respeito à sua integridade física e moral. No art. 45, §1º., há a proibição expressa de sanções que coloquem em perigo a integridade física e moral do condenado.

Os direitos do preso, em qualquer das modalidades de prisão e em todos os regimes prisionais, integram, *ex vi legis,* o título executivo penal, como se nele fossem escritos. Esses direitos provêm de garantias que, em última análise, remontam à Constituição Federal, em sintonia com os direitos fundamentais do preso, assinalados em diversos documentos internacionais. A execução penal deve respeitar os direitos fundamentais que, em decorrência da Constituição Federal, são assegurados ao preso. Nesse rol de direitos, há direitos próprios do preso e direitos comuns dos cidadãos, com os quais também o preso se protege, quer dizer, direitos não próprios do preso, mas que o amparam, em decorrência da enumeração básica do art. 5º. da Constituição Federal e, inclusive, direitos atinentes ao processo627.

O fato de cumprir uma sentença na prisão não significa que o recluso perde o direito de ser protegido de ameaças de violência, tortura, maus tratos e outros crimes ou da exposição a riscos à sua saúde física ou mental e integridade pessoal.

Impende ao Ministério Público a racionalização de sua atuação e também a adoção de parâmetros de distribuição de atribuições que proporcionem o exercício efetivo de suas atividades estabelecidas na Constituição Federal[628].

---

[627] BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal.** São Paulo:Saraiva, 1996, p. 59.

[628] ZENKNER, Marcelo. **Corregedoria e efetividade do Ministério Público: a necessidade de revisitar a atuação demandista.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em:

3-Apuração de alegações de tortura em ambiente prisional

O Estado brasileiro, através de suas diversas formas de expressão de poder, assumiu o vinculante compromisso internacional de apurar toda e qualquer alegação de tortura **de forma célere e imparcial (art. 12, da Convenção contra a Tortura; art. 8º., da** Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura**). Essa exigência de celeridade do Direito Convencional foi claramente recepcionado no ordenamento jurídico interno, quando a partir da Emenda Constitucional n. 45/2004, na Constituição Federal passou a** constar o direito fundamental à razoável duração do processo e aos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, inciso LXXVIII).

No **"**Modelo de Gestão para a Política Prisional", de 2016, do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional[629], a Diretriz n. 47 traduz para o sistema prisional o dever de apurar com independência as alegações de tortura:

> "Em hipótese alguma serão permitidos ou tolerados a tortura, maus-tratos, humilhação ou tratamento cruel das pessoas privadas de liberdade e/ou seus familiares, sendo obrigação funcional de qualquer servidor, sob risco de pena de omissão e, nos casos de ser o servidor um denunciante, sem prejuízo de garantia de seu exercício profissional, comunicar ocorrências das quais seja testemunha ou tome conhecimento. Incluem-se nesse escopo as ações de ofensa ou assédio moral e psicológico, bem como o tratamento pejorativo pelos servidores acerca da situação de encarceramento das pessoas privadas de liberdade. Os órgãos gestores dos sistemas penitenciários estaduais deverão prever formas autônomas e independentes de investigação e apuração de casos de tortura, maus-tratos, humilhação ou tratamento cruel, mediante, sobretudo, o acesso livre e independente dos órgãos externos de inspeção e controle".

Quando o Estado priva alguém de sua liberdade, assume, paralelamente, o dever de cuidado, de garantir, como diz a Constituição, o "respeito à integridade física e moral do preso" (art. 5º, XLIX) e de que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (art. 5º, III). Esse dever de cuidado também decorre de tratados internacionais firmados e ratificados pelo Brasil.

As atribuições das promotorias especializadas na execução penal são amplas e dotadas de poderes de investigação de todo e qualquer abuso, cometido por quem quer que seja, no âmbito interno das unidades prisionais (*intramuros*). Na ambiência *intramuros*, ocorrida uma ilegalidade ou violação das garantias constitucionais dos

---

http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

[629] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Modelo de Gestão para a Política Prisional**. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

apenados (não interessando se são definitivos ou provisórios) destrava-se, de plano, a *vis atractiva* desse núcleo especializado do Ministério Público. Suas atribuições não são meramente cartoriais ou demandistas, tanto que a LEP lhe atribui a função de visitadora mensal (art. 68, § único, da LEP), incumbência também atribuída aos Conselhos Penitenciários e da Comunidade, além do Juiz e da Defensoria Pública. E essas visitas periódicas não são apenas um encargo burocrático para levantar números ou atender a cifras, mas para verificar a regularidade e legalidade da execução penal. Diante de qualquer violação dos direitos dos presos, é seu dever apurar e providenciar a devida responsabilização. Eventuais questões práticas (como, por exemplo, falta de estrutura), não são capazes de alterar esse cenário jurídico e garantista.

Além disso, a LEP, por ordem de prioridade, ressalta a atividade fiscalizatória do Ministério Público na execução penal, para só depois determinar que oficie "no processo executivo e nos incidentes da execução" (art. 67). Isso é intuitivo sobre a verdadeira atuação dessa instituição na correta aplicação da pena e uma antecipação de seu caráter abrangente e resolutivo. Não implica, por óbvio, uma subalternização do caráter demandista no processo executivo (até porque a judicialização da execução penal assim não o permitiria), mas uma equivalência em importância dos dois perfis institucionais ressaltados. O caráter extraprocessual dessa atuação pode ser o ponto fora da curva a diferenciar o Ministério Público dos outros órgãos de execução penal.

A esse respeito destaca José Ribeiro Borges[630]:

> "O Ministério Público, que encarna o *jus puniendi* estatal, poderia assumir o papel de prevenir e apurar a responsabilidade de quantos praticassem a tortura. Na fase de execução penal, malgrado a extensão de poderes conferidos ao Ministério Público, o controle ainda é puramente judicial, cabendo aos juízes a apreciação dos incidentes de execução. A fiscalização do cumprimento das penas, contudo, é feito apenas formalmente".

Desde a ciência obrigatória da expedição da carta de guia (art. 106, § 1º, LEP), passando pela faculdade de recorrer de todas as decisões judiciais tomadas no curso da execução e pela iniciativa de representar pela interdição de estabelecimentos penais, possui a Promotoria de Execução Criminal uma gama diversa de atribuições muito relevantes para assegurar a efetividade das garantias constitucionais vinculadas à execução penal *lato sensu*, como a proibição da tortura e do tratamento desumano ou degradante (art. 5º, III), a individualização da pena (art. 5º, XLVI), a vedação das penas cruéis (art. 5º, XLVII) ou o

[630] **Tortura.** Campinas-SP:Romana, 2004, p. 199.

respeito à integridade física e moral do preso (art. 5º, XLIX)[631]. Definitivamente, suas atribuições não começam e nem se esgotam na avaliação meramente cartorial dos desvios de execução (basta analisar com um mínimo de lucidez as disposições do art. 67 da LEP). Esse risco de giz não pode hipnotizar o agente ministerial no desempenho proativo de suas atribuições, de modo a impedi-lo de extrair o máximo de rendimento ou de resolutividade.

As atribuições do órgão ministerial especializado na execução penal podem ser discriminadas em dois grupos: 1) aquelas desenvolvidas no curso do processo executivo presidido pelo Juiz competente (caráter eminentemente demandista e parecerista); e 2) as atividades extraprocessuais desempenhadas em relação ao condenado e ao preso provisório (caráter resolutivo). Todas as irregularidades e ilegalidades verificadas *intramuros* se inserem nas atribuições extrajudiciais e obrigam as providências cabíveis (apuração, responsabilização etc.).

O fato da promotoria de execução penal não possuir capacidade para ofertar denúncia não é fator impeditivo para apurar todo e qualquer crime que ocorra no ambiente prisional, principalmente contra os internos. E uma vez finalizada a apuração, encaminhar para a distribuição entre as promotorias criminais comuns. Não adotar providências ou não investigar é inaceitável por duas razões simples: 1- qualquer órgão de execução criminal do Ministério Público (e as promotorias de execução penal não constituem exceção) detém amplos poderes de investigação fornecidos diretamente pela Constituição e avalizados pelos poderes constituídos na rejeição da famígera PEC 37/2011 (após manifestações populares que ocorreram no Brasil no mês de junho de 2013); 2- a Constituição traz na sua tábua de direitos fundamentais o "respeito à integridade física e moral do preso" (art. 5º, XLIX). Ora, esse direito fundamental deve ser curado e garantido, no âmbito do Ministério Público, quando o preso estiver recluso em estabelecimento penal cumprindo pena, pelas respectivas promotorias de execução penal, através de todos os meios ao seu alcance (e o amplo poder de investigação, é um deles e muito valioso).

Não faria muito sentido toda a hercúlea luta e toda a mobilização do Ministério Público (sem precedentes na história da instituição) para manter sua capacidade de investigação criminal, se quando chegasse a hora de fazer uso de tal prerrogativa em defesa de direitos fundamentais de pessoas privadas de liberdade, o Ministério Público através dos órgãos especializados próprios (promotorias de execução penal), ainda apegado a um superado modelo demandista, simplesmente dissesse que se afasta das questões criminais que envolvem eventuais práticas delitivas no interior de unidades prisionais. Eventualmente, o

[631] JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi. **Do papel do Ministério Público na Execução Penal.** Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf. Acesso em: 01.07.2019.

fato de uma promotoria de execução ser extrajudicial, não a afasta de qualquer apuração de caráter extrajudicial. Pelo contrário. Entendimento diferente, implicaria um paradoxo irrespondível: uma promotoria extrajudicial mas que não pode adotar medidas extrajudiciais (?).

A atribuição do Ministério Público, portanto, através de seus órgãos especializados na execução penal, para apurar crimes que violam a integridade física dos presos, decorre diretamente da própria Constituição Federal, pela conjunção feliz do "respeito à integridade física e moral do preso" (art. 5º, XLIX) com o amplo poder de investigação criminal, também com assento constitucional (CF, art. 129, VI e IX)[632]. Esse espaço sempre será ocupado pelo Ministério Público através de seus órgãos especializados e independentes, sem a necessidade de, casuisticamente, vir previsto em atos infraconstitucionais regulamentadores. Eventual omissão de um ato infralegal, de caráter regulamentador, não retira do órgão especializado extrajudicial na execução penal seu poder de investigação (pois, como dissemos, decorre diretamente da Constituição[633]), principalmente diante de atos de tortura (dada a gravidade da prática, reconhecida e censurada tanto pelo nosso ordenamento jurídico quanto pelo direito internacional humanitário).

A título ilustrativo e especificamente sobre o crime de tortura praticado intramuros, apresentamos e logramos aprovar, à unanimidade, tese científica[634] no XXII Congresso Nacional do Ministério Público, na cidade de Belo Horizonte, nos dias 27 a 29 de setembro de 2017, onde sustentamos que as promotorias de execução penal devem funcionar como um segundo filtro na apuração e responsabilização dos crimes de tortura (e de tantos outros crimes graves) em ambiente prisional, e para tanto, devem fazer uso do amplo poder investigatório atribuído a si pelas relevantes funções afetas, especialmente, à execução criminal e tudo que se relacione ao sistema prisional. Além disso, sustentamos ainda, com base em documentos internacionais

---

[632] STJ, HC n. 7.445/RJ, rel. min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 1º.12.1998, DJ 1º fev. 1999, p. 218. STF, HC n. 93.930, rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 7.12.2010, DJe 3 fev. 2011. O Plenário do Supremo Tribunal Federal em 2015, fixou, em repercussão geral, a tese de que o "Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria, e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado" (RE 593727, Repercussão Geral, Relator: Min. CÉZAR PELUSO, Relator para Acórdão: Min. GILMAR MENDES, julgamento em 14/5/2015, publicação em 8/9/2015).

[633] Como a avalizar o que dissemos, há outras prerrogativas que retiram fundamento e decorrem diretamente da Constituição Federal, como o poder regulamentar da Administração Pública, por exemplo (cf. *BRODBEKIER, Bruno.**Poder regulamentar da Administração Pública.** Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, Jul./Set. 2003, vol. 233, pp. 143; CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra:Livraria Almedina, 1986, p. 672*).

[634] "Técnicas de investigação aplicadas à elucidadção do crime de tortura", Disponível em: https://congressonacional2017.ammp.org.br/index/teses. Último acesso: 26.02.2019.

como o Protocolo de Istambul, que esses órgãos devem ter ao seu dispor todos os recursos financeiros e técnicos necessários a uma investigação eficaz.

Por fim, ainda destaca Vivian Barbosa Caldas[635] em pertinente e lúcida lição:

"As principais atribuições do promotor de Justiça na execução penal são as seguintes: zelar pelo correto cumprimento da pena, pela integridade física e moral dos presos, pela individualização do cumprimento da pena, de acordo com a idade, o sexo e a natureza do delito; inspecionar mensalmente os estabelecimentos penais; fiscalizar a regularidade formal das guias de recolhimento e internação; bem como promover a defesa e a garantia dos direitos humanos dos presos.

O Ministério Público tem uma responsabilidade particularmente importante na prevenção de abuso de autoridades, tortura e outras formas de maus-tratos que possam ocorrer dentro dos estabelecimentos prisionais, devendo investigar tais atos e buscar a punição dos responsáveis*".*

4-Tortura intramuros praticada por policial

Em termos de apuração e de investigação de atos de tortura surge uma questão interessante e que tem gerado alguma discussão principalmente dentro da instituição do Ministério Público: praticados esses atos por policial (militar ou civil – em revistas ou outras operações internas) dentro de unidade prisional, a atribuição para apurar seria dos órgãos especializados no controle externo da atividade policial ou dos órgãos especializados em execução penal?

Mesmo se existisse uma polícia penitenciária para fazer vigilância e revistas *intramuros,* ou seja, dentro e nos limites de unidade prisional, tal aparato policialesco não seria inserido nas atribuições controladoras e fiscalizadoras do controle concentrado da atividade policial, por uma razão muito simples: tal conceito de polícia penitenciária (seja própria ou composta por membros da polícia militar) ou de vigilância intramuros não é compreendida no conceito de segurança pública, sendo uma "atividade meramente administrativa e de caráter restrito", como destacado no parecer proferido pelo Procurador-Geral da República na ADI 236-8/RJ.

A vigilância intramuros através das revistas, inclusive, constitui evidente desvio de função da atividade policial militar, mas se tornou uma praxe (ilegal e inconstitucional) responsável por inúmeras chacinas e abusos país a fora, com

635 **O Ministério Público na execução penal.** Disponível em: http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/artigos-menu/257-o-ministerio-publico-na-execucao-penal. 2007. Último acesso em: 26.02.2019.

violação aos princípios da moralidade e da probidade. E neste aspecto, pode o controle externo apurar e responsabilizar os atos de improbidade, se detiver atribuição legal para tanto ou, se não tiver, acionar o órgão que a detenha.

O STF, na ADI 236-8/RJ (julgada em 07.05.1992), reconheceu que a vigilância intramuros dos estabelecimentos penais não se inclui no conceito de segurança pública. Em trecho do voto do Min. Sepúlveda Pertence fica esclarecido o entendimento da Corte: "(...) não há lugar para dar *status* policial, *status* de organismo de segurança pública a este serviço de vigilância penitenciária". E vigilância penitenciária inclui, por óbvio, revistas internas e nos arredores da unidade prisional.

No âmbito de discussão dessa ADI, o Min. Octavio Gallotti reforçou a necessidade de aprimoramento do sistema penitenciário por meio de melhores salários e treinamento em sede própria (não policial), remarcando a distinção entre a atividade penitenciária e a atividade policial:

> "**A vigilância *intramuros* nos estabelecimentos penais pode até ser considerada uma das facetas da atividade policial (ou parte dela), mas, com ela, certamente não se confunde**. [...] **A prevalecer o elastério pretendido pelo constituinte fluminense, a vigilância dos recintos das repartições, dos museus ou coleções de arte, e até mesmo de estabelecimentos de educação ou de saúde (escolas correcionais e estabelecimentos psiquiátricos, por exemplo), poderia ser matéria de segurança, em linha de identidade com o desempenho policial**. Se, nas penitenciárias, sucede o risco das fugas (...) poderá vir a tornar-se, eventualmente, necessário o concurso da polícia (civil ou militar), o que, *data vênia*, não significa atribuir-se caráter policial à vigilância interna de rotina. **Melhor treinamento e remuneração compatível com o árduo trabalho da guarda penitenciária são algo que deve o Estado prover, sem necessidade de estabelecer, para tanto, uma ficção jurídica, e esta foi, em última análise, a previsão da norma estadual capaz de elastecer – para além do aceitável – o preceito ditado pela Constituição Federal**".

Ao analisar a PEC 308/2004 (que dispõe sobre a criação da polícia penitenciária), o Deputado Marcelo Itagiba[636] alerta com bastante lucidez:

> "A atuação dos órgãos de segurança de estabelecimentos prisionais consiste em atividade estatal específica de execução penal, no extremo oposto do atuar das polícias ostensivas e de investigação, e como tal deve ser tratada, para o bem dos agentes penitenciários e da sociedade brasileira".

Em termos da separação de funções, é importante que haja uma clara separação organizacional entre as administrações policial e penitenciária (Coyle, 2002). A polícia geralmente é responsável por investigar crimes e por prender criminosos. Uma vez detida ou presa a pessoa, ela deve, tão prontamente quanto possível, comparecer perante uma autoridade

[636] Sala da Comissão Especial. Brasília, 2007. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/sileg/integras/514715.pdf >. Acesso em 07 out. 2017.

judicial e, daí em diante, deve ser detida em caráter provisório e mantida sob a custódia do serviço penitenciário. Em muitos países, a administração policial está alocada no Ministério do Interior, ao passo que a administração penitenciária se insere no âmbito do Ministério da Justiça. Esse é um modo de se assegurar a separação de poderes e de se enfatizar o estreito vínculo que deve existir entre a autoridade judicial e o sistema penitenciário.

Para efeito de controle externo, a atividade policial (qualquer função pública que, no seu exercício, manipule poder de polícia, ainda que minimamente) deve se relacionar com a segurança pública ou a persecução penal. Não havendo esse vínculo ou relação, a atividade policial não atrai o controle externo. Essa conclusão é extraída da dicção do art. 1º., da Resolução n. 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, *verbis:*

> "Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público, na forma do art. 129, inciso VII, da Constituição Federal, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144 da Constituição Federal, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal".

Para atrair o controle externo não basta ser simplesmente policial, mas é necessário que a função exercida se relacione com a **segurança pública** e a **persecução penal.** É através desses parâmetros que a polícia civil e os órgãos de perícia se submetem, quando de suas funções ordinárias (atividade-fim), ao espectro do controle concentrado, ou seja, exercem **poder de polícia** relacionado com a **persecução penal** (atuam na coleta de elementos de convicção para possibilitar a persecução penal). Também é por meio desses parâmetros que a polícia militar se submete, quando de suas funções ordinárias (atividade-fim), à fiscalização do controle externo, ou seja, quando exerce **poder de polícia** relacionado com a **segurança pública** (preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público – CF, art. 144, *caput*).

Vemos, portanto, que a atividade-fim da polícia militar, aquela atividade que constitucionalmente lhe é atribuída e em que é legitimada a operar, é exercida fora dos perímetros da segurança das prisões, ou seja, extramuros. Somente essa atividade extramuros se relaciona com a segurança pública. E, portanto, somente ela atrai a atribuição fiscalizadora do controle externo concentrado da atividade policial. Ao agir como agentes de segurança penitenciária, intramuros, os policiais militares se submetem, caso cometam alguma ilegalidade, ao controle dos órgãos de execução penal e aos controles ordinários.

Esse cenário é reafirmado pela legislação infraconstitucional. De acordo com o Decreto Federal n. 88.777, de 30.09.1983, compete à polícia militar, dentre outros fins, "a segurança externa (extramuros) dos estabelecimentos penais do Estado" (art. 2., item 27). Mesmo a Força Nacional de Segurança Pública, criada pelo governo federal a partir de um programa de cooperação federativa, só pode ser empregada em "atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 2, do Decreto n. 5.289/2004), não podendo também intervir nas atividades intramuros do sistema prisional.

5- Conclusão

A onipresença da impunidade no sistema prisional tem a ver, dentre outros fatores, com a arquitetura (existência de "ângulos mortos" e espaços sem videovigilância), com a ocultação (ausência de testemunhas), com a inoperância dos órgãos do Ministério Público atuantes na execução penal (dada a carga excessiva de atribuições pareceristas/demandistas), com os exames médicos mal feitos, pouco feitos ou feitos tardiamente, com o temor fundado de represálias, com as contradenúncias e com outras práticas consolidadas[637] que garantem o predomínio da férrea lei do silêncio.

O detento guarda, em relação ao agente prisional ou policial encarregado de algum procedimento interno, uma relação de custódia, vertical, de submissão obrigatória, com o que denunciar alguma violação implica por-se em risco de possível represália, de castigo por parte do agressor ou de outros servidores companheiros, sob cuja custódia encontra-se igualmente.

O transporte de presos para audiências judiciais ou extrajudiciais e tratamento em unidades hospitalares, quando executados arbitrariamente ou em condições contrárias ao respeito aos direitos humanos dos reclusos, podem também configurar espaços pouco visíveis ou zonas obscuras para o cometimento de abusos por parte das autoridades[638].

ENUNCIADO

"As alegações de tortura ou de maus-tratos no interior do sistema prisional devem ser apuradas célere e imparcialmente. Se a tortura for praticada por co-detento, o procedimento

[637] Asociación de Seguimiento y Apoyo a Presos en Aragón (ASAPA), **Dossier sobre investigación judicial de denuncias por malos tratos y torturas en Aragón (datos recopilados entre 2007 y 2012 con especial atención a las cárceles de Zuera y Daroca)**, Zaragoza, 2012. Disponível em: https://asapa.files.wordpress.com/2013/11/dossier-asapa-malos-tratos.pdf. Acesso em: 29.09.2018.

[638] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Modelo de Gestão para a Política Prisional**. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

pode ser conduzido pela polícia judiciária; se o agressor, entretanto, for agente público policial, a imparcialidade da investigação impõe que seja levada a cabo por órgão do Ministério Público atuante no sistema;

A inexistência ou a ineficiência das investigações de crimes graves como a tortura (maus-tratos, lesões corporais etc.), com reflexos ruinosos nas respectivas responsabilizações, dentro do sistema prisional, configura mais um ingrediente, pelo efeito cumulativo que representa, no caótico e conturbado ambiente intramuros, contribuindo negativamente para as frequentes rebeliões.

Impõe-se ao Ministério Público e aos seus órgãos diretivos definir, com precisão, as atribuições de seus órgãos de execução para as respectivas investigações de alegações de tortura dentro do sistema prisional, atendendo às diretrizes do direito internacional humanitário".

Referências bibliográficas

ASOCIACIÓN DE SEGUIMIENTO Y APOYO A PRESOS EN ARAGÓN (ASAPA), **Dossier sobre investigación judicial de denuncias por malos tratos y torturas en Aragón (datos recopilados entre 2007 y 2012 con especial atención a las cárceles de Zuera y Daroca)**, Zaragoza, 2012. Disponível em: https://asapa.files.wordpress.com/2013/11/dossier-asapa-malos-tratos.pdf. Acesso em: 29.09.2018.

BECCARIA, C. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini e Alessandro Berti Contessa**.** São Paulo:Martins Fontes, 3ª. ed., 2005.

BENETI, Sidnei Agostinho. **Execução penal.** São Paulo:Saraiva, 1996.

*BRODBEKIER, Bruno.**Poder regulamentar da Administração Pública.** Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, Jul./Set. 2003, vol. 233, pp. 141-177.*

*CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional.** Coimbra:Livraria Almedina, 1986.*

JÚNIOR, Antônio de Padova Marchi. **Do papel do Ministério Público na Execução Penal.** Disponível em: https://bd.tjmg.jus.br/jspui/bitstream/tjmg/665/1/palMJ-DOP.pdf. Acesso em: 01.07.2019.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Modelo de Gestão para a Política Prisional. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

SENTO-SÉ, João Trajano. Prevenção ao crime e teoria social. São Paulo, Lua Nova, 83, 2011, pp. 09-40.

ZENKNER, Marcelo. ***Corregedoria e efetividade do Ministério Público: a necessidade de revisitar a atuação demandista.*** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume

1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO E INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA: DESAFIOS E ALGUMAS PROPOSTAS

Marcus Vinícius Amorim de Oliveira
Promotor de Justiça no Estado do Ceará
Professor na ESMP – Escola Superior do Ministério Público do Estado do Ceará
e no UNIFANOR Wyden – Centro Universitário Faculdades Nordeste
Doutorando em Ciências Jurídico-Criminais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
marcus.amorim@mpce.mp.br

Sumário: *1. Atuação da Defesa na Fase Pré-Processual: uma Realidade que se Impõe; 2. Prerrogativas do Defensor e a Extravagância do Provimento n.º 188/2018 do CFOAB; 3. Uma Breve Análise da Lei n.º 13432/2017; 4. Anteprojeto do Código de Processo Penal: Consolidação de uma Tendência; 5. A Experiência Italiana: L'Investigazione Difensiva; 6. Conclusões (Síntese Dogmática); 7. Proposta de Enunciado; Referências.*

1. Atuação da Defesa na Fase Pré-Processual: uma Realidade que se Impõe

Antes negligenciada pela doutrina e pelos operadores jurídicos, aí incluído o Ministério Público, vista como uma espécie de trabalho sujo, talvez porque próximo demais das agruras do episódio criminoso, desde algum tempo se vem percebendo a fase pré-processual de investigação criminal como uma etapa importante na persecução penal. Foi-se sedimentando uma perspectiva de que os direcionamentos dados a uma investigação criminal podem ser determinantes não somente para a tomada de decisão do Ministério Público quanto ao exercício da ação penal (*opinio delicti*) como também para o próprio processo judicial como um todo.

Essa clarividência parece ligada à constatação de que o processo criminal, não raras vezes, pode se apresentar transmutado numa espécie de instância de confirmação ou

homologação dos elementos informativos colhidos na investigação criminal. Em casos tais, essa evidência resulta de dois aspectos que se implicam mutuamente e facilmente constatáveis na prática forense: em primeiro lugar, por conta de um acanhado exercício do contraditório, na medida em que a produção de prova, tanto pelo órgão de acusação quanto pela defesa, se limita a certificar a autenticidade e consistência dos elementos pré-processuais; em segundo plano, quando a defesa técnica se restringe a legitimar os estágios processuais (com a defesa preliminar até suas alegações finais) sem cuidar de tomar a iniciativa de buscar fontes de prova por si mesma.

Nesse cenário, observa-se que há aproximadamente duas décadas o Ministério Público brasileiro vem avançando sobre a área de investigação criminal, principalmente, com a ação estratégica de executar por seus próprios meios uma investigação direta, e junto disso, a implantação de políticas de estruturação interna capazes de prover suporte a essa atividade, a exemplo da criação de órgãos próprios de investigação (GAECOs e similares) e de setores de inteligência[639]. E justamente em decorrência dessa intervenção mais proativa do Ministério Público na investigação criminal, que gerou uma nova demanda para a advocacia – privada ou pública, no caso da Defensorias Pública -, tornou-se mais frequente na doutrina e na jurisprudência nacionais a discussão sobre o papel da defesa na fase pré-processual. Com isso, chegou-se ao ponto de pensar mais a sério sobre a chamada investigação criminal defensiva e de perceber-se maior interesse da advocacia sobre esse segmento de atuação profissional[640].

Para MACHADO, a secular tradição de investigações inquisitoriais gerou uma injusta presunção de credibilidade para os dados colhidos pelos órgãos públicos, enquanto os informes reunidos pela defesa, seja em procedimento próprio ou mesmo nos autos da investigação pública, são vistos com muita reserva[641]. Quiçá essa reserva, se existente, decorra dos objetivos particulares da atividade em contraposição ao interesse público que sempre deve nortear a investigação oficial[642].

Podemos definir a investigação criminal defensiva como a atividade investigatória privada, conduzida durante a investigação preliminar oficial ou o processo criminal para a

---

[639] Talvez como efeito colateral dessa atividade, tem-se alimentado uma desconfiança de que, em sua investigação direta, o Ministério Público dirige suas energias para a obtenção de elementos que possam sustentar uma futura acusação e não necessariamente a elucidação dos fatos, o que pode resultar em demonstração de inocência ou menor grau de responsabilização do investigado. Daí porque uma melhor regulamentação da investigação criminal direta do Ministério Público, no contexto de uma reformulação de seu papel na etapa precedente ao processo criminal, se mostra ainda mais urgente e necessária.

[640] Com efeito, a título de exemplo, em dezembro de 2018 o IBCCrim realizou um curso chamado "*Teoria e Prática da Investigação Criminal pelo Defensor*". Veja-se em: https://www.ibccrim.org.br/evento/390-Teoria-e-Pratica-da-Investigacao-Criminal-pelo-Defensor. Acessado em 27.7.2019.

[641] Cf. MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**.

[642] Exemplo disso pode ser visto no art.334, bis, do Código de Processo Penal italiano: "*1. Il difensore e gli altri soggetti di cui all'articolo 391-bis non hanno obbligo di denuncia neppure relativamente ai reati dei quali abbiano avuto notizia nel corso delle attivita' investigative da essi svolte*".

defesa de interesses do sujeito passivo da persecução penal, e tem como fundamento, para alguns, a paridade de armas no processo penal[643]. Nesse tocante, discordamos daqueles que encontram na paridade de armas, um conceito tipicamente endoprocessual, a razão de ser dessa atividade defensiva[644]. A paridade de armas nada mais é do que uma projeção do princípio da igualdade das partes no processo judicial. Entretanto, no ordenamento brasileiro, a investigação criminal tem natureza administrativa, de cunho pré-processual e é uma atividade preparatória da tomada de decisão do Ministério Público – e excepcionalmente, da vítima ou seu representante legal – quanto à formulação de uma acusação em juízo. Logo, acreditamos mais condizente como razão fundamental da investigação criminal defensiva a necessidade dos órgãos estatais em buscar uma adequada apuração dos fatos (dever de intervenção), tanto mais próxima quanto possível de uma verdade que, naquele momento, tem que ver com a segurança da coletividade (defesa social)[645]. Em última instância, toca o direito de prova, ou como dizia VASSALI, o direito de defender-se provando[646]. Portanto, ela pode se justificar tanto em casos de falhas, omissões ou condução tendenciosa da investigação oficial como também enquanto mera colaboração com o órgão estatal investigador[647].

A investigação criminal defensiva não se confunde com a participação do investigado no procedimento investigatório desenvolvido pela polícia judiciária ou pelo Ministério Público. Há, convém frisar, uma intersecção das duas atividades, consistente na possibilidade de apresentação pelo investigado à autoridade policial ou membro do Ministério Público de elementos de convicção e indicativos de fontes de prova produzidos por meio de sua

---

[643] Essa definição é extraída da redação original do art.13, do PLS n.º 156/2009, atual PL n.º8045/2010, que vem tramitando na Câmara dos Deputados e trata do Anteprojeto de Código de Processo Penal. MENDRONI a chama de "investigações privadas", para alcançar também a investigação feita pela vítima. Em seu entendimento, desde que não encontrem impeditivo legal, pela restrição de atuação delegada aos órgãos públicos, poderão ser realizadas. Cf. MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Curso de Investigação Criminal**, pp.253-4. V. também a respeito de seu conceito e natureza jurídica: DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, pp.224-25.

[644] V. a respeito: MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva.** FRANÇA, FURLANETO NETO E DOS SANTOS colocam que a investigação defensiva reforça ao investigado a possibilidade de maximizar a ampla defesa e o contraditório diferido, fomentando a paridade de armas. Cf. FRANÇA, Pablo Rodrigo; FURLANETO NETO, Mário; DOS SANTOS, José Eduardo Lourenço. **Análise Crítica da Investigação Criminal e Defensiva no Brasil**, p.179.

[645] Com uma visão que reputamos preconceituosa, tal como a de ver no advogado criminalista um profissional que busca a impunidade de seu cliente a qualquer custo, BADARÓ entende que não cabe argumentar que a Polícia Judiciária teria interesse na "descoberta da verdade" e, portanto, buscaria elementos de provas tanto que confirmassem a hipótese investigada quanto a eventual inocência do suspeito. Para ele, na prática, tal postura mostrou-se irrealizável, tendo a polícia clara propensão a buscar as fontes de prova acusatória, não se preocupando com elementos defensivos. Cf. BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. Obtido em: https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/104402244/v6/document/151693326/anchor/a-151693326. Acessado em 27.7.2019.

[646] Cf. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Diritto Processuale Penale**, p.503.

[647] Nesse sentido, v. FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação Privada na Investigação Criminal no Brasil: Possibilidades e Limites**.

investigação criminal defensiva, e que serão anexados aos autos do procedimento investigatório oficial a critério da autoridade condutora.

Dito isto, a investigação criminal defensiva possui três âmbitos de incidência[648]: (a) inquérito policial; (b) procedimento investigatório criminal, e; (c) processo criminal, em caráter residual. No inquérito policial, considerando a característica da discricionariedade de sua condução afeita à autoridade policial, a legislação prevê, de modo bastante sucinto e tecnicamente precário, que o indiciado, tal como a vítima ou seu representante legal, poderá requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a critério da autoridade policial responsável[649]. Cabe aqui uma interpretação extensiva para alcançar qualquer investigado, porquanto o indiciamento, embora privativo da autoridade policial, é um ato cujo momento tem sido bastante tormentoso, podendo vir a ocorrer somente na conclusão do procedimento, e mesmo porque, no panorama normativo atual, inexiste qualquer justificativa de fundo para tal cerceamento. Além disso, há de se ter em conta que, ao fim e ao cabo, qualquer pessoa, até mesmo encoberta pelo anonimato, pode contribuir para a investigação policial. Essa interpretação também se revela conveniente no que diz respeito ao Procedimento Investigatório Criminal, a cargo do Ministério Público e que apresenta semelhante problema conceitual[650]. O dispositivo pertinente refere a "autor do fato", o que implica em duplo equívoco: ao imitar o texto da Lei n.º9099/95, tacha o investigado como pretenso culpado e também restringe a participação, omitindo o papel da vítima e de terceiros. Inclua-se na ressalva a menção somente à figura do advogado, quando podia incluir o defensor[651]. Finalmente, cabível no processo criminal nas situações muito específicas de indicação de assistente técnico em exame pericial[652] ou para subsidiar uma revisão criminal. Todas essas iniciativas podem vir sustentadas numa investigação criminal defensiva.

---

[648] Consideramos aqui a investigação criminal em seu alcance restrito, conforme já exposto na abertura deste trabalho. Obviamente, a defesa técnica atua também em outros procedimentos administrativos que, de alguma maneira, possam vir a influenciar a persecução penal, a exemplo de sindicâncias, inquéritos civis etc.

[649] Cf. art.14, do CPP: "*Art. 14. O ofendido, ou seu representante legal, e o indiciado poderão requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade*".

[650] Cf. art.9º, da Resolução n.º 181/2017, do CNMP: "*O autor do fato investigado poderá apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, inclusive por meio de advogado*".

[651] Nesse ponto, e também considerando todos os aspectos relacionados à natureza da investigação criminal direta do Ministério Público, a antiga redação do art.7º, da Resolução n.º 13/2006, alterada pela Resolução n.º 161/2017, do mesmo CNMP, era bem mais abrangente, a despeito da impropriedade decorrente da invasão de atribuições: "*Art.7º. O autor do fato investigado será notificado a apresentar, querendo, as informações que considerar adequadas, facultado o acompanhamento por defensor. §1º. O defensor poderá, mesmo sem procuração, examinar autos de investigações findas ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. §2º. O defensor constituído nos autos poderá assistir o investigado durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do seu interrogatório e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios e probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração, apresentar razões e quesitos. §3º. No exame de autos sujeitos a sigilo, deve o defensor apresentar procuração*".

[652] Cf. art.159, §§3º e 4º, do CPP: "*Art. 159. O exame de corpo de delito e outras perícias serão realizados por perito oficial, portador de diploma de curso superior* (…) *§3º. Serão facultadas ao Ministério Público, ao*

Podemos identificar na investigação criminal defensiva algumas características: (i) sigilo nas investigações; (ii) natureza privada da atividade[653]; (iii) paralelismo à investigação oficial ou processo criminal; (iv) disponibilidade e (v) ausência de coercibilidade. Essas características serão pormenorizadas nos tópicos seguintes.

2. Prerrogativas do Defensor e a Extravagância do Provimento n.º 188/2018 do CFOAB

A defesa técnica não se circunscreve ao processo judicial. Entretanto, importa dizer que, na fase pré-processual, o exercício do direito de defesa não tem o significado decorrente da dialeticidade processual, isto porque não há acusação formulada (princípio acusatório), mas um procedimento orientado para a apuração de fatos que, em hipótese, configuram ilícito penal. Logo, a defesa técnica há de ser compreendida em sentido lato, isto é, como assistência jurídica devida a qualquer cidadão – se dispondo de recursos, por meio de advogado; se não, ao abrigo da Defensoria Pública[654]. A assistência pode ser executada por meio de várias providências, aí incluída a investigação criminal defensiva, que terá em perspectiva a eventualidade de um processo criminal no futuro.

Para subsidiar a atividade de investigação em caráter privado, como é a defensiva, torna-se imprescindível que o profissional incumbido da tarefa – advogado ou Defensor Público – goze de certas prerrogativas. Nesse sentido, a legislação confere a ambos: (a) a possibilidade de comunicar-se, pessoal e reservadamente, com seus clientes ou assistidos, ainda quando esses se acharem presos ou detidos, mesmo incomunicáveis, tendo livre ingresso em estabelecimentos policiais, prisionais e de internação coletiva, independentemente de prévio agendamento[655]; (b) examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à

---

assistente de acusação, ao ofendido, ao querelante e ao acusado a formulação de quesitos e indicação de assistente técnico. §4º. O assistente técnico atuará a partir de sua admissão pelo juiz e após a conclusão dos exames e elaboração do laudo pelos peritos oficiais, sendo as partes intimadas desta decisão". Aqui parece fazer algum sentido falar em paridade de armas como fundamento da atividade defensiva.

[653] Cf. Lei n.º 3099/57, que eufemisticamente determina as condições para o funcionamento de estabelecimento de informações reservadas ou confidenciais, comerciais ou particulares. O art.3º, do Decreto n.º 50532/57, que disciplina essa lei, estabelece: "*é vedada às empresas de que trata o presente regulamento a prática de quaisquer atos ou serviços estranhos à sua finalidade e os que são privativos das autoridades policiais, e deverão exercer sua atividade abstendo-se de atentar contra a inviolabilidade ou recato dos lares, a vida privada ou a boa fama das pessoas*".

[654] Cf. arts.5º, inciso LXXIV, 133 e 134, da Constituição Federal.

[655] Cf. art.7º, inciso III, da Lei n.º8906/94 e art.44, inciso VII, da Lei Complementar n.º80/94, com redação dada pela Lei Complementar n.º132/09.

autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital[656]; (c) e para o Defensor Público, requisitar de autoridade pública e de seus agentes exames, certidões, perícias, vistorias, diligências, processos, documentos, informações, esclarecimentos e providências necessárias ao exercício de suas atribuições[657].

Todavia, ainda que dispondo de tais prerrogativas, o defensor pode desenvolver a investigação criminal defensiva apenas em paralelo à investigação oficial estatal, seja da polícia judiciária ou do Ministério Público. Esse cabedal de prerrogativas, quando empregado no bojo da investigação oficial, não implica a instauração de um verdadeiro contraditório num procedimento que, por sua natureza mesma, é inquisitivo, e portanto, unilateral ou não dialético.

Por outro lado, embora se reconheça que essas prerrogativas sejam importantes ferramentas para que o advogado ou Defensor Público possa desenvolver a investigação criminal defensiva, e que há, sim, uma lacuna normativa no disciplinamento dessa atividade, o Conselho Federal da OAB andou muito mal ao emanar o Provimento n.º 188/2018, sob o pretexto de regulamentar "*o exercício da prerrogativa profissional do advogado de realização de diligências investigatórias para instrução em procedimentos administrativos e judiciais*"[658]. O expediente se revela uma evidente extrapolação de atribuições, uma vez que a OAB, em quaisquer de suas instâncias, como autarquia *sui generis* que é[659], não desfruta do poder de legislar, aqui compreendido no sentido de normatização de uma expectativa de conduta direcionada a terceiros, em matéria processual penal[660]. Trata-se, como se percebe, de um ato normativo eivado de inconstitucionalidade formal. Nesse cenário, o ato normativo se

[656] Cf. art.7º, inciso XIV, da Lei n.º 8906/94, com a redação dada pela Lei nº 13245/16, e art.44, inciso VIII, da Lei Complementar n.º80/94. Sobre a matéria, tenha-se em conta também a Súmula Vinculante n.º 14 do STF, que traz a seguinte redação: "*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa*". No que interessa ao presente trabalho, note-se que o texto da Súmula refere a defensor, exatamente para alcançar o Defensor Público.

[657] Cf. art.44, inciso X, da Lei Complementar n.º80/94. Veja-se também a Lei n.º12527/11, que materializa o direito de petição. A propósito, a Mensagem de Veto ao dispositivo da Lei n.º 13245/16, que alterava a alínea 'b' do inciso XXI do art. 7º da Lei n.º 8906/94, incluindo como prerrogativa do advogado a requisição de diligências, deixou claro o seguinte: "*Da forma como redigido, o dispositivo poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça. Interpretação semelhante já foi afastada pelo Supremo Tribunal Federal - STF, em sede de Ação Direita de Inconstitucionalidade de dispositivos da própria Lei nº 8.906, de 4 de julho de 1994 - Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (ADI 1127/DF). Além disso, resta, de qualquer forma, assegurado o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder, nos termos da alínea 'a', do inciso XXXIV, do art. 5º, da Constituição.*"

[658] O ato normativo foi aprovado pelo Conselho Pleno da OAB em sessão datada de 11 de dezembro de 2018. A propósito, ver em: https://deoab.oab.org.br/assets/diarios/diario-eletronico-oab-31-12-2018.pdf?p=1548374400054.

[659] Cf. decisão do STF na ADIn 3026/DF. V. a respeito: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283. Acessado em 25.7.2019.

[660] Veja-se o que dispõe o art.22, inciso I, da Constituição Federal, segundo o qual compete privativamente à União legislar sobre direito processual.

dispõe a tornar a investigação criminal defensiva uma atividade privativa do advogado, mas que poderá contar com o auxílio de colaboradores, a exemplo de detetives particulares – embora não aplicável na área criminal -, peritos, técnicos e auxiliares de trabalhos de campo, estabelecendo, ainda, que a atividade não poderá receber qualquer tipo de censura ou impedimento pelas autoridades[661].

Em suma, é conveniente e necessário que surja lei em *stricto sensu* para disciplinar a matéria, até porque a atividade também é da alçada da Defensoria Pública. Enquanto isso não se torna realidade, o Ministério Público não pode tergiversar, isto é, deve impugnar os atos e diligências investigatórias de advogados baseados no aludido ato normativo.

3. Uma Breve Análise da Lei n.º 13432/2017

A Lei n.º 13.432/17 veio disciplinar a atividade, outrora bastante nebulosa, do detetive particular. Nesse contexto, definiu o detetive particular como o profissional que, habitualmente, por conta própria ou na forma de sociedade civil ou empresarial, planeja e executa coleta de dados e informações de natureza não criminal, com conhecimento técnico e utilizando recursos e meios tecnológicos permitidos, visando ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante[662].

Como se vê, a norma diz textualmente que a atividade é de natureza extracriminal[663]. Com efeito, foi vetado o dispositivo que conferia ao detetive particular o direito de ser tratado "*como profissional colaborador da Justiça e dos órgãos de polícia judiciária*", tendo sido emitido o veto nos seguintes termos: "*Os profissionais cuja atividade se regula por este projeto de lei exercem ofício de natureza privada, e não como presente no dispositivo, em linguagem própria de agentes públicos ou advogados. O uso da expressão, no rol de direitos do profissional, tem potencial de gerar confusão entre atividade pública e privada, com prejuízos a ambas e ao interesse público*"[664]. Ora, a função do detetive particular é de coleta

[661] Cf. arts.4º e 7º, do Provimento n.º 188/2018 do CFOAB.
[662] Cf. art.2º, da Lei n.º 13432/17. Além disso, a legislação exigiu contrato escrito com estipulação, dentre outras cláusulas, de honorários e prazo de vigência (arts. 7º e 8º), confecção de relatório do serviço (art. 9º), além de estabelecer vedações (art.10), direitos (art.12) e deveres (art.11) do detetive particular. Caso ele opte por constituir sociedade, deve estar registrada na Junta Comercial do estado respectivo (art.1º, da Lei n.º 3.099/57), bem como na Delegacia de Polícia do local de atuação (art.1º do Decreto n.º 50.532/61).
[663] Apesar de ter dado origem à Lei n.º 13432/17, não prosperou a proposta contida na redação original do Projeto de Lei n.º1.211/11, da Câmara dos Deputados, que autorizava o detetive a realizar investigação criminal, por meio de diligências como "*relatórios de investigações privadas, juntando descrições, croquis, gráficos, fotografias, filmes e gravações magnéticas" referentes a "situação hipotética envolvendo fato, criminoso ou não*". Veja-se o texto original em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=42065CBF827B744D4F9FE94F9B1E1EE7.proposicoesWebExterno1?codteor=865340&filename=PL+1211/2011. Acessado em 25.7.2019.
[664] Cf. Mensagem n.º 109, de 11 de abril de 2017.

de informações de natureza não criminal, limitando-se ao esclarecimento de assuntos de interesse privado do contratante. Assim, muito embora prevista no ato normativo do CFOAB, está vedada a colaboração do detetive particular na investigação criminal defensiva. Eventual disposição contratual nesse sentido deve ser considerada nula.

O detetive particular age, digamos, como uma espécie de despachante do cliente, arrecadando informações de natureza não criminal, algo que poderia ser feito, vale frisar, por qualquer pessoa. Cuida-se de um contrato específico de prestação de serviços, caracterizado por ser do tipo sinalagmático, oneroso e *intuitu personae.* A novel legislação não conferiu ao prestador do serviço qualquer prerrogativa ou vantagem na coleta de dados, mas antes disso, impôs mais exigências na formalização da avença e admitiu o exercício dessa atividade somente dentro de certos limites[665].

Em contrapartida, o detetive particular pode colaborar com uma investigação policial em curso, desde que expressamente autorizado pelo contratante e mediante admissão da autoridade policial responsável, que também poderá rejeitá-la a qualquer tempo[666]. Não há previsão de contribuição com a investigação criminal direta do Ministério Público. Nestes termos, sua atuação é apenas complementar. Ele não pode executar técnicas ordinárias de investigação, a exemplo de oitivas e quebra de sigilo de dados, tampouco meios extraordinários de obtenção de prova, como a infiltração policial. Também não desfruta de autorização para implementar ações de inteligência de segurança pública, a exemplo de vigilância e entrevista. A colaboração com a autoridade policial pode se dar, por exemplo, mediante pesquisas de informações em fontes abertas e lugares públicos, sugerindo fontes de prova[667].

---

[665] Cf. art.11, inciso II, da Lei n.º 13432/17, segundo o qual é dever do detetive particular respeitar o direito à intimidade, à privacidade, à honra e à imagem das pessoas.

[666] Cf. art.5º, Lei n.º 13432/17. No entender de CASTRO e COSTA, o detetive particular que exceder aos limites da chancela autorizadora do Delegado de Polícia será responsabilizado por usurpação de função pública (art.328, CP), pois não abarcado pela excludente de ilicitude de exercício regular de direito (art.23, inciso III, CP), admitindo-se cumulação de outras infrações penais como violação de domicílio (art.150, CP), interceptação telefônica clandestina (art.10, Lei n.º9296/96) ou perturbação da tranquilidade (art.65, LCP). E no entanto, para eles, a colaboração do detetive, quando autorizada, possui como principal utilidade servir de elemento de convicção que permita a deflagração do inquérito policial, e não instruir um procedimento policial já instaurado. Isso porque, se o inquérito policial está em curso, é sinal de que o Delegado já obteve os mínimos dados necessários e a polícia judiciária já definiu caminho investigativo para extrair os meios de prova, sendo o aprofundamento da investigação incompatível com a possibilidade limitada de atuação do detetive. Apenas excepcionalmente deve ser admitida a participação do contratado para indicar fontes de prova ainda não conhecidas do Estado-Investigação. Cf. CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. **Lei 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policia-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular. Acessado em 25.6.2019.

[667] Ainda segundo CASTRO e COSTA, caso já disponha de informações, o detetive deve imediatamente fornecê-las indicando as fontes de prova de onde a polícia judiciária possa extrair os elementos de convicção. Se não dispuser dos dados, a busca pode ser feita em determinado lapso temporal fixado pela autoridade policial, observado o prazo contratual. Ademais, deve ficar registrado o interesse do cliente para motivar a proposição de colaboração na investigação policial, seja na condição de vítima ou suspeito. Finalmente, não pode o detetive

Se havia a pretensão de alçar o detetive particular a uma categoria profissional regulamentada e com a função de auxiliar na investigação criminal defensiva, a legislação que entrou em vigor não alcançou esse desiderato, tendo restringido tal atividade ao campo não criminal, e apenas excepcionalmente de colaboração com a investigação policial, ou seja, fora do que aqui estamos chamando de investigação criminal defensiva.

4. Anteprojeto do Código de Processo Penal: Consolidação de uma Tendência

Enquanto o ato normativo oriundo do CFOAB, ainda que calcado nas prerrogativas legais do advogado, está inquinado de vício de inconstitucionalidade, e a Lei n.º 13432/17, por sua vez, é o resultado da mutilação de uma proposta que erigia o detetive particular à condição de auxiliar na investigação criminal defensiva, o PL n.º 8045/2010, que trata do anteprojeto de Código de Processo Penal, traz definitivamente para o ordenamento jurídico brasileiro essa atividade defensiva e consolida uma estrutura normativa em que a investigação criminal defensiva se desenvolve em paralelo à investigação oficial, e ao mesmo tempo se articula com ela, porém, é desprovida de coercitividade ou imperatividade.

Na redação do texto recebido do Senado Federal, onde o anteprojeto teve seu nascedouro como PLS n.º 156/2009[668], faculta-se ao investigado, por meio de defensor ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa. Para tanto, o investigado poderá, inclusive, entrevistar pessoas, desde que precedida de esclarecimentos sobre seus objetivos e de consentimento formal das pessoas a serem ouvidas. Torna-se claro na proposição que a investigação criminal defensiva estará disponível a qualquer investigado, e não apenas o indiciado, e que não é ato privativo de advogado ou Defensor Público, o que abre espaço para a participação do detetive particular. E no entanto, ao iniciar sua tramitação na Câmara dos Deputados, o dispositivo recebeu nova numeração e, sobremodo, acréscimos importantes[669]. Passou-se a prever expressamente que a

---

colaborar com o Estado quando não houver interesse particular a ser tutelado, como no caso de crimes vagos, ou quando violentos, haja vista os riscos à sua própria integridade física ou moral. Cf. CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. **Lei 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular**.

[668] Cf. art.14, do Anteprojeto original: "*É facultado ao investigado, por meio de seu advogado ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. Parágrafo único. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento das pessoas ouvidas*".

[669] Cf. art.13, na redação atual do Anteprojeto: "*É facultado ao investigado, por meio de seu advogado, de defensor público ou de outros mandatários com poderes expressos, tomar a iniciativa de identificar fontes de prova em favor de sua defesa, podendo inclusive entrevistar pessoas. §1º. As entrevistas realizadas na forma do caput deste artigo deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre seus objetivos e do consentimento formal das pessoas ouvidas. §2º. A vítima não poderá ser interpelada para os fins de investigação defensiva, salvo se houver autorização do juiz das garantias, sempre resguardado o seu consentimento. §3º. Na hipótese do §2º deste artigo, o juiz das garantias poderá, se for o caso, fixar condições para a realização da entrevista. §4º. Os*

vítima não poderá ser interpelada para esse fim, salvo se houver autorização do juiz de garantias[670], que poderá estabelecer condicionantes para a realização do ato, mas ainda assim mediante seu consentimento. Tanto no caso da vítima como de outras pessoas, o pedido de entrevistas deverá ser feito em dias úteis e em horário comercial, com discrição e reserva, com o fim de evitar constrangimentos que possam viciar o consentimento. E o aspecto de maior relevância: todo o material informativo porventura produzido na investigação defensiva poderá ser juntado aos autos do inquérito policial, a critério da autoridade policial, no que se preserva a discricionariedade na condução do procedimento investigatório. Em princípio, cabível entender que a juntada poderá ocorrer aos poucos ou em bloco, quando encerrada a investigação defensiva.

Em abril de 2018, o Deputado João Campos (PRB/GO), designado Relator-Geral para a matéria na Comissão Especial da Câmara dos Deputados, apresentou seu relatório. Nesse contexto, manteve a investigação defensiva, porém, suprimiu do texto a menção a autorização para a realização de entrevistas por entendê-la desnecessária. E em reforço à tendência de codificação dessa atividade, rejeitou várias emendas que a suprimem ou que, por seu intermédio, introduzem o contraditório no inquérito policial[671].

5. A Experiência Italiana: L'Investigazione Difensiva

A Constituição italiana determina que a pessoa acusada de um crime disponha de tempo e das condições necessárias para preparar a sua defesa[672]. Com base nisso, e tendo como

---

pedidos de entrevista deverão ser feitos com discrição e reserva necessárias, em dias úteis e com observância do horário comercial. §5º. O material produzido poderá ser juntado aos autos do inquérito, a critério da autoridade policial. §6º. As pessoas mencionadas no caput deste artigo responderão civil, criminal e disciplinarmente pelos excessos cometidos".

[670] Nos termos do Anteprojeto, o art.14, que trata das funções do juiz das garantias, atribui-lhe a responsabilidade pelo controle de legalidade da investigação criminal e pela salvaguarda dos direitos individuais daqueles nela envolvidos. Certamente, haverá debate sobre a competência de ser informado sobre a abertura, como diz o texto, de qualquer investigação criminal, e portanto, se a norma efetivamente alcança a investigação defensiva.

[671] Em seu relatório, justifica dizendo o seguinte: "*O relator-parcial aprovou as emendas. Malgrado o entendimento desses parlamentares, sou de opinião de que o proposto viola flagrantemente a Constituição na medida em que alija a participação defensiva nessa etapa preliminar. Ademais, a polícia não se limita a recolher depoimentos. No sistema vigente são realizadas diversas diligências, sendo o depoimento do investigado apenas uma delas. Nota-se que a emenda proposta subverte o papel sobranceiro do delegado, sujeitando toda a atividade investigativa ao Ministério Público e ao Poder Judiciário, agredindo o art. 4º do PL, que proclama o princípio acusatório. Voto pela inconstitucionalidade, injuridicidade, inadequada* (sic) *legislativa e, no mérito, pela rejeição das emendas 135, 143, 163, 169, 177, 183, 205*". Em outra passagem, rejeitou uma emenda do colega Dep. Rodrigo Pacheco: "*Ainda que se admita a investigação defensiva, tal não tem o condão de transformar o inquérito policial em procedimento contraditório*". Cf. Relatório disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1668776&filename=PRL+1+PL804510+%3D%3E+PL+8045/2010. Acessado em 27.7.2019.

[672] Cf. art.111, terceira parte, da Constituição italiana: "*Nel processo penale, la legge assicura che la persona accusata di un reato sia, nel più breve tempo possibile, informata riservatamente della natura e dei motivi*

varcabouço um sistema de investigação criminal protagonizado pelo Ministério Público, responsável pelo inquérito (*indagini preliminari*), numa clara ruptura com a figura do juiz de instrução, o Código de Processo Penal de 1988 regulou a investigação criminal defensiva (*investigazione difensiva*), desenvolvida por meio próprio (*indagini difensive*).

De acordo com TONINI, tendo como pressuposto o direito de prova, o defensor dispõe da faculdade de realizar uma investigação para procurar e identificar evidências em favor do próprio assistido[673], tratando-se, pois, de uma atividade movida por interesse privado. Afinal, lembra o autor, no sistema acusatório o defensor é um antagonista do acusador no bojo de um processo dialético, e assim, não tem obrigação de colaborar na busca da verdade contra o próprio assistido[674]. Trata-se de algo que, todavia, não se contrapõe à iniciativa de promover uma investigação justamente quando se busca um esclarecimento dos fatos, com o propósito de evitar uma acusação formal indevida. Essa prerrogativa do defensor, seja ele particular ou dativo, pode ser exercida em todos os âmbitos do processo criminal italiano e comporta delegação a investigadores particulares e consultores técnicos devidamente autorizados[675].

Segundo lição de SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA e PATANE, a atividade investigatória da defesa no direito italiano se presta basicamente a: (a) entrevista, colheita de declarações e obtenção de informações; (b) requisição de documentos junto à administração pública; (c) acesso a determinados lugares e; (d) produção de prova não repetível[676].

A entrevista, que pode ser documentada ou não (*colloquio non documentato, richiesta di dichiarazioni scritte*[677], *richiesta di informazioni*), deve ser precedida de autorização

---

dell'accusa elevata a suo carico; disponga del tempo e delle condizioni necessari per preparare la sua difesa; abbia la facoltà, davanti al giudice, di interrogare o di far interrogare le persone che rendono dichiarazioni a suo carico, di ottenere la convocazione e l'interrogatorio di persone a sua difesa nelle stesse condizioni dell'accusa e l'acquisizione di ogni altro mezzo di prova a suo favore; sia assistita da un interprete se non comprende o non parla la lingua impiegata nel processo".

673 Este é o termo empregado na legislação italiana porque compreende não apenas o investigado (*persona sottoposta alle indagini preliminari*) mas todos os demais intervenientes particulares no processo criminal. Logo, a investigação defensiva italiana acaba por ter um alcance bem mais amplo do que aquele imaginado no direito brasileiro.

674 TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 18ª ed., Milão: Giuffrè Editore, 2017, p.659.

675 Cf. art.327, *bis*, do Código de Processo Penal italiano: "*1. Fin dal momento dell'incarico professionale, risultante da atto scritto, il difensore há facolta' di svolgere investigazioni per ricercare ed individuare elementi di prova a favore del proprio assistito, nelle forme e per le finalita' stabilite nel titolo VI-bis del presente libro. 2. La facolta' indicata nel comma 1 puo' essere attribuita per l'esercizio del diritto di difesa, in ogni stato e grado del procedimento, nell'esecuzione penale e per promuovere il giudizio di revisione. 3. Le attivita' previste dal comma 1 possono essere svolte, su incarico del difensore, dal sostituto, da investigatori privati autorizzati e, quando sono necessarie specifiche competenze, da consulenti tecnici*".

676 Cf. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Diritto Processuale Penale**, pp.506-12. O disciplinamento minucioso das atividades investigatórias da defesa está contido no art.391, *bis*, e seus desdobramentos do Código de Processo Penal italiano.

677 Neste caso, segundo o disposto no art.391, *ter*, do Código de Processo Penal italiano, também devem ser observadas outras formalidades: "1. *La dichiarazione di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis, sottoscritta dal dichiarante, e' autenticata dal difensore o da un suo sostituto, che redige una relazione nella quale sono*

judicial, se o entrevistado estiver preso, mas principalmente, de algumas advertências: acerca de sua qualidade e objetivos; se a defesa pretende simplesmente conferir ou receber declarações e informações, indicando, neste caso, os métodos e a forma da documentação; a obrigação do entrevistado de declarar se está sujeito a investigações ou acusações no mesmo processo ou em outro que lhe seja conexo, e nesta hipótese, seu defensor deve ser avisado com antecedência ou, se não o tiver, o defensor investigador deve requerer ao juiz a nomeação de um defensor dativo; a faculdade de não responder ou não fazer a declaração; a proibição de revelar quaisquer questões colocadas pela polícia judiciária ou membro do Ministério Público, e por conseguinte, as respostas dadas, e; responsabilidade penal resultante de falsa declaração. A inobservância dessas cautelas sujeita o defensor e seus prepostos a sanções disciplinares.

Ao solicitar documentos junto à administração pública, a defesa poderá extrair cópias às suas expensas. Se houver recusa, explicam SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA e PATANE, a defesa pode recorrer ao Ministério Público, solicitando-lhe que ordene a entrega da documentação pleiteada ou, se a administração ainda assim a denegar, a apreensão. Se, por sua vez, o órgão do Ministério Público entende fundada a recusa, transmitirá o pedido formulado pelo defensor, junto com seu parecer, ao juiz da *indagini preliminari*. Além disso, eles lembram que, mesmo neste último caso, o pedido de intervenção do Ministério Público implica que ele acaba por tomar conhecimento de algumas das iniciativas de defesa em curso[678].

Dentre os meios de investigação da defesa, o defensor ou seus prepostos podem elaborar um relatório resultante do acesso aos sítios onde se encontrem os sujeitos da atividade investigativa, com a possível presença também do investigado, para ver o *status* de lugares e coisas ou proceder à sua descrição ou realizar pesquisas técnicas, gráficas, planimétricas, fotográficas. Esse relatório, devidamente assinado, deverá conter: a data e o local de acesso; suas generalidades e as das pessoas interpostas; a descrição do estado dos lugares e coisas; e ainda, a indicação de eventuais levantamentos técnicos, gráficos, planimétricos, fotográficos ou audiovisuais realizados. Se for necessário aceder a locais privados ou não públicos e não houver consentimento de quem de direito, o acesso, a pedido do defensor, é autorizado pelo juiz, com decreto motivado especificando os procedimentos específicos. A pessoa presente ao sítio deve ser aconselhada sobre a faculdade de ser assistida por pessoa de confiança, desde

---

riportati: a) la data in cui ha ricevuto la dichiarazione; b) le proprie generalita' e quelle della persona che ha rilasciato la dichiarazione; c) l'attestazione di avere rivolto gli avvertimenti previsti dal comma 3 dell'articolo 391-bis; d) i fatti sui quali verte la dichiarazione. 2. La dichiarazione e' allegata alla relazione. 3. Le informazioni di cui al comma 2 dell'articolo 391-bis sono documentate dal difensore o da un suo sostituto che possono avvalersi per la materiale redazione del verbale di persone di loro fiducia. Si osservano le disposizioni contenute nel titolo III del libro secondo, in quanto applicabili".

[678] Nos termos dos arts.367 e 368, do Código de Processo Penal italiano. Cf. SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Diritto Processuale Penale**, p.510.

que esta esteja prontamente disponível. O acesso às moradias e seus pertences não é permitido, a menos que seja necessário averiguar os traços e outros efeitos materiais do crime.

Finalmente, é possível que, ao acessar locais, os sujeitos que estão desenvolvendo a investigação defensiva reconheçam a necessidade de realizar atividades não repetíveis, relacionadas a situações objetivas suscetíveis, por sua natureza, a serem modificadas. Assim, a defesa pode solicitar ao Ministério Público para fins de exercício das faculdades previstas na legislação visando a memória do elemento de prova[679]. O membro do Ministério Público pode ajudá-la pessoalmente ou delegar essa atividade à polícia judiciária.

Segundo SIRACUSANO, GALATI, TRANCHINA, ZAPPALÀ, DI CHIARA e PATANE, toda essa documentação produzida na investigação defensiva é incluída no arquivo do defensor (*fascicolo di difensore*), que é mantido no gabinete do juiz da *indagini preliminari* até que o procedimento investigatório seja concluído, com a consequência adicional de que tal documentação não pode ser retirada ou substituída e o membro do Ministério Público poderá visualizá-la e possivelmente fazer-lhe cópia somente antes de uma decisão ser tomada a pedido das outras partes ou com sua intervenção. Uma vez encerrada a investigação preliminar, o arquivo do defensor é inserido nos autos em etapa ulterior (*fascicolo per il dibattimento*).

6. Conclusões (Síntese Dogmática)

Diante de todo o exposto, podemos alcançar algumas conclusões:

(1) Ao invés de se regulamentar adequadamente, isto é, por meio de lei em sentido formal, a investigação criminal defensiva, tem-se promovido uma verdadeira confusão entre duas coisas distintas: a investigação criminal defensiva propriamente dita e a colaboração do investigado na investigação criminal oficial. Lembra DE LIMA que, apesar de ambos se caracterizarem como manifestação do direito de defesa, ao participar do inquérito policial, o advogado está delimitado aos rumos dados à investigação pela autoridade policial; de outra banda, na investigação defensiva, que se desenvolve de maneira independente do inquérito policial – e acrescentamos, também da investigação direta do Ministério Público – incumbe ao defensor delimitar a estratégia investigatória, não estando vinculado às autoridades públicas, devendo apenas observar os limites constitucionais e legais na identificação de fontes de prova[680]. Distinguir as duas dimensões da atividade da defesa, porém, reconhecendo

[679] Cf. art.360, do Código de Processo Penal italiano.
[680] Cf. DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, p.224.

as implicações recíprocas, é o primeiro passo na direção de deixar as coisas em seus devidos lugares.

(2) Conquanto ainda não devidamente disciplinada, o que tende a prejudicar sua utilidade para subsidiar a investigação oficial ou seu emprego no processo criminal, a investigação criminal defensiva deve ser aceita como atividade lícita. Em contrapartida, não se pode aceitar uma investigação criminal sustentada em trabalho de detetive particular ou fundamentado no Provimento n.º 188/2018, do CFOAB, pelos motivos já elencados.

(3) O direito italiano, que já avançou bastante nesse tema[681], pode servir como paradigma para o debate em torno da matéria visando sua adequada e menos traumática entronização no ordenamento brasileiro, preferencialmente, por ocasião da elaboração de um novo Código de Processo Penal, o que, todavia, já vem se arrastando há dez anos, e embora nos pareça pouco desejável, até mesmo de uma legislação específica.

(4) Uma eventual reformulação do modelo de investigação criminal brasileiro, com a assunção do Ministério Público a um protagonismo semelhante ao que ele desempenha em outros países, implicará necessariamente na admissão da investigação criminal defensiva como uma atividade destinada a qualificar a fase pré-processual. Afinal, deve-se sempre ter em mente que o fim último de qualquer investigação criminal é a melhor apuração dos fatos, com vistas ao resguardo do direito da coletividade à segurança pública mas também das liberdades fundamentais da vítima e do investigado. Por isso, deve-se orientar e incentivar os membros do Ministério Público a lidar com a investigação criminal defensiva, o que pressupõe a realização de cursos de capacitação em suas escolas superiores.

7. Proposta de Enunciado

Propõe-se o seguinte enunciado para esta tese: "A investigação criminal defensiva, que não se confunde com a participação do investigado na investigação oficial, é uma atividade compatível com o ordenamento jurídico brasileiro e com a qual o Ministério Público deve lidar. Entretanto, não se pode aceitar uma investigação defensiva executada por detetive particular, porque limitada por lei sua atuação à área extracriminal, ou sustentada no Provimento n.º 188/2018 do CFOAB, dada sua evidente inconstitucionalidade. As normas hoje vigentes no direito italiano podem servir como paradigma para o disciplinamento da matéria no direito brasileiro".

[681] A jurisprudência dos tribunais italianos tendia a exigir que a *indagini difensive* fosse submetida ao Ministério Público, no que ficou conhecido como teoria da canalização. Porém, com a Lei n.º 332, de 1995, garantiu-se ao defensor apresentar os elementos obtidos com sua investigação diretamente ao juiz.

Referências

ARAÚJO, Marcelo Azambuja. **Considerações sobre o Tratamento da Investigação Criminal Defensiva no PLS n. 156/09**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 9, n.º 16, jan-jun/2017, pp.233-246.

BADARÓ, Gustavo Henrique. **Processo Penal**. *Ebook*. 4ª ed., São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

BALDAN, Édson Luís. **Investigação Defensiva: o Direito de Defender-se Provando**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 15, n.º 64, jan/fev.2007, pp.253-273.

CASTRO, Henrique Hoffmann de; COSTA, Adriano Sousa. **Lei 13432/17 Limitou Investigação por Detetive Particular**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2017-abr-18/academia-policia-lei-1343217-limitou-investigacao-detetive-particular. Acessado em 25.6.2019.

DE LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de Processo Penal**, v.1. 2ª ed., Niteroi: Impetus, 2012.

FRANÇA, Pablo Rodrigo; FURLANETO NETO, Mário; DOS SANTOS, José Eduardo Lourenço. **Análise Crítica da Investigação Criminal e Defensiva no Brasil**. Revista Justiça e Sistema Criminal, v. 10, n.º 18, jan-jun/2018, pp.163-182.

FRANÇA, Rafael Francisco. **Participação Privada na Investigação Criminal no Brasil: Possibilidades e Limites**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais). Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Obtido em: http://tede2.pucrs.br/tede2/bitstream/tede/4944/1/455370.pdf. Acessado em 25.7.2019.

MACHADO, André Augusto Mendes. **A Investigação Criminal Defensiva**. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito Processual). Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Obtido em http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835/pt-br.php. Acessado em 26.7.2019.

MALAN, Diogo. **Investigação Defensiva no Processo Penal**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n.º 96, mai/jun.2012, pp.279-309.

SILVA, César Dario Mariano da. **A Inconstitucionalidade da Investigação Defensiva Instituída pela OAB**. Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-mai-28/cesar-dario-inconstitucionalidade-investigacao-defensiva#_ftn3. Acessado em 25.7.2019.

SIRACUSANO, D.; GALATI, A.; TRANCHINA, G.; ZAPPALÀ, E. **Diritto Processuale Penale.** Milão: Giuffrè Editore, 2013.

STF. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ADIn 3026/DF. Rel. Min. Eros Grau. Disponível em: http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363283. Acessado em 25.7.2019.

TONINI, Paolo. **Manuale di Procedura Penale**. 18ª ed., Milão: Giuffrè Editore, 2017.

PLURALIDADE DE MORTES NO CRIME DE LATROCÍNIO E A IMPUTAÇÃO CRIMINOSA

Ruth Araújo Viana[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Durante a formação da opinião ministerial, para fins de imputação criminosa de um fato ao suposto autor do delito, são analisadas todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que conferem materialidade e indícios de autoria suficientes para a persecução penal. Neste diapasão as circunstâncias subjetivas também são analisadas nas limitações determinadas pelos eventos fáticos. A lei exige uma análise objetiva dos elementos subjetivos que circundam a razão de agir do agente.

Assim, é possível aferir que a responsabilidade penal tem um norte definido na Constituição Federal que exige a responsabilização pessoal e suficiente do autor pela conduta por ele praticada. Neste sentido, no caso de crime de latrocínio com pluralidade de mortes é possível delimitar legalmente que o agente praticou o crime em concurso formal impróprio, mesmo que sua intenção seja a de subtrair um só patrimônio ou é possível aferir o concurso material dos crimes de latrocínio com o de homicídio quando, em caso de pluralidades de vítimas, essa não tiver qualquer relação com o objeto a ser subtraído.

1. Do crime de latrocínio.

O crime de latrocínio é um tipo de roubo qualificado pelo resultado morte. Ele está delineado no art. 157, §3º, II do Código Penal:

> **Roubo**
> Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:
> Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.
> § 3º Se da violência resulta: (Redação dada pela Lei nº 13.654, de 2018)
> II – **morte**, a pena é de reclusão de 20 (vinte) a 30 (trinta) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 13.654, de 2018)

Denota-se que se trata de um crime complexo, pois ele protege dois bens jurídicos distintos: o patrimônio e a vida. Trata-se também de um delito de alto potencial ofensivo, penalizado com reclusão e pena mínima de vinte anos.

Para a configuração do crime de latrocínio é imprescindível que a intenção do agente seja, primordialmente, alcançar o patrimônio, e através desta conduta, acabe por provocar o resultado morte de um terceiro, vítima, e possível proprietário, possuidor ou detentor do patrimônio.

Caso não reste provada esta intenção de subtrair o patrimônio, tem-se hipótese de homicídio. Delito este delineado no art. 121 do Código Penal[682] cuja vontade e consciência do autor é dirigida exclusivamente para ceifar a vida de terceiro.

Percebe-se, portanto, que a intenção do agente poderá ser provada de acordo com as circunstâncias do caso em concreto e não, exclusivamente, por sua manifestação de intenção no processo criminal. Neste momento, é oportuno dizer que a imputação criminosa irá inclusive definir a competência para o crime, pois no caso do latrocínio o crime será julgado pela vara criminal, enquanto o homicídio será julgado na vara de crimes dolosos contra a vida, atraindo o procedimento especial do tribunal do júri.

2. O entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça quanto a pluralidade de mortes no crime de latrocínio, envolvendo patrimônio único.

O concurso de crimes consiste na prática de duas ou mais ações penais cometidas pelas mesmas pessoas em um mesmo momento ou em ocasiões diferentes. Ele está previsto no artigo 69, 70 e 71 do Código Penal que apresenta, respectivamente, o concurso material, o concurso formal e a continuidade delitiva.

O concurso material de crimes ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, e, assim, são aplicados, cumulativamente, as penas privativas de liberdade em que haja incorrido[683].

O concurso formal de crimes ocorre quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Neste caso é aplicada a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade.

---

[682] Homicídio simples: Art. 121. Matar alguem: Pena - reclusão, de seis a vinte anos.

[683] Art. 69 do Código Penal.

É possível que no concurso formal de crimes as penas sejam aplicadas cumulativamente, quando a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos. Esta possibilidade de cumulação da pena atribuída aos fatos criminosas é denominada pela doutrina de concurso formal impróprio[684].

A continuidade delitiva ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os delitos subsequentes ser havidos como continuação do primeiro[685].

No caso de agente que comete o crime de latrocínio para a subtração de um único patrimônio com pluralidade de mortes o Supremo Tribunal Federal tem entendido que se trata de hipótese de crime único em que o número de vítimas deve ser levado em consideração para fixação da pena-base do delito, mas não para fins de reconhecer o concurso de crimes. Vejamos o que diz a Suprema Corte:

> Habeas corpus. 2. Paciente condenado pela prática de latrocínio consumado em concurso formal com latrocínio tentado (arts. 157, § 3º, última parte, c/c 61, II, c e h, e 157, § 3º, última parte, c/c 61, II, c e h, c/c 14, II, todos do CP). 3. **Delito praticado mediante ação desdobrada em vários atos atingindo duas vítimas.** 4. Pedido de afastamento da causa de aumento de 1/6 referente ao concurso formal de crimes. 5. Paciente objetivou roubar bens que guarneciam a residência do casal (patrimônio único). Não é razoável a importância dada à subtração das alianças das vítimas a fim de justificar a subtração de patrimônio individual. 6. **Embora as alianças nupciais integrem patrimônio personalíssimo na legislação civil, na seara do Direito Penal, há de se conferir relevância ao dolo do agente.** 7. Caracterizada a prática de latrocínio consumado, em razão do atingimento de patrimônio único. 8. O número de vítimas deve ser sopesado por ocasião da fixação da pena-base, na fase do art. 59 do CP. Precedente: HC n. 71267-3/ES, 2ª Turma, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ 20.4.95. 9. Determinação de baixa dos autos ao Juízo de primeiro grau, para que proceda a nova dosimetria da pena, considerando a quantidade de vítimas na primeira fase do sistema trifásico e respeitando a pena aplicada, em atenção ao princípio do non reformatio in pejus. 10. Ordem parcialmente concedida.[686]

Reconheceu o Supremo Tribunal Federa, neste caso específico, que embora o patrimônio subtraído, quais sejam as alianças nupciais integrem patrimônio personalíssimo na legislação civil, na seara do Direito Penal, deve ser conferida relevância ao dolo do agente de subtrair um patrimônio único, qual seja, tão somente as alianças. Neste sentido, a jurisprudência da Suprema Corte defendeu que a pluralidade de mortes no crime de latrocínio não induz o concurso de crimes quando o objetivo do agente era subtrair patrimônio único.

---

[684] Art. 70 do Código Penal.
[685] Art. 71 do Código Penal.
[686] Supremo Tribunal Federal. HC: 109539 RS, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013)

Percebe-se que a decisão do Supremo Tribunal Federal conferiu especial relevância a manifestação do sujeito ativo do delito. Entendendo o seu depoimento como incontestável para provar a intenção de subtração de patrimônio único apesar de ter invadido a casa em que duas vítimas moravam e subtraído dois patrimônios, pois eram duas alianças. A intenção subjetiva do agente superou as circunstâncias objetivas da tipicidade delitiva.

É importante mencionar que neste caso em concreto o entendimento que prevaleceu até a decisão final do Supremo Tribunal Federal era de que a conduta caracterizava concurso formal impróprio, pois embora o agente visasse o patrimônio que guarnecia a casa do casal não havia comunicabilidade entre o patrimônio subtraído das vítimas. Porém, irresignada a defesa impetrou *Habeas Corpus* e sustentou que não pode ser atribuído ao réu querer saber a quem pertence determinado patrimônio durante a execução do delito e, portanto, se a intenção do réu era a subtração do patrimônio guarnecido no interior da residência do casal vitimado deve ser reconhecido um único latrocínio, sob pena de expressão do direito penal do inimigo.

Já o Superior Tribunal de Justiça compreende que a conduta de subtrair o patrimônio, mesmo que único, resultando em várias mortes ou tentativas de mortes atrai a regra do concurso formal impróprio de crimes.

> Superior: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. LATROCÍNIO. DUAS VÍTIMAS. CONCURSO FORMAL IMPRÓPRIO. HEDIONDEZ. PROGRESSÃO DE REGIME. DECLARAÇÃO DA INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1.º DA LEI N.º 8.072⁄90, PELO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DO ÓBICE LEGAL. 1. Na esteira da já consolidada jurisprudência desta Corte Superor, no caso de latrocínio (artigo 157, parágrafo 3"ý parte final do Código Penal), **uma única subtração patrimonial, com dois resultados morte, cara caracteriza concurso formal impróprio** (artigo 70, parte final, do Código Penal). Precedentes. (..) (STJ ~ HC 5696 1PR - T5 - ReI. Min. Laurita Vaz - DJe 07⁄02⁄2008, p. 01)

De acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça o argumento de defesa que sustenta se tratar de crime único, tendo em vista que houve apenas uma subtração, não obstante os vários óbitos ocorridos, não deve preponderar em razão do que está disposto no art. 70 do Código Penal, concernente ao concurso formal impróprio de crimes.

Segundo a corte superior quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dolosamente através da ação ou omissão crimes concorrentes que resultam de desígnios autônomos a pena será cumulativa. Assim, muito embora tenha sido única a conduta, com a subtração de apenas um patrimônio, foram vários os resultados alcançados, já que ocorreram várias mortes, as quais decorreram de desígnios autônomos, ou seja, da vontade livre e consciente de tirar a vida da vítima para assegurar a impunidade e a detenção da coisa.

Assim, prevalece no Superior Tribunal de Justiça que o crime de latrocínio protege bens jurídicos distintos, patrimônio e vida, portanto, existindo uma subtração, porém mais de uma morte, resta configurada hipótese de concurso formal impróprio de crimes e não crime único.

3. A definição da subtração de coisa alheia e resolução da divergência jurisprudencial para fins de reconhecimento do concurso formal impróprio no crime de latrocínio com pluralidade de mortes ou do concurso material de crimes.

A tipicidade do crime de roubo tem como verbo nuclear a palavra subtrair. Ela consiste em retirar da esfera da vítima, um bem que está sob sua proteção sem que exista o seu consentimento. Do mesmo modo, neste delito é obrigatório que o sujeito ativo do crime haja com a intenção livre e consciente de tirar o bem que está sob os cuidados de terceiro mediante violência ou grave ameaça. Neste sentido, a vítima do crime de roubo será aquela que é proprietária, possuidora ou detentora, mesmo que momentaneamente com o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade ou conserve a posse em nome de um possuidor e em cumprimento de ordens ou instruções suas[687].

Percebe-se, portanto, que não, obrigatoriamente, em um crime de roubo será do conhecimento do agressor a quem pertence a propriedade do bem. Na verdade, a tipicidade delitiva descrita no art. 157 não exige em qualquer momento que se declare que o autor do fato conhece quem é o proprietário, possuidor ou detentor do bem visado. O que tem que ser provado é se o agente tinha conhecimento de que a coisa não lhe pertencia e estava sob os cuidados de um terceiro. Portanto, o dispositivo exige somente que a coisa seja alheia e ocorra violência, grave ameaça ou redução de resistência contra a vítima que protegia ou estava com o bem.

O crime de roubo pode ser próprio ou impróprio. Será próprio quando o agente subtrai a coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência[688]. Será impróprio quando o agente logo depois de subtraída a coisa, emprega violência contra pessoa ou grave ameaça, a fim de assegurar a impunidade do crime ou a detenção da coisa para si ou para terceiro[689].

[687] Art. 1.196 e 1.198 do Código Civil.
[688] Art. 157, caput, do Código Penal.
[689] Art. 157, § 1º, do Código Penal.

Ocorrerá o latrocínio, portanto, quando uma dessas duas condutas, através da violência resultar na tentativa de morte ou morte da vítima. Daí surge a seguinte indagação: como adequar a tipificação criminoso do crime de latrocínio que envolve mais de um resultado morte?

A tipicidade formal do delito exige a subtração de coisa alheia móvel com a tentativa ou resultado morte empregado pela violência do agente. Neste sentido, o que deve ser verificado para fins de caracterização do concurso de crimes é se, nas circunstâncias do caso em concreto, é possível aferir que as vítimas exercem a propriedade, ou a posse ou detém a responsabilidade para a proteção do bem ou está com o bem no momento em que o crime ocorre.

Durante a ação do crime de latrocínio não terá o agente como ter certeza sobre a quem pertence o objeto alheio. Essa circunstância poderá ser provada ou não durante o processo criminal. Pode acontecer, no entanto, do agente ter conhecimento sobre a quem pertence a propriedade do bem e ter interesse pessoal de praticar o crime contra determinada pessoa, mas isso não significa que estará afastada a sua responsabilidade se no momento da ação criminosa este se insurgir contra terceiros sem conhecer se são eles proprietários, possuidores ou detentores do bem.

Para elucidar imagine que o agente criminoso entra em um estabelecimento comercial com o objetivo de subtrair todos os valores que estão no caixa. Neste momento, ele identifica que para alcançar o dinheiro será preciso matar o segurança e o funcionário do caixa. No caso em concreto o segurança tem o dever de proteção do estabelecimento, sendo ele responsável indiretamente pelos bens materiais que lá se encontram. Já o funcionário do caixa do estabelecimento é responsável pelos valores que lhe são confiados durante o dia de expediente.

Assim, no momento em que o agente opta por matá-las para alcançar o patrimônio, ele já tem o conhecimento de que se trata de coisa alheia móvel sob a proteção de terceiro. Portanto, age de forma dolosa e pratica múltiplos latrocínios na modalidade de concurso formal impróprio de crimes.

Não se anula a vontade do agente de matar para a subtração, simplesmente, por que ele visava uma única subtração, pois ele decidiu matar para garantir a subtração. O valor econômico de um bem é divisível. A intenção do crime não se revela pela informação dada pelo autor do fato de que quer somente um patrimônio, mas se praticou o ato criminoso com desígnios autônomos de matar por diversas vezes e subtrair. Ante o exposto, mesmo que exista uma única subtração, haverá concurso de crimes formal impróprio.

Na mesma ordem de ideias imagine agora que o agente criminoso entra em um estabelecimento comercial com o objetivo de subtrair todos os valores que estão no caixa. Existe um funcionário que trabalha no caixa e, assim, ele opta por matá-lo para alcançar o patrimônio que lá se encontra. Após matar a vítima ele não consegue subtrair o patrimônio porque é neutralizado por um policial à paisana. Neste caso, qual será o crime?

Se a vontade do agente definir essa situação teremos uma tentativa de latrocínio. Porém, não é somente a vontade do agente em crimes complexos que define a consumação do delito e, sim, a consumação delitiva de pelo menos um dos bens jurídicos tutelados pela norma penal, pois há a proteção de dois bens jurídicos distintos. Neste sentido a súmula 610 do Supremo Tribunal Federal expõe que "há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima[690]". Assim, responderá o agente por latrocínio consumado, embora não tenha subtraído qualquer patrimônio.

Mas como a subtração de um único patrimônio com pluralidade de mortes resulta, de acordo com o Supremo Tribunal Federal, em crime único e a subtração de nenhum patrimônio com o resultado morte resulta na consumação do latrocínio? A conclusão a que se chega é que para se caracterizar o concurso de crimes no latrocínio envolvendo várias vítimas é suficiente provar a intenção de subtrair patrimônio, sendo irrelevante se são vários patrimônios ou não, bastando que seja provado a tentativa ou o resultado morte de uma pluralidade de vítimas em razão do patrimônio visado que com elas estavam ou tinham o dever de proteger.

Percebe-se que a quantidade do patrimônio visado ou a expressão do seu valor econômico é irrelevante quando há mais de uma vítima do crime. Isso ocorre por quê a vítima ou as vítimas a depender do caso em concreto sofrem a violência em razão da intenção dolosa do agente de subtrair coisa alheia móvel e se há mais de uma violência há pluralidade de crimes.

Não é somente a vontade do agente que define a tipificação criminosa. Interpretar dessa maneira é permitir que a sua intenção prevaleça sobre as provas carreadas nos autos e as circunstâncias objetivas do delito. A vontade precisa ser aferida, mas não precisa ser detalhadamente delimitada, pois tem natureza subjetiva. Do mesmo modo a intenção do agente nunca será aferida somente com a informação dada em seu interrogatório, mas pela análise das circunstâncias do caso em concreto. Deve-se atentar o operador do direito que a análise de condutas subjetivas, mesmo na esfera criminal, deverão ser aferidas objetivamente.

[690] Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal.

De outro modo, caso não haja possibilidade de imputação de responsabilidade penal pela pluralidade de mortes para a subtração de bens terceiros, pois diante das circunstâncias do caso em concreto não é possível aferir qualquer relação entre as vítimas e a subtração de coisa alheia móvel é imperioso afirmar que haverá o crime de homicídio.

Assim, imagine outra situação. Agora o agente criminoso entra em um estabelecimento comercial com o objetivo de subtrair todos os valores que estão no caixa. Existe um funcionário responsável pelo caixa. Neste momento, ele identifica que para alcançar o dinheiro será preciso matar o caixa e antevê que os dois clientes que estão dentro do estabelecimento poderão oferecer resistência ao crime e, por isso, decide matá-los.

Na mesma lógica de raciocínio, no momento em que o agente decidir matar o funcionário do caixa para obter o patrimônio alheio pratica crime de latrocínio. Mas como ficará a imputação criminosa do fato praticado contra os transeuntes, não proprietários, não possuidores e não detentores dos bens alojados no estabelecimento? Não há neste caso como indicar que a coisa móvel pertencia as pessoas que, por acaso, estavam no estabelecimento. Não há nexo causal entre a conduta e o resultado do agente a atrair o crime de latrocínio contra estas vitimas[691].

Caracteriza crime de homicídio quando as vítimas que não estão com o bem ou não tem o dever exteriorizado de proteger do bem visado pelo agressor e, mesmo assim, são neutralizadas pelo criminoso que pratica crime de latrocínio contra outras vítimas. Neste caso haverá crime de homicídio qualificado para a assegurar a execução do crime de latrocínio[692].

Ante o exposto, caso não haja possibilidade de imputação de responsabilidade penal pela pluralidade de mortes para a subtração de patrimônio único, a única conclusão a que se chega é que haverá concurso material entre o crime de latrocínio e o crime de homicídio qualificado para a assegurar a execução do crime de latrocínio.

CONCLUSÃO

O crime de latrocínio ainda é bastante discutido na doutrina e na jurisprudência, pois há dificuldades na delimitação do crime de patrimônio que também visa proteger a vida. Porém não é acertada a definição dada pelo Supremo Tribunal Federal de que em caso de

[691] Refutando a análise de regresso ao infinito defendo objetivamente que o nexo causal é aferido através do alcance da conduta do agente para o resultado. O único obstáculo entre o agente e o patrimônio era o funcionário do caixa. Não pode o agente presumir situações inusitadas como se fosse capaz de antecipar o futuro quando se trata da pratica de condutas criminosas típicas e ilícitas.

[692] STJ - HABEAS CORPUS HC 140936 RJ 2009/0129137-2 (STJ) Jurisprudência•Data de publicação: 22/02/2010. EMENTA HOMICÍDIO QUALIFICADO E LATROCÍNIO. CONTINUIDADE DELITIVA. IMPOSSIBILIDADE. CONCURSO MATERIAL. Os crimes de homicídio qualificado e latrocínio são espécies delituosas distintas, não se configurando entre elas a continuidade delitiva, mas sim o concurso material. Ordem denegada.

pluralidade de mortes para subtração de patrimônio único haverá apenas um crime de latrocínio, devendo essa circunstância ser valorada negativamente na primeira fase de dosimetria da pena.

Mais acertada é a decisão do Superior Tribunal de Justiça que entende que a subtração de patrimônio único com pluralidade de mortes atrai o concurso formal impróprio de crimes, pois o latrocínio tem natureza de crime de complexo e fica caracterizado o desígnio autônomo do agente.

De outro giro, é possível ainda que seja aplicado o concurso material do crime de latrocínio com o crime de homicídio qualificado para assegurar a execução daquele quando não há nexo causal entre a conduta do agente de matar diversas vítimas para subtrair, quando identificado por circunstâncias objetivas dos fatos delineados no processo criminal que parte das vítimas não possuíam qualquer relação com o bem subtraído, pois não detinham ou deviam proteger o bem visado.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

Existindo pluralidade de mortes no crime de latrocínio haverá concurso formal impróprio de crimes constatado pelo desígnio autônomo de ceifar vidas distintas das vítimas que possuíam relação de proteção com o patrimônio visado pelo agente, mesmo que envolva patrimônio único. Por outro lado, caso a vida da vítima seja atingida de forma eventual por não possuir qualquer relação com o patrimônio visado pelo agente durante a conduta criminosa haverá concurso material do crime de latrocínio e homicídio qualificado para assegurar a execução do roubo qualificado pelo resultado morte.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Planalto. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm.> Acesso *on line* em: 01 de agosto de 2016.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Data de acesso: 11 de outubro de 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **HABEAS CORPUS HC 140936 RJ.** 2009/0129137-2 (STJ). Disponível em: https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=HOMIC%C3%8DDIO+EM+CONCUR

SO+MATERIAL+COM+LATROC%C3%8DNIO&idtopico=T10000001&idtopico=T10000002

_____. Superior Tribunal de Justiça. STJ - **STJ - HABEAS CORPUS : HC 185101 SP 2010/0170000-5**
. Disponível em: https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/181942203/habeas-corpus-hc-185101-sp-2010-0170000-5/relatorio-e-voto-181942216?ref=juris-tabs

_____.Supremo Tribunal Federal – STF. **HABEAS CORPUS: 109539 RS**, Relator: Min. GILMAR MENDES, Data de Julgamento: 07/05/2013, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-102 DIVULG 29-05-2013 PUBLIC 31-05-2013. Disponível em: https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23334502/habeas-corpus-hc-109539-rs-stf/inteiro-teor-111684468?ref=juris-tabs.

O Acordo de não persecução penal e o postulado da obrigatoriedade da ação penal.

Autor: Saulo Jerônimo Leite Barbosa de Almeida. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Maranhão, titular da 2ª Promotoria de Justiça de Presidente Dutra, atualmente exercendo as suas atribuições como Membro Auxiliar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5709154552067345>. E-mail: sauloleitebarbosa2@hotmail.com.

Proposta de enunciado: "A oferta do acordo de não persecução penal, nas hipóteses preestabelecidas em regramento próprio, não ofende o postulado da obrigatoriedade, pois esvazia a justa causa para o oferecimento da ação penal. A obrigatoriedade, portanto, pressupõe o dever de atuação do Ministério Público, que restará atendido com a oferta do acordo".

Síntese dogmática: O presente trabalho problematiza o acordo de não persecução penal frente ao postulado da obrigatoriedade da ação penal. Nesse ambiente, mostra a perfeita conformação da medida penal alternativa à sistemática processual pátria. Mediante revisão bibliográfica e documental, busca demonstrar que a obrigatoriedade da ação penal, da forma como posta atualmente pela maioria da doutrina, é um mito. Em resposta a isso, apresenta uma nova roupagem do referido postulado, entendido como relacionado ao dever de atuação do Ministério Público moderno, o qual, iluminado pela função do direito penal, deve se ater à presença da justa causa no momento de analisar a conveniência da ação penal.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL. 3 PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE (LEGALIDADE) DA AÇÃO PENAL. 4 INSTRUMENTOS DE CONSENSO E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL. 5 O ACORDO DE NÃO

PERSECUÇÃO PENAL COMO ISTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL E JUSTA CAUSA DA AÇÃO PENAL. 6 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1 INTRODUÇÃO

A criminalidade no Brasil vem atingindo índices nunca dantes vistos. Não só em termos quantitativos, mas, também, em termos qualitativos. Aquilo que antes era uma conjectura distante, intangível, mais próxima da realidade hollywoodiana, cruzou a linha do Equador e aportou em terras tupiniquins. O crime organizado, típico de *gangsters* da indústria cinematográfica estadunidense, hodiernamente assola a realidade dos mais distantes rincões da nação brasileira.

Esse quadro desolador vem ocasionando o abarrotamento das inúmeras varas criminais pátrias, tornando iminente a pane do sistema de justiça criminal.

Diante dessa situação, acompanhando o irrefreável movimento internacional de solução alternativa em relação à criminalidade de média gravidade, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), por meio da Resolução n. 181/2017 (posteriormente alterada pela Resolução n. 183/2018), trouxe para o ordenamento jurídico brasileiro o acordo de não persecução penal. Tal medida foi idealizada para dar uma resposta imediata àquela caótica situação do sistema de justiça criminal nacional, antes descrita, possibilitando um alívio imediato e, com isso, permitindo que a criminalidade grave seja encarada com mais atenção.

Entrementes, o acordo passou a ser questionado por muitos, entre outros pontos, em relação à sua constitucionalidade material, pois, conforme é cediço, é comum se sustentar a presença, no ordenamento jurídico brasileiro, do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

A partir daí, duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) foram ajuizadas: a de número 5793, da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), e a de número 5790, da lavra da Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB). Ambas, até a conclusão deste trabalho, ainda não haviam tido sequer suas liminares apreciadas.[693]

Entre as alegações constantes nas referidas ADIs, as entidades legitimadas sustentam a violação ao princípio da indisponibilidade ou da obrigatoriedade da ação penal pública, pois é função institucional do Ministério Público a sua promoção de forma privativa, conforme determina o artigo 129, I, da Constituição Federal (CF).

[693] Conforme pesquisa realizada no portal do STF em 11.07.2019.

É bem verdade que também é objeto de discussão nas referidas ações a inconstitucionalidade formal da Resolução do CNMP, por ofensa ao inciso I, do artigo 22, da CF, que prevê a competência legiferante privativa da União para matérias de direito processual e penal. Contudo, tal discussão não é objeto do presente trabalho.

Recentemente, o governo federal apresentou um Projeto de Lei junto à Câmara dos Deputados (PL 882/2019, sendo uma parte do conhecido "pacote anticrime") que visa à alteração do Código de Processo Penal (CPP), implementando o acordo de não persecução penal.

De antemão, cumpre lembrar que tal arguição de inconstitucionalidade material afeta tanto a Resolução quanto o PL 882/2019 e eventual lei, se o PL for aprovado, pois diz respeito ao instituto propriamente dito. A par dessa controvérsia, o presente estudo visa demonstrar a possibilidade de conformação do referido acordo com a sistemática da ação penal de natureza pública.

2. O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL E AMPLIAÇÃO DOS ESPAÇOS DE CONSENSO NO PROCESSO PENAL

Conforme dito alhures, nas últimas décadas, há um movimento crescente e global de ampliação dos espaços de consenso dentro do sistema de justiça criminal, notadamente após a Resolução n. 45/110, aprovada em 14 de dezembro de 1990 na Assembleia Geral das Nações Unidas, denominada *Regras de Tóquio*. Essa resolução indicou a necessidade de que os Estados-membros implementassem um sistema de medidas alternativas penais a serem tomadas antes do início do processo, prevendo em seu item 5:

> 5. Medidas que podem ser tomadas antes do processo
> 5.1 Sempre que adequado e compatível com o sistema jurídico, a polícia, o Ministério Público ou outros serviços encarregados da justiça criminal podem retirar os procedimentos contra o infrator se considerarem que não é necessário recorrer a um processo judicial com vistas à proteção da sociedade, à prevenção do crime ou à promoção do respeito pela lei ou pelos direitos das vítimas. Para a decisão sobre a adequação da retirada ou determinação dos procedimentos deve-se desenvolver um conjunto de critérios estabelecidos dentro de cada sistema legal. Para infrações menores, o promotor pode impor medidas não privativas de liberdade, se apropriado.[694]

Apesar de não ter natureza cogente, tal normativa serviu para desencadear um amplo movimento de implementação dessas medidas alternativas. Até países de tradição eminentemente *civil law*, adeptos do sistema continental europeu, passaram a incluir nos seus ordenamentos jurídicos medidas de consenso, abreviando sobremaneira o deslinde dos casos

[694] Resolução n. 45/110, da Organização das Nações Unidas.

criminais. No Brasil, a gênese desse movimento começou com a implementação dos juizados especiais criminais para as infrações penais de menor potencial ofensivo, criados a partir da lei 9099/1995, trazendo os institutos da transação penal e suspensão condicional do processo (apesar desta transcender os casos previstos na referida lei). Quanto ao acordo de não persecução penal, apesar de tardio (somente em 2017), veio em boa hora. Ocorre que, tendo em vista a tradição *civil law* que impera em nosso sistema jurídico, muitas controvérsias em torno do tema começaram a surgir, máxime em relação à suposta ofensa ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

É exatamente a partir daí que se passa a discorrer sobre o postulado da obrigatoriedade.

3. PRINCÍPIO DA OBRIGATORIEDADE (LEGALIDADE) DA AÇÃO PENAL

Definindo o princípio em epígrafe, Rogério Greco explica:

> [...] traduz-se no fato de que o Ministério Público tem o dever de dar início à ação penal desde que o fato praticado pelo agente seja, pelo menos em tese, típico, ilícito e culpável, bem como que, além das condições genéricas do regular exercício do direito de ação, exista, ainda, justa causa para a sua propositura, ou seja, aquele lastro probatório mínimo que dê sustento aos fatos alegados na peça inicial de acusação.[695]

É importante primeiro diferenciar indisponibilidade e obrigatoriedade. Esta diz respeito à obrigação que o Ministério Público tem de oferecer a denúncia sempre que houver indícios suficientes de autoria e materialidade de fato criminoso. Já aquela, também chamada por Mirabete de "indesistibilidade"[696], é corolário da obrigatoriedade, porquanto uma vez deflagrada a *persecutio criminis in judicio*, não poderá o Ministério Público desistir da ação. Isso não quer dizer, contudo, que estará obrigado o *parquet* a pedir a condenação em alegações finais se estiver convencido, ao final da instrução, de que o réu não é culpado. Da mesma forma, tal princípio não implica no dever de recorrer, quando o presentante do órgão ministerial assim não entender. Nessa seara entra em cena o princípio constitucional da independência funcional, previsto no artigo 127, §1º, da CF.

Ciente disso, e prosseguindo no tema, é costumeiro se constatar, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, que o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública tem matriz não apenas legal, mas também constitucional.

Pois bem, se for considerado que é opção do constituinte a obrigatoriedade da ação penal pública, não poderá o Ministério Público utilizar-se de critérios políticos ou de utilidade

[695] GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*: parte geral, volume I. 20ª ed. Niterói, RJ: *Impetus*, 2018. pg. 826.
[696] MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal.* 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006. p. 98.

social para decidir se atuará ou não. Dessa forma, apesar da política criminal ser orientadora do proceder do *parquet* funcionalista, se o entendimento adotado for o da obrigatoriedade irrestrita, estará o órgão ministerial de mãos atadas.

A partir de tal visão surgirá o risco de tornar o Promotor de Justiça, ou Procurador da República, um acusador autômato, fechando os olhos para critérios sociais e econômicos que se relacionam diretamente com a finalidade do direito penal.

Parte da doutrina, todavia, sustenta não ter a obrigatoriedade caráter constitucional, sendo sua fonte de validade o artigo 24 do CPP, quando diz que, "nos crimes de ação pública, esta será promovida por denúncia do Ministério Público". É exatamente por conta deste "promoverá" que se entende que não restará outro caminho para o órgão responsável pela persecução penal, senão o da promoção da ação.

Em sentido diverso, André Luís Alves de Melo sustenta que:

> Na legislação ordinária o art. 24 do CPP não estabelece a obrigatoriedade, mas apenas esclarece que a denúncia é atribuição do Ministério Público, o que é corroborado pelo art. 100, §1º do Código Penal. Já o art. 28 do CPP também não estabelece as razões do arquivamento, logo estas podem ser por motivo de política criminal.[697]

O referido autor, além de sustentar a não previsão constitucional da obrigatoriedade da ação penal, como acontece na Constituição da Itália (art. 112, que estabelece nestes termos: "O ministério público tem obrigação de exercitar a ação penal"), também argumenta que sequer se trata de princípio implícito, "pois elementos do poder punitivo devem ser expressos".[698]

No mesmo sentido, Gabriel Antinolfi Divan, sustenta:

> [...] não é possível ver no texto do Artigo 24 acima referido tamanha clareza e urgência de "defesa" de uma *obrigatoriedade* explícita: o vocábulo "*será*" ("*...será promovida...*") não necessariamente significa ou precisa significar uma ordem ou estímulo de promoção da ação. Aliás, mais parece filiado à espécie de caráter informativo quanto à função ministerial à *oficialidade* normativa para esse tipo de *ação*.[699]

Na verdade, o que embasa quem defende a previsão constitucional da obrigatoriedade é o disposto no artigo 129, I, da CF, que diz ser função institucional do Ministério Público a promoção, de forma privativa, da ação penal pública, na forma da lei. *Data venia* aos que entendem dessa forma, mas não se vê tal dispositivo como albergue do princípio da obrigatoriedade da ação penal. Igualmente, concordando com André Luís Alves de Melo, o

[697] MELO, André Luís Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. (coord). *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodvm, 2019, p. 174.
[698] MELO, *op. cit.*, 2019, p.174.
[699] DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015. p. 288.

princípio da obrigatoriedade não se encontra expresso no art. 24 do CPP, pois o dispositivo trata de regra de atribuição e não de princípio.

Sendo assim, sabendo-se que é algo indissociável da função do Ministério Público a análise de critérios de política-criminal, não deve o *parquet* se tornar um órgão acusador automático, pois tem o poder-dever de analisar outros critérios no momento da oferta da ação penal, visando, ao fim e ao cabo, atingir as finalidades do direito penal. A obrigatoriedade, assim, estaria atrelada à justa causa para o oferecimento da ação penal. Pois bem, nessa linha de raciocínio, presente a justa causa, a deflagração da *persecutio criminis in judicio*, por meio da ação penal, se torna obrigatória para o Ministério Público.

Conforme visto acima, outros dispositivos que conduzem os operadores do direito a reconhecerem o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública como postulado peremptório em nosso ordenamento são os artigos 28, do CPP e 100, §1º, do CP. O primeiro estabelece que, se o juiz discordar das razões invocadas pelo Ministério Público a respeito do arquivamento, considerando-as improcedentes, encaminhará os autos ao chefe da instituição para decidir a respeito. Já o segundo dispositivo registra tão somente que a ação penal pública "é promovida pelo Ministério Público".

Basta uma perfunctória leitura dos dispositivos acima citados para perceber que o art. 100, §1º, do CP trata, assim como o art. 24, do CPP, citado alhures, de atribuição do *parquet*. Enquanto isso, o artigo 28 do CPP, não pressupõe a obrigatoriedade cega da ação penal, pois devolve o caso para que o próprio Ministério Público decida se denunciará ou não. Como consequência disso, entendendo o Procurador-Geral de Justiça (ou Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal)[700] pelo arquivamento do Inquérito Policial, a ação penal deixará de ser proposta, mesmo o juiz discordando.

Prosseguindo no tema, uma constatação merecedora de análise é o fato de que grande parte da doutrina pátria coloca a obrigatoriedade da ação penal como sinônimo da legalidade, o que leva a engano, como o daqueles que sustentam que deve o Ministério Público se pautar sempre pela obrigatoriedade, não podendo levar em consideração aspectos sociais, econômicos e de política criminal no momento de perseguir o crime em juízo.

A par dessa controvérsia, Vinicius Gomes de Vasconcellos, em estudo sobre o tema, traz luzes sobre a problematização em proscênio[701]. O autor reconhece a confusão terminológica entre obrigatoriedade e legalidade, quando esta deve ser gênero do qual aquela

[700] Art. 62, IV, da LC 75/1993.
[701] VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2018. p. 31-98.

é espécie. Da mesma forma, deve-se conviver com as exceções à obrigatoriedade, o que se chama de oportunidade.

Conforme o citado autor, *in verbis:*

> importante frisar a necessidade de se perceber que, de um lado há a legalidade, que delimita (e, assim, limita) na lei os espaços de atuação dos atores do campo criminal – especialmente daqueles que almejam impor o poder punitivo estatal. De modo distinto se caracteriza a obrigatoriedade da ação penal, a qual, segundo nossa visão, pode ser excepcionada dentro da legalidade, ou seja, conforme hipóteses e condições previstas no texto legal.[702]

Sendo assim, o princípio da oportunidade não vai de encontro à legalidade, trazendo, contudo, excepcionalidades permitidas num espaço iluminado pela obrigatoriedade. Corroborando tal entendimento:

> conclui-se que há distinção entre os significados dos princípios da legalidade e da obrigatoriedade, além de que inexiste relação de ligação necessária entre ambos. Assim, torna-se possível aventar a caracterização de espaços de oportunidade/não obrigatoriedade em um cenário de legalidade, em que a obrigatoriedade mantém seu papel estruturante e geral como regra. Tal panorama se desenharia a partir da definição objetiva e taxativa em lei das hipóteses em que, embora houver lastro mínimo necessário de materialidade e autoria de fato punível, o órgão acusador estatal possa se abster, motivadamente, de iniciar a persecução penal, conforme critérios legalmente especificados de cunho utilitário, político-criminal, econômico, entre outros; ou seja, que vão além da mera verificação da existência de fato capitulável em tipo penal e de provas mínimas para embasar uma denúncia.[703]

Da mesma forma, não se deve confundir os conceitos anteriormente expostos com o de *oficialidade*, sendo este reservado ao exercício da ação penal pública. Sendo assim, a característica da oficialidade está mais relacionada à competência jurídico-processual e à iniciativa própria do Ministério Público do que propriamente a outras funções.[704] Falar em oficialidade é falar em investidura, e esta cabe ao órgão oficial do Estado responsável pela promoção da ação penal pública, qual seja, o Ministério Público.

Diante desse panorama, é de se reconhecer que não há previsão direta e cogente, na sistemática processual penal, a respeito da obrigatoriedade da ação penal, seja em nível constitucional, seja em nível legal. Perceba-se que, quando a norma brasileira quis atribuir tal característica, ela o fez expressamente, como ocorre no art. 30, do Código de Processo Penal Militar, quando diz que "a denúncia deve ser apresentada sempre que houver prova de fato que, em tese constitua crime e indícios de autoria".

É de se concluir, portanto, que a obrigatoriedade diz respeito ao dever de atuação do Ministério Público, o que deve ser feito dentro da legalidade. Sendo assim, na esteira de

[702] VASCONCELLOS, *op.cit.*, 2018, p.40.
[703] VASCONCELLOS, *op.cit.*, 2018, p.46.
[704] DIVAN, *op. cit.*, 2015, p. 286.

Cabral, "[...] não pode o Ministério Público, sem justa causa, simplesmente abrir mão de dar uma resposta às investigações penais maduras e viáveis que se encontram em seu poder. Assim, tal interpretação deixa claro, que o Ministério Público não pode conceder favores ilegítimos para determinadas pessoas".[705] Tal entendimento pode ser extraído do princípio da moralidade (art. 37 da CF), que afasta protecionismo e favoritismo.

Especificamente em relação ao exercício da ação penal, a ideia de obrigatoriedade impõe o oferecimento da denúncia, quando presentes os seus requisitos mínimos (condições da ação, dentre os quais se encontra a justa causa).

4. INSTRUMENTOS DE CONSENSO E A OBRIGATORIEDADE DA AÇÃO PENAL

Como se sabe, em nosso ordenamento, foram introduzidos instrumentos de consenso que mitigaram essa ideia generalizada de obrigatoriedade estrita, quais sejam, a transação penal, a suspensão condicional do processo, a delação premiada e, mais recentemente (por meio da Resolução 181/2017-CNMP), o Acordo de Não Persecução Penal. Sendo assim, a discussão a respeito da presença do princípio da oportunidade na ação pública ganhou força, ensejando novas classificações, como a discricionariedade regrada e a obrigatoriedade limitada. Diante desse panorama, hodiernamente é inegável que há espaços de oportunidade na ação penal pública.

Em sentido diverso, ao tratar dos institutos trazidos pela Lei 9099/1995, Afrânio Silva Jardim, grande defensor do princípio da obrigatoriedade rigorosa, afirma: "não aceitamos dizer que nos Juizados Especiais Criminais vigora o princípio da discricionariedade regulada ou controlada."[706]

Ocorre que o referido autor, para sustentar a sua tese, afirma que o Ministério Público, ao oferecer a transação penal, estará exercendo a ação penal. Nesse sentido, preconiza:

> Destarte, *presentes os requisitos do §2º do art.76*, poderá o Ministério Público exercer a ação penal de dois modos: formulando a proposta de aplicação de pena não privativa de liberdade, após atribuir ao réu a autoria ou a participação de uma determinada infração penal, ou apresentar a denúncia oral. Nas duas hipóteses, estará o Ministério Público manifestando em juízo uma pretensão punitiva estatal. Assim, a discricionariedade que existe está estrita apenas entre exercer um tipo de ação penal ou outro. Faltando um daqueles requisitos, não cabe a proposta e o Ministério Público terá o dever de oferecer a denúncia, tendo em vista o princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal.

[705] CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et al.(coord). *Acordo de não persecução penal***:** Resolução 181/2017 do CNMP. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019, p.38.

[706] JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública.* Princípio da obrigatoriedade - 5ª ed. – Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011, p. 97.

Não se pode concordar com tal posicionamento, pois, ao se oferecer a transação penal, não se está a imputar fato criminoso a alguém mediante ação penal. Não há reconhecimento de culpa por parte do acusado, não há processo judicial criminal (já que este só se forma com o recebimento da denúncia), não há condenação, e, portanto, não há pena. Para tanto, basta lembrar que, se o transator descumpre as medidas impostas na transação penal, ao Ministério Público não caberá pleitear a execução das medidas contidas na transação, devendo, tão somente, retomar o feito ofertando a denúncia. Ora, se não há executoriedade na medida, não há que se falar em pena, porquanto aquela é uma das características preponderantes desta. Sendo assim, não há exercício da ação penal, havendo, inegavelmente, amenização da obrigatoriedade.

Na citada obra, ao tratar da suspensão condicional do processo, outra inovação da lei 9099/1995, o professor reconhece a incidência de mitigação da obrigatoriedade quando afirma:

> Por derradeiro, resta dizer algumas poucas palavras sobre a sistemática da suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, instituto que não é peculiar aos Juizados Especiais Criminais.
> **Aqui, forçoso é reconhecer que houve uma clara mitigação ao princípio da indisponibilidade da ação penal pública condenatória, prevista no art. 42 do Código de Processo Penal.** Oferecida a denúncia, pela sistemática do código, não tem o Ministério Público disponibilidade sobre o processo; a pretensão punitiva foi reduzida e será apreciada pelo juiz, ainda que o próprio Ministério Público opine pela absolvição do réu, consoante autorizado pelo art. 385 do Código de Processo Penal. Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, o pedido de condenação vai ser julgado, entrando-se no mérito do processo. **Entretanto, se o crime imputado ao réu tiver pena mínima cominada igual ou inferior a um ano, *presentes os requisitos do art. 89 da lei especial,* tem o Ministério Público a faculdade jurídica – a lei diz "poderá propor" – de sugerir ao réu a suspensão da relação processual mediante determinadas condições. Cumpridas tais condições no prazo fixado entre dois e quatro anos, estará extinta a punibilidade do acusado. Desta forma, o Ministério Público dispôs da *res deducta in judicio*, o que lhe era expressamente vedado anteriormente para todas as infrações penais.**[707] (Sem destaque no original).

Dessa forma, conforme dito alhures, não há como fechar os olhos para a incidência da oportunidade na ação penal pública. Como visto, até para um dos críticos mais ferrenhos da mitigação da obrigatoriedade, não resta outra saída senão o reconhecimento de tal relativização, após a entrada em vigor da lei que disciplinou os juizados especiais criminais. A obrigatoriedade não só se refere à obrigação do Ministério Público em ingressar com a justa ação penal, mas também à de impulsioná-la. Destarte, a suspensão condicional do processo é forma de mitigação do postulado em estudo.

Mesmo para aqueles que sustentam a previsão constitucional do princípio da obrigatoriedade, o caminho não pode ser outro, pois a própria Carta Constitucional previu o

[707] JARDIM, *Op. Cit.*, 2011. p. 98.

instituto despenalizador antes tratado, em seu art. 98, I, remetendo à lei ordinária disciplinar a regulamentação da matéria, o que foi feito pela Lei 9099/1995.

Uma interessante problematização trazida por Vinicius Gomes de Vasconcellos é a seguinte: "Diante do fato de que nas hipóteses de transação (e, em um sentido amplo, barganha e justiça consensual) o acusador obtém seu objetivo (imposição de uma pena), questiona-se: são realmente espaços de oportunidade?"[708] Após, cita a posição, aqui já externada, de Afrânio Silva Jardim, segundo a qual "ao se oferecer a proposta, estar-se-ia exercendo a ação penal". E, por fim, discordando, conclui:

> Ciente da solidez de tal postura, pensa-se, entretanto, que a não obrigatoriedade/oportunidade se caracteriza nas situações em que o decurso da persecução penal não segue seu decorrer legalmente previsto, em razão de opção do acusador ou acordo entre as partes. Tais casos podem se dar com o não oferecimento da denúncia, com a suspensão condicional do processo ou com a imposição de uma pena sem a concretização da instrução processual.[709]

É de se concordar com esse entendimento, pois o simples fato de oferecer a proposta de transação penal ou concretizar o acordo de não persecução penal, não pressupõe o exercício da ação penal.

Trazendo a discussão para o campo que interessa ao presente trabalho, qual seja, o do acordo de não persecução penal, há apenas um acréscimo na fundamentação da resposta negativa à problemática imposta. Conforme dito anteriormente, o acordo de não persecução penal não importa em uma sanção penal. Trata-se de uma negociação entre duas partes, que resulta em obrigações recíprocas. Dessa forma, não há executoriedade, característica fundamental da pena. Sendo assim, se não cumprida a avença por parte do investigado, a ação penal deve ser proposta.

Conforme a diferenciação anteriormente feita entre legalidade e obrigatoriedade, tem-se a possibilidade material do acordo de não persecução penal no ordenamento jurídico brasileiro, respeitando-se a legalidade (*lato sensu*), pois trazido como exceção à obrigatoriedade, por normativa preestabelecida, seja por meio da Resolução do CNMP, seja por meio da lei (se o PL 882/2019 vier a ser aprovado). Em relação àquela, conforme dito alhures, pesam duas ADIs questionando sua constitucionalidade. Contudo, enquanto não declarada a inconstitucionalidade pelo STF, tem plena validade a Resolução, porquanto se trata de ato normativo primário, tendo seu fundamento de validade extraído diretamente da CF, por meio do artigo 130-A, §2º, I, o qual prevê que cabe ao CNMP expedir atos regulamentares. Nesse ponto, o STF já teve a oportunidade de se manifestar a respeito da

[708] VASCONCELLOS, *op.cit.*, 2018. p.52.
[709] VASCONCELLOS, *op.cit.*, 2018. p.52.

natureza jurídica das resoluções do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), ocasião em que concluiu ostentarem elas caráter normativo primário.[710] Sendo assim, aplicando-se regra comezinha de hermenêutica, segundo a qual onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito (*ubi eadem ratio ibi idem jus*), o mesmo entendimento é válido para as resoluções oriundas do CNMP.

5 O ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL COMO ISTRUMENTO DE POLÍTICA CRIMINAL E JUSTA CAUSA DA AÇÃO PENAL

Obedecendo a sistemática da Resolução 181/2017 do CNMP, divisa-se que o campo de atuação do acordo de não persecução penal são os crimes de média gravidade, que são aqueles que tiverem "cominada pena mínima inferior a 4 (quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa."[711] Essas mesmas condições são estabelecidas no PL 882/2017, diferenciando apenas quanto à pena, pois o projeto estabelece a possibilidade do acordo quando a pena máxima não ultrapassar quatro anos (art. 28-A).

O ordenamento jurídico pátrio, à luz da proporcionalidade, corolário do devido processo legal, assumiu a tarefa de proibir os excessos e também proibir a proteção deficiente. Nesse diapasão, além de conter o poder arbitrário do Estado contra os indivíduos, tem a obrigação de proteger a sociedade dos próprios indivíduos. Basta lembrar o disposto no art. 144 da CF, que estabelece a segurança pública como dever do Estado e direito de todos. Portanto, a prevenção e repressão de crimes faz parte desse dever.

Conforme registrado no início do presente trabalho, o sistema de justiça criminal na atualidade encontra-se deveras congestionado, com sobrecarga exagerada de trabalho, causando morosidade e, no mais das vezes, a impunidade, com a perda do poder de punir por parte do Estado causada pela prescrição. Além disso, uma resposta dada de forma extemporânea, a exemplo de uma condenação ocorrida muitos anos após a prática do crime, não alcança os objetivos do direito penal, nem para o condenado, nem para a sociedade.

Nesse contexto, o acordo de não persecução penal, sem sombra de dúvidas, apresenta-se como um excelente instrumento de política criminal, pois ajuda sobremaneira a evitar o colapso do sistema de justiça, retirando das varas criminais aqueles crimes de média gravidade, responsáveis, conforme alertado anteriormente, pelo indesejado congestionamento

[710] STF-ADC 12, Rel. Min. Carlos Britto, Tribunal Pleno, j.em 16.02.2006 e STF-MS 27621, Rel. Min. Cármen Lúcia, Rel. p. Acórdão: Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, j. em 07.12.2011.
[711] Art. 18, *caput*, da Resolução 181/2017-CNMP.

da justiça criminal. A consequência lógica disso é a concentração das atenções nos crimes mais graves e a diminuição da impunidade.

Diante desse recomendável viés funcionalista do Direito Penal, ao qual deve vincular-se o Ministério Público em sua atuação, Rodrigo Leite Ferreira Cabral, lembrando o jurista Claus Roxin, afirma que:

> [...] Para ROXIN, o Direito Penal é uma das formas de concretização das finalidades jurídico-penais, sendo impossível fazer-se uma desvinculação entre a construção dogmática e uma política criminal adequada.
> De tal maneira, para sermos coerentes com essa viragem funcionalista do Direito Penal, cuja tese fundamental ainda é válida, é imprescindível que efetivamente mergulhemos a atuação criminal nos ideais políticos criminais de nosso sistema, seja na fase legislativa, seja na fase de aplicação da lei penal.
> No que diz respeito a esse segundo momento, aparece aí o Ministério Público como o grande protagonista da persecução penal. Isso porque, os membros do Ministério Público, na qualidade de agentes políticos, têm a prerrogativa e o dever funcional de escolher prioridades político-criminais na concretização da persecução penal.[712]

Mais à frente, ao tratar do acordo de não persecução penal, arremata, *in verbis:*

> É precisamente com base nesse poder/dever do Ministério Público de realizar uma adequada política criminal, extraído fundamentalmente da sua titularidade da ação penal, ostentando o monopólio da ação penal pública (*Anklagemonopol*), é que se pode extrair essa possibilidade de celebração de acordos de não persecução penal.[713]

No mesmo sentido, André Luís Alves de Melo, reconhecendo a necessidade do membro do Ministério Público assumir essa postura funcionalista, afirma:

> O termo "titular da ação penal" deve ser entendido como agente de política pública criminal devendo preocupar-se com toda a etapa processual e do fenômeno criminal, desde medidas para prevenir o crime, como para se ter maior eficácia, devendo o promotor criminal agir como órgão de execução de políticas criminais, em que a ação *penal é apenas uma opção e, preferencialmente, a última*. Não pode ser mais apenas titular da denúncia, como ainda é comum.

Pois bem, postura diferente por parte do titular da ação penal pública, negando a realidade caótica em que o sistema de justiça criminal se encontra, seria o mesmo que relegar o direito penal ao total descrédito. Por tal razão, engajado com a necessidade de permear a atuação ministerial com toques de política criminal, o Ministério Público Federal, por meio da Orientação 30, da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Matéria Criminal), estabeleceu como diretriz a possibilidade de arquivamento da investigação, levando-se em consideração a subsidiariedade do direito penal, quando a "verificação de que a aplicação de sanção extrapenal é suficiente para a prevenção e repressão do ilícito."[714] Em outras palavras,

---

[712] CABRAL, *op.cit.*, 2019, p.34-35.
18_____. *op.cit.* Salvador: Juspodivm, 2019. p.36.

[714] Orientação aprovada na 114ª Sessão de Coordenação, de 4 de julho de 2016.

reconheceu como recomendável a adoção do acordo de não persecução penal em determinados tipos de crime.

Dito isso, não basta apenas a presença de indícios suficientes de autoria e materialidade para que exista exercício obrigatório da ação penal. Requisitos outros, conforme apontados, merecem relevo no momento de deflagrar a *persecutio criminis in judicio*. Nessa linha de raciocínio, Gabriel Antinolfi Divan sustenta:

> [...] Não há nada que afaste peremptoriamente a ideia de que existem "critérios" que não correspondem apenas à circunscrição de verificar se há ou não o binômio materialidade atestada/autoria alinhavada, de um caso penal, mas sim sejam correspondentes à noção de concretizar ou não objetivos políticos públicos (via política criminal ou, refinadamente *política processual*) para o que a *decisão* de trato da questão internamente ao *sistema jurídico-penal* ou externamente a ele é crucial.[715]

Sendo assim, sabendo-se que o acordo de não persecução penal vem como uma excelente medida de política criminal adotada pelo Ministério Público, é de se reconhecer sua validade no sistema processual. Não se quer, contudo, defender uma discricionariedade ilimitada, mas sim a presença de critérios justos, livres das amarras da obrigatoriedade cega. Tanto é que deverá haver o controle judicial de tais critérios, conforme o §4º do art.18 da Resolução 181/2017-CNMP, que diz: "Realizado o acordo, a vítima será comunicada por qualquer meio idôneo, e os autos serão submetidos à apreciação judicial", bem como o art. 3º do PL 882/2019, que visa acrescentar o art. 28-A ao CPP, dispondo, nos parágrafos 4º e 5º, que o juiz verificará a legalidade e voluntariedade do acordo, bem como se as condições são adequadas e suficientes.

Por derradeiro, é de se considerar que, uma vez celebrado o acordo de não persecução penal entre Ministério Público e investigado, sendo homologado pelo juízo competente (o qual, como se viu, analisará se os critérios adotados foram adequados e justos), se a avença for integralmente cumprida, a resposta Estatal ao cometimento do delito restará satisfeita. Com isso, a um só tempo, serão atendidos os anseios de prevenções geral e especial (positivas e negativas).

Dessa forma, esvaziar-se-á por completo a justa causa para a promoção da ação penal pública, já que a utilidade, enquanto viés da condição da ação interesse de agir, não estará mais presente. Nessa linha de raciocínio, registra Luis Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho et al., comungando do entendimento de Tourinho Filho e citando Frederico Marques: "no processo penal, justa causa e interesse processual se confundem: tendo em vista os reflexos do processo penal sobre a liberdade e o *status dignitatis* do réu, não será

[715] DIVAN, *op. cit.*, 2015. p.303.

admissível o exercício da ação penal sem que haja justa causa".[716] Imbricado ao conceito de justa causa para a ação penal, encontra-se a razoabilidade da persecução penal. Sendo assim, nas condições acima descritas, não haverá a dita razoabilidade, devendo, portanto, a ação penal deixar de ser proposta. Na sistemática da Resolução 181/2017-CNMP, deve o Ministério Público promover o arquivamento do feito (§11 do art. 18). Já na sistemática do PL 882/2019, deverá o juiz decretar a extinção da punibilidade (§13 do art. 28-A).

Sabendo-se que a obrigatoriedade extraída do sistema diz respeito ao dever de atuação do Ministério Público, e este, adotando critérios de política criminal, resolve oferecer o acordo de não persecução, tal postulado não terá sido desrespeitado. Muito pelo contrário, terá sido realizado o mandamento em questão de forma muito mais plena e eficiente.

Encarar a realidade em que vivemos, com varas criminais abarrotadas de processos parados, observar passivamente o tempo passar e as ações penais não atingirem seus termos, tudo em nome de uma obrigatoriedade cega e não funcional, isso sim é ofensa ao postulado da obrigatoriedade. Isso sim é desrespeitar a obrigação do Estado em dar uma resposta adequada e suficiente ao fato criminoso. [717]

Diante do exposto, aquela hipótese inicial de inconstitucionalidade material deve ser rechaçada, permanecendo perfeitamente possível a inclusão no sistema jurídico brasileiro do acordo de não persecução penal, em harmonia com a sistemática da obrigatoriedade (legalidade) da ação penal pública.

6. CONCLUSÃO

O princípio da obrigatoriedade, no ordenamento jurídico brasileiro, tornou-se uma lenda. Em razão do comportamento de psitaciforme da doutrina, criou-se uma espécie de mitologia jurídica a respeito do tema, conquanto não há previsão expressa, nem na Constituição, nem na norma infraconstitucional. Conforme dito anteriormente, as bases são os artigos 121, I, da CF, 24 e 28, do CPP e 100, §1º, do CP, os quais, *permissa venia*, não pressupõem a obrigatoriedade da ação penal.

Conforme visto, o postulado da obrigatoriedade é extraído do sistema jurídico para demonstrar o dever de atuação do Ministério Público, seja oferecendo a ação penal ou não. Nesse dever, é fundamental que o órgão leve em consideração aspectos sociais, econômicos e

[716] CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004. p. 11.
[717] CABRAL, *op.cit., 2019, p.39.*

de política criminal. Contudo, o que não pode acontecer é o favorecimento de uns em detrimento de outros. Eis o viés que a obrigatoriedade visa proscrever.

O fiel da balança, definidor do dever de atuação do *parquet* mediante ação penal, deverá ser a justa causa. Nessa esteira, com o oferecimento do acordo de não persecução penal, haverá resposta justa e adequada do Estado ao comportamento criminoso de média gravidade, responsável pela asfixia do sistema de justiça criminal. Dessa forma, esvaziar-se-á a justa causa para a deflagração da persecução do crime em juízo, sem deixar o Ministério Público de atender à obrigatoriedade de agir.

Tendo em vista essa conclusão, apresenta-se a seguinte proposta de enunciado: "A oferta do acordo de não persecução penal, nas hipóteses preestabelecidas em regramento próprio, não ofende o postulado da obrigatoriedade, pois esvazia a justa causa para o oferecimento da ação penal. A obrigatoriedade, portanto, pressupõe o dever de atuação do Ministério Público, que restará atendido com a oferta do acordo".

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio Silva. *Justiça Penal Consensual*: controvérsias e desafios. Salvador: Editora JusPodivm, 2018.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Justiça Penal Negociada:* Negociação de Sentença Criminal e Princípios Processuais Relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 5790, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, disponível em:< http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5283027> Acesso em: 14 de julho. 2019.

_____. ADI n. 5793, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, disponível em: < http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5288159> Acesso em: 14 de julho. 2019.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017, disponível em: < http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf> Acesso em 27 de julho de 2019.

_____. Ministério Público Federal. Procuradoria-Geral da República. Orientação nº 30 da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (Matéria Criminal), aprovada na 114ª Sessão de Coordenação, de 4 de julho de 2016, disponível em: < http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr2/orientacoes/documentos/orientacao-no-30> Acesso em: 27 de julho. 2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um panorama sobre o acordo de não persecução penal (art. 18 da Resolução 181/17 do CNMP). In: CUNHA, Rogério Sanches et al.(coord). *Acordo de não persecução penal***:** Resolução 181/2017 do CNMP. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de et al. *Justa causa penal constitucional*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches et al (coord). *Acordo de Não Persecução Penal*: Resolução 181/2017 do CNMP com as alterações feitas pela Res. 183/2018 – 2ª ed. - Salvador: Editora Juspodivm, 2018.

DIVAN, Gabriel Antinolfi. *Processo penal e política criminal*: uma reconfiguração da justa causa para a ação penal. Porto Alegre: Elegantia Juris, 2015.

DOTTI, René Ariel; SCANDELARI, Gustavo Britta. Acordos de não persecução e de aplicação imediata da pena: o *plea bargaining* brasileiro. In: *Boletim. Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.* Edição especial – Projeto de Lei "Anticrime" – Parte I de II, ano 27, n.317, São Paulo, abril/2019.

GARCIA, Emerson. *Ministério Público*: organização, atribuições e regime jurídico. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal***:** parte geral, volume I. 20ª ed. Niterói, RJ: *Impetus*, 2018.

JARDIM, Afrânio Silva. *Ação penal pública.* Princípio da obrigatoriedade - 5ª ed. – Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2011.

MELO, André Luís Alves de. Da não obrigatoriedade da ação penal pública. In: CUNHA, Rogério Sanches et al. *Acordo de não persecução penal*: Resolução 181/2017 do CNMP. Salvador: Juspodvm, 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo penal.* 18ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2006.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches. *Projeto de Lei Anticrime* – Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

_____. *Acordo de não persecução penal*: o exercício da ação penal e a questão prisional como problema público. Brasília[DF]: Fundação Escola, 2019.

_____; SANTOS, Leonardo Augusto de A. Cezar dos; JÚNIOR, Octahydes Ballan; SILVA, Rodrigo Monteiro da. *Segurança pública*: os desafios da pós modernidade. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2019.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial*: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª Ed. Belo Horizonte: Editora D´Plácido, 2018.

DA NECESSIDADE DE REPARAÇÃO DO DANO AMBIENTAL PARA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS CRIMES AMBIENTAIS

Marcos Giovane Ártico [1]

Dinalva Souza de Oliveira[1]

Síntese dogmática da proposição: A Constituição Federal de 1988 reservou capítulo específico para o trato do meio ambiente ecologicamente equilibrado, erigindo-o ao *status* de direito fundamental. Neste contexto, para garantir qualidade de vida para as presentes e futuras gerações, a reparação do dano ambiental deveria ser condição para a extinção da punibilidade nos crimes dessa espécie, independentemente do montante de pena cominado, tendo em vista a relevância do bem jurídico tutelado.

1. O meio ambiente como direito fundamental na sistemática da Constituição Federal de 1988

Os direitos fundamentais são frutos de um longo processo histórico, sendo que a luta pela afirmação dos direitos é constante, pois as demandas se alteram de acordo com os interesses e anseios da sociedade num dado momento histórico, o que implica de igual modo, na busca por novos direitos.

Nesse sentido, Bobbio destaca que os direitos não nascem de uma única vez, mas que o surgimento se dá de modo gradual em razão da luta em defesas de novas liberdades. Para tanto, pautado na historicidade dos direitos fundamentais, é possível identificar gerações de direitos:

> Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo, ou permite novos remédios para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor. Às primeiras, correspondem os direitos de liberdades, ou um não agir do Estado; aos segundos, os direitos sociais, ou uma ação positiva do Estado. Embora as exigências de direitos possam estar dispostas cronologicamente

> em diversas fases ou gerações, suas espécies são sempre – com relação aos poderes constituídos – apenas duas: ou impedir os malefícios de tais poderes ou obter seus benefícios. Nos direitos de terceira e de quarta geração, podem existir direitos tanto de uma quanto de outra espécie [718].

A nota distintiva dos direitos de terceira geração, também denominados de direitos de fraternidade ou solidariedade, reside basicamente na sua titularidade coletiva, por vezes indefinida ou indeterminável[719]. O meio ambiente insere-se nessa categoria de direitos.

A terminologia "geração" de direitos fundamentais não é isenta de críticas. Geração encamparia a ideia de substituição, ou seja, a geração posterior substituiria a antecessora, o que não é verdade para fins de evolução de direitos fundamentais, porquanto que há um reconhecimento gradativo e cumulativo dos direitos e, nesse sentido, o mais adequado é o uso da expressão dimensão dos direitos fundamentais[720].

Não se pode olvidar que a constante luta pela afirmação dos direitos, tornou perceptível a existência de novas dimensões dos direitos fundamentais. Nesta toada, Bonavides[721] destaca a quarta geração de direitos fundamentais, assim compreendidos:

> O direito à democracia, o direito à informação e o direito ao pluralismo. Deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência.

Bonavides[722] defende que a paz, enquanto pressuposto indispensável ao desenvolvimento das nações, trata-se de nova categoria de direitos fundamentais. A elevação do direito à paz enquanto direito fundamental decorre, ainda, do estabelecido no artigo 4º, inciso VI da Constituição Federal, o qual dispõe que nas relações internacionais, ao lado de inúmeros outros princípios, a República Federativa do Brasil postula pela defesa da paz[723].

Quando se diz que o meio ambiente é um direito fundamental, afirma-se que dada a sua importância, ante os reflexos do meio ambiente equilibrado para a qualidade de vida, o constituinte o inseriu no bojo da Constituição, retirando da esfera de disponibilidade dos

---

718 BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 6.

719 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 48-49.

720 SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 45.

721 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28º edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 590.

722 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28º edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 598-599.

723 BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28º edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013, p. 603.

poderes constituídos.

No ordenamento jurídico, a inserção de um direito na Constituição, em especial na perspectiva dos direitos fundamentais, como é o caso do meio ambiente, representa o mais alto nível de proteção conferido a um bem jurídico, incidindo todo o arcabouço protetivo de normas com esta envergadura.

2. Lei 9.605/1988 e os institutos despenalizadores da transação penal e suspensão condicional do processo

Os institutos da transação penal e da suspensão condicional do processo estão previstos nos artigos 76 e 89 da Lei n. 9.099/95, sendo que a natureza jurídica deles concerne a um acordo do infrator com o Ministério Público ou querelante, mediante algumas condições, como a aplicação imediata de sanções restritivas de direitos, visando à extinção da punibilidade, dispensando-se, portanto, a ação penal regular.

A transação penal resulta na aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa e dispõe como requisitos: ação penal pública, circunstâncias judiciais favoráveis, não ter sofrido o infrator condenação definitiva a pena privativa de liberdade, aceitação do autor e defensor e não ter sido beneficiado em cinco anos pretéritos.

Franklin Nogueira aduz que:

> Através da transação penal o que se busca é evitar o processo condenatório, instrumento da ação penal condenatória. Desta forma, nos termos da lei, o Ministério Público, não sendo o caso de arquivamento e estando presentes os requisitos legais, tem o dever de efetuar a proposta da transação ao autor do fato[724].

A proposta de transação penal não se trata de ato discricionário do Ministério Público ou querelante, mas sim de direito subjetivo do infrator. Ou seja, estando presentes os parâmetros legais para a referida proposta, deverá ser efetivada, cabendo ao réu a faculdade de aceitá-la ou não.

A transação penal consiste na possibilidade de dispor da ação penal, isto é, de não promovê-la sob certas condições.[725] Entende-se possível a aplicação do instituto nos casos de ação penal privada, sendo que a titularidade de sua proposição é do querelante.

A suspensão condicional do processo é um instituto despenalizador cabível já no curso do processo, ou seja, após o recebimento da denúncia. Ao titular da ação penal, no caso o Ministério Público, nas ações penais públicas incondicionadas e condicionadas à

---

724 **NOGUEIRA**, Marcio Franklin. ***Transação penal e suspensão do processo: discricionariedade do Ministério Público.*** RT 752/452, p. 162.

725 CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 6 ed. Saraiva, 2001, p. 542.

representação e ao querelante, nos casos de ação penal privada, compete a proposta de dadas condições, dentre as elencadas no art. 89 da Lei n. 9.099/95, mediante a suspensão do processo por prazo determinado de dois a quatro anos.

Transcorrido o período de prova, com o cumprimento dos requisitos elencados, extingue-se a punibilidade do agente.

O autor Vladimir Brega Filho faz um paralelo entre a suspensão condicional do processo e o "sursis":

> Assim, a questão da admissibilidade da suspensão condicional do processo no concurso de crimes deve ser analisada sob a ótica do sursis, onde o cabimento ou não do sursis é analisado após a aplicação das regras relativas ao concurso de crimes, ou seja, no sursis o benefício não é analisado para cada crime isoladamente. Salientamos que, se existe alguma analogia a fazer, ela só pode ser feita com o instituto do sursis e não com a regra do art. 119 do CP, que trata da extinção da punibilidade. Muito menos poderá ser aplicado o raciocínio trazido pela Súmula 497 do STJ, que trata da prescrição. Note-se que a analogia permite a aplicação de uma norma a situações semelhantes, e situação semelhante só ocorre em relação ao sursis.[726]

Destarte, o infrator faz um acordo com o titular da ação penal pública ou privada, no curso da demanda. Cumpridos os requisitos necessários, extingue-se a punibilidade, sem a aplicação das sanções previstas nos delitos penais, bem como das consequências secundárias da sentença condenatória, a exemplo da reincidência.

Na Lei de Crimes Ambientais (Lei 9.605/98), elencam-se como infrações de menor potencial ofensivo, sem prejuízo de outros diplomas legais, as previstas nos seguintes dispositivos: arts. 29, 31, 32, 41, parágrafo único, 44, 45, 46, 48, 49, 50, 51, 52, 54, § 1º, 55, 56, § 3º, 60, 62, parágrafo único, 64, 65 e 67, parágrafo único, totalizando-se, assim, vinte delitos. Portanto, considerável número de crimes ambientais permite a transação penal. Ou seja, a pena máxima, prevista em abstrato, para o delito não excede a dois anos.

Considerando que os crimes ambientais previstos na Lei n. 9.605/98 são todos de ação penal pública incondicionada, compete ao Ministério Público, como parte e fiscal da ordem jurídica, propor a transação penal, segundo os ditames da Lei em referência e da Lei n. 9.099/95.

O art. 27 da Lei 9.605/98 determina como condição para a transação penal a devida composição do dano ambiental. Hodiernamente, como a audiência de transação penal acontece antes da recuperação do dano ambiental, pelo Ministério Público é proposta, dentre as sanções restritivas de direitos, a apresentação do PRADA (Plano de Recuperação do Dano

---

726 BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos**. Leme: JHMizuno, 2006, p. 101-102.

Ambiental)[727], como medida prévia de extinção de punibilidade. Assim preconiza o dispositivo legal:

> Art. 27. Nos crimes ambientais de menor potencial ofensivo, a proposta de aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa, prevista no art. 76 da Lei 9.099/95, de 27 de setembro de 1995, somente poderá ser formulada desde que tenha havido a prévia composição do dano ambiental, que trata o art. 74 da mesma Lei, salvo em caso de comprovada impossibilidade.

Por sua vez, o art. 74 da Lei 9.099/95 prevê o seguinte:

> A composição dos danos civis será reduzida a escrito e, homologada pelo juiz mediante sentença irrecorrível, terá eficácia de título a ser executado no juízo civil competente.

Consta no parágrafo único do referido artigo que se tratando de ação penal de iniciativa privada ou ação penal pública condicionada à representação, o acordo homologatório acarreta a renúncia ao direito de queixa ou representação.

No que tange à suspensão condicional do processo, os delitos que a comportam são aqueles cujas penas mínimas cominadas concernem a um ano, nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/98, doravante denominados de crimes de médio potencial ofensivo.

Os tipos penais com penas mínimas não superiores a um ano, ditas como infrações de médio potencial ofensivo, previstos na Lei n. 9.605/98, são os seguintes: arts. 30, 33, 34, 35, 38, 39, 40, 42, 45, 54, caput e § 2º, 56, 61, 62, 63, 66, 67, 68 e 69.

Nos casos de suspensão condicional do processo, além das condições previstas no art. 89 da Lei n. 9.099/98, prevê o art. 28, I, da Lei n. 9.605/98 que a decretação de extinção da punibilidade, nos casos de transação penal e suspensão condicional do processo, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade de fazê-lo.

A suspensão condicional do processo é um instituto despenalizador, previsto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, sendo uma alternativa à pena privativa de liberdade, pelo qual se permite a suspensão do processo, por determinado período e mediante certas condições.

O Ministério Público, ao ofertar a denúncia, tem a faculdade de propor a suspensão condicional do processo, pelo prazo de dois a quatro anos em crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, ou pena mínima superior a um ano e multa prevista de forma alternativa, abrangidos ou não pela Lei n. 9099/95, desde que o acusado preencha certas condições.

---

[727] PRADA consiste num documento que contém as medidas propostas para a mitigação dos impactos ambientais decorrentes das atividades ou dos empreendimentos, incluindo o detalhamento dos projetos para a reabilitação das áreas degradadas, que podem ser de revegetação (estabilização biológica), geotécnica (estabilização física) e remediação ou tratamento (estabilização química). Disponível em: https://aesambiental.eco.br/projetos-ambientais/recuperacao-de-areas-degradadas/. Acesso em 06/03/2019.

O *sursis* processual, como é conhecido a suspensão condicional do processo, também está previsto na Lei n. 9.605/98, em seu artigo 28, *in verbis*:

> Art. 28**.** As disposições do art. 89 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, aplicam-se aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei, com as seguintes modificações:
> I - a declaração de extinção de punibilidade, de que trata o 5º do artigo referido no caput, dependerá de laudo de constatação de reparação do dano ambiental, ressalvada a impossibilidade prevista no inciso I do 1º do mesmo artigo;
> II - na hipótese de o laudo de constatação comprovar não ter sido completa a reparação, o prazo de suspensão do processo será prorrogado, até o período máximo previsto no artigo referido no caput, acrescido de mais um ano, com suspensão do prazo da prescrição;
> III - no período de prorrogação, não se aplicarão as condições dos incisos II, III e IV do 1º do artigo mencionado no caput ;
> IV - findo o prazo de prorrogação, proceder-se-á à lavratura de novo laudo de constatação de reparação do dano ambiental, podendo, conforme seu resultado, ser novamente prorrogado o período de suspensão, até o máximo previsto no inciso II deste artigo, observado o disposto no inciso III;
> V - esgotado o prazo máximo de prorrogação, a declaração de extinção de punibilidade dependerá de laudo de constatação que comprove ter o acusado tomado as providências necessárias à reparação integral do dano.

Afere-se, por conseguinte, que para crimes ambientais de menor potencial ofensivo, acertadamente o legislador previu a prévia recomposição do dano ambiental, para fins de extinção de punibilidade, numa perspectiva ampla de sustentabilidade ambiental e proteção do bem jurídico meio ambiente equilibrado, sendo que neste trabalho, propõe-se o mesmo para as infrações penais ambientais de maior potencial ofensivo.

3. Da necessidade de reparação do dano ambiental para extinção da punibilidade nos crimes ambientais

Não se olvida acerca da urgência de medidas, a fim se regenerar o ambiente natural destruído. O relatório da ONU sobre os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio 2015 destaca:

> Os impactos nos sistemas naturais e humanos deverão espalhar-se por todo o globo, com efeitos variados de região para região. Estes incluem ecossistemas e habitats alterados; impactos nocivos na agricultura, conduzindo potencialmente à escassez de alimentos; condições climáticas extremas cada vez mais prolongadas e catástrofes naturais, juntamente com inúmeros riscos para a sociedade. Entre 1990 e 2012, as emissões mundiais de dióxido de carbono aumentaram em mais de 50%. Os dados recolhidos ao longo de duas décadas mostram uma aceleração do aumento das emissões mundiais, de 10% entre 1990 e 2000 e 38% entre 2000 e 2012, provocado sobretudo pelo crescimento nas regiões em vias de desenvolvimento[728].

Assim como exposto em todo o trabalho, as ações antrópicas de degradação do meio ambiente é uma realidade crescente, sendo que medidas precisam ser tomadas para

[728] ONU. **Relatório sobre os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio 2015. p. 53.** Disponível em: <https://www.unric.org/pt/images/stories/2015/PDF/MDG2015_PT.pdf.> Acesso em 07 de jul. de 2019.

diminuir ou minimizar os danos causados, de modo a se buscar a reparação dos danos, quando possível. Pequenas e isoladas ações, se em grande monta, podem fazer a diferença na proteção e recuperação deste bem jurídico tão relevante à humanidade.

A desburocratização do sistema de Justiça é imprescindível nesse contexto, na medida em que as ações penais também podem ser instrumentos de recomposição do dano ambiental, como condição prévia de extinção da punibilidade do infrator, dispensando-se eventual providência de caráter cível.

Anota-se a incongruência do sistema penal, porquanto que em crimes de maior potencial ofensivo, a recomposição do dano ambiental não é condição prévia de extinção de punibilidade do infrator, como previsto nos delitos de menor potencial ofensivo, em que a legislação traz medidas de vanguarda no sentido de se recompor o dano, quando possível, nos casos de suspensão condicional do processo e transação penal (art. 27 e 28 da Lei n. 9.605/98).

Faz-se imprescindível a responsabilização civil e penal do infrator ambiental, ante o surgimento da sociedade e capital globalizado. Bauman discorre que:

> Surge uma nova assimetria entre a natureza extraterritorial do poder e a contínua territorialidade da "vida como um todo"- assimetria que o poder agora desarraigado, capaz de se mudar de repente ou sem aviso, é livre para explorar e abandonar às consequências dessa exploração. Livrar-se da responsabilidade pelas consequências é o ganho mais cobiçado e ansiado que a nova mobilidade propicia ao capital sem amarras locais, que flutua livremente. Os custos de se arcar com as consequências não precisam agora ser contabilizados no cálculo da eficácia do investimento[729].

Há que se priorizar a recomposição do bem jurídico lesado, meio ambiente, e assim, desenvolver política criminal no sentido de se efetivar tal desiderato. A exigência de prévia composição de dano ambiental não deveria estar adstrita apenas aos crimes de menor e médio potencial ofensivo, que possibilitem a transação penal e suspensão condicional do processo, mas que seja uma exigência também para os crimes de maior potencial ofensivo.

Pontua-se a incongruência do sistema penal, pois caso o infrator não aceite, descumpra ou não preencha os requisitos da transação penal ou suspensão condicional do processo, ao final da tramitação processual, numa sentença condenatória ou na execução da pena, não há exigência de recomposição do dano ambiental para fins de extinção de punibilidade.

De igual modo, nas ações penais de maior potencial ofensivo, não há exigência da reparação do dano para extinção da punibilidade, devendo se manejar providências na seara cível, que em se tratando do Ministério Público se dá por meio de inquéritos civis,

---

729 BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas.** Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1999, p. 16.

termos de ajuste de condutas e ações civis públicas para a recuperação do dano ambiental ou aguardar a sentença penal condenatória, tendo em vista o seu efeito extrapenal relativo à reparação do dano.

O que se pretende é um sistema processual desburocratizado com vistas à máxima proteção do meio ambiente. Destacam-se, ainda, os avanços na doutrina e jurisprudência, que inclusive reconhecem a responsabilidade por dano moral coletivo em face de graves violações ao meio ambiente, em que se atinge a coletividade de tal modo, a implicar reparação imaterial.

Ora, se há progressos na recomposição do dano ambiental, inclusive na seara do direito imaterial, vale dizer, do reconhecimento do dano moral coletivo, tem-se como medida imprescindível a reparação do bem jurídico lesado com a conduta infracional, garantindo-se o direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. Conclusão

A sustentabilidade em seu conceito amplo é o caminho a ser perseguido pela presente e futura gerações, sendo que, numa interpretação de máxima proteção ao meio ambiente, deve se valer de instrumentos disponíveis para a recuperação do dano ambiental, seja pela aplicação do aparato legal existente ou mediante inovações legislativas.

A reparação do dano ambiental, dada a supremacia do meio ambiente no ordenamento jurídico, deveria ser condição para extinção da punibilidade nos crimes ambientais, independentemente do montante de pena a ser cominado ao delito.

É bem verdade que para a exigência de reparação do dano ambiental como condição para extinção da punibilidade, salvo a incidência das medidas despenalizadoras da transação penal e suspensão condicional do processo em que há previsão normativa, torna-se imprescindível alterações legislativas que prevejam expressamente a reparação do dano como requisito para a extinção da pena, tendo em vista o princípio da legalidade estrita de que se reveste o Direito Penal.

Há que se perseguir medidas que visam à máxima proteção do meio ambiente, sendo que se já o faz para os crimes de menor potencial ofensivo, com muito mais razão, dever-se-ia prever a recomposição do dano para os crimes mais graves, como requisito de extinção de punibilidade, porquanto que a lesão ao bem jurídico meio ambiente é mais contundente, de forma a permitir uma ampla sustentabilidade ambiental.

5. Proposta de enunciado: Assim como na transação penal e suspensão condicional do processo, a prévia recomposição do dano ambiental, ainda que não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos destas medidas despenalizadoras, também deve ser requisito para os crimes de maior potencial ofensivo e para os processos criminais ambientais em geral, para fins de extinção de punibilidade do infrator, mediante previsão legislativa neste aspecto, a se concretizar uma ampla proteção e sustentabilidade ambiental.

6. Referências bibliográficas

BAUMAN, Zygmunt. **Globalização: As consequências humanas.** Jorge Zahar Editor. Rio de Janeiro, 1999.

BREGA FILHO, Vladimir. **Suspensão condicional da pena e suspensão condicional do processo: eficácia de cada um dos institutos**. Leme: JHMizuno, 2006.

BOBBIO, Noberto. **A era dos direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28º edição, atualizada (em apêndice a CF/1988, com as Emendas Constitucionais até a de n. 71, de 29.11.2012). São Paulo: Malheiros, 2013.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências.. Brasília, DF, 12 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9099.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998**. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Brasília, DF, 12 de fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9605.htm>. Acesso em 29 de junho de 2019.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal.** 6 ed. Saraiva, 2001.

NOGUEIRA, Marcio Franklin. ***Transação penal e suspensão do processo: discricionariedade do Ministério Público.*** RT 752/452.

ONU. **Relatório sobre os Objetivos do Desenvolvimento do Milênio 2015. p. 53.** Disponível em: <https://www.unric.org/pt/images/stories/2015/PDF/MDG2015_PT.pdf.> Acesso em 07 de jul. de 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

A tatuagem como linguagem não verbal no Tribunal do Júri.

Rosemary Souto Maior de Almeida (MPPE-PE) rosemarysoutomaior@gmail.com

SINTESE DOGMATICA DA PROPOSIÇÃO

Desde os primórdios da civilização que a *tatuagem* é uma criação humana. Essas inscrições no corpo em partes visíveis e outras invisíveis surgiram como uma forma de expressão não verbal, algo que se ostenta de maneira definitiva, por símbolos e informações Muitos observam como manifestação artística, sinônimo de amor ou paixão.

Segundo aprecia Berger(2007), "*é de fundamental importância constatarmos que estas marcas, por elas mesmas, nada dizem, ou seja: elas só podem ter um significado e serem entendidas se estiverem dentro de um contexto sociocultural em que foram produzidas. Ou seja, cada marca só receberá um sentido em função do seu significado cultural, que pode mudar de local para local . As tatuagens sempre possuem uma referencia direta às relações sociais, como, por exemplo, o amor à mulher, aos pais, aos animais de estimação, elogios e facções sociais, a pertença a uma tribo, etc.., que só passam a ter um sentido em especificas sociedades " (1)*

Cada tatuagem é vinculada a um ou mais conceitos, um registro de informação reveladora para todos que integram aquela sociedade. Ou seja, a sociedade civil como um todo e até a sociedade do crime.

No inicio essas gravuras eram feitas de cunho precário. Com utilização de instrumentos rudimentares e havia muito preconceito, como ainda existe hoje, embora em menor intensidade em alguns casos. O objeto que era utilizado com tintas menos definitiva, foi na Idade Moderna e na Contemporânea os métodos se sofisticaram. Muitas tatuagens são usadas por pessoas pela simples vontade de gravar no corpo o nome de quem ama e até personagens que se admiram, além de animais ou super heróis na juventude etc.. Por outro lado, como informação não verbal, traz no seu bojo uma ideia que poderá ser uma expressão de comunicação não falada.

Com o uso das agulhas e tintas mais primorosas, a tatuagem se proliferou e em razão da criatividade humana, outros critérios esses objetos se tornaram mais primorosos.

Quando se diz que a criminalidade é organizada, de fato tem razão de ser, pois em unidades prisionais a tatuagem tomou outro rumo e novas dimensões. Facções ou grupos criminosos utilizam-se da tatuagem como veiculo de comunicação (PCC).

Uma das primeiras unidades prisionais que se utilizou da tatuagem fora na Rússia, pesquisa *in loco* para cada grupo de tatuagens de *per si* ,organizado por volume , criada por Dansig Baldaev (1925),onde é fácil constatar pela Enciclopédia *RUSSIAN Criminal TATTOO*. (2)

FUNDAMENTAÇÃO

No âmbito da criminalidade a tatuagem em si, recebeu ênfase em algumas situações, recebeu uma nova significação, diversas daquelas do modismo em geral. Os indivíduos que aderem ao "modismo" das tatuagens em Volga, o fazem conscientemente, sem maiores indagações. Pela escolha da marca tatuada pode ser confundido com facções criminosas , dependendo das condutas dessas criaturas. A falta de conhecimento desses símbolos poderá trazer consequências negativas para quem faz uso .

Aqueles que se inclinam para condutas criminosas empregam a tatuagem de forma diversa do cidadão comum, escolhendo marcas ou símbolos de maior compreensão. O agente que perpetra um crime ou tem uma tendência para crimes de natureza sexual, por exemplo, utilizam uma tatuagem correspondente. Os que são matadores ou objetivam matar somente policias usa uma *tatoo* diferente, e assim, sucessivamente. Essas tatuagens surgiram como manifestação de vontades ou interesses (cientes ou inconscientes), que assumem significados entre eles, um meio de comunicação silenciosa, quase um pacto. Os tatuados aonde chegam são reconhecidos, segundo a área de atuação criminal, impondo medo e até regalias, se for o caso . Essa expressão e diálogo dentro ou fora da cadeia repercutem entre eles e a liderança. Aos portadores de tatuagem, dependendo da espécie, gozam de regalias no grupo criminoso. A tatuagem de Palhaço, por exemplo, foi catalogada e reconhecida como aquela quem a usa é "**famoso"** por **matar policais**. Muitas tatuagens são atualmente estudadas, objeto de varias teses de Mestrado e Doutorado, para propiciar conhecimento mais profundo e eficiente no âmbito das relações interpessoais. Muitas vezes as tatuagens passam despercebidas por nós operadores do Direito, em razão da ausência profunda da interdisciplinaridade e mudisciplinaridade.

Esses agentes do crime empregam no corpo tatuagens visíveis, ou seja, a ostentação de quem deseja evidenciar sua condição, principalmente em grupos de criminosos. A figura e o local da informação no corpo poderá esclarecer melhor sua inclinação subjetiva para atos ilícitos preferidos.

A opção da tatuagem dependerá da ação criminosa do tatuado, pois a informação escolhida vai manter e facilitar os contatos com os pares no mundo interior ou exterior da Penitenciária (3). O nosso trabalho procurou pesquisar qual a tatuagem mais usada e ostentada nos crimes dolosos contra a vida (consumados e tentados). São reflexões para trazer a tona esse universo tão desconhecido por todos nós.

A depender da ação criminosa a tatuagem escolhida tem uma significação especifica. O individuo com a tatuagem escolhida vai manter contato até com carcerário, chaveiro e até subalternos, se for ele um líder.

E possível encontrar várias pesquisas cientificas dessas tatuagens (4). Por outro lado, a forma que o agente deixa à amostra , tal como braços e pernas atestam uma significação mais direta .

Nos crimes dolosos tentados ou consumados é muito comum tatuagens no acusado. Será que podemos decifrar qual tatuagem e o que ela significa? É por isso que escolhemos esse tema para reflexão pois quando o processo crime vem acompanhado do relatório carcerário seja o sintético ou analítico poderemos comparar o histórico do agente criminoso e tirar as conclusões, principalmente com relação a DROGA, o cancro social que hoje definitivamente tem ligação direta ou indiretamente com o **trafico de drogas e mortes por acerto de contas ou cobranças. Mais 90% dos processos da Quarta Vara do Júri se encontra nesse patamar.**

É muito difícil para nós ao elaborarmos um plano de ação em plenário levar em conta tal situação. Primeiro que é preciso constar nos autos os Relatórios Carcerários e os antecedentes atualizados (SDS e TJ), como exemplos. Quem pode fazer essa pesquisa? Todos sobrecarregados de atribuições e cobranças. Decisão recente do STJ entendeu que argumentar sobre os antecedentes do acusado não gera nulidade. Recur*so Especial. Direito processual penal. Homicídio qualificado. Tribunal do Júri. Menção em plenário a antecedente criminal do réu. Argumento de Autoridade não configurado. Nulidade inexistente, inteligência do art.478, do Código de Processo Penal. Tese de violação aos arts. 3º, 476 e 564, do Código de Processo Penal. Temas não debatidos pelas instancias ordinárias. Súmulas 282 e 356, do Supremo Tribunal Federal. Ausência de prequestionamento.* **Recurso especial** conhecido em parte e nela não provido. 1. O texto do art.478 deve ser analisado em cotejo com o art.480, do *Código de Processo Penal, que possibilita aos jurados a às partes "a*

qualquer momento e por meio do juiz presidente, pedir ao orador que indique a folha dos autos onde se encontra a peça por ele lida ou citada, facultando-se, ainda, aos jurados solicitar-lhe, pelo mesmo meio, o esclarecimento de fato por ele alegado". E o art. 480 § 3º, acrescenta que "os jurados, nesta fase do procedimento, terão acesso aos autos e aos instrumentos do crime se solicitarem ao juiz presidente". Portanto, não há ilegalidade na menção ao antecedente do réu que já constava dos autos, ao qual os jurados têm amplo e irrestrito acesso, com a possibilidade de requerer esclarecimentos. Ademais , a menção de tal peça processual não foi feita como argumento de autoridade.2,. "A Suprema Corte possui precedentes no sentido de que "a demonstração do prejuízo, a teor do art.563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta". **(HC 85.155/SP, Segunda Turma, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJ de 15/4/05** (5).3. *A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para à defesa, consoante dispõe o art. 563 do CPP, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vicio verificado"***(RHC 114739/PA, REl.Min.Dias Tofolli, Primeira Turma, julgado em 30/10/2012, DJE 10/12/2012.** 4. *O Tribunal de origem, ao analisar a questão referente á nulidade do Júri, consignou apenas que mão houve violação ao art. 478, do CPP, deixando de analisar as questões referentes à aplicabilidade dos arts. 3º, 476 e 564 do CPP. Ausente, portanto o devido prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 e 356, do STF, aplicáveis por analogia*5.*Recurso Especial conhecido em parte e nela não provido.***(Resp n.º1.407.113-SP, Rel. Min.Moura Ribeiro, 5ª Turma, data do julgamento : 26/08/2014). (**5)

Realizar a pesquisa sobre os antecedentes do réu é uma tarefa que dar mais trabalho, mas em compensação bem estudado e aproveitado no âmbito do conjunto probatório, certamente ajudará muito a se obter um veredicto favorável, inclusive a leitura corporal do acusado e dos jurados ajudará muito nosso trabalho em plenário. Matschnig assegura que *Cada pessoa é diferente - então como poderíamos falar todos a mesma linguagem corporal? Ainda que usemos os mesmos sinais no gestual e na expressão facial, existem diferenças consideráveis no que diz respeito à comunicação não verbal. Isso deve-se principalmente ao fato de cada um de nós usar o corpo em maior ou menor intensidade como porta-voz* (6).

O Histórico do acusado vai nos mostrar a real ligação entre os possíveis crimes perpetrados por ele e a tatuagem ou tatuagens que usa. É evidente que precisamos nas Alegações Finais ou no Art. 422do CPP anexarmos aos autos esses históricos e os antecedentes da SDS-PE , complementando com consulta processual unificada nos Tribunais das unidades da federação. É importante, também, pesquisas em nome do acusado nas redes

sociais, tais como Instagram, Google e Facebook. Além de pesquisas em outras unidades da Federação, que possuem consultas com o nome das partes, iguais ao sistema adotado pelo TJPE.

O mundo virtual propiciou a todos nós novos horizontes de pesquisas. Embora o volume de trabalho que desenvolvemos seja exacerbado, sem falar das exigências por quantitativos e menos qualitativos resultados. Para fazer um bom trabalho na instrução e em plenário do Júri as aludidas pesquisas são imprescindíveis hoje. O agente criminoso mata, e, ainda expõe nas mídias sociais, na maioria das vezes impunemente. Por outro lado, a leitura da linguagem corporal do acusado e dos jurados, nos obrigam a estudar para fazermos a leitura e acrescentar aos argumentos que já existem nos autos.(7)

Um Promotor ou Promotora de Júri não pode mais se apegar exclusivamente ao que tem nos autos, precisa interpretar as provas , pois a vida do acusado como um todo poderá definir seu perfil. A tatuagem que ele ostenta, muitas vezes vaidosamente, faz questão de mostrar, se for aos membros superiores e inferiores pode revelar sua inclinação criminal.Tudo é uma questão de inserir no conjunto probatório mais esse elemento de argumentação . Um *plus* que visa apenas dar maior substrato as provas carreadas e não ser uma questão de estética.

A realidade prisional é uma fonte diversifica de Tatuagem , Belmont :"*para os presos ainda predomina o sentido de pertencimento de determinado grupo. A tatuagem, compreendida na atualidade como um fenômeno cultural que se expandiu diante de seus múltiplos e frequentes usos, demitiu e diluiu a carga estigmatizante impregnada de valores morais que afetava grupos especiais como o dos presos, podendo, quem sabe, vir a ser extinta como estigma".*

Na mesma obra constam anexos de vários tipos de tatuagem usados pelos presos em geral, tais como Caveira Apunhalada, Cruz de Carvalho, Morte com foice, Águia, Pomba, Folha de maconha e outras mais especificadas para os homossexuais e outras mais ligadas diretamente ao crime de homicídio, tais como: tatuagens de espada/punhal. Demônio, pistola e revolver, palhaço ou coringa e outras. O Anexo III se refere à tatuagem de carpa, no Manual de Tatuagens Criminais.(2)

Sabemos que enfrentamos muito trabalho, principalmente se atuamos nos Tribunais do Júri mas se operacionalizássemos pesquisas deste jaez para todos os processos dolosos contra a vida, ficaria mais fácil argumentar em plenário. A linguagem nossa dirigida ao Conselho de Sentença precisa está articulada ao Século XXI. Os jurados chegam a bocejar e dormir se os argumentos não corresponderem à linguagem acessível, Plenário não é lugar para

aulas ou exposições desinteressantes. Em consequência o estudo e a busca constante de conhecimento é a fonte diária a ser buscada .

Nos anos de 2017 e 2018 na Quarto Tribunal do Júri da Capital de Pernambuco foram realizados 532(quinhentos e trinta e dois) julgamentos. A tatuagem top, mais utilizada e corroborada como significativa de ligação ao trafico e associação ao trafico foi a de Carpa ou simplesmente peixe para uns (Karpa), informação de um peixe. Com dois detalhes apurados: A carpa com a boca para cima é alto escalão e com a boca para baixo, subalterno. Maneiras de comunicação entre eles em obediência à hierarquia do trafico e até o silencio que prevalece para livrar a responsabilidade do líder ou lideres das facções diversas.

Na verdade é que a simbiose entre crimes de trafico de drogas e dolosos contra a vida é inarredável. Os indicadores e resultados não ficaram prontos, razão pela qual no momento não posso mostrar aos colegas. Espero no Congresso Nacional a pesquisa seja divulgada. No Brasil não tempos costume de trabalhar com indicadores. Essencial para identificarmos resultados, reincidência, escolaridade etc...

O grau de eficiência nossa no Tribunal do Júri, principalmente nas capitais é dar prioridade a plenitude da Tutela da Vida (6). Obra que inspirou o nosso esforço concentrado na realização de seis júris semanais em 2017 e quatorze semanal em 2018.

Propiciar que os autos tragam esses indicadores de tatuagens nos aproximará muito mais do acusado, conhecendo sua vida e suas inclinações, propiciando maiores elementos para as argumentações e esclarecimentos aos jurados, com grande chance de convencer pelo caráter cientifico sobre a tatuagem de Carpa, ou outras, que poderão ser pesquisadas.

Em razão da realização de duas sessões por dia em 2017 e quatro sessões por dia e doze semanais em 2018 nos evidenciou uma pesquisa empírica que nos estimulou a trazer aqui para reflexão dos colegas, pois é uma área, pouco explorada e que pode ser mais bem catalogada por meio de indicadores e resultados. Nos que militamos na área criminal e principalmente no Júri precisamos escrever, fazer pesquisa e trocar ideias, pois os Advogados escrevem para os objetivos exclusivos da Defesa em plenário, por exemplo, com teses esdrúxula e mirabolantes.

"A barbárie instalada agride a sociedade, a família, as instituições, os pilares do Estado democrático e um padrão mínimo de civilidade do qual não se pode abrir mão".8 "*Insanidade é fazer a mesma coisa várias vezes e esperar* ***resultados diferentes" (Albert Einstein).***

PROPOSTA DE ENUNCIADO: Uma pesquisa diuturna feita por mais de dois anos, e, ainda, em continuação, baseada nas obras de referencia bibliográfica, abrindo novas possibilidades de atuação e de argumentação. A tatuagem é uma informação pouco explorada

e muito interessante por abrir novos e profundos horizontes de conhecimento Sociológico, Neurolinguistico Forense, Psicológico, Antropológico e logicamente jurídico. O agente criminoso quando faz uso de tatuagem apresenta informação e significação. Segue abaixo por anos o resultado em números as tatuagens e as correspondentes variações no âmbito de 2017 (225 sessões de julgamento) e 307 sessões de julgamento no ano de 2019. 2017- Carpa(55); Gueixa(06); Tribal(14);Palhaço (06); Serpente (05); Caveira(morte)(06). Pergaminho (20);Nomes de pessoas(36);Escorpião (07);Cobra (04);Índio(a) (08); Anjo da Morte(08);Fênix (02); Tchuck (05); Tatuagens sem identificação (43), total:225. 2018- Tatuagens não identificadas (88); Caveira (morte) (04); Carpa (88);Nomes de pessoas (29);Escorpião (04);Tribal(10);Cristo (03); Dragão (05); Palhaço (05); Gueixa (05), Tchuck (06);Anjo da Morte (07); Fênix (03); Pergaminho (10); Outras (13) e Sem tatuagens (27), no total de 307.

Referencias Bibliográficas

SAMANTHA, Thieses Bittencourt. ***O corpo Fala: Um estudo sobre Tatuagem e Informação,***Portuguese Editora, E-book;

http://xa.y.mg.com/Kq/groups/23547829/1556737214/name/tatuagens.pdf.Acesso em 30/04/19

RUSSIAN – *Criminal TATTO- Encyclopaedia* Volume I, II e III.

COSTA, Alex,*Tatuagens de A-Z.Tudo o que você sempre quis saber sobre TATUAGENS e seus Significados*- Curitiba :,AD Santos Editora, 2ª Edição, 2012.

Resp n.º 1.407.113-SP, julgamento em 26/08/2014.

MATSCNIG, Monica, *Linguagem Corporal*, Tradução autorizada por Gabal Verlag GmbH,Editora Vozes Ltda., 2015.

.LOUREIRO, Caio Marcio, *O Principio da Plenitude da TUTELA DA VIDA no Tribunal do Júri*, Cuibá-MP, Carlini &Caniato Editorial, 2017.

NOVAIS, César Danilo Ribeiro, Cuiabá-MT, Carline & Caniato Editorial, 2018, p.67.

A pronúncia como limite à decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos

Autor: Rafael Schwez Kurkowski. Promotor de Justiça em Sergipe, atualmente exercendo as suas atribuições como Coordenador Disciplinar da Corregedoria Nacional do Ministério Público. Professor licenciado de Processo Penal e de Execução Penal da Faculdade Pio Décimo – FAPIDE (Aracaju/SE). Especialista em Gestão Acadêmica do Ensino Superior pela FAPIDE. Mestre em Direito pelo Centro Universitário de Brasília – UNICEUB (Brasília/DF). Integrante dos grupos de pesquisa Tutela Penal dos Interesses Difusos da Universidade Federal do Mato Grosso (UFMT) e Política Criminal do UNICEUB. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/2470799563913344>. E-mail: rafaelsk@mpse.mp.br

Proposta de enunciado: "A pronúncia garante a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação do réu, de forma que, se essa vertente não for elidida por novas provas produzidas após a pronúncia, a decisão condenatória dos jurados não poderá ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos".

Síntese dogmática: O presente trabalho problematiza os limites oriundos da pronúncia ao reconhecimento da decisão condenatória dos jurados como manifestamente contrária à prova dos autos. Para tanto, mediante revisão bibliográfica e análise documental, sustenta duas hipóteses. Pela primeira, aduz que a pronúncia declara admissível a acusação e define os limites dela, contra a qual o réu se defenderá no plenário. Pela segunda hipótese, advoga que, se a vertente probatória suficiente para a condenação reconhecida pela pronúncia não for afastada até o julgamento no plenário, a decisão condenatória dos jurados não pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos.

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA ACUSAÇÃO PELA PRONÚNCIA. 3 RECONHECIMENTO DE UMA VERTENTE PROBATÓRIA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO. 4 CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

1. INTRODUÇÃO

A pronúncia, no processo penal brasileiro, encerra a primeira fase do procedimento dos crimes dolosos contra a vida – juízo da acusação – e inaugura a segunda – juízo da causa –, na qual o réu será julgado pelo conselho de sentença sobre a imputação que foi deduzida contra si pela acusação. Para tanto, ela reconhece a existência do crime e de indícios suficientes de autoria ou participação (art. 413 do CPP).

O presente trabalho problematiza a pronúncia em relação ao cabimento da apelação interposta sob o fundamento de a decisão dos jurados ter sido manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, III, "d", do CPP). Eis o problema de pesquisa: já que a pronúncia assegura a existência de prova suficiente para a condenação, segundo a íntima convicção (ou certeza moral) dos jurados, tem cabimento a apelação interposta, com base no art. 593, III, "d", do CPP, contra a decisão condenatória do réu?

Apresentam-se duas hipóteses para responder a essa questão. A primeira sustenta que a pronúncia tem a função de definir os limites da acusação contra a qual o réu se defenderá, no plenário do julgamento. A segunda hipótese advoga que a pronúncia reconhece a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação do réu, a ser analisada pelos jurados, que decidirão sob o critério da certeza moral. Conclui então que, se essa vertente probatória não for afastada até o julgamento pelos jurados, a decisão condenatória destes não poderá ser considerada "manifestamente" contrária à prova dos autos, o que conduzirá ao desprovimento da apelação interposta com base no art. 593, III, "d", do CPP.

A metodologia empregada, na presente pesquisa, envolve a revisão bibliográfica considerando a doutrina pátria bem como a análise documental, principalmente de atos normativos e decisão judiciais.

2. DEFINIÇÃO DOS LIMITES DA ACUSAÇÃO PELA PRONÚNCIA

Cuida a pronúncia de uma decisão interlocutória mista não terminativa[730]. Didaticamente: "Pronúncia é uma decisão interlocutória (não julga o mérito) mista (porque põe fim a uma fase procedimental) não terminativa (não encerra o processo)"[731].

A decisão de pronúncia tem duas funções entrelaçadas, as quais têm finalidade processual: declarar admissível a acusação e definir os limites desta, submetendo o réu ao plenário[732].

[730] RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 642.
[731] BARROS, Francisco Dirceu. *Manual do Júri*: teoria e prática. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2015. p. 84.
[732] MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997. p. 291, 348, 349, 373.

No processo penal comum, a denúncia, após o seu recebimento, é apta a condenar o réu. O recebimento da denúncia é pautado pelo preenchimento de requisitos formais que a tornem apta e, no aspecto material, por simples provas (*rectius*: elementos de informação) colhidas durante a fase investigativa, em relação às quais o contraditório e a ampla defesa não são exercidos na sua plenitude. Trata-se da justa causa (art. 395, III, do CPP) enquanto lastro probatório mínimo justificador do início da persecução penal judicial. Assim, no rito comum, a acusação é declarada admissível com base, apenas, em meros elementos de informação.

Diversamente, o procedimento dos crimes dolosos contra a vida exige o exame da acusação com base em prova judicializada para a sua admissão ao julgamento a ser realizado pelo plenário. Ao declarar admissível a acusação, a pronúncia, após o cotejo judicial da prova produzida sob o contraditório, garante a existência da materialidade do crime doloso contra a vida bem como de indícios suficientes de autoria por parte do réu. Frisa-se: a pronúncia assegura a existência de prova indiciária suficiente para a condenação. Do contrário, se não existisse sequer uma linha probatória no sentido da condenação do réu, seria a hipótese de impronúncia ou até mesmo de absolvição sumária.

A pronúncia, outrossim, estabelece os limites da acusação, já que os quesitos a serem apresentados aos jurados levarão em consideração o fato criminoso tal qual identificado na pronúncia, e não da denúncia, consoante disciplinam os arts. 413, § 1º, 476, *caput*, e 482, parágrafo único, todos do CPP. Os quesitos são redigidos conforme o fato cuja materialidade e autoria indiciária são reconhecidas, previamente, pelo Poder Judiciário, na decisão de pronúncia, por aquela vertente probatória já referida.

Esse filtro representado pela pronúncia garante que o conselho de sentença vá julgar apenas acusações fundadas contra o réu. Evita-se que o plenário, ao apreciar uma "aventura jurídica", condene indevidamente o réu, com base na sua íntima convicção[733]. Segundo Nucci, a pronúncia protege o réu, no sentido de evitar o erro judiciário caracterizado por uma condenação injusta[734]. Vicente Greco Filho obtempera que, em razão da ausência de fundamentação da decisão dos jurados, a função da pronúncia é a de "impedir que um inocente seja submetido aos riscos do julgamento social irrestrito e incensurável"[735].

A fim de cumprir a sua função, a pronúncia examina a materialidade do crime e os indícios suficientes de autoria. Aquela designa a existência do crime. Comprova-se a

[733] A propósito, sustenta-se que a função de filtro exercida pela pronúncia, que inexiste em qualquer outro procedimento criminal, justifica uma maior deferência – mediante a sua execução imediata – à decisão dos jurados, como já sustentado em outro lugar (KURKOWSKI, Rafael Schwez. *Execução Provisória da Pena no Júri*: fundamentos políticos e jurídicos. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019. p. 140-143).

[734] NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 86.

[735] GRECO FILHO, Vicente. IV – Questões Polêmicas sobre a Pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri*: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117-126. p. 118.

existência do homicídio pelo exame de corpo de delito direto (perícia realizada sobre o cadáver) ou pelo exame de corpo de delito indireto[736], mediante o qual é confeccionado um laudo pericial com base em outras provas que não o cadáver.

No atinente aos indícios de autoria suficientes para a pronúncia, ensina Mougenot Bonfim que o processo penal utiliza uma escala probatória que parte da simples suspeita e conjectura, passa por meros indícios, avança para os indícios suficientes, prossegue até indícios veementes e atinge a certeza conclusiva pelo raciocínio dedutivo. "Cobrou, pois, a lei, no que se refere à pronúncia, um *majus* em relação à presença de um simples indício, e um *minus* em relação à veemência desses" (grifo no original)[737].

Uma vez em dúvida quanto ao crime, às qualificadoras e às majorantes, o juízo deve pronunciar o réu em nome do princípio do *in dubio pro societate*[738]. Impõe-se a seguinte contextualização. Na hipótese de dúvida, a pronúncia é obrigatória em função da competência constitucional do conselho de sentença para julgar os crimes dolosos contra a vida. A dúvida do juízo representa que é possível tanto a condenação quanto a absolvição do réu. Todavia, esse julgamento é do júri, o juiz natural dos crimes dolosos contra a vida. Por esse fundamento, o juízo deve pronunciar o réu, na dúvida. A impronúncia, estando o juízo em dúvida, implica a subtração da competência constitucional do conselho de sentença para decidir se essa dúvida é suficiente para absolver o réu.

3. RECONHECIMENTO PELA PRONÚNCIA DE UMA VERTENTE PROBATÓRIA SUFICIENTE PARA A CONDENAÇÃO

Reforça-se que a pronúncia impede que o conselho de sentença julgue "aventuras jurídicas", elidindo o risco de os jurados incorrerem em tirania ao condenarem o réu sem motivos. Ela garante, necessariamente, a existência de um contexto probatório suficiente para a condenação. Se não existe autoria indiciária suficiente, o juízo deve impronunciar o réu, na forma do art. 414 do CPP. Já se houver prova segura da inexistência do homicídio, de o réu não haver concorrido para o crime, de o fato ser atípico ou da presença de uma causa de

[736] "Caso não haja a possibilidade de produzir o exame de corpo de delito direto, excepcionalmente o Estado poderá valer-se do exame de corpo de delito indireto (filmagens, gravações, vestígios de sangue, prova testemunhal etc). Lembrando que filmagens, gravações, exame de sangue etc., também serão analisadas e validadas por peritos, reforçando a veracidade e legitimidade da prova" (GOMES, Luís Flávio. *Caso Bruno*: jurisprudência admite homicídio sem cadáver. Disponível em: <http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/11/13/caso-bruno-jurisprudencia-admite-homicidio-sem-cadaver/>. Acesso em: 31 dez. 2014).

[737] BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri*: do inquérito ao plenário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 176.

[738] Por todos, confira-se Heráclito Mossin: "levando-se em consideração que somente em situações excepcionais é que se pode subtrair do júri, juízo natural para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados, sempre que houver dúvida no sentido da materialidade delitiva ou dos indícios de autoria, cumpre ao magistrado pronunciar o imputado, por força do princípio in dubio pro societate" (MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri*: crimes e processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 300).

isenção de pena ou excludente do crime, o juízo deve absolver sumariamente o réu, segundo o art. 415 do CPP.

Mesmo estando o juízo em dúvida quanto à autoria indiciária, a pronúncia assegura a existência de, pelo menos, uma vertente probatória suficiente para a condenação do réu. Se essa linha probatória não for afastada e suceder a condenação, esta não poderá ser considerada "manifestamente" contrária à prova dos autos, justamente porque havia um contexto probatório suficiente para a decisão dos jurados.

Em um exemplo hipotético, se nenhuma prova for produzida após a pronúncia, já existe um lastro probatório que, constituindo indícios suficientes de autoria ou participação adrede reconhecidos judicialmente pela pronúncia, permite tanto a condenação quanto a absolvição do réu, tudo a depender da íntima convicção dos jurados. Se não houvesse provas da materialidade e dos indícios, ao menos suficientes, da autoria ou participação, o réu teria sido impronunciado. Assim, uma vez pronunciado o réu, a eventual condenação pelos jurados não poderá caracterizar decisão manifestamente contrária à prova, justamente porque a pronúncia já reconheceu uma vertente probatória suficiente para a condenação.

Nesse mesmo sentido está James Tubenchlak:

> "[...] pronunciado o réu, se ao final da segunda fase probatória, – a do *judicium causae* – os Senhores Jurados entenderem que o réu é realmente culpado, este jamais poderá lograr êxito em recurso de apelação fundada em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, porquanto o Júri nada mais fez do que aceitar e referendar a vertente probatória já realçada na pronúncia"[739].

Dessa sorte, tem-se que o contexto probatório reconhecido pela pronúncia influencia o cabimento da apelação prevista na alínea "d" do inciso III do artigo 593 do CPP. Este dispositivo legal cuida da hipótese em que o recurso de apelação, por ser a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos, anula o julgamento originalmente feito pelos jurados e determina a realização de um novo, por um conselho de sentença cujos integrantes não tenham participado do primeiro. Esse recurso constitui, na visão de Grinover[740], uma ferramenta para combater o abuso da íntima convicção dos jurados. Esclarece-se que esse abuso sói ocorrer quando o réu é absolvido, pois, quando ele é condenado, a pronúncia já garantiu a existência de provas suficientes para a condenação.

A peculiaridade da apelação do artigo 593, III, "d", do CPP, é explicada por José Frederico Marques, nos comentários feitos por ele acerca da soberania dos veredictos e da "apelação limitada". A noção de soberania, para José Frederico Marques, consiste na impossibilidade de o juiz togado se substituir ao jurado, na decisão sobre o mérito da causa,

[739] TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri*: contradições e soluções. Rio de Janeiro: Forense, 1990. p. 149
[740] GRINOVER, Ada Pellegrini. A democratização dos tribunais penais: participação popular. *Revista de Processo*, São Paulo, n. 52, p. 119-127, out./dez. 1988. p. 121-123.

ou seja, júri soberano é aquele ao qual não se substitui nenhum magistrado para julgar uma questão criminal já decidida pelos jurados. Daí exsurge o princípio da inapelabilidade dos veredictos, decorrente do direito francês e seguido por todas as legislações que adotaram o júri[741]. A apelação é limitada porque permite ao tribunal superior apenas anular a decisão dos jurados, mas não a substituir, em razão da sua soberania.

Qual o significado de decisão "manifestamente" contrária à prova dos autos? Como a lei não contém palavras inúteis, deve-se identificar o escopo da legislação ao exigir que a decisão seja "manifestamente" contrária à prova dos autos. A primeira ilação que se extrai: a decisão contrária à prova dos autos não permite o cabimento do recurso sob estudo. Exige-se que a decisão não encontre respaldo mínimo em nenhum elemento probatório para ela ser considerada "manifestamente" contrária. Por isso, mesmo que, para o juízo *ad quem*, quando do julgamento da apelação, o contexto fático reflita dúvida, ele não deverá rescindir a decisão dos jurados. Apenas quando o tribunal julgador do recurso perceber que a decisão dos jurados não está amparada em nenhum elemento probatório dos autos, caberá a anulação do julgamento original seguida da sua repetição.

No âmbito do STJ, decisão manifestamente contrária é aquela que não tem elementos probatórios mínimos para suportá-la:

> Interposto recurso de apelação contra a sentença proferida pelo Tribunal do Júri, sob o fundamento de ser manifestamente contrária à prova dos autos, ao órgão recursal se permite apenas a realização de um juízo de constatação acerca da existência ou não de suporte probatório para a decisão tomada pelos jurados integrantes do Conselho de Sentença, somente se admitindo a cassação do veredicto se flagrantemente desprovido de elementos mínimos de prova capazes de sustentá-lo[742].

Logo, em havendo mais de uma versão probatória – uma apontando para a condenação do réu e a outra, para a absolvição –, a decisão adotada pelos jurados, pela sua íntima convicção, não pode ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos. Segundo Nucci, "não cabe a anulação do julgamento, quando os jurados optam por uma das correntes de interpretação da prova possíveis de surgir"[743]. Já no STJ:

> 1. A teor do entendimento desta Corte, não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão dos jurados que acolhe uma das versões respaldadas no conjunto probatório produzido.
> 2. Demonstrada, pela simples leitura do acórdão impugnado, a existência evidente de duas versões, a decisão dos jurados há que ser mantida, em respeito ao princípio constitucional da soberania dos veredictos.
> 3. Somente nas hipóteses em que a tese acolhida pelo Conselho de Sentença não encontra mínimo lastro probatório nos autos é que se permite a anulação do julgamento, nos termos do disposto no art. 593, inciso III, do Código de Processo

[741] MARQUES, José Frederico. *O júri no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955. p. 69-75, 190.
[742] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 104.547/SP. Relator Rogério Schietti Cruz. Brasília, 03 abr. 2014.
[743] NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 484.

> Penal, situação em que os jurados decidem arbitrariamente, divergindo de toda e qualquer evidência probatória, o que, definitivamente, não corresponde ao caso vertente[744].

Reitera-se: como a pronúncia assegura a existência de, no mínimo, uma vertente probatória suficiente para a condenação, a decisão condenatória dos jurados não pode constituir uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos, tornando defeso, por isso, o cabimento da apelação com base no art. 539, III, "d", do CPP. Assim, não há razão para o pensamento que sustenta, a exemplo de Ronaldo Pedrosa[745] e Antônio Segundo e Nestor Santiago[746], que a apelação sob estudo tem cabimento apenas em favor do réu, para questionar a sua condenação.

No entanto, giza-se que, apenas se forem produzidas novas provas, perante o plenário, que afastem, por completo, os indícios antes suficientes, a condenação pelos jurados representará uma decisão manifestamente contrária à prova dos autos. É o caso, por exemplo, de a linha probatória suficiente para a condenação ser completamente afastada por provas que venham a ser produzidas após a pronúncia.

4. CONCLUSÃO

A pronúncia, ao tornar admissível a acusação e ao definir os limites desta, assegura a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação do réu. Se esse contexto probatório não for afastado, após a pronúncia, a decisão condenatória dos jurados não poderá ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos, já que existe uma linha probatória que dá suporte à decisão do conselho de sentença. Logo, deverá ser desprovida eventual apelação interposta, com base no art. 593, III, "d", contra a decisão condenatória dos jurados, diante do seu descabimento.

Apenas se o veio probatório reconhecido como suficiente para a condenação pela pronúncia for afastado, por completo, pelas novas provas produzidas perante o plenário do júri, a decisão condenatória dos jurados será manifestamente contrária, hipótese em que terá cabimento a apelação interposta com base no art. 593, III, "d", do CPP, a qual, aliás, deverá ser provida.

---

[744] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 470.517/SP. Relatora Laurita Vaz. Brasília, 19 mar. 2019/03/2019.

[745] PEDROSA, Ronaldo Leite. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: recurso exclusivo da defesa. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*, Porto Velho. n. 21, a. 21, 2010. p. 195-208. Disponível em: http://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2010-21.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019.

[746] SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. v. 116, set.-out. 2015. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.06.PDF. Acesso em: 13 jul. 2019.

Tendo em vista essa conclusão, apresenta-se a seguinte **proposta de enunciado**: "A pronúncia garante a existência de uma vertente probatória suficiente para a condenação do réu, de forma que, se essa vertente não for elidida por novas provas produzidas após a pronúncia, a decisão condenatória dos jurados não poderá ser considerada manifestamente contrária à prova dos autos".

REFERÊNCIAS

BARROS, Francisco Dirceu. *Manual do Júri*: teoria e prática. 2. ed. Leme: JH Mizuno, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. *Júri*: do inquérito ao plenário. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 104.547/SP. Relator Rogério Schietti Cruz. Brasília, 03 abr. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC 470.517/SP. Relatora Laurita Vaz. Brasília, 19 mar. 2019/03/2019.

GOMES, Luis Flávio. *Caso Bruno*: jurisprudência admite homicídio sem cadáver. Disponível em: http://atualidadesdodireito.com.br/lfg/2012/11/13/caso-bruno-jurisprudencia-admite-homicidio-sem-cadaver/. Acesso em: 31 dez. 2014.

GRECO FILHO, Vicente. IV – Questões Polêmicas sobre a Pronúncia. In: TUCCI, Rogério Lauria (Coord.). *Tribunal do júri*: estudo sobre a mais democrática instituição jurídica brasileira. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 117-126.

KURKOWSKI, Rafael Schwez. *Execução Provisória da Pena no Júri*: fundamentos políticos e jurídicos. Belo Horizonte: D´Plácido, 2019.

MARQUES, José Frederico. *A instituição do júri*. Campinas: Bookseller, 1997.

_____. *O júri no direito brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1955.

MOSSIN, Heráclito Antônio. *Júri*: crimes e processo. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do júri*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

PEDROSA, Ronaldo Leite. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos: recurso exclusivo da defesa. *Revista da Escola da Magistratura do Estado de Rondônia*, Porto Velho. n. 21, a. 21, 2010. p. 195-208. Disponível em: http://emeron.tjro.jus.br/images/biblioteca/revistas/emeron/revista-emeron-2010-21.pdf. Acesso em: 13 jul. 2019.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SEGUNDO, Antonio de Holanda Cavalcante; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna. Íntima convicção, veredictos dos jurados e o recurso de apelação com base na contrariedade à prova dos autos: necessidade de compatibilidade com um processo de base garantista. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. V. 116, set.-out. 2015. Disponível em:

http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/RBCCrim_n.116.06.PDF. Acesso em: 13 jul. 2019.

TUBENCHLAK, James. *Tribunal do júri*: contradições e soluções. Rio de Janeiro: Forense, 1990.

A utilização do incidente de deslocamento de competência como alternativa para obtenção de persecução penal tempestiva e efetiva em processos criminais que apuram vultuosos desvios de verbas públicas

Leticia Lemgruber Francischetto[1]

SÍNTESE

A tese analisa o impacto negativo da corrupção no gozo dos direitos humanos; se a corrupção, por si só, pode ser concebida como uma violação de tais direitos e a importância da persecução penal eficaz na apuração dos crimes que apuram grandes desvios de dinheiro público. Defende a utilização do incidente de deslocamento de competência para a justiça federal como como instrumento de prevenção à responsabilidade internacional por violações de direitos humanos e uma das medidas possíveis para combater a corrupção.

EXPOSIÇÃO DO TEMA

Esta tese foi elaborada a partir de um caso concreto vivenciado na 5ª Promotoria de Justiça Criminal de Vitória-ES.

De dezembro de 2004 a agosto de 2008 foram oferecidas 61 (sessenta e uma) denúncias oriundas de um desvio de verbas de aproximadamente R$26.000.000,00 (vinte e seis milhões de reais) da Assembleia Legislativa Estadual, que ficou conhecido como "Esquema das Associações", com a participação do ex-Presidente, do ex-Diretor Geral, Deputados Estaduais, autoridades locais e terceiros beneficiados.

As destinações dadas aos valores desviados foram diversas, abrangendo desde a compra de relógio rolex, passando por financiamento de campanhas eleitorais, compra de veículos, até pagamento para aposentadoria "antecipada" de Conselheiro do Tribunal de Contas Estadual visando a nomeação e posse de indicado político.

Dez anos depois, 06 (seis) haviam sido sentenciadas, 14 (quatorze) aguardavam a citação de réus, 10 (dez) não haviam iniciado a instrução processual, 05 (cinco) estavam com instruções pendentes, 11 (onze) aguardavam perícia grafotécnica requisitada há anos e outras 14 (quatorze) aguardavam a apresentação de memoriais pelas partes, também há vários anos.

Dentre outros mecanismos utilizados pelo Ministério Público, optou-se por instar a Procuradora Geral da República a suscitar Incidente de Deslocamento da Competência para a Justiça Federal, perante o Superior Tribunal de Justiça, diante da total incapacidade das autoridades locais em concluírem a persecução penal.

O artigo 109, § 5º, da Constituição Federal, estabelece que compete aos juízes federais processar e julgar causas relativas a direitos humanos, sendo que, "*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 Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o mérito dos pedidos de deslocamento de competência já formulados, havia apontado como requisitos a existência de grave violação a direitos humanos, a necessidade de assegurar o cumprimento de obrigações internacionais avençadas, em decorrência de omissão ou incapacidade das autoridades responsáveis pela apuração dos ilícitos, e a excepcionalidade da situação.

Os dois últimos requisitos podiam ser demonstrados com certa facilidade e o desafio, na ocasião, foi evidenciar que um esquema de corrupção como aquele configurava uma grave violação de direitos humanos apta a representar um risco de responsabilização internacional, especialmente diante da omissão do artigo 109, §5º, da CF em elencar quais delitos são considerados *crimes contra os direitos humanos.*

A tese sustenta, portanto, que crimes envolvendo grandes desvios de dinheiro público, por si só, podem ser concebidos como crimes contra direitos humanos, diante do impacto negativo no gozo destes direitos[747]. E a utilização do IDC é um dos instrumentos possíveis

[747] Cite-se a ausência de aplicação do dinheiro desviado em saneamento básico, saúde, educação e segurança; o aumento da marginalização e, com ela, da violência, a partir da falta de serviços públicos eficientes nestas áreas; a diminuição da arrecadação oriunda das propinas destinadas a evitar cobrança de impostos ou reverter cobranças já realizadas, com consequente diminuição nos investimentos em serviços públicos; serviços de má qualidade prestados por empresas contratadas mediante o pagamento de suborno, em licitações fraudadas; serviços públicos prestados em qualidade inferior à contratada, em razão do dinheiro desviado para o pagamento dos ajustes, dentre outros.

para combater a impunidade na apuração de tais crimes e para prevenir a responsabilização internacional do Brasil por violações de direitos humanos.

FUNDAMENTAÇÃO

O artigo 109, §5º, da Constituição Federal, não elencou quais delitos são considerados *crimes contra os direitos humanos*, donde se conclui que a previsão constitucional engloba as condutas típicas do nosso ordenamento que também violam bens jurídicos tutelados em convenções internacionais humanitárias de que o Brasil seja parte.

A doutrina diverge quanto à definição de *crimes graves contra os direitos humanos.*

A professora Flávia Piovesan defende que a hipótese abrange o rol de crimes previstos em tratados internacionais ratificados pelo Brasil (em razão da responsabilidade internacional da União em caso de violação). Registra ainda a sugestão apresentada por Comissão formada por Procuradores do Estado e Procuradores da República, a abranger os crimes de tortura; homicídio doloso qualificado praticado por agente funcional de quaisquer dos entes federados; crimes praticados contra as comunidades indígenas ou seus integrantes; homicídio doloso, quando motivado por preconceito de origem, raça, sexo, opção sexual, cor, religião, opinião política ou idade ou quando decorrente de conflitos fundiários de natureza coletiva; e uso, intermediação e exploração de trabalho escravo ou de criança e adolescente em quaisquer das formas previstas em tratados internacionais.

Aras (2005) considera crimes contra direitos humanos, para os efeitos que se discute, "todos os delitos previstos nos tratados internacionais de direito humanitário de que o Brasil seja parte, sempre que a vítima for uma pessoa humana ou um grupo de pessoas".

O Estatuto de Roma, de 1998 (aprovado pelo Decreto Legislativo nº 112/02 e promulgado pelo Decreto Presidencial nº 4.388/02), que criou o Tribunal Penal Internacional, restringe sua jurisdição aos crimes de *jus cogens* (que ofendem valores da

---

Estudo realizado na Guatemala em 2015 mostrou a correlação da corrupção com os direitos humanos: 30% do orçamento do país é vulnerável à corrupção e em razão de desvios do orçamento mais de um milhão de crianças entre 0 e 1 ano não foram vacinadas; 1.2 milhões de pessoas não tiveram acesso a planejamento familiar; 300 mil livros escolares da educação primária deixaram de ser produzidos e entregues; 100 mil estudantes deixaram de ser atendidos no sistema escolar e 2.6 milhões de crianças ficaram sem alimentação escolar, dentre vários outros itens (HERNANDES, 2017, p.230-231).

comunidade internacional), que seriam o genocídio, os crimes contra a humanidade, os crimes de guerra e o crime de agressão.

Considerando a utilização de normas consuetudinárias pelo direito penal humanitário, dentre outros fatores, há quem defenda que a definição de graves violações de direitos humanos é tarefa interpretativa, a partir das referências do sistema internacional de proteção a direitos humanos e sua evolução histórica (ALMEIDA, 2000, p. 09).

Partindo da conceituação de direitos humanos como o "conjunto de direitos considerado indispensável para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade", chega-se a conteúdos diversos, que representam valores essenciais, explicita ou implicitamente retratados nas Constituições ou tratados internacionais (RAMOS, 2017, p.21).

A denominação dos direitos essenciais do indivíduo foi sendo alterada, a partir do redesenho de sua delimitação e fundamento, mas sempre com a presença das marcas da universalidade, essencialidade, superioridade normativa e reciprocidade. Parte da doutrina reporta direitos humanos como sendo aqueles reconhecidos pelo Direito Internacional e direitos fundamentais como aqueles reconhecidos e positivados pelo Direito Constitucional de cada Estado, diferenciação que não faz sentido dada a aproximação e mútua relação entre ambos (RAMOS, 2017, p.46-48).

Para análise do artigo 109, § 5º, da Constituição Federal, a definição de *crimes graves contra os direitos humanos*, portanto, engloba as condutas típicas do ordenamento jurídico pátrio que também violam bens jurídicos tutelados em convenções internacionais humanitárias de que o Brasil seja parte (a proteção daquele bem na convenção internacional evidencia, ao menos reflexamente, o impacto nos direitos essenciais para uma vida humana pautada na liberdade, igualdade e dignidade).

Na hipótese de atos corruptivos praticados em desfavor da Administração pública, o que constata é que o combate eficaz da corrupção, com punição do peculato, da lavagem de dinheiro e das organizações criminosas, bem como recuperação do dinheiro desviado, é tutelado pela Convenção Interamericana contra a Corrupção (de 1996, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 152/02 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 4.410/01); pela Convenção da ONU contra o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo de 2000, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 3231/03 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.015/04), que prevê a necessidade das autoridades nacionais de oferecerem uma resposta eficaz ao crime organizado; e pela Convenção Anticorrupção da ONU (Convenção de Mérida de 2005, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 348/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 5.687/06), em especial em seus artigos 17 e 30.

Decorre daí o risco de responsabilização pelo descumprimento de obrigações internacionais avençadas.

Evidenciado o reflexo da corrupção nos direitos fundamentais e a primazia de seu enfrentamento, tanto na seara nacional quanto na internacional, a discussão que se apresenta é se a corrupção viola, por si só, direitos humanos e, a partir daí, ganha repercussão no direito internacional.

O termo corrupção, no caso, é utilizado para referenciar os delitos penais reconhecidos no direito internacional como suborno ativo e passivo, abuso de confiança, peculato e enriquecimento ilícito.

Peters (2015) defende que o primeiro aspecto a ser observado é a obrigação do Estado frente à comunidade internacional, de implementar medidas anticorrupção, atribuir recursos para execução de direitos humanos e adotar todas as possibilidades que tem à sua disposição para implementação dos direitos humanos.

Constatada a implementação de medidas anticorrupção deficientes ou inação plena do Estado na implementação de tais medidas, ele será responsável (as medidas seriam as previstas na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, quais sejam, estabelecer um corpo anticorrupção, reorganização do serviço público, promulgação de códigos de conduta para funcionários públicos, reorganizar as aquisições públicas e prevenir a lavagem de dinheiro).

No que se refere à prática de um ato corrupto por um funcionário individual, o autor afirma que ela pode potencialmente violar direitos humanos, dependendo do contexto e do direito humano em questão, em cada uma dessas três dimensões de obrigações originadas dos direitos humanos (de respeitar, proteger e cumprir).

A análise deve partir do nexo de causalidade entre a transgressão legal e o dano, baseado em princípios de direito de responsabilidade civil. Caso haja imediatismo entre a transgressão e o dano, sendo este previsível, o ato corruptivo violou, por si só, direitos humanos (o dano foi consequência natural e normal).

Nas situações em que a distância entre a causa e a violação dos direitos humanos é muito grande (frequente no contexto da grande corrupção, praticada pelos cargos políticos de alto nível) surgem alguns problemas. Para o autor, se a violação de direitos humanos tiver várias causas, sendo o ato corruptivo uma delas: (i) na hipótese da violação dos direitos humanos ser resultado da combinação de ambas as causas, o ato corruptivo funcionou como *conditio sine qua non*, e por isso é considerado causa de violação de direitos humanos em

sentido legal; (ii) na hipótese da violação dos direitos humanos ser resultado da combinação de várias causas concorrentes e cada uma era suficiente, por si só, para causar o dano, neste caso nenhuma das causas era uma *conditio sine qua non* porque o resultado teria ocorrido de todas as formas e a corrupção será tida como uma causa jurídica.

A complementação que se faz é exatamente a hipótese de ineficácia da persecução penal afeta a crimes que apuram atos corruptivos na esfera pública. Para além do nexo de causalidade entre a transgressão legal (ato corruptivo) e o dano (a variar conforme a situação fática), a inércia já viola, por si, o direito humano à tutela jurisdicional efetiva.

Ora, a prática de um crime atrai o dever de persecução penal por parte do Estado (que impõe o dever de investigação, processo e julgamento do delito). Atrai também o respeito aos direitos individuais do investigado, para evitar abusos por parte do Estado, e o direito coletivo da sociedade à segurança e à prestação jurisdicional efetiva, num prazo razoável (artigo 5º., caput e incisos XXXV, LXXVII e LXXVIII, e artigo 144 da Constituição Federal). Cabe ao Estado apurar o ato e punir o responsável, garantindo a convivência e a segurança de quem não infringiu a lei.

Como ensina Fischer (2017, p.64-74), a própria doutrina do garantismo penal – nascida em um contexto histórico de regimes autoritários - ultrapassa a proteção dos direitos fundamentais individuais para alcançar todos os grupos de direitos fundamentais, individuais e coletivos, previstos na ordem jurídico-constitucional no Estado Social Democrático, sob pena de uma desproteção sistêmica dos demais direitos fundamentais elencados Constituição.

Para o autor, o dever de garantir a segurança abrange evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais, apurar o ato ilícito e punir o responsável (2009).

É dizer que o alcance dos direitos fundamentais ultrapassa a proteção do indivíduo contra um excesso por parte do Estado (*proibição de intervenção, vertente negativa, dimensão subjetiva),* para abranger a obrigação do Estado implementar providências, prestações, a fim de se realizar os direitos fundamentais (*imperativo de tutela, vertente positiva, dimensão objetiva).*

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 27/92 e promulgada pelo Decreto Presidencial nº 678/92) prevê em seu artigo 8º. o direito à investigação e julgamento num prazo razoável. A previsão foi replicada no inciso LXXVIII do art.5º. da Constituição Federal (inserido pela Emenda n. 45/04), que assegurou, no XXXV do mesmo artigo, o direito de acesso à justiça.

Sendo do Estado o monopólio da força, deve ele prestar a jurisdição de forma efetiva, adequada e tempestiva. Existe, portanto, um direito humano fundamental à tutela jurisdicional efetiva. E a efetividade da jurisdição demanda obtenção de uma decisão em um prazo razoável (sem dilação indevida).

Dentre os objetos jurídicos tutelados pela norma penal, as infrações penais praticadas contra a Administração Pública são as "mais nefastas e devastadoras, uma vez que, geralmente, mesmo atingindo diretamente a Administração Pública, indiretamente causam dano a um número indeterminado de pessoas" (GRECO, 2008, p.357).

Em que pese o ordenamento jurídico nacional não estabelecer prazo máximo para persecução penal, mas apenas prazos prescricionais previstos para a prática de cada crime, o direito à duração razoável do processo vem sendo reconhecido pelos Tribunais nacionais, especialmente em sede de habeas corpus. Em regra ele é apreciado sob a ótica exclusiva dos direitos fundamentais individuais, seja relacionado à duração de prisões cautelares ou mesmo à determinação de trancamento de inquéritos policiais em razão do lapso temporal transcorrido (STJ, RHC 61.451/MG, 6ª T., DJe 15/03/2017, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior), seja para determinar o julgamento imediato de recurso da Defesa (HC 136.435/PR, j. 22/011/2016, 2ª. T., STF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski).

A demora no julgamento de processo criminal, não atribuída à acusação, em crimes que apuram vultuosos desvios de dinheiro do Estado, representa grave violação a direitos humanos. Ademais, evidencia risco de responsabilização internacional, por ofensa ao direito essencial à tutela jurisdicional efetiva, que abrange o prazo razoável, na dimensão de cumprimento (positivado na Constituição Federal, no Tratado de Roma e no Pacto de São José da Costa Rica), e ofensa ao combate eficaz da corrupção, com punição do peculato, da lavagem de dinheiro e das organizações criminosas, bem como recuperação do dinheiro desviado (Convenção Interamericana contra a Corrupção, Convenção de Palermo e Convenção de Mérida).

O incidente de deslocamento da competência é, portanto, um dos instrumentos passíveis de utilização pelo Ministério Público diante da inércia do Poder Judiciário na prestação jurisdicional em tais hipóteses.

CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que crimes envolvendo grandes desvios de verbas públicas impactam a capacidade do Estado de proteger e prover direitos humanos, através da oferta de

serviços públicos essenciais, e por isso devem ser considerados *crimes contra os direitos humanos*, para os fins do artigo 109, §5º, da Constituição Federal.

A demora no julgamento de processos criminais, não atribuída à acusação, que apuram tais crimes, representa risco de responsabilização internacional, por ofensa ao direito essencial à tutela jurisdicional efetiva, que abrange o prazo razoável, na dimensão de cumprimento (positivado na Constituição Federal, no Tratado de Roma e no Pacto de São José da Costa Rica), e ofensa ao combate eficaz da corrupção, com punição do peculato, da lavagem de dinheiro e das organizações criminosas, bem como recuperação do dinheiro desviado (Convenção Interamericana contra a Corrupção, Convenção de Palermo e Convenção de Mérida).

Nestes casos, imprescindível a adoção de estratégias eficientes para o enfrentamento do problema. O incidente de deslocamento da competência para a justiça federal insere-se entre as alternativas possíveis para a célere e eficiente solução de conflitos dessa natureza, caso evidenciada, na hipótese concreta, a excepcionalidade da situação e a incapacidade das instâncias locais concluírem a persecução penal de forma eficaz.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: O incidente de deslocamento de competência previsto no artigo 109, §5º, da Constituição Federal, é instrumento apto a combater a incapacidade das instâncias locais concluírem com eficácia o julgamento de processos criminais que apuram crimes contra a Administração Pública, relacionados a vultuosos desvios de verbas públicas, caso configurada a excepcionalidade da situação. Isto porque tais crimes se caracterizam como *crimes contra os direitos humanos* e a omissão na prestação jurisdicional eficaz nestas hipóteses representa risco de responsabilização internacional.

REFERÊNCIAS

ALMAGRO, Luiz. Prólogo. In: TABLANTE, Carlos; ANTONIAZZI, Mariela Morales (Editores). *Impacto de la corrupción em los derechos humanos*. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018.

ALMEIDA, Eloíza Machado de. *A efetividade do mecanismo de federalização como prevenção à responsabilidade internacional por violação de direitos humanos*. Disponível em < http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo15.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.

ARAS, Vladimir. Federalização dos crimes contra os direitos humanos. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/6762/federalizacao-dos-crimes-contra-os-direitos-humanos/4>. Acesso em 24 maio 2018.

Conselho Nacional de Justiça. Disponível em < http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/84371-levantamento-dos-presos-provisorios-do-pais-e-plano-de-acao-dos-tribunais>. Acesso em 10 um. 2018.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo (penal) integral?. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. 4ª ed.Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2017. P.64-74.

____. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais). *Revista de Doutrina da 4ª Região*, Porto Alegre, n. 28, mar. 2009. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao028/douglas_fischer.html>. Acesso em 29 maio 2018.

HERNANDES, Thelma Esperanza Aldana. Corrupción y derechos humanos. Guatemala. In: *Impacto de la corrupción em los derechos humanos*. Mexico: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2018. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo15.pdf>. Acesso em 10 jun. 2018.

PETERS, Anne. *Corruption and human rights*. Basel Institute on Governance. Workinpaper series, n. 20. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf4/Peters_Corruption_and_Human_Rights20151.pdf >. Acesso em 29 maio 2018.

PIOVESAN, F., Direitos Humanos Internacionais e Jurisdição supra-nacional: a exigência de federalização. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_federalizacao.html>. Acesso em 29 maio 2018.

RAMOS, André de Carvalho. Curso de Direitos Humanos. 4ª ed. São Paulo: Saraiva jur, 2017. Disponível em: <http://noosfero.ucsal.br/erica.carvalho/ramos-andr-de-carvalho-curso-de-direitos-humanos-2017-.pdf html>. Acesso em 09 jun. 2018.

AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA SUPRIR OMISSÃO DE SENTENÇA CRIMINAL

Vilson Farias*

Síntese dogmática da proposição

O presente ensaio objetiva fazer uma reflexão sobre o ato do Ministério Público de ajuizar Ação Civil Pública a fim desuprir omissão de sentença criminal.

A ação civil pública é via processual adequada para combater os atos de improbidade administrativa, onde basta a simples ilicitude ou imoralidade administrativa para restar configurado o ato de improbidade e estáamparadapelo artigo 129, inciso III, da Carta Magna, inciso III do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, bem como, entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Rio Grande.[748]

Na realidade o magistrado na sentença criminal que condenou o policial civil C.R.O.deliberadamente não quis afastá-lo da função pública e aplicou-lhe uma sentença reduzida, pois a pena em abstrato era muito maior. Este procedimento também foi observado na decisão administrativa que não o afastou da função pública.

Diante disso, o Ministério Público de Jaguarão/RS ingressou com a competente ação civil pública que foi julgada procedente pela magistrada daquela Comarca e ratificada pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

A defesa do agente público ingressou com ação rescisória alegando no mérito a desproporção da punição, ou seja, que o afastamento era desproporcional, pois o juízo criminal entendeu que o fato não reunia gravidade capaz de ensejar punição desta natureza. Sobretudo, diante do fato de que o requerente não possuía antecedentes, pois se trata de indivíduo de personalidade e conduta social favoráveis, tratando-se o episódio de fato isolado de sua vida pessoal e profissional.

Esta versão foi rechaçada pelo juízo de primeiro e segundo grau que julgaram procedente a ação civil pública, em consequência, o agente veio a perder a função pública.

[748]Sentença, Processo n°. 055/1.06.0000267-1 (2° Vara Judicial da Comarca de Jaguarão/RS/RS, 25 de maio de 2007).

Introdução Expositiva ou Justificativa

Deve-se partir da premissa que a ação de improbidade é espécie do gênero da ação civil pública. Assim, está sujeita às regras e aos princípios que compõe o sistema único do processo coletivo, composto dentre outras pelas leis 7.347 e outras.

Os atos de improbidade administrativa regulados pela lei 8.492/92, podem ser de três espécies: a) aqueles que importam enriquecimento ilícito (art. 9); b) os que causam prejuízo ao erário (art. 10); c) os que atentam contra os princípios da administração pública (art. 11).

É importante salientar que o art. 5, inciso XXXV da Constituição Federal assegura o direito fundamental à tutela jurisdicional adequada, o que implica a necessidade de técnicas processuais capazes de possibilitar a realização de direitos fundamentais.

O caso em tela frisa que oMINISTÉRIO PÚBLICO, por seu agente, ingressou com Ação Civil Pública por Improbidade Administrativa com Pedido de Antecipação de Tutela contra C.R.O.Narrando que o réu, policial civil lotado na Delegacia de Polícia Civil de Jaguarão/RS, foi condenado definitivamente a pena de reclusão pela prática do delito de corrupção passiva. O réu nos dias 1° e 2 de julho de 1999 solicitou quantia em dinheiro à vítima I.M.P. para que pudesse reaver automóvel que lhe fora roubado, o qual foi encontrado em Jaguarão/RS. Ressaltou o disposto no art. 12 da Lei n° 8.429/92. Salientou trechos das decisões condenatórias da esfera criminal, reportando-se à regra do art. 935 do Código Civil. Entendeu enquadrado o agir do réu nas condutas do art. 1°, caput, 2°, 9°, 10 e 11, todos da Lei da Improbidade Administrativa, tendo afrontado os princípios relacionados no art. 4° do mesmo diploma, que repete o artigo 37 da Constituição Federal. Transcreveu trechos do Estatuto dos Servidores da Polícia Civil do Rio Grande do Sul, dizendo constituir-se a conduta do réu em grave transgressão disciplinar. Pediu liminarmente o afastamento do réu de suas funções, a título de antecipação de tutela, e, ao final, a procedência da ação para condenação do demandado às sanções do art. 12, inciso II, da Lei n° 8.429/92. Acostou documentos.

Dita ação foi julgada procedente condenando-o à perda da função pública e ao pagamento de multa de R$ 4.000,00.

Inconformado com a decisãoC.R.O interpôs Recurso de Apelação, ao qual foi dado parcial procedência.

Interpôs Embargos Declaratórios, os quais restaram acolhidos, com efeitos infringentes.

Lançou mão de Recurso Especial e Extraordinário, sendo que a ambos foi negado seguimento.

Interposto Agravo de Instrumento contra a decisão que deixou de admitir o Recurso Especial, foi dado provimento ao Agravo. Todavia, apreciado o Recurso Especial ajuizado, foi negado seguimento ao recurso.

Inconformado C.R.O utilizou-se de Ação Rescisória, com o intuito de desconstituir a decisão proferida no Acórdão n.º 70021647227.

É importante registrar de plano, para enriquecer este trabalho, que no Brasil, durante o século XX, a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa foi amplamente defendida pela doutrina, reconhecida pela legislação e jurisprudencialmente aplicada. Não obstante, nos últimos anos, essa teoria começou a ser questionada por uma nova doutrina que, influenciada especialmente pela espanhola, defende a adoção no direito brasileiro da unidade do poder punitivo estatal.

Essa teoria concede a repressão estatal em sentido amplo da qual são manifestaçõesàs vias punitivas, penal e administrativa, de forma que os princípios constitucionais limitadores do poder punitivo, tradicionalmente vinculados ao Direito Penal, também devem ser aplicados à repressão administrativa. Dessa concepção ampla de poder punitivo, decorrem à aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias penal e administrativa geral.

É importante ainda frisar que a ordem jurídica brasileira agasalha a teoria da unidade do poder punitivo estatal através de critérios objetivos para caracterização da identidade de sujeitos, fatos e fundamentos quando da incidência do *ne bis in idem* nas relações entre as instâncias penal e administrativas.

1 Síntese da sentença da magistrada CarolinaGranzotto que julgou parcialmente procedente a Ação Civil Públicaajuizada pelo Ministério Público

2ª Vara Judicial da Comarca de Jaguarão/RS
Processo nº: 055/1.06.0000267-1
Natureza: Ação Civil Pública
Autor: Ministério Público – Promotora de Justiça Cláudia Ferraz Rodrigues Pegoraro
Réu: C.R.O.
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Carolina Granzotto
Data: 25/05/2007

Preliminares

I. Da legitimidade do Ministério Público

Alega o demandado que tal prerrogativa do Parquet, no caso destes autos, estaria abalada por não ter ocorrido lesão ao patrimônio público, entendendo-a indispensável ao ajuizamento da ação civil pública.

Ora, não lhe assiste razão.

Indubitável a legitimidade ativa do Ministério Público em propor ação civil pública fundada em ato de improbidade administrativa.

O artigo 129, inciso III, da Carta Magna é claro ao dispor entre as funções de tal instituição.

Conforme leciona Alexandre de Moraes em seu Direito Constitucional, dentre os outros interesses difusos e coletivos aludidos pela Lei Maior "destaca-se a defesa do patrimônio público, da moralidade administrativa, ambos de natureza indiscutivelmente difusas".

A corroborar tal entendimento, outrossim, aleitura do inciso III do artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa, que deixa clara a possibilidade de aplicação das sanções por ele previstas, independentemente da ocorrência de dano.

II. Da prescrição

Em se tratando do delito de corrupção passiva na sua forma simples, o prazo prescricional aplicável é de oito anos (art. 109, III, do Código Penal), o qual não se encontra implementado.

Ademais, como se percebe das regras acima transcritas, o prazo prescricional, cuja contagem se iniciou ainda em julho de 1999, quando instaurado o inquérito acerca do fato, se suspendeu enquanto do processo criminal, que se mostrava prejudicial à aplicação da punição administrativa, tendo somente sido retomado em agosto de 2004, quando tornada definitiva a condenação.

Destarte, afastada a prescrição.

III. Da afronta ao princípio da separação de poderes

Em que pese o esforço da tese defensiva, a toda vista não calha, em face do disposto no art. 37, § 4°, da Carta Magna, não merecendo digressão a matéria.

Com efeito, cabe também ao próprio Poder Executivo a apreciação e, se for o caso, eventual sancionamento de seu servidor. No entanto, tal faculdade não afasta a possibilidade de o Judiciário apreciar a mesma conduta, especialmente quando fundada a demanda em afronta ao interesse público e à própria lei, como é o caso.

Aliás, tal é a dicção expressa do artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa.

IV. Da ausência de manifestação acerca do art. 92, CP na decisão condenatória

Cabível, portanto, seria a aplicação do disposto no inciso I, alínea "a", do mencionado dispositivo do Estatuto Criminal, que, no entanto, haveria de ter sido fundamentadamente apreciado, não surtindo automaticamente seus efeitos (art. 92, §único, CP).

A falta de tal apreciação da perda da função pública na esfera criminal, contudo, não elide a possibilidade de que seja analisada a conduta do servidor demandado no âmbito civil, porquanto, como já afirmado acima, tratam-se de instâncias independentes.

Nessa esteira dispõe expressamente o artigo 37, § 4°, da Constituição Federal.

V. Da não-autenticação das cópias que instruem a inicial

Ora, não havendo dúvidas acerca da veracidade do contido em tais documentos, cujo conteúdo restou confirmado na própria resposta do demandado, despicienda se mostra a exigência de sua autenticação, não se verificando invalidade nesse tocante.

Rejeitadas, portanto, as questões preliminares suscitadas, mostra-se o feito apto à apreciação do mérito, ao que ora passo.

Mérito

Quanto à demonstração da prática da infração pelo demandado, não há o que tergiversar.

Uma vez tendo sido condenado definitivamente na esfera criminal pelo fato delituoso, incabível discutir sobre a ocorrência do evento ou sua autoria, conforme dispõe o artigo 935 do atual Código Civil (repetindo o disposto no artigo 1.525 do diploma antecessor).

Na hipótese em liça, o demandado solicitou quantia em dinheiro para praticar ato que lhe era obrigatório devido a sua atuação como policial civil.

Além de se constituir em crime, a conduta perpetrada configurou, outrossim, transgressão disciplinar de natureza grave, conforme dispõe o Estatuto dos Policiais Civis do Estado do Rio Grande do Sul (Lei Estadual n° 7.366/80).

Ora, ao infringir tais normas, cometendo crime funcional, inquestionavelmente o demandado praticou ato afrontoso aos Princípios da Administração Pública, faltando à obrigação que lhe é imposta pelo artigo 4° da Lei n° 8.429/92.

Translúcida, destarte, a incursão do demandado C.R.O.Em conduta ímproba, enquadrada no artigo 11 da Lei da Improbidade Administrativa.

Passo, então, à análise das penalidades cabíveis.

Como consabido, é atribuição precípua de tais profissionais apurarem e coibir o cometimento dos mais variados delitos previstos pela legislação pátria.

Ao incorrer o próprio demandado em uma dessas condutas típicas se evidenciou a sua desadequação ao exercício do mister em que investido.

Nesse contexto, impositiva a condenação à perda da função, sanção expressamente prevista no art. 12, III, da LIA.

Embora indubitável o abalo ao patrimônio moral da entidade a que pertencia o demandado, conforme acima examinado, não houve sequer concretização do auferimento da vantagem.

Assim, observando a função moral da sanção pecuniária e não descuidando da redução automática de sua condição financeira pelo mero afastamento da função (ora recrudescida pela perda), tenho como adequado o valor de R$ 4.000,00 (quatro mil reais), atentando ao parâmetro previsto na Lei nº 8.429/92, qual seja, a remuneração percebida pelo agente.

Desacolho, no entanto, a pretensão às condenações de suspensão dos direitos políticos e proibição de contratação com o Poder Público, ou recebimentos de benefícios deste, pois não guardam pertinência com o apurado, mostrando-se despiciendas.

Apesar da ilegalidade do ato praticado, deve-se atentar ao princípio da proporcionalidade consagrado constitucionalmente e também no parágrafo único do artigo 12 da Lei n° 8.429/92, do qual se dessume não ser obrigatória a aplicação cumulativa de todas as formas de sanção previstas.

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE a ação civil pública intentada pelo Ministério Público em face de C.R.O., qualificado nos autos, para condená-lo por incurso no art. 11 da Lei n° 8.429/92, à perda da função pública e ao pagamento de multa de R$ 4.000,00.

O demandado arcará, ainda, com as custas judiciais.

Considerando a natureza da demanda, incabível a condenação em verba honorária.

Ainda, considerando a conclusão acima, pela procedência da demanda no pedido de perda da função pública pelo réu, mantenho a decisão liminar.

Comunique-se à Secretaria da Justiça e Segurança a que vinculado o demandado.

2 Acórdão da 3ª Câmara Cíveldo Tribunal de Justiçado Rio Grande do Sulratificando a sentença de 1° grau

Terceira Câmara Cível
Processo n.° 70021647227
ComarcadeJaguarão/RS
Apelante: C.R.O.
Apelado:Ministério Público

Acordam os Desembargadores integrantes da Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em afastar as preliminares e negar provimento ao apelo.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. NELSON ANTONIO MONTEIRO PACHECO (PRESIDENTE E REVISOR) E DES. PAULO DE TARSO VIEIRA SANSEVERINO.

I. Desnecessidade da manutenção da medida preventiva de afastamento:

Inicialmente quanto ao pedido de desnecessidade da manutenção da medida preventiva de afastamento, requerendo o retorno às funções exercidas, tenho que tal pleito já foi atendido, quando do julgamento do agravo de instrumento n. 70020839817, que deferiu o efeito suspensivo ao recurso de apelação.

II. Da nulidade da prova pericial:

Em relação ao argumento da nulidade da prova pericial, tenho que não merece prosperar a argumentação, pois alegou tal nulidade considerando o modo de realização da degravação. No entanto, a questão em testilha já foi abordada no acórdão que julgou a apelação criminal pelo Des. Gaspar Marques Batista.

III. Da prescrição:

Quanto à alegação da prescrição, não merece acolhimento a hipótese de estar prescrita a pretensão do Ministério Público, haja vista que o prazo prescricional é previsto pela legislação criminal, conforme o art. 23, inc. II, da Lei n. 8.429/92, no entanto, a prescrição se opera pela pena em abstrato e não pela pena aplicada, para fins de responsabilidade por ato de improbidade administrativa.

IV. Inconstitucionalidade da lei n. 8.429/92:

Não merece prosperar a argumentação do apelante, consoante às bem lançadas razões do Sr. Procurador de Justiça, Dr. Adriano Pereira Zibetti, senão vejamos:

"(...) ao contrário do que alega o apelante, o Senado não rejeitou o projeto aprovado na Câmara dos Deputados, conforme procura fazer crer. Com efeito, se o tivesse feito, extinto e arquivado seria o processo legislativo (ato complexo), a teor do artigo 65, in fine, da Constituição Federal. Em verdade, o Senado apresentou uma emenda substitutiva ao projeto de lei oriundo da Câmara e deu seguimento natural e legal ao processo legislativo, aprovando a emenda e devolvendo o processo à Câmara, em exata obediência ao texto constitucional, não havendo, pois, rejeição (o que levaria à interrupção do procedimento legislativo e seu arquivamento), mas, sim, apresentação de emenda substitutiva, propiciando a sua normal tramitação no Senado e, depois, na Câmara".

V. Do mérito:

O ato de exigir dinheiro, a título de prêmio, pararestituição do bem furtado de cidadão que é vítima de crime de roubo, não atende ao que preceitua as regras de disciplina do policial civil.

Pelo exposto, voto no sentido de rejeitar as preliminares e negar provimento ao apelo, mantendo a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

3. AçãoRescisória ajuizada julgada improcedente

Órgão Julgador: Tribunal de Justiçado Rio Grandedo Sul – 2° GrupoCível
Processo n.° 70057489346
Autor: C.R.O.- Advogado: Tissiane Rodrigues Acosta
Réu: Ministério Público

C.R.O.Propôs AÇÃO RESCISÓRIA COM PEDIDO LIMINAR, com fundamento no artigo 485, inciso V do Código de Processo Civil em face do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL.

A Ação Rescisória tem como objeto rescindir a decisão prolatada no Acórdão n. 70021647227, pelos Excelentíssimos Desembargadores da 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, uma vez que esta decisão violou dispositivo literal de lei.

O acórdão que se pretende rescindir viola dispositivo de Lei, quando não observa o constante nos artigos 23, inciso II da Lei 8429/92, art. 197, §3º da Lei complementar estadual nº 10.098/94 (estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul), art. 109, inciso V, art. 110 , caput e § 1º todos do Código Penal e art. 12, § único da Lei 8429/92.

I. Da prescrição

Conforme se extrai dos autos, o processo administrativo disciplinar foi autuado em 26 de outubro de 2000, tendo o Conselho Superior de Polícia julgado dito PAD em 25 de março de 2002 (decisão publicada no D.O. em 25/04/2002).

Iniciada a contagem do prazo prescricional na data do fato (02 de julho de 1999), restou suspensa no período de tramitação do PAD, nos termos do art. 197, § 5º da Lei 10.098/94, ou seja, até 25 de março de 2002.

A ação civil pública cuja decisão se pretende rescindir foi protocolada em 14 de março de 2006. Logo, transcorreu período superior a 04 anos entre a data do fato e o ajuizamento da ação, ainda que se considere o prazo de suspensão acima referido.

O acórdão atacado afastou a tese prescricional sob o argumento de que a prescrição se opera pela pena em abstrato e não pela pena aplicada.

Ocorre que, entender dessa maneira é violar o texto da lei. Isso porque, ao se adotar na instância administrativa o modelo do prazo prescricional vigente na instância penal, deve-se aplicar os prazos prescricionais ao processo administrativo disciplinar nos mesmos moldes que aplicados no processo criminal.

Assim, impõe-se reconhecer a ilegalidade manifesta do v. acórdão condenatório proferido na ação civil pública que determinou a perda do cargo, eis que prescrita a pretensão do estado.

II. Da conduta do autor e da desproporção da punição

Em que pese o art. 12 da Lei 8429/92 discipline a possibilidade de perda da função pública como sanção a ser aplicada em todas as hipóteses de cometimento da improbidade administrativa, o seu parágrafo único estabelece que, "na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente".

No caso em comento, a decisão atacada encontra-se em total descompasso com o princípio da razoabilidade, através do qual a administração deve se pautar por critérios racionais para buscar atingir a finalidade do ato administrativo, sendo ilegítimos os atos que não se apresentem razoáveis e sensatos.

O processo criminal, embora tenha culminado em sentença condenatória, não resultou na pena de perda do cargo, punição esta que seria possível como efeito da condenação, nos termos do art. 92, I do CPB.

Sem sombra de dúvidas, entendeu o juízo criminal que o fato não reunia gravidade capaz de ensejar punição dessa natureza, sobretudo diante do fato de que o requerente não possuía antecedentes, trata-se de indivíduo de personalidade e conduta social favoráveis, tratando-se o episódio de fato isolado em sua vida pessoal e funcional.

III. Do cabimento do pedido liminar

Visualiza-se claramente a presença dos requisitos para a concessão de tal medida, o *fumus boni iuris e o periculum in mora*, o primeiro evidenciado no sentido de que é manifesto o excesso da sanção administrativa a que o autor foi submetido, sendo certa sua revisão; o segundo requisito é claro eis que, conforme se observa nas fls. 823 e 825 dos autos

originais, foram determinado o cumprimento da sentença, com a cientificação do Governador do Estado e do Chefe de Polícia Civil para que procedam a demissão do servidor.

Portanto, é medida que se impõe a imediata suspensão do processo nº 055/1.06.0000267-1.

4. Recurso Especial e Extraordinário ajuizado

Órgão Julgador: Tribunalde Justiça do Rio Grande do Sul - 3.VicePresidência
N° 70031866684
Autor: C.R.O.– Advogado:Thiago Seidel
Réu: Ministério Público

Recurso Especial

Das razões do pedido de reforma da decisão

Com devido acatamento não assiste razão à decisão guerreada, uma vez que permitir que o acórdão da ação rescisória sejajulgado improcedente, sem dúvida ofende os dispositivos acima citados.

Ademais, o fundamento utilizado no acórdão atacado no sentido de que não houve violação dos dispositivos supracitados não merece respaldo, pelos motivos de fatos a seguir:

Isso porque, em 27 de dezembro de 2013, foi assinado o ato de cassação da aposentadoria do requerente.

Ocorre que o ato de cassação da aposentadoria do recorrente se encontra em total descompasso com o princípio da razoabilidade, razão pela qual o requerente tenta, através de ação rescisória, a anulação do julgado que originou o presente ato.

Em que pese o art. 12 da Lei 8429/92 discipline a possibilidade de perda da função pública como sanção a ser aplicada em todas as hipóteses de cometimento da improbidade administrativa, o seu parágrafo único estabelece que, “na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

Dessa forma, iniciada a contagem do prazo prescricional na data do fato (02 de julho de 1999), restou suspensa no período de tramitação doProcesso Administrativo, nos termos do art. 197, § 5º da Lei 10.098/94, ou seja, até 25 de março de 2002.

Logo, cabe observar que a ação civil pública cuja decisão se pretendeu rescindir foi protocolada em 14 de março de 2006, transcorrendoperíodo superior a 04 anos entre a data do fato e o ajuizamento da ação, ainda que se considere o prazo de suspensão acima referido.

Salienta-se que o acórdão atacado afastou a tese prescricional onde se argumenta que a prescrição se opera pela pena em abstrato e não pela pena aplicada, infringindo assim artigo 485 do Código de Processo Civil inciso V.

Cabe mencionar que prescreve o poder disciplinar com base na pena *in abstrato*, nos prazos do art. 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação, e, após o referido trânsito ou improvimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada in concreto (art. 110, § 1º, c/c o art. 109 do CP), ou seja, entender ao contrário seria admitir o cumprimento da lei apenas no momento em que prejudique o cidadão, sonegando-a quando lhe beneficie.

Nesse sentido Excelências a aplicação de Perda do Cargo mostra-se desproporcional eis que a conduta do autor não se reveste de gravidade suficiente para amparar punição tão severa.

Note-se que no processo criminal, embora tenha culminado em sentença condenatória ao recorrente, não resultou na pena de perda do cargo, pois o julgador entendeuque o fato não reunia gravidade capaz de ensejar perda do cargo,além de levar em conta as condições pessoais do autor quenão possuía antecedentes com umaconduta social favorável, tratando-se o episódio de fato isolado na vidapessoal e funcional do recorrente.

Da mesma forma, o entendimento do Conselho de Polícia, no julgamento do Processo Administrativo Disciplinar em observância ao princípio da proporcionalidade, pois cabe a autoridade em confronto: a gravidade da falta, o dano causado ao serviço público, o grau de personalidade do servidor e seus antecedentes funcionais para, sopesando tudo, demonstrar a justiça da sanção.

Giz-se, que não foi observado o princípio da proporcionalidade, eis que houve manifesta desproporção na punição ao autor que teve como sanção a perda do cargo.

Assim é manifesto o excesso da sanção administrativa a que o recorrente foi submetido, bem como a prescrição no caso se opera, razão pela qual o julgado em questão merece ser rescindido, com a consequente prolação de nova decisão, reconhecendo-se a prescrição da pretensão estatal ou, caso não seja esse o entendimento de Vossas Excelências, seja reformada a decisão que determinou a perda do cargo, eis que em total afronta ao princípio da proporcionalidade.

Em razão do exposto, espera que os Eminentes Ministros, deem provimento ao presente recurso, para o fim de reformar o v. acórdão da Colenda 2.º Grupo Cível do Tribunal

de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul julgado a ação rescisória procedente nos termos expostos anteriormente e por violar dispositivo de lei.

Recurso Extraordinário

Das razões do pedido de reforma da decisão

O acórdão que se pretende rescindir viola dispositivo de Lei, quando não observa o constante nos artigos 23, inciso II da Lei 8429/92, art. 197, §3º da Lei complementar estadual nº 10.098/94 (estatuto e regime jurídico único dos servidores públicos civis do Estado do Rio Grande do Sul), art. 109, inciso V, art. 110, caput e § 1º todos do Código Penal e art. 12, § único da Lei 8429/92, que abaixo se transcreve:

I. Da Prescrição

Iniciada a contagem do prazo prescricional na data do fato (02 de julho de 1999), restou suspensa no período de tramitação do PAD, nos termos do art. 197, § 5º da Lei 10.098/94, ou seja, até 25 de março de 2002.

A ação civil pública cuja decisão se pretende rescindir foi protocolada em 14 de março de 2006. Logo, transcorreu período superior a 04 anos entre a data do fato e o ajuizamento da ação, ainda que se considere o prazo de suspensão acima referido.

Significa dizer, prescreve o poder disciplinar com base na pena in abstrato, nos prazos do art. 109 do Código Penal, enquanto não houver sentença penal condenatória com trânsito em julgado para acusação, e, após o referido trânsito ou improvimento do recurso da acusação, com base na pena aplicada in concreto (art. 110, § 1º, c/c o art. 109 do CP).

Assim, impõe-se reconhecer a ilegalidade manifesta do v. acórdão condenatório proferido na ação civil pública que determinou a perda do cargo, eis que prescrita a pretensão do estado.

II. Da conduta do recorrente e da desproporção da punição

A decisão atacada encontra-se em total descompasso com o princípio da razoabilidade, através do qual a administração deve se pautar por critérios racionais para buscar o atingimento da finalidade do ato administrativo, sendo ilegítimos os atos que não se apresentem razoáveis e sensatos.

A aplicação de PERDA DO CARGO mostra-se desproporcional eis que a conduta do recorrente não se reveste de gravidade suficiente para amparar punição tão severa.

Da mesma forma, o entendimento do Conselho de polícia, no julgamento do Processo Administrativo Disciplinar.

EM OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE, A AUTORIDADE DEVE PÔR EM CONFRONTO: A GRAVIDADE DA FALTA, O DANO CAUSADO AO SERVIÇO PÚBLICO, O GRAU DE RESPONSABILIDADE DO SERVIDOR E SEUS ANTECEDENTES FUNCIONAIS PARA, SOPESANDO TUDO, DEMONSTRAR A JUSTIÇA DA SANÇÃO.

Essencial interpretar todos os fatos diante do Principio da Proporcionalidade, com fundamento em doutrina de Murilo de Mello Campos.[749]:

O Princípio da Proporcionalidade prescreve que a medida adotada deve, segundo Didier "estabelecer um *iter* procedimental lógico seguro na tomada de uma decisão, de modo a que se alcance a justiça do caso concreto".[750]

Somando, trata-se de utensílio imprescindível ao operador de direito, que vem ajudar a equilibrar o meio ao fim pretendido pela lei, como se posicionou Wilson Antônio Steinmetz:

> "O princípio ordena que a relação entre o fim que se pretende alcançar e o meio utilizado deve ser proporcional, racional, não excessiva, não arbitrária. Isso significa que entre meio e fim deve haver uma relação adequada, necessária e racional ou proporcional."[751]

Nessa linha de raciocínio, lúcido julgado do Desembargador Luiz Cezar Medeiros, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no processo nº. 2003.029400-7:

> **"Na aplicação das sanções inscritas na Lei 8.429/92 o juiz deve louvar-se no princípio da proporcionalidade, evitando punições desarrazoadas, que não guardem relação com a gravidade e a lesividade do ato praticado**, sem descurar, contudo, dos imperativos constitucionais que apontam para a necessidade de rigor no combate aos atos de improbidade administrativa. Essa orientação se amolda aos princípios de justiça e permite uma adequação às circunstâncias subjetivas do agente e ao dano –material ou moral – efetivamente causado, sem que se descambe para a impunidade ou o descrédito do diploma da repressão da imoralidade e improbidade administrativa. Ao decidir pela aplicação isolada ou conjunta das penalidades instruídas na Lei 8.492/92, art. 12, I, II e III, **o juiz,**

[749] CAMPOS, Murilo de Mello. Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e o Processo Administrativo Disciplinar. Disponível em http://www.ieacd.com/revista/Os%20Princ%C3%ADpios%20da%20proporcionalidade%20e%20razoabilidade%20e%20o%20processo%20administrativo%20disciplinar.pdf. Acesso em 23 abr. 2012.

[750] DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008. p. 36).

[751] STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.149.

independente da estima pecuniária, deve estar atento à intensidade da ofensa aos valores protegidos pela ordem jurídica e às circunstâncias peculiares do caso concreto, dentre elas, o grau de dolo ou culpa em que se houve o agente, seus antecedentes funcionais e sociais e as condições especiais que possam ensejar a redução da reprovabilidade sociais, tais como, aspectos culturais, regionais e políticos, contexto social, necessidade orçamentária, priorização de determinados atos, clamor da população, consequências do fato etc." (grifo nosso)

III. Do pedido

Em razão do exposto, espera que Vossas Excelências, eminentes Ministros, deem provimento ao presente Recurso Extraordinário para o fim de rescindir Acórdão proferido nos autos do Recurso de Apelação nº. 70021647227 proferido pela 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul/RS.

5 Acórdão da AçãoRescisória

Segundo Grupo Cível
Processo n.º 70057489346
Comarca de Jaguarão/RS
Autor:C.R.O.
Réu:Ministério Público

Acordam os Magistrados integrantes do Segundo Grupo Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em rejeitar a preliminar e julgar improcedente a ação rescisória.

Participaram do julgamento, além do signatário, os eminentes Senhores DES. NELSON ANTONIO MONTEIRO PACHECO (PRESIDENTE), DES.ª MATILDE CHABAR MAIA, DES. EDUARDO UHLEIN, DES. FRANCESCO CONTI E DR. RICARDO BERND.

I. Da impossibilidade jurídica do pedido

Ausente vedação no ordenamento jurídico para o pedido formulado pelo autor – rescisão do julgado com base na suposta violação aos arts. 12, parágrafo único e 23, II, da Lei nº 8.429/92; 109, V, e 110, caput e § 1º, ambos do Código Penal; e 197, § 3º da L. C. Estadual nº 10.098/94 -, não caracterizada a impossibilidade jurídica do pedido.

Neste sentido, tal perquirição nesta via confunde-se com o mérito recursal, e neste contexto será analisada.

Peço licença para transcrever excerto do parecer do Ministério Público, da lavra do e. Procurador de Justiça, Dr. José Barrôco de Vasconcellos: "Deve ser desacolhida a preliminar arguida pelo réu quanto à impossibilidade jurídica do pedido. Isto porque, sendo o cerne da presente ação a suposta violação à literal dispositivo de lei, o fato da matéria já ter sido apreciada no feito rescindendo não se traduz em causa para o indeferimento da inicial. Outrossim, eventual rediscussão da matéria pelo autor é questão que se confunde com o *meritum causae*, não merecendo análise em apartado."

Portanto, rejeito a prefacial.

II. Mérito

Acerca da violação literal dos arts. 23, II da Lei 8.429/92; 109, V e 110 do CP, tendo em vista a exegese emprestada sobre a prescrição da pretensão punitiva na ação civil pública (...) o indeferimento se dá em razão da falta da comprovação do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, consoante à regra do permissivo legal constante do inciso I do art. 112, para fins da incidência dos arts. 110 e 112 do Código Penal.

Assim, em que pese às alegações do recorrente acerca da verossimilhança da alegação da pena aplicada, ausente comprovação cabal do trânsito em julgado da ação penal.

Com relação à violação literal de dispositivo de lei: "(...) para ser julgado procedente, o pedido rescindendo deduzido em ação rescisória fulcrada no inc. V do art. 485 do CPC depende, necessariamente, da existência de violação, pelo v. acórdão rescindendo, a literal disposição de lei. A afronta deve ser direta – contra a literalidade da norma jurídica – e não deduzível a partir de interpretações possíveis, restritivas ou extensivas, ou mesmo integração analógica. (STJ – 2ª Seção, AR 720-PR-EI, rel. Min. Nancy Andrighi, j. 9.10.02, rejeitaram os sem., v.u., DJU 17.2.03, p. 214)".

Assim, não verificada transgressão aos arts. 23, II, da Lei 8.429/92; 109, V, e 110 do Código Penal.

De outra parte, outro fundamento para a desconstituição pretendida reside na alegada violação da norma constante do parágrafo único do art. 12 da Lei nº 8.429/92, tendo em vista a desproporção entre a conduta praticada e a pena aplicada.

Cumpre frisar o fundamento adotado no acórdão hostilizado para a manutenção da sentença de procedência da ação civil pública, com base na prova da prática de atos incompatíveis com o exercício da função pública, configuradores da improbidade administrativa.

Na espécie, conveniente a transcrição dos motivos para a fixação e individualização das penas aplicadas, em especial a perda da função pública, (...) ausente violação literal do art. 12, parágrafo único, da Lei nº 8.429/92, especialmente porquanto efetuada a individualização das penas de acordo com as circunstâncias do caso concreto.

Ante o exposto, voto para rejeitar a preliminar; e julgar improcedente a ação rescisória.

Condeno o demandante nas custas processuais e honorários advocatícios em favor do procurador do demandado, os quais vão fixados em R$ 2.000,00. Suspensa a exigibilidade, por litigar sob o amparo da Assistência Judiciária Gratuita - AJG.

6. Decisão da rejeição da AçãoRescisória

Segundo Grupo Cível
Processo n.º 70057489346
Comarca de Jaguarão/RS
Autor:C.R.O.
Réu:Ministério Público

Busca o autor em sede liminar, a suspensão da fase do cumprimento da sentença proferida em seu desfavor, na ação civil pública autuada sob o nº 055/1.06.0000267-1, a qual culminou na sua condenação no pagamento de multa no valor de R$ 4.000,00, e perda do cargo público.

De início, conveniente destacar a expressa vedação à concessão de liminares que esgotem no todo ou em parte o objeto da ação, consoante o disposto no art. 1º, da Lei nº 9.494/97, o qual remete ao parágrafo 3º do artigo 1º da Lei Federal nº 8.437/92.

Compulsando os autos, tem-se a ação originária – ação civil pública por improbidade administrativa – movida pelo Ministério Público contra o Sr. C.R.O., julgada parcialmente procedente.

Por outro lado, a condenação na esfera criminal - do art. 317 do Código Penal.

Acerca da prescrição, o art. 23, II da Lei nº 8.429/92 – Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração publica direta, indireta ou fundacional e dá outras providenciais:

> “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeito as sanções previstas nesta lei podem ser propostas:

"II – dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego."(grifei)

No âmbito do Estado do Rio Grande do Sul, a Lei nº 7.366/1980 – Estatuto dos Servidores da Polícia Civil:

"Art. 83. **São penas disciplinares**:

VI – demissão;

Art. 95. **A aplicação das penas referidas no artigo 83 deste Estatuto prescreve nos seguintes prazos:**

IV – **em cinco (5) anos, as de demissão**, demissão a bem do serviço público e cassação da aposentadoria ou disponibilidade.

§ 1º A data do conhecimento do fato por superior hierárquico constitui o termo inicial dos prazos de que trata este artigo.

§ 2º **Quando as faltas constituírem, também, fato delituoso, a prescrição será regulada pela lei penal."**(grifei)

E o Código Penal:

"Art. 109. A prescrição, **antes de transitar em julgado a sentença final**, **salvo o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 110 deste Código**, **regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime**, verificando-se:

II – em 16 (dezesseis) anos, se o máximo da pena é superior a 8 (oito) anos e não excede a 12 (doze);

V – em 4 (quatro) anos, se o máximo da pena é igual a 1 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 2 (dois);

Art. 110. **A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatóriaregula-se pela pena aplicada** e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente.

§ 1º A prescrição, **depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação**, **ou depois de improvido seu recurso**, **regula-se pela pena aplicada.**

§ 2º A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou da queixa.(grifei)

> Art. 112. **No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:**
>
> **I – do dia em que transita em julgado a sentença condenatória**, **para a acusação**, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional;
>
> II – do dia em que se interrompe a execução, salvo quando o tempo da interrupção deva computar-se na pena.” (grifei)

No caso, malgrado a incursão do autor da presente ação no crime tipificado no art. 317 do CP, o qual prevê pena de reclusão de dois a doze anos e multa, a pena aplicada foi de um ano de reclusão e multa.

Contudo, nesta sede de cognição não exauriente, o autor não logrou êxito em comprovar, de forma inequívoca, a incidência dos arts. 110 e 112 do CP, pois sequer demonstra o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, para fins da incidência pretendida.

De outra parte, milita em favor do réu o acórdão transitado em julgado.

Ante o exposto, indefiro a medida liminar.

DES. EDUARDO DELGADO,

Relator.

7. Agravo Regimental ajuizado

Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 3° Vice Presidência.
Processo n.° 70046842563.
Autor: C.R.O.- Advogado: Thiago Seidel
Réu: Ministério Público.

C.R.Onão se conformando com a respeitável decisão que negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial interposto apresentou AGRAVO REGIMENTAL.

I. Razões de recurso

O MM Ministro Relator Presidente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça negou provimento ao Agravo de Instrumento interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial interposto pelo agravante.

Excelência, data máximavênia, totalmente equivocada a v. decisão ora recorrida, merecendo ser reformada a decisão que, em sede de agravo, negou seguimento ao recurso especial, por ausência da cadeia completa de procurações.

Ab initio, cabe mencionar que os patronos do agravante o assistem desde o início da ação, como é fartamente comprovado na cópia dos autos do processo que se pretende revisar.

Em segundo lugar, quando da propositura de Recurso Especial perante o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, o instrumento de procuração seguiu juntamente com a petição inicial, no entanto, estranhamente não consta nos autos.

Tanto é que o recurso restou regularmente cadastrado e processado perante aquele Tribunal, nunca sendo apontado tal vício, até então sanável.

Ademais, trata-se de vício que poderia ter sido facilmente sanado pelos procuradores não fosse à desídia do Tribunal de origem que desconsiderou a suposta ausência, e deu regular tramitação ao feito, que não pode agora ser obstado em razão de suposto vício.

O agravante merece ter o seu recurso especial processado e julgado, diante da evidente capacidade postulatória concedida aos seus procuradores.

II. Do pedido

Pelo exposto, requer o agravante que este egrégio Tribunal receba e dê provimento ao presente recurso para reformar integralmente a r. decisão guerreada, pelas razões expostas neste petitório, determinando, consequentemente, o provimento do Agravo de Instrumento e posteriormente o Recurso Especial interposto pela agravante.

Requer, ainda, que as razões recursais do Recurso Especial e Agravo de Instrumento sejam consideradas como partes integrantes do presente recurso.

Pede e confia que o recurso, interposto no prazo legal, seja recebido e lhe seja dado provimento para o fim indicado acima.

Considerações finais e proposição

É importante frisar, mais uma vez, alicerçado num brilhante artigo escrito pela Dra. Sirlene Nunes Aredes, Revista brasileira de ciências Criminais, ano XXVII. 155 maio 2019, pg. 155 e seguintes: “que nas últimas décadas, expande a aplicação da teoria da unidade do poder punitivo estatal, segundo a qual inexistem critérios que possam distinguir materialmente as esferas penal e administrativas, pois ambas integram a repressão estatal em sentido amplo. Decorre dessa unidade a aplicação em todas as instâncias punitivas dos princípios constitucionais limitadores do poder punitivo. Sustenta-se também que, devido à

identidade material entre as instâncias, viola a proibição de *bis in idem* a aplicação de sanções administrativas e penais a uma mesma pessoa, pelos mesmos fatos e fundamentos.

O *ne bis in idem* possui vertente processual que objetiva impedir a reiteração de processos por fatos já julgados, independentemente do resultado do processo anterior e fundamenta-se na segurança jurídica, no devido processo legal e nos efeitos negativos da coisa julgada. O princípio também integra a vertente material que veda a aplicação ao mesmo sujeito de mais de uma sanção em razão dos mesmos fatos e fundamentos.

Na ordem jurídica brasileira, a teoria da autonomia e independência entre as instâncias penal e administrativa, goza de ampla aceitação por parte da doutrina. Da mesma forma, a legislação pátria possui expressas previsões contrárias à incidência do *ne bis in idem* que são inteiramente acolhidas pela jurisprudência.

Sustenta-se que o *ne bis in idem* é direito fundamental não expresso inserido no sistema pelo art. 5°, § 2°, da CRFB/88. Sua relação com os princípios e direitos expressos na CRFB/88, tais como o devido processo legal, a segurança jurídica e a intangibilidade da coisa julgada, e sua imprescindibilidade para a concretização desses direitos garantem-lhe o *status* de direito constitucional. O *ne bis in idem*, especialmente aplicável na relação entre as instâncias, também é reconhecido pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos e pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, o que também impele ao abrandamento da teoria da independência entre as instâncias.”.

A defesa brilhantemente ao trabalhar no caso em comento, tanto na discursão do ajuizamento da ação civil pública, como da ação rescisória deu ênfase ao critério da proporcionalidade, pois entendia que o réu não deveria ser penalizado com o afastamento da função pública, como decidiu o juiz de 1° grau. Portanto, o tema é polêmico, mas por outro lado pode-se concluir que o judiciário aceita o ajuizamento de ação civil pública para suprir omissão na sentença criminal e no procedimento administrativo.

Evidentemente que se deve analisar caso a caso, pois como se pode observar,o juiz de primeiro grau e o próprio Tribunal não quiseram afastar o funcionário público, mas, posteriormente, o mesmo judiciário veio a julgar procedente a competente ação civil pública e optou pelo afastamento do policial civil que defendeu a tese de que tal decisão era injusta pelos motivos já explicitados.

É de ressaltar-se que o mérito do afastamento não foi julgado pelos tribunais superiores, pois os julgamentos dos recursos especial e extraordinário restaram prejudicados diante do julgamento das preliminares.

Como bem elencou a eminente juíza de primeiro grau: “assim, não se pode negar que a ação civil pública se trata da via processual adequada para a proteção do patrimônio público,

dos princípios constitucionais da administração pública e para repressão de atos de 'improbidade administrativa', ou simplesmente atos lesivos, ilegais ou imorais, conforme expressa previsão no art. 12 da Lei n.° 8.429/92 (de acordo com o art. 37, § 4°, da Constituição Federal) e art. 3° da Lei Federal n.° 7.347/85".

Ao corroborar tal entendimento, outrossim, a leitura do inciso III do art. 11 da Lei de improbidade administrativa que deixa clara a possibilidade de aplicação das sanções por eles previstas, independentemente da ocorrência de dano. É o que se obtém ainda da polêmica decisão da magistrada.

Alicerçado do princípio da separação dos poderes cabe também ao próprio poder executivo a apreciação e se for o caso eventual sancionamento de seu servidor. Por outro lado, tal faculdade não afasta a possibilidade do judiciário apreciar a mesma conduta, especialmente quando fundada a demanda em afronta ao interesse público e a própria lei como é o caso, o que também se extrai da sentença da magistrada.

O doutrinador Eli Lopes Meireles, assim arremata: "não se deve confundir o poder disciplinar da Administração com o poder punitivo do Estado, realizado através da Justiça Penal. O poder disciplinar é exercido como faculdade punitiva interna da Administração e, por isso, mesmo, só abrange as infrações relacionadas com o serviço; a punição criminal é aplicada com finalidade social, visando à repressão de crimes e contravenções definidas nas leis penais, e por esse motivo é realizada fora da Administração ativa, pelo Poder Judiciário.

A punição disciplinar e a criminal têm fundamentos diversos, e diversa é a natureza das penas. A diferença não é de grau; é de substância. Dessa substancial diversidade resulta a possibilidade da aplicação conjunta das duas penalidades sem que ocorra bis in idem. Por outras palavras, a mesma infração pode dar ensejo à punição administrativa (disciplinar) e a punição penal (criminal), porque aquela é sempre um minus em relação a esta. Daí resulta que toda condenação criminal por delito funcional acarreta a punição disciplinar, mas nem toda falta administrativa exige sanção penal."

É oportuno também citar duas decisões jurisprudenciais pertinentes ao assunto:

"A ação rescisória, na fase recendente, não é juízo de reexame ou retratação, à semelhança do que ocorre com os recursos ordinários. É um juízo de verificação da ofensa clara e inequívoca à literal disposição de lei, que constitui o fundamento da conclusão da decisão."

"Os erros ontológicos do juiz, erros de falta ou defeito de observação, não podem ser causa de se rescindir a sentença. A lei entregou a depuração deles à técnica dos recursos. Nesses, é que se apura se houve ou não, equívoco nos sentidos, má apreciação das provas ou

falhas de inteligência no exame dos fatos (Ação Rescisória n.° 233, TJESC, Relator o Desembargador Xavier Vieira)".

Por tudo isso, julgo razoável e constitucional defender neste Congresso a tese: **AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA PARA SUPRIR OMISSÃO DE SENTENÇA CRIMINAL**

Referências bibliográficas, jurisprudenciais e doutrinárias

Ação Rescisória. Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 2° Grupo Cível. N° 70057489346. Autor: C.R.O.- Advogado: Tissiane Rodrigues Acosta. Réu: Ministério Público.

Acórdãoratificando a sentença de 1° grau. 3ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.
N.° 70021647227.

Acórdão da Ação Rescisória.Segundo Grupo Cível**.** Nº 70057489346. Comarca de Jaguarão/RS. Autor: C.R.O.Réu: Ministério Público.

Agravo Regimental. Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – 3° Vice Presidência.Processo n.° 70046842563. Autor: C.R.O.- Advogado: Thiago Seidel. Réu: Ministério Público.

ANDRADE FILHO, Eduardo Oliveira. Infrações tributárias. São Paulo: Dialética, 2003.

ARAÚJO, Florivaldo Dutra. Reflexos da decisão judicial penal na esfera administrativo-disciplinar. Revista da Procuradoria Geral do Município de Belo Horizonte, Belo Horizonte, ano 04, n. 08, p. 69-81, jul.-dez. 2011.

ARÊDES, Sirlei Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 25, n. 129, p. 435-477, mar. 2017. Dossiê especial: Encarceramento em massa.

ARÊDES, Sirlene Nunes. Tipicidade e discricionariedade na aplicação de penalidades contratuais. In: BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves; ARÊDES, Sirlene Nunes; MATOS, Federico Nunes de (coord.). Contratos administrativos: estudos em homenagem ao Professor Florivaldo Dutra de Araújo. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 281-303.

AVELAR, Daniel; PRONER, Carol. A natureza jurídica dos tratados internacionais de direitos humanos, sua harmonização e aplicabilidade no direito brasileiro. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 10, n. 10, p. 38-87, jul.-dez.2011. Disponível em: [HTTP:revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br]. Acesso em: 19.04.2018.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de direito administrativo. 25. Ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

CALDEIRA, Felipe Machado. A conformação constitucional do direito penal econômico e a impossibilidade de sobreposição de sanções administrativa e penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 95, p. 327 – 356, jan.-mar. 2012.

CAMPOS, Tomás Cano. Non bis in idem, prevalência de La via penal y teoria de lós concurswos em el derecho administrativo sancionador. Revista de Administración Pública, Madri, n. 156, p. 191-249, set./dez. 2001. Disponível em: [WWW.cepc.es/es]. Acesso em: 06.03.2012.

CAMPOS, Murilo de Mello. Os Princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade e o Processo Administrativo Disciplinar. Disponível em <http://www.ieacd.com/revista/Os%20Princ%C3%ADpios%20da%20proporcionalidade%20e%20razoabilidade%20e%20o%20processo%20administrativo%20disciplinar.pdf>. Acesso em 23 abr. 2012.

CARNEIRO, Raphael Funchal. Advogado. Aplicação subsidiária do Código de Processo Civil de 2015 as ações de mandado de segurança, mandado de injunção, ação popular e ação civil pública. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/51329/aplicacao-subsidiaria-do-codigo-de-processo-civil-de-2015-as-acoes-de-mandado-de-seguranca-mandado-de-injuncao-acao-popular-e-acao-civil-publica>. Acesso em 12 de abril de 2019.

CARVALHO FILHO, José Cândido de. Concurso aparente de normas penais. Rio de janeiro: Revan, 2009.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo. 25. Ed. São Paulo: Atlas, 2012.

CASTRO, José Soares. Concurso aparente de normas. Revista da Faculdade de Direito UFG, Goiânia, 4(1), p. 29-35, jan.-jun. 1980.

CEZERO MIR, José. Sanções penais e administrativas no direito espanhol. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 1, n. 2, p. 27-40, abr.-jun. 1993.

CERVEIRA, Fernanda Pessoâ. Fundamentos do poder administrativo sancionador e exame da culpabilidade na infração administrativa. 2005. 134 f. Dissertação (Mestrado em Direito) Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre. 2005.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 12, n.50, p. 237-279, set. out. 2004.

CORIA, Dino Carlos Caro. El princípio de NE bis in idem em La jurisprudência Del Tribunal Constitucional. Anuário de Derecho Constitucional Latinoamericano, Montevideo, tomo I, p. 313-343, anuário 2007.

D´AVILA, Fabio Roberto. Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, ano 14, n. 60, p. 09-35, mai.-jun. 2006.

Decisão da rejeição da Ação Rescisória. Autor: C.R.O.Réu: Ministério Público.

DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil. Teoria geral do processo e processo de conhecimento. 9. ed., Salvador: JusPodivm, 2008. p. 36).

FARIAS, Vilson. Casos emblemáticos da atuação como Delegado de Polícia e Promotor de Justiça. Pelotas: Livraria Mundial, 2012.

FARIAS, Vilson. Flamante reforma do Código de Processo Penal. Pelotas, RS: Editora e Gráfica Universitária da Universidade Federal de Pelotas, 2010.

FARIAS, Vilson. Racismo à luz do Direito Criminal (com incursão no Direito Comparado) – Aspectos materiais, processuais e sociológicos. Pelotas, RS: Editora Livraria Mundial, 2015.

FARIAS, Vilson. Temas de Direito Criminal. Gráfica Editora Pallotti, Santa Maria, 2009.

FARIAS, Vilson. Temas de Direito Público e Direito Privado II. Pelotas, RS: Editora Livraria Mundial, 2013.

FARIAS, Vilson. Temas de Direito Público e Direito Privado. Pelotas, RS: Editora Livraria Mundial, 2011.

FARIAS, Vilson. Victimología: La reparación de La víctima desde um enfoque criminológico y civil. Pelotas, RS: Editora Livraria Mundial, 2017.

FARIAS, Vilson. Racismo à luz do Direito, Sociologia e Criminologia. Porto Alegre: Martins Livreiro – Editora, 2018.

GOLDSCHMIDT, James. Derecho, derecho penal y proceso: problemas fundamentales Del derecho. V. I. Jacobo Lópes Barja de Quiroga (Org.). Madrid: Marcial Pons, 2010.

HORTA, Frederico Gomes de Almeida. Do concurso aparente de normas penais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

JAKOBS, Gunther. Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

MAIA, Rodolfo Tigre. O princípio do NE bis in idem e a Constituição Brasileira de 1988. Boletim Científico, Brasília, ano. 4, n. 16, p. 11-75, jul./set. 2005.

MELLO, Rafael Munhoz de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionador: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 05.10.1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MOLINÉ, José Cid. Garantías y sanciones (Argumentos contra La tesis de La identidad de garantias entre lãs sanciones punitivas)ç. Revista de Administración Pública, Madrid, n. 140, p. 131-172, maio-ago. 1996. Disponível em: [WWW.cepc.es/ES/Publicaciones/revistas.aspx?IDR=1&IDN =138&IDA=24059]. Acesso em: 10.02.2012.

NIETO GATCIA, Alejandro. Derecho administrativo sancionador. 4. Ed. Madrid: Tecnos, 2005.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. Infrações e sanções administrativas. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. Direito administrativo sancionador. 2. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2005.

PRATES, Marcelo Madureira. Sanção administrativa geral: anatomia e autonomia. Coimbra: Almedina, 2005.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e o jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis. Direito penal contemporâneo: estudo sem homenagem ao Professor José Cerezo Mir. São Paulo: Ed. RT, 2007. P. 93-100.

Recurso Especial e Extraordinário. Órgão Julgador: Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - 3.Vice Presidência. N° 70031866684. Autor: C.R.O.- Advogados: Sandra Jorge e Thiago Seidel. Réu: Ministério Público.

ROCHA, Lincoln Magalhães da. Conflito aparente de normas penais. Revista da faculdade de Direito da universidade federal de Minas Gerrais, Belo Horizonte, p. 81-115, out. 1966. Separata.

ROXIN, Claus. A proteção de bens jurídicos como função do direito penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SABOYA, Keity. Ne bis in idem: história, teoria e perspectivas. Rio de Janeiro: Lumen, 2014.

SÁNCHEZ, Jeovanny Joel Hernández. Concurso aparente de leyes y concurso de delito. Revista de derecho, vol. 36, n. 01, p. 47-67. 2015. Disponível em [WWW.lamjol.info/índex.php/LRD/article/view/2649/2400]. Acesso em: 11.12.2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição, proporcionalidade e direitos fundamentais: o direito penal entre proibição de excesso e de insuficiência. Boletim da Faculdade de Direito. Universidade de Coimbra, v. LXXXI, p. 325-386, jan. 2005.

Sentença do processo nº: 055/1.06.0000267-1, da 2ª vara judicial da comarca de Jaguarão/RS. Autor: C.R.O.Réu: Ministério Público.

STEINMETZ, Wilson Antônio. Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p.149.

SILVA, Pablo Rodrigo Alfen da. Inconstitucionalidade do art. 40, inciso VII, da Lei de Drogas por inobservância ao non bis in idem e violação à proibição de excesso. Revista Ciência Jurídica ad litteras ET verra, Belo Horizonte, ano 9, n. 44, p. 293-311, jul.-ago. 2007.

SIMÕES NETO, Áureo. A recepção constitucional dos tratados internacional de direitos humanos. Revista de Direitos Fundamentais e Democracia, Curitiba, v. 5, p. 1-44, jul.-dez. 2011. Disponível em: [HTTP://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br]. Acesso em: 1904.2018.

SOTOMAYOR, Lucía Alarcón. La garantia non bis in idem y el procedimiento administrativo sancionador. Madrid: lustel, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. Direito administrativo ordenador. São Paulo: Malheiros, 2003.

TOMILLO, Manuel Gómez, RUBIALES, Ínigo Sanz. Derecho Penal Administrativo. 3. Ed. Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.

TORRADO, Maria Lourdes Ramírez. El principio non bis in idem in idem em el âmbito ambiental administrativo sancionador. Tesis Doctoral. Universidad Carlos III de Madrid. Orientador: Agustín de Asís Roing. Getafe, set. 2008. Disponível em: [HTTP://e-archivo.uc3m.es/bitstream/10016/7587/1/marialourdes_ramirez_tesis.pdf]. Acesso em: 22.12.2012.

VASCONCELOS, Francisco Pavon. Concurso aparente de normas. Puebla: Cajica, 1975.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito Público Privado sob o prisma das relações jurídicas. 2 ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. Manuel de direito penal brasileiro: parte geral. V. 1. 9. Ed. São Paulo: Ed. RT, 2011.

As práticas restaurativas como alternativa ao processo penal: da proposta de ressignificação do caso penal a uma necessária concretização do princípio da ultima ratio

Samia Saad Gallotti Bonavides*
Mário Edson Passerino Fischer da Silva**

Resumo: O trabalho analisa o tema das práticas restaurativas no processo penal perscrutando a forma como se dá o acertamento do caso penal em nossa tradição jurídica, analisando que a pacificação social também é um dos fins do direito penal. Duas conclusões são extraídas a partir disso: uma de cunho inovador e não acatada, de forma geral, pelas interpretações majoritárias dos textos vigentes, que consiste em admitir que não há justa causa quando uma prática restaurativa for utilizada como alternativa, em sendo alcançado o acordo restaurativo; a segunda tem pleno apoio nos entendimentos majoritários e outra, b) a de que já existem institutos que propiciam, na linha do entendimento majoritário, a inclusão de práticas restaurativas.

Palavras-chave: Justiça restaurativa. Direito penal, Processo penal. Justa causa.

Sumário: Exposição introdutória do tema. I - O principal escopo do direito penal (e do processo penal). II - A existência (ou não) de justa causa quando estiverem harmonizadas as relações sociais. III - Institutos jurídicos que permitem o uso de práticas restaurativas de acordo com o entendimento majoritário. Conclusão.

Exposição introdutória do tema:

O sistema de justiça penal pauta-se na racionalização jurídica de conflitos (ACHUTTI, 2012, p. 15), configurando uma visão artificial dos embates humanos, que não considera a complexidade das múltiplas causas e implicâncias do ato delituoso na vida dos indivíduos. Na tradição jurídica contemporânea o acertamento do caso penal se dá por meio de um rito

baseado no contraditório (COUTINHO, 1989, p. 29-30, 134) e com pressupostos que naturalmente o afastam da pauta subjetiva relativa aos conflitos. Em primeiro lugar, porque todo processo criminal volta-se à verificação da aplicação (ou não) da norma penal sobre réu.

Em segundo, porque a sublimação do conflito entre indivíduos dáse pela concepção de que a norma jurídica é a "real ofendida", pois o crime é concebido como uma ofensa a um "bem jurídico". Ofensor e vítima, aqueles diretamente interessados na condução e desfecho do caso penal, ocupam no processo uma posição de instrumentos de extração probatória, tendo seus momentos de expressão direcionados ao abastecimento de dados que embasem o desenredo procedimental (GIAMBERARDINO; FISCHER DA SILVA, 2017, p. 15). A própria dinâmica processual reflete essa perspectiva, sendo o processo penal público uma arena de combate jurídico entre o Ministério Público (representando o Estado) e o defensor do réu. Ato contínuo, a abstração jurídica do conflito de ordem penal ocorre em nome da supressão da autotutela e da contaminação da racionalidade procedimental, de modo que a vítima é substituída materialmente pelo ordenamento jurídico e processualmente pelo Ministério Público, enquanto o ofensor é intimado a desconstruir a acusação de ter descumprido um preceito normativo (CHRISTIE, 1977, p. 3). Ressalta-se que o maior âmbito de protagonismo que a legislação concede ao ofendido para atuar processualmente é teleologicamente relativo à concretização da norma penal, seja quando o permite atuar na condição de substituto processual, ou como parceiro do Ministério Público (assistente), ou mesmo como detentor do veto da reação estatal a uma suposta ofensa penal (casos de ação penal pública condicionada à representação).

1 Procuradora de Justiça Coordenadora do NUPIA - Núcleo de Prática e Incentivo à Autocomposição do MPPR

2 Servidor lotado no NUPIA - MPPR A racionalidade jurídica penal, portanto, ofuscou a dimensão humana dos conflitos subjacentes aos casos submetidos ao sistema de justiça, colaborando para incrementar a incomunicabilidade do mundo do deverser, onde se concebe crime como uma ação típica, antijurídica e culpável, com o mundo do ser, no qual os crimes com vítimas resultam em ofensas a indivíduos dotados de sentimentos, necessidades e expectativas. Num contexto em que a estratégia penal de reagir ao crime tem sido claramente insuficiente, tanto para combater a criminalidade quanto para restabelecer a paz social e os vínculos afetados pelo delito, se desvanece a sensação de segurança e de justiça, enfraquecendo-se a legitimidade do sistema que é o responsável por afirmar uma legalidade imperativa e presente. Quando se observa, por exemplo, que a Lei nº 9.099/1995 possibilita que nos processos iniciados mediante querela seja realizada a conciliação entre vítima e ofensor (art. 73) existe aí um gancho para que se vislumbre no processo penal uma

preocupação em promover a pacificação social, de um modo diferente daquele que se dá por meio da aplicação de pena. Dessa maneira, o acertamento do caso penal, embora juridicamente independente das consequências disruptivas que provoque na realidade social, só se justifica quando, na prática, assegura a harmonia na convivência social e perpetua a estabilidade das relações humanas. Isso é o que se depreende da Constituição, no seu preâmbulo, quando se lê que o Estado democrático de direito brasileiro está comprometido na ordem interna com a solução pacífica das controvérsias, e quando, dentre os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, estão indicados "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos (...)" (art. 3º, I e IV). Partindo de premissas como essas, o sistema de justiça ao reconhecer os custos financeiros e sociais gerados pela pena (que são grandes), tem buscado alternativas de gestão de conflitos que mirem efetivamente a abordar as causas e consequências do caso penal na vida das pessoas, sendo que entre estas opções estão as práticas restaurativas, inseridas, inclusive, na regulamentação do Conselho Nacional do Ministério Público (Res. nº 118/2014) para uso na prática institucional. Essas abordagens de cunho restaurativo correspondem a propostas dialógicas de administração de conflitos, as quais possibilitam a restauração de vínculos e o empoderamento dos envolvidos para que formulem coletivamente uma resposta ao caso penal, transformando a experiência da vítima num objeto de narrativa espontânea (GIAMBERARDINO; FISCHER DA SILVA, 2017, p. 15), para assim promover, mediante a participação de outros membros da coletividade, a compreensão e responsabilização pública do causador do dano, que deve também repará-lo, se possível. Além da saturação do sistema penal, como se encontra atualmente, ainda há de se considerar que a justiça restaurativa se mostra um paradigma que atenta para as necessidades humanas. Sob esta ótica, o crime é compreendido como uma agressão que afeta o indivíduo e enfraquece os vínculos que ele possui, de tal forma que sua resolução dependeria do diálogo para a devida compreensão do ocorrido e do empoderamento da vítima, a fim de ser ela estimulada a se expressar e participar ativamente da formulação da solução ao caso, mediante a responsabilização do autor da ofensa (ZEHR, 2014, p. 89-90). Não é de hoje que as instituições que compõem o sistema de justiça vêm investindo em formas alternativas, não-traumáticas e pedagógicas de resolução dos conflitos, tendo como clara a possibilidade de se atingir resultados socialmente mais benéficos e condizentes com o ordenamento jurídico mediante a implementação de modelos dialógicos de resposta a condutas ilícitas, e da busca, através de tais medidas, pela consolidação de uma cultura de paz (BONAVIDES; LOPES, 2016, p. 623-627). A Resolução CNJ nº 225/2016, por exemplo, atenta para o fato de que diante da "complexidade dos fenômenos conflito e violência, devem ser considerados, não só os aspectos relacionais

individuais, mas também, os comunitários", e, assim, estipula padrões básicos que o Poder Judiciário deverá observar quando da implementação de projetos de justiça restaurativa, ressaltando a relevância das práticas restaurativas para a resolução plena de conflitos e para o empoderamento das pessoas neles envolvidas. Essas práticas vão além da mera consideração dos termos da lei, como faz o limitado processo judicial, tendo foco centrado nos fatores relacionais dos sujeitos, buscando, sempre que possível, promover a reparação dos danos causados por meio de um acordo ou plano de ação, elaborado conjuntamente pela vítima, pelo autor da ofensa e pelos apoiadores destes que estejam participando do momento. A Resolução CNMP nº 118/2014, por sua vez, cria a política de incentivo à autocomposição no âmbito do Ministério Público, e no art. 13, dispõe que "as práticas restaurativas são recomendadas nas situações para as quais seja viável a busca da reparação dos efeitos da infração por intermédio da harmonização entre o (s) seu (s) autor (es) e a (s) vítima (s), com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos". O fomento ao uso destas práticas em casos penais é também uma diretriz da ONU, materializada na Resolução 2002/2012, na qual se estipula que os países-membros, respeitando seus ordenamentos pátrios, deverão formular estratégias e políticas nacionais objetivando o desenvolvimento da justiça restaurativa e a promoção de uma cultura favorável ao seu uso, pelas autoridades.

Assim sendo, é prudente que o sistema penal opte por formas de responsabilizar condutas para além da cominação e imposição da pena, adotando, quando oportuno, medidas desprovidas de caráter aflitivo, como e o caso das censuras promovidas com a utilização de diálogos e reflexões coletivas (GIAMBERARDINO, 2015, p. 114). Estas implicam e partem da responsabilização dos ofensores, mas possibilitam que a vítima e seus familiares possuam um espaço de fala, e, portanto, de empoderamento, para se expressarem sobre o que houve, e quais foram as consequências para suas vidas, bem como o que esperam que seja feito a respeito disso.

No Brasil, contudo, o espaço de interação entre as abordagens restaurativas e o processo penal ainda se encontra muito restrito, estando mais evidente nos acordos no âmbito dos juizados especiais criminais, ainda que o princípio da aplicação do direito penal como ultima ratio, seja extensivo a todos os casos penais, sejam eles referentes a crimes leves ou não.

I - O principal escopo do direito penal (e do processo penal).

O processo penal é um instrumento de legitimação da aplicação (ou não) da pena, e, consequentemente, da legitimação (ou não) quanto a um juízo normativo de reprovabilidade

(penal) sobre uma conduta. Todavia, se o operador do direito realizar um exercício cognitivo regressivo, a fim de aferir qual a razão de ser do processo e do próprio direito penal, perceberá que "a proteção de bens jurídicos", "a punição de delitos", "a garantia de respeito à legalidade", "o asseguramento de garantias ao réu", "o acertamento do caso penal", "a expiação do delito", "a responsabilização do ofensor", são apenas fins imediatos, que não justificam, por si só, a missão da persecutio criminis. Considerando que o direito penal é a forma mais severa de violência institucional, tanto o legislador quando os que atuam no sistema, precisam considerar que qualquer intervenção penal deve ocorrer apenas quando não se mostrarem viáveis outras maneiras de: (i) promover a pacificação social, (ii) restabelecer a legitimidade do referencial normativo que veda a conduta delituosa, e (iii) respaldar a crença na autoridade das instituições. Essa é a lógica dos princípios basilares e contentores desta violência, como os da ultima ratio e da intervenção mínima. Ocorre que, os mencionados princípios são comumente atrelados a vetores de orientação, relativos à criminalização primária, ou seja, à atividade legislativa. Entretanto, não haveria como o legislador esmiuçar toda situação, para aferir a existência de interesse social e jurídico, na punição penal de uma conduta, razão pela qual os referidos princípios, por uma questão de lógica jurídica dedutiva (e não de mera política criminal), devem nortear também a atuação do Ministério Público e do Poder Judiciário. É preciso refletir sobre a presença/ausência de interesse jurídico, racional ou social, que eventualmente persistiria, para o exercício da pretensão acusatória, em casos nos quais houve efetiva harmonização das relações sociais, com a responsabilização pública do ofensor e consequente aplacamento dos efeitos disruptivos e danosos da conduta delitiva; pois, admitir a necessidade incondicional da persecução penal sempre, acaba, nessa linha de raciocínio, por provocar justamente o efeito inverso daquilo que legitima, em último grau, a existência do processo e o direito penal. Independentemente da vertente que se adote, mesmo aqueles (maioria), que discordam ser possível a autocomposição como alternativa ao processo e à pena, admitem que o processo penal tem como escopo último promover a pacificação social, ao frear a "justiça pelas próprias mãos", fornecendo uma resposta institucional acerca da reprovabilidade (ou não) da conduta praticada. Supõe-se que, deixar nas mãos dos indivíduos este acertamento, isso provocaria mais insegurança e fomento à violência, em relação à intervenção institucional controlada, a partir dos limites estipulados pela pena positivada e aplicada, após um ritual formal (processo), previamente articulado. Segundo Roberto Antônio Darós MALAQUIAS "o processo é a produção humana para atender a uma função essencial que é a pacificação social dos cidadãos em conflito". Isso se aplicaria tanto em relação ao processo civil quanto ao penal, afinal o autor ressalta que o fim da realização do direito penal é a paz social (2012, p. 214-216). Ele ainda cita outra voz na doutrina, Maria

Thereza de Assis Moura, esclarecendo que ela, mesmo discordando da assimilação de técnicas autocompositivas pelo processo penal, acompanha essa perspectiva afirmando que "o fim último do poder-dever de punir é a paz social" (MALAQUIAS, 2012,.p. 211). Aliás, reconhecer essa finalidade mediata do direito penal, é reconhecer sua razão de ser, a partir de qualquer perspectiva que se faz, num exercício regressivo histórico sobre sua existência. O retributivismo clássico, por exemplo, define a pena como um fim em si mesmo, por uma questão de necessária reprovação da conduta ilícita, ainda que esta reprovação provoque mais alarme social e não tenha utilidade alguma. Entretanto, apesar da aparente incoerência, a lógica de harmonização das relações sociais está também presente nessa vertente, pois se o objetivo é punir alguém simplesmente porque a conduta está ontologicamente errada e porque o sujeito, racionalmente, optou por realizá-la, o que se espera do punido é que ele não cometa outros atos reprováveis, porque a ideia é que os cidadãos racionais caminhem pela estrada da retidão e, não o fazendo, se sujeito à punição (GÜNTHER, 2006, 190-193). O juízo de reprovabilidade penal, nesta lógica, vem para afirmar que há práticas inaceitáveis, pois os cidadãos devem agir de acordo com as leis. Permitir o contrário, nesse raciocínio, comprometeria a estabilidade social, sendo, por isso, imperiosa a responsabilização por meio da pena, para diferenciar o que é aceitável que não é. Logo, apesar da tentativa de limitar a justificativa da aplicação da pena apenas com base no argumento de que "ela é um fim em si mesmo", não há como fugir do fato de que seu fim último é a harmonização das relações sociais; isso mesmo no retributivismo, que trata da expiação do crime cometido pela pena, a fim de que a sociedade possa separar o certo do errado, e manter seu desenvolvimento conforme as diretrizes jurídicas (GÜNTHER, 2006, p. 198). O mesmo vale com relação às teorias prevencionistas, posto que, na prevenção geral positiva, a aplicação da pena se dá pela justificativa de que os demais cidadãos, que não cometeram o crime, não devem perder a fé na autoridade da norma, pois, do contrário, a mensagem seria de admissão da possibilidade de desrespeitá-la, sem consequências, colocando em risco a autoridade de todo um referencial deontológico que rege as interações e expectativas humanas. A prevenção geral negativa almeja fim idêntico, porém com base na produção do medo da sanção, a qual, se não for aplicada em sendo constatado um delito, teria como consequência, em tese, o desrespeito generalizado às normas (GÜNTHER, 2006, p. 193-194, 199-201). As prevenções especiais também se fundam na lógica da harmonização, seja a prevenção especial positiva, na perspectiva de formatar a subjetividade do indivíduo, para que harmonize sua conduta com a norma e deixe de adotar comportamentos anômicos, criminalmente sancionáveis; ou ainda, a prevenção especial negativa, a partir da qual se busca anular o sujeito para que não pratique mais crimes, pois isto desrespeita o dever-ser das relações humanas a partir da ótica jurídica

(GÜNTHER, 2006, p. 195-198). A própria justificativa do direito penal como ramo jurídico destinado a proteger bens tidos como fundamentais, não foge à referida razão de ser. Isto porque ele se aplica post factum, quando o bem jurídico já se encontra violado, e tal perspectiva, para que exista coerência no raciocínio, se funda numa noção prevencionista, ou seja, evitar que as pessoas agridam bens jurídicos, pela associação desta lesão com a aplicação da pena. Por conclusão, a primeira tese aqui defendida é que o fim último do direito (e do processo penal) é a preservação da paz social.

II - A existência (ou não) de justa causa quando estiverem harmonizadas as relações sociais.

Feitas essas ponderações anteriores, surge a perquirição necessária sobre a existência (ou não) de justa causa para o exercício da persecução penal, quando harmonizadas as relações sociais, depois de uma prática restaurativa por cometimento de um suposto ato delituoso, com a responsabilização do ofensor e consequente reprovação da conduta. Marco Aurélio Nunes da Silveira afirma que a conciliação e a transação penal jamais poderiam ser consideradas meios extraprocessuais de acertamento do caso penal, porque admitir isto seria o equivalente a admitir a aplicação da pena sem a presença prévia do processo, o que é inconstitucional (2016, p. 161). Em se tratando da adoção de práticas dialógicas de resolução de conflitos, o que se está fazendo não é acertar o caso penal, porque isso depende da sobreposição da pena ao fato/ato e, dessa forma, da atuação da jurisdição. Logo, não se trata aqui da aplicação da pena pela mediatio, mas da mediatio como alternativa à pena, ou seja, da possibilidade de harmonização e pacificação das relações sociais, por meio de técnicas mais pedagógicas e dialógicas, de maneira tal que a intervenção penal se mostre desnecessária.

Quando se fala de harmonização das condutas, de acordo com o ordenamento jurídico, não se admite que, para tal conformidade deva ser aplicada uma pena, e sim que as relações humanas tenham se estabilizado, evidenciando que eventual aplicação de uma pena apenas produziria o efeito inverso que o plano institucional almeja produzir. Veja-se ainda que, a racionalidade extraída dos princípios da ultima ratio e da intervenção mínima, colaboram para a interpretação previamente realizada, ainda que tais princípios sejam direcionados à atuação legislativa. Sendo a ultima ratio um mandado de otimização, que remete ao fato das intervenções penais serem necessárias somente no caso de outros ramos do direito não oferecerem resposta adequada, é juridicamente coerente que esta lógica oriente a atividade jurisdicional, não apenas no que toca à seleção da norma aplicável, mas também na avaliação de fatos que permitam aferir a desnecessidade da persecução penal. Em se tratando da intervenção mínima, esta alude à diretriz básica, relativa à legitimidade da criminalização

vprimária, apenas quanto aos bens jurídicos da mais alta relevância social. Considerando, novamente, que o legislador não tem contato com a conduta criminalmente reprovável, a intervenção mínima vincularia também a criminalização secundária (ou a persecução penal como um todo), sob pena de desvirtuar a própria função social do processo penal. Propor uma interpretação dessa natureza, gera algum desconforto, que se atrela a três questões principais: (i) a suposta ausência de legitimidade democrática do magistrado e promotor de justiça para decidirem pelo não processamento penal de uma conduta aparentemente típica, ilícita e culpável; (ii) a realização de um possível exame de mérito durante o momento de análise da admissibilidade da acusação; (iii) a impossibilidade de realização do acertamento do caso penal por outro meio que não seja o processo (o que já foi aqui mencionado). Quanto à ausência de legitimidade, observa-se que o art. 28 do CPP ao prever situação em que não haja concordância do juiz com as "razões invocadas" pelo membro do Ministério Público, denota a possibilidade de o pedido de arquivamento do inquérito policial conter outras justificativas que não a "ausência de indícios de autoria e materialidade", o que é, inclusive, uma construção doutrinária. Em assim sendo, o próprio legislador concedeu oportunidade ao promotor de justiça e ao juiz, de acordarem pelo arquivamento do inquérito e, caso não o façam, caberá ao Procurador-Geral de Justiça, chefe do Ministério Público, decidir por manter, ou não, o arquivamento. Obviamente não se trata de mera discricionariedade, pois tudo isto deve estar amparado juridicamente, em respeito à isonomia, e no que tange à ausência de necessidade em perseguir criminalmente. Este motivo seria então, nessa linha proposta, racionalmente bem compreensível e nem um pouco inidôneo, visto que se refere à prévia harmonização (dialógica) das relações sociais. Esta justificativa, como já mencionada no início deste trabalho, está legitimada constitucionalmente e pelos fins últimos do direito.

Em face do contexto histórico de violência estatal garantiu a Constituição que, em razão do desenho do Estado democrático de direito, tivesse o cidadão um protagonismo e uma liberdade sem precedentes, e isto também se coaduna com composição dos conflitos correspondentes a casos penais, por meio de práticas dialógicas que materializem este protagonismo, podendo evitar danos e gastos advindos de um processo penal e da aplicação de pena. Repise-se que, separar as pessoas, o conflito entre elas e o caso penal, é, apenas, uma estratégia jurídica para maximizar as chances de conformar a conduta humana com o direito, promovendo a estabilidade das interações intersubjetivas de acordo com o ordenamento. Mas, em sendo viável a concretização da harmonia social por meio da solução pacífica, que também promove a estabilidade por uma abordagem autocompositiva, também está cumprida (e bem) a missão social do direito, desaparecendo, consequentemente, a justa causa para o processo penal (art. 395, inc. III, do CPP). Observe-se que, as premissas são: a harmonização

social das relações afetadas pelo caso penal, com a responsabilização do ofensor, numa censura produzida pelo concerto com a vítima e a comunidade afetada, tudo concretizado num acordo cumprido com previsão de reparação, ainda que simbólica, da ofensa, bem como na demonstração de assimilação da reprovabilidade da conduta. Tudo isso tem respaldo constitucional e infraconstitucional para operar como ausência de justa causa. Com relação à crítica sobre a averiguação da 'harmonização social' estender o exame de admissibilidade da denúncia, é respondível pelo fato de que aquela deve integrar, como já tratado, o conceito de 'justa causa', que é uma condição da ação nos termos do art. 395 do CPP. O exame atualmente realizado para se aferir a 'justa causa', se refere à existência, ou não, de indícios de autoria e materialidade, e é justificado pelo fato de recair somente sobre o exame do material probatório apresentado inicialmente, sem adentrar no mérito. Da mesma maneira então, verificar a ocorrência de responsabilização do agente, o cumprimento de um acordo restaurativo, a harmonização das relações afetadas pela ofensa a partir destes dois critérios, e de estudos psicossociais realizados com as pessoas diretamente e indiretamente atingidas no caso penal, não implica em uma análise de mérito sobre a ocorrência, ou não, de um crime.

Novamente é de se reforçar que o juízo acerca da justa causa não significa um acertamento do caso penal sem processo, e nem, tampouco, o é o resultado concretizado a partir do cumprimento de um acordo restaurativo, afinal, porque, em nenhum dos casos, alguém deverá cumprir uma pena ou algo equivalente a ela. Oportuna, nessa passagem, a definição de Massimo PAVARINI acerca das características fundamentais da pena: (i) o caráter aflitivo (que remete à produção intencional de dor), o (ii) o caráter expressivo (que remete à expressão de um juízo de reprovação emitido por uma autoridade da qual emana o poder punitivo) e (iii) o caráter estratégico (finalidade de perseguição de condutas específicas sob a roupagem de uma punição legítima e justa) (2004, p. 4). No que diz respeito ao resultado das práticas restaurativas, quando se fala em realização de um acordo, André R. GIAMBERARDINO reflete acerca deste resultado ideal e recorre à perspectiva de Gargarella sobre a censura, no sentido de que, seria prudente que o sistema penal optasse por uma reprovação desprovida de pretensões aflitivas, a fim de promover uma censura do ato ofensivo pela responsabilização do ofensor, por meio do diálogo com membros da comunidade afetada (2015, p. 214). Tal processo comunicativo rejeitaria um enfoque moralista, e seria efetuado em sede de uma concepção de democracia deliberativa e do reconhecimento do dano causado, produzindo-se uma censura (juízo de reprovação sem caráter aflitivo intencional) e não um castigo (2015, p. 114). Então, a segunda tese defendida é que, o uso de práticas restaurativas, previamente a qualquer intervenção penal, permitindo que os envolvidos construam coletivamente um acordo para a responsabilização do ofensor, com a

reparação, ainda que simbólica, à vítima, e, assim, promova a harmonização das relações sociais, tendo como referencial tanto o direito quanto os sentimentos, necessidades e expectativas dos envolvidos, torna juridicamente desnecessária a persecução penal da conduta, por falta de justa causa.

III - Institutos jurídicos que permitem o uso de práticas restaurativas de acordo com o entendimento majoritário.

Para além da proposta de inovação em relação à ressignificação do caso penal e da extensão do conceito de justa causa, já existem institutos aptos a concretizar o que aqui foi tratado, ainda que de modo mais restrito. O art. 89 da Lei nº 9.099/1995, por exemplo, permite que o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, proponha a suspensão condicional do processo por dois até quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, devendo estar presentes também os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena. Isso é possível para questões envolvendo crimes cuja pena mínima cominada seja igual ou inferior a um ano, de tal maneira que, cumprindo as condições para a suspensão do processo, durante o período de prova, a punibilidade será extinta. O §1º, inc. I, do dispositivo, indica como condição da suspensão, a reparação do dano, e o §2º dispõe que o juiz poderá especificar outras condições adequadas ao fato ou à situação pessoal do acusado. Há portanto possibilidade do uso das práticas restaurativas, preservada a voluntariedade das participações dos envolvidos, sendo que os termos da suspensão condicional podem ser vinculados ao acordo que seja resultante da abordagem restaurativa. As práticas, pautadas na adesão voluntária e na confidencialidade, seriam realizadas antes da apresentação da denúncia, supondo-se que isso ocorreria de qualquer forma. Quando um acordo fosse concretizado, o agente ministerial, ao propor a ação penal, poderia utilizar os termos acordados para formular as condições da suspensão condicional do processo, o que se daria com maior legitimidade em face da vítima e do ofensor, o que aumentaria as chances de cumprimento, garantindo ainda que as práticas restaurativas atuem como uma alternativa ao processo e à pena, e não como pena alternativa.

Esta última ressalva é fundamental para a compreensão do que é a justiça restaurativa, visto que as práticas a ela vinculadas não podem funcionar como uma espécie de soft punishment, e sim uma responsabilização pautada na censura, na voluntariedade e no diálogo.

As práticas restaurativas, portanto, não podem ser comparadas à pena, pois não possuem caráter aflitivo. Ainda, quanto à confidencialidade, importante apontar que tudo que é discutido entre vítima, autor de ofensa e apoiadores, não é divulgado para o plano

institucional, a menos que todos os envolvidos concordem ou materializem suas conclusões em um acordo, que possa servir de base para eventual arquivamento de inquérito, ou para uma suspensão condicional do processo. O diálogo entre os participantes, facilitado por pessoas previamente capacitadas a conduzir essas práticas, mira a compreensão das várias dimensões do conflito, antes de qualquer coisa, sendo o acordo uma mera consequência. No mais, embora haja uma clara distinção entre barganha penal (realizada entre acusação e investigado) e práticas restaurativas (realizadas entre ofendido e ofensor), a Resolução CNMP nº 181/2017, alterada pela Resolução CNMP nº 183/2018, permite que em casos de crimes praticados sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima seja de até 4 anos, como o furto qualificado e o tráfico de drogas privilegiado, e que também se enquadrem nas demais condições dos incs. do §1º do art. 18, possam, mediante a confissão e entrega de provas pelo investigado, ser objeto de acordo de não-persecução penal, respeitadas as formalidades do §2º. O acordo possui natureza de negócio jurídico público extrajudicial entre o Ministério Público e o investigado, na perspectiva de buscar alternativas para conferir respostas mais céleres e adequadas aos casos penais de baixa e média gravidade (CABRAL, 2017, p. 15). Nessa linha, as práticas restaurativas podem ser utilizadas, conforme permissivo do inc. V do art. 18, se houver a concordância do ofendido e também do investigado, hipótese em que, atingido o consenso, o cumprimento das medidas acordadas servirá de justificativa para a satisfação do acordo, ressaltando-se que a efetiva participação do investigado nas abordagens restaurativas deve ser considerada para o fim de abrandar outra condição do cumprimento do acordo de não-persecução penal subsidiário à proposta restaurativa caso não seja obtido o consenso (ESTADO DO PARANÁ 2018). Finalizando, a terceira tese é que já existem meios jurídicos, atrelados ao entendimento majoritário, que permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, de forma a ser possível dar esta maior atenção às necessidades da vítima, bem como promover a responsabilização do ofensor de modo construtivo

Conclusão

1. O fim último do direito (e do processo penal) é a preservação da paz social. 2. O uso de práticas restaurativas, previamente a qualquer intervenção penal, permitindo que os envolvidos construam coletivamente um acordo para a responsabilização do ofensor, com a reparação, ainda que simbólica, à vítima, e, assim, promova a harmonização das relações sociais, tendo como referencial tanto o direito quanto os sentimentos, necessidades e expectativas dos envolvidos, torna juridicamente desnecessária a persecução penal da conduta, por falta de justa causa. 3. Já existem meios jurídicos atrelados ao entendimento

majoritário, que permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, de forma a ser possível dar esta maior atenção às necessidades da vítima, bem como promover a responsabilização do ofensor de modo construtivo.

Enunciado: A justiça restaurativa, como proposta dialógica da administração de conflitos utilizada previamente a qualquer intervenção penal, configura ausência de justa causa para a instauração de ação penal, que se mostra desnecessária, quando houver restauração de vínculos entre os envolvidos, mediante a construção de um acordo para a responsabilização do ofensor, havendo a reparação à vítima. Além disso, existem meios jurídicos (condição da suspensão condicional do processo ou do acordo de não persecução penal), os quais permitem o uso de práticas restaurativas como alternativa à persecução penal, e estes conseguem resultados de melhor atenção às necessidades da vítima, promovendo a responsabilização do ofensor de modo construtivo.

Referências bibliográficas

ACHUTTI, Daniel. Justiça restaurativa e abolicionismo penal: contribuições para um novo modelo de administração de conflitos no Brasil. Tese (doutorado), Porto Alegre: Programa de Pós-gradução em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2012.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; LOPES, Soraya Saad. As práticas restaurativas como novo paradigma para a resolução de controvérsias. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Em: Direito e justiça: estudos em homenagem a Gilberto Giacoia, fls. 615-628, 2016.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Um Panorama sobre o Acordo de Não-Persecução Penal. Em: CUNHA, Rogério Sanches; BARROS, Francisco Dirceu; DO Ó SOUZA, Renee;

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Acordo de Não Persecução Penal. Juspodvm, p. 1-32, 2018. CHRISTIE, Nils. Conflict as property. The british journal of criminology, Oslo, vol. 17, 1977.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Introdução aos Princípio Gerais do Processo Penal Brasileiro. Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná, Curitiba, a.30, n° 30, p. 163-198, 1998. ESTADO DO PARANÁ. Enunciados do Grupo de Pesquisa em Métodos Autocompositivos do Ministério Público. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, 2018. GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Crítica da pena e justiça restaurativa: A Censura para além da Punição. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

GIAMBERARDINO, André Ribeiro; FISCHER DA SILVA, Mário Edson Passerino. Justiça Restaurativa e Crimes Culposos de Trânsito. R. Opinião Jurídica, Fortaleza, ano 15, n. 20, p.13-31, jan./jun. 2017. GÜNTHER, Klaus. Crítica da Pena I. Revista Direito GV 4.: v. 2, n. 2, p. 187-204, dez. 2006. MALAQUIAS, Roberto Antonio Darós. A função social do processo no estado democrático de direito. 3ª reimpressão. Curitiba: Juruá, 2012. PAVARINI, Massimo,

GUAZZALOCA, Bruno. Corso di Diritto Penitenziario. Bologna: Edizioni Martina Bologna, 2004. SILVEIRA, Marco Aurélio Nunes da. As condições da ação no direito processual penal: sobre a inadequação das condições da ação processual civil ao juízo de admissibilidade da acusação. Florianópolis: Empório do Direito, 2016., ZEHR, Howard. Trocando as lentes: um novo foco sobre o crime e a justiça. São Paulo: Palas Athena, 2014

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE

A redução da violência urbana mediante implementação de políticas públicas de direito urbanístico

Oriane Graciani de Souza[1]

Proposta de enunciado: Violência urbana. Direito urbanístico. Políticas públicas. Correlação. Implementação de medidas urbanísticas para mitigação da violência.

1. Síntese dogmática/Fundamentação

Por intermédio de pesquisas bibliográficas, em artigos e doutrinas relacionadas ao tema em estudo, a presente tese traz a proposta de implementação de políticas públicas na seara urbanística, com o objetivo de reduzir ou mitigar a violência urbana, em um enfoque preventivo da segurança pública.

A pesquisa fundamentou-se na análise prefacial do direito fundamental à moradia, inserto no texto constitucional pela Emenda Constitucional nº 26/2000.

Passou-se à análise dos princípios informadores do direito urbanístico, insculpidos no Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), além da referência deste importante instrumento legal para ordenação urbana.

Após estudo sobre a definição de violência e suas possíveis causas, apontaram-se políticas públicas que podem ser implementadas, na seara urbanística, para prevenção da violência urbana, como medidas para o desenvolvimento das funções da cidade e garantia do bem-estar de seus habitantes.

2. Justificativa

A presente tese sustenta a relação entre o direito urbanístico e a violência urbana, com o objetivo de demonstrar que a implementação de políticas públicas na seara urbanística pode ajudar a reduzir a criminalidade que assola os centros urbanos.

Inicia-se o estudo mediante a análise do direito fundamental à moradia, do qual decorre o direito à ordem urbanística.

Em seguida, procedeu-se à definição de direito urbanístico, apontaram-se as funções deste ramo do direito, os princípios informadores e a evolução legislativa do direito urbanístico no ordenamento jurídico brasileiro.

Empós, buscou-se analisar as causas de violência urbana.

Delimitados os conceitos, passou-se ao papel do direito urbanístico como regulador da violência urbana.

Voltou-se a atenção para a necessidade de implementação de políticas públicas urbanísticas para coibir ou mitigar os índices de violência, de modo preventivo de combate à criminalidade, ao invés do modo repressivo.

3. Direito à moradia e funções do direito urbanístico

3.1.O direito fundamental à moradia

Considerando que a busca da dignidade humana é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, imprescindível garantir que todos os elementos do piso vital mínimo sejam atendidos ou menos perseguidos e, dentre eles, está o direito à moradia.

O direito à habitação não se cinge a uma casa ou a um teto. É um direito que, além de abranger a propriedade, compreende um lugar digno para viver, de maneira a preservar a dignidade da pessoa humana, a saúde mental e física e o desenvolvimento pessoal.

De fato, o direito de moradia modifica a postura abstencionista do Estado para o enfoque prestacional, na medida em que cabe ao ente estatal dirigir a expansão dos núcleos urbanos, ordenando e disciplinando a ocupação solo, além de garantir aos habitantes acesso ao saneamento básico, à educação e à saúde.

O direito social de moradia é calcado nos princípios da solidariedade, da igualdade material e do Estado Social, conforme escólio de Maria Paula Dallari Bucci:

Maria Paula Dallari Bucci pontua que:

> O paradigma dos direitos sociais, que reclama prestações positivas do Estado, corresponde, em termos de ordem jurídica, ao paradigma do Estado intervencionista, de modo que o modelo teórico que se propõe para os direitos sociais é o mesmo que se aplica às formas de intervenção do Estado na economia.[752]

[752] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In:* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 5.

Ingo Wolfgang Sarlet[753] ressalta o direito à moradia possui elementos básicos a serem atendidos, conforme padrões enunciados pela Comissão da ONU para Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saber: a) segurança jurídica para a posse, incluindo garantias legais e judiciais contra despejos forçados; b) infraestrutura básica para a garantia da saúde, segurança, conforto e nutrição dos titulares do direito (acesso à água potável, energia elétrica, iluminação, saneamento básico); c) as despesas com a manutenção da moradia não podem comprometer a satisfação de outras necessidades básicas; d) a moradia deve oferecer condições efetivas de habitação, assegurando a segurança física de seus ocupantes; e) acesso a condições razoáveis à moradia; f) localização que permita o acesso ao emprego, serviços de saúde, educação e outros serviços essenciais; g) a moradia e o modo de sua construção devem respeitar e expressar a identidade e diversidade cultural da população.

Com o nítido propósito de tratar da questão da crise de habitação, o direito social de moradia somente foi inserido no rol dos direitos sociais da Constituição Federal de 1988 a partir da Emenda Constitucional nº 26, de 14/02/2000.

Conforme salienta Elza Maria Alves Canuto[754], a inclusão do direito à moradia na Constituição Federal como direito social fundamental configura-o como cláusula pétrea e, portanto, é vedada a alteração desse dispositivo por emenda constitucional, na forma do artigo 60, §4º, inciso IV, da Carta Magna[755].

Importante mencionar que o direito à moradia está umbilicalmente ligado ao direito difuso da ordem urbanística, classificado pela doutrina como de terceira geração.

Sobre a questão, contextualiza Maria Paula Dallari Bucci:

> Da mesma forma, os direitos de terceira geração, tais como o direito ao meio ambiente equilibrado, à biodiversidade e o direito ao desenvolvimento, foram concebidos no curso de um processo indefinido de extensão e ampliação dos direitos originalmente postulados como individuais, também em relação aos cidadãos não nascidos, envolvendo cada indivíduo na perspectiva temporal da humanidade, por isso intitulados 'direitos transgeracionais'. O conteúdo jurídico da dignidade humana vai, dessa forma, se ampliando à medida que novos direitos vão sendo reconhecidos e agregados ao rol dos direitos fundamentais.[756]

---

[753] SARLET, Ingo Wofgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In* Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Coordenadores: Edésio Fernandes, Betânia Alfonsin. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 273/274.

[754] CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana. Aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p.170.

[755] Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:
(...)
§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
(...)
IV - os direitos e garantias individuais.
Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18/7/2019.

[756] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In:* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p.4.

Assim, o cumprimento da determinação constitucional de dignidade e a implementação do direito de moradia demandam uma política real de desenvolvimento urbano sustentável, de forma a permitir uma sadia qualidade de vida não apenas àqueles que chegam ou já chegaram nos centros urbanos, mas também às futuras gerações, que colherão o resultado da exploração e da ocupação do solo antes promovidas.

3.1. Direito urbanístico: definição, funções e princípios informadores

Na definição de Hely Lopes Meirelles, o direito urbanístico é o ramo do direito público destinado ao estado e formulação dos princípios e normas que devem reger os espaços habitáveis, no seu conjunto cidade-campo.[757]

Segundo Daniela Campos Libório di Sarno, trata-se de um ramo do Direito Público que tem por objeto normas e atos que visam à harmonização das funções do meio ambiente urbano, na busca pela qualidade de vida da coletividade.[758]

O direito urbanístico surge para *"ajustar e organizar o meio ambiente urbano, regulando a atividade urbanística, ordenando todo o território urbano onde as pessoas vivem"*. [759]

Nesse contexto, cabe distinguir urbanização e de urbanificação.

Urbanização significa, segundo o dicionário Aurélio, é o processo de criação ou de desenvolvimento de organismos urbanos segundo os princípios do urbanismo, o conjunto dos trabalhos necessários para dotar uma área de infraestrutura (p. ex., água, esgoto, gás, eletricidade) e/ou de serviços urbanos (p. ex., de transporte, de educação, de saúde), o fenômeno caracterizado pela concentração cada vez mais densa de população em aglomerações de caráter urbano.[760]

Urbanificação pode ser entendida como *"processo de implantação de infraestrutura urbana a fim de atender à cidadania e à dignidade da pessoa humana"*. [761]

Os princípios informadores do direito urbanístico foram contemplados no artigo 2º do Estatuto da Cidade (Lei nº 10.257/2001), quais sejam, os princípios da função social da cidade e da propriedade urbana.

---

[757] MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003, p.493.
[758] DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de direito urbanístico. Barueri-SP: Manole, 2004, p.32.
[759] FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. Direito urbanístico. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018, p.20.
[760] FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI. 3ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.
[761] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.42.

O 4º Congresso Internacional de Arquitetura Moderna (CIAM), no qual foi editada a Carta de Atenas de 1933, definiu as seguintes funções elementares para uma cidade: habitação, trabalho, circulação no espaço urbano e recreação do corpo e do espírito.

Segundo o princípio da função social da cidade, esta deve servir a seus habitantes, ou seja, o espaço urbano deve atender as necessidades da sociedade por meio de ações estabelecidas no plano diretor, regulando utilização de áreas públicas, questões de moradia e sanitárias, de meio ambiente artificial sadio.[762]

Sintetiza Paulo Carmona:

> Nesse sentir, o proprietário de imóvel urbano será penalizado se o bem não for edificado, for subutilizado ou não utilizado, desde que haja essa previsão no plano diretor, o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, visto que, no contexto de uma cidade, as condições para a habitação, trabalho, lazer e até mesmo para a circulação dependem da disponibilidade da área urbana. Não é possível, então, que terrenos, casas, prédios ou até espaços vazios sejam não utilizados e deixem de colaborar com o bem-estar de todos os cidadãos. [763]

A função social da propriedade significa a vinculação da propriedade urbana com as diretrizes da política urbana.

Ao tratar sobre o tema, o jurista de escol Celso Antônio Bandeira de Mello leciona que:

> Existe função quando alguém está investido no dever de satisfazer determinadas finalidades em prol do interesse de outrem, necessitando, para tanto, manejar os poderes requeridos para supri-las. Logo, tais poderes são instrumentais ao alcance das sobreditas finalidades. Sem eles, o sujeito investido na função não teria como se desincumbir do dever posto a seu cargo. Donde, quem os titulariza maneja, na verdade, 'deveres-poderes', no interesse alheio.[764]

Conclui-se, portanto, que a propriedade, embora privada, deve ser vinculada a interesses sociais, e não exclusivamente aos interesses do proprietário.

O plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana, ponto inicial para desenvolver as políticas dos municípios e diploma normativo que estabelece os parâmetros em que a propriedade urbana irá cumprir a função social.

Preleciona Paulo Carmona:

> Assim, caso a propriedade não atenda à sua função social de ser bem aproveitada dentro de uma cidade, colaborando para seu bom funcionamento, as sanções previstas buscarão, primeiro, compelir os proprietários a providenciarem sua utilização satisfatória e, em seguida, se não o fizerem, exigir o ressarcimento social – pelo pagamento de imposto progressivo e, por fim, pela desapropriação sanção, levando o proprietário à perda de seu bem para que o próprio Poder Público solucione a questão em prol da coletividade.[765]

---

[762] FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. Direito urbanístico. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018, p.19.
[763] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.53.
[764] BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. Revista de direito público. São Paulo, volume 84, outubro-dezembro de 1987, p.43.
[765] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.53.

O direito urbanístico é ainda informado por outros princípios, a saber: princípio da obrigatoriedade do planejamento participativo, princípio da justa distribuição dos ônus decorrentes do processo de urbanização, princípio da coesão dinâmica e princípio da cooperação entre os setores público e privado.

Segundo o artigo 174 da Constituição Federal, o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado. Ainda, pelo artigo 182 da Carta Magna, o plano diretor é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana, ou seja, é o principal instrumento de planejamento das cidades.

O planejamento urbano deve ser participativo e, conforme o artigo 29, inciso XII, da Constituição Federal, há obrigatoriedade da cooperação das associações representativas no planejamento municipal.

Ainda, o artigo 2º, inciso II, do Estatuto da Cidade prevê que a política urbana tem por diretriz a gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano.

O princípio da justa distribuição dos ônus decorrentes do processo de urbanização significa distribuir de forma equânime as mais valias do solo urbano, levando o princípio da capacidade contributiva à organização do solo urbano.[766]

Como aplicação concreta desse princípio, pode-se citar a contribuição de melhoria, prevista no artigo 145, inciso III, da Constituição Federal.

A coesão dinâmica, enquanto princípio informador do direito urbanístico, pode ser assim explicada por Daniela Campos Libório Di Sarno:

> O princípio da coesão dinâmica surge justamente para que as modificações feitas pelas interferências urbanísticas sejam continuadas por ações que tenham pertinência e nexo com o contexto. As mesmas prioridades, o mesmo enfoque, deverá ser dado para as ações urbanísticas de um certo local em certo tempo. A dinâmica do planejamento é fundamental para a eficácia deste princípio. Na medida em que certo o plano seja aplicado, ele vai se desatualizando com relação ao seu objeto, justamente por transformá-lo. Assim, o plano deverá prever mecanismo de revisão e atualização de seu conteúdo.[767]

Por fim, o Estatuto da Cidade estabeleceu como diretrizes a cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social e, ainda, a isonomia de condições para os agentes públicos

[766] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.56.
[767] DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de direito urbanístico. Barueri-SP: Manole, 2004, p.51.

e privados na promoção de empreendimentos e atividades relativos ao processo de urbanização, atendido o interesse social (artigo 2º, incisos III e XVI, da Lei nº 10.257/01).

3.1. Evolução jurídica do direito urbanístico no Brasil

O capítulo II do Título VII da Constituição Federal, nos artigos 182 e 183, dispôs sobre a política de desenvolvimento urbano, que foi regulamentada por legislação infraconstitucional.

Por sua vez, a Lei nº 10.257/2001 (Estatuto da Cidade) estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana no país.

A Lei nº 10.257/2001, em seu artigo 2º, reforça a finalidade constitucional inserta no artigo 182 da Constituição Federal, ao asseverar que *a "política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana"*. Ao longo de seus cinquenta e oito artigos, consolida-se a ordem urbanística mediante a formação de um conjunto de normas de direito urbanístico.

O Estatuto da Cidade representa uma legislação mais consentânea com a realidade fática e com os reais problemas urbanos, numa tentativa de solucioná-los a partir do que Renato Cymbalista denomina de "reconhecimento da cidade real"[768].

Como instrumentos para as questões urbanística já vivenciadas, a legislação em comento trouxe instrumentos de indução de uso e ocupação, baseados na penalização de proprietários pela retenção de terrenos sem utilização, pelo IPTU progressivo no tempo, pela desapropriação de imóveis com pagamento em títulos de dívida pública, com o fim de implementar a função social da propriedade.

Ao regulamentar os instrumentos de política urbana que devem ser aplicados pela União, pelos Estados e pelos Municípios, o Estatuto da Cidade atendeu um reclamo social por uma gestão mais democrática do espaço urbano.

Na conclusão de Renato Cymbalista:

> A chegada do Estatuto da Cidade não vem a incidir sobre uma realidade que se identificava com os padrões tradicionais de regulação urbanística e de política urbana. Ainda antes da aprovação do Estatuto da Cidade, os parâmetros tradicionais da política urbana já se revelavam cada vez mais consensualmente como parte de um modelo obsoleto, a ser superado, cuja maior característica é a de reforçar a dualidade e a injustiça na distribuição do território das cidades. O Estatuto da Cidade sincroniza o marco regulatório federal com um movimento rumo ao abandono da ideia de padrões técnicos como instrumentos autônomos e suficientes para a regulação urbanística.[769]

[768] CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regularização urbanística no Brasil – conquista e desafios de um modelo em construção. *In* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.
[769] CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regularização urbanística no Brasil – conquista e desafios de um modelo em construção. *In* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 298.

Dentre os posteriores desdobramentos legislativos, com a finalidade de implementar programas que promovessem o acesso à moradia digna para a população de baixa renda, houve a edição da Lei nº 11.124/09, que instituiu o Sistema Nacional de Habitação de Interesse Nacional (SNHIS) e o Fundo Nacional de Habitação de Interesse Social (FNHIS).

O SNHIS centraliza todos os programas e projetos destinados à habitação de interesse social, sendo integrado por diversos órgãos e entidades da Administração Pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, além de entidades privadas que desempenham atividades na área habitacional e agentes financeiros autorizados pelo Conselho Monetário Nacional.

Posteriormente, as Leis nº 11.977/2009 e 12.424/2011 regulamentaram o programa do governo federal denominado "Programa Minha Casa, Minha Vida", com a finalidade de criar mecanismos de incentivo à produção e aquisição de novas unidades habitacionais ou requalificação de imóveis urbanos e produção ou reforma de habitações rurais, para famílias de baixa renda.

Recentemente, promulgou-se a Lei nº 13.465/2017, que dispõe sobre a regularização fundiária urbana e rural, traçando inovações para além da simplificação e flexibilização dos processos de regularização fundiária, além de apresentar soluções para adequar os parcelamentos já existentes.

4. Violência urbana

Violência é um fenômeno de conceituação complexa e polissêmica, além de envolver diversas áreas das ciências sociais.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) define a violência como o uso de força física ou poder, em ameaça ou na prática, contra si próprio, outra pessoa ou contra um grupo ou comunidade que resulte ou possa resultar em sofrimento, morte, dano psicológico, desenvolvimento prejudicado ou privação.[770]

Linda Dahlberg e Etienne Kurgg dividem a violência em três categorias, segundo as características daqueles que cometem o ato violento: a) violência autodirigida; b) violência interpessoal; c) violência coletiva.

A violência autodirigida pode subdividir-se em comportamento suicida e agressão autoinfligida.

[770] DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. *Violência:* um problema global de saúde pública. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0. Acesso em 19/7/2019.

Por seu turno, a violência interpessoal pode ocorrer mediante violência de família e de parceiros íntimos ou violência na comunidade, entre pessoas sem relação pessoal.

A violência coletiva pode ser social, política e econômica. Quanto à distinção destas subcategorias, as autoras acima citadas deduzem que:

> A violência política inclui a guerra e conflitos violentos a ela relacionados, violência do estado e atos semelhantes praticados por grandes grupos. A violência econômica inclui ataques de grandes grupos motivados pelo lucro econômico, tais como ataques realizados com o propósito de desintegrar a atividade econômica, impedindo o acesso aos serviços essenciais, ou criando divisão e fragmentação econômica. É certo que os atos praticados por grandes grupos podem ter motivação múltipla.

Com relação à natureza dos atos violentos, Linda Dahlberg e Etienne Kurgg defendem que pode ser: física; sexual; psicológica; ou relacionada à privação ou ao abandono.

No tocante à violência urbana, esta pode ser designada pelo conjunto de atos de violência que se manifestam no espaço das cidades.[771]

O sociólogo Michel Misse aduz:

> A violência urbana diz respeito a uma multiplicidade de eventos (que nem sempre apontam para o significado mais forte da expressão violência) que parecem vinculados ao modo de vida das grandes metrópoles na modernidade. Esses eventos podem reunir na mesma denominação geral motivações muito distintas, desde vandalismos, desordens públicas, motins e saques até ações criminosas individuais de diferentes tipos, inclusive as não intencionais como as provocadas por negligência ou consumo excessivo de álcool ou outras drogas. Além disso, a expressão violência urbana tenta dar um significado mais sociológico e menos criminológico a esses eventos, interligando-os a causas mais complexas e a motivações muito variadas, numa abordagem que preconiza a necessidade de não desvincular esses eventos da complexidade de estilos de vida e situações existente numa grande metrópole. [772]

As causas para a violência urbana são diversas. É inquestionável que as cidades se tornaram palco da violência e a expansão urbana, especialmente aquela desordenada, também agrava os índices de violência.

Em estudo sobre a violência criminal no Brasil, o cientista Jean-Claude Chesanis, demógrafo e especialista em violência urbana, apontou as seguintes causas como fatores da situação: 1) fatores socioeconômicos: pobreza, agravamento das desigualdades, herança da hiperinflação; 2) fatores institucionais: insuficiência do Estado, crise do modelo familiar, recuo do Poder da Igreja; 3) fatores culturais: problemas de integração racional e desordem moral; 4) fatores demográficos: as gerações provenientes do período da explosão da taxa de natalidade no Brasil chegando à vida adulta e surgimento de metrópoles; 5) a mídia e seu poder, com apologia da violência; 6) a globalização mundial, com a contestação da noção de

[771] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.89.

[772] MISSE, Michel. *Violência:* o que foi que aconteceu?. Disponível em:https://www2.mppa.mp.br/sistemas/gcsubsites/upload/60/Viol%C3%83%C2%AAncia%20o%20que%20foi%20que%20aconteceu.pdf. Acesso em: 19/7/2019.

fronteiras e o crime organizado (narcotráfico, posse e suo de armas de fogo, guerra entre gangues).[773]

Não se pode deixar de mencionar que atualmente a criminalidade internacional tem expandido seus efeitos e ingressado no Estado nacional, como uma das causas contemporâneas da violência.

Debatendo os efeitos nefastos da criminalidade internacional, o professor Ney Bello traça as seguintes ponderações:

> A criminalidade internacional, que extrapola as fronteiras dos países e firma suas garras para além dos limites do Estado nacional, é uma das facetas contemporâneas do crime.
> Ela movimenta mais valores do que os delitos internos e vincula-se à criminalidade intra Estadual, dotando-a de força e potência. As quadrilhas e os bandos não conseguiriam ter a amplitude que têm se não fossem os seus braços transfronteiriços a fornecer as armas e as drogas e a lavar o dinheiro obtido com o crime.
> Basta perceber que as quadrilhas de assaltos a bancos utilizam armamento potente, privativo das forças armadas, o que lhes garante uma violência bem maior do que haveria, acaso usassem armas fabricadas em território nacional, ou de aquisição permitida.
> Da mesma maneira é o recebimento de droga através do traficante internacional que permite a existência de quadrilhas de distribuidores do pó ilícito em morros, favelas, asfalto e festas de elite.
> Para a legalização do dinheiro de todas as organizações criminosas, faz-se mister um doleiro, um corretor, um banqueiro, ou um especialista em lavagem de dinheiro fora do país. O crime não usa mais as lavanderias como na Chicago do século passado, mas sim empresas, instituições financeiras e offshore.[774]

5. O direito urbanístico como mitigador da violência urbana

5.1. Crescimento urbano e suas consequências

A sociedade brasileira passou por uma intensa e rápida urbanização no século XX. Atualmente, segundo o IBGE, cerca de 84,72% da população brasileira reside em cidades.[775]

Como reflexo desse fenômeno de urbanização, expandiu-se a ocupação irregular de áreas urbanas, de modo que os municípios passaram a crescer desordenadamente.

O ingresso de pessoas nas áreas urbanas é muito maior que a possibilidade de organização de uma estrutura compatível para recebê-las dignamente.

Na visão de Renato Cymbalista:

> A urbanização vertiginosa, coincidindo com o fim de um período de acelerada expansão da economia brasileira, introduziu no território das cidades um novo e dramático significado: mais do que evocar progresso ou desenvolvimento, elas passaram a retratar – e reproduzir – de forma paradigmática as injustiças e desigualdades da sociedade.[776]

---

[773] CHESNAIS, Jean Claude. Violência e criminalidade. Disponível em: http://www.cotianet.com.br/seg/viotxt.htm. Apud CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.99.

[774] BELLO, Ney. Aumento de pena e criminalidade transnacional: efeitos sobre a segurança pública? Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/aumento-pena-criminalidade-mundial-efeitos-seguranca. Acesso em 19/7/2019.

[775] Disponível em https://teen.ibge.gov.br/sobre-o-brasil/populacoa/populacao-rural-e-urbana.html, acesso em 21/2/2018.

[776] CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regularização urbanística no Brasil – conquista e desafios de um modelo em construção. *In* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 281.

Para o citado autor, a desigualdade dos territórios urbanos, além de se manifestar nas diferenças de infraestrutura e de investimentos públicos, traduz-se nas divergências de oportunidades às comunidades periféricas, que estariam marginalizadas no acesso ao trabalho, à cultura, ao lazer, à saúde, à educação, ao transporte ou mesmo às oportunidades de trabalho formal.

O crescimento desorganizado das áreas urbanas provocou significativas mudanças na organização socioeconômica, tendo como consequências nefastas, dentre outras, a degradação ambiental, a queda no padrão de qualidade de vida dos moradores e o aumento da criminalidade.

Diante dessa questão social, qual seja, o aumento da criminalidade urbana, o direito urbanístico mostra-se importante instrumento para redução de índices de criminalidade.

5.2. Políticas públicas urbanísticas e redução dos delitos urbanos

A implementação de medidas urbanísticas para redução da criminalidade urbana passa por políticas públicas que instrumentalizem o direito urbanístico como ferramenta útil para essa questão.

Nesse contexto, cabe mencionar a definição de política pública, segundo Maria Paula Dallari Bucci:

> Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.
> Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.[777]

Pelo conceito acima transcrito, política pública é um programa ou quadro de ação governamental, consistente no conjunto de medidas articuladas ou coordenadas, com a finalidade de movimentar a máquina de governo para realizar um objetivo de ordem pública ou a concretização de um direito.

A falta de planejamento ou o planejamento urbano precário pode configurar violência ao meio urbano.

---

[777] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In:* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

Com efeito, o crescimento da área urbana desordenadamente, por meio de loteamentos irregulares ou clandestinos, conduz à instalação de núcleos habitacionais em áreas não incorporadas às redes de água, esgoto e serviços públicos.

Diante disso, ainda que posteriormente o Poder Público venha a regularizar tais núcleos habitacionais, surgem bairros desconectados entre si, com arruamentos desencontrados, sem praças ou espaços públicos.

O planejamento urbanístico, enquanto processo de uma política pública, merece especial atenção do Estado, haja vista a sua relação inexorável com a prevenção da violência urbana.

O plano diretor é um importante instrumento para estabelecer as exigências fundamentais da cidade, regulamentando de que forma a propriedade será ou não ocupada segundo a função social.

Cabe ao plano diretor tratar do controle de uso, ocupação, parcelamento e expansão do solo urbano municipal, podendo abranger questões ligadas às diretrizes de habitação, saneamento, sistema viário, espaço público de lazer e transportes urbanos.

Como sintetiza Paulo Carmona:

> Dentro da perspectiva contemporânea do urbanismo social, uma cidade é segura, em uma dimensão mais ampla, se garante o acesso equitativo aos bens e serviços público, o desenvolvimento territorial ordenado, o uso sustentável dos recursos naturais, a convivência pacífica de seus habitantes, a existência de mecanismos adequados de prevenção dos diferentes tipos de vulnerabilidade. [778]

Como medidas concretas a serem implementadas no âmbito urbanístico para redução de violência, pode-se citar a implantação de espaços públicos, praças, parques, quadras ou centros comunitários destinados ao lazer, especialmente por jovens.

Diversos estudos comprovaram que o lazer é um poderoso instrumento na diminuição das tensões sociais, dificultando o surgimento da criminalidade no segmento infanto-juvenil.[779]

O envolvimento de jovens em atividades que evitem sua ociosidade pode coibir condutas antissociais e delitivas.

Nesse sentido, Paulo José Leite Farias destaca que:

> Uma política de esporte e de lazer que mobilize grupos tradicionalmente em risco (risco de tornar-se vítima [alvo disponível] ou ator da violência [ofensor motivado]) previne atos predatórios ocorridos na cidade. É conveniente destacar que os jovens de classes populares, se comparados a outros extratos da sociedade, são os grupos mais atingidos por esses fenômenos, uma vez que vários estudos demonstram que a precariedade dos serviços públicos e das condições de vida, a falta de oportunidades,

[778] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.303.

[779] CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014, p.304.

> de emprego e de lazer e as restritas perspectivas de mobilidade social contribuem como potenciais motivadores de ações violentas para esse contexto. Assim, tendo em vista a situação em que vivem os jovens das camadas populares, as esferas convencionais de sociabilidade já não oferecem respostas suficientes para preencher as expectativas de jovens. Nos vazios deixados por elas, constitui-se outra esfera ou outra dimensão de sociabilidade cujas marcas principais são as transgressões. [780]

O trabalho e a geração de renda por meio de emprego são fundamentais para a sustentabilidade socioeconômica da cidade.

Estudos comprovam que o desemprego reflete diretamente na criminalidade, ou seja, a falta de empregos influencia o aumento do número de roubos e furtos.[781]

Segundo pesquisa científica[782], observou-se uma predominância da influência dos desligamentos no aumento dos crimes de roubo e furto, pois a pessoa desempregada encontra como opção o ato ilícito, assumindo o risco inerente a ele.

Desse modo, políticas públicas de geração e fomento de emprego podem eficazmente prevenir o aumento da violência urbana.

Um exemplo concreto de implementação de políticas públicas urbanísticas eficazes para combate à violência é a que ocorreu na Colômbia. Na década de 1990, a cidade de Medellín, na Colômbia, era uma das mais violentas do mundo. Em razão do narcotráfico, os homicídios chegavam ao índice alarmante de quase 7 mil por ano.

Contudo, em 2006, houve a redução desse índice para mais de 90%.

Por meio de políticas educacionais, da construção de parques, bibliotecas, museus, escolas, áreas de convivência da população, conseguiu-se de maneira eficaz combater o tráfico de drogas, grande causa da violência local.

O jornalista Jorge Melguizo, que foi secretário de Cultura e de Desenvolvimento Social de Medellín entre os anos de 2005 e 2010, defende que nada adiantaria investir em mais policiais, em equipamento de segurança e armas pesadas para combater o tráfico de drogas e a violência, caso não oferecido para a comunidade opções de mudança.

Segundo Melguizo, o que foi feito em Medellín foi uma mudança social, educativa, cultural e urbana.[783]

Desse modo, infere-se que é necessária uma construção colaborativa e integral, articulando a sociedade civil, o governo, as organizações comunitárias, empresas privadas,

---

[780] FARIAS, Paulo José Leite. Ordem urbanística e a prevenção da criminalidade. Revista de informação legislativa. Brasília, Senado Federal, ano 42, nº 168, out.-dez. 2005, p.167/183.

[781] CARVALHO, Brena do Nascimento; LOBATO, Tarcísio da Costa; CARVALHO, Abner Vilhena de; GUIMARÃES, Jarsen Luís Castro. Relação da criminalidade com os índices do desemprego: um estudo de caso. Disponível em: http://www.conhecer.org.br/enciclop/2017a/soc/relacao.pdf. Acesso em 30/7/2019.

[782] CARVALHO, Brena do Nascimento; LOBATO, Tarcísio da Costa; CARVALHO, Abner Vilhena de; GUIMARÃES, Jarsen Luís Castro. Relação da criminalidade com os índices do desemprego: um estudo de caso. Disponível em: http://www.conhecer.org.br/enciclop/2017a/soc/relacao.pdf. Acesso em 30/7/2019.

[783] https://www.gazetaonline.com.br/cbn_vitoria/reportagens/2017/08/especialista-explica-como-a-educacao-ajudou-a-reduzir-a-violencia-1014095129.html. Acesso em 30/7/2019.

universidades, com o fim de possibilitar uma atuação integrada de todos os atores da política pública, para desenvolver as funções sociais da cidade e o bem-estar de seus habitantes.

6. Conclusão

Buscou-se no presente trabalho correlacionar o impacto do direito urbanístico na violência urbana e como a implementação de medidas urbanísticas pode reduzir a criminalidade.

Em arremate, sustentam-se as seguintes proposições:

a) As causas da violência são diversas, de modo que o meio repressivo do direito penal não se mostra como único e exauriente para o combate à criminalidade.

b) O direito urbanístico visa à harmonização das funções do meio ambiente urbano, e pode ser um instrumento de implementação de medidas preventivas redutoras da violência, na busca pela qualidade de vida da coletividade.

c) O planejamento urbanístico tem relação intrínseca com a prevenção da violência urbana. O plano diretor é um importante instrumento para estabelecer as exigências fundamentais da cidade e regulamentar a ocupação da propriedade segundo a função social.

d) A criação de espaços públicos, praças, parques, quadras ou centros comunitários destinados ao lazer, notadamente por jovens, pode reduzir a criminalidade no segmento infanto-juvenil.

e) Políticas educacionais e de geração de emprego auxiliam no combate da criminalidade.

f) A implantação de medidas que estimulem as funções de circulação e recreação da cidade fomenta a circulação de pessoas pelos espaços públicos, não só para atividades obrigatórias, mas também para atividades sociais, o que leva a uma ocupação do espaço urbano e ajuda a dispersar a criminalidade.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Novos aspectos da função social da propriedade no direito público. Revista de direito público. São Paulo, volume 84, outubro-dezembro de 1987.

BELLO, Ney. Aumento de pena e criminalidade transnacional: efeitos sobre a segurança pública? Disponível em https://www.conjur.com.br/2019-jul-07/aumento-pena-criminalidade-mundial-efeitos-seguranca. Acesso em 19/7/2019.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 18/7/2019.

BRASIL. Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Acesso 18/7/2019

CARVALHO, Brena do Nascimento; LOBATO, Tarcísio da Costa; CARVALHO, Abner Vilhena de; GUIMARÃES, Jarsen Luís Castro. Relação da criminalidade com os índices do desemprego: um estudo de caso. Disponível em: http://www.conhecer.org.br/enciclop/2017a/soc/relacao.pdf. Acesso em 30/7/2019.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. *In:* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANUTO, Elza Maria Alves. Direito à moradia urbana. Aspectos da dignidade da pessoa humana. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014.

CHESNAIS, Jean Claude. Violência e criminalidade. Disponível em: http://www.cotianet.com.br/seg/viotxt.htm. Apud CARMONA, Paulo Afonso Cavichioli. Violência x cidade: o papel do direito urbanístico na violência urbana. São Paulo: Marcial Pons; Brasília, DF: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2014.

CYMBALISTA, Renato. Política urbana e regularização urbanística no Brasil – conquista e desafios de um modelo em construção. *In* Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

DAHLBERG, Linda L.; KRUG, Etienne G. *Violência: um problema global de saúde pública*. Disponível em http://www.scielo.br/pdf/csc/v11s0/a07v11s0. Acesso em 19/7/2019.

DI SARNO, Daniela Campos Libório. Elementos de direito urbanístico. Barueri-SP: Manole, 2004.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. Dicionário Eletrônico Aurélio Século XXI. 3ª edição. Curitiba: Editora Positivo, 2004. Versão 5.11.

FRANCISCO, Ronaldo Vieira; GOLDFINGER, Fábio Ianni. Direito urbanístico. 3ª edição. Salvador: Juspodivm, 2018.

MEIRELLES, Hely Lopes. Direito municipal brasileiro. São Paulo: Malheiros, 2003.

SARLET, Ingo Wofgang. Algumas notas sobre a eficácia e efetividade do direito à moradia como direito de defesa aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. *In* Direito à moradia adequada: o que é, para quem serve, como defender e efetivar. Coordenadores: Edésio Fernandes, Betânia Alfonsin. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

O ESTATUTO DA FAMÍLIA, SEUS ASPECTOS CONSTITUCIONAIS E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS PRINCÍPIOS, DAS GARANTIAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM ESTUDO DE CASO[1]

Sammy Barbosa Lopes[1]
Patrícia de Amorim Rêgo[1]

1. Síntese dogmática

Qualquer mudança na legislação, além do dever de obediência às normas de iniciativa e competência legislativa, também deve, em seu conteúdo, guardar consonância com os princípios, garantias e direitos fundamentais encartados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, sob pena de já nascer eivada de inconstitucionalidade, tanto formalmente, quanto materialmente, exatamente como aconteceu com a Lei Complementar n. 46, de 02 de maio de 2018, que instituiu o chamado "Estatuto da família", no âmbito do Município de Rio Branco, no estado do Acre.

Originada a partir de proposta de uma associação de pastores evangélicos, e aprovada pela Câmara Municipal de Rio Branco, em meio a tamanha polêmica, e mesmo após veto integral do Poder Executivo Municipal, referida lei extrapolou a competência privativa da União, na elaboração de regras de direito civil, bem como trouxe, em seu conteúdo, inúmeras afrontas aos direitos fundamentais dos cidadãos riobranquenses, haja vista ser possível observar, em diversos dispositivos, dentre tantas incongruências, a positivação da discriminação, o ataque ao princípio da isonomia, bem como a inobservância dos objetivos fundamentais da República, afora o desrespeito à laiciedade do estado, na medida em que atrelou o conceito de família a cunho estritamente religioso.

Em decorrência, o Ministério Público do Estado do Acre propôs a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0800004-89.2018.8.01.0900, já julgada procedente pelo Tribunal Pleno Jurisdicional, do Tribunal de Justiça acreano, na data de 05 de junho de 2019, haja vista a patente ofensa às normas constitucionais e internacionais, na esteira do entendimento propalado no campo internacional, a exemplo da manifestação da Organização das Nações

Unidas – ONU, contrariamente ao Projeto de Lei n. 6.583/2013, que desembocou na edição da Lei Complementar n. 46, ora em comento.

A presente tese intenta, portanto, analisar as disposições da referida lei, nos aspectos em que afronta a CRFB/88, perpassando pela análise do conceito moderno de família, em seguida abordando os vícios de inconstitucionalidade, tanto no campo formal, quanto no campo material, norteada pelos direitos, garantias, princípios e valores consagrados pela Carta Magna, frontalmente violados, bem como a imprescindibilidade de atuação célere e efetiva do Ministério Público no controle de constitucionalidade de políticas públicas , para coibir violações de direitos e garantias fundamentais de cidadãos brasileiros e resguardar o Estado Democrático de Direito.

2. Intróito

Após intensos debates parlamentares e acalorados embates públicos divulgados pela imprensa, a Câmara Municipal de Rio Branco - Acre aprovou a polêmica Lei Complementar Municipal nº 46, publicada em 02 de maio de 2018, que institui o "Estatuto da Família", no âmbito do Município de Rio Branco, e dá outras providências".

Desde a sua origem – uma vez que a lei nasceu da proposta de uma associação de "ministros evangélicos" – o debate circunscreveu-se muito mais no âmbito dogmático religioso do que na discussão jurídica constitucional, ou mesmo de alcance de políticas públicas, acirrado ainda mais pelo clima conflagrado de polarização política vivenciada no ano eleitoral no país.

De um lado, segmentos religiosos ultraconservadores, a defender a positivação jurídica, a ser imposta a toda a sociedade, do conceito dogmático de família, restrito a um modelo único e exclusivo: "heteroafetivo e monoparental", que afirmam emergir do texto das Sagradas Escrituras, e de outro, notadamente, do movimento social representativo do movimento LGBTI+, o protesto pelo que consideram ser a positivação do preconceito e da homofobia, ao se excluir do conceito legal de família, dentre outras, as homoafetivas. Bem como, pela composição dos chamados "Conselhos da Família", criados pela lei, exclusivamente por representantes do Protestantismo Cristão – no caso, a própria associação de pastores autora da proposta legislativa, das Prelazias Católicas de Rio Branco e de Cruzeiro do Sul e do Movimento Espírita, deixando de fora todas as demais religiões e manifestações religiosas presentes na sociedade local, dentre elas, as religiões de matriz africana, os movimentos religiosos que fazem uso do chá da Ayahuasca, a religiões indígenas e etc.

Mesmo diante de intensos protestos, o Parlamento Mirim da capital acriana houve por bem aprovar o polêmico projeto, o que ensejou manifestações oficiais tanto do Ministério Público, através da Promotoria de Justiça Especializada de Defesa dos Direitos Humanos, da Promotoria de Justiça Criminal com atribuições no combate à violência doméstica, do Centro de Atendimento à Vítima – CAV e do Centro de Apoio Operacional às Promotorias e Procuradorias Criminais, quanto da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), através das suas Comissões de Assuntos Legislativos e da Diversidade Sexual, todas apontando as diversas inconstitucionalidades e violações frontais às decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal, em "caráter vinculante" e "efeito erga omnes" sobre o tema, tendo sido o projeto "integralmente vetado" pela Prefeita de Rio Branco, inclusive, seguindo orientação da própria Procuradoria-Geral do Município em igual sentido, a apontar o extenso rol de inconstitucionalidades constantes no referido projeto de lei, além das consequências da vigência de uma lei inconstitucional.

No entanto, mesmo assim, a Câmara Municipal de Rio Branco, em sessão tumultuada, derrubou o veto do executivo e fez vigorar uma lei multiplamente inconstitucional, provocando, por tal razão, a propositura de duas Ações Diretas de Inconstitucionalidade – ADI´s, uma pela Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público e outra pela Ordem dos Advogados do Brasil, tendo a primeira obtido êxito na suspensão da eficácia cautelar da norma pelo Tribunal de Justiça do Estado do Acre, e, posteriormente, julgada procedente pelo Tribunal Pleno, na 3ª Sessão Extraordinária, datada de 05/06/2019[784].

Assim, como já dito, a presente tese tem como escopo analisar o teor da referida lei municipal frente aos textos das Constituições Federal e Estadual do Acre – ante a impossibilidade do controle concentrado de constitucionalidade de lei municipal frente à

[784] EMENTA: CONSTITUCIONAL E CIVIL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ESTATUTO DA FAMÍLIA. LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 46/2018. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL E MATERIAL. CONCEITO DE FAMÍLIA. MUNICÍPIO: INCOMPETÊNCIA PARA LEGISLAR SOBRE DIREITO CIVIL. CONCEITO RESTRITIVO. INTERPRETAÇÃO CONFERIDA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. CONTRARIEDADE. RESTRIÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS. ENSINO RELIGIOSO DE NATUREZA CONFESSIONAL. POSSIBILIDADE. ORIENTAÇÃO MORAL E SEXUAL NAS ESCOLAS. OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS DO ENSINO PREVISTO NO ART. 206, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONSELHOS DE FAMÍLIA. COMPOSIÇÃO. REPRESENTANTES DE RELIGIÕES MAJORITÁRIAS. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA LAICIDADE DO ESTADO. ART. 19, I, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO PARA DECLARAR A INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL Nº 046/2018. 1. A competência para legislar sobre direito de família é privativa da União, ex vi do art. 22, I, da Constituição Federal, portanto, dotada de inconstitucionalidade formal norma municipal que apresenta o conceito de família. 2. Não é dado à legislação municipal limitar o conceito de famílias às heteroafetivas e às monoparentais quando o Supremo Tribunal Federal já conferiu interpretação extensiva, não reducionista a tal conceito, sobretudo, quando por consequência pode ser imposta a limitação na oferta de políticas públicas em decorrência da classificação do instituto (ADIN Nº 4.277/DF e ADPF Nº 1.352/RJ). 3. Embora admitido em nosso ordenamento jurídico o ensino religioso de natureza confessional – ADI nº 4439/DF – os demais conteúdos pedagógicos e sua ministração em sala de aula devem guardar observância aos princípios do ensino previstos no art. 206, da Constituição Federal. 4. A admissão como membros dos conselhos da família de representantes das religiões majoritárias em detrimento das minorias viola frontalmente o art. 19, I, da Constituição Federal, que preconiza o princípio da laicidade do Estado. 5. Procedência do pedido para declarar a inconstitucionalidade da Lei Complementar Municipal nº 046/2018 (TJAC. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 0800004-89.2018.8.01.0900. Relatora: Desª. Eva Evangelista. Julgada em 05 de junho de 2019)

Constituição Federal - tendo como base a Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público.

3. Breve ensaio sobre "Família"

Para além da questão jurídica e constitucional, "Família", a rigor, como bem diz Francisco Azevedo, na obra "O Arroz de Palma"[785], é algo amplo, complexo, paradoxal...: "Família é prato difícil de preparar./São muitos ingredientes./Reunir todos é um problema…/Não é para qualquer um./Os truques, os segredos, o imprevisível./Às vezes, dá até vontade de desistir…/Família é prato que emociona./E a gente chora mesmo./De alegria, de raiva ou de tristeza./O pior é que ainda tem gente que acredita na receita da família perfeita./Bobagem! Tudo ilusão!/Família é afinidade, é "à Moda da E cada casa gosta de preparar a família a seu jeito(…)/Enfim, Casa"./receita de família não se copia, se inventa…"

Segundo a lição de Fábio Ulhoa Coelho, é possível se estudar "as famílias", mas não "a família". Uma vez que, "numa determinada sociedade, definida por vetores de tempo e lugar, é possível descrever uma ou duas estruturas predominantes de organização familiar. Mas, por outro lado, não tem sido possível buscar uma única trajetória evolutiva que explique satisfatoriamente como se estruturam e quais são as funções de todas as famílias"[786], ou mesmo um único e exclusivo modelo.

Por seu turno, a necessidade de se ampliar, adaptar, modernizar e até "evoluir" o conceito do que venha a ser efetivamente uma "Família", para além dos preconceitos, inclusive de caráter religioso, por paradoxal que possa parecer, vem justamente da História da Religião, e é demonstrada pelo rabino Nilton Bonder, ao explicar que, por conta da invasão romana na Palestina, o povo judeu, por pura necessidade, foi impulsionado a uma importante decisão em relação à família: a mudança da lei para modificar a tradição ancestral da "patrilinearidade", na qual os direitos, os títulos e a própria identidade do povo, eram passados de "pai para filho", para um novo modelo: a "matrilinearidade"[787] .

Por outro lado, "a família traída, a usurpação da descendência, os ventres de Israel semeados por outro povo eram um ataque por demais frontal à sobrevivência. Que esses trouxessem ao mundo filhos de Roma era mais do que apenas saquear o presente e obliterar o passado de Israel – era apossar-se do seu futuro"[788].

---

[785] AZEVEDO, Francisco. **O Arroz de Palma.** Rio de Janeiro: Record, 2013.
[786] COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Família – Sucessões. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 24. Edição digital. Disponível em: <https://lerlivros.online>. Acesso em: 10 ago. 2018.
[787] BONDER, Nilton. **A alma imoral.** Rio de Janeiro: Rocco, 1998. p. 90.
[788] BONDER, *Op. cit.* 1998. p. 90.

Por outro lado, "a matrilinearidade trazia a solução legal para o status dessas crianças sem pais de Israel e garantia que elas seriam a continuidade de um povo que não se permitia subjugar. Nos casos de estupro, em particular, em que as crianças teriam o status de bastardas, fazia-se necessária uma nova compreensão simbólica da condição. Estava em jogo, na verdade, a continuidade da semente paterna, que durante séculos havia sido a referência de continuidade e preservação da família e da nação e, de forma metafórica, da própria espécie"[789].

Por essa solução, "o redentor da continuidade não estava mais dentro da ordem natural, do corpo e da procriação, mas no plano de uma compreensão simbólica que desobedecia ao 'correto' do passado e com ele rompia, propondo uma nova forma 'traidora' de se perceber a realidade"[790].

E foi assim que o povo judeu - do qual descende Jesus de Nazaré, líder espiritual do Cristianismo, do qual afirma fazer parte a associação de "ministros" propositosa da lei excludente e preconceituosa – teria conseguido garantir a sua existência, não apenas até o tempo de Jesus, mas até os tempos atuais. Adaptando a ideia e o conceito de "Família", ampliando-o, rompendo com os preconceitos, com os modelos do passado.

4. O teor da Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46, de 02 de maio de 2018

A Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46, de 02 de maio de 2018, objetos das ADI´s e da presente análise, tem a seguinte redação:

> Art. 1º - Esta Lei Complementar institui no Município de Rio Branco, o Estatuto da Vida e da Família e dispõe sobre os direitos da família, e as diretrizes das políticas públicas voltadas para valorização e apoio à entidade familiar.
> Art. 2º - Para fins desta Lei Complementar, reconhece-se como família, base da sociedade, credora de especial proteção, em conformidade com o art. 226 da Constituição Federal, a entidade familiar formada a partir da união de um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos.
> Parágrafo único – As relações de parentesco na linha ascendente ou colateral, bem como as relações derivadas de direito assistencial, mediante guarda ou tutela, gozam de proteção específica prevista em leis respectivas
> (...)
> Art. 9º - Os pais têm direito a que seus filhos recebam a educação moral, sexual e religiosa que não esteja em desacordo com as convicções estabelecidas no âmbito familiar.
> Parágrafo único – As convicções de que trata o caput têm precedência sobre aquelas estabelecidas em programas oficiais públicos ou privados, quando relacionadas à educação moral, sexual e religiosa.

[789] BONDER, *Op. cit.* 1998. pp. 90 e 91.
[790] BONDER, *Op. cit.* 1998. p. 91.

> Art. 10º - Os conselhos da família são órgãos permanentes e autônomos, não jurisdicionais, encarregados de tratar das políticas públicas voltadas à família e da garantia do exercício dos direitos da entidade familiar.
> Art. 11 – São atribuições do conselho da família:
> (...)
> § 2º - A formação do Conselho a que se refere o § 1º deste artigo, será composto dos seguintes membros: Associação dos Ministros Evangélicos do Acre – AMEACRE, Diocese de Rio Branco, Diocese de Cruzeiro do Sul, Grande Loja Maçônica do Estado do Acre, Federação Espírita do Estado do Acre, Conselho Tutelar de Rio Branco, Promotoria da Família – MPE/AC e Centro de Direitos Humanos e Educação Popular do Acre – CDHEP/AC.
> (...)
> Art. 13 - Esta Lei Complementar entrará em vigor na data de sua publicação, revogadas as disposições em contrário.

Donde se nota claramente que, entre outras graves incompatibilidades frontais com os textos da Constituição do Estado do Acre e da Constituição Federal, é inconstitucional por apresentar vício formal subjetivo insanável.

5. A análise da constitucionalidade da lei

5.1 A Incompetência constitucional "*ratione materiae*" do município para legislar em matéria de Direito Civil – Direito de Família – usurpação de competência privativa da União

A Constituição Federal, logo no seu artigo primeiro, ao estabelecer a forma de Estado e a forma de Governo, autodefiniu o Brasil como uma *República Federativa*, ou seja, um Estado federal e republicano, formado pela "união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal". Além de consagrar o seu modelo político-jurídico como um "Estado Democrático de Direito".

Como é próprio e caracterizador desse modelo de Estado composto – a Federação, a própria Constituição, consagrando o *"princípio da predominância do interesse"*, estabeleceu, de forma muito clara, o rol de competências, inclusive legislativa, de cada um dos seus entes federados.

Assim, estabelece expressamente o texto da Constituição Federal, no seu artigo 22, ao elencar as matérias de *"competência privativa"* da União para legislar, que:

Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre:

I – direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral...

Onde se nota que apenas à União Federal compete legislar em matéria de Direito Civil, ramo do Direito que compreende o Direito de Família.

Por sua vez, o artigo 30 da Carta Política na Nação elenca as matérias reservadas aos municípios, constituindo a sua competência legislativa e, em simetria com texto da

Constituição Federal, o artigo 22 da Constituição do Estado do Acre também descreve a competência legislativa reservada aos municípios acreanos, onde não se inclui a competência para legislar em matéria de Direito Civil, ramo do Direito integrado pelo Direito de Família.

A esse respeito, o Colendo Supremo Tribunal Federal já assentou em inúmeros julgados a competência exclusiva da União para legislar sobre Direito Civil, dos quais, apenas para efeito ilustrativo, destaca-se o seguinte excerto:

> STF: CONSTITUCIONAL. FEDERALISMO E RESPEITO ÀS REGRAS DE DISTRIBUIÇÃO DE COMPETÊNCIA. LEI 12.562/2004, DO ESTADO DE PERNAMBUCO. SUPOSTA VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 5º, II E XIII; 22, VII; E 170, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. LEI IMPUGNADA QUE DISPÕE SOBRE PLANOS DE SAÚDE, ESTABELECENDO CRITÉRIOS PARA A EDIÇÃO DE LISTA REFERENCIAL DE HONORÁRIOS MÉDICOS.
> INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, POR USURPAÇÃO DA COMPETÊNCIA DA UNIÃO EM MATÉRIA DE DIREITO CIVIL E DE POLÍTICAS DE SEGUROS (CF, ART. 22, INCISOS I E VII).
> 1. As regras de distribuição de competências legislativas são alicerces do federalismo e consagram a fórmula de divisão de centros de poder em um Estado de Direito. Princípio da predominância do interesse.
> 2. A Constituição Federal de 1988, presumindo de forma absoluta para algumas matérias a presença do princípio da predominância do interesse, estabeleceu, a priori, diversas competências para cada um dos entes federativos – União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios – e, a partir dessas opções, pode ora acentuar maior centralização de poder, principalmente na própria União (CF, art. 22), ora permitir uma maior descentralização nos Estados-Membros e nos Municípios (CF, arts. 24 e 30, inciso I).
> 3. A Lei 12.562/2004 do Estado de Pernambuco trata da operacionalização dos contratos de seguros atinentes à área da saúde, interferindo nas relações contratuais estabelecidas entre médicos e empresas. Consequentemente, tem por objeto normas de direito civil e de seguros, temas inseridos no rol de competências legislativas privativas da União (art. 22, incisos I e VII da CF). Os planos de saúde são equiparados à lógica dos contratos de seguro. Precedentes desta Corte: ADI 4.701/PE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, DJe de 22/8/2014.
> 4. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade formal da Lei 12.562/2004 do Estado de Pernambuco. Unânime.
> (STF, ADI 3.207/PE. Rel. Min. Alexandre de Moraes. Tribunal Pleno. Julgamento: 12/04/2018. DJe-080. Publicação: 25/04/2018) (os destaques não são do texto original).

Assim, diante do cotejo das matérias reservadas aos municípios, seja na Constituição Federal, seja na Constituição do Estado do Acre, percebe-se claramente que, ao legislar em matéria de Direito Civil – Direito de Família, o Município de Rio Branco não apenas extrapolou a sua competência legislativa, como usurpou a competência da União, em clara e evidente afronta ao texto da Constituição Federal e da Constituição do Estado do Acre, eivando de vício insanável a Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46.

5.2 Os direitos e garantias fundamentais e os valores constitucionais frontalmente violados

Não bastasse o vício formal, de crassa incompetência legislativa do Município de Rio Branco, em flagrante usurpação de competência da União, a Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46 violou diversos princípios, direitos, garantias e valores, consagrados pelas Constituições Federal e do Estado do Acre, em clara afronta ao próprio Estado Democrático de Direito e ao sistema republicano, a ponto de não se constituir em qualquer exagero afirmar que, a norma inconstitucional ora em comento, ao viger, revestir-se-ia em verdadeiro "retrocesso civilizatório". Tamanha a carga de preconceito, discriminação e inadmissível conservadorismo obscurantista. Além de perceptível e inegável fundamentalismo religioso.

Ao se arvorar a, indevidamente, definir "Família" apenas e tão somente como "**a entidade familiar formada a partir da união de um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos"** (art. 2º), excluindo, desta forma, todas as demais formas de "Família" encontradas na sociedade, da mais variada configuração, formadas na prática da vivência social - como por exemplo, entre avós e netos, tios e sobrinhos, irmãos mais velhos e mais novos, inclusive entre pessoas do mesmo sexo - negando existência no plano fático da chamada "família anaparental", formada por pessoas unidas ou não por laços de consaguinidade e estruturada com identidade de propósitos, afeto e solidariedade, independentemente da existência de verticalidade ou diferença de gerações -, a Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46 não apenas adotou uma visão extremamente reducionista de família – "heteroafetiva e monoparental" – mas, na prática, positivou o preconceito, a discriminação, o obscurantismo e o fundamentalismo, violando claramente o princípio constitucional da igualdade (ou da isonomia) e a garantia fundamental da não discriminação.

A este respeito, artigo 5º da Constituição Federal, no título relativo aos "Direitos e Garantias Fundamentais", estabelece textualmente que: "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade".

Assim, ao adotar o conceito reducionista de família - heteroafetiva e monoparental -, excluindo todas as demais formas existentes na sociedade - inclusive as homoafetivas, a lei em comento violou expressamente o artigo 5º da Constituição Federal, o princípio da igualdade e a garantia fundamental da não discriminação, ali consagrados.

A propósito, a respeito do conceito de família, sob o aspecto constitucional, o Supremo Tribunal Federal já decidiu, "com eficácia erga omnes e efeito vinculante", que: "a Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão 'família', não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa"; a "imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que

também se forma por vias distintas do casamento civil"; que "a Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo" e o "reconhecimento da união homoafetiva como família". Além de consagrar aquela Suprema Corte, em diversos julgados – dentre os quais a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF nº 132/RJ, julgada em conjunto com a Ação Direta de Inconstitucionalidade – ADI nº 4.277/DF, ao conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil -, o chamado "Constitucionalismo Fraternal", *verbis*:

> STF: ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N° 132/RIO DE JANEIRO -AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N° 4.277.
> 1. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL (ADPF). PERDA PARCIAL DE OBJETO. RECEBIMENTO, NA PARTE REMANESCENTE, COMO AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. UNIÃO HOMOAFETIVA E SEU RECONHECIMENTO COMO INSTITUTO JURÍDICO. CONVERGÊNCIA DE OBJETOS ENTRE AÇÕES DE NATUREZA ABSTRATA. JULGAMENTO CONJUNTO. Encampação dos fundamentos da ADPF no 132-RJ pela ADI no 4.277-DF, com a finalidade de conferir "interpretação conforme à Constituição" ao art. 1.723 do Código Civil. Atendimento das condições da ação.
> 2. PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO DAS PESSOAS EM RAZÃO DO SEXO, SEJA NO PLANO DA DICOTOMIA HOMEM/MULHER (GÊNERO), SEJA NO PLANO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL DE CADA QUAL DELES. A PROIBIÇÃO DO PRECONCEITO COMO CAPÍTULO DO CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. HOMENAGEM AO PLURALISMO COMO VALOR SÓCIO-POLÍTICO-CULTURAL. LIBERDADE PARA DISPOR DA PRÓPRIA SEXUALIDADE, INSERIDA NA CATEGORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DO INDIVÍDUO, EXPRESSÃO QUE É DA AUTONOMIA DE VONTADE. DIREITO À INTIMIDADE E À VIDA PRIVADA. CLÁUSULA PÉTREA. O sexo das pessoas, salvo disposição constitucional expressa ou implícita em sentido contrário, não se presta como fator de desigualação jurídica. Proibição de preconceito, à luz do inciso IV do art. 3º da Constituição Federal, por colidir frontalmente com o objetivo constitucional de "promover o bem de todos". Silêncio normativo da Carta Magna a respeito do concreto uso do sexo dos indivíduos como saque da kelseniana "norma geral negativa", segundo a qual "o que não estiver juridicamente proibido, ou obrigado, está juridicamente permitido". Reconhecimento do direito à preferência sexual como direta emanação do princípio da "dignidade da pessoa humana": direito a auto-estima no mais elevado ponto da consciência do indivíduo. Direito à busca da felicidade. Salto normativo da proibição do preconceito para a proclamação do direito à liberdade sexual. O concreto uso da sexualidade faz parte da autonomia da vontade das pessoas naturais. Empírico uso da sexualidade nos planos da intimidade e da privacidade constitucionalmente tuteladas. Autonomia da vontade. Cláusula pétrea.
> 3. TRATAMENTO CONSTITUCIONAL DA INSTITUIÇÃO DA FAMÍLIA. RECONHECIMENTO DE QUE A CONSTITUIÇÃO FEDERAL NÃO EMPRESTA AO SUBSTANTIVO "FAMÍLIA" NENHUM SIGNIFICADO ORTODOXO OU DA PRÓPRIA TÉCNICA JURÍDICA. A FAMÍLIA COMO CATEGORIA SÓCIO-CULTURAL E PRINCÍPIO ESPIRITUAL. DIREITO SUBJETIVO DE CONSTITUIR FAMÍLIA. INTERPRETAÇÃO NÃO-REDUCIONISTA. O caput do art. 226 confere à família, base da sociedade, especial proteção do Estado. Ênfase constitucional à instituição da família. Família em seu coloquial ou proverbial significado de núcleo doméstico, pouco importando se formal ou informalmente constituída, ou se integrada por casais heteroafetivos ou por pares homoafetivos. A Constituição de 1988, ao utilizar-se da expressão "família", não limita sua formação a casais heteroafetivos nem a formalidade cartorária, celebração civil ou liturgia religiosa. Família como instituição privada que, voluntariamente constituída entre pessoas adultas, mantém com o Estado e a

> sociedade civil uma necessária relação tricotômica. Núcleo familiar que é o principal lócus institucional de concreção dos direitos fundamentais que a própria Constituição designa por "intimidade e vida privada" (inciso X do art. 5º). Isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos que somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família. Família como figura central ou continente, de que tudo o mais é conteúdo. Imperiosidade da interpretação não-reducionista do conceito de família como instituição que também se forma por vias distintas do casamento civil. Avanço da Constituição Federal de 1988 no plano dos costumes. Caminhada na direção do pluralismo como categoria sócio-político-cultural. Competência do Supremo Tribunal Federal para manter, interpretativamente, o Texto Magno na posse do seu fundamental atributo da coerência, o que passa pela eliminação de preconceito quanto à orientação sexual das pessoas.
> 4. UNIÃO ESTÁVEL. NORMAÇÃO CONSTITUCIONAL REFERIDA A HOMEM E MULHER, MAS APENAS PARA ESPECIAL PROTEÇÃO DESTA ÚLTIMA. FOCADO PROPÓSITO CONSTITUCIONAL DE ESTABELECER RELAÇÕES JURÍDICAS HORIZONTAIS OU SEM HIERARQUIA ENTRE AS DUAS TIPOLOGIAS DO GÊNERO HUMANO. IDENTIDADE CONSTITUCIONAL DOS CONCEITOS DE "ENTIDADE FAMILIAR" E "FAMÍLIA". A referência constitucional à dualidade básica homem/mulher, no §3º do seu art. 226, deve-se ao centrado intuito de não se perder a menor oportunidade para favorecer relações jurídicas horizontais ou sem hierarquia no âmbito das sociedades domésticas. Reforço normativo a um mais eficiente combate à renitência patriarcal dos costumes brasileiros. Impossibilidade de uso da letra da Constituição para ressuscitar o art. 175 da Carta de 1967/1969. Não há como fazer rolar a cabeça do art. 226 no patíbulo do seu parágrafo terceiro. Dispositivo que, ao utilizar da terminologia "entidade familiar", não pretendeu diferenciá-la da "família". Inexistência de hierarquia ou diferença de qualidade jurídica entre as duas formas de constituição de um novo e autonomizado núcleo doméstico. Emprego do fraseado "entidade familiar" como sinônimo perfeito de família. A Constituição não interdita a formação de família por pessoas do mesmo sexo. Consagração do juízo de que não se proíbe nada a ninguém senão em face de um direito ou de proteção de um legítimo interesse de outrem, ou de toda a sociedade, o que não se dá na hipótese sub judice. Inexistência do direito dos indivíduos heteroafetivos à sua não-equiparação jurídica com os indivíduos homoafetivos. Aplicabilidade do § 2º do art. 5º da Constituição Federal, a evidenciar que outros direitos e garantias, não expressamente listados na Constituição, emergem "do regime e dos princípios por ela adotados", verbis: "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".
> 6. INTERPRETAÇÃO DO ART. 1.723 DO CÓDIGO CIVIL EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO FEDERAL (TÉCNICA DA "INTERPRETAÇÃO CONFORME"). RECONHECIMENTO DA UNIÃO HOMOAFETIVA COMO FAMÍLIA. PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES. Ante a possibilidade de interpretação em sentido preconceituoso ou discriminatório do art. 1.723 do Código Civil, não resolúvel à luz dele próprio, faz-se necessária a utilização da técnica de "interpretação conforme à Constituição". Isso para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família. Reconhecimento que é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências da união estável heteroafetiva.

Na mesma violação, incidem ainda os artigos 4º, 5º, 6º e 7º da Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46, ao reservarem as políticas públicas municipais exclusivamente a uma única forma de família – formada "da união de um homem e uma mulher, por meio de casamento ou de união estável, e a comunidade formada por qualquer dos pais e seus filhos" – deixando, por via inversa, ao desabrigo, todas as demais formas familiares existentes e aqui já mencionadas, o que, como visto, não apenas encontra obstáculo

instransponível no texto da Constituição Federal, como também na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.

Nesse diapasão, ao adotar um conceito privilegiado, reducionista, preconceituoso, discriminatório, obscurantista e fundamentalista de família e somente a ele – o modelo de acordo com determinados dogmas religiosos que inspiram o espírito da lei em comento –, violou-se os princípios da República, ao negar "cidadania" e "dignidade da pessoa humana" a todos os demais núcleos familiares, formados por todas as demais pessoas – homens, mulheres, crianças e idosos – que integram as mais variadas formas de família encontradas na sociedade, para além do "modelo absoluto consagrado", ao negar-lhes, além de reconhecimento, negar inclusive as políticas públicas municipais voltadas à proteção da família que, por óbvio, são custeadas com os recursos provenientes de "todos" os contribuintes. Uma vez que, para recolher tributos, o Estado brasileiro, e em especial o Município de Rio Branco, não faz qualquer tipo de "discriminação".

Ao mesmo tempo, a Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46 violou também os objetivos fundamentais da República, preconizados no artigo 3º, I e IV da Carta Magna, que visam justamente "construir uma sociedade livre, justa e solidária" e "promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação".

A esse respeito, é importante destacar ainda, que o artigo 19 da Constituição Federal estabelece um rol de vedações expressas a todos os entes federativos, União, Estados e Municípios, dentre os quais "criar distinções entre brasileiros ou preferências entre si" (III).

Dessa forma, não se pode olvidar que a interpretação sistemática e teleológica dos dispositivos constitucionais e infraconstitucionais citados, e a análise das demais fontes do Direito, como a doutrina e a jurisprudência pátrias, caminham no sentido de construir um conceito de família sob a ótica da pluralidade, de forma a reconhecer como entidade familiar todas as conformações, cujo elemento identificador seja o comprometimento mútuo e contínuo, decorrente de laços de afetividade entre seus membros, adequando-se a aplicação das normas jurídicas, para fins de tutela da realidade social não prevista pelo legislador, em conformidade, ainda, com o direito posto no plano internacional e nos tratados dos quais o Brasil é signatário.

Assim, a não validação das relações homoafetivas como entidade familiar, além exprimir conteúdo preconceituoso, discriminatório e excludente, acaba por legitimar e até estimular a prática de atitudes homofóbicas na sociedade. O que, como já preconizado pela Suprema Corte, ofende o direito à personalidade, à intimidade e à vida privada, bem como à autodeterminação dos indivíduos, afetando diretamente sua autoestima e dignidade.

Dessa forma, da análise de seu texto, não constitui nenhum exagero afirmar que a Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46, e todas as demais propostas legislativas com igual teor que é cediço, tramitam em diversas casas legislativas existentes nesse país, inclusive no Congresso Nacional, possuem conteúdo claramente homofóbico.

Por outro lado, o artigo 205 do Texto Magno estabelece ser "a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho".

Enquanto que, o artigo 206 da Carta Política estabelece ainda que "o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios" - dentre os quais a "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (inciso II), o "pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas, e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino" (inciso III) e a "gestão democrática do ensino público, na forma da lei" (inciso VI):

De forma que, o artigo 9º da Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46 viola todos esses dispositivos constitucionais ao subordiná-los às "convições estabelecidas no âmbito familiar", notadamente do seu "modelo absoluto consagrado" de família – "heteroafetiva e monoparental",inclusive, determinando no parágrafo único do referido dispositivo que, "as convicções de que trata o *caput* têm precedência sobre aquelas estabelecidas em programas oficiais públicos ou privados, quando relacionadas à educação moral, sexual e religiosa".

Ou seja, na prática, as escolas municipais de Rio Branco tornar-se-iam "escolas religiosas", cerceando-se toda e qualquer "liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber" (CF, art. 206, inciso II), "pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas" (CF, art. 206, inciso III) e "gestão democrática do ensino público, na forma da lei" (CF, art. 206, inciso VI). Tal como determina o texto constitucional.

O que, na prática, tornar-se-ia absolutamente impraticável ao poder público, uma vez que, haveria a necessidade de se ter, em cada escola municipal, uma sala de aula específica para cada "convicção moral, sexual e religiosa" existente na sociedade.

A não ser, evidentemente, que a intenção subjacente da lei municipal fosse, na verdade – como de fato parece ser –, garantir apenas uma única e exclusiva "convicção moral, sexual e religiosa" nas escolas municipais.

Continuando no extenso rol de inconstitucionalidades da Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46, o seu artigo 11, § 2º, ao estabelecer que a formação do "Conselho da Família" será composto exclusivamente pela Associação dos Ministros Evangélicos do Acre – AMEACRE, Diocese de Rio Branco, Diocese de Cruzeiro do Sul, Grande Loja Maçônica do

Estado do Acre, Federação Espírita do Estado do Acre, Conselho Tutelar de Rio Branco, Promotoria da Família – MPE/AC e Centro de Direitos Humanos e Educação Popular do Acre – CDHEP/AC", viola expressamente os artigos 5º, VI e 19, I da Constituição Federal.

O artigo 5º, inciso VI da CF, afirma ser "inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias". De todas as religiões!

E o artigo 19, por sua vez, afirma ser "vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios", dentre outras vedações, segundo o seu inciso I, "estabelecer cultos religiosos ou igrejas, subvencioná-los, embaraçar-lhes o funcionamento ou manter com eles ou seus representantes relações de dependência ou aliança, ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público". É o chamado princípio da "laicidade do Estado".

Ou seja, a vedação expressa de o Estado brasileiro, por qualquer de seus entes federados, adotar uma "religião oficial", "chapa branca". Ou perseguir alguma delas.

A laicidade do Estado não significa, nem poderia significar, a abominação ou a exclusão da religião, da religiosidade ou da espiritualidade das relações sociais, ou entre o cidadão e o Estado.

> "A Laicidade é a forma institucional que toma nas sociedades democráticas a relação política entre o cidadão e o Estado, e entre os próprios cidadãos. No início, onde esse princípio foi aplicado, a Laicidade permitiu instaurar a separação da sociedade civil e das religiões, não exercendo o Estado qualquer poder religioso e as igrejas qualquer poder político.
> Para garantir simultâneamente a liberdade de todos e a liberdade de cada um, a Laicidade distingue e separa o domínio *público*, onde se exerce a cidadania, e o domínio *privado*, onde se exercem as liberdades individuais (de pensamento, de consciência, de convicção) e onde coexistem as diferenças (biológicas, sociais, culturais). Pertencendo a todos, o espaço público é indivisível: nenhum cidadão ou grupo de cidadãos deve impôr as suas convicções aos outros. Simétricamente, o Estado laico proíbe-se de intervir nas formas de organização colectivas (partidos, igrejas, associações etc.) às quais qualquer cidadão pode aderir e que relevam do direito privado.
> A Laicidade garante a todo o indivíduo o direito de adoptar uma convicção, de mudar de convicção, e de não adoptar nenhuma.
> A Laicidade do Estado não é portanto uma convicção entre outras, mas a condição primeira da coexistência entre todas as convicções no espaço público.
> Todavia, nenhuma liberdade sendo absoluta e todo o direito supondo deveres, os cidadãos permanecem submetidos às leis que se deram a si próprios"[791].

Dessa forma, ao restringir a formação dos chamados, "conselhos da família", a apenas algumas denominações religiosas específicas e privilegiadas, o artigo 11, § 2º da **Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46**, mais uma vez demonstra, de forma inequívoca, preconceito, privilégio indevido e discriminação, ao eleger os seus preferidos e excluir os demais.

[791] Disponível em: < http://www.laicidade.org/documentacao/textos-criticos-tematicos-e-de-reflexao/aspl/>.

Além de violar expressamente os artigos 5º, VI e 19, I da Constituição Federal, a liberdade de crença e de culto e a laicidade do Estado, o dispositivo legal municipal, ora questionado, violava também – e mais uma vez -, o princípio constitucional da igualdade, definido no *caput* do mesmo artigo 5º da CF, ao excluir todas as demais orientações religiosas, tais como as diversas religiões de matriz africana, as religiões que fazem uso da Ayahuasca, as religiões indígenas, o Islamismo, o Budismo e etc. , todas com representação no Município de Rio Branco. Além de inúmeras organizações da sociedade civil com atuação afeta ao tema tratado – mesmo que de forma indevida – pela lei municipal inconstitucional.

A respeito do tema, a Organização das Nações Unidas – ONU, através de seu escritório no Brasil, manifestou-se da seguinte maneira:

> NOTA DO SISTEMA ONU NO BRASIL
> SOBRE A PROPOSTA DE ESTATUTO DA FAMÍLIA
> O Sistema ONU no Brasil acompanha com preocupação a tramitação, no Congresso Nacional, da Proposição Legislativa que institui o Estatuto da Família (PL 6583/2013), especialmente quanto ao conceito de família alí expressos e seus impactos para o exercício dos direitos humanos.
> (...)
> Assim, é importante assegurar que outros arranjos familiares, além do formado por casal heteroafetivo, também sejam igualmente protegidos (unipessoal, casal com filhos, casal sem filhos, mulher/homem sem cônjuge e com filhos, casais homoafetivos com ou sem filhos, dentre outros) como parte dos esforços para eliminar a discriminação. Negar a existêcia destas composições familiares diversas, para além de violar os tratados internacionais, representa uma involução legislativa.
> Também seguem na contramão do que dispõem o Consenso de Quito, aprovado na décima Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e Caribe, celebrada em Quito em agosto de 2007; o Consenso de Brasília, aprovado na XI Conferência Regional sobre a Mulher da América Latina e Caribe, celebrada em Brasília em julho de 2010; e as conclusões adotadas sobre a eliminação e prevenção de todas as formas de violência contra a mulher e a menina durante o 57º período de sessões da Comissão da Condição Jurídica e Social da Mulher de 2013. Uma definição restritiva fere também a Declaração e Programa de Ação de Durban, que foram aprovadas na Conferência Mundial contra o Racismo, a Discriminação Racial, a Xenofobia e as Formas Conexas de Intolerância de 2001, e a Resolução nº 68/237 da Assembléia Geral, de 23 de dezembro de 2013, que proclamou a Década Internacional de Afrodescendentes, com início em 1º de janeiro de 2015 e fim em 31 de dezembro de 2024.
> (...)
> Sistema ONU no Brasil, outubro de 2015. [792]

6. Conclusão

Assim, em conclusão a toda a análise constitucional aqui realizada, nota-se claramente que a lei municipal de Rio Branco ora averiguada, inquinada de inconstitucionalidade(s), no afã de privilegiar e positivar determinados dogmas de religião específica, olvida, de forma absoluta, todos os princípios e valores republicanos e do Estado Democrático de Direito, consagrados tanto na Constituição Federal – a Constituição Cidadã –, quanto na Constituição

[792] Disponível em:< https://nacoesunidas.org/wp-content/upload/2015/10/onu-est-familia.pdf

do Estado do Acre, ao adotar um conceito reducionista, preconceituoso, discriminatório e fundamentalista de família, olvidando também que, em verdade, mais do que laços sanguíneos ou dogma religioso, família é amor, é afeto, apoio, amparo e cooperação.

Olvida, sobretudo, que a pretexto de impor dogmas religiosos, a ferro e a fogo – tal como se tentou –, muitas atrocidades já foram cometidas ao longo da História da Humanidade. De tal forma, que não seria nenhum exagero afirmar que, nesta quadra da História, iniciativas como a Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46 e muitas outras com o mesmo teor que tramitam em casa legislativas municipais e estaduais e até mesmo no Congresso Nacional, constituem-se, em verdade, nas "novas fogueiras da modernidade" onde haverão de arder todos aqueles que ousarem não integrar a "religião oficial" ou não comungar com os dogmas religiosos positivados na lei. Ou, ainda, um símbolo[793] muito claro da exclusão e da intolerância em tempos de discursos de ódio *(hate speech)*[794] - tal como uma nova espécie de "Estrela de Davi", afixada no peito dos judeus, dos homossexuais e de todos os indesejáveis, nos guetos de Berlim ou de Varsóvia, no início do "breve século XX", como o definiu o historiador britânico Eric Hobsbawm[795].

A Lei Complementar Municipal de Rio Branco nº 46, bem como as demais iniciativas legislativas com o mesmo jaez, negam cidadania aos cidadãos brasileiros. E, justamente, por quem foi eleito para representá-los e protegê-los. Ao mesmo tempo, que negam os valores máximos de amor, fraternidade e de comunhão do Cristianismo.

Da mesma forma, tais iniciativas legislativas constituem-se também em um passo largo de retrocesso civilizatório. Consagram e positivam juridicamente o preconceito, a discriminação e a intolerância, devendo, portanto, os membros do Ministério público, no cumprimento de seu papel constitucional, imediatamente, adotar medidas judiciais e extrajudiciais para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, e, essencialmente no âmbito judicial, promover o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das normas, visando proteger os interesses, garantias e direitos fundamentais eventualmente violados, coibindo qualquer forma de discriminação, exclusão e desigualdade, e resguardando, assim, o Estado Democrático de Direito.

Para finalizar, uma vez que o debate posto perpassa, de forma muito clara, aspectos teológicos – embora em uma clara tentativa de substituição do modelo político da Democracia para uma espécie disfarçada de "Teocracia" -, pode-se mencionar um trecho das Sagradas Escrituras, atribuído a Jesus de Nazaré, no qual o Mestre Rabi afirma:

---

[793] Sobre o tema, veja-se: BOURDIEU, Pierre. **O Poder Simbólico.** 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.
[794] Sobre o tema, veja-se: CAVALCANTE FILHO, João Trindade. **O Discurso de Ódio na Jurisprudência alemã, americana e brasileira.** (série IDP: linha pesquisa acadêmica). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.
[795] *Cf.* HOBSBAWM, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991.** São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

"Eu vos dou um novo mandamento: amai-vos uns aos outros. Como eu vos amei, assim também vós deveis amar-vos uns aos outros. Nisto conhecerão todos que sois os meus discípulos: se vos amardes uns aos outros".(Jesus de Nazaré *in* João 13:34-35).

De forma que, o amor e a diversidade e não o ódio e a segregação devem ser o Norte do processo civilizatório, tal qual preconizado por Immanuel Kant.

7. Proposta de enunciado

A edição das leis, além do dever de obediência às normas de iniciativa e competência legislativa, também deve guardar, em seu conteúdo, consonância com os objetivos, princípios, garantias e direitos fundamentais encartados na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, sob pena de criar-se uma legislação eivada de inconstitucionalidade, como no caso da Lei Complementar n. 46, de 02 de maio de 2018, que instituiu o chamado "Estatuto da família", no âmbito do Município de Rio Branco, no estado do Acre, e de outras iniciativas legislativas do mesmo teor, em total afronta às regras e princípios constitucionais, bem como ao entendimento sufragado no âmbito internacional, devendo os membros do Ministério Público, no cumprimento de seu papel constitucional, imediatamente adotar medidas judiciais e extrajudiciais para a defesa dos direitos fundamentais dos cidadãos, e, essencialmente no âmbito judicial, promover o controle difuso e concentrado de constitucionalidade das normas, visando proteger os interesses, garantias e direitos fundamentais eventualmente violados, coibindo qualquer forma de discriminação, exclusão e desigualdade, e resguardando, assim, o Estado Democrático de Direito.

Referências bibliográficas

AZEVEDO, Francisco. O Arroz de Palma. Rio de Janeiro: Record, 2013.

BONDER, Nilton. A alma imoral. Rio de Janeiro: Rocco, 1998.

BOURDIEU, Pierre. O Poder Simbólico. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2007.

CAVALCANTE FILHO, João Trindade. O Discurso de Ódio na Jurisprudência alemã, americana e brasileira. (série IDP: linha pesquisa acadêmica). São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

COELHO, Fábio Ulhoa. Curso de Direito Civil: Família – Sucessões. v. 5. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

HOBSBAWM, Eric. Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

ORDENAMENTO DO ESPAÇO URBANO: EFETIVIDADE NA TUTELA DIFUSA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA PÚBLICA

Alice de Almeida Freire[1*]

"Se em uma rua escura se cometem mais atos violentos do que em uma rua clara, bastaria iluminá-la e isso se tornaria mais eficaz do que constituir prisões" (Enrico Ferri)

SÍNTESE DOGMÁTICA

No diagnóstico da violência urbana e na sua prevenção, o urbanismo, pelo efetivo desempenho das suas funções, tem papel destacado. É possível harmonizar as contradições e os conflitos das interações sociais com uma cidade mais planejada e menos violenta, dispondo da interdisciplinariedade no direito e de outros saberes como suporte ao manejo do microssistema de defesa da ordem urbanística e da segurança pública. Sob esse prisma, a atuação sistêmica do Ministério Público no manejo do microssistema de defesa do direito ambiental e urbanístico, com o fim de garantir a implementação do ordenamento urbano, traduz perspectiva concreta de maior efetividade na tutela difusa da segurança pública para a garantia dos direitos humanos fundamentais com significativo impacto na redução dos índices de criminalidade.

PALAVRAS-CHAVES: ordenamento urbano; violência urbana, interdisciplinariedade, microssistema de tutela coletiva; tutela difusa da ordem urbanística e da segurança pública; efetividade na garantia dos direitos fundamentais.

FUNDAMENTAÇÃO

1. Introdução

O estudo da violência urbana é desafio proposto no Brasil e no Mundo. Nos próximos quinze anos, estima-se que a população mundial urbana aumente em mais de dois bilhões de habitantes, passando a concentrar-se em pouco tempo, quase na sua totalidade, no ambiente urbano.

As cidades, *urbes*, estão inseridas no processo de evolução da civilização. Nesse contexto, algumas cidades desapareceram, outras estagnaram e muitas acompanharam o desenvolvimento dos seus setores produtivos. Marx Weber (1987, p.938), em sua obra Economia e Sociedade: Esboço de Sociologia Compreensiva, conclui que a cidade surgiu historicamente como um tipo de assentamento de mercado, no qual a população satisfaz parte das suas necessidades cotidianas, compreendendo, além do aspecto econômico, um caráter político-administrativo que tem suas origens na concepção antiga e medieval de cidade como espaço fortificado, uma fortaleza que guarda o mercado local. O surgimento das cidades está aliado, portanto, aos fatos históricos, geográficos e sociais, - seu sistema de planejamento remonta Roma Antiga, sob a égide de defesa militar e de garantia do espaço público para o exercício da cidadania, concepção que se seguiu na Idade Média.

As teorias sociológicas que ainda hoje orientam o estudo sobre o fenômeno urbano remetem às forças de mercado como socialmente excludentes. A violência urbana surge dessa conjuntura. Desde as primeiras décadas do século XX, os Estados Unidos, por suas escolas e academias, estuda a violência como fenômeno urbano.

John Locke, sobre a teoria contratualista, desenvolveu seu pensamento no sentido de que não vivemos em um estado de guerra, ao contrário, vivemos em um estado de harmonia e concórdia, no qual o indivíduo é um ser livre e igual, é um ser racional. Apesar disso, este estado não está isento de conflitos. Seguindo este pensamento, o Estado deve garantir os três direitos fundamentais do indivíduo: a vida, a defesa da própria vida e a propriedade. Locke foi o único filósofo contratualista a defender a propriedade privada como um direito natural. Apontou que o desenvolvimento intelectual dos indivíduos e o individualismo, propiciado pelo iluminismo, foram responsáveis para a necessidade de uma legislação reguladora. O homem, segundo o filósofo inglês, deve ter consciência de seu estado de liberdade, não como um estado em que possa fazer o que bem entender, mas sim um estado regido por leis que lhe permitam viver, com mínima intervenção estatal, em comunidade.

A evolução do Estado liberal perpassa pelo então denominado Estado Social até a concepção do atual Estado Democrático de Direito, acrescentando ao rol de direitos fundamentais o direito ao meio ambiente equilibrado, incluído, nesse conceito, o meio ambiente urbano.

Sobre o meio urbano, Édis Milaré aduz que "em torno do meio ambiente, a doutrina jurídica vem, há tempos deparando com fatos novos, ligados à dinâmica da evolução das cidades. Esses fatos escapavam aos limites do ordenamento até então existente, mesmo porque a revolução urbana não cessa de suscitar novas situações, novos problemas." (MILARÉ, 2014, p. 612)

Imprescindível, portanto, é o ordenamento e o planejamento das cidades, de modo a garantir a segurança, atuando na prevenção da criminalidade, e o bem-estar dos seus habitantes.

Com esse propósito, a Constituição Federal, na parte em que se dedica à função social das cidades, determina o estabelecimento do plano diretor nas cidades brasileiras com mais de vinte mil habitantes, objetivando o ordenamento, o pleno desenvolvimento das funções sociais das cidades e a garantia do bem estar dos seus habitantes (art.182 da Constituição Federal).

As cidades foram alçadas, portanto, ao patamar constitucional pela sua importância na organização social. Pretendeu-se estabelecer o controle jurídico estatal sobre o desenvolvimento urbano, garantindo-se a gestão democrática das cidades pela plena participação popular na concepção dos seus planos estratégicos. A função social da propriedade, preconizada pela Constituição Federal e prescrita no Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001) direciona sobremaneira o ordenamento territorial, na medida em que condiciona o exercício do direito à propriedade, ao interesse público, coletivo.

No diagnóstico da violência urbana e na sua prevenção, o urbanismo, ciência ordenadora dos fatos sociais ocorridos nas cidades, e suas respectivas normas cogentes, garantidoras do bem-estar dos cidadãos, tem papel preponderante.

O tema proposto neste estudo pretende propiciar a visão de que é possível harmonizar as contradições e conflitos das interações sociais com uma cidade mais urbana, planejada e menos violenta, valendo-se dos saberes multidisciplinares, encontrados na criminologia, sociologia, filosofia, urbanismo, *lato sensu*, e no próprio direito, na administração e políticas públicas, para dar amparo ao microssistema de tutela coletiva de defesa da ordem urbanística e da segurança pública. É viável e necessário, portanto, correlacionar violência urbana com ordenamento e planejamento urbanos.

A cidade – seu ordenamento, bem-estar e segurança dos seus cidadãos – é o grande cenário desse estudo.

2. O Microssistema de Tutela Coletiva

O microssistema da tutela coletiva no Brasil é solidamente amparado pela doutrina e bem recepcionado pela pacífica jurisprudência dos nossos tribunais. A primeira referência a esse microssistema ocorreu com a aprovação do Código de Defesa do Consumidor, pela expressa e recíproca menção aos dispositivos da Lei da Ação Civil Pública. Após, esse microssistema passou a ser juridicamente considerado como composto pela conjugação dessas leis à anterior lei da Ação Popular e o posterior Estatuto da Criança e do Adolescente, tudo objetivando a tutela de interesses transindividuais.

Na tutela coletiva incluem-se esses chamados interesses transindividuais, quer sejam interesses coletivos ou interesses difusos, além dos chamados interesses individuais homogêneos, ocasionalmente coletivos.

Por interesses difusos, a doutrina, amparada pelo memorável voto do Ministro Maurício Corrêa no Recurso Especial 163.231-3/STJ, entende aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias, enquanto os coletivos, aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classe de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Já, por interesses individuais homogêneos os que têm a mesma origem comum – foram inicialmente preconizados no artigo 81, III, do Código de Defesa do Consumidor e constituem-se em subespécie de direitos coletivos.

Para a tutela de todos esses interesses, disciplinou-se, a partir da Lei 7.347/85, a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e paisagístico, assim como qualquer outro interesse difuso.

Entre a expressão "qualquer outro interesse difuso" inclui-se a inviolabilidade do direito à segurança expressamente prevista na Constituição Federal em seus artigos 5º, *caput* e 144:

> "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 (...)
> Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)"

O mencionado direito à segurança possui inequívocas características de um direito difuso, uma vez que se trata de direito transindividual, de natureza indivisível, cuja titularidade pertence a pessoas indeterminadas e ligadas, entre si, por uma relação fática.

De outro lado, a Carta da República (art. 129, incisos II e III) dispõe que é função institucional do Ministério Público zelar pelo efetivo respeito aos poderes e serviços de relevância pública, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção social e do patrimônio, arcabouço em que se insere a **tutela da segurança pública.**

Nessa linha de intelecção, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

> (…)
> 3. o direito à segurança pode ser objeto de ação civil pública ambiental nos termos do art. 1°, IV da Lei n. 7.347/85, 83 do CDC e 3°, I, "a", da Lei 6938/81 e figura entre os chamados direitos humanos fundamentais ou direitos de quarta geração. Se o Estado não toma as medidas necessárias a assegurar a proteção desse direito, cumprindo com o seu dever institucional, o Ministério Público, no exercício da sua atribuição legal, está legitimado para propor ação civil pública objetivando a condensação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer (art. 3° ACP), constituindo autêntica obrigação de fazer a prestação da segurança à população, que pode e deve ser prestada jurisdicionalmente, no caso de omissão do poder público. (Resp. n° 725257MG, Rel. Min. José Delgado)
> (grifo nosso)

A tutela coletiva da segurança pública está preponderantemente amparada pelo sistema jurídico penal repressivo, mas poderá ser também manejada por um arcabouço de leis extrapenais: Lei da Ação Popular – Lei nº 4717/65, Lei da Ação Civil Pública – Lei 7.347/85, Lei da Improbidade Administrativa – Lei nº 8429/92, Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625/93, residualmente pelo Código Civil e pelo Código de Processo Civil, e, implicitamente, por todas as leis que regulam a sistema ambiental e a ordem urbanística, especialmente, o Estatuto das Cidades – Lei 10.257/01, a Lei de Parcelamento de Solo – Lei 6.766/79 e os respectivos Planos Diretores e leis municipais.

E não poderia ser diferente. O aumento da criminalidade no Brasil, nas últimas décadas, especialmente nas cidades, tem colocado a segurança pública como uma das principais exigências da sociedade perante o poder público. A insegurança vivida pela sociedade expõe a fragilidade do sistema preventivo e repressivo da criminalidade, a qual representa uma ameaça ao estado democrático de direito, notadamente ao direito à inviolabilidade à vida, à liberdade e à segurança dos indivíduos, assegurados no artigo 5° da Constituição Federal.

As academias e instituições devem, além de subsidiar os marcos e referenciais teóricos desse microssistema, preparar os operadores do direito para o seu efetivo e multidisciplinar manejo. Essa perspectiva criminológica ainda é pouco difundida entre os profissionais do direito.

3. Escolas Criminológicas

As políticas de prevenção à criminalidade, aliadas às práticas de justiça criminal encerram questões de ordem filosóficas e sociológicas mais profundas.

O crime é tido como fato social e como tal sempre esteve latente nas discussões sociopolíticas do cotidiano. O centro urbano passou a ser o maior palco de sua ocorrência

desde o fenômeno da industrialização/urbanização. Isso porque o grande centro urbano é desde então cenário das novas interações e conflitos sociais.

"(...) Pelas suas dimensões sem precedentes, pela sua heterogeneidade étnica e cultural, pelo anonimato e atomismo de sua interação, a cidade moderna caracteriza-se pela ruptura dos mecanismos tradicionais de controle (família, vizinhança, religião, escola) e pela pluralidade, praticamente sem limites, das alternativas de conduta. (...) Para fins sociológicos, uma cidade pode ser definida como um núcleo relativamente grande, denso e permanente de indivíduos socialmente heterogêneos." (FREITAS, 2002, ps.33 e 34).

A grande cidade, nesse sentido, é um ambiente densamente povoado, heterogêneo, caracterizado pela impessoalidade, por desigualdades sociais profundas, e, propício aos desvios de conduta e à prática de crimes.

Para o combate a esses desvios surgiram instituições de controle social; a polícia, o Ministério Público e as leis que compreendem todo o sistema penal preventivo e repressivo.

A grande cidade do século XIX foi marcada por sérios problemas de infraestrutura, agressões ao meio ambiente e um quadro de degradação e desordem.

Surgem, nas primeiras décadas do século XX, as escolas sociológicas de prevenção à criminalidade e as primeiras referências aos estudos que correlacionam organização do espaço urbano e criminalidade. As causas da criminalidade passam a ser tidas como oriundas do próprio ambiente urbano (exógenas). Destaca-se a chamada teoria da ecologia humana, a qual considera que a sociedade impõe limitações ao livre arbítrio dos indivíduos.

Até então, as causas da criminalidade eram tidas pela criminologia tradicional como causas endógenas e relacionadas à própria essência e caráter do homem (Franz Gall e Lombroso).

A teoria ecológica baseia-se na perspectiva de vida coletiva com um processo adaptativo, consistente de uma interação do meio ambiente, população e organização. Privilegiam-se, no estudo das causas da criminalidade, aspectos sociológicos ao invés de individuais, considerando o comportamento humano como reflexo das circunstâncias socioambientais, no sentido de que o ambiente compreende os aspectos físico, social e cultural da atividade humana.

O crime passa a ser tido como um produto social do urbanismo, um fenômeno ambiental.

A Escola de Chicago, preocupada com a densidade demográfica da cidade e com a carência de espaços, após o surgimento dos "Guetos" (espaços de moradia sem infraestrutura destinada aos imigrantes da revolução industrial) e das "Gangues", foi a primeira a desenvolver a teoria ecológica no estudo da cidade e os problemas relativos à imigração,

delinquência, crime e problemas sociais. Os estudos da Escola de Chicago foram referências para o estudo da criminalidade urbana sob o enfoque pragmático, ao adotar, além do conceito de ecologia humana, o método da observação das "cenas sociais observáveis", do qual esteve à frente Robert Park, um dos principais teóricos de Chicago.

Pela primeira vez, estudou-se a criminalidade a partir da cidade, como um grande laboratório, definida em áreas pela distribuição e demografia do crime (Teoria da Zonas Concêntricas).

Ao reconhecer a prevalência de um determinismo ambiental, a Escola de Chicago admitiu que as infrações penais decorressem de uma imposição do ambiente físico e social. Nessa perspectiva, a diminuição da criminalidade dependeria da intervenção de políticas públicas preventivas, com o aumento do controle social das áreas pobres.

Tendo por referência o fato de que a desorganização das áreas pobres era uma das principais causas da criminalidade, adotou, por meio do poder público, recursos que viabilizaram esse controle: organização de atividades supervisionadas para jovens, redirecionando suas atividades para modalidades edificantes e socialmente significativas recreativas (esportivas e de jovens); redução da deterioração física dos bairros; aconselhamento e orientação junto às gangues; aumento da capacidade das regiões pobres a mobilizarem, por si, seus recursos de controle social, promovendo o bem-estar social.

A Escola de Chicago foi reconhecida pela sua capacidade de orientar políticas públicas na área da segurança e controle da criminalidade, explorando as relações entre espaço e crime.

Dentre as teorias de prevenção da criminalidade desenvolvidas por Chicago, destacou-se a que preconiza a prevenção do crime pelo desenho ambiental, ao considerar que o desenho arquitetônico de prédios e áreas públicas previne a ocorrência do delito. Para os sociólogos de Chicago, o espaço público é defensível, por meio de controle e preservação, a partir do desenvolvimento da noção psicológica de territorialidade e sentimento de pertença.

Para o efetivo controle social, desenvolveu a "teoria das janelas quebradas", orientando que uma simples janela quebrada leva ao estímulo para a prática de outros danos, ocorrendo a deterioração física e das relações sociais. Essa teoria serviu de referência teórica para a política de tolerância zero, adotada nas grandes metrópoles americanas, sobretudo na cidade de Nova Iorque, a qual considera que se prevenindo crimes menores, reduz-se substancialmente a criminalidade em geral.

Os estudos e pesquisas desenvolvidos pela criminologia reforçam a inter-relação entre o fenômeno urbano e a criminalidade e contribuíram para orientar à adoção de políticas públicas de prevenção da criminalidade nos grandes centros urbanos.

4. Teorias socioambientais contemporâneas de prevenção da violência.

A teoria ecológica e seus estudos de observação sobre o crime resurgiram nas décadas de 70 e 80 do último século pela construção das teorias do controle, as quais destacam que as pessoas são potenciais criminosas e dependem da oportunidade e incentivo para as práticas criminosas. O exemplo disso é a política de "tolerância zero", derivada da Teoria das Janelas Quebradas, como vimos. Nos dias de hoje, a teoria ecológica é ainda referência para os estudos criminológicos, como foi para as teorias subsequentes: teorias culturais e subculturais, as teorias do aprendizado cultural e a da prevenção do crime pelo desenho ou arquitetura ambiental. Mas foi necessário ressalvar que, apesar da influência do ambiente sobre o indivíduo, esse não necessariamente determina personalidades.

Dentre essas teorias, destacou-se a da prevenção do crime pela arquitetura ambiental, também chamada de Arquitetura contra o Crime, a qual sustenta que pelas intervenções do desenho urbano, previne-se a ocorrência de crimes, com o aumento da sensação de segurança. Esta teoria correlaciona diretamente o comportamento criminal e o ambiente físico e parte dose seguintes pressupostos: o controle natural de acesso, o reforço territorial e a vigilância natural. A partir destas premissas, conclui-se que o projeto e a construção do espaço público podem reduzir consideravelmente os índices de criminalidade. Mostra disso é o uso assertivo da iluminação e do paisagismo e a correta disposição das ruas e calçadas. Os espaços, ainda, pela sua configuração, proporcionam um sentimento de pertencimento aos seus moradores e, por isso, são espaços defensáveis.

Os reflexos das teorias ecológicas deram ensejo ao desenvolvimento de outras teorias contemporâneas, a teoria da oportunidade e a teoria das atividades rotineiras, reforçando a influência do urbano na ocorrência de delitos e a importância das funções urbanísticas para a segurança das cidades. A teoria das atividades rotineiras preconiza a existência simultânea de três elementos para a ocorrência de um crime: o ofensor motivado, o alvo disponível e a ausência de guardiães. Defende-se a ideia de que a insegurança vivida nas grandes cidades está relacionada com o enfraquecimento dos mecanismos habituais de controle, pelo desrespeito às funções urbanísticas da cidade: trabalho, lazer, circulação e recreação.

Considerando o enfraquecimento dos mecanismos de controle e a forma de ocupação dos espaços da cidade, diretamente relacionada às interações sociais, novas instituições surgem nas grandes cidades: as gangues, as favelas, as cracolândias, as torcidas "organizadas", os pichadores, as "redes sociais", e outras. E os fenômenos de violência urbana contemporânea relacionam-se, em grande parte, a esses grupamentos, estimulados pela desordem urbana.

Jacobs (1961) sustenta que o problema da segurança nas grandes cidades estaria diretamente relacionado com o enfraquecimento dos mecanismos habituais de controle, exercidos, naturalmente, pelas pessoas que vivem nos espaços urbanos.

Na construção de uma tese, desenvolvida na Universidade de Leiden na Holanda, intitulada "Base motivadora da aplicação das leis", Voermans (2007) discorre sobre diversas teorias relacionadas à observância das leis e conclui que é preciso criar mecanismos para a efetiva recepção das leis pela sociedade (teoria construtivista de observância das leis), não bastando estratégias coercitivas para o cumprimento destas. Atenta para o fato de que em democracias liberais o que se espera é que a observância das leis não ocorra pela imposição de sanções, mas pela internalização e apoio dos cidadãos. E vai adiante, ao suscitar que sanções penais não geram efetividade na observância das leis e que os criminosos em potencial sofrem influências sociais, espaciais, situacionais e de comportamento.

Aplicando-se todos esses estudos ao contexto das cidades brasileiras, vemos que, embora as teorias que relacionam o espaço urbano com o fenômeno da criminalidade não sejam relativamente novas, as ideias por elas difundidas não têm servido de amparo às políticas públicas adotadas para oferecer o direito à segurança pública.

5. Ordenamento Urbano e funções urbanísticas na prevenção da criminalidade.

Dá-se o fenômeno da urbanização quando a população urbana cresce em proporção superior à população rural, provocando uma concentração urbana da população como um todo. Trata-se de fenômeno contemporâneo à sociedade industrializada que provoca uma série de desequilíbrios, tais como, danos ao ambiente urbano, desorganização social, carência de habitação, desemprego, problemas sanitários, modificação do solo e da paisagem urbana e violência. Na maioria dos casos, o espaço urbano foi fragmentado em territórios com características que favorecem a exclusão social, o enfraquecimento dos mecanismos de controle e a ocorrência do crime.

Para corrigir esses desiquilíbrios (reurbanização ou urbanificação) torna-se imprescindível a intervenção do Poder Público, pela utilização dos princípios e instrumentos urbanísticos. No desempenho da atividade urbanística, o Poder Público dispõe do planejamento urbano, da ordenação do solo, da ordenação urbanística das áreas de interesse especial, da ordenação das edificações e dos instrumentos de intervenção urbanística.

O urbanismo, como ciência, destina-se ao estudo de quatro funções básicas do ser humano: habitação, trabalho, circulação no espaço urbano e recreação. No atendimento das funções urbanísticas, o planejamento municipal é instrumento constitucional adequado ao

ordenamento territorial, mediante normas que regulam o controle do uso, do parcelamento e da ocupação do solo urbano e oferecem, simultaneamente, bem-estar e segurança aos cidadãos.

A política de desenvolvimento urbano tem suas diretrizes dispostas no Estatuto das Cidades (Lei 10.257/2001) e tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e bem-estar dos cidadãos, assim como o equilíbrio ambiental. Mas a função urbanística é desenvolvida de forma mais concreta e efetiva na esfera municipal, por intermédio dos planos e desenvolvimento urbanos dispostos em Planos Diretores. Pela Constituição Federal, o Plano Diretor tem a função de instrumento básico da política urbana do município e por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e a garantia do bem-estar da comunidade local.

É certo que o Plano Diretor, quando bem concebido, possibilita a redução das desigualdades sociais porque intervém positivamente na urbanização do espaço urbano.

Contudo, o planejamento urbanístico local é insuficiente para resolver todos os conflitos oriundos do processo urbano. Prova disso, é a concepção pelo Estatuto das Cidades de uma política urbana nacional, territorial e municipal integrada.

A violência aliada ao problema urbano, por exemplo, não pode ser combatida apenas na esfera municipal, sendo atribuição dos Estados a elaboração das respectivas políticas de segurança pública. Todavia, a falta de planejamento urbano impossibilita o combate à violência.

Farias (2005) destaca que o planejamento urbano é fundamental na elaboração do planejamento estratégico das atividades de uma cidade, instrumentalizando a segurança como direito social, individual e coletivo. O combate à violência, assim como o planejamento da cidade, deve envolver políticas de setores distintos, como educação, saúde, lazer, iluminação pública, trabalho e moradia, estando os últimos diretamente vinculados às funções urbanísticas.

Conflitos e contrastes urbanos decorrem da falta de planejamento da maioria das cidades brasileiras e as que o implantaram não estabeleceram ou procederam ao permanente processo de monitoramento. Outras não contextualizaram seus planos às políticas territoriais urbanísticas (interurbana e intraurbana). E mais, as políticas estaduais de segurança pública não se socorrem dos instrumentos urbanísticos para a prevenção da criminalidade, nem mesmo os municípios exercem o seu papel na gestão da segurança pública.

Os municípios podem adotar políticas referentes à funcionalidade urbanística e ações de caráter preventivo na contenção da criminalidade. Mas os planos urbanísticos municipais

não têm se dedicado a isso. O poder público municipal pode valer-se de instrumentos para intervir na segurança pública com estratégias preventivas da criminalidade, instituindo atividades edificantes para jovens, estabelecendo espaços públicos para o grafite (função urbanística do lazer e recreação), por exemplo, ou incidindo sobre a funcionalidade das benfeitorias urbanas, tais como, iluminação, limpeza, poluição sonora, visual e ambiental, trânsito (funções urbanísticas da moradia, trabalho e circulação), e, ainda, exercendo com eficácia o seu papel fiscalizatório no ordenamento de posturas.

Por outro lado, nem sempre os planos são concebidos democraticamente, como exigidos constitucionalmente, de forma a viabilizar a efetiva participação popular na sua concepção e a observância ou execução do seu regramento.

Assim, o planejamento urbanístico no Brasil ainda não surtiu os efeitos desejados de ordenamento urbano e de impacto na redução dos índices de criminalidade. Enquanto não forem dispostos instrumentos urbanísticos mais sensíveis ao funcionamento dos sistemas urbanos, os problemas relacionados à violência urbana tendem a agravarem-se.

De tudo conclui-se que um Estado que não intervém efetivamente no espaço urbano, dispondo apenas das forças repressivas para o combate à criminalidade, não atinge os objetivos de pacificação social almejados.

A partir do momento em que a cidade alcançar a integração urbana pelo cumprimento das suas funções urbanísticas e os serviços e equipamentos públicos forem indistintamente distribuídos, o bem-estar e a segurança aos indivíduos será reflexamente garantida.

6. Laboratórios brasileiros de prevenção à criminalidade

Experiências voltadas para a adoção de políticas de prevenção da criminalidade foram instituídas por municípios brasileiros, por meio do poder público ou não, em parcerias com instituições ou com a sociedade civil organizada. Algumas dessas experiências alcançaram resultados satisfatórios, outras sofreram descontinuidade pela alternância das gestões. São exemplos: “O mapeamento da violência em Belo Horizonte”, a “Experiência de Minas Gerais de prevenção social da criminalidade”, “As Unidades Pacificadoras do Rio de Janeiro”, “A Política de Prevenção à criminalidade de Diadema”, “A Política de Redução de Homicídios no município de Santo Amaro-MP-SP”, “A Prevenção e o Combate à criminalidade nos municípios do Entorno do DF-MP-GO” e “A Proposta de Prevenção à criminalidade em Goiânia e outros municípios do Estado – Parceiros da Paz-MP-GO”.

Em Goiás, o Ministério Público, por uma das Promotorias de tutela urbanística e ambiental de Goiânia, interveio significativamente para a mudança da realidade social de adquirentes e invasores de um loteamento irregular localizado na região noroeste da capital, o

residencial JK. Buscou-se a regularização fundiária da área, dirimindo os conflitos sociais ali existentes, e, com isso, garantir aos moradores os equipamentos urbanos e as políticas públicas necessárias ao bem estar dos cidadãos.

A região noroeste de Goiânia é a mais violenta da cidade, fruto da sua ocupação desordenada, com crescente número de furtos e roubos à pessoa e ao patrimônio, escasso efetivo das polícias militar e civil, uso de drogas, falta de infraestrutura básica, lazer e cultura.

A experiência de intervenção urbanística no Residencial JK ainda está em curso e uma das medidas adotadas consistiu no georreferenciamento da região (teoria do desenho arquitetônico) para acompanhar a implantação das políticas públicas, exercendo, pois, o Ministério Público, a tutela difusa da ordem urbanística e de segurança pública, de modo a garantir as funções urbanísticas e prevenir a ocorrência de crimes.

Todas essas experiências preconizaram que a política de prevenção social da criminalidade é abordagem necessária à política de segurança pública que deve ter por foco a garantia dos direitos sociais, a efetividade das funções urbanísticas, a interdisciplinaridade, a visão sistêmica e o estabelecimento de parcerias institucionais e sociais na busca de soluções efetivas para os fenômenos da criminalidade e da violência.

Dos resultados, extrai-se a correlação entre as deficiências das estruturas municipais urbanas e os índices de violências respectivos. Conclui-se dessa assertiva que planejar as cidades, por meio da gestão democrática e participativa, garantidora das funções urbanísticas, é efetivamente uma das formas de garantir a paz social e o combater a violência urbana.

Prova disso pode ser extraída de recente experimento noticiado no jornal Folha de São Paulo, de 15/07/2019[796], no qual verificou-se que a iluminação pública reduz em 36 % os crimes noturnos. Em que pese o estudo ter-se realizado em outro país, as condicionantes para a prática de crimes são universais.

Dessa forma, tutela-se, na concepção de Édis Milaré, o direito à qualidade ambiental urbana, que se enquadra entre os direitos fundamentais e personalíssimos, "compreendidos como aquelas prerrogativas essenciais à realização plena da capacidade e da potencialidade da pessoa, na busca da felicidade e na manutenção da paz".

Conclusão

A compreensão do fenômeno urbano e da criminalidade, que tem por cenário as cidades, torna possível o desenvolvimento de políticas públicas de intervenção nos espaços urbanos, provocando a diminuição da exclusão social e a prevenção de crimes. A abordagem

[796] https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2019/07/experimento-mostra-que-ruas-com-iluminacao-publica-tem-menor-riscos-de-serem-pontos-de-crime.shtml

reclama cada vez mais a apreciação multidisciplinar, agregando valores à temática. Várias teorias buscam identificar as causas da violência, mas convergem no sentido de que as cidades planejadas, que garantem o pleno exercício das funções urbanísticas, têm reduzidas as ocorrências de crimes.

Ganha relevo à abordagem o efetivo respeito às funções urbanísticas pela orientação constitucional cogente de planejamento das cidades para a garantia do bem-estar dos seus cidadãos.

O desempenho do projeto urbano e dos instrumentos urbanísticos de regulação urbana na organização dos espaços urbanos e nas ocorrências de crimes é reconhecido, mas pouco considerado nos parâmetros adotados para a concepção das políticas de planejamento urbano.

Ao Ministério Público foi entregue a tutela dos interesses urbanísticos pelo manejo do microssistema de tutela coletiva, no qual se inclui a tutela difusa da segurança pública, inclusive.

Não é apenas possível e necessária a correlação entre ordenamento urbano e criminalidade, é urgente a compreensão do fenômeno urbano, aliado à violência, para intervir satisfatoriamente na sua prevenção.

O ordenamento dos espaços urbanos é mais do que uma mera perspectiva, é estratégia real e necessária para a garantia dos direitos humanos fundamentais, alcançada por meio da tutela difusa da ordem urbanística e da segurança pública.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Constituição Federal – Arts. 5ª; 129; 144; 182;

> 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 (...)
>
> 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;

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (...)"

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao poder público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

I - parcelamento ou edificação compulsórios;

II - imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

III - desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei 8.625/93;

Lei de Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85);

Lei de Ação Popular (Lei nº 4717/65);

Lei da Improbidade Administrativa – Lei nº 8429/92;

Código do Consumidor (Lei 8.078/90);

Estatuto das Cidades (Lei nº 10.257/2001);

Lei de Parcelamento de Solo – Lei 6.766/79;

Legislação ambiental;

Planos Diretores Municipais;

Código Processual Civil;

Código Civil.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **Direito processual coletivo brasileiro: um novo ramo de direito processual.** São Paulo: Saraiva, 2003.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. (Coord.). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

ELBERT, Carlos Alberto. **Novo Manual Básico de Criminologia.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

EVANGELISTA, Felipe Camelo de Freitas. **A criminalidade e o planejamento ambiental urbano**. Veredas do Direito. v. 9, n. 17. Belo Horizonte, 2012.

FAIRCLOUGH, Norman. **Discurso e mudança social.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2008.

FARIAS, Paulo José Leite. **Respeito às funções urbanísticas e a prevenção da criminalidade urbana: uma visão integrada à luz da Escola de Chicago.** Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União, 2005.

FERRI, Enrico. **Criminal Sociology.** Electronic Text Center, University of Virginia Library. Disponível em: <http://etext.lib.virginia.edu/ebooks/flist.html>. Acesso em 14 nov. 2013.

FREITAS, Wagner Cinelli de Paula. **Espaço Urbano e Criminalidade: lições da Escola de Chicago.** São Paulo: IBCCRIM, 2002.

GIL, Antônio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 5. ed.. São Paulo: Atlas, 2010.

JACOBS, Jane. **The death and life of great American cities.** New York: The Modern Library, 1961.

LEITE, Fabiana de Lima. **Prevenção Social à Criminalidade: A experiência de Minas Gerais.** Belo Horizonte: Governo de Minas Gerais, 2009.

LENZA, Pedro. **Teoria geral da ação civil pública.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

MACHADO, Antônio Alberto. **Ministério Público, Urbanismo e Democracia.**

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro.** São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente.** 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MOTTA, Reuder Cavalcante. **Tutela do Patrimônio Público e da Moralidade Administrativa: interpretação e aplicação.** Belo Horizonte: Fórum, 2012.

RAMÃO, Fernanda Pamplona; WADI, Yonissa Marmitt. **Espaço Urbano e Criminalidade Violenta: Análise da Distribuição Espacial dos Homicídios no Município de Cascavel/PR.** Revista de Sociologia e Política, 2010.

RAMOS, Erika Pires. **Revista Ambiente e Direito.** Ano II, ed. 02. São Pulo: MP Editora, 2011.

ROLIM, Marcos. **A síndrome da Rainha Vermelha: policiamento e segurança público no Século XXI.** Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2006.

SÁ, Alvino Augusto de; SHECAIRA, Sérgio Salomão (Org.). **Criminologia e os problemas da atualidade.** São Paulo: Atlas, 2008.

SAPORI, Luís Flávio. **Segurança Pública no Brasil: desafios e perspectivas.** Rio de Janeiro: FGV, 2007.

SILVA, José Afonso. **Direito Urbanístico Brasileiro**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de Direito Ambiental**. 9. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

VOERMANS, Wim J. M. **Motive-based enforcement.** Netherlands, 2013.

WEBER, Max. **Economia y Sociedad: esbozo de sociologia comprensiva.** México: Fondo de Cultura Económica, 1987.

PROPOSTA DE ENUNCIADO

A atuação sistêmica do Ministério Público no manejo dos microssistemas ambiental/urbanístico e da segurança pública, associada à inclusão da sociedade civil organizada, na indução e fiscalização da implementação de políticas urbanísticas por parte do Poder Executivo garante maior efetividade na tutela do direito fundamental à segurança pública com significativo impacto na redução dos índices de criminalidade.

A necessidade de controle externo da infraestrutura viária pelo Ministério Público.

CÁSSIO MATTOS HONORATO

Promotor de Justiça no Estado do Paraná

cmhonorato@mppr.mp.br

Tese a ser apresentada durante o 23º Congresso Nacional do Ministério Público, a ser realizado em Goiânia-GO, no período de 04 a 06 set. 2019.

Área: Direitos Fundamentais e Políticas Públicas (art. 26, inc. IV, Reg. Interno).

SÍNTESE DOGMÁTICA DA PROPOSIÇÃO

Diante dos graves riscos ocultos na infraestrutura viária e da incapacidade de o Brasil atingir a meta de redução do número de mortes no trânsito, faz-se necessário intensificar o controle externo da infraestrutura viária pelo Ministério Público, por se tratar de instituição democrática dotada de legitimidade para instaurar Inquéritos Civis e promover Ações Civis Públicas em defesa do direito fundamental ao Trânsito Seguro.

No exercício dessa função, o Membro do Ministério Público deve exercer o controle-orientação e o controle-fiscalização dos atos da Administração Pública e dos atores do setor privado que afetem a segurança viária, por constituírem ações essenciais à proteção da vida e da integridade física dos participantes do fenômeno trânsito.

EXPOSIÇÃO[797]

[797] A presente exposição constitui fruto dos estudos realizados, no ano de 2018, junto ao Grupo de Pesquisa em Direito Administrativo do MPPR, coordenado pelo Dr. CLÁUDIO SMIRNE DINIZ, MD. Promotor de

1. Fatores de risco ocultos na infraestrutura viária

A utilização diária das vias terrestres revela a existência de múltiplos fatores de risco à segurança dos participantes do fenômeno trânsito. Dentre esses, destaca-se a infraestrutura viária por conter um conjunto de graves e negligenciados fatores de risco, que são sistematicamente negligenciados pelo sistema de gestão do trânsito adotado pelo Brasil. Em relação ao tema, merece destaque a exposição de KÅRE RUMAR,798 que identifica *três ordens de problemas*, ou níveis de *fatores de risco à Segurança Viária*:

(A) Problemas óbvios e perceptíveis à análise superficial (denominados problemas de *primeira ordem*), em que se encontram fatores como excesso de velocidade, álcool e drogas, e outros tantos.[799] Em regra, os *fatores de risco de primeira ordem* encontram-se relacionados ao comportamento humano no trânsito e à violação das normas de circulação e de segurança viária.

(B) Há *fatores de risco de segunda ordem* que somente são revelados a partir de uma análise mais aprofundada do problema. Por exemplo: sinalização deficiente, normas de trânsito conflitantes, fiscalização insuficiente ou inexistente, sensação de impunidade decorrente da falta de fiscalização e de imposição de penalidades.

(C) E finalmente, os problemas quase totalmente escondidos, ou ocultos, denominados *fatores de risco de terceira ordem*. Nessa *terceira ordem* merecem destaque: os ultrapassados sistemas de gestão do trânsito, ainda adotados por países de média e de baixa renda; a negligência do Estado em relação a seu papel de *garante* do direito fundamental à Segurança Viária; a ausência de *agências líderes*, capazes de planejar e coordenar as múltiplas funções a serem exercidas pelos órgãos de trânsito; e a falta de compartilhamento da responsabilidade com *todos* os atores ligados ao fenômeno trânsito, com destaque para a omissão do setor privado (em especial, a indústria automobilística e produtoras de equipamentos de

Justiça em Curitiba. Para acesso à íntegra da pesquisa, vale conferir HONORATO, Cássio M. Controle externo da infraestrutura viária pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas constitui intervenção necessária para reduzir as mortes no trânsito. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 6, n. 10, p. 57-98, jun. 2019. Disponível em: https://apps.mppr.mp.br/openjournal/index.php/revistamppr. Acesso em: 27 jun.2019.

798 RUMAR, Kåre. **Transport safety visions, targets and strategies: beyond 2000**. 1st European Transport Safety Lecture. European Transport Safety Council, Brussels. 1999, p. 10-13. Disponível em: http://www.etsc.be/documents/etsl1.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017.

799 Em 2004, foram identificados pela OMS e reconhecidos pelo *Informe Mundial sobre Prevenção de Traumatismos Causados pelo Trânsito* (item 16, da Resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas n. 60/181, de 1 ago. 2005), os cinco principais *fatores de risco à Segurança Viária*: velocidade inadequada e excessiva, embriaguez ao volante, não uso do cinto de segurança e de equipamentos de retenção para crianças, e falta do capacete de segurança para motociclistas.

segurançaveicular, as empresas de construção civil e as concessionárias de rodovias)[800]. Segundo KÅRE RUMAR, os problemas de *terceira ordem* revestem-se de grande importância, pois podem prevenir ou bloquear os problemas das ordens anteriores.

A partir dessa classificação, percebe-se que a infraestrutura viária contém fatores de risco ligados à *segunda ordem* (v.g., sinalização viária deficiente) e outros, mais profundos e ocultos, relacionados *à terceira ordem*, em que se destacam a qualidade (ou a falta de qualidade) dos materiais empregados na construção de vias terrestres, e a execução de projetos em desconformidade com padrões (*standards*) ou requisitos mínimos de segurança para a construção de novas vias ou para a manutenção da rede viária preexistente.

Triste exemplo de fatores de risco ocultos na infraestrutura viária foi registrado na noite de 26 de Julho de 2018, na PR-415 (Rodovia Dep. João Leopoldo Jacomel), próximo ao número 8842, no Município de Pinhais-PR, durante um *evento de trânsito*,[801] descrito como *choque*[802] de um veículo automotor contra um poste de concreto, do qual resultou a morte de um idoso e ferimentos graves em três passageiros.[803]

[800] RUMAR, Kåre. **Transport safety visions, targets and strategies: beyond 2000.** 1st European Transport Safety Lecture. European Transport Safety Council, Brussels. 1999, p. 11-12. Disponível em: http://www.etsc.be/documents/etsl1.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017.

[801] Não obstante o termo *acidente de trânsito* constar expressamente da legislação de trânsito e de Norma da ABNT, tem-se sugerido a substituição da expressão por *evento de trânsito*. Justifica-se a substituição do termo e a formação de nova mentalidade porque um *acidente* consiste em um evento previsível e evitável. Afasta-se, desse modo, a falsa noção de mera fatalidade sobre os *acidentes de trânsito*; atribuindo-se à conduta humana que gerou o evento juridicamente relevante o devido grau de responsabilidade. Nesse sentido, confira HONORATO, Cássio M. **O Trânsito em Condições Seguras**. Campinas, SP: Millennium, 2009. p. 08-09.

[802] "Choque: acidente em que há impacto de um veículo contra qualquer objeto fixo ou móvel, mas sem movimento" (ABNT. NBR n. 10.697, jun. 1989, item 3.2.3).

[803] A primeira imagem foi extraída da reportagem exibida pelo telejornal BOM DIA PARANÁ, no dia 27 jul.2018, às 06h07min. Vídeo disponível em: https://globoplay.globo.com/v/6901904/. Acesso em: 28 jul. 2018. Segunda imagem disponível em: https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2018/07/26/idoso-morre-e-tres-ficam-feridos-em-acidente-na-rodovia-joao-leopoldo-jacomel-diz-corpo-de-bombeiros.ghtml. Acesso em: 28 jul. 2018.

Imagens realizadas no local revelam a deficiência da sinalização viária e o fato de o poste de concreto encontrar-se desalinhado (em relação aos demais postes) e instalado no prolongamento da faixa de rolamento.

A relevância do tema já foi reconhecida pelas Nações Unidas, de modo que a infraestrutura viária integra o Pilar 2 (Vias mais Seguras e Mobilidade) do *Plano Global de Ações para Segurança Viária*, em que se destacam as seguintes recomendações: "Aumentar a segurança inerente e a qualidade de proteção da rede viária em benefício de todos os participantes do trânsito, especialmente os mais vulneráveis (por exemplo, pedestres, ciclistas e motociclistas). Esse aumento será alcançado por meio da implementação das convenções sobre infraestrutura viária desenvolvidas pelas Nações Unidas; da avaliação da infraestrutura viária, e da melhoria, em termos de segurança, do planejamento, concepção, construção e exploração consciente das vias."[804]

A infraestrutura viária, portanto, contém graves fatores de risco à segurança do trânsito, por abranger duas *ordens de problemas* negligenciadas pela Administração Pública de Trânsito e pelos *atores do setor privado*.

2. O ineficaz sistema brasileiro de gestão do trânsito

O sistema de gestão do trânsito adotado pelo Brasil desde 1941, e fundado no paradigma dos *3E* (Engenharia, Educação e Esforço Legal), encontra-se defasado (se comparado aos países da União Europeia, que já evoluíram para sistemas seguros de gestão da segurança viária, com destaque para a *Visão Zero*) e revelou-se ineficaz para enfrentar os desafios decorrentes do aumento do número de mortes e de lesões incapacitantes no trânsito.

Sob o título "insana tradição do sistema brasileiro de trânsito", a doutrina pátria revela "que o Brasil ainda se encontra limitado às características da primeira fase [dos sistemas de gestão da segurança viária], focado na responsabilidade individual dos condutores de veículos; omitindo-se em relação aos *atores do setor privado*, que deveriam desempenhar papéis indispensáveis à segurança viária; desprovido de metas (claras e realizáveis) e de *agências líderes* (dotadas de responsabilidade, vontade política e orçamento) capazes de planejar e coordenar a implantação das intervenções necessárias ao atingimento da meta de redução de mortes no trânsito."[805]

---

[804] UNITED NATIONS. **Global Plan for the Decade of Actions for Road Safety 2011-2020**. Geneva: WHO, 2011. p. 13. Disponível em: http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/en/. Acesso em: 09 fev. 2018.

[805] HONORATO, Cássio M. **Como alcançar o Trânsito Seguro: por meio de novas Leis ou de um novo Paradigma?** *RT*, São Paulo, ano 107, n. 994, p. 165-202, ago. 2018.

Para alcançar a meta de redução de 50% das mortes no trânsito (até o ano de 2030),[806] a evolução do sistema adotado pelo Brasil torna-se imperiosa e urgente.

A necessidade de evolução dos sistemas de gestão do trânsito não é exclusividade do Governo Brasileiro, e sim uma realidade global identificada por meio do Pilar 1 (Gestão da Segurança Viária) do *Plano Global de Ações para Segurança Viária*, em que se destacam as seguintes recomendações: "Aderir e/ou implementar totalmente os instrumentos jurídicos das Nações Unidas e incentivar a criação de instrumentos regionais de segurança viária. Incentivar a criação de parcerias multi-setoriais e a designação de agências líderes com capacidade para desenvolver e implementar estratégias, planos e metas nacionais de segurança viária, fundamentados em coleta de dados e pesquisas de evidências para avaliar as contramedidas e monitorar sua implementação e eficácia".[807]

Dentre os fatores que permitem a mudança de paradigma essencial à evolução dos sistemas de gestão da segurança viária, em direção à meta de redução das mortes no trânsito, destacam-se: (i) o reconhecimento do Trânsito Seguro como um direito humano (e fundamental, do qual emerge o dever de o Estado "*promover ações* visando assegurar todos os direitos inerentes aos seres humanos e garantir a realização do trânsito em condições seguras");[808] (ii) a superação da tradicional cultura focada em responsabilizar exclusivamente o comportamento humano no trânsito, e (iii) a criação de *agências líderes*, capazes de fomentar e orientar os esforços dos órgãos e entidades de trânsito, em nível nacional, regional e local.

Como se percebe, faz-se necessário que o sistema brasileiro de gestão do trânsito (atualmente fundado no paradigma dos *3E* e carecedor dos três fatores descritos no parágrafo anterior) evolua em direção aos sistemas seguros de gestão da segurança viária, em que o paradigma de *proteção à vida* assume o núcleo do sistema e "exige que todos os atores (públicos e privados) proporcionem Trânsito Seguro (*Road Safety*) aos participantes do fenômeno trânsito".[809]

---

[806] A meta inicialmente fixada pela Resolução A/64/255, de 02.Mar.2010, era reduzir o número de fatalidades no trânsito, pela metade, até o ano de 2020. Diante da proximidade do término desse prazo, consta do Item 34 da Res. A/72/271 a necessidade de fixar novo prazo. A referência ao ano de 2030 encontra-se no Item 25, da Res. A/72/271 e no fato de a *Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável* haver incorporado temas relacionados ao trânsito (junto aos objetivos 3.6. e 11.2).

[807] UNITED NATIONS. **Global Plan for the Decade of Actions for Road Safety 2011-2020.** Geneva: WHO, 2011. p. 12. Disponível em: http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/en/. Acesso em: 9 fev. 2018.

[808] HONORATO, Cássio M. Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, n. 911, p. 111, set. 2011.

[809] HONORATO, Cássio M. Como alcançar o Trânsito Seguro: por meio de novas Leis ou de um novo Paradigma? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 107, n. 994, p. 165-202, ago. 2018.

3. Controle externo da Administração Pública de Trânsito

Não obstante o Brasil haver aderido à Década Mundial de Ações para Segurança Viária e, desse modo, assumido o compromisso de reduzir o número de mortes no trânsito,[810] o fato é que o inaceitável número de mortes e lesões decorrentes do trânsito continua crescendo e, ainda pior, com tendência de alta para os próximos anos.

A partir da "inquestionável inadequação para produzir o fim buscado", o sistema brasileiro de gestão do trânsito "se evidencia como defeituoso"[811] e, desse modo, sujeito a *controle externo* pelo Poder Legislativo, pelo Tribunal de Contas, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

Para a realização da atividade de *controle*, ANA PAULA DE BARCELLOS[812] destaca a necessidade de desenvolvimento de três temas: (i) a identificação dos parâmetros de controle; (ii) a garantia de acesso à informação, e (iii) a elaboração dos instrumentos de controle.

3.1. Identificação do parâmetro de controle

A Segurança Viária constitui direito fundamental previsto nos artigos 6º e 144, §10, da CR/88 e, para garantir os direitos que são colocados em risco diariamente durante a realização do fenômeno trânsito, foi adotada uma *meta* de redução do número de mortes no trânsito. Inicialmente prevista na Resolução A/64/255, de 02.03.2010 das Nações Unidas, a meta foi adotada pelo Brasil por meio do Pacto Nacional pela Redução de Acidentes, em 11.05.2011, e posteriormente prevista pela Lei n. 13.614/2018, que criou o Plano Nacional de Redução de Mortes e Lesões no Trânsito (Pnatrans), e pela Resolução n. 740, de 12.Set.2018, do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN).

Em relação à fixação de metas, esclarecem BLISS e BREEN que, na gestão para melhorar os resultados da Segurança Viária, a principal e fundamental função administrativa consiste em *foco nos resultados*; ou seja, a especificação das metas para melhorar a segurança do trânsito e dos meios necessários para atingi-las.[813]

---

[810] UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty-fourth session. **Resolution A/64/255**. Improving global road safety. New York, 2 march 2010. Item 2. Disponível em: http://www.who.int/roadsafety/about/resolutions/download/en/. Acesso em: 6 fev. 2018.

[811] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 760.

[812] BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, BA, n. 15, p. 22, jan./mar. 2007.

[813] BLISS, Tony; BREEN, Jeanne. **Implementing the recommendations of the world report on road traffic injury prevention:** country guidelines for the conduct of road safety management capacity reviews and the specification of lead agency reforms, investment strategies, and safe system projects. Washington, DC: World Bank Group. 2009, p. xvi.

Para fins de Segurança Viária, o parâmetro de controle é o número de mortes decorrentes de eventos de trânsito, e este número deveria ser estabilizado e, em seguida, reduzido, por meio das atividades desenvolvidas nos planos nacional, regional e mundial, no período de 2011 a 2020; fato que, infelizmente, não ocorreu no Brasil[814] durante a Década de Ações para Segurança Viária.

3.2. Acesso à informação previsto no art. 320, §2º, do CTB, e assegurado pela Lei 12.527/2011

Destaca BARCELLOS que "uma vez que os parâmetros tenham sido construídos, sua aplicação efetiva depende de dispor-se de informação acerca (i) dos recursos públicos disponíveis; (ii) da previsão orçamentária, e (iii) da execução orçamentária."[815] O acesso à informação, portanto, constitui elemento essencial à atividade de *controle*.

Em relação aos recursos públicos a serem aplicados em Segurança Viária, merecem destaque (i) a norma contida no art. 320, *caput*, do CTB (que vincula a aplicação das verbas decorrentes das multas); (ii) a garantia de acesso à informação (prevista no art. 320, §1º, do CTB, e assegurada pela Lei 12.527/2011); (iii) a criação do Fundo Nacional de Segurança e Educação de Trânsito – FUNSET (previsto no art. 320, §1º, do CTB, criado pela Lei n. 9.602/98 e regulamentado pelo Decreto 2.613/98), com a finalidade de "custear as despesas do DENATRAN relativas à operacionalização da segurança e educação de Trânsito" (art. 4º da Lei n. 9.602/98), e (iv) os *elementos de despesa* (em que as receitas decorrentes das multas de trânsito podem ser empregadas) previstos na Resolução n. 638/2016, do CONTRAN.
Como se percebe, a atividade de *controle* da aplicação das receitas arrecadadas com multas de trânsito encontra-se diretamente relacionada às normas previstas no art. 320, do CTB.[816]

Há, no entanto, alguns fatores prejudiciais ao *controle* da aplicação das receitas arrecadadas com multas. Nesse sentido destacam-se: o contingenciamento de recursos e a

---

[814] Consta do *Relatório Anual Seguradora Líder-DPVAT 2017* que o número de indenizações por mortes decorrentes do trânsito sofreu aumento de 23% no ano de 2017; saltando de 33.547 em 2016 para 41.151 no ano de 2017 (p. 04/68). Disponível em: https://www.seguradoralider.com.br/Documents/boletim-estatistico/Relatorio%20AnualSeguradora%20L%C3%ADder-DPVAT%202017_Versao_02.pdf. Acesso em: 6 jun. 2018.

[815] BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, BA, n. 15, p. 24, jan./mar. 2007.

[816] CTB. "Art. 320. A receita arrecadada com a cobrança das multas de trânsito será aplicada, exclusivamente, em sinalização, engenharia de tráfego, de campo, policiamento, fiscalização e educação de trânsito. §1º. O percentual de cinco por cento do valor das multas de trânsito arrecadadas será depositado, mensalmente, na conta de fundo de âmbito nacional destinado à segurança e educação de trânsito. §2º. O órgão responsável deverá publicar, anualmente, na rede mundial de computadores (internet), dados sobre a receita arrecadada com a cobrança de multas de trânsito e sua destinação." [Redação alterada pela Lei n. 13.281/2016.]

falta de transparência em relação à arrecadação e emprego dos valores decorrentes das multas de trânsito. Esses fatos constituem graves e ocultos fatores de risco à Segurança Viária, relacionados à *terceira ordem de problemas* (identificada por KÅRE RUMAR).

Além do contingenciamento dos recursos decorrentes das multas de trânsito pelas três esferas da federação, vale questionar aos *atores públicos* e *privados* se as rodovias foram construídas de acordo com padrões (*standards*) ou requisitos mínimos de segurança, e se as concessionárias de rodovias estão empregando os recursos necessários à conservação e melhoria das condições de segurança oferecidas aos usuários das vias terrestres.

Nesse sentido, aliás, merece destaque o Relatório elaborado pela Equipe Técnica do Centro de Apoio Operacional à Execução (CAEx) do Ministério Público de São Paulo, sobre as condições das rodovias em que há cobrança de pedágio. A conclusão do relatório "foi a de que, apesar do valor exigido dos motoristas ser similar ao cobrado em países desenvolvidos, as estradas no Estado sofrem com a falta de segurança e precariedade em diversos aspectos".[817]

Auditorias de engenharia e contábeis em concessionárias de rodovias constituem instrumentos aptos a determinar o efetivo cumprimento dos contratos de concessão, e encontram-se previstas como atividades a serem desenvolvidas pelo Pilar 2 (Vias mais Seguras e Mobilidade) do *Plano Global de Ações para Segurança Viária*.

3.3. Instrumentos de controle externo e a legitimidade do Ministério Público

O controle dos atos da administração pública constitui função essencial ao Estado Democrático de Direito, permitindo aferir se "a conduta realizada pelo agente está em conformidade com as normas atinentes" e, havendo desvio de conduta, ilegalidade ou ineficácia do ato, "adotar ou propor uma medida de correção".[818]

Dentre as formas de controle, a doutrina destaca o *controle interno* (por meio do controle institucional - art. 74 da CR/88, e da autotutela da administração) e o *controle externo*, ou seja, "aquele realizado por órgão que não pertença à estrutura do poder no qual o controle é realizado".[819] A definição de *controle externo* é desenvolvida por MARÇAL

[817] *Técnicos do MPSP verificam condições de rodovias paulistas onde há cobrança de pedágio*. São Paulo: MPSP, 16 maio. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/noticias/noticia?id_noticia=18633034&id_grupo=118. Acesso em: 28 maio. 2018.

[818] AGUIAR, Ubiratan Diniz; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 132.

[819] AGUIAR, Ubiratan Diniz; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 141.

JUSTEN FILHO: "O controle externo é o dever-poder atribuído constitucionalmente e instituído por lei como competência específica de certos Poderes e órgãos, tendo por objeto identificar e prevenir defeitos ou aperfeiçoar a atividade administrativa, promovendo as medidas necessárias para tanto."[820]

Assim, o *controle externo* pode ser exercido (i) pelo Poder Legislativo (art. 31, 49, inc. IX, X e XII, 50, 58 §3º, da CR/88); (ii) pelos Tribunais de Contas (controle financeiro – art. 70 e 71 da CR/88), (iii) pelo Ministério Público (art. 127, caput, e art. 129, inc. II, III, IV, VII, VIII, CR/88), e (iv) por meio do *controle judicial*, com fundamento no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário (art. 5º, inc. XXXV, CR/88), em que se destacam as ações populares, as ações civis públicas, o direito de petição e de informação, e o controle abstrato de constitucionalidade.

Dentre os legitimados para promover ações civis públicas, destaca-se o Ministério Público: instituição democrática, essencial à função jurisdicional do Estado, a quem foi atribuído poderoso instrumento de investigação "para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, inc. III, CR/88), denominado Inquérito Civil; além de outros meios de investigação previstos em resoluções do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP).

A partir das informações carreadas durante a investigação, poderá o membro do Ministério Público exercer as atividades de controle-fiscalização e de controle-orientação, na forma do art. 26, inc. I e VII, da Lei n. 8.625/1993 (que instituiu a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público).[821]

Nesse sentido, MARÇAL JUSTEN FILHO esclarece que "o vocábulo *controle* comporta dois sentidos diversos. Pode-se falar em controle-fiscalização para indicar a tarefa de acompanhar e fiscalizar a conduta alheia, verificando o cumprimento dos requisitos necessários e a realização dos fins adequados. Mas também pode haver controle-orientação, o que significa a possibilidade de determinar o conteúdo da conduta alheia, escolhendo os fins que o terceiro realizará e o modo pelo qual se desenvolverá."[822]

Diante da negligência estatal em relação aos fatores de risco relacionados à infraestrutura viária, e visando proteger a integridade física dos participantes do fenômeno trânsito e garantir a efetiva atuação do Estado (por meio dos órgãos e entidades do Sistema

---

[820] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 1072.

[821] Lei n. 8.625/1993. "Art. 26. No exercício de suas funções, o Ministério Público poderá: I - instaurar inquéritos civis e outras medidas e procedimentos administrativos pertinentes, [...]; VII - sugerir ao Poder competente a edição de normas e a alteração da legislação em vigor, [...]".

[822] JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 745.

Nacional de Trânsito), revela-se indispensável o controle externo da Administração Pública de Trânsito pelo Ministério Público.

4. Boas práticas de controle externo promovidas pelo Ministério Público sobre a infraestrutura viária

Embora o tema possa parecer novidade para muitos, a verdade é que alguns membros do Ministério Público já reconheceram a necessidade de atuar como *catalisador*[823] das políticas públicas voltadas à segurança do trânsito,[824] promovendo o controle externo de atos e contratos da Administração Pública relacionados à infraestrutura viária.

Nesse sentido, vale destacar algumas valorosas iniciativas, para que essas intervenções sejam conhecidas pelos demais membros do Ministério Público (como *boas práticas*) e renovadas em outras comarcas:

(A) MPF em Guaratinguetá-SP instaurou Inquérito Civil visando apurar as condições de trafegabilidade e segurança de condutores, pedestres e moradores do entorno da BR-116 (Rodovia Presidente Dutra), e expediu recomendação administrativa à Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT), visando implantar telas que bloqueiam a luz dos faróis dos veículos que trafegam no sentido contrário.[825]

(B) MPF na Paraíba firmou Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) com o DNIT, o Estado da Paraíba e os Municípios de João Pessoa, Bayeux e Santa Rita, visando implementar e manter equipamentos e serviços de iluminação pública, nos trechos urbanos das Rodovias BR-101/PB e BR-230/PB.[826]

(C) MPPR promoveu Ação Civil Pública contra o Estado do Paraná e o DER/PR, visando a realização de obras, conservação e implantação de equipamentos de segurança na Rodovia

---

[823] *Catalisador*: Diz-se de, ou substância que modifica (em geral aumentando) a velocidade de uma reação química; sem se alterar no processo. (FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa.** Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [19--]. p. 295. Verbetes Catalisador e Catálise.

[824] HONORATO, Cássio M. O Ministério Público como agente do Esforço Legal para garantir o direito fundamental ao Trânsito Seguro. *In:* Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade, 19., 2011, Belém, PA. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102.

[825] *Após recomendações do MPF, trecho paulista da Rodovia Presidente Dutra recebe telas antiofuscantes*. São Paulo: MPF, 20.Dez.2017. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/noticias-sp/apos-recomendacao-do-mpf-trecho-paulista-da-rodovia-presidente-dutra-recebe-telas-antiofuscantes. Acesso em: 9 fev. 2018.

[826] *MPF/PB firma acordo para iluminação de trechos nas Brs 101 e 230.* João Pessoa, PB: MPF, 19.03.2018. Disponível em: http://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/noticias-pb/mpf-pb-firma-acordo-para-iluminacao-de-trechos-nas-brs-101-e-230. Acesso em: 22 mar. 2018. Íntegra do Termo de Ajustamento de Conduta (TAC) disponível em: http://www.mpf.mp.br/pb/sala-de-imprensa/docs/tac-iluminaca-br-230-101-final.pdf/view. Acesso em: 22 mar. 2018.

José Adamowicz (BR-487, sob administração do Estado do Paraná) e seus prolongamentos, no Município de Cândido de Abreu-PR.

(D) MPPR instaurou Procedimento Investigatório Preliminar visando apurar a validade dos limites de velocidade fixados na BR-277 (trecho de 20 km entre o Posto Três Pinheiros, em Guarapuava, e o Município de Cantagalo), bem como a eficácia dos Sinais R-19 implantados naquele trecho de rodovia, e a necessidade de o DER/PR realizar novos estudos técnicos de engenharia. O Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito (Volume I aprovado pela Res. n. 180/2005, do CONTRAN) exige, como requisito de validade do ato administrativo que estabelece limites de velocidade, a prévia realização de estudos técnicos de engenharia.

(E) MPPR instaurou Inquérito Civil para verificar os motivos pelos quais as obras de duplicação da Rodovia da Uva (PR-417), em Colombo-PR, foram *abandonadas*, gerando grave risco à Segurança Viária; bem como solicitar providências ao DER e, sendo necessário, adotar medidas para que a via pública ofereça segurança aos participantes do fenômeno trânsito. As investigações iniciaram de ofício, a partir de Relatório Fotográfico datado de 13.11.2012. As obras foram integralmente realizadas pelo DER no período de 18.12.2012 a 27.02.2013, e o Inquérito Civil foi concluído mediante juntada de novo Relatório Fotográfico. As imagens abaixo contêm comparativo entre os relatórios fotográficos realizados antes e depois das obras realizadas na rodovia.

(F) MPPR, por meio da Promotoria de Proteção ao Patrimônio Público em Cascavel-PR, instaurou o Inquérito Civil visando apurar a legalidade da licitação e do contrato celebrado pelo Município e consórcio de empresas privadas, para execução de obras de revitalização da Avenida Brasil, com recursos do BID (Banco Interamericano de Desenvolvimento). Além da legalidade do procedimento licitatório e dos sucessivos aditivos ao valor da obra, a investigação também visa aferir se a qualidade e quantidade de materiais empregados na obra

correspondem ao que fora previsto no contrato. Para tanto, o membro do Ministério Público contou com apoio de uma engenheira do Nate/CAEx (Núcleo de Apoio Técnico Especializado, do Centro de Apoio Técnico à Execução), que promoveu a análise do projeto de engenharia e do cronograma de obras e de pagamentos; de auditores do MPPR para a análise contábil, e de peritos da Polícia Federal, que realizaram perfurações em 80 pontos do asfalto aplicado no leito da via, visando aferir o material efetivamente empregado na obra. As amostras recolhidas foram encaminhadas ao DER-PR (em Curitiba), para análise e emissão de parecer técnico.

Como se percebe, ainda é pequeno o número de intervenções promovidas pelo Ministério Público, seja sob a forma de controle-fiscalização ou de controle-orientação, relacionadas à segurança do trânsito e aos fatores de risco ocultos na infraestrutura viária. Essas *boas práticas* podem, e devem ser expandidas para todas as regiões do vasto território nacional.

5. Conclusão

O Brasil não alcançou a meta de redução do número de mortes no trânsito, durante a Década Mundial de Ações para Segurança Viária (2011-2020). E ainda pior: se persistir no mesmo modelo de gestão do trânsito, negligenciando a função de *garante* do Trânsito Seguro e permitindo a omissão dos *atores do setor privado* (em especial a indústria automobilística e produtoras de equipamentos de segurança veicular, as empresas de construção civil e as concessionárias de rodovias), prosseguirá com a mesma tendência de aumento do número de mortes no trânsito, e não atingirá a meta sequer ao final da próxima década (junto aos objetivos da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável).

Diante da ineficácia do controle interno da Administração Pública responsável por promover ações voltadas à Segurança Viária, destaca-se a necessidade de intensificar o controle externo, em especial pelo Ministério Público, por se tratar de instituição democrática dotada de legitimidade para instaurar Inquéritos Civis e promover Ações Civis Públicas em defesa do direito fundamental ao Trânsito Seguro.

Para o exercício do controle externo dos órgãos e entidades de trânsito deve-se observar (i) que o parâmetro de controle, para avaliar a eficiência do sistema de gestão do trânsito, é o número de mortes no trânsito, (ii) que existe previsão de recursos (verba vinculada) destinados à segurança e educação para o trânsito, (iii) que o acesso à informação encontra-se previsto no art. 320, do CTB, e (iv) que os instrumentos de controle externo já se encontram previstos em nosso ordenamento jurídico, com destaque para o Inquérito Civil, como

poderoso instrumento de investigação conferido ao Ministério Público "para proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos" (art. 129, inc. III, da CR/88), dentre os quais se destaca a proteção à vida e à integridade física dos participantes do fenômeno trânsito.

Diante dos graves fatores de riscos (de *segunda* e de *terceira ordem*) ocultos na infraestrutura viária, o controle-orientação e o controle-fiscalização dos atos da Administração Pública e dos atores do setor privado que afetem a segurança viária revelam-se instrumentos essenciais para a garantia do direito fundamental ao Trânsito Seguro e para a redução do número de mortes e lesões incapacitantes no trânsito.

6. Referências bibliográficas

AGUIAR, Ubiratan Diniz; ALBUQUERQUE, Márcio André Santos de; MEDEIROS, Paulo Henrique Ramos. **A Administração Pública sob a perspectiva do controle externo**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BARCELLOS, Ana Paula. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista Diálogo Jurídico**, Salvador, BA, n. 15, p. 15-30, jan./mar. 2007.

BLISS, Tony; BREEN, Jeanne. **Implementing the recommendations of the world report on road traffic injury prevention:** country guidelines for the conduct of road safety management capacity reviews and the specification of lead agency reforms, investment strategies, and safe system projects. Washington (D.C.): World Bank Group., 2009. 307 p. Disponível em: http://documents.worldbank.org/curated/en/712181469672173381/Implementing-the-recommendations-of-the-world-report-on-road-traffic-injury-prevention-country-guidelines-for-the-conduct-of-road-safety-management-capacity-reviews-and-the-specification-of-lead-agency-reforms-investment-strategies-and. Acesso em: 26 dez. 2017.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, [19--].

HONORATO, Cássio M. **O Trânsito em Condições Seguras**. Campinas, SP: Millennium, 2009.

HONORATO, Cássio M. Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 100, n. 911, p. 107-169, set. 2011.

HONORATO, Cássio M. O Ministério Público como agente do Esforço Legal para garantir o direito fundamental ao Trânsito Seguro. *In:* Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade, 19., 2011, Belém, PA. **Anais [...]**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102.

HONORATO, Cássio M. Como alcançar o Trânsito Seguro: por meio de novas Leis ou de um novo Paradigma? **Revista dos Tribunais**, São Paulo, ano 107, n. 994, p. 165-202, ago. 2018.

HONORATO, Cássio M. Controle externo da infraestrutura viária pelo Ministério Público e pelos Tribunais de Contas constitui intervenção necessária para reduzir as mortes no trânsito. **Revista Jurídica do Ministério Público do Estado do Paraná**, Curitiba, ano 6, n. 10, p. 57-98, jun. 2019. Disponível em: https://apps.mppr.mp.br/openjournal/index.php/revistamppr. Acesso em: 27 jun.2019.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 2. ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 12. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

RUMAR, Kåre. **Transport safety visions, targets and strategies:** beyond 2000. 1st European Transport Safety Lecture. European Transport Safety Council, Brussels. 1999. Disponível em: http://www.etsc.be/documents/etsl1.pdf. Acesso em: 28 dez. 2017.

SEGURADORA LÍDER-DPVAT. **Relatório Anual da Seguradora Líder-DPVAT 2017**. Disponível em: https://www.seguradoralider.com.br/Documents/boletim-estatistico/Relatorio%20AnualSeguradora%20L%C3%Adder-DPVAT%202017_Versao_02.pdf. Acesso em: 6 jun. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. Sixtieth session. **Resolution A/60/181.** The Global Road safety Crisis: progress on the implementation of General Assembly Resolution 58/289. New York, 1 August 2005. Disponível em: http://www.who.int/roadsafety/about/resolutions/download/en/. Acesso em: 6 fev. 2018.

UNITED NATIONS. General Assembly. Sixty-fourth session. **Resolution A/64/255.** Improving global road safety. New York, 2 March 2010. Disponível em: http://www.who.int/roadsafety/about/resolutions/download/en/. Acesso em: 6 fev. 2018
.
UNITED NATIONS. General Assembly. Seventy-second session. **Resolution A/72/271.** Improving global road safety. New York, 12 April 2018. Disponível em: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/72/271&referer=/english/&Lang=E. Acesso em: 10 maio. 2018.

UNITED NATIONS. World Health Organization. UN Road Safety Collaboration. **Global plan for the decade of actions for road safety 2011-2020.** Geneva: WHO, 2011. Disponível em: http://www.who.int/roadsafety/decade_of_action/plan/en/. Acesso em: 9 fev. 2018.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

Em defesa do direito fundamental ao Trânsito Seguro, o Ministério Público deve exercer o controle-orientação e o controle-fiscalização dos atos da Administração Pública e dos atores do setor privado que afetem a segurança viária, por constituírem ações essenciais à proteção da vida e da integridade física dos participantes do trânsito.

O MINISTÉRIO PÚBLICO E O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS: A SENTENÇA DO CASO FAVELA DE NOVA BRASÍLIA

Eliane de Lima Pereira[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) condenou o Estado brasileiro, em sentença proferida em 16 de fevereiro de 2017 e publicada em maio do mesmo ano, por graves violações praticadas no contexto do caso Favela Nova Brasília versus Brasil.

Os fatos que deram origem à demanda no Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) desdobram-se em duas incursões policiais realizadas primordialmente pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro na localidade de Nova Brasília, favela pertencente ao denominado Complexo do Alemão localizado na Zona Norte da cidade do Rio de Janeiro. Tais incursões ocorreram nos dias 18 de outubro de 1994 e 08 de maio de 1995, ocasionando, cada uma delas, 13 (treze) mortes, totalizando 26 (vinte e seis) mortes nas duas chacinas, além de tortura e atos de violência sexual por parte dos agentes de estado, não havendo qualquer resposta por parte do sistema interno de justiça.

Restou evidente que houve falhas na persecução penal, não tendo os órgãos responsáveis pelas investigações, nem os atores do sistema de justiça, agido a contento e com a devida diligência. Neste sentido, a Polícia Civil, o Ministério Público e o Poder Judiciário não corresponderam ao que se espera constitucionalmente de suas funções, assim como não houve, sob os parâmetros do direito internacional dos direitos humanos, a devida prestação da justiça.

Nos diversos pontos resolutivos da sentença em comento são tratadas questões estruturais e que visam, em sua maioria, ao aprimoramento institucional da polícia e do Ministério Público, para que fatos como os do caso Favela Nova Brasília não voltem a acontecer. A Corte IDH também determinou que sejam retomadas as investigações de fatos

que ainda não foram apreciados pela justiça – homicídios e estupros – não obstante estarem os mesmos prescritos segundo as regras do nosso direito interno.

De acordo com a sentença, o Estado brasileiro deve abster-se de recorrer a qualquer obstáculo processual para eximir-se dessa obrigação, por tratar-se de prováveis execuções extrajudiciais e atos de tortura, restando claro que o argumento da prescrição não poderia impedir a investigação, o processamento e a eventual condenação dos perpetradores de graves violações de direitos humanos.

Especificamente em relação ao Ministério Público, no âmbito da legislação interna, lembremos que de acordo com a regra exposta no artigo 129, inciso VII, da Constituição Federal, é sua função institucional "exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior". Além disso, devemos destacar que, de acordo com o mencionado art. 129 da Constituição Federal, agora em seu inciso I, compete ao Ministério Público "promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei".

Ressalte-se ainda que ao se reconhecer a existência de uma esfera pública transnacional, resta nítido que é esperado do Ministério Público uma ação de envergadura condizente com o seu protagonismo na defesa dos direitos humanos conferido pelo legislador constituinte, além de ciente da importância de seu papel no fortalecimento dos sistemas internacionais de proteção.

A sentença do Corte IDH serviu como fio condutor para a reflexão acerca da necessidade dos órgãos internos possuírem mecanismos próprios, que independam da vontade e da estrutura do poder executivo, para o cumprimento das decisões produzidas pelo SIDH.

Em razão de suas funções constitucionais, resta reconhecido que o Ministério Público precisa ter protocolos, rotinas e metodologias para o dar efetividade às determinações da CIDH e da Corte IDH. Assim fica evidente a urgência no aprimoramento das funções ministeriais para o efetivo cumprimento de sua missão constitucionalmente prevista e como premissa ao bom funcionamento dos sistemas internacionais de proteção de direitos humanos, especificamente no que se refere ao SIDH.

FUNDAMENTAÇÃO

1 – O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O CASO DA FAVELA NOVA BRASÍLIA

1.1 A Condenação Do Estado Brasileiro Pela Corte Interamericana De Direitos Humanos No Caso Da Favela Nova Brasília

Inicia-se o presente tópico chamando a atenção para a composição e funcionamento do Sistema Interamericano de Direito Humanos (SIDH) que é formado pela Comissão Interamericana de Direito Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH), órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos (OEA), com atribuições fixadas pela Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

Os casos apresentados seguem um processamento de caráter bifásico, eis que o caso é iniciado perante a CIDH que exerce uma análise de admissibilidade e, apenas se constatada a violação por parte do estado demandado, edita um relatório de mérito com uma série de recomendações. Só após a prévia análise do caso pela Comissão (usualmente bastante demorada) é que o caso pode ser apresentado à Corte pela própria Comissão. Com essas premissas em mente, passemos a analisar o caso da Favela Nova Brasília.

Nos dias 18 de outubro de 1994 e 08 de maio de 1995, ocorreram duas incursões policiais realizadas primordialmente pela Polícia Civil do estado do Rio de Janeiro na localidade de Nova Brasília, favela pertencente ao denominado Complexo do Alemão localizado na Zona Norte da cidade do Rio de Janeiro. Tais operações ocasionaram, cada uma delas, 13 mortes, totalizando 26 mortes nas duas chacinas, além de tortura e atos de violência sexual por parte dos agentes de estado.

Não obstante a flagrante gravidade das violações, fato é que passados mais de 20 (vinte) anos não houve no sistema interno de justiça a responsabilização dos autores pelos crimes praticados. Em relação aos fatos ocorridos em 1994, existe processo penal em curso, em fase praticamente embrionária (decisão de pronúncia em novembro de 2018). Quanto aos fatos de 1995, o inquérito foi arquivado por falta de indícios mínimos necessários à deflagração de ação penal.

Diante da ausência de uma resposta por parte do Estado brasileiro, o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL) e a *Human Rights Watch Americas* apresentaram petições, em 03 de novembro de 1995 e em 24 de julho de 1996, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) relatando as falhas e a demora na investigação e punição dos responsáveis pelas supostas “execuções extrajudiciais de 26 pessoas (...) no âmbito das

incursões policiais feitas pela Polícia Civil do Rio de Janeiro em 18 de outubro de 1994 e em 08 de maio de 1995 na Favela Nova Brasília"[827]

Os peticionários, em suma, alegaram que essas mortes foram justificadas pelas autoridades policiais mediante a lavratura de autos de resistência[828] à prisão. Ainda alegaram que na incursão de 18 de outubro de 1994, L.R.J., C.S.S. e J.F.C[829]. foram vítimas de tortura e atos de violência sexual por parte de agentes policiais. Enfatizaram ainda que as investigações dos fatos teriam sido realizadas com o escopo de estigmatizar e revitimizar as pessoas falecidas, pois o foco teria sido dirigido à sua culpabilidade e não à verificação da legitimidade do uso da força.

Assim sendo, formou-se o Caso Favela Nova Brasília *versus* Brasil na Comissão. Em 31 de outubro de 2011, houve a edição do relatório com uma série de recomendações expedidas, sendo a primeira delas com o seguinte teor:

> (...) realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva das violações descritas neste relatório, dentro de um período razoável de tempo, por autoridades judiciais que sejam independentes da polícia, a fim de determinar a verdade e punir os responsáveis. Essa investigação deve levar em consideração os vínculos existentes entre as violações de direitos humanos descritas neste e o padrão do uso excessivo da força letal pela da polícia. Ainda, deve incluir as possíveis omissões, demoras, negligências e obstruções na justiça provocadas por agentes do Estado[830].

Diante de tal recomendação contida no Relatório de Mérito da Comissão, a reabertura dos dois casos, que já haviam sido arquivados, foi determinada pela chefia institucional do MPRJ. O primeiro deles em 10 de janeiro de 2013, pelo então Procurador Geral de Justiça Cláudio Soares Lopes; o segundo, alguns meses depois, ainda em 2013, pelo então Procurador Geral de Justiça Marfan Martins Vieira.

Se faz imperioso esclarecer que a obrigação acerca da investigação dos casos é de meio e não de resultado, o que significa dizer que não estamos obrigados a um resultado condenatório, mas ao exaurimento de todas as possibilidades investigatórias, dentro lei, com vistas à apuração e responsabilização pelas violações perpetradas.

Diante do não cumprimento e da não efetividade das recomendações contidas no relatório de mérito da CIDH, a Corte IDH condenou o Estado brasileiro, em sentença

---

[827] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Relatório nº 141/11. Mérito. Casos 11.566 e 11.69. Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros. (Favela Nova Brasília). Brasil. 31 de outubro de 2011, p 1.

[828] Terminologia superada em razão de seu evidente teor depreciativo da vítima e substituído por "morte ou lesão corporal decorrente de intervenção policial", em consonância com o disposto no ponto resolutivo nº 20 da Sentença do Caso Favela Nova Brasília.

829 A abreviação torna-se imprescindível a fim de preservar o sigilo das vítimas de violência sexual

[830] COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Op. cit.*, p 63.

proferida em 16 de fevereiro de 2017 e publicada em maio do mesmo ano, por graves violações praticadas no contexto do caso Favela Nova Brasília *versus* Brasil. Esta foi a primeira vez que o Estado Brasileiro foi condenado por um caso de violência policial.

A referida sentença impôs ao Estado brasileiro a obrigação de investigar os fatos e, caso seja pertinente, a punição aos responsáveis; a reabilitação através de tratamento psicológico e psiquiátrico das vítimas; medidas de satisfação que busquem reparar o dano imaterial e que não tenham natureza pecuniária; a publicação das seções da sentença que se referem aos fatos provados e à análise das violações à CADH, além da parte dispositiva, em dois jornais de circulação nacional; um ato público de reconhecimento de responsabilidade e placas comemorativas; a garantia de não repetição, com a adoção de políticas públicas, reformas legislativas, a extinção de autos de resistência e redução da letalidade policial; indenização compensatória, incluindo o dano material, dano imaterial, custas e gastos, reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica.

É imperioso ressaltar que a Corte IDH não possui funções de um Tribunal Penal, no sentido de processar e julgar pessoal e criminalmente os supostos perpetradores das violações, mas tem competência para determinar que os estados membros o façam.

Nos diversos pontos resolutivos da sentença em comento são tratadas questões estruturais e que visam, em sua maioria, ao aprimoramento institucional da polícia e do Ministério Público, para que fatos como os do caso Favela Nova Brasília não voltem a acontecer. A Corte IDH também determinou que sejam retomadas as investigações de fatos que ainda não foram apreciados pela justiça – homicídios e estupros – não obstante estarem os mesmos prescritos segundo as regras do nosso direito interno.

1.2– Quais caminhos percorrer para o cumprimento da sentença?

Vale observar que não existe no SIDH um mecanismo claro para responsabilizar os Estados pelo não cumprimento das suas decisões, o que inevitavelmente desperta perguntas dos próprios operadores de direito, e naturalmente de membros do Ministério Público, com o seguinte teor: estamos obrigados a cumprir o disposto na sentença? O que acontece se não cumprirmos as decisões? Quais são as consequências para o Brasil se não houver efetivo cumprimento? Quais são as sanções previstas?

Para enfrentar tais questionamentos é preciso traçar uma estratégia institucional que passa pela conscientização por parte dos membros e servidores acerca do Sistema Interamericano em si, mas também passa por um esforço em demonstrar que o que se tem a

ganhar com o cumprimento das decisões é muito relevante para o fortalecimento das instituições, e que o que se tem a perder com o não cumprimento pode afetar a confiabilidade das mesmas.

Nas palavras de Ergstrom, encontra-se amparo para as reflexões anteriores:

> Não existem mecanismos de execução para responsabilizar os Estados responsáveis pela implementação. Por exemplo, não existe um mecanismo de cumprimento político claramente obrigatório, tal como assumido pelo Comitê de Ministros no Sistema Europeu de Direitos Humanos. No entanto, como se verá discutido a seguir, a responsabilização pode operar através de múltiplos canais, incluindo, principalmente, mecanismos internos, por exemplo, na forma de mobilização da opinião pública em torno de casos específicos, conscientização por meio de estratégias de mídia e processos de litígio doméstico[831].

Também é importante esclarecer que não se está diante da ausência de um mecanismo de cumprimento de sentença estrangeira, pois este já está previsto em nosso ordenamento jurídico, como bem foi mencionado no Parecer de Força Executória nº 00151/2017/PGU/AGU18 nos pontos destacados a seguir, dada a sua pertinência com o assunto abordado neste trabalho e pelo fato do mencionado parecer ter sido elaborado por órgão responsável pela defesa do próprio estado, qual seja, a Advocacia Geral da União. Vejamos:

> 10. Enquanto a sentença estrangeira é prolatada por órgão integrante da estrutura institucional de outro Estado, com fundamento no Direito estrangeiro, a sentença internacional é ato emanado de tribunal internacional de que o Estado faz parte, seja pela aceitação de sua jurisdição obrigatória, como é o caso da Corte Interamericana, seja por haver concordado em submeter a solução determinada controvérsia a um organismo internacional (...).
>
> 13. As sentenças internacionais, como visto, não carecem, em princípio, de qualquer previsão legal para que produzam efeitos internos, eis que prolatadas por órgão judicial integrante de organismo internacional do qual o Estado brasileiro é parte e em face do qual reconheceu expressamente a sua jurisdição[832].

As palavras em comento deixam claro que o próprio estado brasileiro, através de seu corpo técnico especializado, reconhece que está obrigado ao cumprimento das decisões do sistema, tendo em vista que admitiu a jurisdição obrigatória da Corte IDH em 1998.

Não obstante, sabe-se que não há um procedimento previsto em lei, salvo no que diz respeito ao pagamento de indenizações. Tal constatação, por sua vez, não está alheia à realidade de outros estados partes do SIDH, mesmo daqueles que também admitiram a jurisdição obrigatória da Corte IDH. Mais uma vez as palavras de Ergstrom:

> Além disso, poucos estados latino-americanos têm mecanismos institucionais formais para assegurar a implementação consistente das decisões e recomendações

[831] ERGSTROM, Par. Reconceitualizando o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. In: Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 2, 2017, p. 1258.

[832] ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Parecer de Força Executória nº 00151/2017/PGU/AGU, de 9 de junho de 2017. p. 4.

> do SIDH. Na verdade, à luz das fragilidades administrativas de muitos estados latino-americanos, um dos principais desafios reside no estabelecimento de procedimentos administrativos e mecanismos institucionais que assegurem a implementação das recomendações da Comissão e das sentenças da Corte e não dependam do apoio discricionário do Executivo 'caso a caso'[833].

Com isso, é necessário refletir sobre de que maneira o trabalho que vem sendo desenvolvido pelo MPRJ para tornar efetivos os pontos resolutivos contidos na Sentença do Caso Nova Brasília *versus* Brasil pode funcionar como fio condutor para a construção de uma metodologia que sirva de paradigma de implementação das decisões do Sistema Interamericano, provenientes da Corte IDH ou mesmo de resoluções da CIDH, na parte que corresponda às suas funções de salvaguarda dos direitos humanos e do estado democrático de direito.

2- O MINISTÉRIO PÚBLICO NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITO HUMANOS

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, os sistemas universal e regionais passaram a desempenhar um papel fundamental e estratégico para o desenvolvimento do estado de direito e da democracia no Brasil e em diversos estados espalhados pelo mundo, resta indagar o papel que cabe ao Ministério Público neste cenário.

Não há dúvidas de que o Ministério Público é constitucionalmente vocacionado para a defesa dos direitos humanos e para honra de tal mandato deve-se atuar sob os parâmetros da lei, da constituição federal e dos tratados internacionais de direitos humanos, respeitando princípios e padrões de direito internacional, em especial do SIDH, tendo em vista que o Brasil está submetido à jurisdição obrigatória da Corte IDH desde 1998.

Ao reconhecer a existência de uma esfera pública transnacional, espera-se do MP uma ação de envergadura condizente com o seu protagonismo na defesa dos direitos humanos conferido pela Constituição Federal de 1988, fortalecendo a um só tempo a si próprio enquanto instituição e aos sistemas internacionais garantidores dos direitos humanos.

As palavras de Krsticevic mais uma vez esclarecem a importância do comprometimento de diversos órgãos, além dos que integram o próprio SIDH, para que os direitos salvaguardados se tornem uma realidade.

> Fortalecer a implementação das sentenças do SIDH exige considerar uma estratégia que compreenda vários atores chaves na execução das decisões e que, deste modo, facilite as ações próprias de quem está a cargo de alguns elementos de tal cumprimento, assim como, também, que aumente o número daqueles envolvidos na supervisão ou implementação das decisões. O debate, o aprofundamento do conhecimento e a ação em diversas áreas fundamentais para a execução das decisões

[833] ERGSTROM, Par. Op. cit. p. 1253.

> permitem que todos aqueles envolvidos contribuam para o avanço na direção desejada[834].

Não há sombra de dúvida de que o Ministério Público é um ator chave no cenário para a execução das decisões do Sistema dada a extensão de suas atribuições, a sua imensa capilaridade, a sua vocação constitucional para a defesa dos direitos humanos e a sua força institucional. Assim sendo, a tomada de consciência dos membros integrantes do Ministério Público de que o fortalecimento do SIDH é parte expressiva no avanço do estado democrático de direito é um desafio que vale a pena enfrentar.

Por outro lado, deve-se reconhecer as enormes resistências, muitas vezes fruto de verdadeiro desconhecimento, em relação a algo que "vem de fora", como se a adesão do Brasil às normas e sistemas internacionais não fosse feita no exercício de sua soberania, a partir de um cálculo estratégico que melhor represente os seus interesses num mundo de valores universalizados.

Dimensionar a importância do engajamento dos órgãos internos, dos operadores do direito integrantes do sistema de justiça, e mais detidamente do Ministério Público, é parte indelével da tarefa do presente trabalho. Mas a reflexão proposta também segue com a análise de ações concretas adotadas pelo MPRJ no esforço institucional de compreensão e efetiva implementação dos pontos resolutivos da sentença.

3 – A ATUAÇÃO DO MPRJ NO CUMPRIMENTO DA SENTENÇA

Para iniciar a presente análise vale explicar que o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro foi provocado por ofício encaminhado pela Advocacia-Geral da União, o qual solicitava informações a respeito do cumprimento da sentença prolatada pela Corte IDH no caso da favela Nova Brasília.

Tal ofício deu origem ao procedimento administrativo – MPRJ nº 2017.00687511 – que ensejou a análise minuciosa da sentença por parte da Assessoria de Direito Humanos e Minorias (ADHM), que considerando que o cumprimento da sentença perpassava uma série de órgãos com diferentes atribuições, sugeriu ao Procurador-Geral de Justiça a criação de uma comissão com escopo de (i) diagnosticar, como medida de não repetição, possíveis falhas ou faltas tanto por parte da Segurança Pública quanto do Sistema de Justiça, inclusive da própria

[834] KRSTICEVIC, Viviana. Reflexões sobre execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO. L. (Coord.). Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais/ organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. Rio de Janeiro; CEJIL,2009, p. 102.

instituição MPRJ na apuração dos fatos violadores de direitos humanos; (ii) garantir, com base no direito à verdade e à memória, uma resposta à sociedade, principalmente aos familiares das vítimas envolvidas nos fatos de violência sexual ocorridos em 1994 e nas mortes de 1995; (iii) instruir o relatório periódico de cumprimento de sentença.

Como resultado, foi elaborado relatório que apontou o desenvolvimento institucional a partir da criação de diversos grupos especializados (GAESP;GAECO; Assessoria de Direitos Humanos e Minorias, etc), sensibilização e capacitação dos membros do MPRJ na áreas de direitos humanos através da promoção de oficinas e cursos, entre outros apontamentos; que sugeriu o efetivo cumprimento dos pontos resolutivos tocantes à reabertura das investigações relativas aos fatos ocorridos em 1994 e 1995. Por fim, houve recomendação de criação de uma nova comissão com a finalidade de apontar medidas para aperfeiçoamento do controle externo da atividade policial.

Assim, a segunda comissão passou à análise dos pontos resolutivos da sentença em que caberia um especial aprimoramento da atuação do MPRJ, mais especificamente os pontos de 15 a 20 da referida sentença, sempre de maneira prospectiva, buscando implementar as medidas de não repetição no âmbito institucional:

Ponto 15. O Estado deverá publicar anualmente um relatório oficial com dados relativos às mortes ocasionadas durante operações da polícia em todos os estados do país. Esse relatório deverá também conter informação atualizada anualmente sobre as investigações realizadas a respeito de cada incidente que redunde na morte de um civil ou de um policial, no sentido disposto nos parágrafos 316 e 317 da presente Sentença.

Em relação ao ponto resolutivo nº 15, restaram consensuadas as seguintes sugestões:

1- Designar um corpo técnico responsável pela captação dos dados junto ao MGP[835];

2- Estabelecer, institucionalmente, um fluxo permanente entre a Chefia de Polícia Civil (PCERJ) e a chefia do MPRJ para remessa e recebimento dos dados relativos às mortes ocasionadas durante operações policiais, sem prejuízo, em caso de negativa, da reflexão sobre possível judicialização;

3- Estimular os Promotores de Justiça das Promotorias de Investigação Penal (PIP´s) a alimentarem corretamente os bancos de dados institucionais por meio dos sistemas disponíveis;

[835] Módulo de Gestão de Processos – MGP - é um sistema existente no MPRJ utilizado para a gestão de documentos e informações, criado pela resolução conjunta nº 02, de 21 de janeiro de 2010, do Gabinete do Procurador-Geral de Justiça (GPGJ) e Corregedoria-Geral do Ministério Público (CGMP).

4- Solicitar à Coordenadoria de Segurança e Inteligência (CSI) que informe o fluxo de informações referentes às operações e incursões realizadas, encaminhadas pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ).

Ponto 16. O Estado, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, deverá estabelecer os mecanismos normativos necessários para que, na hipótese de supostas mortes, tortura ou violência sexual decorrentes de intervenção policial, em que *prima facie* policiais apareçam como possíveis acusados, desde a *notitia criminis* se delegue a investigação a um órgão independente e diferente da força pública envolvida no incidente, como uma autoridade judicial ou o Ministério Público, assistido por pessoal policial, técnico criminalístico e administrativo alheio ao órgão de segurança a que pertença o possível acusado, ou acusados, em conformidade com os parágrafos 318 e 319 da presente Sentença.

Em relação ao ponto resolutivo nº 16, restaram consensuadas as seguintes sugestões:

1- Elaborar uma Resolução Conjunta (Procuradoria-Geral de Justiça e Corregedoria-Geral do MPRJ) com o intuito de recomendar o exercício da investigação direta pelo Promotor de Justiça natural naqueles casos que envolvam a prática de delitos graves ocorridos no contexto de especial violação de Direitos Humanos;

2- Criar um corpo técnico especializado, dotados de peritos legistas e peritos criminais, para assessorar os Promotores de Justiça na análise das peças produzidas pelas forças policiais.

Ponto 17. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Estado do Rio de Janeiro estabeleça metas e políticas de redução da letalidade e da violência policial, nos termos dos parágrafos 321 e 322 da presente Sentença.

Em relação ao ponto resolutivo nº 17, restaram consensuadas as seguintes sugestões:

1- Incentivar, por meio dos órgãos de execução, o desenvolvimento de políticas públicas voltadas para a redução da letalidade e da violência policial;

2- Acompanhar as políticas fomentadas pelos órgãos de execução, principalmente, com o objetivo de que atendam as normas instituídas na Constituição Federal de 1988.

Ponto 18. O Estado deverá implementar, em prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro, destinado a todos os níveis hierárquicos das Polícias Civil e Militar do Rio de Janeiro e a funcionários de

atendimento de saúde. Como parte dessa formação, deverão ser incluídas a presente Sentença, a jurisprudência da Corte Interamericana a respeito da violência sexual e tortura e as normas internacionais em matéria de atendimento de vítimas e investigação desse tipo de caso, no sentido do disposto nos parágrafos 323 e 324 da presente Sentença.

Em relação ao ponto resolutivo nº 18, restaram consensuadas as seguintes sugestões:

1- Encaminhar expediente ao órgão de execução com atribuição para ciência e adoção das medidas cabíveis a fim de implementar um programa ou curso permanente e obrigatório sobre atendimento a mulheres vítimas de estupro pela Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, em cumprimento ao Ponto Resolutivo nº 18 da Sentença da Corte IDH do Caso Favela Nova Brasília, no exercício do controle externo da atividade policial.

2 -Encaminhar expediente ao Grupo de Atuação Especial de Segurança Pública (GAESP) para a ciência e adoção das medidas cabíveis a fim de implementar, no bojo do Inquérito Civil acompanhado pelo Dr. Tiago Veras, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre o atendimento a mulheres vítimas de estupro pela Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, em cumprimento ao Ponto Resolutivo nº 18 da Sentença da Corte IDH do Caso Favela Nova Brasília, no exercício do controle externo da atividade policial.

Ponto 19. O Estado deverá adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias para permitir às vítimas de delitos ou a seus familiares participar de maneira formal e efetiva da investigação de delitos conduzida pela polícia ou pelo Ministério Público, no sentido do disposto no parágrafo 329 da presente Sentença.

Em relação ao ponto resolutivo nº 19, restou consensuada a seguinte sugestão:

1 – Elaborar uma recomendação conjunta com a Corregedoria-Geral do MPRJ tratando especificamente deste ponto resolutivo.

Ponto 20. O Estado deverá adotar as medidas necessárias para uniformizar a expressão "lesão corporal ou homicídio decorrente de intervenção policial" nos relatórios e investigações da polícia ou do Ministério Público em casos de mortes ou lesões provocadas por ação policial. O conceito de "oposição" ou de "resistência" à ação policial deverá ser abolido, no sentido disposto nos parágrafos 333 e 335 da presente Sentença.

Em relação ao ponto resolutivo nº 20, restaram consensuadas as seguintes sugestões:

1- Buscar, junto ao Chefe da PCERJ, o cumprimento integral do disposto nesse ponto resolutivo;

2- Elaborar, através da Corregedoria-Geral do MPRJ, a edição de ato normativo orientando os membros do MPRJ a observarem a definição jurídica constante nos registros de ocorrência.

Findo o trabalho da Segunda Comissão, foi elaborado relatório contendo basicamente as sugestões acima expostas, relacionadas aos pontos resolutivos mencionados da Sentença, e contendo ainda a sugestão da formação de uma comissão permanente de monitoramento da implementação das medidas consensuadas. O relatório foi entregue ao Procurador-Geral de Justiça no dia 10 de dezembro de 2018. Após a entrega do relatório mencionado, foi instaurado novo procedimento para implementação da comissão de monitoramento, que tramita perante os órgãos competentes da estrutura do MPRJ.

CONCLUSÃO

É imperiosa a necessidade de que o Ministério Público do Rio de Janeiro, a partir da compreensão do Direito Internacional dos Direitos Humanos como um procedimento de acesso à Justiça, se aproprie das noções essenciais acerca da estrutura e do funcionamento do SIDH e que perceba o papel da instituição no fortalecimento dos sistemas de proteção dos direitos humanos, sobretudo no que tange ao cumprimento das suas decisões e no exercício do controle de convencionalidade (tema não tratado neste trabalho).

Mas igualmente importante é que a instituição reconheça que a Sentença do Caso Favela Nova Brasília versus Brasil também se apresenta como uma oportunidade para que o Ministério Público exerça com o devido protagonismo a "defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e indisponíveis", conforme determina o artigo 127 da Constituição Federal, trilhando um sólido caminho de aprimoramento do exercício de suas funções.

Não há dúvidas de que a obrigação de investigar é algo que deve priorizado pelo Ministério Público, de acordo com os pontos resolutivos da Sentença, sendo inadmissível que obstáculos processuais de ordem interna, como anistia ou prescrição, sejam suscitados para justificar eventual descumprimento. De imensa importância também é a efetiva implementação das medidas de não repetição, sobretudo através de políticas públicas estruturantes que provoquem efeitos que impactem positivamente a realidade.

Diante da ausência de mecanismos institucionais formais, não deve o Ministério Público agir a reboque do poder executivo, ou mesmo dos demais poderes estatais, partindo para a criação de seus próprios mecanismos, protocolos e metodologias para dar conta daquilo que lhe compete, sob pena de colaborar para o descumprimento das decisões do SIDH e se desautorizar institucionalmente, a um só tempo.

Neste sentido, é fundamental que o MPRJ trabalhe os pontos resolutivos da sentença do Caso Favela Nova Brasília versus Brasil com um olhar para dentro e outro para fora da instituição, e que estes olhares conversem entre si e se complementem. Ou seja, é essencial que exerça efetivamente o controle externo da atividade policial, desempenhando suas funções de acordo com o que está disposto na constituição federal, mas precisa também estar atento às suas próprias estruturas e avaliar corajosamente o que é necessário fazer internamente para bem desempenhar tão desafiadora tarefa.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: Cabe ao Ministério Público compreender o Direito Internacional dos Direitos Humanos como um procedimento de acesso à justiça para que assim perceba o papel da instituição no fortalecimento dos sistemas de proteção dos direitos humanos, sobretudo no que tange ao cumprimento das suas decisões e no exercício do controle de convencionalidade.

REFERÊNCIAS

ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO (AGU). Parecer de Força Executória nº 00151/2017/PGU/AGU, de 9 de junho de 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Relatório nº 141/11. Mérito. Casos 11.566 e 11.69. Cosme Rosa Genoveva, Evandro de Oliveira e outros. (Favela Nova Brasília).* Brasil. 31 de outubro de 2011.

ERGSTROM, Par. *Reconceitualizando o impacto do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*. In: Revista Direito e Praxis, Rio de Janeiro, vol. 2, n. 2, 2017.

KRSTICEVIC, Viviana. *Reflexões sobre execução das decisões do Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*. In: KRSTICEVIC, V.; TOJO. L. (Coord.). Implementação das decisões do Sistema Interamericano de Direitos Humanos: jurisprudência, instrumentos normativos e experiências nacionais/ organização Centro pela Justiça e o Direito Internacional; [tradução Rita Lamy Freund]. Rio de Janeiro; CEJIL,2009.

Importância na aplicação das novas tecnologias na comunicação das ocorrências de violência doméstica

Fabiano Morais de Holanda Beltrão
Promotor de Justiça de Pernambuco
Titular da Promotoria de Passira-PE
fabianob@mppe.mp.br

RESUMO: A Lei Maria da Penha prevê medidas protetivas em favor da vítima mulher do seu agressor(a) como forma de garantir sua incolumidade física, tais como o afastamento do lar e manutenção de distância regulamentar do imputado da violência. Essas medidas restritivas ao agressor(a) se mostram muitas vezes inócuas, na prática, dado o descumprimento da ordem judicial pelo acusado, razão pela qual o uso das novas tecnologias se fazem imprescindíveis para a garantia da efetividade no cumprimento das medidas e certeza de manutenção da incolumidade física e psicológica da vítima de violência doméstica.

Enunciado: Lei Maria da Penha. Lei 11.340/06. Violência doméstica e familiar contra a mulher. Uso das tecnologias. Garantia da efetividade no cumprimento das medidas protetivas.

Sumário: 1. Justificativa. 2. Introdução. 3. Violência doméstica no Código Penal. 4. Desfecho das agressões que vitimaram Maria da Penha Maia Fernandes. 5. Subnotificação de registros nos casos de violência doméstica. 6. Registros de homicídios com feminicídios. 7. Aplicativos para vítimas de violência doméstica. 8. Conclusão. 9. Bibliografia.

1. A epidemia de violência doméstica que se observa em nosso meio social e o grande número de subnotificações ainda observados expõe a necessidade do poder público, por meio de seus órgãos de persecução penal, incluindo em particular o Ministério Público, de se utilizar das novas ferramentas de tecnologia da informação, à disposição da população, principalmente das vítimas mulheres, para reportar os casos de violências ocorridos, ou que estão em vias de

ocorrerem como forma de assegurar o fim da impunidade dos agressores no ambiente doméstico e familiar.

2. Introdução.

A Lei 11.340/06, denominada lei Maria da Penha, assim batizada em função do emblemático caso de Maria da Penha Maia Fernandes, mulher e vítima de violência doméstica que por anos lutou contra a impunidade de seu ex-marido, o qual, durante período de convivência conjugal, agredia-a frequentemente, surgiu no mundo legal pátrio para proteger, assegurar e dar garantia aos direitos das mulheres vítimas de qualquer tipo de violência no meio familiar.

Em atenção às recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, em 08/08/2006 foi sancionado o projeto de lei de nº 37, do ano de 2006, entrando em vigor em 22/09/2006, nos termos do § 8º, do art. 226 da constituição federal do Brasil, em respeito à convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres e à convenção interamericana para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, em ambas o Brasil é país signatário.

3. Violência doméstica no Código Penal.

O crime de violência doméstica e familiar foi introduzido no Código Penal Brasileiro através da lei n° 10.886, de 17 de junho de 2004, acrescentando os parágrafos 9º e 10 ao artigo 129, o qual tipifica as lesões corporais nas quais se prevalece o(a) agressor(a) das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade e no qual se comina pena de detenção de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

Na opinião doutrinária de Damásio de Jesus, quando do seu artigo "Violência doméstica", disponível em: < *www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=84*>, com acesso em 14 de fevereiro de 2013, esta modificação legislativa era *"praticamente inócua"*, pois tipificava o crime de violência doméstica de modo discreto, posto que, apesar de aumentar a pena-base para o dobro daquela prevista para crime de lesão corporal leve, ainda sim possibilita a aplicação da n° 9.099/95 e seus institutos, porque deixa o crime como na incidência do conceito de menor potencial ofensivo.

Contudo, com o advento da lei Maria da Penha, dúvidas não existem que quando a vítima for mulher não se aplicará os institutos despenalizadores, por literal previsão do art. 41 da lei 11340, uma vez que o legislador entendeu que aquelas medidas despenalizantes da lei dos juizados já se demonstravam ineficientes para a punição de agressores domésticos, visto que muito ínfimas diante da gravidade de suas condutas e a hipossuficiência de suas vítimas.

O doutrinador Cezar R. Bitencourt, igualmente em artigo intitulado "Violência doméstica ou lesões corporais domésticas", disponível em: < *http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/11/25/violencia-...*. acesso em 14 de fevereiro de 2013, prefere a denominação lesão corporal doméstica para o tipo penal previsto no § 9º, do artigo 129 do Código Penal, pois, tipo especial de lesão corporal leve, contudo, chama a atenção da natureza jurídica de sua ação penal como condicionada à representação, classificação que expõe a vítima, hipossuficiente, a uma forte pressão do seu agressor, de quem depende, a renunciar à ação que tem o condão de o proteger, situação a qual já foi expressamente afastada no caso da vítima mulher, quando o Supremo Tribunal Federal, através da ADI n° 4.424/DF, firmou entendimento de que nos crimes de lesões corporais praticados contra a mulher, no ambiente doméstico, mesmo de caráter leve, atua-se mediante ação penal pública incondicionada.

O entendimento do Supremo Tribunal Federal seguiu a *ratio* de que os dispositivos da lei dos juizados especiais criminais esvaziava a proteção constitucional assegurada às mulheres, prevista no artigo 226, § 8º da Carta Magna e que quanto à renúncia, possibilidade prevista no artigo 16 da lei Maria da Penha, não poderia ser aplicada se diante do crime previsto no art. 129, §9º (lesão corporal no ambiente doméstico), pois não condizia com a realidade ao permitir à mulher decidir sobre o prosseguimento ou não do processo contra seu agressor, pois sua manifestação é cerceada pela própria violência, por medo de represálias e de mais agressão.

Portanto, o entendimento é o seguinte: o § 9º, artigo 129 do Código Penal, embora tipo especial de lesão corporal – lesão corporal praticada em âmbito doméstico e/ou familiar – era equiparada à lesão corporal leve (*caput* do mesmo dispositivo), o que possibilitava a classificação de sua ação penal como pública condicionada à representação, nos termos do artigo 88 da lei n. 9.099/95 – lei dos juizados especiais, contudo, diante da previsão do art. 41 da lei 11.343/06, não se aplica os institutos depenalizadores, medida que busca dar eficiência a punição dos agressores domésticos diante da hipossuficiência da vítima mulher, realidade realçada pela interpretação do Supremo Tribunal Federal no sentido de que é a ação contra o agressor doméstico pública incondicionada, não se aplicando o art. 16 da lei 11343, para que o

órgão de acusação promova a ação penal, independe da aquiescência da vítima, tudo para garantir plena proteção à vítima mulher.

4. Desfecho das agressões que vitimaram Maria da Penha Maia Fernandes.

Apenas para trazemos o desfecho do caso Maria da Penha, emblemático nas agressões às mulheres no Brasil e efetivamente responsável por influenciar a criação da lei 11.340 e toda a rede de proteção às vítimas de variadas violências domésticas, é indispensável não esquecer que foi ela vítima de grave violência, em Fortaleza/CE, no período de maio e junho de 1983. A primeira agressão se deu por arma de fogo e a segunda por eletrocussão e afogamento, das quais resultaram em paraplegia irreversível e outras lesões físicas e psicológicas.

No que diz respeito ao destino do autor das agressões, Marco Antonio Heredia, na forma como noticiado pela revista Isto É, na edição de n° 2150, de 21 de janeiro de 2011 e disponível em: <*www.istoe.com.br/reportag*, houve a prisão do agressor em data muito distante do crime, uma vez que apenas 19 (dezenove) anos e 5 (cinco) meses após o crime foi o algoz de Maria da Penha preso e submetido a ínfimos 16 (dezesseis) meses em regime fechado.

Em março de 2004, o então condenado ingressa no regime semiaberto, conquistando a liberdade condicional em fevereiro de 2007, neste intermédio, o governo federal sancionou a Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. Desde sua condicional, Marco Antonio vive em Natal/RN e sua pena foi definitivamente em fevereiro de 2012.

Em julho de 2008, Maria da Penha Maia Fernandes recebeu indenização no valor de R$ 60.000,00 (sessenta mil reais) do Governo do Estado do Ceará, pelo reconhecimento na demora em se julgar o caso e punir o autor das agressões.

5. Subnotificação de registros nos casos de violência doméstica

Uma a cada três mulheres nas capitais nordestinas sofreram algum tipo de violência física, sexual ou psicológica no decorrer da vida, apesar dos dados demonstrarem a epidemia de violência contra a mulher, os casos de violência contra as mulheres ainda são subnotificados, alguns entraves ainda estão presentes, como a vergonha de expor a intimidade, a dependência financeira do parceiro, a esperança de que o parceiro vai mudar, a falta de conhecimento sobre onde pedir ajuda e a antiga ideia de que as mulheres são responsáveis pela manutenção da família.

Além disso, há o misto de emoções, pois a vítima de violência nunca chega com sangue nos olhos, mas com lágrimas nos olhos. Tem uma mistura de sentimentos. Ela ainda ama aquele homem ou um dia amou e sente culpa.

Outro entrave que contribui para as subnotificações é a diferença de perfil do agressor em relação a autores de crimes urbanos comuns. O agressor da violência doméstica é trabalhador, frequenta a igreja, é visto como um bom cidadão. Por isso, muitas vezes, essas mulheres se sentem desacreditadas no processo. Nesses casos, ainda é preciso conscientizar o homem de que o seu comportamento é ilícito, pois muitos ainda mantém a crença de que não fizeram nada de errado.

Desde janeiro de 2011, uma resolução do Ministério da Saúde tornou compulsória a notificação oficial de todos os casos relacionados à violência contra a mulher, os quais fossem atendidos na rede pública de saúde. Caso consideremos os casos de violência envolvendo todas as mulheres, desde as menores de 1 ano até as com mais de 60 anos, o número chega a 70.270 (setenta mil, duzentos e setenta) vítimas. Esses dados constam do Mapa da Violência do ano de 2012, realizado pelo Centro Brasileiro de Estados Latino-americanos (Cebela) e pela Faculdade Latino-americana de Ciências Sociais (Flacso).

Apesar de a notificação no Sistema Único de Saúde (SUS) ser compulsória, a maior parte dos casos não são informados nominalmente à polícia, assim, não há como afirmar quantos deles efetivamente se transformaram em processos contra os agressores.

Segundo o levantamento, as agressões físicas são as principais formas de violência contra a mulher e representam 78,2% do total de casos registrados. Em seguida, estão os casos de agressão psicológica (32,2%) e violência sexual (7,5%). O levantamento mostra ainda que, do total de casos, 38,4% reincidem e voltam a agredir à anterior vítima, dentro das relações familiares, ou domésticas.

A própria casa é o principal cenário das agressões e os homens com os quais as mulheres se relacionam ou se relacionaram (marido, ex, namorado, companheiro) são os principais agressores e representam 41,2% dos casos. Amigos ou conhecidos são 8,1% e agressores desconhecidos da vítima mulher representam pouco mais de nove por cento dos violentadores.

Em 2016, o serviço telefônico 180 (central de atendimento à mulher do governo federal) registrou 1 milhão de atendimentos, ultrapassando a média de 2.700 (duas mil e setecentas) assistências diárias. Nem todas as denúncias foram realizadas pelas vítimas. Segundo a Secretaria de Políticas para as Mulheres, em 32,76% dos casos não foram as mulheres agredidas que ligaram, vizinhos, pais e filhos surgem como principais denunciantes.

6. Registros de homicídios com feminicídios

O ano de 2019 começou com boas e más notícias no que diz respeito ao número de mortes violentas no Brasil. A boa notícia é que houve uma queda de 13% (treze por cento) nas mortes violentas em todo o país no ano de 2018 (12% - doze por cento - se forem considerados apenas os homicídios), conforme divulgado pelo Monitor da Violência do portal G1 das comunicações Globo. A má notícia é que a queda não foi observada na mesma proporção quando as vítimas são mulheres.

O número de mulheres mortas caiu de 4.558 (quatro mil, quinhentos e cinquenta e oito) para 4.254 (quatro mil duzentos e cinquenta e quatro), uma redução de 6,7%, frente uma queda maior dentre os homens. No Brasil, no ano de 2018, os homicídios de mulheres representaram cerca de 8,7% do total de assassinatos no país. Isto significa que, de cada 100 (cem) pessoas mortas, mais de 8 (oito) delas eram mulheres. Esta distribuição, entretanto, não se deu de maneira homogênea nos diversos estados brasileiros. Enquanto que no Amapá e em Sergipe, por exemplo, 4% (quatro por cento) das mortes violentas incidiram sobre mulheres, em estados como São Paulo as mulheres representaram 15% (quinze por cento) das vítimas, chegando a 20% (vinte por cento) em Mato Grosso do Sul.

Considerando a diferença na densidade populacional no Brasil, a forma mais adequada de comparar a incidência de casos por estados é por meio do cálculo de mortes por 100 mil habitantes. Em 2018, a média nacional de mulheres assassinadas foi de 4 por 100 mil habitantes. Dentre os estados, Roraima, Ceará e Acre se destacam por taxas muito acima da média nacional, com mais de 8 mortes de mulheres por 100 mil habitantes.

Existem diferentes formas de registrar as mortes provocadas por terceiros, a depender da situação e das circunstâncias de cada caso, como homicídio e latrocínio, por exemplo. Quando as vítimas são mulheres, as mortes podem ser classificadas como feminicídios se o crime for motivado pela condição de gênero. Isso porque desde 2015 a lei 13.104 inseriu o feminicídio no ordenamento jurídico nacional. Com quatro anos de implementação da lei, podemos dizer que ainda estamos diante de um processo de consolidação dos registros e que o aumento dos números pode ser reflexo do maior emprego da tipificação do feminicídio.

Segundo os dados levantados pelo Monitor da Violência, 16 unidades da federação tiveram aumento dos registros de feminicídio em 2018 em relação ao ano anterior. Além disso, em oito destes estados cresceu também o registro de homicídio de mulheres, ou seja, não houve uma substituição na tipificação da morte (de homicídio para feminicídio), mas sim um aumento do número de mulheres mortas nas duas situações.

Dentre os 16 estados que apresentaram aumento no número de feminicídios, destacam-se Paraná, Ceará, Distrito Federal e Rio Grande do Sul com crescimentos acima de 40% e Sergipe com o crescimento de 78%. O estado do Ceará chama a atenção ainda, pois, além do alto número de feminicídios, registrou um aumento de 27% de mortes de mulheres, embora tenha tido uma redução de 15% nas mortes violentas de homens em 2018. Vale lembrar que logo no início de 2018 o Ceará foi palco de uma chacina que vitimou 14 pessoas, sendo 8 mulheres.

Para além das discrepâncias regionais, os dados apresentados pelo Monitor da Violência indicam que a vitimização de mulheres segue como um problema crônico no Brasil e enraizado na formação da nossa sociedade. A condição de vulnerabilidade das mulheres é construída por questões econômicas, culturais, educacionais e que podem e devem ser alteradas por meio de políticas públicas voltadas à prevenção da violência.

Apesar de todos os avanços, a lei Maria da Penha e os sucessivos documentos legislativos que objetivavam a proteção da vítima mulher, tal como a implementação da lei do feminicídio foi um pequeno passo dado na direção de colocar esta questão na esfera pública, combatendo a noção de que a violência contra a mulher seria um problema privado, na qual não se deveria "meter a colher". A dinâmica das mortes que vitima as mulheres possui características distintas daquela que incide sobre os homens e, por esta razão, as políticas de prevenção da violência contra a mulher precisam levar em conta esta especificidade. Muitas das mortes poderiam ter sido evitadas, por exemplo, com o funcionamento eficaz de um sistema de medidas protetivas, interrompendo um ciclo de violência e impedindo desfechos letais.

7. Aplicativos para vítimas de violência doméstica.

A cada 90 minutos, uma mulher morre por agressões de parceiros ou ex, segundo dados do Ipea. Diante epidemia de violência contra a mulher, foram desenvolvidos alguns aplicativos para celular que podem facilitar o pedido de socorro ou a denúncia de violências de maneira mais imediata.

O Paraná foi o primeiro estado a implantar o dispositivo de segurança e proteção de mulheres em situação de risco. A secretária de Estado da Família e Desenvolvimento Social apresentou o dispositivo que irá atender a 15 municípios e terá um investimento de implantação de R$ 2,6 milhões.

A mulher em situação de risco, cadastrada no projeto por decisão judicial, que registra suas informações pessoais e recebe o dispositivo de segurança. O aparelho é pequeno e de fácil manuseio. Ao sentir-se ameaçada com a presença do agressor em qualquer lugar, ela deve apertar o "botão do pânico", que acionará imediatamente a Guarda Municipal.

Outro dispositivo que chegou ao mercado brasileiro foi o “Family 24h”. Diferente da alternativa proposta pelo governo paranaense, o aplicativo tem baixo custo, com planos a partir de R$ 2,99 (dois reais e noventa e nove centavos) por semana e está disponível para qualquer pessoa. Este aplicativo para celular permite que a pessoa compartilhe, em tempo real, sua localização com um grupo de pessoas convidadas. Em situação de ameaça ou perigo, a usuária pode acionar o botão de pânico no próprio celular ou através de um dispositivo externo, na mesma hora ele dispara um alerta sonoro para seu círculo familiar, que receberá fotos da câmera dianteira e traseira do celular e 10 (dez) segundo de áudio. Esta tecnologia foi desenvolvida para os usuários do aplicativo terem tempo para impedir incidentes e garantir a segurança de forma preventiva, fornecendo a localização da pessoa de maneira precisa e ao vivo para seu grupo.

Portanto, os aplicativos para celular PLP 2.0 e o Juntas acionam, com apenas um clique, amigos e familiares selecionados pela usuária quando necessário. Eles emitem alarmes e compartilham a localização da mulher sem que ela precise digitar ou falar. O PLP 2.0 foi desenvolvido para as mulheres sob medida protetiva e ainda aciona a polícia e grava imagens e sons, que podem ser usados como prova.

Já o 'SOS Mulher', aplicativo desenvolvido pelo Estado de São Paulo, permite que as vítimas possam pedir socorro quando estiverem em situação de risco, pelo simples acionamento de um botão por cinco segundos. A medida visa agilizar e priorizar o atendimento destas pessoas, deslocando as equipes mais próximas ao local da ocorrência.

Para usar o aplicativo, que está disponível no *Google Play* ou na *Apple Store*, é necessário a realização de um cadastro com os dados pessoais para que as informações possam ser checadas junto ao Tribunal da Justiça de São Paulo (TJSP). Somente após a confirmação positiva da ferramenta é que se permite a utilização do serviço. Após apertar por cinco segundos o botão do aplicativo "SOS Mulher" é gerado automaticamente uma ocorrência de risco à integridade física pelos Centros de Operações da polícia militar (Copom) em todo o Estado de São Paulo.

O atendimento será priorizado e a PM utilizará as coordenadas geográficas da pessoa, entre outros dados do cadastro, para encaminhar a viatura policial mais próxima para atendimento imediato à vítima. Após a chegada da equipe policial no endereço, é essencial que o usuário apresente a decisão do juiz, comprovando o descumprimento da medida

protetiva e as providências decorrentes. Atualmente, mais de 70 mil pessoas estão aptas a utilizar o serviço.

No Piauí foi lançado, em março deste ano, o aplicativo "Salve Maria", que além de todas as funções dos outros dispositivos, ainda permite fazer denúncias anônimas com áudio, fotos, vídeos e localização. O intuito é permitir que se peça socorro e que se ofereça ajuda à vítima em situação de agressão iminente.

Outro aplicativo desenvolvido foi o "Bem Querer Mulher", cujas funções são disponibilizar atendimento às mulheres vítimas de violência, com auxílio de outras mulheres que orientam, acompanham às vítimas aos serviços de apoio e à delegacia e oferecem apoio psicológico. Além disso, oferece informações sobre direitos, indica serviços de atendimento próximos, e permite ligar para o 180 (cento e oitenta), serviço de atendimento a mulheres, com um clique.

8. Conclusão.

Ora, diante da realidade social e constitucional que vivemos e frente a epidemia de violência que se enxerga na sociedade, deixar que vítimas da violência intrafamiliar descobertas do acesso à tecnologia para reportar os casos em que são vítimas, ou mesmo terceiros terem a oportunidade, inclusive de forma anônima, de comunicar as autoridades os casos de violência doméstica, mormente naqueles em que o crime é de ação penal pública incondicionada, é de um atraso inconcebível

Dessa forma é que em uma sociedade 24 (vinte e quatro) horas conectada e diante da natureza incondicionada que possui a ação penal contra o agressor, necessário que se defenda com firmeza a utilização das redes sociais, aplicativos e até mesmo dos serviços de comunicação de ocorrências como essenciais para o combate aos agressores doméstico.

A própria natureza e localidade onde são as violências cometidas (dentro de casa) e o fato de ser o agressor, na maioria das vezes, pessoa muito próxima de quem a agredi (marido, pai, irmão) imprime um caráter de silêncio as posteriores atitudes da agredida, que afronta o senso de justiça da necessidade de se aumentar o combate aos agressores, ação que será muito mais bem-sucedida se o registro do ato violento vier de fora do ambiente doméstico, ou cercado pela segurança da anonimidade da comunicação, neste campo já são frutíferos os resultados obtidos com os sistemas telefônicos de disque denúncia, sendo imprescindível que essas comunicações evoluam com o avanço da tecnologia e da popularização que adquiriu a utilização de redes sociais, aplicativos e sistemas de comunicações, hoje a disposição de muitas pessoas dada a popularização dos "smartphones".

Nesse sentido, estados como São Paulo, Paraná e o Piauí saíram na frente, desenvolvendo aplicativos específicos para a proteção, auxílio e encaminhamento das vítimas aos serviços de apoio, sendo necessário que Pernambuco e até mesmo o Ministério Público de Pernambuco imite os bens sucedidos exemplos já existente e desenvolva, adquira ou aprimore os "software"/aplicativos cujo objeto seja a proteção às vítimas mulheres de violência doméstica, uma vez que o Estado de Pernambuco apresenta números expressivos dessa modalidade de crime, sendo a subnotificação um fato presente em nossa realidade, necessitando o poder público se valer da tecnologia para dinamizar e tornar eficientes as proteções as mulheres submetidas as violências de seus lares.

9.Bibliografia

1. DIAS. Maria Berenice. A Lei Maria da Penha na justiça: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010;

2.DE JESUS, Damásio, artigo: Violência doméstica, disponível em: < www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=84>, com acesso em 14 de fevereiro de 2013;

3. BITENCOURT, Cezar R., artigo: Violência doméstica ou lesões corporais domésticas, disponível em: < http://atualidadesdodireito.com.br/cezarbitencourt/2012/11/25/violencia-.... acesso em 14 de fevereiro de 2013;

4. WAISELFISZ, Julio Jacob. Mapa da violência 2015. Homicídio de mulheres no Brasil. Brasília: Flacso, 2015.

5. https://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2016/01/1733498-aplicativo-ajuda-a-combater-violencia-contra-a-mulher-no-rio-grande-do-sul.shtml.

O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ELABORAÇÃO DO PLANO MUNICIPAL PELA PRIMEIRA INFÂNCIA

Luciana Pereira Grumbach Carvalho*

Síntese dogmática:

No dia 08 de março de 2016 foi publicada a Lei nº 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, que veio tratar especificamente sobre a primeira infância, período da vida que abrange os primeiros seis anos completos ou 72 (setenta e dois) meses da criança, dispondo sobre as políticas públicas para essa faixa etária e trazendo alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Processo Penal, na CLT e nas Leis Federais nº 11.770/08 e nº 12.662/12.

O Marco Legal da Primeira Infância dispôs expressamente ser dever do Estado estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância, de forma a assegurar os direitos das crianças com prioridade absoluta. A lei impôs ao gestor público a obrigação de elaborar um plano municipal que contemple uma abordagem multi e intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância e o membro do Ministério Público estadual, como fiscal da lei, tem o dever de exigir dos municípios de suas respectivas áreas de atribuição que elaborem seus planos pela primeira infância.

Fundamentação:

Em março de 2016 foi publicada a Lei Federal nº 13.257, conhecida como Marco Legal da Primeira Infância, que dispõe sobre as políticas públicas de primeira infância, além de ter trazido importantes alterações no Estatuto da Criança e do Adolescente, no Código de Processo Penal, na CLT e nas leis federais nº 11.770/ 08 e nº 12.662/12.

O Marco Legal da Primeira Infância representou um avanço enorme na legislação brasileira, na medida em que se trata de lei formulada com base em estudos e achados neurocientíficos sobre o desenvolvimento humano. Nesse sentido, cabe destacar

logo o primeiro artigo da referida lei ao dispor que "*Esta lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância* ***em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano*** (...) Grifo nosso"[836].

A faixa etária abrangida por essa lei vai do zero aos seis anos de vida, ou os primeiros 72 meses de idade[837], denominada pelos cientistas e abraçada pelo legislador como primeira infância. Essa fase é marcada por vários processos de desenvolvimento, que são influenciados pelo meio ambiente no qual a criança está inserida, pelos estímulos que recebe e pela qualidade dos vínculos afetivos que vivencia. Justamente por isso, o começo da vida deve receber proteção especial da família, do Estado e da sociedade[838].

Ainda no Marco Legal o legislador estabeleceu que a regra da prioridade absoluta prevista no art. 227 da Constituição Federal implica o dever do Estado (aí leia-se Estado no sentido mais amplo da palavra) de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir o seu desenvolvimento integral[839].

Vejam que o legislador usou a expressão "dever do Estado" em estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância, não deixando margem para qualquer interpretação que desobrigue o Estado ou lhe permita a faculdade de adotar tais medidas em favor das crianças que se encontrem dentro dessa faixa etária de vida.

Outrossim, encontramos a favor dos direitos das crianças, adolescentes e jovens a única prioridade que foi considerada *absoluta* pelo poder constituinte originário de 1988 e a obrigação do Estado de adotar medidas concretas para assegurar os direitos daqueles, em especial os que se encontram na primeira infância, conforme determinado no Marco Legal da Primeira Infância.

Dentre essas medidas que cabe ao Estado encontramos, dentro das atribuições do Poder Executivo Municipal, a elaboração do Plano Municipal pela Primeira Infância.

---

*Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro.

836 Art. 1º, Lei nº 13. 257/16 " Esta Lei estabelece princípios e diretrizes para a formulação e a implementação de políticas públicas para a primeira infância em atenção à especificidade e à relevância dos primeiros anos de vida no desenvolvimento infantil e no desenvolvimento do ser humano, em consonância com os princípios e diretrizes da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente); altera os arts. 6º, 185, 304 e 318 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal); acrescenta incisos ao art. 473 da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943; altera os arts. 1º, 3º, 4º e 5º da Lei nº 11.770, de 9 de setembro de 2008; e acrescenta parágrafos ao art. 5º da Lei nº 12.662, de 5 de junho de 2012"

837 Art. 2º, Lei nº 13.257/16 "Para os efeitos desta Lei, considera-se primeira infância o período que abrange os primeiros 6 (seis) anos completos ou 72 (setenta e dois) meses de vida da criança".

838 Extraído da Cartilha Primeira Infância é prioridade absoluta. Disponível em http://prioridadeabsoluta.org.br/wp-content/uploads/2017/11/cartilha_primeira-infacc82ncia.pdf, Acesso em 08.10.2018.

839 At. 4º da referida lei.

O próprio Marco Legal estabelece que a União oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distritais e municipais para a primeira infância que articulem diferentes setores[840]. Por outro lado, dispõe a lei que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir, nos respectivos âmbitos, comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância com a finalidade de assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, garantida a participação social por meio dos conselhos de direitos[841].

A referência a uma articulação intersetorial decorre da importância de uma abordagem que articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância[842].

Quando faz referência à intersetorialidade por várias vezes, o Marco Legal traz importante inovação na legislação nacional, reconhecendo a importância de se promover um cuidado integral e integrado da criança. E o objetivo central do PMPI, que é um plano de Estado, é justamente articular diferentes setores da administração municipal com o objetivo de estabelecer metas e complementar suas ações, para cumprir o dever do Estado de assegurar a prioridade absoluta dos direitos das crianças[843].

O Plano Municipal pela Primeira Infância constitui um instrumento político e técnico, que deve ser elaborado por um processo democrático e participativo, com colaboração das diferentes secretarias e órgãos públicos da administração pública municipal, poder legislativo, Poder Judiciário, Ministério Público e sociedade civil e que contemple a escuta e participação das crianças, sujeitos de direitos a quem realmente se destina o PMPI[844].

Quanto à escuta das crianças para elaboração do Plano Municipal, cabe abrir um parêntese para ressaltar que o MLPI, mais uma vez, trouxe importante inovação ao prever a participação das mesmas na definição das ações que lhes digam respeito, com o objetivo de promover sua inclusão social como cidadã, devendo ocorrer de acordo com a especificidade de sua idade, através da escuta adequada por profissionais qualificados[845].

Além do processo democrático e participativo de diversos setores da sociedade, incluindo as crianças, os planos devem se constituir de um diagnóstico da situação de vida, desenvolvimento e aprendizagem das crianças no município, uma lista de ações das

[840] Art. 8º, parágrafo único, MLPI.
[841] Art. 7º, MLPI.
[842] Art. 6º, MLPI.
[843] Extraído do site da Rede Nacional Primeira Infância. http://primeirainfancia.org.br/pmpi/. Acesso em 09/04/2019.
[844] Ibidem.
[845] Art. 4º, II e parágrafo único, MLPI.

diferentes secretarias para garantir que os direitos das crianças sejam integralmente atendidos e metas que permitam avaliar as políticas planejadas e em curso[846].

Portanto, o Plano Municipal pela Primeira Infância constitui um importante instrumento de promoção dos direitos das crianças na primeira infância e talvez seja o único instrumento previsto em lei que promova uma abordagem intersetorial das crianças nos primeiros anos de vida.

A questão que se coloca é quando o município se mantém inerte e não elabora seu respectivo plano pela primeira infância. Nesta situação, o que cabe ao membro do Ministério Público estadual fazer?

Inicialmente, cabe enfrentar a questão da obrigatoriedade ou não da elaboração de um plano municipal pela primeira infância pelos municípios brasileiros.

Ao analisar a redação do art. 3º do Marco Legal da Primeira Infância, verifica-se que o legislador foi enfático ao dispor que a prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem implica o **dever** do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária. Note-se que a palavra utilizada foi *dever do Estado,* não havendo espaço para interpretações que entendam que exista uma faculdade para o gestor público.

Dessa forma, há uma imposição legal ao Estado de estabelecer, dentre outras medidas, planos para a primeira infância, visando a garantir o desenvolvimento integral das crianças dentro dessa faixa etária.

Entendo, dentro dessa lógica, que os municípios têm o dever de elaborar seus planos municipais pela primeira infância, de forma a assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos mencionados no art. 4º do Estatuto da Criança e do Adolescente[847].

Esse raciocínio se confirma quando lemos a redação do artigo 7º do Marco Legal, ao dispor que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios *poderão* instituir comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância com a finalidade de assegurar a articulação das ações voltadas à proteção e à promoção dos direitos da criança, dando ao gestor público a possibilidade e não o dever de adotar tal medida.

De forma a incentivar a adoção de uma abordagem intersetorial no atendimento dos direitos da criança na primeira infância, estabeleceu o legislador que a União deverá buscar a adesão desse tipo de abordagem pelos Estados, Distrito Federal e Municípios e,

[846] Extraído do site da Rede Nacional Primeira Infância. http://primeirainfancia.org.br/pmpi/. Acesso em 09/04/2019.

[847] Art. 4º - É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária.

ainda, oferecerá assistência técnica na elaboração de planos estaduais, distrital e municipais para a primeira infância que promovam essa articulação entre os diversos setores da sociedade[848].

Percebe-se, portanto, que, dentro do Marco Legal, a previsão de incentivo e prestação de assistência técnica por parte da União aos Estados, Distrito Federal e Municipal diz respeito apenas à instituição de um comitê intersetorial de políticas públicas para a primeira infância, ao contrário do estabelecimento de políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância, em que o legislador impôs um dever (art. 3º).

Assim, não me restam dúvidas de que os Estados, o Distrito Federal e os Municípios têm a obrigação legal de estabelecer seus respectivos planos municipais pela primeira infância, os quais incluirão, necessariamente, políticas, programas e serviços para as crianças dentro daquela faixa etária.

Como membro do Ministério Público estadual que atua especificamente na área de tutela de interesses individuais e coletivos da infância e juventude[849], ater-me-ei à elaboração do plano municipal pela primeira infância.

Pois bem. Partindo do pressuposto de que os municípios brasileiros têm o dever de elaborar seus respectivos planos municipais pela primeira infância, entendo que cabe ao Promotor de Justiça com atribuição para atuar na área da tutela coletiva da infância e juventude fiscalizar se os municípios sob suas atribuições elaboraram seus respectivos planos, podendo cobrar, como defensor dos direitos sociais e individuais indisponíveis[850], caso não o tenham feito, que o façam.

Para o exercício de tal atribuição, a lei previu uma série de instrumentos de que o membro do Ministério Público dispõe, destacando-se a instauração de procedimento administrativo para fiscalização de políticas públicas[851].

Por sua vez, o Conselho Nacional do Ministério Público, com a finalidade de disciplinar a instauração e tramitação da notícia de fato e do procedimento administrativo, dispõe no artigo 8º, II, da Resolução nº 174, de 04 de julho de 2017, que o procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições.

Portanto, o primeiro passo que o Promotor de Justiça com atribuição para a área da tutela coletiva da infância pode dar é instaurar um procedimento administrativo

[848] Art. 8º, parágrafo único, MLPI.
[849] A autora é titular da 1ª Promotoria de Justiça de Infância e Juventude da Comarca de São João de Meriti, município localizado na baixada fluminense, com população estimada pelo IBGE em 471.888 habitantes, possuindo a segunda maior densidade demográfica do Brasil.
[850] Art. 127, CF/88.
[851] Art. 26, I, Lei nº 8.625/93.

com a finalidade de verificar se o município sob sua atribuição possui um plano municipal pela primeira infância ou se está em processo de elaboração de seu plano.

Dependendo da resposta do município, cabe ao Promotor de Justiça adotar uma determinada diligência. Se o município já houver elaborado, submetido à aprovação pelo Conselho Municipal dos Direitos da Criança e do Adolescente e publicado seu plano municipal pela primeira infância, o membro do *Parquet* acompanhará a sua implementação, a fim de verificar se as diretrizes gerais para o governo e a sociedade civil na defesa, promoção e realização dos direitos das crianças de até seis anos de idade estão recebendo a prioridade devida e se estão sendo efetivamente executadas.

Se o município não houver publicado seu plano municipal pela primeira infância, mas já tiver constituído um grupo de trabalho, que deve ser constituído por diversos entes e organizações, para os debates necessários à sua formulação, pode o Promotor de Justiça acompanhar esse processo e até participar das reuniões, eventualmente orientando quanto aos aspectos legais envolvidos.

Mas se nada houver no município de atuação quanto à elaboração do Plano Municipal pela Primeira Infância, entendo que cabe ao Promotor de Justiça com atribuição exigir que ele seja idealizado, construído e elaborado, justamente com base no que dispõe o art. 3º do Marco Legal da Primeira Infância[852].

Foi essa a hipótese que ocorreu no Município no qual tenho atribuição para atuar. Inicialmente, instaurei um procedimento administrativo para acompanhar as políticas, programas, planos e serviços para a primeira infância no referido município e a primeira diligência adotada nos autos do referido procedimento foi expedir ofício ao Poder Executivo Municipal indagando sobre a existência daqueles dentro do município e, como esperava, absolutamente nada havia sido feito com relação à proteção e promoção da primeira infância.

Então, em seguida, expedi novo ofício sugerindo ao Prefeito que analisasse a possibilidade de criar um grupo de trabalho ou um comitê intersetorial de coordenação de políticas publicas pela primeira infância para estudo e criação de um Plano Municipal pela Primeira Infância no município. Tal estratégia trouxe resultados imediatos, uma vez que o Prefeito Municipal determinou imediatamente à Secretaria Municipal de Cultura, Lazer, Igualdade Racial e Direitos Humanos a elaboração do PMPI.

---

[852] Art. 3º *A prioridade absoluta em assegurar os direitos da criança, do adolescente e do jovem, nos termos do art. 227 da Constituição Federal e do art. 4º da Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990, implica o dever do Estado de estabelecer políticas, planos, programas e serviços para a primeira infância que atendam às especificidades dessa faixa etária, visando a garantir seu desenvolvimento integral.*

Ocorre que é preciso deixar claro que o Plano Municipal pela Primeira Infância é um plano intersetorial, que deve necessariamente envolver diversos setores do Poder Executivo Municipal, assim como a participação do Poder Legislativo e da sociedade civil.

Com efeito, considerando que constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, o brincar e o lazer, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica[853], a elaboração do Plano Municipal pela Primeira Infância precisa envolver todos os setores do governo responsáveis por essas áreas de atuação, além da participação ativa da sociedade civil no processo.

Assim, não é possível se pensar na elaboração do PMPI, no âmbito do Executivo Municipal, sem a participação efetiva, no mínimo, das secretarias de saúde, educação, assistência social, cultura e lazer, esportes e de urbanismo.

Outro órgão da Administração Pública Municipal que pode desempenhar um papel fundamental na promoção da primeira infância é a Secretaria de Fazenda. Isto porque todos os investimentos que demandarão custos financeiros pelo governo municipal passarão pela referida secretaria e o conhecimento pelo Secretário e pelos demais integrantes da secretaria dos motivos que foram previstas despesas dessa natureza é fundamental para que compreendam as mesmas como investimento público e não como gastos.

Aqui cabe abrir outro parêntese para lembrar que o vencedor do Prêmio Nobel de Economia, James Heckman, conseguiu demonstrar para o mundo que a cada US$ 1,00 investido na primeira infância, há um retorno para a sociedade de US$ 7,00 quando a pessoa atinge a vida adulta. Ainda de acordo com o referido estudo, esse investimento tende a trazer como retorno maior qualidade de vida, melhor colocação no mercado de trabalho, melhores salários e oportunidades profissionais e mais saúde, constatada pelos índices baixos de hipertensão, doenças cardíacas, além da diminuição das chances de envolvimento com bebidas alcoólicas e cigarros antes dos 17 anos.[854]

Portanto, é indiscutível que se trata de investimento público altamente eficaz em termos socioeconômicos, sendo de vital importância que os gestores públicos, assim

[853] Art. 5º, Lei nº 13.257/16.
[854] Investir no desenvolvimento na primeira infância: Reduzir déficits, fortalecer a economia. Disponível em: https://heckmanequation.org/assets/2017/01/D_Heckman_FMCSV_ReduceDeficit_012215.pdf. Acesso em 08.10.2018.

como a sociedade civil como um todo, entendam a necessidade de se investir prioritariamente na primeira infância.

Por outro lado, como já dito anteriormente, na elaboração do plano municipal pela primeira infância é necessário adotar uma abordagem participativa, incluindo, além dos diversos setores da administração pública municipal, o envolvimento efetivo do Poder Legislativo municipal e da própria sociedade, por meio de suas organizações representativas, dos profissionais especializados, dos pais e das crianças, no aprimoramento da qualidade das ações e na garantia da oferta dos serviços[855].

Veja-se que a previsão da participação das crianças na elaboração de políticas públicas pela primeira infância constitui uma importante inovação na legislação brasileira e que tem por finalidade promover a inclusão social das mesmas como cidadãs[856].

Obviamente, a participação da criança será feita através da escuta especializada por profissionais qualificados e de acordo com a especificidade de sua idade.

Essa previsão legal tem um significado muito importante porque considera a criança como sujeito de direitos no presente, e não apenas um ser em desenvolvimento de um adulto que se tornará no futuro. A criança existe hoje e é para ela e pensando nela que as políticas públicas têm que ser planejadas e executadas.

Da mesma forma, tal previsão de escuta da criança possibilita acabar com a visão exclusivamente adultocêntrica do mundo na formulação de políticas públicas, em que os adultos consideram que sabem o que é melhor para as crianças, de acordo com os seus valores e sua visão de mundo, sem considerar que as crianças são seres humanos em desenvolvimento e não pessoas totalmente imaturas que não possuem condições de ter seus próprios desejos e pontos de vista.

Muito pelo contrário, as crianças possuem vontades próprias e uma visão muito genuína dos fatos, que precisam se considerados pelos profissionais que pensam e formulam ações e políticas públicas que irão atingi-las direta ou indiretamente.

É preciso sempre relembrar que o mundo tem que ser amigável para as crianças. Isto porque elas são seres em processo de desenvolvimento, sendo especialmente sensíveis ao meio ambiente que as cerca e diretamente impactadas pelas experiências vividas.

Assim, uma situação que particularmente me marcou no município em que atuo[857] foi a retirada de um parquinho infantil que havia na praça da prefeitura municipal e

[855] Art. 4º, VI, Lei nº 13.257/16.
[856] Art. 4º, parágrafo único, Lei nº 13.257/16.
[857] São João de Meriti, município localizado na Baixada Fluminense.

localizado exatamente em frente a uma creche municipal. Sempre que passava pelo local, costumava ver muitas crianças da creche municipal aproveitar aquele parquinho após o horário de saída, brincando alegres e divertidos nos brinquedos.

Ocorre que, em um determinado dia, passava pelo local após um dia de trabalho, como de costume, e fui surpreendida pela substituição do parquinho, que havia sido retirado do local, por uma academia. No local, uma faixa bem grande anunciava orgulhosamente a inauguração daqueles aparelhos de ginástica para a população.

Nada tenho contra a instalação de academias públicas de ginástica pelo município, mas o que me incomodou profundamente foi o fato de a Prefeitura ter retirado de um espaço localizado em frente a uma creche municipal um espaço de brincadeiras, em que efetivamente as crianças aproveitavam, como pude presenciar inúmeras vezes.

Esse é um típico exemplo de como os gestores públicos não estão atentos aos interesses das crianças em sua integralidade. O ato de brincar, além de ser fundamental para o desenvolvimento saudável, é um direito expresso no Marco Legal da Primeira Infância[858]. Com efeito, o referido diploma dispôs expressamente que os Municípios (assim como a União, os Estados e o Distrito Federal) deverão organizar e estimular a criação de espaços lúdicos que propiciem o bem-estar, o **brincar** e o exercício da criatividade em locais públicos e privados onde haja circulação de crianças[859].

A elaboração de um Plano Municipal pela Primeira Infância que seja precedido de um diagnóstico sobre as crianças de zero a seis anos existentes no município, incluindo a quantidade de crianças nessa faixa etária, assim como a situação familiar e comunitária em que se encontram, que adote uma abordagem e uma coordenação intersetorial, que efetivamente articule as diversas políticas setoriais a partir de uma visão abrangente de todos os direitos da criança na primeira infância[860], certamente evitaria esse tipo de decisão governamental.

Esse é apenas um exemplo que para mim foi muito significativo, mas que não esgota as inúmeras situações cotidianas na gestão pública que demonstram a falta de políticas públicas em nosso país que atendam ao interesse superior da criança e à sua condição de sujeito de direitos e de cidadã[861].

---

[858] Art. 5º, MLPI: *Constituem áreas prioritárias para as políticas públicas para a primeira infância a saúde, a alimentação e a nutrição, a educação infantil, a convivência familiar e comunitária, a assistência social à família da criança, a cultura, **o brincar e o lazer**, o espaço e o meio ambiente, bem como a proteção contra toda forma de violência e de pressão consumista, a prevenção de acidentes e a adoção de medidas que evitem a exposição precoce à comunicação mercadológica.* Grifei.

[859] Art. 17, Ibidem.

[860] Art. 5º, Ibidem.

[861] Art. 4º, I, MLPI.

Conclusão:

O Marco Legal da Primeira Infância acaba de completar três anos, já tendo saído de sua "primeiríssima infância", sendo ainda uma lei muito pouco conhecida pelos operadores do direito, assim como pelos gestores públicos e pela sociedade em geral, e que precisa ser colocada em prática com a máxima urgência.

Nesse contexto, o membro do Ministério Público tem grande responsabilidade de levar essa importante lei ao conhecimento da população e de cobrar dos gestores públicos, dos integrantes das Câmaras Municipais e da sociedade civil organizada a sua efetiva implementação, através da previsão, formulação e execução de políticas públicas, planos, programas e serviços governamentais que realmente protejam os interesses das crianças e promovam seus direitos em sua integralidade.

Para tanto, o Promotor de Justiça tem ao seu dispor instrumentos como o procedimento administrativo, o inquérito civil e a ação civil pública, mas o contato direto com o Poder Executivo, o Poder Legislativo e a sociedade civil, através de reuniões e audiências públicas pode ser o grande diferencial na efetiva aplicação do Marco Legal da Primeira Infância.

Proposta de Enunciado:

Plano Municipal pela Primeira Infância. Obrigatoriedade legal prevista no Marco Legal da Primeira Infância. Promotor de Justiça como fiscal e facilitador da sua elaboração.

NOVOS HORIZONTES PARA O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA

CLÁUDIA TÜRNER P. DUARTE*[11]

SÍNTESE DOGMÁTICA:

A promoção da segurança pública, na condição de um serviço público essencial, fundada na preservação da ordem pública, na incolumidade das pessoas e do patrimônio, é missão complexa, que deve ser abraçada pelo Poder Público com inteligência, isto é, com todas as ferramentas à sua disposição. Ainda que na sua literalidade, o art. 144 direcione este dever aos órgãos de polícia, não há dúvidas que a segurança pública é pauta de diversos entes federados e órgãos públicos. Trata-se de interpretar o art. 144, à luz do princípio administrativo da eficiência e do princípio constitucional da unidade. Como exemplo, está a atuação do próprio Ministério Público, voltada à preservação da ordem jurídica e ao controle externo das polícias. Em ambos os casos, o *Parquet* atua como ator de relevo para a segurança pública, verdadeiro direito fundamental. Nessa esteira, a tutela coletiva da segurança pública revela-se como novo *front* de atuação, de pesquisa e de estudos.

A reorientação das atribuições do Ministério Público no exercício de sua missão constitucional de controle externo da polícia, contudo, não deve ser compreendida como uma rota de substituição, e sim como a ampliação de seus horizontes. Ela surge neste cenário com o intuito de somar forças, de avançar para territórios até então inalcançáveis. Trata-se de reconhecer uma nova fórmula de controle externo da polícia, que passa a se estruturar em dois eixos centrais, um de natureza cível-administrativa orientada pela promoção de direitos sociais difusos – que chamamos de tutela coletiva – e outro de natureza criminal – orientada pela preservação da ordem jurídica e restabelecimento da paz social – forjada em torno da lógica do direito penal. Uma mistura de prevenção e repressão, promoção de serviços públicos de segurança pública e manutenção da ordem pública.

Com efeito, o Promotor de Justiça poderá elaborar estratégias sofisticadas de atuação direcionadas à transformação da realidade, propiciando ao Ministério Público uma experiência

muito mais rica de fomento ao cumprimento normativo, pautado na efetividade. A conjugação de ferramentas de natureza cível e criminal, extrajudicial e judicial, nas mãos de um mesmo grupo ou promotor de justiça potencializa a sua atuação.

FUNDAMENTAÇÃO:

1- CONTROLE EXTERNO, DIREITO CRIMINAL E SEGURANÇA PÚBLICA

A violência sempre foi manchete no Rio de Janeiro. Há décadas, nos habituamos a abrir os jornais (e agora o celular), para checar que último evento brutal interrompeu a rotina ou a vida de alguém. Uma pequena amostragem, contudo. Um dia nas ruas do Rio de Janeiro está longe de caber nas quarenta páginas do formato impresso.

Não é à toa que a cada novo governo, surge uma "nova" ideia para a "área de segurança pública". Em geral, essa ideia gira em torno da atuação das polícias. Delegacias Legais, compra de viaturas policiais, gratificação faroeste, gratificação fuzil, Unidades de Polícia Pacificadora, Programa Segurança Presente, sistemas de reconhecimento facial... Trata-se de exemplos de programas e ações oficiais criados nas últimas décadas cujo propósito seria dar uma resposta à demanda social por segurança pública.

Mas não é só. Os programas oficiais misturam-se com estratégias históricas de enfrentamento direto que transitam muito próximo (e, em muitos casos, para além) dos limites da legalidade. Incapaz de controlar o caos social com as ferramentas institucionais à sua disposição, o Estado opta por aceitar que se ultrapassem fronteiras demarcadas pela lei, e a se valer do método que impera no território criminoso: o uso indiscriminado da violência.

Não raro sem saber como debelar as organizações criminosas e diminuir a criminalidade e precisando apresentar resultados, o Estado parece dar à polícia uma carta branca para "fazer o que for necessário", mesmo que isso se reflita em um absurdo número de mortes dos já conhecidos "suspeitos". Atos de execução, mortes evitáveis ou legítima defesa. A circunstância pode variar, mas os corpos tombados têm, regra, a mesma cor, a mesma classe e os mesmos endereços: as favelas do Rio de Janeiro[862].

Quando o Poder Público abre mão do monopólio da violência, com o intuito de solucionar questões de segurança pública, ele acaba por cair numa armadilha. Isso porque, com esse poder em mãos, policiais de carne e osso descolam-se da sua missão de origem, e transformam-se a nível local no Estado em si mesmo, sem as amarras da lei ou de qualquer projeto constitucional. Inicia-se um processo de implosão institucional.

[862]ALVES, José Cláudio. Do esquadrão da morte ao narcotráfico: os homicídios e as estratégias de poder. In: ALVES, José Cláudio. *Dos barões ao extermínio: uma história da violência na Baixada Fluminense*. Duque de Caxias: APPH-CLIO, 2003.

Grupos de extermínio, milícias, e todas as suas variações, são um híbrido de poderes público e privado, polícia e sociedade. Substituem o Poder Público oficial, passando a governar territórios locais, por meio de uma lógica paradoxal: ostentam uma institucionalidade formal decorrente da sua vinculação com as polícias, mas agem com métodos e técnicas de opressão e violência próprias das organizações criminosas.

Noutro giro, parte da estratégia do Estado consiste em realizar operações policiais em comunidades pobres (favelas) dominadas por grupos armados civis que em regra exploram a atividade econômica do narcotráfico. Ao argumento de conter o avanço desses grupos armados para além do território comunitário e combater o tráfico de drogas, milhares de operações policiais de confronto direto ocorrem no território fluminense, em especial, na cidade do Rio de Janeiro, e na Baixada Fluminense. A métrica utilizada para a análise do sucesso dessas operações é em regra a quantidade de drogas e armas apreendidas e o saldo de prisões. O saldo de mortes – decorrentes de confronto direto, e supostamente em legítima defesa – é formalmente reconhecido como um efeito colateral aceitável.

O limite entre a legalidade e a ilegalidade dessas operações talvez seja um dos temas de maior angústia para o operador de direito. Considerando o direito posto – a paleta de crimes praticada por essas organizações civis armadas que dominam o território comunitário – impossível rechaçar de plano a validade e legitimidade de tais operações. Afinal, as polícias adentram tais comunidades com o objetivo de refrear a prática de inúmeras atividades criminosas.

Ocorre, contudo, que a marginalidade de um território sem lei abre espaço, na vida real, para a falta de controle efetiva sobre as ações policiais que desenrolam nesse mesmo território. Considerando que somente as polícias conseguem avançar nesses espaços urbanos, o que existe para todos nós é a bem da verdade um ponto cego. Todas as ações praticadas no bojo de operações policiais observam os limites impostos pela Constituição Federal? Todas as operações de fato visam o combate à criminalidade? Existem relações não republicanas estabelecidas entre essas organizações criminosas e as polícias? Todos os mortos em operações estavam de fato agindo em resistência à atividade policial? Nós simplesmente não sabemos.

Quem está controlando a atividade policial quando na calada da noite não há mais ninguém na rua? Quando na virada de um beco em uma favela qualquer, não há nada mais que um corpo estendido no chão? Como saber se a busca feita em um domicílio decorreu de uma situação de flagrante ou de uma invasão pura e simples? Essas são as questões que deveriam orientar o controle externo da polícia. Parte do nosso trabalho consiste em encontrar fórmulas que possibilitem respostas concretas a essas indagações.

Em suma, tanto programas e ações governamentais oficiais de promoção da segurança pública quanto estratégias de combate direto à criminalidade estão associadas diretamente à atuação das forças policiais, e em especial, à ostensividade dessas polícias. Isto é, oficialmente, a capacidade que elas têm de produzir prisões e apreensões, e extraoficialmente, a morte de suspeitos.

O Promotor de Justiça Paulo Mello da Cunha Jr., Promotor titular da 1ª Promotoria de Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro e membro do Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (doravante, GAESP)[863], ao discorrer sobre o imbricamento existente entre segurança pública e polícia, enxerga algo além: um fenômeno de engenharia constitucional. A segurança pública não foi imaginada pelo constituinte originário como um sistema, sob a ótica da prestação de um **serviço público**, de responsabilidade do Poder Público, como no caso, a saúde, a educação ou a assistência social, mas sim como uma matéria reduzida às lógicas de manutenção da ordem pública e de polícia. Situado no Capítulo III, da Seção III (das Disposições Gerais) do Título V da Constituição Federal, que dispõe sobre A defesa do Estado e das Instituições Democráticas, o art. 144 surge na esteira de institutos de excepcionalidade institucional e de natureza militar. É a raspa de tacho de uma família de peso que engloba o estado de defesa, o estado de sítio e as forças armadas. Sob esse primeiro aspecto, verificamos que em 1988, a segurança pública se apresentava à sociedade por uma lógica exclusiva de atividade de preservação da ordem pública. Direcionando a nossa análise para a sua estrutura interna, veremos que a redação do art. 144 segue o mesmo raciocínio, na medida em que o texto restringe a atuação do Poder Público na área de segurança pública à atividade policial. Isto é, de acordo com o art. 144 da CRFB/88, o dever do Estado de promover a segurança pública está restrito à atuação dos seguintes órgãos: (i) Polícia Federal; (ii) Polícia Rodoviária Federal; (iii) Polícias Civis; (iv) Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares. Sob um segundo aspecto, o formato redacional do art. 144 direciona a segurança pública invariavelmente para a atividade policial.

Partindo dessa premissa, verificamos um curioso fenômeno histórico em torno do tema segurança pública no Rio de Janeiro, e com efeito, na atividade de controle externo das suas respectivas polícias. Na medida em que a segurança pública no Rio de Janeiro é essencialmente o combate ostensivo à criminalidade, praticado por meio da atuação das polícias, toda a sua temática é automaticamente associada às Promotorias de Justiça Criminal, e a sua atividade de persecução penal. Falar em segurança pública é basicamente falar de

[863]MELLO CUNHA JR., Paulo Roberto. *O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e a segurança pública: uma perspectiva para o futuro.* Tese apresentada no Congresso Virtual Nacional do Ministério Público. 2016.

direito criminal, denúncia, processo, condenação, prisão, e tudo mais, que habita a seara do direito penal e do processo penal. O controle externo a ser realizado é, portanto, este que decorre da atuação criminal: e pode ser traduzido no trabalho do Promotor de Justiça criminal, seja na fase da investigação, seja na fase do processo. Os policiais praticaram algum crime? Esta durante muitos anos foi a frase que orientou a cultura institucional do Ministério Público em torno do controle externo das polícias.

2 – A DESCOBERTA DE UMA NOVA FRONTEIRA: O QUE EXISTE ENTRE O DIREITO ADMINISTRATIVO-CONSTITUCIONAL E O DIREITO PENAL?

Durante muitos anos, o Ministério Público se apresentou à sociedade como personagem principal do processo penal. Nessa esteira, o Promotor de Justiça Criminal tornou-se no imaginário coletivo a personificação de toda uma instituição. Paralelamente, inúmeras gerações de promotores de justiça moldaram-se a essa estrutura, e passaram a se reconhecer, sob uma ótica existencial, como operadores de direito penal. Com efeito, estamos diante de uma casa em que o direito criminal transita com grandes honrarias e provoca paixões.

Com o advento da Constituição de 1988, contudo, o art. 127 abriu inúmeras possibilidades ao Ministério Público. Se antes, o direito penal se rivalizava com o direito civil, por meio de uma lógica binária, evidenciando uma dicotomia tipicamente modernista, hoje o que vemos é uma ampla paleta de opções. Hoje, um promotor de justiça se depara invariavelmente com questões de direito constitucional, direito empresarial, ambiental, de infância e juventude, eleitoral, financeiro e tributário, entre outros, para além do direito civil e criminal. Em muitos casos, essas novas temáticas associam-se ao eixo do que chamamos de "tutela coletiva" ou "direitos difusos". E uma nova geração de promotores de justiça passou se valer de um extenso ferramental de estratégias jurídicas, no objetivo de cumprir em cada caso a sua missão constitucional, seja de preservação o regime democrático, de defesa da ordem jurídica, ou de promoção de interesses sociais e individuais indisponíveis.

De todo modo, estamos diante de um processo lento e gradual, que ainda é marcado por atavismos. E o principal deles consiste na manutenção desta divisão dos problemas da vida real em diferentes categorias e segmentos[864]. Por mais que tenhamos caminhado muito, é

[864] "De acordo com Bauman, o projeto básico de modernidade era a procura por ordem, pureza e o desejo pelo afastamento de ambivalências. Como consequência, ele escreve: 'o horror à mistura reflete a obsessão com a separação... A moldura central tanto da mentalidade moderna quanto da prática moderna é a oposição – mais precisamente, a dicotomia'. (BAUMAN, 1991, p. 14). O pensamento modernista é marcado pela proliferação dessas dicotomias". PROUT. Alan. *The future of childhood*. London: Routledge Falmer, 2005. pp. 38-39.

possível verificar ainda resistências a uma atuação interdisciplinar. Para muitos Promotores de Justiça, a escolha pelo direito criminal inviabilizaria a sua atuação como Promotor de Tutela Coletiva e vice-versa. Os muros que separam as duas esferas de atuação parecem instransponíveis. O último reduto de salvação desta avalanche que avançou MP adentro, conhecida por muitos como "direitos difusos".

Eis que chegamos com algumas notícias. Alentadoras para uns, desoladoras para outros. Mas a temática criminal também pode ser lida sob a ótica da tutela coletiva. Afinal, polícia e segurança pública são matérias que se fundamentam em um arcabouço de direito administrativo-constitucional, e que com efeito, propiciam a atuação do Promotor de Justiça com atribuição para a promoção de direitos difusos. Trata-se de pensar o direito por um raciocínio distinto. Devemos promover a justaposição de diferentes olhares sobre fenômenos que se projetam no mundo real sob diferentes matizes. Momento oportuno para lembrarmos das reflexões do antropólogo Bruno Latour: afinal, a camada de ozônio é um problema político, químico, econômico, ambiental ou social? O mundo não é uma caixa de dicotomias[865].

Existe, portanto, um território pouco explorado, na fronteira entre o direito administrativo-constitucional e o direito penal, em processo de descobrimento. Pensamos por ora, que estamos diante de matéria que se apresenta como tutela coletiva (ou Direitos Difusos) da segurança pública[866]. Um território híbrido em que as polícias existem não como testemunhas de um processo criminal, mas como agentes públicos, integrantes de um órgão público, pautado pelos princípios do direito administrativo e os fundamentos e limites do direito constitucional. Neste território, Promotores de Justiça não são protagonistas de um processo criminal, mas de uma intensa atividade de natureza predominantemente extrajudicial, e buscam compreender de que maneira os órgãos de polícia (e outros órgãos que sim exercem papel preponderante na promoção de segurança pública) estão estruturados, ou orientam as suas ações. Os membros do *Parquet* querem saber como funciona a casa de máquinas das polícias, o que está fora de esquadro, e o que se pode fazer para melhorar o sistema de segurança pública como um todo. A preocupação não é condenar sujeitos ou organizações criminosas pela prática de crimes. Mas, basicamente garantir o bom funcionamento de um

[865] LATOUR, Bruno. *We have never been modern*. Cambridge: Harvard University Press, 1993.

[866] No curso de direito administrativo do Professor Diogo de Figueiredo, este apresenta a seguinte estrutura para a temática em questão, muito embora sua análise seja bastante restrita: Capítulo XV - Polícia, Seção I – Polícia Administrativa; Seção II – **Direito Administrativo da Segurança**. Veja-se que curiosamente, o capítulo subsequente é justamente o Capítulo XVI – Serviços Públicos. O administrativista segue a topologia da Constituição Federal, reconhecendo semelhança entre a temática da segurança pública aos institutos de excepcionalidade constitucional e de preservação da soberania nacional (estado de defesa, de sítio e forças armadas), rechaçando semelhança a lógica de prestação de um serviço público estatal. FIGUEIREDO, Diogo de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: 2003.

sistema de segurança pública. O que em última análise visa à prevenção, isto é, a redução real dos índices de criminalidade. A métrica de eficiência, e aqui me valho das palavras da Promotora de Justiça, Andréa Amin, Coordenadora do GAESP, é reduzir números e não aumentá-los.

A promoção da segurança pública, na condição de um serviço público essencial, que tem como fundamento principal a preservação da ordem pública, a incolumidade das pessoas e do patrimônio, é missão complexa, que deve ser abraçada pelo Poder Público com inteligência, isto é, com todas as ferramentas à sua disposição. Ainda que na sua literalidade, o art. 144 direcione este dever aos órgãos de polícia, não há dúvidas que a segurança pública é pauta de diversos entes federados e órgãos públicos. Trata-se de interpretar o art. 144, à luz do princípio administrativo da eficiência e do princípio constitucional da unidade. Como exemplo, está a atuação do próprio Ministério Público, voltada à preservação da ordem jurídica e ao controle externo das polícias. Em ambos os casos, o *Parquet* atua como ator de relevo para a segurança pública. Podemos citar também as atividades dos Municípios no exercício de poder de polícia. Quando um Município assume de maneira regular o seu papel de controle do ordenamento urbano, o que ele está promovendo a segurança pública. Quando o poder legislativo edita uma lei que regula o setor de produção de armas de fogo, a União está atuando de acordo com o seu dever de promover a segurança pública. O próprio Estado, quando estrutura o seu sistema prisional, o faz com o objetivo de prestar serviço de segurança pública.

Mas não é só. Esse território recém-descoberto necessita de ferramentas essenciais que transbordam as lições tradicionais de direito ensinadas nas universidades e cursinhos. Ele demanda que o profissional de direito se aventure para as áreas da sociologia, antropologia e criminologia. Na verdade, ele precisa de certa forma, reinventar essas matérias. Isso porque um projeto bem-desenhado de promoção de segurança pública envolve não somente um trabalho de compreensão da estrutura das instituições policiais, mas também de compreensão das escolhas, métodos, estratégias, e motivações, que orientam a atividade policial. É preciso entender se as ações desenvolvidas pelas polícias ultrapassam os postulados constitucionais de razoabilidade e proporcionalidade dos atos administrativos. Como as polícias se planejam? Há uma adequação de meios e fins? Esses meios são necessários? Há meios menos gravosos? Qual a análise de custo-benefício?

Para tanto, podemos fazer uma analogia com a medicina. Nós temos um problema de saúde e precisamos tomar um remédio. A primeira coisa a ser feita é o diagnóstico. Após, haverá a prescrição de um remédio adequado e eficaz, com propriedades que sejam capazes de debelar aquela doença, e certamente em uma dosagem adequada, para que não possa causar

mal maior ao doente. *Mutatis mutandis*, nós precisaremos formular, antes de tudo, um diagnóstico. O que ocorre no meu Estado, em cada um dos municípios, e ainda nas realidades locais, de cada bairro, e cada rua. Com esse diagnóstico em mãos, poderemos pensar, nas ferramentas de segurança pública à disposição. Mas para a construção desse processo, nós precisamos entender de gente, de relações de domínio e poder locais, de economia. Isto é, para um diagnostico bem feito, faz-se necessário estudos de sociologia e antropologia, que possam traçar, um panorama para a construção de uma **criminologia local**. As polícias estão fazendo isso? E os Ministérios Públicos?

3 – A EXPERIÊNCIA DA TUTELA COLETIVA DA SEGURANÇA PÚBLICA NO GAESP/MPRJ.

No ano de 2013, a Promotora de Justiça titular da 6ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva da Cidadania da Capital, Gláucia Santana, iniciou uma empreitada desafiadora. Após coletar diversas ouvidorias sobre problemas acerca do funcionamento do Programa de Polícia Pacificadora (Projeto das UPPs) e da falta de estrutura da Polícia Militar do Estado do Rio de Janeiro, ela instaurou portaria de inquérito civil, com o objetivo de acompanhar e apurar as atividades desenvolvidas por este órgão. Após dois anos de dedicação, a Promotora de Justiça logrou a assinatura de um termo de ajustamento de conduta, em 02 de julho de 2015, com o Estado do Rio de Janeiro, em que este se comprometeu, através de dez cláusulas, a promover mudanças estruturais na Corporação, com destaque para a criação de uma comissão de acompanhamento do TAC; a regulamentação da jornada de trabalho do policial militar; estabelecimento de estruturas dentro da corporação para a promoção da saúde e da segurança do policial militar; regulamentação e aprimoramento das atividades de capacitação e formação do policial militar; melhoria das condições oferecidas para alimentação e deslocamento dos policiais; melhoria da estrutura das unidades das polícias; e concretização de medidas a serem tomadas pela corporação contra o abuso de poder. Mas a cereja do bolo reside na cláusula 11.1 do TAC da PMERJ. Por meio dela, o Ministério Público do Rio de Janeiro se comprometeu a criar o GAESP, um grupo composto por promotores de justiça que exercerão a atividade de controle externo da atividade policial com a devida anuência dos detentores de atribuição.

Assim, em 30 de dezembro de 2015, a Resolução n. 2.021 deu origem ao GAESP. Eis o seu rol de atribuições: prestar auxílio aos órgãos de execução do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro **incumbidos do controle externo da atividade policial**, **da fiscalização do sistema prisional** e **da tutela de direitos transindividuais,** exclusivamente em relação às iniciativas que tenham por objeto (i) a prevenção, investigação e repressão de

atos de improbidade administrativa que envolvam servidores dos órgãos referidos no art. 2º, caput, e parágrafo 1º, da Resolução GPGJ n. 1.524, de 08 de julho de 2009[867]; (ii) a prevenção, investigação e repressão de infrações penais praticadas pelos agentes referidos no inciso anterior, no desempenho de suas funções ou a pretexto de exercê-las, incluídas as violações de direitos humanos praticadas por profissionais de segurança pública, ressalvadas as infrações penais que, por suas características, maneira de execução ou contexto probatório, estejam relacionadas à atuação de organizações criminosas; (iii) a tutela de direitos transindividuais vinculados aos serviços públicos prestados no âmbito do sistema carcerário ou prisional, civil ou militar, incluindo as situações em que haja aplicação de pena não privativa de liberdade e medida de segurança; (iv) a verificação da regularidade, adequação e eficiência da atividade policial, bem como a tutela de direitos transindividuais vinculados às atividades e aos serviços de segurança pública e persecução criminal.

De lá para cá, GAESP vem atuando em diversos inquéritos civis, procedimentos administrativos e processos judiciais que têm por objetivo compreender e aprimorar o projeto estadual de segurança pública. Em alguns casos, com instrumentos de natureza repressiva (ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa), em outras com instrumentos de natureza negocial (termos de ajustamento de conduta e grupos de trabalho), e outras de natureza intermediária (recomendações e ações civis públicas com obrigações de fazer). De alguma maneira, percebemos nesse processo que parte substancial do nosso trabalho envolve a tutela coletiva. Somente por meio da estruturação do Estado conseguiremos responder à demanda concreta da população segurança pública.

Dentre os trabalhos desenvolvidos nestes dois últimos anos, podemos destacar: (i) a criação de estratégias de monitoramento para o cumprimento do TAC da PMERJ; (ii) a condução do Inquérito Civil de estruturação da Polícia Civil, que no caso do Estado do Rio de Janeiro, inclui todo o arranjo dos órgãos de perícia e medicina legal; (iii) ações de improbidade administrativa ajuizadas em face de secretário de estado do Sistema Penitenciário e detentos da Operações Lava Jato/Calicute, ante a verificação de privilégios; (iv) ação civil pública em face do Município do Rio de Janeiro, com o objetivo de adequação

[867] Resolução n. 1.524 - Disciplina a atuação do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro no controle externo da atividade policial, função constitucional prevista no art. 129, VII, da Constituição da República e no art. 34, XIV, da Lei Complementar Estadual no 106, de 3 de janeiro de 2003. (...) Art. 2º – Estão sujeitos ao controle externo do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, na forma do art. 129, VII, da Constituição da República, da legislação em vigor e da presente Resolução, os organismos policiais relacionados no art. 144, IV e V, da Constituição da República, bem como as polícias legislativas ou qualquer outro órgão ou instituição, civil ou militar, à qual seja atribuída parcela de poder de polícia, relacionada com a segurança pública e persecução criminal. §1º – Está igualmente sujeita ao controle externo a atividade dos agentes que fiscalizam presos recolhidos em delegacias, cadeias públicas ou quaisquer outros estabelecimentos penais.

do Sistema de Verificação de Óbitos (SVO); (v) acompanhamento da execução de título executivo judicial transitado em julgado, que determina ao Estado a devida adequação do IML, em condições de funcionamento regular; (vi) atuação com *custus legis*, em ação ajuizada pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, com o objetivo de garantir a regularidade das operações policiais realizadas no Complexo de Favelas da Maré, na Cidade do Rio de Janeiro; (vii) elaboração de um protocolo de intenções firmado entre as forças de segurança do Estado do Rio de Janeiro (PMERJ, PCERJ e CBMERJ), Riotur, Guarda Municipal e CET-Rio, entre outros, com o objetivo de promover a articulação de órgãos de segurança para a realização do evento Carnaval de Rua na cidade; (viii) ajuizamento de ação civil pública com o objetivo de garantir a nomeação de papiloscopistas para a PCERJ; e o (ix) acompanhamento da situação das escolas e respectivas comunidades escolares, situadas em áreas conflagradas.

Trata-se de um grande desafio, na medida em que somos instados a avançar nesse território desconhecido, construído sob um arcabouço normativo sobremaneira específico, que passa por normas editadas pelo Corpo de Bombeiros para espetáculos e diversões privadas, pela Polícia Militar, para controle do uso da força, técnicas de policiamento, procedimentos operacionais padrão de batalhões; além de normas de engenharia especializadas, procedimentos de medicina legal e perícia forense, e até mesmo resoluções da ANAC para as operações de segurança pública. Mas este é o melhor cenário. A pior parte deste percurso de dá quando diante de temas de suma relevância, simplesmente não encontramos norma nenhuma. O que fazer diante do vácuo normativo?

De modo geral, a sensação se assemelha à descoberta não de uma fronteira, mas de todo um continente. Talvez, como Colombo e Pedro Álvares Cabral, pensando encontrar as Índias, enfim descobrimos as Américas. A tutela coletiva da segurança pública é um novo *front* de atuação, de pesquisa e de estudos. O sentimento diário oscila entre a animação e angústia. Há muito o que ser feito e estamos apenas no início de tudo.

4 – O CONTROLE EXTERNO DA POLÍCIA: TUTELA COLETIVA *FT.* DIREITO CRIMINAL:

A reorientação das atribuições do Ministério Público no exercício de sua missão constitucional de controle externo da polícia não deve ser compreendida como uma rota de substituição, e sim como a ampliação de seus horizontes. A tutela coletiva da segurança pública não veio para obliterar a prática do direito penal, e a correspondente persecução criminal. Ela surge neste cenário com o intuito de somar forças, de avançar para territórios até

então inalcançáveis. Trata-se de reconhecer uma nova fórmula de controle externo da polícia, que passa a se estruturar em dois eixos centrais, um de natureza cível-administrativa orientada pela promoção de direitos sociais difusos – que chamamos de tutela coletiva – e outro de natureza criminal – orientada pela preservação da ordem jurídica e restabelecimento da paz social – forjada em torno da lógica do direito penal. Uma mistura de prevenção e repressão, promoção de serviços públicos de segurança pública e manutenção da ordem pública.

Como consequência lógica desse processo de reorientação dos eixos estruturantes do controle externo da polícia, o Promotor de Justiça passa a ter um amplo ferramental à sua disposição para lidar com as situações-problema que se apresentam no seu dia-a-dia de trabalho. Vale dizer, diante de uma determinada situação fática, o Promotor de Justiça poderá elaborar estratégias sofisticadas de atuação direcionadas à transformação da realidade. Desde reuniões de trabalho, passando por inquéritos civis, recomendações e o ajuizamento de ações civis públicas, a elaboração de termos de ajustamento de conduta, acordos de não persecução penal, acordos de colaboração premiada ou leniência, até mesmo o ajuizamento de ações de responsabilidade por ato de improbidade administrativa, e o oferecimento de denúncias.

Nessa esteira, o Ministério Público adentra numa experiência muito mais rica de fomento ao cumprimento normativo, semelhante àquelas aplicadas e estudadas nos países de origem anglo-saxã. A visão que orienta a sua atuação passa a ser a de solução de um problema – que basicamente se repete cotidianamente – de fuga à norma, e não a de um impulso processual ou a "baixa de procedimentos de uma pilha em cima da mesa". Todo processo é um problema de incumprimento normativo, que necessita ser resolvido, com estratégia, que perpassa a escolha de um arsenal de ferramentas jurídicas. A conjugação dessas ferramentas de natureza cível e criminal, extrajudicial e judicial, nas mãos de um mesmo grupo ou promotor de justiça potencializa a sua capacidade de atuação. Afinal, o Promotor de Justiça tem em suas mãos a cenoura e a vara (em referência ao reconhecido binômio da área econômica de indução de comportamentos conhecido como *carrot-and-stick*). E com isso, pode induzir os sujeitos e estruturas que insistem em se desviar da normativa vigente à retomada de um trilho de subordinação à lei. Dentre os diversos estudos elaborados sobre a temática de estratégias de atuação em prol do cumprimento normativo, optou-se por destacar as lições de Christine Parker, em sua obra "The open Corporation: effective self-regulation and democracy"[868]:

> "The research of compliance-oriented scholars also blurs the boundaries between deterrence and compliance. Indeed, the empirical research shows in at least five ways

[868] PARKER, Christine. *The open Corporation: effective self-regulation and democracy*. Cambridge University Press. 2010. p. 69.

> that mechanisms of 'voluntary compliance' and 'deterrence' are impossible to disentangle in most organizations' motivations to comply. Firstly, most 'compliance'-oriented researchers find that deterrence is a necessary backup to voluntary compliance based on cooperation and goodwill. They do not find deterrence and voluntary compliance to be mutually exclusive. In models such as Ayres and Braithwaite's (1992) enforcement pyramid (see also Burby and Paterson 1993; Gunningham 1994; Gunningham and Grabosky 1998; Rees 1988, 1994), deterrence is an essential background threat helping to motivate potential defaulters to comply before sanctions are imposed. The research on voluntary compliance also finds that most companies and individuals will voluntarily comply with regulations perceived to benefit the market or society as long as the regulatory agency makes a credible effort to identify and punish hard-core non-compliers. Consensual compliance is thus generally contingente upon persuading those of goodwill that their compliance will not be exploited by free riders who will get away with the benefits of non-compliance without being held to account for it (see Levi 1988; Scholz 1997:2). For example, people will pay their tax as long as they believe that those who do not pay will be caught".

Quando Parker sintetiza as possíveis fórmulas a serem adotadas no processo de indução de cumprimento normativo por parte de atores desviantes, o que vemos é uma estratégia de atuação, que se fundamenta no uso dessas ferramentas como conjunto. Nos casos em que os infratores possuem uma pré-disposição ao cumprimento e à colaboração, o uso de medidas simples de orientação pode funcionar por si só, para a readequação de suas condutas (trata-se da hipótese associada ao fomento, indução, a cenoura que se coloca em frente ao coelho). Em muitos casos, porém, a simples condução de um processo orientador e negocial é insuficiente para o atingimento desses objetivos. Os infratores necessitam visualizar a existência de cenários concretos e eficientes de repressão para mudar seu comportamento (isto é, é preciso ver a vara – a ameaça de repressão qualificada). Os infratores precisam ver que existe um cenário real e potencial de repressão, que pode lhes atingir. Diante dessa visão potencial, são capazes de ajustar a sua conduta. Por fim, em uma terceira hipótese, infratores chamados "hard-core", com apetite para o risco, terão como preferência testar o sistema de repressão, e continuar a se desviar da lei, em uma aposta de custo-benefício. Nesses casos, a repressão deverá ocorrer como medida de proteção do sistema como um todo. Essa forma de ver os problemas jurídicos à nossa frente pode em muito auxiliar as estratégias adotadas em cada caso concreto, permitindo que o Ministério Público tenha resultados mais eficientes na sua atuação de preservação da ordem jurídica associada ao controle externo das polícias e à promoção dos serviços de segurança pública.

Mas não é só. Esses dois eixos de atuação estão em vias de promover uma mudança não somente nas estruturas institucionais, mas sobretudo, existenciais. Tutela Coletiva e Direito Criminal encontram uma rota de convergência e passam a moldar um novo Promotor de Justiça, que com diferentes e amplas habilidades, transita com fluidez pelas ferramentas cíveis e criminais colocadas à sua disposição. Nasce um Promotor de Justiça híbrido, que orientado à resolução de problemas, recusa-se a se enquadrar em categorias reducionistas. A

própria tutela coletiva – e seu forte viés prestacional/preventivo – reconhece as suas capacidades repressivas (lógica da improbidade), na medida em que a atuação criminal encontra o seu potencial preventivo, com a adoção de práticas de composição e negociação. Enfim, poderemos derrubar os muros que dividem esses territórios, e compreender que o outro carrega, ainda que sob outra vestimenta, muito de nós mesmos.

Nesse novo formato, a leitura dos procedimentos criminais desde a sua origem é orientada para a regularidade do funcionamento das forças de segurança. Podemos dizer que existe uma função primária – a atividade de persecução penal em espécie – e uma função secundária associada a todo e qualquer inquérito policial e/ou atividade policial – de controle externo da função administrativa correlata. Além de se verificar a função primária, é preciso se atentar para a sua função secundária – capaz de avaliar o funcionamento do órgão policial, as fórmulas utilizadas no processo de investigação, a colheita de provas, o processamento do inquérito, entre outros. O Promotor de Justiça 2.0 trabalha forma e conteúdo, identificando falhas estruturais e padrões de comportamento institucional, que podem orientar a reestruturação das forças policiais e de segurança pública, sob a ótica prestacional.

Esse é um dos principais diferenciais do trabalho desenvolvido pelo GAESP. Na condição de um grupo especializado, de natureza híbrida, que por um lado analisa uma amostragem relevante de inquéritos policiais que apuram mortes decorrentes de intervenção policial e demais crimes praticados por agentes de segurança pública, e por outro, é responsável por inquéritos civis que visam apurar as estruturas de funcionamento das polícias civil e militar, ele tem uma oportunidade incrível de criação de um fluxo diferenciado. A análise conjunta desses inquéritos policiais e inquéritos policiais militares permite que os Promotores de Justiça identifiquem problemas estruturais das forças policiais, padrões e discrepâncias, redirecionando-se à atuação de tutela coletiva, em regra de natureza prestacional.

Essa visão macro, decorrente de uma amostragem ampla, permitiu que o GAESP melhor compreendesse as dinâmicas estabelecidas entre o comando e tropa, de alguns batalhões, com destaque para um trabalho intenso de esclarecimentos e escuta do 41º BPM. Essa fórmula permitiu a análise de policiais com comportamento em desvio-padrão, e a devida orientação das corporações para esse fenômeno, que pode envolver desde a prática de atos ilícitos orientados pela corrupção, em evidente desvio funcional, até a simples falência do modelo de treinamento e capacitação de policiais militares. Mais recentemente, a análise macro dos inquéritos policiais em tramitação no GAESP foi determinante para o estabelecimento de prioridades no trabalho de monitoramento de cumprimento do TAC da PMERJ, com a decisão de elaboração de recomendação conjunta para a PMERJ, PCERJ e

CBMERJ, quanto à observância das regras de manutenção de cena de fato/crime atividade de prestação de socorro. Os Promotores de Justiça responsáveis pelos inquéritos policiais passam a pensar no macrossistema das polícias e forças de segurança, em um processo de retroalimentação contínuo entre a atividade criminal e de tutela coletiva.

Além disso, nesse processo de redescoberta de si mesmo, promotores de justiça passam a se reconhecer como sujeitos com habilidades que transbordam os limites dos processos e da doutrina tradicional. O Promotor de Justiça 2.0, que transita com fluidez entre o direto constitucional, administrativo e criminal, percebe a necessidade de se debruçar sobre a sociologia, antropologia e criminologia local. Para resolver problemas reais, ele precisa estudar bancos de dados, ler planilhas de *excel* e *tableau* e estudos estatísticos, movimentar estratégias de prevenção e repressão, dialogar com as polícias e os setores de inteligência. Ela precisará ler indicadores e pensar em estatística, mapeamento criminal, georreferenciamento, manchas de criminalidade e fenômenos criminógenos. Trabalhar em conjunto com as polícias na formatação de estratégias de combate à criminalidade, pré-processuais. Estratégias e técnicas de negociação. Ela precisa entender de políticas públicas e reconhecer a segurança pública sob a ótica de um serviço público. Sistema, rede, fluxo, interoperabilidade, conselhos, reuniões de nível. Enfim, adaptar-se, recriar-se, para responder às demandas da realidade.

5 – O CONTROLE SOCIAL DA POLÍCIA: A ÚLTIMA FRONTEIRA

Eis que fevereiro deste ano, entre a animação e a angústia, procedimentos e promoções ministeriais, e muitas reuniões, surge um compromisso inusitado. Uma reunião com o Professor da Universidade de Toronto, responsável pelo Laboratório de Justiça Global da Escola Munk para Assuntos Globais, Todd Fogglesong. Após uma breve introdução, o professor inicia sua fala com uma pergunta arrebatadora. Você acha que o controle externo da atividade policial pode ser considerado um assunto de natureza global? Após refletir alguns segundos sobre o que me pareceu uma pergunta diferente, eu respondi que sim. Afinal, se os Estados democráticos de Direito direcionam o seu poder coercitivo para determinadas instituições, que vão na vida real, exercer o monopólio da violência, de forma autorizada e excepcional, o controle externo das forças policiais é em última instância um controle dos limites impostos a esse mesmo Estado democrático de Direito. É um mecanismo de preservação de instituições democráticas, que sustenta o Estado como um todo. Sem esse controle, as polícias estariam livres para transbordar de seu mandato excepcional de uso da força e da violência, avançando para cenários disruptivos do tecido social construído em torno da democracia constitucional. E por mais que eu saiba que a situação do Rio de Janeiro seja

bastante complicada, essa tendência à fuga dos limites impostos pela lei pela polícia não é uma particularidade local, ela é um fenômeno global de risco para toda e qualquer democracia constitucional.

Em abril deste mesmo ano, a convite da Universidade, Paulo Roberto e eu, tivemos a oportunidade de conhecer as estratégias de controle externo da polícia criadas pelas cidades/províncias de Toronto/Ontario (CA) e Chicago (EUA). E algo nos chamou a atenção: a existência de estruturas complexas de controle externo da polícia compostas por órgãos públicos e entidades da sociedade civil. Em Toronto, os crimes praticados por policiais militares são investigados por uma organização denominada SIU[869] (Unidade de Investigações Especiais), que se reporta diretamente ao Procurador-Geral de Justiça da Província de Ontario, é reconhecida como uma instituição de *civilian oversight* (controle civil). Além da SIU, outras estruturas como a OIPRD (antiga LECA), os Conselhos do serviço policial (Police Service Boards), o Tribunal de disciplina dos policiais de Ontario (Ontario Policing Discipline Tribunal), e a própria Procuradoria-Geral formam uma rede de *accountability* das atividades policiais. Todos reconhecem que o controle externo é condição essencial para o fortalecimento da legitimidade e da transparência da polícia.

A experiência do "Coroner Inquest" conduzida pelo *Chief Coroner*, que ocorre nas dependências físicas do próprio serviço de patologia forense da Província de Ontario, também se revelou extremamente interessante. Ali, são realizados processos, sob a metodologia de audiências públicas (o que poderia ser considerado uma espécie de inquérito civil público, pautado na oralidade, na transparência, e na participação social), cujo objetivo essencial é descobrir a resposta para cinco questões: (i) quem era o morto? (ii) como que ele morreu? (iii) quando foi a morte? (iv) onde ocorreu a morte? (v) por que ele morreu?

O propósito deste julgamento não é o de condenar eventual responsável pelo crime de homicídio, mas sim de investigar em detalhes as circunstâncias da morte, com o objetivo de prevenção. O processo de produção de provas é diferenciado do processo criminal, e inclui a participação de familiares da vítima. Por fim, a decisão final inclui uma série de recomendações com objetivo de adequação de condutas pró-futuro.

---

869 "The SIU is a civilian law enforcement agency which investigates incidents involving police officers where there has been death, serious injury or allegations of sexual assault. The Unit is independent of the police and is at arm's length to the Ministry of the Attorney General. The Director of the SIU is empowered under the Police Services Act with causing criminal charges to be laid against police officers where warranted on the basis of the evidence gathered during an investigation. Since its inception in 1990, the SIU's mission has been to nurture public confidence in policing by ensuring that the conduct of police officers, in cases which fall under the SIU jurisdiction, is subject to rigorous and independent investigations. This is reflected in the Unit's motto: Independent Investigations - Community Confidence". Disponível em: https://www.siu.on.ca/en/unit.php, com acesso em 01 de agosto de 2019.

Em Chicago, o órgão de controle civil é o *Civilian Office of Police Accountability* (COPA) que atua na avaliação das ações policiais sob o ponto de vista da eficiência e adequação e da conformidade com a legislação civil; não possuindo atribuições criminais. Como agência operacional, no entanto, o COPA se utiliza de unidade de pronta resposta do Departamento de Polícia de Chicago – *Investigative Response Team (IRT*) – responsável por estar presente *in loco* quando ocorrem situações de confronto com mortos ou feridos e tomar as primeiras medidas investigativas.

Trata-se de órgão análogo à SIU (Toronto), que por sua vez, conta com pessoal próprio para estar presente no local dos confrontos e tomar as primeiras providências investigativas (pronta resposta), sendo, rotineiramente, formado por policiais aposentados. Diferentemente do COPA, o SIU tem atribuições criminais (podendo inclusive oferecer Denúncia) e está ligado ao *Ministry of the Attorney General* da província de Toronto, muito embora seus membros não sejam "Promotores". Tanto em Toronto quanto em Chicago, as instituições análogas ao Ministério Público (Ministry of the Attorney General e District Attorney´s Office, respectivamente) possuem unidades especializadas para a investigação e acusação de crimes praticados por policiais contando com equipes próprias de investigação (formadas por policiais da ativa ou aposentados) responsáveis pela realização de eventuais diligências.

Na aplicação dos princípios da independência e especialização à investigação criminal propriamente dita, portanto, existe grande ênfase na necessidade da chamada "pronta resposta", ou seja, a presença rápida no local do suposto confronto de investigadores tidos como independentes: quer por que façam parte da estrutura do órgão de controle externo (como no SIU), quer por que sejam uma unidade especializada da própria polícia (como no caso do IRT com o COPA).

Conquanto o controle social da polícia seja um tema novo para as instituições no país, o que se evidencia inclusive pela ausência de estruturas/órgãos similares a estes no arranjo público oficial, sua concepção está em vias de construção pela sociedade civil. No Rio de Janeiro, a experiência da ação civil pública da Maré, ajuizada pela Defensoria Pública, e apoiada em essência pelas informações fornecidas pela ONG Redes da Maré, com o objetivo de garantir um controle eficiente das operações policiais realizadas no Complexo de Favelas da Maré é um exemplo desse processo. A Redes da Maré criou metodologia de acompanhamento das operações policiais realizadas no complexo de favelas, com registros de narrativas de moradores, de fotos e vídeos e de (ir)regularidade de funcionamento dos serviços públicos de saúde e educação. Durante o período em que esteve vigente liminar, o que notamos foi um intenso trabalho da sociedade civil, na busca pelo seu cumprimento real. Isto é, mesmo diante da omissão do Estado em cumprir a decisão judicial, a sociedade civil iniciou

um processo intenso de monitoramento, questionamento, além da construção de caminhos de diálogo e articulação. De fato, a comunidade tornou-se vigilante, e por conta, própria desenvolveu mecanismos de controle social da atividade da polícia. Trata-se de uma experiência que indica novos caminhos para o controle externo da polícia.

CONCLUSÃO OBJETIVA:

Em síntese, verificamos que existe na atuação do Ministério Público um território pouco explorado, na fronteira entre o direito administrativo-constitucional e o direito penal, em processo de descobrimento. Pensamos por ora, que estamos diante de matéria que se apresenta como tutela coletiva (ou Direitos Difusos) da segurança pública[870]. A preocupação não é condenar sujeitos ou organizações criminosas pela prática de crimes. Mas, basicamente garantir o bom funcionamento de um sistema de segurança pública, com o objetivo final de redução dos índices de criminalidade.

A reorientação das atribuições do Ministério Público, contudo, não deve ser compreendida como uma rota de substituição, e sim como a ampliação de seus horizontes. Trata-se de reconhecer uma nova fórmula de controle externo da polícia, que passa a se estruturar em dois eixos centrais, tutela coletiva e direito penal. Uma mistura de prevenção e repressão, promoção de serviços públicos de segurança pública e manutenção da ordem pública. Esses dois eixos de atuação estão em vias de promover uma mudança não somente nas estruturas institucionais, mas sobretudo, existenciais. Tutela Coletiva e Direito Criminal encontram uma rota de convergência e passam a moldar um novo Promotor de Justiça, que transita com fluidez pelas ferramentas cíveis e criminais. Nasce um Promotor de Justiça híbrido, que orientado à resolução de problemas, recusa-se a se enquadrar em categorias reducionistas.

Nesse novo formato, a leitura dos procedimentos criminais desde a sua origem é orientada para a regularidade do funcionamento das forças de segurança. Podemos dizer que existe uma função primária – a atividade de persecução penal em espécie – e uma função secundária associada a todo e qualquer inquérito policial e/ou atividade policial – de controle externo da função administrativa correlata. O Promotor de Justiça 2.0 trabalha forma e

[870] No curso de direito administrativo do Professor Diogo de Figueiredo, este apresenta a seguinte estrutura para a temática em questão, muito embora sua análise seja bastante restrita: Capítulo XV - Polícia, Seção I – Polícia Administrativa; Seção II – **Direito Administrativo da Segurança**. Veja-se que curiosamente, o capítulo subsequente é justamente o Capítulo XVI – Serviços Públicos. O administrativista segue a topologia da Constituição Federal, reconhecendo semelhança entre a temática da segurança pública aos institutos de excepcionalidade constitucional e de preservação da soberania nacional (estado de defesa, de sítio e forças armadas), rechaçando semelhança a lógica de prestação de um serviço público estatal. FIGUEIREDO, Diogo de. *Curso de direito administrativo*. Rio de Janeiro: 2003.

conteúdo, identificando falhas estruturais e padrões de comportamento institucional, que podem orientar a reestruturação das forças policiais e de segurança pública, sob a ótica prestacional.

Esse é um dos principais diferenciais do trabalho desenvolvido pelo GAESP. Na condição de um grupo especializado, de natureza híbrida, que por um lado analisa uma amostragem relevante de inquéritos policiais que apuram mortes decorrentes de intervenção policial e demais crimes praticados por agentes de segurança pública, e por outro, é responsável por inquéritos civis que visam apurar as estruturas de funcionamento das polícias civil e militar, ele tem uma oportunidade incrível de criação de um fluxo diferenciado. A análise conjunta desses inquéritos policiais permite que os Promotores de Justiça identifiquem problemas estruturais das forças policiais, padrões e discrepâncias, redirecionando-se à atuação de tutela coletiva.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: A atividade de controle externo da polícia é, a um só tempo, missão constitucional do Ministério Público (art. 127, inciso III, CRFB/88), e parte integrante do dever do Estado do promover a segurança pública (art. 144, CRFB/88), a qual deve se estruturar sob dois eixos essenciais e complementares: a tutela coletiva da segurança pública e o direito criminal.

A dignidade humana das vítimas da criminalidade como fundamento das obrigações positivas do Estado brasileiro à margem de três décadas de inconstitucionalidade por omissão em face do art. 245 da Constituição Federal

Kledson Dionysio de Oliveira*

Síntese dogmática

A dignidade humana, a eficácia objetiva dos direitos fundamentais e os deveres de proteção estabelecidos na Convenção Americana de Direitos Humanos, impõem obrigações positivas ao Estado brasileiro, o qual se vincula a atuar a um só tempo com legalidade e efetividade no campo criminal, combatendo a ineficácia nas atividades de esclarecimento da verdade e de responsabilização penal nos casos de graves práticas criminosas. A consideração das vítimas da criminalidade e de seus familiares como legítimos titulares de direitos, bem como o interesse da coletividade na tutela objetiva dos direitos humanos e fundamentais afetados por práticas criminosas, fazem com que o influxo do princípio fundamental da dignidade humana no processo penal determine que não se mantenha mais uma visão meramente abstrata da vítima, estreitamente reduzida a sujeito passivo do delito, e, por consequência, engendra no processo a obrigação estatal positiva de consideração, defesa e reparação dos direitos ofendidos pelo cometimento do ilícito. Nesse contexto, imperativo que o Estado brasileiro corrija urgentemente a situação de mais de três décadas de inconstitucionalidade por omissão relativamente à regulamentação legislativa dos direitos de assistência das pessoas vitimadas por crimes dolosos e seus familiares carentes, conforme disposto no art. 245 da Constituição Federal. A importância da temática se aprofunda diante da desonrosa trivialidade com que as gravíssimas práticas criminosas se repetem no Brasil, o qual, *v.g.*, apresenta a maior quantidade de homicídios do mundo em números absolutos.

Fundamentação

A importância dos valores que se procura proteger e resgatar no tratamento dos direitos das vítimas da criminalidade se afigura muito bem sintetizado por Antonio García-Pablos de

Molina e Luiz Flávio Gomes ao esclarecerem que "a vítima suporta os efeitos do crime (físicos, psíquicos, econômicos, sociais etc.), assim como a insensibilidade do sistema legal, o rechaço e a insolidariedade da comunidade e a indiferença dos poderes públicos."[871]

Demonstrando o estado de permanente aderência que os efeitos malignos da criminalidade assumem sobre a dignidade de suas vítimas, Ana Sofia Schmidt de Oliveira esclarece que o fato criminoso por si só não resume todos os efeitos da vitimização, mas, diversas vezes, apenas dá início a um processo que se desdobra em diversas fases, cujo acúmulo serve para multiplicar o sofrimento dos ofendidos.[872]

Observada a íntima relação entre o princípio da dignidade humana e os direitos fundamentais, que, nas palavras de Luís Roberto Barroso, representam "as duas faces de Juno"[873], permitir a eternização das ofensas suportadas pelas vítimas de crimes equivaleria à inconcebível aceitação de um estado de não reconhecimento da dignidade ou mesmo de desimportância quanto à condição humana daquelas pessoas atingidas pelo crime.

Antonio-Enrique Pérez Luño aponta a existência de uma dimensão comunitária e interpessoal do princípio da dignidade, o qual não se limita à esfera de existência individual do ser humano, e, por isso, interfere no sentido e no alcance dos direitos humanos e fundamentais.

> En el tránsito desde el Estado liberal al Estado social de derecho se ha producido una redimensión del significado constitucional del valor fundamental de la dignidad humana, que tiende a potenciar su dimensión dinámica y expansiva, al tiempo que su orientación interpersonal y comunitaria. [...] Esta dimensión intersubjetiva de la dignidad es de suma trascendencia para calibrar el sentido y alcance actuales de los derechos humanos que encuentran en ella su principio fundamentador.[874]

É esta dimensão comunitária e intersubjetiva da dignidade humana que faz com que o desrespeito e a humilhação impostos a um indivíduo signifiquem hipótese de ofensa a direitos humanos e fundamentais lesiva à dignidade de todos os indivíduos integrantes da mesma coletividade, os quais, ressalte-se, são absolutamente iguais em dignidade. Justamente amparado na estreita relação entre justiça e paz, bem como na ideia de que a dignidade

---

871 MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 524.

872 "Um enfoque vitimológico mais amplo permite concluir que o fato criminoso não encerra, em si, a vitimização; antes, dá início a um processo de várias vitimizações em que, muitas vezes, o fator desencadeante nem mesmo representa a mais grave delas." (OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 110-111).

873 "A dignidade humana e os direitos humanos (ou fundamentais) são intimamente relacionados, como as duas faces de uma mesma moeda ou, para usar uma imagem comum, as duas faces de Juno. Uma, voltada para a filosofia, expressa os valores morais que singularizam todas as pessoas, tornando-as merecedoras de igual respeito e consideração; a outra é voltada para o Direito, contemplando os direitos fundamentais. Esses últimos representam a moral sob a forma de Direito [...]." (BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 75).

874 PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica*. Madrid: Tecnos, 1997, p. 224-225.

humana é a base do direito, o Papa João Paulo II ressaltou que "da justiça de cada um nasce a paz para todos", em sua mensagem para a celebração do Dia Mundial da Paz, em 1º de janeiro de 1998: "La giustizia cammina con la pace e sta con essa in relazione costante e dinamica. Giustizia e pace mirano al bene di ciascuno e di tutti, per questo esigono ordine e verità. Quando una è minacciata, entrambe vacillano; quando si offende la giustizia, si mette a repentaglio anche la pace. [...] È in questo modo che «dalla giustizia di ciascuno nasce la pace per tutti»."[875]

De acordo com Peter Häberle, ao mesmo tempo em que a dignidade humana impõe a todos os membros da sociedade uma obrigação de respeito àquele valor, também representa a norma que estrutura e que constitui a própria sociedade.[876] Dessa maneira, os casos individuais de desprezo à dignidade humana dos membros da coletividade, acaba por reverberar em cada indivíduo a negação do valor estruturante e constitutivo de toda a coletividade de que faz parte.

Albin Dearing aponta que a dignidade humana das vítimas da criminalidade representa verdadeiro fundamento para o sistema de justiça criminal, haja vista que a dignidade se trata do elemento compartilhado por todos os indivíduos integrantes da coletividade, a quem se deve garantir os mesmos direitos e a quem deve ser dispensado o mesmo tratamento.

> "All individuals are interested in the vindication of the victim's human rights as they flow from human dignity as the common denominator of the status of all persons and from legal norms equally protecting the dignity and the rights of all. Crimes concern 'the public' not as a collective entity distinct from individuals, but as an expression that captures all individuals, united by law that treat them on an equal footing." [877]

Conforme apontado por Jorge Reis Novais, a concepção de dignidade humana como fundamento dos direitos fundamentais, permite a conclusão de que eventuais ofensas graves a direitos fundamentais, também significa motivo de ofensa indireta à dignidade humana do titular de direitos fundamentais lesionados.[878]

Ágata Maria Sanz Hermida aponta que, devido ao conteúdo amplo do princípio da dignidade humana, ele deve estar presente em qualquer circunstância pré-processual,

---

875 Messagio del Santo Padre Giovanni Paolo II per la celebrazione della XXI Giornata Mondiale della Pace, 1º gennaio 1998.

876 "[...] a dignidade humana constitui 'norma estrutural' para o Estado *e* a sociedade. A obrigação de respeito e proteção abrange tendencialmente também a sociedade. A dignidade humana possui eficácia em relação a terceiros; ela constitui a sociedade." (HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 45-103).

877 DEARING, Albin. *Justice for victims of crime: human dignity as the foundation of criminal justice in Europe.* Switzerland: Springer, 2017.

878 NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: volume I – dignidade e direitos fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2015, p. 71.

processual ou extraprocessual que tenha como objeto o tratamento da situação jurídica de uma vítima de crime.[879] Dessa maneira, quando o sistema de justiça criminal não apresenta efetividade na apuração dos fatos e na aplicação da legislação penal que protege os direitos humanos e fundamentais, acaba por denegar adequado respeito e atendimento à dignidade das vítimas da criminalidade, com efeitos diretos sobre a própria sociedade que testemunha as violações de direitos ocorridas entre iguais. Na medida em que todos são iguais em dignidade e em acesso aos mesmos direitos fundamentais, o reiterado desprezo à dignidade das vítimas de crimes influi na concepção objetiva da sociedade sobre o próprio conteúdo desse valor constitucional.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet e Jayme Weingartner Neto, quando a violação de um direito explícito ou implícito representar hipótese de ofensa à dignidade humana, seja em sua dimensão subjetiva ou objetiva, estaremos diante do desatendimento de um direito de estatura fundamental.[880] Desse quadro decorre a conclusão de que o Estado, ao lado da obrigação de respeitar os direitos e garantias individuais dos cidadãos, também possui o dever de desenvolver a adequada e eficiente investigação dos ilícitos penais, com a efetiva responsabilização do agente infrator culpado, sob pena de desconsideração à dignidade humana da pessoa ofendida pelo ilícito.

Os deveres de proteção que são impostos ao Estado pelos direitos fundamentais encontram correspondência no plano internacional dos direitos humanos na doutrina das obrigações positivas (*obligaciones positivas*), de acordo com a terminologia adotada pela Corte Interamericana de Direitos Humanos[881], "na indicação de que os Estados têm a obrigação de proteção dos direitos afirmados nas respectivas Convenções."[882]

Nesse contexto, a incorporação dos tratados internacionais de direitos humanos na ordem interna dos Estados assumiu, ao lado das normas de direito fundamental, a execução de papel central da construção das diretrizes práticas, normativas e hermenêuticas que devem fundamentar todo o sistema de justiça criminal.

---

879 "Evidentemente, el respeto a la dignidad es una expresión amplia, de contenido indeterminado, que da cabida a muy diversas actuaciones de significado y extensión muy variados. Por otro lado, es um derecho que debe estar presente en cuantas actuaciones de caráter pre-procesal, procesal o extraprocesal se vea implicada la víctima, si bien parece que en el marco del proceso penal debe tener una presencia relevante." (HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia.* Madri: Iustel, 2009, p. 53).

880 SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 33.

881 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Kawas Fernández Vs.Honduras*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 03 de abril de 2009, Série C, n. 196.

882 FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p. 102.

As referidas obrigações positivas se desenvolvem paralelamente nos planos substantivo e também processual, tendo em vista que na mesma medida em que os Estados se encontram vinculados a implementar a legislação necessária à prevenção da prática de ilícitos, também deve viabilizar meios de efetividade ao conteúdo das disposições de direito material estabelecidas.

O art. 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, mais do que determinar que os seus Estados-partes respeitem os direitos e liberdades nela reconhecidos, também impõe aos Estados que garantam o livre e pleno exercício daqueles mesmos direitos por toda pessoa. Assemelha-se possível verificar, pois, que a Convenção estabelece em face dos Estados a configuração de duas ordens de obrigações, consubstanciadas por aquelas de cunho negativo, de se abster de ações capazes de ofender os direitos nela previstos, além de obrigações de natureza positiva, de garantir que os direitos nela consignados possam ser livremente exercidos por todas as pessoas.

Por força da obrigação de respeitar os direitos contidos na Convenção, os Estados não podem nem mesmo invocar a própria legislação interna, no que se incluem as normas constitucionais, para obstar a prevalência dos direitos e deveres convencionais. Tal efeito impõe a obrigação de que os Estados adaptem as suas legislações internas, seja para o fim de eliminar restrições eventualmente incompatíveis com o conteúdo de tratados internacionais sobre direitos humanos, seja com o propósito de estabelecer disposições normativas necessárias ao adequado exercício dos direitos estabelecidos na Convenção.

As obrigações positivas dos Estados concretizam, pois, deveres de adotar efetivas medidas de prevenção de ofensas a direitos humanos, de maneira a evitar a sua ocorrência em desfavor de seus jurisdicionados. Sendo certo que, nas hipóteses em que as referidas lesões a direitos humanos se consumarem, devem os Estados adotar providências efetivas de plena investigação e punição dos agentes responsáveis pela sua prática, além, quando possível, de reparação dos danos decorrentes de tais violações.

Acrescenta-se que as obrigações positivas dos Estados relativamente à garantia de direitos humanos incidem em face de violações provindas não apenas de ações de agentes do Poder Público, mas, igualmente, de lesões praticadas por particulares, tendo em vista que a finalidade do tratado é a proteção dos interesses das pessoas, independentemente de qualquer outro atributo ou qualidade, sob a ótica *ex parte populi*.[883] Nessa mesma ordem de entendimento, denota-se que o objetivo da prescrição convencional de garantia dos direitos humanos não se limita apenas à proteção de direitos de investigados ou acusados em face das

[883] GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 28.

atividades de investigação, persecução penal e de punição do Estado, mas, antes, determina a própria ordem de criminalização, investigação, e, sendo o caso, de punição do agente (público ou particular) que desrespeita direitos humanos de outrem.

Dessa maneira, afigura-se inconvencional qualquer norma, ação, interpretação normativa ou omissão estatal que, para além de desrespeitar os direitos humanos previstos na Convenção, deixe de garantir ou garanta de maneira insuficiente ou deficitária o livre exercício de quaisquer dos direitos que se encontram nela estabelecidos. Sendo certo que, por vincularem todos os ramos de atuação do Estado, as suas obrigações positivas de proteção tocam simultaneamente ao Poder Legislativo, que deve proceder com a elaboração de normas adequadas com o conteúdo dos tratados internacionais sobre direitos humanos e consentâneas com o seu objetivo de efetividade, bem como ao Poder Executivo, especialmente através de suas ações de política pública, e, ainda, ao Poder Judiciário, que, nos processos de interpretação e de aplicação da ordem normativa, deve velar pela máxima efetividade de todos os direitos humanos consagrados na Convenção, em favor de todas as pessoas envolvidas em qualquer demanda sob sua resolução, observado, ainda, que, mesmo em suas atividades de organização e aparelhamento, o sistema de justiça também deve atentar para meios e procedimentos alinhados com a missão de respeito e de garantia de direitos humanos. Em suma, visam as obrigações estatais positivas simplesmente assegurar a efetividade dos direitos humanos.[884]

As obrigações positivas dos Estados também se desvelam diante do art. 8.1 da CADH, o qual determina que os seus Estados devem garantir o direito de participação de toda pessoa, em prazo razoável, perante juiz ou tribunal competente, independente e imparcial para a determinação dos seus direitos ou obrigações de qualquer natureza. Referenda-se, desta forma, a garantia de amplo acesso à jurisdição, o qual, naturalmente, não pode ser negado, ou, ainda, dificultado por custos ou procedimentos meramente burocraciais.[885]

A garantia de acesso à jurisdição disposta no art. 8.1 da CADH não se limita, por certo, à necessária realização do direito de defesa de acusados pela prática de crimes, mas também abrange a obrigação de que sejam asseguradas vias de acesso à jurisdição pelas vítimas de violações de direitos humanos e seus familiares, visando a determinação dos seus direitos e das obrigações do agente ofensor.

---

884 "Frise-se que a locução 'garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa' requer atuação estatal positiva, que traga *efetividade* à proteção desses mesmos direitos e liberdades." (GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 29).

885 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Cantos Vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 28 de novembro de 2002, Série C, n. 97.

A Corte IDH, por oportunidade do julgamento do Caso Blake Vs. Guatemala, estabeleceu que o art. 8.1 da Convenção também compreende o direito de familiares de vítimas de desaparecimento às garantias judiciais, visando a provocação do Estado para o efetivo desenvolvimento das ações necessárias à investigação do desaparecimento e da morte da vítima, bem como à imposição das sanções legais cabíveis aos responsáveis pelo ilícito, além da fixação dos correspondentes deveres de reparação, ao estabelecer que "el artículo 8.1 de la Convención Americana confiere a los familiares del señor Nicholas Blake el derecho a que su desaparición y muerte sean efectivamente investigadas por las autoridades de Guatemala; a que se siga un proceso contra los responsables de estos ilícitos; a que en su caso se les impongan las sanciones pertinentes, y a que se indemnicen los daños y perjuicios que han sufrido dichos familiares."[886]

Ainda visando a proteção positiva dos direitos humanos, determina o art. 25.1 da CADH que toda pessoa tem direito a um recurso simples, rápido e efetivo, visando a proteção contra atos violadores de seus direitos fundamentais. Convém ressaltar que a garantia convencional de recursos contra atos de violação não se limita apenas à defesa dos direitos estabelecidos no âmbito da Convenção, mas deve necessariamente abranger também os direitos fundamentais consagrados pelas Constituições e pelas leis internas dos Estados.[887]

Deve-se ter em conta, ainda, que a expressão *recurso* empregada pela Convenção não se limita a um significado restrito, de medida que visa a provocar a revisão de uma decisão judicial, mas tem alcance amplo, representando mecanismo jurídico de acesso ao sistema de justiça em confrontação à prática de ato lesivo de direitos humanos.

Verifica-se que o art. 25.1 da CADH se dirige a um só tempo aos ordenamentos internos e aos sistemas de justiça dos Estados, determinando a sua conformação ao modelo de eficiência preconizado no sistema interamericano de proteção de direitos humanos. Referida conformação não tem como propósito exclusivamente os direitos apontados naquela Convenção, mas, igualmente, quaisquer direitos fundamentais abrigados nos planos constitucional ou ordinário. Acrescentam-se, ainda, direitos humanos estabelecidos em quaisquer outros tratados sobre direitos humanos ratificados.

A Corte IDH, por oportunidade do julgamento do Caso Cantos Vs. Argentina[888], definiu com precisão o alcance do art. 25 da Convenção, dispondo que tal norma estabelece uma obrigação positiva de disponibilizar a todas as pessoas recursos judiciais efetivos contra atos

---

886 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Blake Vs.Guatemala*, Mérito, sentença de 24 de janeiro de 1998, Série C, n. 36.

887 GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 191-192.

888 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Cantos Vs. Argentina*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 28 de novembro de 2002, Série C, n. 97.

violadores de direitos fundamentais. Acrescentou a Corte que tal recurso deve ter a qualidade da efetividade, não bastando a previsão formal de meios de defrontar violações de direitos humanos, porém notavelmente ineficientes.

A relação direta das obrigações positivas fixadas no art. 25.1 da Convenção com as garantias judiciais estabelecidas no art. 8.1 e o dever de proteção fixado no art. 1.1, estabelecidas também em favor da defesa dos direitos das vítimas de violações de direitos humanos, se assemelha expressamente reconhecida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no julgamento do caso Godínez Cruz Vs. Honduras.

> La regla del previo agotamiento de los recursos internos en la esfera del derecho internacional de los derechos humanos, tiene ciertas implicaciones que están presentes en la Convención. En efecto, según ella, los Estados Partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos (art. 25), recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal (art. 8.1), todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados, de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (art. 1).[889]

No Caso del Tribunal Constitucional Vs. Peru, a Corte Interamericana reafirmou que o direito a um recurso simples e rápido constitui direito das vítimas de violações de direitos humanos, de obter proteção de acordo com as regras do devido processo legal.[890]

À vista dos dispositivos convencionais e da jurisprudência apresentados, evidencia-se que o sistema interamericano de proteção de direitos humanos determina a todos os Poderes dos seus Estados-partes o cumprimento de obrigações positivas para a efetiva proteção de todos os direitos estabelecidos em tratados de direitos humanos, bem como para a integral garantia dos direitos fundamentais contidos em normas legais e constitucionais dos ordenamentos internos das nações integrantes do sistema.

Dessa relação dual de respeito e de proteção estatais, exsurge um novo paradigma para os sistemas de justiça criminal do sistema interamericano, representado pelo dever de defesa das vítimas de lesões criminosas a direitos humanos e fundamentais, bem como de punição penal de agentes criminosos.

A punição depende de duas dimensões jurídicas, primeiramente a criminalização de condutas ofensivas aos direitos humanos, visando a sua dimensão objetiva, completamente desvinculada de quaisquer pretensões individuais. E, em um segundo momento, impõe-se a necessidade de previsão e de efetividade das normas de processo, sem as quais afigurar-se-iam não concretizáveis as regras de direito material.

---

889 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras*, Exceções Preliminares, sentença de 26 de junho de 1987, Série C, n. 3.

890 Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso del Tribunal Constitucional Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 31 de janeiro de 2001, Série C, n. 71.

Não se pode desconhecer o posicionamento de certa doutrina, que enxerga no sancionamento penal dos agentes violadores de direitos humanos um instrumento violento e equivocado de resposta à criminalidade.[891] Contudo, imprescindível objetar que seguramente não é a criminalização de emergência[892] ou de controle de classes que os tratados internacionais de direitos humanos infligem. Do mesmo modo como tratado no âmbito do direito constitucional, a atuação do direito criminal guiada pelas normas de direito internacional devem observar critérios de proporcionalidade na sua criação e aplicação, de maneira que se abstenha de criar restrições indevidas a liberdades individuais, mas que também não se assemelhe inerte no combate às violações de direitos humanos e fundamentais, tornando-se cúmplice de tais violações. Aspira-se, pois, que as atuações penais e processuais penais dos Estados sejam consentâneas com as necessidades de preservação de uma sociedade democrática, na medida em que os seus efeitos sejam eficazmente dissuassórios de condutas que representam hipóteses reais de ofensa a valores cruciais a direitos humanos ou fundamentais.

Douglas Fischer e Frederico Valdez Pereira denominam de eficácia deterrente o propósito de prevenção geral e especial de um sistema jurídico efetivo, cujos efeitos dissuassórios não se encontram propriamente no rigor da pena ou na sanção abstratamente cominada ao ilícito, mas sim "no prognóstico positivo de que o delito será prontamente investigado e punido eficientemente pelo mecanismo judiciário." [893]

O desenvolvimento de uma sociedade livre para o exercício de todos os seus direitos, depende de um Estado onde a criminalidade não prospere à sombra da ineficiência do seu sistema de justiça, pois a impunidade coloca em pratos e balanças a certeza de benefícios e a dúvida sobre os castigos.

Jesús-María Silva Sánchez, tratando do direito penal como sistema de proteção subsidiário de bens jurídicos destaca a importância da sua eficiência, cuja aplicação, visando a prevenção de novos crimes e até mesmo a reação informal da sociedade contra a criminalidade, deve gerar um custo social menor que os gravames dos crimes perpetrados e

---

891 "[...] consideramos que a opção de responder à violência sistematicamente exercida contra os direitos humanos com a violência inerente às sanções penais é totalmente equivocada [...]. A sanção penal, além de prejudicar as camadas sociais desfavorecidas, alimenta o círculo vicioso da violência social, tornando-se um instrumento de dominação que não pode nem deseja tutelar efetivamente os bens jurídicos da maioria da população." (DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada.* São Paulo: Método, 2005, p. 112).

892 MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 25, jan-mar, 1999, p. 58-91.

893 FISCHER, Douglas; FREDERICO, Valdez Pereira. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p. 76.

das reações causadas no seio da sociedade.[894] Não se pretende sustentar, pois, que a incidência criminal deva ser a primeira medida de resposta a toda violação à ordem jurídica, no entanto, em sede de graves violações de direitos humanos e fundamentais, não se pode buscar a inversão dos valores envolvidos, de maneira a enxergar nas respostas legais e proporcionais às violações ilegais e desproporcionais praticadas contra os direitos humanos das vítimas uma hipótese injusta de violência social.

A eliminação da chamada "violência inerente às sanções penais" de agentes violadores de direitos humanos desconsidera a posição e os direitos das vítimas daquelas mesmas violações, além de reduzir a percepção coletiva do valor da dignidade humana. É justamente esse o equilíbrio que a legislação e o sistema de justiça criminal devem perseguir.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por oportunidade do julgamento do Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, reconheceu que as vítimas de violações de direitos humanos possuem direitos no processo. Não apenas as vítimas, mas também os seus familiares, têm o direito de obter o esclarecimento dos fatos, à identificação e à punição dos agentes diretamente responsáveis pelas lesões sofridas, e, ainda, de obter as reparações dos danos experimentados.

> A la luz de lo anteriormente dicho, la Corte considera que los jueces como rectores del proceso tienen el deber de dirigir y encausar el procedimiento judicial con el fin de no sacrificar la justicia y el debido proceso legal en pro del formalismo y la impunidad. De este modo, si las autoridades permiten y toleran el uso de esta manera de los recursos judiciales, los transforman en un medio para que los que cometen un ilícito penal dilaten y entorpezcan el proceso judicial. Esto conduce a la violación de la obligación internacional del Estado de prevenir y proteger los derechos humanos y menoscaba el derecho de la víctima y de sus familiares a saber la verdad de lo sucedido, a que se identifique y se sancione a todos los responsables y a obtener las consecuentes reparaciones. [895]

O reconhecimento dos direitos das vítimas da criminalidade e de seus familiares foi, inclusive, fundamento de condenação imposta ao Estado brasileiro por oportunidade do julgamento do Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil.

> Os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.
> Em conseqüência, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas

[894] SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e direito penal.* Barueri, SP: Manole, 2004, p. 57.
[895] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 25 de novembro de 2003, Série C, nº 101.

> autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis por esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes. [896]

A importância da afirmação das obrigações positivas de investigar e sancionar é crucial para a sedimentação dos deveres dos Estados quanto aos direitos humanos, haja vista que acentua a sua ordem de efetividade, de maneira a evitar um cumprimento meramente formal daqueles direitos.

Por oportunidade do julgamento do Caso Gomes Lund Vs. Brasil, a Corte IDH estabeleceu a necessidade de que, dentre os elementos a serem considerados na aplicação do princípio da ponderação para a resolução de conflitos entre direitos previstos na CADH, não se pode omitir a avaliação da posição jurídica das vítimas de violações e de seus familiares quanto ao direito de acesso à justiça, fundamentados nos arts. 8 e 25 da Convenção.

> Com relação à aplicação do princípio de ponderação aduzido pelo Estado, entre as diversas medidas adotadas como garantia de não repetição, para efeitos de cumprir o artigo 1.1 da Convenção Americana, e do princípio de legalidade, previsto no artigo 9 do mesmo tratado (par. 132 supra), o Tribunal valora positivamente as numerosas medidas de reparação e não repetição adotadas pelo Brasil, as quais serão abordadas no capítulo correspondente às reparações da presente Sentença. Embora essas medidas sejam importantes, não são suficientes, porquanto omitiram o acesso à justiça por parte dos familiares das vítimas. Nesse sentido, o Tribunal observa que, em sua aplicação do princípio de ponderação, o Estado omitiu toda menção aos direitos das vítimas, derivados dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana. Com efeito, essa ponderação se faz entre as obrigações estatais de respeitar e garantir e o princípio de legalidade, mas não se incluem na análise os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial das vítimas e seus familiares, os quais foram sacrificados da maneira mais intensa no presente caso. [897]

Importa ressaltar que a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos determina que a ponderação entre valores e direitos seja um processo constante na realização integral do dever de proteção dos direitos humanos, ao estabelecer em seu art. 32.2 que "os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática."

A ampla consideração dos direitos de ofendidos e seus familiares na resolução das questões apresentadas à Corte IDH evidencia que a possibilidade de restrições externas aos direitos permite a expansão da sua própria eficácia, de maneira a salvaguardar a máxima amplitude de bens, valores, e titulares em uma sociedade democrática. Nesse sentido, segundo esclarece Valério de Oliveira Mazzuoli, "apenas em contextos democráticos se limitam

---

[896] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 04 de julho de 2006, Série C, n. 149.

[897] Corte Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") Vs. Brasil*, Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas, sentença de 24 de novembro de 2010, Série C, n. 219.

direitos de alguns em detrimento dos direitos de outros ou das justas exigências do bem comum."[898]

Diretamente relacionada com a dimensão objetiva de proteção dos direitos humanos e fundamentais, o dever estatal de amparo à dignidade das vítimas de graves violações criminosas de direitos humanos e fundamentais, e, ainda em conformidade com o cabedal dos valores de justiça da sociedade, exsurge o dever constitucional de assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crimes dolosos, prevista no art. 245 da Constituição Federal. Conforme apontado por João Miranda Silva, "a proteção às vítimas de crimes é dever e função do Estado e uma manifestação de solidariedade social."[899] Inegável, pois, a equiparação que se pode coligir destes deveres de proteção e de solidariedade social relativamente ao conteúdo comum dos direitos fundamentais explicitamente relacionados no Título II da Carta da República, cuja relevância e essencialidade se revelam mesmo superiores que alguns dos direitos formalmente relacionados naquele catálogo.[900]

Não obstante a ausência de legislação infraconstitucional a conferir efetividade ao direito previsto no art. 245 da Constituição Federal, não se pode declinar qualquer normatividade ao seu conteúdo, posicionando-a como uma mera diretriz programática, observado que todas as normas constitucionais ostentam um caráter irradiante que, no mínimo, impulsiona a interpretação e a aplicação do direito infraconstitucional. Dessa maneira, verifica-se, preliminarmente, que a ordem constitucional não se preocupa tão-somente com a vitimização direta, mas também reconhece e busca amparar as consequências da denominada vitimização vicariante, ou seja, aquela que recai e impõe sofrimento real a outras pessoas situadas no entorno da pessoa ofendida, tornando-as também vítimas do crime, *v.g.*, os familiares da pessoa ofendida.[901]

O sentido da garantia de assistência prevista na norma constitucional em destaque é amplo, compreendendo desde a concessão de meios econômicos para a manutenção dos familiares de vítimas da criminalidade, haja vista que se refere aos seus herdeiros e também

---

898 PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 279.

899 SILVA, João Miranda. *A responsabilidade do Estado diante da vítima criminal.* São Paulo: Mizuno, 2004, p. 67.

900 Convém anotar a existência de doutrina que, pela importância do conteúdo material do direito na definição de sua fundamentalidade, aponta direitos apenas formalmente fundamentais, a exemplo de José Carlos Vieira de Andrade: "Haverá, assim, direitos fundamentais em sentido material que não o são formalmente, porque não estão incluídos no catálogo constitucional. Tal como, logicamente, a inversa se torna, pelo menos, viável: poderá haver preceitos incluídos no catálogo que não constituam matéria de direitos fundamentais, e até porventura «direitos subjetivos» só formalmente fundamentais." (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006, p. 77).

901 "[...] vitimização vicariante (consequências do crime sofridas por outros que não a víctima direta, tais como os seus familiares)." (MACHADO, Carla; GONÇALVES, Rui Abrunhosa (Coords.). Vitimologia e criminologia. In: *Violência e vítimas de crimes.* Vol 1: adultos. Coimbra: Quarteto, 2002, p. 34).

dependentes de reduzidas condições financeiras (carentes), até mesmo a assistência jurídica, psicológica, de saúde e de assistência social.

Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes, em comentário pontual sobre a norma em questão expõem a sua finalidade assistencial, jurídica e social, ao afirmarem que "a exigência de Lei Regulamentadora diz respeito ao fato de que o dispositivo não trata, tão somente, de assistência jurídica às vítimas de crimes dolosos. A disposição constitucional vai além, na medida em que estabelece a obrigatoriedade de o Estado prestar assistência social às vítimas e seus parentes."[902]

A norma constitucional em referência se trata, pois, de inequívoco direito fundamental estabelecido pelo Poder Constituinte originário em favor das pessoas vítimas de graves violações de direitos humanos e fundamentais em virtude da criminalidade violenta e suas famílias.

Não obstante a sua vital importância para a proteção e a reparação de direitos fundamentais malferidos pelo crime, a referida disposição constitucional, após mais de três décadas aguardando lei que lhe permita alcançar a esperada concretude, representa, na linha das ideias apontadas por José Eduardo Faria, uma forma de negativa sutil de um direito fundamental das vítimas da criminalidade violenta e seus familiares, tendo em vista que, apesar de formalmente assegurar uma garantia de assistência, se assemelha materialmente ineficaz desde o primeiro dia da promulgação da Carta da República até os dias presentes.[903]

Por oportunidade da realização do 7º Simpósio Internacional de Vitimologia, ocorrido no mês de agosto de 1991, no Rio de Janeiro e em São Paulo, Luiz Coelho de Carvalho apresentou estudo no qual já alertava: "a matéria tratada naquele art. 245 da vigente Constituição Federal, já dormita, por quase três anos, carente da necessária e indispensável Lei Complementar que a dinamize. Até o presente é letra morta, embora uma expectativa." [904]
A expectativa de três anos de omissão que já afligia o autor em 1991 continua a afligir a sociedade brasileira e as famílias das mais de um milhão e quinhentas mil vítimas de homicídios intencionais ocorridos no Brasil desde a promulgação da Carta da República.

A Constituição Federal, consciente dos efeitos sociais deletérios da criminalidade violenta, bem como da vulnerabilidade das vítimas diretas e indiretas de crimes graves, especialmente quando tais fatores se apresentam conjugados com situações de hipossuficiência econômica, tratou de estabelecer um dever estatal de assistência.

---

902 CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.181.

903 FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros, 1994, p. 99.

904 CARVALHO, Luiz Coelho de. A vitimologia e a Constituição da República Federativa do Brasil. In: KOSOVSKI, Ester (Org. e Ed.). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Reproarte, 1993, p. 281.

Justamente em virtude das gravíssimas consequências das ações criminosas, de naturezas patrimonial, psicológica e social, suportadas solitariamente pelas suas vítimas e familiares, se justifica o seu reconhecimento como grupo vulnerável, a compreender aqueles indivíduos que, sem estabelecerem necessariamente um vínculo caracterizador de identidade coletiva, demandam uma proteção legal diferenciada em razão da sua fragilidade ou deficiência para a defesa e realização dos seus direitos.[905]

A conjugação do natural estado de vulnerabilidade das vítimas diretas e indiretas da criminalidade violenta com situações recorrentes de hipossuficiência econômica das suas famílias, constituem elementos que tornam justificável e necessária a opção constitucional de assistência destacada na norma constitucional em referência.

Evidentemente que o dever de assistência do Estado, baseado nas diretrizes da solidariedade social, da justiça e do bem-estar em favor daquele grupo vulnerável, em absolutamente nada se confunde com a hipótese de responsabilidade civil objetiva inserta no art. 37, § 6°, da CF, que envolve, em regra, a percepção de dano decorrente de ação ou omissão do próprio Estado.

Lenio Luiz Streck e Gilmar Ferreira Mendes esclarecem que, por força do art. 245 da Constituição Federal, tratando-se de uma norma de proteção a pessoas hipossuficientes, o Estado deveria assumir uma responsabilidade bem maior que a nela contida, para o fim de que fossem também abarcadas pelo amparo do Estado as hipóteses de crimes culposos.[906]

Denota-se, portanto, que o dever estatal em face das vítimas de delitos graves e suas famílias tem natureza assistencial urgente e admite, inclusive, necessárias ampliações, de maneira a proteger adequadamente os direitos fundamentais e a dignidade humana daquele grupo vulnerável. No entanto, apesar da sua primacial relevância jurídica e social, tratando-se de norma de eficácia limitada, a garantia disposta no art. 245 da Constituição Federal depende da criação de lei que viabilize a plenitude de seus efeitos.[907]

---

905 "Grupos vulneráveis, por sua vez, são coletividades mais amplas de pessoas que, apesar de não pertencerem propriamente às 'minorias', eis que não possuidoras de uma identidade coletiva específica, necessitam, não obstante, de proteção especial em razão de sua fragilidade ou indefensabilidade (v.g., as mulheres, os idosos, as crianças e adolescentes, as pessoas com deficiência, os consumidores etc.)." (MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016, p. 263).

906 "O aludido art. 245 deve ser lido nesse contexto, ou seja, como um reforço à proteção jurídica dos hipossuficientes. […] O modo como isso será feito é matéria para a legislação ordinária. Entretanto, essa legislação não deverá se restringir à assistência aos herdeiros e dependentes carentes de pessoas vitimadas por crime doloso, uma vez que também aos herdeiros e dependentes carentes de vítimas de crimes culposos deverão ser abrangidos. Não tem sentido essa discriminação em relação aos crimes culposos [...]." (CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 2.181).

907 SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 83.

Não deve ser pelo fato de estarmos diante de uma norma de direito fundamental desprezada pelo Poder Público, especialmente pelo Estado-legislador, há mais de três décadas que o dispositivo constitucional em questão não contém qualquer traço de normatividade, como se não existisse. Nesse sentido, o processo penal também pode ser palco de cumprimento do dever fundamental de assistência às vítimas da criminalidade violenta e seus familiares, sendo notável a correlação da referida disposição constitucional com o previsto no art. 201, § 5º, do Código de Processo Penal, o qual autoriza, sempre que necessário, o encaminhamento judicial de vítimas a atendimento multidisciplinar, especialmente nas áreas psicossocial, de assistência jurídica e de saúde.

À sombra da garantia fundamental de assistência prevista no art. 245 da Constituição Federal, o Código de Processo Penal nitidamente incorporou a preocupação de restaurar os direitos fundamentais e a dignidade humana das vítimas de delitos. No entanto, o sistema de justiça criminal, mesmo à vista de tais balizas normativas, ainda atua com a perspectiva de que apenas lhe toca o conhecimento do delito e da condição do acusado ou do investigado. Conforme apontado por Antonio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, o Estado insiste em não considerar igualmente o respeito e o atendimento aos direitos fundamentais de agentes criminosos e suas vítimas, na medida em que "os escassos investimentos públicos parecem destinados sempre ao punido (novas prisões, infra-estruturas penitenciárias etc.) como se a ressocialização da vítima não fosse um objetivo básico do Estado 'social' de Direito."[908]

Propostas de enunciados:

1- a dignidade humana das vítimas da criminalidade e de seus familiares, bem como a Convenção Americana de Direitos Humanos e a jurisprudência vinculante da Corte Interamericana de Direitos Humanos, impõem o cumprimento efetivo da obrigação processual penal positiva de realização de procedimentos de investigação criminal sérios, adequados e eficientes ao esclarecimento da verdade, e, sendo o caso, de punição dos agentes violadores de direitos humanos e fundamentais, sejam eles agentes do Estado ou particulares.

2- o conteúdo do princípio da duração razoável do processo não se restringe exclusivamente a uma perspectiva de respeito aos direitos individuais de réus e investigados, mas também representa obrigação de proteção objetiva dos direitos

[908] MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 74.

humanos e fundamentais, em favor da sociedade, e de garantia dos direitos das vítimas de crimes e de seus familiares, os quais têm o direito ao esclarecimento da verdade e de punição dos agentes responsáveis pela prática de ilícitos com eficiência e em tempo razoável.

3- a dignidade humana e os direitos das vítimas de crimes e de seus familiares devem ser parâmetro de interpretação normativa, análise da validade de normas e de ponderação na solução de colisões entre normas de direitos humanos e fundamentais.

4- o Estado brasileiro incorre há mais de três décadas em situação de inconstitucionalidade por omissão em face da ausência de regulamentação legislativa do direito fundamental de assistência às pessoas vitimadas por crimes dolosos e aos seus familiares carentes, que se encontra expressamente garantido pelo art. 245 da Constituição Federal de 1988.

Referência bibliográficas

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.* 3. ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial.* Belo Horizonte: Fórum, 2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil.* São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CARVALHO, Luiz Coelho de. A vitimologia e a Constituição da República Federativa do Brasil. In: KOSOVSKI, Ester (Org. e Ed.). *Vitimologia: enfoque interdisciplinar.* Rio de Janeiro: Reproarte, 1993.

DEARING, Albin. *Justice for victims of crime: human dignity as the foundation of criminal justice in Europe.* Switzerland: Springer, 2017.

DIMOULIS, Dimitri. O art. 5º, § 4º, da CF: dois retrocessos políticos e um fracasso normativo. In: TAVARES, André Ramos; LENZA, Pedro; ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. (Orgs.). *Reforma do judiciário: analisada e comentada.* São Paulo: Método, 2005.

FARIA, José Eduardo (Org.). *Direitos humanos, direitos sociais e justiça.* São Paulo: Malheiros, 1994.

FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e direito penal: a constituição penal.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas; FREDERICO, Valdez Pereira. *As obrigações processuais penais positivas: segundo as cortes europeia e interamericana de direitos humanos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

HERMIDA, Ágata Maria Sanz. *Víctimas de delitos: derechos, protección y asistencia.* Madri: Iustel, 2009.

MACHADO, Carla; GONÇALVES, Rui Abrunhosa (Coords.). Vitimologia e criminologia. In: *Violência e vítimas de crimes.* Vol 1: adultos. Coimbra: Quarteto, 2002.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direitos Humanos*. 3. ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Método, 2016.

MOCCIA, Sérgio. Emergência e defesa dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, ano 7, n. 25, jan-mar, 1999, p. 58-91.

MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia*. 6. ed. ref., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. *A dignidade da pessoa humana: volume I – dignidade e direitos fundamentais.* Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt de. *A vítima e o direito penal.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Teoría del derecho: una concepción de la experiencia jurídica.* Madrid: Tecnos, 1997.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.* Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *Eficiência e direito penal.* Barueri, SP: Manole, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang; WEINGARTNER NETO, Jayme. *Constituição e direito penal: temas atuais e polêmicos.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais.* 3. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Malheiros, 1999.

DESMILITARIZAÇÃO DO SISTEMA PRISIONAL: GESTÃO, TRANSPORTE DE PRESOS, REVISTAS E GERENCIAMENTO DE CONFLITOS PELA POLÍCIA MILITAR

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: O presente estudo pretende demonstrar a erronia (e o caráter inoportuno) da utilização da polícia militar em diversos pontos do sistema prisional. A excessiva militarização do sistema não atende a padrões jurídico-constitucionais, nem a vetores gerenciais práticos, além de por em risco os direitos fundamentais das pessoas privadas de liberdade.

Sumário: 1- Introdução. 2- Segurança *intramuros* e *extramuros* no sistema prisional. 3- O panorama de militarização prisional em alguns estados da Federação. 4- Criação de uma polícia penal ou penitenciária. 5- Transporte, escolta de presos e gerenciamento de conflitos. 6- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

"A polícia que prende nas ruas, não pode ser a mesma que acompanha a execução penal".

Em muitos Estados da Federação brasileira, a polícia militar é destinada para, no interior das unidades prisionais, proceder a revistas de presos e restaurar a ordem em casos de rebeliões/motins, assumindo, frequentemente, as funções da guarda interna, ou até mesmo, a gestão total das respectivas unidades, até o retorno à normalidade. Também é comum, o transporte ou a escolta de detentos das unidades prisionais para atos judiciais ou extrajudiciais.

Apesar da frequência com que a polícia militar é chamada a intervir e a aparente clareza da Constituição ao gizar as funções dessa polícia administrativa, ainda é escassa, escassíssima, a literatura a propósito do fenômeno. Sem estudos, análises ou discussões, o que é ilegítimo acaba sendo legitimado por pura indiferença ou inércia intelectual, ou ainda por uma desfocada abordagem e aceitação da realidade (é a sina do *fait accompli*).

A gestão prisional no Brasil não lida com conceitos e categorias próprios à sua temática específica, sem falar nas caracteríscas de fragmentação (distanciamento em relação às demais políticas públicas e sociais), de reprodução, de endogenia (fechamento em si e autoreprodução) e de entropia (desordem interna). As práticas, as rotinas e os protocolos, em sua maior parte, são importados da *expertise* em outras áreas, com especial destaque para a segurança pública e a atividade policial-militar. Não há, no horizonte jurídico-administrativo-gerencial, uma distinção clara entre política de segurança pública e política penal-prisional. E quando categorias claramente distintas se confundem, os efeitos desastrosos fazem-se sentir na prática.

2- Segurança *intramuros* e *extramuros* no sistema prisional

A Constituição Federal, no art. 144, inc. V, § 5º, após elencar a polícia militar como órgão do sistema de segurança pública, atribui-lhe o dever de policiamento ostensivo e de preservação da ordem pública. É interessante observar que ao atribuir a "polícia ostensiva e preservação da ordem pública" à corporação militar, no mesmo parágrafo a Constituição confere "aos corpos de bombeiros militares, *além das atribuições definidas em lei*, incumbe a execução de atividades de defesa civil". Ou seja, em relação aos bombeiros, a lei pode atribuir outras missões ou atribuições, mas em relação à polícia militar não. A polícia militar, assim como a polícia judiciária, extrai suas atribuições diretamente da Constituição Federal.

De acordo com o Decreto Federal n. 88.777, de 30.09.1983, compete à polícia militar, dentre outros fins, "a segurança externa (*extramuros*) dos estabelecimentos penais do Estado" (art. 2., item 27). Se nos apresenta óbvio, a partir desse marco normativo, ser de responsabilidade da Polícia Militar estabelecer ou restabelecer a segurança e a ordem somente na parte externa do Sistema Prisional dos Estados. Porém, na prática, no dia a dia do exercício da profissão de policial militar, é notório que não é somente na parte externa das unidades prisionais que há atuação militar[909].

[909] ESPÍRITO SANTO, Igor Alves do. NEVES, Diogo Moura. **A atuação da Polícia Militar no sistema prisional brasileiro: uma revisão bibliográfica.** Disponível em:

Vemos, portanto, que a atividade-fim da polícia militar, aquela atividade que constitucionalmente lhe é atribuída e em que é legitimada a operar, é exercida fora dos perímetros da segurança das prisões, ou seja, extramuros. O que é reafirmado pela legislação infraconstitucional.

Mesmo a Força Nacional de Segurança Pública, criada pelo governo federal a partir de um programa de cooperação federativa, só pode ser empregada em "atividades destinadas à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio" (art. 2, do Decreto n. 5.289/2004), não podendo também intervir nas atividades *intramuros* do sistema prisional.

De igual modo, os órgãos integrantes do Susp (Sistema Único de Segurança Pública) – aí incluem-se as polícias militares - poderão atuar em vias urbanas, rodovias, terminais rodoviários, ferrovias e hidrovias federais, estaduais, distrital ou municipais, portos e aeroportos (art. 16, da Lei n. 13.675/2018). A lei, mais uma vez, não faz referência ao sistema prisional.

Um problema que tem tirado o sono dos gestores prisionais e causado perplexidade à sociedade são as rebeliões ou os amotinamentos de detentos. Sempre que ocorrem rebeliões, o remédio prescrito – intervenção de tropas de choque da PM -, tem acarretado efeitos desastrosos (mortes, torturas, maus-tratos, abusos físicos etc.). Além de denunciarem condições precárias de encarceramento que continuam a predominar no Brasil, as rebeliões têm revelado uma baixa capacidade do Estado em controlar a dinâmica prisional, em fazer valer princípios fundamentais de respeito à integridade física dos indivíduos presos, permitindo que grupos criminosos imponham uma ordem interna sobre a massa de presos.

Há no sistema prisional a presença de grupos criminosos que controlam o quotidiano prisional e impõem à massa carcerária diversas formas de constrangimento físico e moral que envolvem práticas como extorquir dinheiro mediante contribuições compulsórias para os grupos; explorar familiares, inclusive sexualmente; transferir para outros presos a responsabilidade por crimes e infrações cometidas no interior da prisão, além de todo o controle sobre fontes de arrecadação de dinheiro dentro da prisão (comércio dos postos de trabalho, locais de habitação, tráfico de drogas, entrada e uso de celulares, compra de armas etc.)[910]. Tudo isso sugere que o Estado, representado pelo corpo dirigente local, não tem mais o controle efetivo da maioria das prisões sob sua responsabilidade, conseguindo assegurar a

---

https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/736/1/571_Igor_Alves_Do_Espirito_Santo_Dep%C3%B3sito_Final_-_%C3%9Altima_Vers%C3%A3o_13447_271907735.pdf. Último acesso: 10.12.2018.

[910] SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Porto Alegre:Revista Sociologias, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, p. 277.

paz interna somente pela delegação do dia a dia prisional às lideranças desses grupos criminosos.

Em determinado procedimento de investigação criminal, a Administração Penitenciária do Amazonas justifica a não apresentação de interno para ser ouvido em audiência. A justificativa revela a dimensão real do problema de gestão prisional por parte do estado:

> "...os internos de todos os pavilhões informaram que receberam uma ordem da massa carcerária desta e das demais unidades prisionais do estado para que nenhum reeducando saísse de suas celas para o fórum de justiça, escola, escolta externa, escolta interna, banho de sol ou atendimento no corpo técnico... Vale ressaltar que os internos pautados nesta data a comparecerem ao fórum de justiça se negaram a sair de suas celas alegando o mesmo motivo dos demais internos, pois teriam **recebido uma ordem da massa carcerária para não saírem de suas celas para serem ouvidos ou julgados no fórum de justiça**, desta forma cometendo assim falta disciplinar" (PIC n. 040.2018.001435, em 04.10.2018).

Esse fato específico reflete algo generalizado no sistema prisional brasileiro. A ordem prisional interna é mantida não por atividades de trabalho, de formação escolar etc., mas pela força das armas (militarização do sistema) ou, pior ainda, por ações coordenadas de grupos criminosos no interior dos presídios, o que representa o abandono dos princípios ressocializadores da pena privativa de liberdade e uma negação das diretrizes legais estabelecidas[911].

Isso, em grande parte, deve-se à grave escassez de agentes penitenciários em todo o Brasil. Os poucos guardas empregados para vigiar os presos geralmente são mal pagos e mal treinados. Os administradores penitenciários mal têm pessoal para garantir os muros externos de seus estabelecimentos; imagine-se então, por exemplo, para assegurar a supervisão dos internos em oficinas ou salas de aula, ou para assegurar que um nível adequado de bens e serviços flua das e para as alas. Além disso, na maioria das prisões, os guardas raramente entram nos pavilhões, exceto nos momentos de abertura e fechamento das trancas. À medida que o número de funcionários deixou de acompanhar o crescimento da população carcerária, os internos foram sendo gradualmente deixados por sua própria conta, em livre e não supervisionada associação, esperando-se que governassem a si próprios, em boa parte à semelhança do que acontece nas áreas urbanas pobres da região que vão se tornando "zonas interditadas" para a polícia[912].

Mas, voltando ao tema central do ensaio, além de não possuírem atribuição constitucional, os policiais militares não estão preparados, profissionalmente, para intervir na

[911] **SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos. A militarização do sistema penitenciário brasileiro.** 2012. Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-militarizacao-do-sistema-penitenciario-brasileiro/. Último acesso: 08.01.2019.
[912] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Modelo de gestão para a política prisional**. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

parte interna do sistema prisional, pois não recebem o treinamento adequado para tanto. Em seus protocolos ou currículos de treinamento, não são contemplados módulos de atuação direta no sistema prisional (o princípio do protagonismo da pessoa privada de liberdade soa ao policial militar como uma grande heresia e algo provocativo). E assim, quando a polícia militar interfere para conter rebeliões carcerárias, ações desastrosas ocorrem, como a história recente retrata:

1- Penitenciária do Estado na cidade de São Paulo em 1987 (29 presos foram mortos pela polícia militar);

2- No 42º Distrito Policial em São Paulo, em 1989 (18 presos morreram por asfixia por represália dos policiais);

3- Massacre do Carandiru em 1992, quando 111 presos morreram na Casa de Detenção de São Paulo (103 deles em razão da intervenção da Polícia Militar); etc.

No processo de socialização dos policiais militares os valores do militarismo são predominantes, vertidos no caráter intrinsecamente autoritário e violento de suas ações; valores esses que estão inscritos na própria cultural organizacional da corporação. Os treinamentos, os exercícios e o próprio cotidiano dos policiais são marcados muito mais pela hierarquia e pela disciplina do que por qualquer outro valor ou preceito. O policial militar recebe um treinamento muito mais para ser militar do que para ser policial, isto é, a ênfase dada no curso de formação dos policiais militares volta-se mais para a internalização dos valores do militarismo do que para as relações de trabalho que o policial desempenhará junto à comunidade[913].

A formação militarizada, com a predominância lógica da "ordem unida", reforça a dissociação entre a prática policial e os procedimentos que deveriam orientar suas práticas na ação ordinária no espaço público e frente à cidadania[914].

Há, portanto, em uma primeira análise, na aplicação da polícia militar nas diversas variáveis do sistema prisional, três grandes problemas: 1- desvio de função constitucional (com prejuízo às atribuições reais da PM: garantir a segurança aos cidadãos nas ruas); 2- falta de eficácia na intervenção, dada à carência ou insuficiência de treinamento especial; 3- militarização do sistema com incidência de princípios operacionais estranhos à temática (cujo núcleo baseia-se no tripé: respeito à integridade física/moral, empoderamento e protagonismo dos sujeitos encarcerados). Tudo isso junto e misturado é uma receita perfeita para desastres ou carnificinas, como a história do país demonstra.

---

[913] SILVA, Agnaldo José. **Praça Velho: um estudo sobre a socialização policial militar.** Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de Goiás – UFG, Goiânia, 2002, p. 81.

[914] Sinhoretto *et al.*, 2014, p. 138.

O controle sobre a população carcerária não é uma questão de segurança pública e nem pode ser alcançado com estratégias retiradas desse campo ou da atividade policial, embora seja um desafio permanente lançado ao sistema de justiça penal, à política criminal e à política de segurança pública. Antigos problemas são potencializados quando se tematiza a prisão como instrumento de promoção da segurança, da justiça e do convívio social[915].

3- O panorama de militarização prisional em alguns estados da Federação

Embora não se possa afirmar que todos os estados brasileiros estejam seguindo a tendência militarizante do sistema prisional, em muitos deles há uma presença de policiais militares (e, em muito menor escala, de alguns membros do Exército) em vários setores e atividades. Para a segurança interna das prisões, são dispostos policiais militares da ativa ou já aposentados, que atuam armados, contra todas as recomendações dos organismos internacionais de direitos humanos. Eles vigiam os presos, acompanham a distribuição da alimentação e seguem os encarcerados nos deslocamentos dentro do próprio presídio.

Além dessa presença militar direta no cotidiano das prisões, observa-se a nomeação de muitos policiais militares para os cargos de diretoria das unidades prisionais. Postos relevantes na hierarquia das secretarias de estado (Secretaria da Justiça, da Administração Penitenciária…) são também ocupados por policiais militares[916].

Na polícia militar do estado do Paraná, há um Batalhão de Polícia de Guarda encarregado do policiamento ostensivo normal, visando à guarda e segurança da sede dos poderes públicos estaduais, da residência oficial do Governador do Estado e a de personalidades nacionais e estrangeiras, e a *guarda e segurança externa de presídios* (inciso V do art. 39 da Lei Estadual n° 16.575/2010). Mas há situações em que o Batalhão de Guarda é chamado para prestar auxílio aos agentes penitenciários, nas áreas internas, nas buscas de evadidos, nas revistas, assumindo a responsabilidade sobre a contagem dos reclusos e aos educadores do Instituto de Ação Social do Paraná[917].

O estado de Goiás, através da Lei nº 18.300/2013, criou o cargo de Agente de Segurança Prisional (ASP), com as funções de receber e orientar os presos, revistar presos e instalações, acompanhar e fiscalizar movimentos dos presos, realizar a escolta em deslocamentos locais e interestaduais, guarda e vigilância de muralhas, postos de observação,

---

[915] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Modelo de gestão para a política prisional**. 2016. Cit.

[916] **SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos. A militarização do sistema penitenciário brasileiro, 2012, cit.**

[917] Daniel Xavier de França, **As atividades da polícia militar do Paraná na segurança dos estabelecimentos prisionais.** Disponível em: http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/09/AS-ATIVIDADES-DA-POLICIA-MILITAR-DO-PARANA-NA-SEGURANCA-DOS-ESTABELECIMENTOS-PRISIONAIS.pdf. Último acesso: 14.12.2018.

guaritas, portarias, patrimônio móvel e imóvel, dar cumprimento a atividades de inteligência e contra-inteligência prisional, executar serviços e atividades de patrulhamento, nos perímetros internos e externos dos estabelecimentos penais e correlatos, conter, gerenciar, negociar e intervir em situações de rebeliões no âmbito do Sistema Penal e/ou quando solicitado por outras autoridades competentes.

Em São Paulo, a SAP - Secretaria de Estado de Administração Penitenciária possui uma carreira de AEVP – Agente de Escolta e Vigilância Penitenciária, com um corpo de servidores formado especificamente para a segurança em muralhas externas e para a realização e transportes das pessoas privadas de liberdade. Sendo uma função fundamentada nos aspectos de risco da segurança prisional, a carreira, ao invés de representar uma especialização de uma das áreas da gestão prisional, acaba por configurar um ponto irradiador de parâmetros de militarização da área.

Em Alagoas, a Polícia Militar é responsável pelas muralhas e transportes.

Em Tocantins, toda a gestão prisional é realizada pela Polícia Civil.

Em Rondônia, a Polícia Militar faz vigilância de muralhas, mas o transporte é realizado pela gestão prisional[918].

O **"**Modelo de Gestão para a Política Prisional", lançado em 2016 pelo Ministério da Justiça e pelo Departamento Penitenciário Nacional, sustenta a importância de que cada estado estruture um órgão específico para a gestão prisional, com quadro profissional próprio, planos de carreiras e salários e garantia de processos de formação e monitoramento dos servidores, a fim de garantir a efetiva execução dos postulados e princípios referentes à execução da pena.

Segundo levantamento, a partir da base de dados do Infopen, de dezembro de 2014, há uma média nacional na ordem de 53 profissionais para cada estabelecimento penal. As piores médias de servidores por estabelecimento prisional, encontram-se nos estados da Paraíba (16), Pernambuco e Goiás (14) e Ceará (11).

Nas "Diretrizes" 06 e 07 do referido documento são previstas medidas "desmilitarizantes":

"Os estados deverão estabelecer políticas de profissionalização da Administração Penitenciária, prevendo planos de cargos, carreiras e salários para os servidores, a partir de processos seletivos rigorosos que busquem assegurar o ingresso de profissionais adequados ao exercício do modelo de gestão aqui proposto, com formação adequada e remuneração justa para estes profissionais, além de previsão de mecanismos de controle, de informação das

[918] MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Modelo de gestão para a política prisional**. 2016, cit.

práticas institucionais e profissionais e de investigações e sanções a eventuais comportamentos impróprios ao exercício da profissão e ocupação de cargo público" (06).

"A profissionalização da Administração Penitenciária deverá ter como pressupostos: o caráter eminentemente civil da ocupação dos cargos relacionados ao sistema prisional; uma separação institucional e funcional entre a Administração Penitenciária e os demais órgãos da segurança pública e da justiça criminal; a gestão pública; a transparência na ocupação de cargos, especialmente os postos de liderança, chefia e direção, cujo acesso deverá ser previsto em planos de carreira, a partir de critérios de mérito, experiência, idoneidade, capacidade técnica e formação acadêmica; a confidencialidade dos dados e informações produzidas acerca das pessoas privadas de liberdade; a transparência das informações de caráter público" (07).

A adoção, pelos Estados-membros, do modelo de gestão proposto pelo governo federal é estimulada pelo Departamento Penitenciário Nacional por meio de normas para concessão de transferência de recursos, as quais estarão condicionadas à apresentação, pelos entes federativos, de planos de adequação dos estabelecimentos prisionais que cumpram com as diretrizes apresentadas (cf. diretriz n. 14). Logo, a gestão não civil do sistema prisional nos estados pode implicar na impossibilidade de transferência de recursos da União. Esse é um meio que, se aplicado efetivamente (não cedendo a pressões políticas), surte efeito.

A adoção de medidas legislativas e administrativas, tais como a implementação de programas, formação de equipes e criação de espaços específicos que tenham a desmilitarização da instituição penitenciária e a superação de seu caráter de força de segurança como objetivos é uma diretriz adotada pelo Mercosul[919].

4- Criação de uma polícia penal ou penitenciária

Assim como há uma polícia judiciária (que apura ilícitos penais), uma polícia administrativa (que cuida da segurança dos cidadãos nas ruas), uma polícia rodoviária (que zela pela segurança e ordem no trânsito rodoviário), existe, já de algum tempo, discussão para a criação de uma polícia penitenciária (ou penal) para zelar pela gestão interna do sistema prisional e atividades afins indelegáveis (transporte de presos, revistas internas, controle de rebeliões etc). Há no Congresso Nacional, a PEC 14/2016 que cria as polícias penitenciárias federais, estaduais e municipais.

[919] MERCOSUR – Reunión de Ministros de Justicia del Mercado Común del Sur. Declaración de Buenos Aires. Buenos Aires, 14 de novembro de 2014. Disponível em http://www.mercosur.int/. Acesso em março de 2016, *apud* MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Modelo de gestão para a política prisional**. 2016, cit.

O objetivo dessa Proposta de Emenda à Constituição (PEC) é criar as polícias penitenciárias como órgãos de segurança pública nos âmbitos federal, estadual e distrital, conferindo aos agentes penitenciários os direitos inerentes à carreira policial e liberando os policiais civis e militares das atividades de guarda e escolta de presos.

O parecer favorável da CCJ (n. 56/2017), emitido em 31.05.2017, destaca que a criação de órgãos com atribuição de vigilância penitenciária justifica-se pela especificidade da atividade, que "nada tem a ver com o policiamento ostensivo, a cargo das polícias militares, ou com a apuração da autoria e materialidade de infrações penais, a cargo das polícias civis". A única emenda proposta à PEC foi substituir a expressão "polícia penitenciária" por "polícia penal", sob o fundamento de que sua "atuação ocorre na execução da pena. A expressão *polícia penitenciária* limitaria seu âmbito a uma das espécies de unidade prisional e seria incompatível com a fiscalização do cumprimento da pena nos casos de liberdade condicional ou penas alternativas"[920].

Segundo discussões no parlamento, as polícias penais seriam formadas pelos atuais agentes penitenciários e por novos servidores admitidos através de concurso público ("O preenchimento do quadro de servidores das polícias penais será feito, exclusivamente, mediante concurso público ou transformação dos cargos isolados ou de carreira dos atuais agentes penitenciários ou equivalentes" – art. 4º., do Substitutivo).

O modelo sugerido pela PEC não nos parece o mais adequado. A começar pela terminologia "polícia penal" ou "penitenciária", tornando esse órgão integrante do sistema de segurança pública, compartilhando treinamento e capacitação policiais para os seus quadros. A persistir nessa senda, o constituinte derivado ao invés de desmilitarizar o sistema prisional, contribuirá para mantê-lo gerido por um aparato policialesco.

Como já dissemos, o controle sobre a população carcerária não é uma questão exclusivamente de segurança pública e nem pode ser alcançado com estratégias retiradas desse campo ou da atividade policial. Se compreendermos a segurança e a ordem dentro do ambiente prisional como uma questão de segurança pública, pela mesma razão devemos estender essa compreensão para a segurança do ambiente hospitalar, do ambiente escolar, do ambiente de trabalho etc. Obviamente, que dentro de um amplo conceito de segurança pública integral, tudo ou quase tudo funciona como uma interface da segurança pública, contribuindo ou não para um complexo público-securitário hígido, mas nem tudo exige ser tratado a partir de uma *expertise* essencialmente policialesca ou de segurança pública. O saber produzido no núcleo vital da segurança pública pode se articular com outros saberes, mas não pode

[920] Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5313415&disposition=inline#Emenda1. Último acesso: 17.12.2018.

colonizar, simplesmente, as outras interfaces. É sabido que os insumos urbanísticos têm uma relação íntima com a segurança ou insegurança pública, mas não podem ser tratados a partir de uma perspectiva securitária, e sim dentro de um planejamento urbano. E assim, se dá com todas as outras áreas. A relação, por exemplo, da educação com a saúde, não faz com que o disciplinamento, o planejamento e a regulamentação da área educacional sejam feitos a partir e exclusivamente das práticas aplicadas à saúde. Cada esfera goza de autonomia, de gestão e de regulação próprias.

A temática da segurança pública é tão ligada à questão prisional, que não vemos, em regra, outros arranjos de promoção de políticas públicas (como saúde, educação, trabalho etc.) de garantia de direitos às pessoas em privação de liberdade. A articulação entre forças policiais, sistema de Justiça e sistema prisional, praticamente, monopoliza os esforços de gestão. Esforços estes, normalmente, voltados para o controle e a contenção disciplinar.

5- Transporte, escolta de presos e gerenciamento de conflitos

De acordo com a Lei de Execução Penal, são indelegáveis as funções de direção, chefia e coordenação no âmbito do sistema penal, bem como todas as atividades que exijam o exercício do poder de polícia, como o transporte de presos para órgãos do Poder Judiciário, hospitais e outros locais externos aos estabelecimentos penais (art. 83-B, inc. IV).

O traslado e o transporte de reclusos são mais um elemento próprio da relação e sujeição especial entre o Estado e as pessoas que estão sob sua custódia (daí porque a lei considera uma função indelegável), em cujo contexto pode resultar prejudicado tanto o direito à integridade pessoal, como outros direitos fundamentais. Na prática, tanto o transporte em si, como as condições nas quais se realiza podem conduzir a um impacto nas condições do interno e de sua família. Além disso, quando os transportes são executados arbitrariamente ou em condições contrárias ao respeito aos direitos humanos dos reclusos, podem configurar espaços pouco visíveis ou zonas obscuras para o cometimento de abusos por parte das autoridades[921].

Assim, empregar um corpo policial (como a polícia militar), sem treinamento específico e sem atribuição constitucional, constitui uma porta escancarada para os abusos e as violações dos direitos humanos. A polícia que prende nas ruas, não pode ser a mesma que acompanha a execução penal.

[921] OEA – Organização dos Estados Americanos. Comissão Inter-Americana de Direitos Humanos. Informe sobre los Derechos Humanos de las Personas Privadas de Libertad em las Américas. Comisión Interamericana de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc.64, 2011, apud MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, **Modelo de gestão para a política prisional**. 2016, cit.

6- Conclusões

Vê-se que, formalmente, as leis estaduais atendem ao comando constitucional, mas na prática, a polícia militar é, frequentemente, acionada para intervir no interior do sistema prisional. Há o claro entendimento da erronia em usar *intramuros* o aparato policial militar, mas por outro lado, não há a vontade necessária para implantar as reformas adequadas. Esse recurso fácil ao policiamento de rua (*extramuros*) revela um problema ainda maior (e responsável, em grande parte, pelas frequentes rebeliões e morticínios no sistema prisional) que é a incapacidade gerencial do Estado em organizar e manter adequados serviços de segurança interna *(intramuros*), dentro de uma agenda política capaz de assegurar alguma ordem e respeito à lei.

Destinar policiais militares despreparados para lidar com detentos acaba sendo uma medida duplamente desastrosa: não é efetiva para solucionar os problemas conjunturais e estruturais do sistema prisional (às vezes, adiciona novos problemas: mortes, torturas, abusos etc.) e deixa o ambiente *extramuros* (segurança ostensiva nas ruas) desguarnecido. Ao que parece, no fim das contas, todos saem perdendo com essa violação clara da Constituição Federal.

E se os prejuízos são tão fáceis de contabilizar e quantificar, por que esse estado de coisas permanece inalterado? Parece-nos que a razão é muito simples e resolvida pela matemática: o uso do aparato policial-militar não obriga o estado a criar novos e dispendiosos cargos de agentes prisionais, na proporção recomendada pelos órgãos especializados na matéria. Portanto, desmilitarizar o sistema violenta uma lógica financeira básica, cara aos gestores estaduais, e isso parece ser suficiente, no horizonte estreito da política, para não o fazê-lo. Em tal transe, a gestão financeira suplanta a gestão estratégica.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: "A solução, efetivamente, passa pela desmilitarização de todas as áreas e setores da gestão prisional, seja no âmbito interno das unidades prisionais, seja nas suas interfaces externas. E, neste sentido, algumas medidas precisam ser adotadas com a urgência necessária ditada pelo perigo iminente do sistema entrar em colapso irreversível: 1- Uma Administração Penitenciária a cargo de órgãos independentes, autônomos e profissionalizados, de acordo com parâmetros internacionais, incorporando a política prisional a um conjunto mais amplo de políticas públicas; 2- Estabelecer planos de cargos, carreiras e salários que valorizem a carreira e que instituam mecanismos e critérios objetivos para a ocupação de postos de direção, chefias e lideranças nos diversos setores da

Administração Penitenciária; 3- Reestruturação urgente das carreiras de servidores penitenciários, numa perspectiva de profissionalização de seus quadros e de sua gestão, observando-se a proporção mínima de agentes penitenciários por presos; 4- Condicionar o repasse de verbas federais aos estados, mediante a desmilitarização do sistema prisional, tal como proposto na Diretriz 14 do **"**Modelo de Gestão para a Política Prisional" do Ministério da Justiça e do Departamento Penitenciário Nacional".

Referências bibliográficas:

ESPÍRITO SANTO, Igor Alves do. NEVES, Diogo Moura. **A atuação da Polícia Militar no sistema prisional brasileiro: uma revisão bibliográfica.** Disponível em: https://acervodigital.ssp.go.gov.br/pmgo/bitstream/123456789/736/1/571_Igor_Alves_Do_Espirito_Santo_Dep%C3%B3sito_Final_-_%C3%9Altima_Vers%C3%A3o_13447_271907735.pdf. Último acesso: 10.12.2018.

FRANÇA, Daniel Xavier de. **As atividades da polícia militar do Paraná na segurança dos estabelecimentos prisionais.** Disponível em: http://tcconline.utp.br/media/tcc/2017/09/AS-ATIVIDADES-DA-POLICIA-MILITAR-DO-PARANA-NA-SEGURANCA-DOS-ESTABELECIMENTOS-PRISIONAIS.pdf. Último acesso: 14.12.2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA/DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. **Modelo de Gestão para a Política Prisional**. 2016. Disponível em: http://www.justica.gov.br/modelo-de-gestao_documento-final.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

SALLA, Fernando. **As rebeliões nas prisões: novos significados a partir da experiência brasileira.** Porto Alegre:Revista Sociologias, ano 8, nº 16, jul/dez 2006, pp. 274-307.

SALLA, Fernando; ALVAREZ, Marcos. A militarização do sistema penitenciário brasileiro. Disponível em: https://diplomatique.org.br/a-militarizacao-do-sistema-penitenciario-brasileiro/. Último acesso: 08.01.2019.

SILVA, Agnaldo José. **Praça Velho: um estudo sobre a socialização policial militar.** Dissertação (Mestrado em Sociologia). Universidade Federal de Goiás – UFG, Goiânia, 2002
.

SINHORETTO, Jacqueline; BATITUCCI, Eduardo; MOTA, Fábio Reis; SCHLITTLER, Maria Carolina; SILVESTRE, Giane; MORAIS, Danilo de Souza; SOUZA, Letícia Godinho de; SOUSA, Rosânia Rodrigues de; SILVA, Sabrina Souza da; OVALLE, Luiza Aragon; RAMOS, Paulo César; ALMEIDA, Fabrício Bonecini; MACIEL, Welliton Caixeta. **A filtragem racial ma seleção de suspeitos: segurança pública e relações raciais.** In: **Segurança pública e direitos humanos: temas transversais.** Organização de Cristiane Socorre Loureiro Lima... [*et al.*]; Brasília:Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), 2014.

PROGRAMA DE PREVENÇÃO A ROUBOS DE PASSAGEIROS NO TRANSPORTE PÚBLICO COLETIVO URBANO

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: O objetivo desse estudo é apresentar medidas inseridas num programa de prevenção à criminalidade aquisitiva violenta no interior dos veículos do transporte públlico coletivo urbano. Todas as cidades brasileiras enfrentam altos índices desse especial tipo de criminalidade e não há nenhuma medida ou programa de prevenção exitosos na contenção dessa prática. A repressão tem se revelado ineficiente e não atende ao direito fundamental por segurança dos usuários do sistema.

Sumário: 1- Introdução. 2- A qualidade do transporte público coletivo urbano. 3- Direito fundamental ao transporte (seguro). 4- Estatística em algumas cidades. 5- Fatores atrativos dos crimes e a teoria da escolha racional. 6- Os múltiplos efeitos e custos associados à violência no transporte público coletivo. 7- Conjunto de medidas implementáveis. 7.1- Modelagem geoestatística. 7.2- Patrulhamento de alta visibilidade ou de saturação. 7.3- Presença de agentes de segurança nos terminais. 7.4- Concentração das investigações em um único órgão policial. 7.5- Sistema de pagamento eletrônico. 7.6- Câmeras de monitoramento interno. 7.7- Proibição de "busdoor", veículos bem iluminados e com vidros transparentes. 7.8- Leds de emergência. 7.9- Implantação de Conselho Municipal de Trânsito. 7.10- Aumento da percepção dos riscos. 8- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

A criminalidade aquisitiva violenta nas grandes cidades brasileiras revela uma face tremendamente terrificante nos assaltos à mão armada aos usuários do transporte público coletivo urbano. Os roubos são os principais crimes que têm um impacto determinante sobre as percepções de segurança na rede de transporte público. Ser vitimizado em tais situações

gera uma dramática intensificação da experiência de insegurança pessoal. E apesar do recrudescimento desse fenômeno em todas as médias e grandes cidades brasileiras, ainda é uma área subpesquisada[922], carente de estudos técnicos e de interesse científico pragmático predisposto a apresentar soluções.

Mecanismos institucionais postos diante de fenômenos como esse, perdem muito de sua legitimidade se não são efetivos na tarefa de corrigir os males sociais. Dentre esses mecanismos, insere-se o Direito, que sem efetividade e sem vocação para solucionar problemas (e ordenar a vida) não tem sentido. A leitura do Direito não se sustenta mais no plano abstrato e unidimensional; o plano da concretização passa a ser fundamental para a compreensão do Direito no neoconstitucionalismo (Almeida, 2016; Bobbio, 1992, p. 25; Dahrendorf, 1987, p. 26), inclusive para manter a indispensável coesão da equação indivíduo-sociedade-estado. Sem efetividade em suas medidas, programas e políticas públicas, o estado tem dificuldades em obter obediência e disciplina dos cidadãos, criando o espaço perfeito para a violência, a criminalidade e a desordem.

O desafio atual não é positivar direitos ou elencá-los, mas garanti-los, impedir que, apesar de solenes declarações positivas (*tutela jurídica estática*), eles sejam continuamente violados. Não há como trabalhar com a efetividade de direitos fundamentais sem atentar aos deveres que asseguram a sua concretização. Assim, o propósito deste ensaio é, decididamente, propor medidas e ações específicas visando prevenir e controlar a criminalidade aquisitiva violenta no transporte público coletivo urbano (*tutela jurídica dinâmica*).

O usuário do transporte público, o cidadão trabalhador não pode se ater apenas à sorte para não ser vitimizado e roubado (às vezes, ferido e morto), mas ter a garantia de programas institucionais efetivos de prevenção a essa criminalidade, ter a certeza de que os órgãos públicos constituídos não irão agir "às cegas", genérica e intuitivamente. O direito ao transporte e à segurança não pode ser apenas proclamado na Constituição, mas garantido (por todas as formas legítimas possíveis) na prática diária do país. Ademais, o cidadão tem o direito fundamental à boa administração pública, cabendo ao Estado, frise-se, o dever jurídico-constitucional de se pautar pelos melhores e mais modernos instrumentos administrativos na busca de resultados sociais[923].

---

[922] Segundo John Martin (**The incidence and fear of transit crime: a review of the literature.** Abbotsford: University of the Fraser Valley), em estudo de revisão sobre a literatura, o tema da criminalidade no transporte público está entre os menos estudados na criminologia. Também SMITH, M.; CLARKE, R.V. **Crime and Public Transport.** Crime and Justice, 27, 2000, pp. 169-233.

[923] **Jairo Cruz Moreira e Cláudio Henrique Portela do Rego, Gestão estratégica e corregedoria nacional. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso:13.05.2019.**

Democracia não significa apenas liberdade pelo seus viés meramente conceitual, mas garantia dos direitos fundamentais individuais e sociais, em cujo regaço recai o direito ao transporte seguro e à segurança pessoal/pública. Tais direitos de dimensão coletiva têm algo em comum: sua complexidade. Não se deixam apreender e enquadar pelo atual aparato cartesiano do Direito e por sua narrativa autocentrada ou excludente. Exigem uma abordagem multidisciplinar e intersetorial com recurso a outros saberes. A interlocução com outras áreas do conhecimento (sociologia, psicologia, medicina, estatística, engenharia, ciência política, economia etc.) pode devolver ao Direito a capacidade efetiva de solucionar problemas e ordenar soluções.

Acreditamos que onde há um problema, pode ser encaminhada uma solução (para todo *yin* há o seu *yang*), desde que se invista em cérebro, planejamento e organização. A complexidade da violência e da criminalidade aquisitiva no interior dos veículos do transporte público coletivo é um constante desafio lançado à compreensão de todos os atores envolvidos; um desafio mítico do tipo "decifra-me ou te devoro", visto que os números não cessam de crescer e com eles o sentimento de medo e de insegurança. Decifrar essa realidade não é apenas uma homenagem à capacidade acadêmica, científica ou técnica, mas um aporte decisivo aos resultados concretos e socialmente relevantes para a segurança individual e coletiva.

O sistema prisional está transbordando e colapsado; por conta das alegadas dificuldades econômicas, o governo não está disposto ou se revela incapaz de responder, com efetividade, à preocupação pública com o aumento das taxas de criminalidade, seja ampliando o número de policiais, treinando os já existentes ou gastando mais dinheiro para estruturar a justiça criminal e os órgãos afins do complexo securitário público. Tudo indica, com clareza, que é muito caro esperar que os crimes sejam cometidos. Crime deve ser evitado. É menos dispendioso. Dada essa constatação, justifica-se investir tempo e recursos em programas e ações preventivas, provocando nossas faculdades de perceber, de interpretar e de compreender.

2- A qualidade do transporte público coletivo urbano

De acordo com a Lei n. 12.587/2012, o transporte público coletivo é o serviço público de transporte de passageiros acessível a toda população mediante pagamento individualizado, com itinerários e preços fixados pelo poder público (art. 4º., inc. VI). Há também o transporte público individual, que é o serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público,

por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas (art. 4º., inc. VIII).

No Brasil, o ônibus é o meio mais importante para transportar as pessoas. Entre 50% e 60% do transporte urbano motorizado, é realizado por transporte público (sendo 95% por ônibus e os outros 5% por metrô e trem). A outra parte (entre 30 e 40%) por veículos particulares (carros e motos).

Existem alguns aspectos fundamentais na qualidade dos serviços de transporte público coletivo urbano (Ferraz/Torres, 2004, p. 101-102; Silva Vasconcelos, 2009): 1- Acessibilidade: Facilidade de chegar ao local de embarque/desembarque, condições das calçadas, iluminação pública, segurança etc; 2- Frequência de atendimento: Intervalo de tempo de espera dos usuários no ponto de embarque; 3- Tempo de viagem: Tempo gasto no interior do veículo e depende da velocidade média do transporte e da distância entre os locais de embarque/desembarque; 4- Lotação: Quantidade de passageiros no interior dos coletivos; 5- Confiabilidade: Pontualidade (cumprimento dos horários) e efetividade (porcentagem de viagens programadas realizadas); 6- Segurança: Frequência de acidentes envolvendo os veículos de transporte coletivo e risco de roubos; 7- Caracteríscas dos veículos: Tecnologia e estado de conservação dos veículos; 8- Características dos locais de parada: Sinalização adequada e abrigos com existência de cobertura e banco para sentar; 9- Sistema de informações: Folhetos com itinerários e horários das linhas, visualização dos números e nome das linhas e sistema de reclamação e sugestão; 10- Conectividade: Existência de integração física e tarifária para viagens com necessidade de transbordo; 11- Comportamento dos operadores: Empatia dos motoristas e cobradores para com os usuários do sistema/condutores habilidosos e cautelosos; 12- Estado das vias: Vias pavimentadas e sinalizadas adequadamente.

3- Direito fundamental ao transporte (seguro)

O acesso ao transporte público tem significativo impacto no desenvolvimento social, particularmente para os mais necessitados, uma vez que fornece acesso a empregos, educação, serviços de saúde e atividades de lazer. Justamente por isso, a Emenda Constitucional n. 90, de 15.09.2015, incluiu no art. 6º., da Constituição Federal, o transporte como direito fundamental social. Nas relações objetivas de poder jacentes na sociedade, o direito fundamental social, dadas as circunstâncias de uma abordagem mais imaginativa, é o "transporte seguro". Os passageiros têm, portanto, o direito de viajar em segurança e livres do medo da vitimização; esse direito é considerado uma prioridade não negociável.

Um dos princípios da Política Nacional de Mobilidade Urbana é a segurança nos deslocamentos das pessoas (art. 5º., inc. VI, da Lei n. 12.587/2012). E um dos direitos dos usuários dos serviços é "ter ambiente seguro e acessível" (art. 14, inc. IV, da Lei n. 12.587/2012).

O desenvolvimento de um sistema de transporte público sustentável, eficiente e eficaz, tal como apregoado na Política Nacional de Mobilidade Urbana, está, em grande medida, relacionado com os níveis de segurança experimentados pelos passageiros. A Lei n. 8.987/1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos, define serviço adequado como sendo aquele que "satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas" (art. 6º., §1º.). Do mesmo modo, dispõe o art. 22 do Código de Defesa do Consumidor.

4- Estatística em algumas cidades

Entre 2015 e 2018, a cidade de Manaus registrou 12.782 roubos em ônibus do transporte público coletivo (conforme tabela abaixo), o que dá uma média de 8,75 roubos por dia.

Em Fortaleza, nos anos de 2016 a 2018 ocorreram, respectivamente, 1.557, 2.390 e 721 assaltos a ônibus urbanos. **Em Salvador (Bahia), nos anos de 2016 a 2018 foram registrados, respectivamente, 2.615, 2.615 e 1.282 assaltos**. A polícia civil criou um Grupo Especial de Repressão a Roubos em Coletivos (GERRC).

Entre todas as cidades pesquisadas, Manaus é a cidade que apresenta os piores indicadores, tanto em termos absolutos quanto proporcionais, como se verifica no quadro abaixo:

CIDADE	**POPULAÇÃO**	**CRIMES**			**TOTAL**	**Média de crimes por dia**
		2016	**2017**	**2018**		
Manaus	1.802.014 (CENSO 2010) 2.145.444 (ESTIMADA 2018)	3.389	3.842	2.633	9.864	9
Recife	1.537.704 (CENSO	1.916	3.797	2.617	8.360	7,6

	2010) 1.637.834 (ESTIMADA 2018)					
Salvador	2.675.656 (CENSO 2010) 2.857.329 (ESTIMADA 2018)	2.615	2.615	1.282	6.512	5,94
Brasília	2.570.160 (CENSO 2010) 2.974.703 (ESTIMADA 2018)	3.130	2.681	484	6.295	5,74
Curitiba	1.751.907 (CENSO 2010) 1.917.185 (ESTIMADA 2018)	3.111	1.678	913	5.702	5,2
Fortaleza	2.452.185 (CENSO 2010) 2.643.247 (ESTIMADA 2018)	1.557	2.390	721	4.668	4,26
Belo Horizonte	2.375.151 (CENSO 2010) 2.501.576 (ESTIMADA 2018)	2.672	1.386	-----	4.058	5,55
Aracaju	571.149 (CENSO 2010) 648.939 (ESTIMADA 2018)	1.628	991	508	3.127	2,85
Porto Alegre	1.014.837 (CENSO 2010) 1.094.667 (ESTIMADA 2018)	1.205	702	-----	1.907	2,61
São Luís	1.409.351 (CENSO 2010) 1.479.101 (ESTIMADA 2018)	562	494	672	1.728	1,57

Fontes: IBGE (https://cidades.ibge.gov.br)
Associação Nacional das Empresas de Transportes Urbanos-NTU

5- Fatores atrativos dos crimes e a teoria da escolha racional

Certas formas de crime são cometidas simplesmente porque inúmeras oportunidades para fazê-lo apresentam-se. Não é pobreza ou defeito de personalidade que faz o ladrão, mas a oportunidade (Van Andel, 1988; Cohen/Felson, 1979). A decisão de cometer o crime é feita em resposta a circunstâncias imediatas favoráveis. Os infratores são influenciados pela natureza geográfica de suas atividades rotineiras ("routine activity theory"), onde eles procuram (ou se defrontam) por oportunidades de crime. É criada uma espécie de "mapa cognitivo" dos lugares onde percorrem e visitam diariamente (infraestrutura física de edifícios, estradas, sistemas de trânsito – veículos, terminais, paradas etc -, *design* e arquitetura, bem como as pessoas localizadas dentro – ou nas proximidades - dessa infraestrutura física).

A motivação para delinquir não é constante, fora de controle ou fruto do acaso, ou seja, depende de um cálculo de custos e recompensas ao invés de resultar de uma propensão inata ou adquirida para o crime. Pode-se até admitir diante da criminalidade habitual, cada vez mais comum, que a decisão de delinquir é, em primeiro lugar, social ou psicologicamente determinada, mas a decisão final – se deve ou não cometer o crime contra um alvo específico – é determinada pela situação ou pelas oportunidades oferecidas. Se não houvesse esse prévio "caráter social ou psicológico" (que absolutamente não se confunde com predisposição hereditária), as oportunidades entrevistas fariam de todos criminosos.

Um programa de prevenção de criminalidade deve impedir que essas oportunidades apareçam ou eliminá-las, dificultando o trabalho do criminoso, aumentando seus riscos. Um conjunto de intervenções situacionais e gerenciais com o objetivo de alterar a estrutura de oportunidades para criminosos aquisitivos é uma das vigas do programa. Esta, pode-se dizer, é a base dupla do programa: **eliminar uma estrutura de oportunidades** e **tornar arriscada a empresa criminosa**. É necessário lembrar que o indivíduo disposto ao crime avalia os custos da ação e os benefícios que pode auferir ("rational choice theory"). Se a equação pender demasiadamente para o lado dos custos (risco, perigo de ser preso, medidas acautelatórias eficientes etc.), o indivíduo dificilmente leva adiante o intento criminoso. Assim, em regra, o crime não é aleatório ou fruto do acaso, mas resulta de variáveis apreensíveis e, por isso mesmo, neutralizáveis.

O programa parte de quatro categorias de prevenção ao crime:

1- prevenção ambiental interna (veículos sem busdoor, iluminados e transparentes) e externa (paradas e terminais adequadamente estruturados e localizados; vários estudos mostram que o crime está correlacionado com o meio ao redor das paradas de ônibus: o crime nas paradas é geralmente mais alto quando a taxa de criminalidade nas áreas em que as paradas estão situadas é alto[924]).

Terminais, por exemplo, sem uma gestão adequada, sem iluminação ou iluminação deficiente, pichações e um quadro de abandono passam uma mensagem clara para a criminalidade: "ninguém se importa". A prevenção ambiental nestas circunstâncias é fundamental para neutralizar oportunidades: pichações e lixo devem ser removidos regularmente, as luzes, quando danificadas ou inoperantes, substituídas prontamente e estruturas danificadas pelo vandalismo ou pelo desgaste natural, removidas ou reparadas imediatamente[925]. Todo servidor lotado nesses terminais deve ser orientado a relatar qualquer problema de manutenção (luzes quebradas, lixo, banheiros inoperantes etc.) para o setor competente.

2- prevenção mecânica (videovigilância interna); 3- prevenção punitiva (policiamento inteligente e sistema legal); 4- prevenção corretiva (população e usuários bem informados; melhoria de algumas condições sociais).

A natureza dinâmica e capilar do sistema de transporte público cria ambientes únicos (fechados e móveis), transportando potenciais alvos e vítimas, numa rede que passa por áreas com diferentes níveis de risco de crime e, portanto, recebe, de forma regular, diferentes inputs e outputs ao longo do tempo (Newton, 2014). Isso cria uma arena singular, potencialmente especializada, mas fortemente influenciada pelo ambiente urbano e com tendência a refletir a dinâmica da criminalidade local. Esse design ambiental explica, em parte, as taxas de criminalidade dentro do sistema.

Embora seja um aspecto distinto (representando um ambiente social próprio, reunindo indivíduos que são, social e demograficamente, diferentes), o sistema de transporte público deve ser estudado no contexto da dinâmica urbana. É um sistema dentro de um sistema, um interagindo com o outro, logo o transporte público não pode ser observado ou analisado isoladamente.

São fatores atrativos de crimes no sistema de transporte público coletivo: 1- proximidade a locais que facilitam a fuga; 2- grande movimentação de pessoas (os infratores costumam embarcar em pontos com grande concentração de pessoas, para não levantar

---

[924] LOUKAITOU-SIDERIS, A.; LIGGETT, R.; ISEKI, H.; THURLOW, W. **Measuring the effects on built environment on bus stop crime**. Environment and Plan B:Planning and Design, 28, 2001, pp. 255–280.

[925] Nancy G. La Vigne, **Visibility and Vigilance: Metro's Situational Approach to Preventing Subway Crime**. 1997.

suspeitas); 3- ausência de policiamento; 4- proximidade a pontos de tráfico de drogas; 5- equipamentos arriscados e que oferecem oportunidades peculiares (veículos sem visibilidade). 6- Baixa vigilância. 7- Capilaridade do sistema (atravessa áreas distintas com diversos níveis de criminalidade). 7- Interação entre o ambiente interno (dentro do veículo) e externo (áreas por onde o veículo passa).

6- Os múltiplos efeitos e custos associados à violência no transporte público coletivo

A falta de segurança e de qualidade no transporte público provoca múltiplos efeitos negativos, custos associados à escalada da criminalidade. Dentre esses custos e efeitos negativos, podemos listar:

1- Uma maior demanda por automóveis e outras formas de transporte individual, aumentando o consumo de combustíveis, a poluição ambiental, os congestionamentos (dado o colapso do sistema viário) e a lentidão na mobilidade urbana. Como decorrência lógica, existem benefícios ambientais óbvios na promoção do transporte público coletivo como um meio de viagens sustentáveis (***Newton, 2014***) e seguras; 2- Conflitos jurídicos e trabalhistas a propósito de indenização por danos sofridos; 3- Violação da integridade física dos operadores e dos usuários, com lesões fatais ou não fatais; 4- Medo e sentimentos de insegurança dos usuários, dos operadores e da população. O medo do crime no transporte público é um problema tão grande quanto o próprio crime. Esse medo do crime e de comportamentos antissociais no transporte público impede que boa parte da população faça uso dele. Essas percepções negativas ("ciclo do medo") desencorajam as pessoas a usar o transporte público ou tornam a viagem desagradável ou mesmo estressante. No México em 2009, por exemplo, o medo do crime desencorajou 25% dos indivíduos entrevistados de tomar um táxi e 17% de usar outras formas de transporte público[926].

A queda no número de passageiros significa menos tutela aos outros passageiros e maior risco, o que resulta em consequências adversas para os passageiros, receitas e segurança. Estudos sugerem que pode haver um aumento de passageiros (em torno de 15%) se iniciativas anticrime forem implementadas com sucesso no sistema de transporte público (Kruger/Landman, 2007).

5- Surgimento de métodos de justiciamento como o linchamento. É cada vez mais comum que os passageiros e até a população proceda a linchamentos quando, por uma razão ou outra,

[926] POLICE AND CRIME COMMITTEE. **Crime on public transport.** London, 2016. Disponível em: https://www.london.gov.uk/sites/default/files/crime_on_public_transport.pdf. Último acesso: 20.02.2019. Também **Preventing crime on urban public transport** (*http://www.crime-prevention-intl.org/fileadmin/user_upload/Publications/International_Report/CIPC_5th-IR_EN_Chapter-4.pdf*).

conseguem deter os criminosos. Quando os infratores utilizam simulacro de arma de fogo e isso é percebido pelos usuários, o linchamento é quase certo; 6- Aumento de atitudes racistas ou preconceituosas. Os condutores, na tentativa de se proteger de um crime ou agressão potencial, às vezes optam por excluir certos clientes, negros, pobres, jovens com tatuagens ou vestidos de uma forma peculiar etc. Essas escolhas arbitrárias são, por vezes, apoiadas por outros passageiros. São estereótipos que levam à exclusão social; 7- Conseqüências físicas, psicológicas e comportamentais dos operadores de ônibus; 8- Aumento dos gastos públicos com doenças, traumas e lesões; 9- Aumento dos custos com segurança privada; 10- Perdas financeiras dos passageiros e das empresas prestadoras do serviço. Alguns estudos revelam que as consequências do roubo no transporte público são muito graves, uma vez que afetam mais a pessoas pobres do que a outros segmentos. Pessoas de ambientes pobres tendem a carregar dinheiro consigo com mais frequência, uma vez que não têm, necessariamente, contas bancárias ou acesso a cartões de créditos, tornando-se, assim, alvos fáceis para potenciais ladrões[927].

O crime e os sentimentos de medo podem influenciar o uso do transporte público e, por sua vez, a receita do sistema. Assim, garantir a segurança dos passageiros é fundamental para que um sistema de transporte público seja bem sucedido (tanto do ponto de vista operacional quanto financeiro).

7- Conjunto de medidas implementáveis

O programa de prevenção sugerido nas razões apresentadas ao longo desse estudo, após ampla investigação das credenciais jurídicas das ideias, segue alguns passos básicos e indispensáveis: 1- seleção de problemas específicos; 2- análise dos problemas; 3- busca de possíveis medidas; 4- identificação e indicação de quem implementará as medidas; 5- documentação do processo de implementação; 6- avaliação do programa e eventuais ajustes. Para destravar as fases iniciais do programa (1 e 2) fez-se necessário: 1- pesquisa profunda e técnica dos fatos (fatores de risco), em suas múltiplas dimensões, para, em âmbito procedimental, buscar uma intervenção produtiva e qualificada; 2- realização de visitas ou inspeções no cenário de intervenção, objetivando a constatação prática e real dos fatos; 3- apoio de equipe técnica (própria ou não) ou de pesquisas, análises e estatísticas; 4- contato com a comunidade científica e seus aportes de conhecimento. As fases 3, 4, 5 e 6 resultaram do estabelecimento de diálogo entre os diversos atores sociais e institucionais ligados e

[927] PAES-MACHADO, E.; LEVENSTEIN, C. **I'm sorry everyone, but this is Brazil**. British Journal of Criminology, 44(1), 2004, pp. 1–14.

comprometidos com a matéria. Desse diálogo sai um plano de ação capaz de indicar o cenário e os fatores de risco (diagnóstico), como será feita a intervenção (método, objetivos, ferramentas), os custos, os executores das medidas e o tempo necessário para a execução.

A criminalidade, em geral, é um problema multifacetado: não há solução fácil. E, por isso mesmo, nenhuma solução ou medida pode ser encaminhada sem uma análise detida dos problemas. Isso foi, dentro dos nossos propósitos, realizado no item 5 desse estudo. Uma característica comum de programas fracassados é que eles adotam medidas estereotipadas copiadas da literatura geral de prevenção ao crime sem considerar sua adequação à realidade local, ao problema específico ou às diversas peculiaridades envolvidas. Ideias, neste setor, não podem germinar a partir de esporos alienígenas soprados de algum lugar distante, mas surgirem como partes vivas de uma cultura própria. Se o meio social cria seus problemas, é a partir deles (de sua análise) que as soluções devem surgir (sem prejuízo de manipular hipóteses, teorias e conceitos polidos pela ciência, dado o caráter universal).

Embora influenciada pelo meio urbano onde está inserida, a rede de transporte é um microcosmo da vida urbana, tem fatores de risco próprios. As medidas, como se imagina, devem ser escolhidas dentre as menos dispendiosas e mais efetivas. Para ter sucesso, o programa de prevenção precisa contar com um cenário de cooperação interinstitucional com recursos suficientes e motivação para implementar as medidas ou gerenciá-las (no caso de múltiplas medidas intersetoriais).

Muitas vezes, é impossível avaliar a eficácia de um programa de prevenção na ausência de registros sobre quais tipos de intervenção ocorreram imediatamente antes, durante e após as medidas terem sido introduzidas. Eventuais resultados atribuídos às medidas previstas no programa podem, na verdade, ser devido a outras causas. Daí a importância de um registro desde a implementação da primeira medida até à conclusão da avaliação.

A última etapa consubstancia-se no monitoramento e avaliação do programa. Não é fácil saber se o crime diminuiu em função do programa ou se devido a causas circunstanciais. Isso exige que a avaliação seja a mais objetiva possível e a longo prazo, até porque, dado que o programa não oferece soluções matemáticas, os ajustes são inevitáveis e necessários. Nos itens a seguir indicamos as medidas implementáveis.

7.1- Modelagem geoestatística. Acredita-se que o roubo em ônibus possui uma dimensão territorial e, geralmente, um padrão de distribuição espacial, o que possibilita a inserção de técnicas que considerem o atributo espacial, como o uso de geoestatística. Assim, a proposta é incorporar técnicas espaciais, aprimorando as análises com a utilização de um atributo adicional, a localização geográfica dos eventos. A partir de técnicas de geoestatística, é possível identificar a estrutura espacial dos dados e conhecer aspectos que não estariam

disponíveis por métodos tradicionais. Considerando a técnica mencionada, é possível estimar probabilidades de ocorrência de roubo em transporte coletivo em coordenadas geográficas de valores conhecidos e desconhecidos[928]; saber a configuração de lugares e de horários dentro da rede do transporte público que cria a justaposição de infratores e vítimas, com aumento ou redução de oportunidades para o cometimento do crime.

O estudante americano Francis Stoks demonstrou o valor dos mapas criminais estatísticos em sua dissertação de doutorado, quando criou um *site* de computador de análise criminal na área urbana de Seattle e foi capaz de prever com 95% de precisão onde estupros em lugares públicos ocorreriam[929]. A polícia já usa computadores e unidades de análise criminal para ajudar a prender criminosos; retrabalhando seus dados, ela poderia prever o crime e adotar medidas para evitá-lo.

A primeira etapa de refinamento dos dados brutos é categorizá-los por modalidades de roubos que ocorrem nos veículos de transporte público coletivo (ou até no sistema como um todo, dependendo da abrangência do programa de prevenção), não misturando outras modalidades de criminalidade aquisitiva violenta (em escolas, nas ruas, em centros comerciais etc.). Segue-se o desdobramento, que é a decomposição do fenômeno em sub-categorias para desvendar e observar diversos ângulos do problema: horários, bairros, ruas, linhas, empresas, dias da semana, *modus operandi*, perfil dos criminosos etc. E fechando o círculo, vem a análise dos dados, que é o estabelecimento de conexões entre as informações e seu uso para solver os problemas.

O georreferenciamento dos crimes é importante para mobilizar e reforçar o policiamento nas áreas geográficas de predileção dos criminosos e uma ferramenta útil para a implementação de políticas públicas na área de segurança pública (como, por exemplo, na criação de requisitos para a construção de paradas de ônibus, treinamento de motoristas e cobradores, implantação de artefatos de vigilância etc.). A colheita de dados estatísticos possibilita um devido planejamento de políticas públicas para a temática. Sem dados objetivos e honestamente coletados, que revelem as formas dessa especial criminalidade, ideias e discussões terão pouco poder transformador.

O policiamento de perfil moderno lida com variáveis específicas, ao invés de realizar um trabalho preventivo e repressivo genéricos, ou em outras palavras, "às cegas". Diagnosticar, selecionar, planejar, agir, avaliar, fazer ajustes devem ser comportamentos de

---

[928] Daiane Castro Bittencourt de Sousa *et all.* **Violência em transporte público: uma abordagem baseada em análise espacial.** Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rsp/v51/pt_0034-8910-rsp-S1518-8787201705100708 5.pdf. Último acesso: 23.01.2019.

[929] GEASON, Susan.; WILSON, Paul R. ***Crime prevention. Theory and practice.*** *Australian Institute of Criminology. 1988.*

uma polícia voltada para resultados. E sem dados consolidados, estruturados, refinados ou modelados, nada disso poderá ser efetivado.

7.2- Patrulhamento de alta visibilidade ou de saturação. O roubo a ônibus é um típico crime de bandidos jovens e iniciantes que se satisfazem com férias de pouco mais de 50 reais. Esses criminosos que cometem crimes menos elaborados costumam ser os mais previsíveis, são muito repetitivos e, por isso, mais sujeitos à ação eficiente da polícia. Quando a polícia se aplica nesses casos os crimes tendem a reduzir rapidamente. O problema é que, freqüentemente, a polícia age às cegas, sem antes fazer um levantamento preciso do perfil do crime e do criminoso, fazendo espalhafatosas operações e submetendo os passageiros a constrangedoras revistas pessoais. O que precisamos na verdade é aplicar as soluções devidas num problema que deve ser corretamente diagnosticado[930].

Dessa forma, o policiamento deve ser visível e intenso nos locais mais movimentados e mais sujeitos à criminalidade, de acordo com prévio planejamento derivado do georreferenciamento; deve haver uma maximização do grau de contato da polícia com o público. O deslocamento do patrulhamento policial deve ser baseado em evidências estatísticas para surtir os efeitos esperados. Nesses locais, que podem ser linhas ou terminais, implanta-se patrulhas (com alta visibilidade) de 15 minutos, quatro vezes por dia.

7.3- Presença de agentes de segurança nos terminais. Nos terminais de integração - uma das portas de entrada e de saída do sistema de transporte público - devem existir agentes de segurança (no caso, de terminais geridos pela iniciativa privada) ou guardas municipais (caso a gestão seja do poder público municipal) devidamente capacitados a proceder à vigilância e à proteção dos usuários. A presença constante desses agentes, em rondas ostensivas a intervalos regulares, desencoraja potenciais infratores e ajuda a aumentar a sensação de segurança dos usuários do sistema.

Como já dissemos nesse estudo, terminais sem uma gestão adequada, sem iluminação ou iluminação deficiente, pichações e um quadro de abandono passam uma mensagem clara para a criminalidade: "ninguém se importa". A prevenção ambiental nestas circunstâncias é fundamental para neutralizar oportunidades: pichações e lixo devem ser removidos regularmente, as luzes, quando danificadas ou inoperantes, substituídas prontamente e estruturas danificadas pelo vandalismo ou pelo desgaste natural, removidas ou reparadas imediatamente. Todo servidor lotado nesses terminais deve ser orientado a relatar qualquer problema de manutenção (luzes quebradas, lixo, banheiros inoperantes etc.) para o setor competente.

---

[930] José Peres Netto e José Vicente da Silva, **Roubo a Ônibus na Cidade de São Paulo - Epidemologia do Crime e Análise do Problema Policial.** Cit.

A teoria das janelas quebradas de J. Q. Wilson e G. Kelling, desenvolvida em 1982, assegura que em espaços onde é permitida a deterioração através do vandalismo e deixados nesse estado, tem-se um sensível aumento da criminalidade, como roubos e assaltos[931]. A presença desses guardas ou agentes tranquiliza os usuários (reduzindo a sensação de insegurança e de medo) e desencoraja comportamentos criminosos ou antissociais (pichações, vandalismo etc).

7.4- Concentração das investigações em um único órgão policial. Entre as cidades brasileiras que conseguiram reduzir, de forma sustentável e contínua, os números da criminalidade aquisitiva nos ônibus, estão Salvador e Aracaju (de 4,46 roubos por dia em 2016, caiu para 1,39 em 2018). Dentre as medidas adotadas por essas duas cidades está a concentração das apurações em um único órgão policial.

É difícil precisar, geograficamente, o local de uma infração num veículo em movimento, atribuindo a específicas e diversas unidades policiais o dever de apurá-la. Afigura-se mais sensato e compatível com as peculiaridades dos crimes, atribuir e centralizar sua apuração a uma unidade especializada.

Efetivamente, por conta dessas circunstâncias referidas, o índice de elucidação dessa especial criminalidade é quase zero. A autoria, praticamente, só é definida quando há flagrante. Nos demais casos, a polícia judiciária se defronta com dificuldades quase insuperáveis.

A concentração das investigações, embora tenha aparentemente um caráter reativo e repressivo, guarda uma natureza preventiva pela antecipação de futura intervenção diante da prática de crimes, com reflexos efetivos no sucesso de eventual apuração criminal. A delegacia ou o núcleo especializado gerará uma *expertise* sobre a criminalidade e possibilitará uma maior fluidez das informações.

7.5- Sistema de pagamento eletrônico. Uma das diretrizes da política tarifária do serviço de transporte público coletivo é o incentivo à utilização de créditos eletrônicos tarifários (art. 8º., inc. X, da Lei n. 12.587/2012). Grande parte das cidades brasileiras tem adotado sistemas eletrônicos de venda e arrecadação tarifária no transporte público coletivo de passageiros, mediante créditos eletrônicos de viagem inseridos em cartões com "chips" de segurança. 86,5% das cidades brasileiras acima de 100 mil habitantes já possuem o sistema automatizado que é utilizado pelos usuários, inclusive os trabalhadores que utilizam o vale-transporte. Em muitas cidades, como São Paulo, Rio de Janeiro, Florianópolis, Goiânia, Salvador, Curitiba,

[931] ROCHÉ, S. **La théorie de la « vitre cassée » en France. Incivilités et désordres en public**. Revue Française de Science Politique, 50(3), 2000, pp. 387–412. Também LOUKAITOU-SIDERIS, A. **Hot spots of bus stop crime – The importance of environmental attributes**. Journal of the American Planning Association, 65(4), 1999, pp. 395–411.

não existe mais a figura do cobrador no interior dos veículos, as viagens são pagas mediante cartão eletrônico[932].

A presença de dinheiro coloca em risco os operadores do veículo (motorista e cobrador), torna-os vulneráveis aos criminosos. Fato que é reconhecido e destacado pela literatura especializada[933].

Mas não é apenas o dinheiro que atrai a ação dos criminosos no transporte público. Assim, embora seja uma medida importante para as empresas de ônibus (redução dos prejuízos), o sistema de pagamento eletrônico (ou de bilhetagem eletrônica, ou ainda de bilhete único) não inibe totalmente essa modalidade criminosa (ou seja, não traz total segurança aos usuários do serviço), pois os criminosos continuariam roubando os pertences dos passageiros e bens de valor, com especial predileção para os aparelhos celulares. Dada a banalização do uso de celulares, se, por hipótese, tivermos 30 passageiros num ônibus, há grande possibilidade de termos 30 aparelhos celulares, ou seja, um cenário atrativo para o assaltante.

Além disso, pessoas de ambientes pobres tendem a carregar dinheiro consigo, uma vez que não têm, necessariamente, contas bancárias, tornando-se, assim, alvos fáceis para potenciais ladrões[934]. Portanto, a bilhetagem eletrônica é medida que deve vir se somar a outras, pois adotada à escoteira não resolve o problema dos roubos.

7.6- Câmeras de monitoramento interno. A instalação de câmeras nos ônibus, para registrar as imagens em alta qualidade, pode auxiliar o trabalho de investigação da polícia. Sem estabilidade e nitidez na imagem, pouco servirá aos órgãos de segurança. As câmeras devem estar conectadas a equipamentos de DVR (Digital video recorder) próprio para ônibus, capaz de suportar trepidações, altas temperaturas e tentativas de furto. O DVR capta as imagens das câmeras e as envia, em tempo real, para a empresa de ônibus, que armazena em backup ou as encaminha para auxiliar nas investigações[935].

É necessário reparar, todavia, que o caráter preventivo da medida será profundamente prejudicado se as imagens servirem apenas para auxiliar o trabalho de identificação e de investigação posterior da polícia. Para ser uma medida de cunho marcadamente preventivo, a

---

[932] Cf. justificativa de Projeto de Lei no Senado Federal (2015) que dispõe sobre de cobrança de tarifa nos serviços de transporte público coletivo urbano e de caráter urbano de passageiros pelo motorista profissional. Disponível em: https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=585923&ts=1543014338918&disposition=inline. Último acesso: 21.02.2019. Também NTU, disponível em: https://www.ntu.org.br/novo/AreasInternas.aspx?idArea=7. Último acesso: 05.03.2019.

[933] ESSENBERG, Bert. **Violence and stress at work in the transport sector**. Geneva:ILO (International Labour Office), 2003.

[934] PAES-MACHADO, E.; LEVENSTEIN, C. **I'm sorry everyone, but this is Brazil**. British Journal of Criminology, 44(1), 2004, pp. 1–14.

[935] Disponível em http://www.busvision.com.br/blog/assalto-a-onibus/. Último acesso: 18.01.2019. Também **Preventing crime on urban public transport** (*http://www.crime-prevention-intl.org/fileadmin/user_upload/Publications/International_Report/CIPC_5th-IR_EN_Chapter-4.pdf*).

videovigilância deve permitir que as autoridades reajam rapidamente. Na Alemanha há uma iniciativa interessante de muito sucesso (através do projeto "PräViteS"), em que as imagens das câmaras de vigilância instaladas em ônibus são recebidas em tempo real numa sala de controle quando um crime está em curso. A polícia recebe informações precisas sobre a localização do incidente, permitindo-lhe intervir rapidamente. Em alguns casos, a intervenção pode prevenir lesões mais graves.

No nosso caso, se os custos forem proibitivos, pode-se priorizar, a partir da geoestatística, as principais linhas e rotas objeto de crimes recorrentes, provendo-as com videovigilância com repasse de imagens em tempo real (on line) ao Centro Integrado de Operações de Segurança (CIOPS), possibilitando o acionamento rápido da polícia militar.

Se não for agregada essa funcionalidade à videovigilância[936], a sua eficácia como medida preventiva não é significativa. Uma meta-análise realizada em 2008 em 44 estudos de vários países mostrou, por exemplo, que a presença de câmeras de segurança não teve um impacto significativo na redução do crime no transporte público[937]. As câmeras de vigilância podem criar uma falsa sensação de segurança, permitindo que os usuários do transporte acreditem que poderão receber assistência rapidamente, tornando-os menos atentos e, portanto, alvos fáceis. Vários estudos também mostraram que os potenciais infratores não são afetados pela presença de câmeras.

De outro lado, pesquisas recentes revelam que as câmeras têm efeitos positivos quando fazem parte de uma estratégia mais global, quando se inserem como mais uma medida num amplo e abrangente programa de prevenção.

7.7- Proibição de "busdoor", veículos bem iluminados e com vidros transparentes. O *busdoor* é ferramenta de propaganda e de comunicação visual, normalmente aplicada na forma de adesivo no vidro traseiro de um ônibus. Infelizmente, é um mecanismo que facilita a vida dos criminosos, pois atrapalha ou retira a visibilidade de quem está fora, especialmente da polícia. Os anúncios podem ser colocados em outro local do veículo (na lataria lateral, por exemplo), de modo a não tornar o interior do veículo convidativo à atividade criminosa.

O interior do ônibus deve ser o mais visível possível para quem está do lado de fora, possibilitando a chamada vigilância passiva. Os vidros não devem ter película refletiva ou de escurecimento em qualquer percentual (ou tonalidade) e a iluminação interna deve ser feita

[936] Outra funcionalidade seria a tencologia de reconhecimento facial (*facial recognition technology*).

[937] Farrington, D. **Effects of closed circuit television surveillance on crime**. 2008. Disponível em: https://eucpn.org/sites/default/files/content/download/files/4._the_effects_of_cctv_in_reducing_crime.pdf. Último acesso: 19.03.2019.

com lâmpadas LED[938]. Um veículo, cujo interior não pode ser visto com nitidez do lado de fora, é uma grande oportunidade oferecida aos infratores, torna o crime mais atraente: impede que a ação ilegal seja percebida e comunicada à polícia, fazendo com que a reação e a intervenção policiais sejam retardadas ou até inexistentes. Um veículo, nesses moldes, é considerado, para esses "crimes em rota", como um "equipamento vulnerável" (atraente para o empreendimento criminoso), uma "área oculta" (*dark area*) ao ambiente externo e seus ocupantes são "alvos adequados". A falta de luminosidade impede a vigilância natural.

Os ônibus não podem se constituir em um esconderijos aos potenciais criminosos. Veículos com cortinas, vidros com película refletiva, sem o vidro "vigia" ou com adesivo de propaganda (*busdoor*) a eliminar a transparência, constituem alvos vulneráveis à criminalidade. De outro lado, a iluminação suficiente e apropriada pode desempenhar um papel crítico na criação de ambientes dentro dos meios de transporte público de modo a eliminar oportunidades ao crime.

Aqui tem inteira pertinência a prevenção situacional[939]. Suponhamos dois ônibus: um dotado de insufilme nos vidros, com vidro traseiro adesivado ou provido com fibra sem transparência e com iluminação interna deficiente; e outro bem iluminado e com os vidros laterais e traseiro completamente transparentes. Qual desses dois veículos, com a mesma quantidade de usuários, seria o preferido para uma ação criminosa? Sem dúvida nenhuma, o primeiro, por uma razão muito simples de lógica criminológica: não oferece visibilidade externa, portanto, os riscos para os criminosos são menores.

Quando essas condições internas atrativas interagem com condições externas (passagem por áreas de alta criminalidade) há o ponto de fusão perfeito para os assaltos. Sem veículos de alta visibilidade não é possível integrar a comunidade e a população no esforço e na responsabilidade comum pela segurança pública no transporte coletivo (vigilância passiva).

Argumenta-se sobre a proibição específica de *busdoor* que os ônibus, atualmente, já vêm com a traseira fechada com fibra de vidro, uma medida de segurança em casos de acidente. Assim, eventual propaganda já não causaria problema, pois a visibilidade já estaria prejudicada. Ao sustentar-se esse argumento como válido (segurança em caso de acidentes), a solução pode ser a adoção de fibra incolor e transparente, disponível no mercado. O vidro de segurança traseiro (chamado "vigia") pode não ser, de acordo com as normas de trânsito (art.

[938] Sobre a melhoria da iluminação interna dos veículos como uma medida para ajudar na prevenção aos crimes, *vide* NETTO, José Peres.; SILVA, José Vicente da. **Roubo a Ônibus na Cidade de São Paulo - Epidemologia do Crime e Análise do Problema Policial.** Disponível em: http://pt.braudel.org.br/pesquisas/arquivos/downloads/roubo-a-onibus-na-cidade-de-sao-paulo.pdf. Último acesso: 04.03.2019.

[939] A prevenção situacional do crime descansa em duas suposições: que o criminoso é um decisor racional que só vai em frente com um crime onde os benefícios superam os custos ou riscos; e que a "oportunidade" de cometer um crime deve estar lá. A prevenção situacional visa eliminar a oportunidade e fazer com que os custos de um crime sejam maiores que os benefícios (Geason/Wilson, 1988).

3º., §3º, da Resolução CONTRAN n. 254, de 26/10/2007; art. 111, CTB), indispensável à dirigibilidade do veículo, mas é um item importante na prevenção da criminalidade aquisitiva no interior dos ônibus.

A câmara municipal de Maceió aprovou uma lei (Lei n. 6.356/2014) em que proibiu a utilização de qualquer pintura, adesivo e propaganda de produtos ou quaisquer outros serviços que obstruam a visão ou transparência do vidro traseiro dos coletivos. No Rio de Janeiro há o Projeto de Lei Estadual n. 2268/2013[940] que proíbe a "utilização de película refletiva, comumente chamada de 'insulfilme', na área envidraçada dos táxis, vans escolares e demais veículos de transportes de passageiros" (ônibus, micro-ônibus, vans e demais veículos automotores que se destinam a deslocar pessoas de um ponto a outro de uma cidade).

7.8- *Leds de emergência. Outra medida importante é a implantação de um sistema simples de leds de emergência na frente e na traseira do ônibus*[941]*. Dado o assalto, qualquer dos operadores do coletivo (motorista ou cobrador) ou dos passageiros, poderia acionar as luzes de emergência (só desativável por terceiro autorizado). Esse sinal de emergência, indicativo de roubo em curso, alertaria os populares que, por sua vez, poderiam acionar a polícia.*

Inicialmente, a ideia era restringir o "botão de emergência" aos operadores do veículo. Mas como isso poderia lhes trazer riscos, dado que os criminosos saberiam que o motorista e o cobrador seriam os únicos que poderiam acionar o botão, essa possibilidade foi estendida a todos os usuários, diluindo-se a suspeita e atendendo-se à Constituição quando reforça que a segurança pública é "responsabilidade de todos".

7.9- Implantação de Conselho Municipal de Trânsito. O Conselho Municipal de Trânsito é uma instância de participação e controle social de ações predispostas à segurança e à mobilidade na cidade. Basicamente, devem integrar o conselho, em termos paritários, atores ligados ao poder público, operadores do sistema e usuários.

A principal finalidade do conselho é garantir a gestão democrática e a participação popular na proposição de diretrizes destinadas ao planejamento e à aplicação dos recursos orçamentários destinados à melhoria da mobilidade urbana. Para o programa, especificamente, o conselho se presta a monitorar a articulação de todos os órgãos parceiros na sua execução fiel.

7.10- Aumento da percepção dos riscos. Todas as medidas adotadas precisam ser amplamente divulgadas para que os criminosos tenham a dimensão exata dos riscos de uma eventual

---

940 Disponível em: http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/scpro1115.nsf/18c1dd68f96be3e7832566ec0018d833/c2d89619404d3faa83257b81005988fa. Último acesso: 18 fev. 2019.

941 A literatura especializada sugere essa medida como adequada (NETTO, José Peres.; SILVA, José Vicente da. **Roubo a Ônibus na Cidade de São Paulo - Epidemologia do Crime e Análise do Problema Policial.** Cit).

empreitada criminosa. O sistema de transporte público "deve ser" e "parecer ser" um setor de alto risco para o cometimento de crimes. Não é suficiente ser seguro com medidas preventivas adequadas, é fundamental "parecer seguro", sem brechas ou oportunidades aos criminosos. E para parecer seguro, o feixe de medidas deve ser informado ao público em geral e, em especial, aos usuários do sistema.

Essa publicidade também atende ao dever de transparência quanto às políticas públicas, tal como delineado no art. 7º., incisos V e VII, da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011): "O acesso à informação de que trata esta Lei compreende, entre outros, os direitos de obter (art. 7º.): V- informação sobre atividades exercidas pelos órgãos e entidades, inclusive as relativas à sua política, organização e serviços; VII- informação relativa: a) à implementação, acompanhamento e resultados dos programas, projetos e ações dos órgãos e entidades públicas, bem como metas e indicadores propostos".

É recomendável que sejam criadas campanhas de conscientização pública para informar aos usuários, por exemplo, como se proteger dos riscos quando viajam, sobre como reagir, respeitar normas de segurança etc.

8- Conclusões

O transporte público urbano é a espinha dorsal de uma cidade – um elemento essencial para o seu desenvolvimento, mobilidade e conectividade. Constitui, ao mesmo tempo, direito do cidadão na execução de sua sacrossanta faculdade de ir e vir e no exercício da própria cidadania (Silva Vasconcelos, 2009). Nas metrópoles, o transporte coletivo constitui o principal meio de locomoção da população, sobretudo daquelas pessoas com menor poder aquisitivo. E quando as pessoas não têm meios alternativos de se locomover dentro de uma cidade (o que, de regra, ocorre com pessoas mais carentes), essa falta de acesso ao transporte pode resultar em marginalização. Mas, apesar dessa reconhecida importância para as cidades de médio e grande porte, o setor não tem recebido a atenção devida, apresentando altos níveis de insegurança. Ao anseio da sociedade por viver em paz não há a contrapartida do estado em oferecer programas e medidas cuidadosamente planejados para atender a esse legítimo desejo coletivo.

Os roubos crescentes e contínuos no transporte público das grandes cidades, não são nem imprevisíveis nem tampouco inevitáveis. Para contê-los, só precisamos eliminar as oportunidades que são oferecidas graciosamente ao criminoso e tornar arriscada sua empresa criminosa. Não há espaço para complacência. Mas também não podemos por em prática ações dessa natureza por decreto ou através de uma medida salvadora. O problema é

reconhecidamente complexo e crônico, logo a solução compartilha de igual complexidade, no sentido da necessidade de uma multiplicidade de medidas que se retroalimentem e da parceira de vários órgãos e setores com suas cargas específicas de responsabilidades e de saberes. Aqui, definitivamente, uma andorinha não faz verão.

O programa, ora apresentado, é o resultado de amplas e intensas discussões, um sem-número de reuniões entre os mais diversos atores, levantamento e estruturação de dados, pesquisa de boas práticas nacional e internacionalmente (inclusive no meio acadêmico) e o desenvolvimento de uma enorme capacidade para escutar, democrática e republicanamente, todos os interlocutores, entre especialistas e não especialistas (entenda-se, aqui, público-usuário e público-geral), extraindo suas experiências e seus pontos de vista. Esse aspecto responde, inclusive, à necessidade de maximização da participação popular na construção e implementação das políticas públicas.

As medidas propostas, concebidas como um projeto de intervenção de larga escala, podem dar um importante contributo para a redução drástica das altas taxas de criminalidade aquisitiva violenta no sistema de transporte público. Essas medidas inserem-se, em resumo, dentro de um planejamento e de um programa específico de prevenção à criminalidade aquisitiva no transporte público coletivo, alavancadas nas seguintes etapas: 1- seleção de problemas específicos; 2- análise dos problemas; 3- busca de possíveis medidas; 4- identificação e indicação de quem implementará as medidas; 5- documentação do processo de implementação; 6- avaliação do programa.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

"O programa de prevenção proposto assenta-se em duas bases: eliminação de oportunidades e aumenta do riscos da empreitada crimininosa. São dez as medidas: 1- Modelagem geoestatística; 2- Patrulhamento de alta visibilidade ou de saturação; 3- Concentração das investigações em um único órgão policial; 4- Câmeras de monitoramento interno em todos os veículos; 5- Veículos (ônibus) com alta visibilidade: sem película em quaisquer dos vidros, sem *busdooor* e com adequada iluminação interna; 6- Sistema de pagamento eletrônico; 7- *Leds* de emergência; 8- Aumento da percepção dos riscos (divulgação e publicidade das medidas); 9- Presença de agentes de segurança nos terminais; 10- Implantação de Conselho Municipal de Trânsito".

Referências bibligráficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 30.01.2019.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro:Editora Campus, 11ª. ed., 1992.

COHEN, L.; FELSON, M. F. **Social Change and Crime Rate Trends: A Routine Activities Approach.** American Sociological Review, 44 (4), 1979, p. 588-608.

CONFEDERAÇÃO NACIONAL DO TRANSPORTE (CNT). ***Perfil dos motoristas de ônibus urbanos 2017.*** Disponível em: http://cms.cnt.org.br/Imagens%20CNT/PDFs%20CNT/Estudos%20CNT/Pesquisa_CNT_Perfil_dos_Motoristas_Urbanos_2017_Internet.pdf. Úlimo acesso: 24.01.2019.

DAHRENDORF, Ralf. **A lei e a ordem**. Tradução de Tâmara D. Barile. Brasília:Instituto Tancredo Neves, 1987.

ESSENBERG, Bert. **Violence and stress at work in the transport sector**. Geneva:ILO (International Labour Office), 2003.

FARRINGTON, D. **Effects of closed circuit television surveillance on crime**. 2008. Disponível em: https://eucpn.org/sites/default/files/content/download/files/4._the_effects_of_cctv_in_reducing_crime.pdf. Último acesso: 19.03.2019.

FERRAZ, Antonio Clóvis Pinto.; TORRES, Isaac Guillermo Espinosa. **Transporte Público Urbano**. São Carlos:Rima, 2004.

GEASON, Susan.; WILSON, Paul R. **C*rime prevention. Theory and practice.*** *Australian Institute of Criminology. 1988. Disponível em: https://aic.gov.au/file/5521/download?token=Ky18NM_N. Último acesso: 13.02.2019.*

KRUGER, T.; LANDMAN, K. **Crime and public transport: designing a safer journey.** 2007. Disponível em: https://repository.up.ac.za/bitstream/handle/2263/5984/070.pdf;jsessionid=80AB91034548BD46B924927A9CC6761D?sequence=1. Último acesso: 27.03.2019.

LA VIGNE, Nancy G. **Visibility and Vigilance: Metro's Situational Approach to Preventing Subway Crime**. 1997. Disponível em: https://www.ncjrs.gov/pdffiles/166372.pdf. Último acesso: 23.02.2019.

LOUKAITOU-SIDERIS, A. **Hot spots of bus stop crime – The importance of environmental attributes**. Journal of the American Planning Association, 65(4), 1999, pp. 395–411.

LOUKAITOU-SIDERIS, A.; LIGGETT, R.; ISEKI, H.; THURLOW, W. **Measuring the effects on built environment on bus stop crime**. Environment and Plan B:Planning and Design, 28, 2001, pp. 255–280.

MARTIN, John. **The incidence and fear of transit crime: A review of the literature.** Abbotsford: University of the Fraser Valley, 2011. Disponível em: https://www.ufv.ca/media/assets/ccjr/reports-and-publications/Transit_Crime_2011.pdf. Último acesso:10.03.2019.

MOREIRA, Jairo Cruz.; REGO, Cláudio Henrique Portela do. Gestão estratégica e corregedoria nacional. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso:13.05.2019.

NETTO, José Peres.; SILVA, José Vicente da. **Roubo a Ônibus na Cidade de São Paulo - Epidemologia do Crime e Análise do Problema Policial.** Disponível em: http://pt.braudel.org.br/pesquisas/arquivos/downloads/roubo-a-onibus-na-cidade-de-sao-paulo.pdf. Último acesso: 04.03.2019.

NEWTON, Andrew D. **Crime on public transport.** In: Encyclopedia of Criminology and Criminal Justice. Springer, London, 2014, pp. 709-720 (Disponível em: http://eprints.hud.ac.uk/id/eprint/19462/1/Newton_Crime_and_PT_Final.pdf. Último acesso: 31.01.2019).

PAES-MACHADO, E.; LEVENSTEIN, C. **I'm sorry everyone, but this is Brazil**. British Journal of Criminology, 44(1), 2004, pp. 1–14.

POLICE AND CRIME COMMITTEE. **Crime on public transport.** London, 2016. Disponível em: https://www.london.gov.uk/sites/default/files/crime_on_public_transport.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

ROCHÉ, S. **La théorie de la «vitre cassée» en France. Incivilités et désordres en public**. Revue Française de Science Politique, 50(3), 2000, pp. 387–412.

SILVA VASCONCELOS, Amélia Soares da. **As percepções dos usuários sobre a qualidade do transporte público de passageiros no município de Betim–MG.** Pedro Leolpodo (Dissertação de Mestrado):UNIPEL, 2009. Disponível em: http://www.fpl.edu.br/2018/media/pdfs/mestrado/dissertacoes_2009/dissertacao_amelia_vasconcelos_2009.pdf. Último acesso: 27.01.2019.

A IMPORTÂNCIA DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA DEFESA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE FAMILIARES DE PESSOAS DESAPARECIDAS – CORPOS IDENTIFICADOS E "NÃO RECLAMADOS"

FERNANDA NICOLAU LEANDRO TERCIOTTI[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA

A questão do desaparecimento de pessoas é um problema amplo e complexo, e como principais dificuldades no seu enfretamento dois pontos merecem destaque. A primeira dificuldade repousaria no fato de que sob o título de desparecimento são tratadas situações completamente distintas, que podem envolver crianças, pessoas com algum tipo de deficiência mental, pessoas acauteladas no sistema penitenciário, pessoas já falecidas, entre outras hipóteses. A segunda dificuldade seria verificada nos procedimentos adotados para se tentar localizar essas pessoas, sendo certo que, na verdade, não há muitos procedimentos pré-estabelecidos e adotados de forma eficiente nos diversos locais onde essas pessoas são procuradas e onde são realizados registros dos desaparecimentos.

Visando dar atenção a casos de desaparecimentos de pessoas ocorridos no Estado do Rio de Janeiro, o Ministério Público Estadual (MPRJ) desenvolveu o Programa de Localização e Identificação de Desaparecidos (PLID) em 2012, que em 2017 foi incorporado ao rol de projetos do CNMP, formando o Sistema Nacional de Localização e Identificação de Desaparecidos (SINALID). Após cinco anos de atividade do PLID, o Centro de Pesquisas e Inovações do MPRJ (CENPE) realizou o diagnóstico do funcionamento do Programa, com a sistematização das informações existentes e o levantamento de casos emblemáticos de desaparecimentos. Esse projeto, dentre outros aspectos, jogou luz aos casos de pessoas que eram enterradas como indigentes apesar de apresentarem identificação no momento do óbito. Os ditos corpos identificados e não reclamados.

De posse do referido relatório de atividades desenvolvidas pelo PLID, e verificando o tratamento aos casos envolvendo corpos "não reclamados" junto ao Instituto Médico Legal fluminense, a Assessoria de Direitos Humanos e Minorias apresentou representação perante as

Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Capital, tendo sido instaurado o IC 2017.00845559. Neste procedimento, foram analisadas as falhas e omissões do Poder público e adotadas diversas medidas com o fim de tutelar os direitos e garantias da pessoa humana, principalmente dos familiares das pessoas inumadas como "indigentes", por serem classificados como "não reclamados", apesar de tratar-se de pessoas identificadas, como será demonstrado a seguir.

FUNDAMENTAÇÃO

1 – Dos procedimentos adotados pelos órgãos estatais nos registros de desaparecimentos e da omissão do Poder Público na busca de familiares de corpos identificados e "não reclamados".

No relatório de atividades do PLID verificou-se que alguns corpos que se encontravam no IML eram identificados, mas em razão de serem considerados não reclamados por familiares, após um determinado prazo, (em média 15 dias) eram enterrados como indigentes. O problema é que em muitos casos tais pessoas estavam sendo procuradas por familiares, alguns deles há anos, e em razão de falhas do Poder Público, mais especificamente da estrutura e dos procedimentos adotados pela Polícia Civil, incluindo as equipes dos IMLs (Policia Técnica), eram considerados como corpos não reclamados.

Constatou-se que diante de tais corpos identificados e aparentemente não reclamados, os funcionários dos IMLs não faziam nenhuma busca sobre eventuais registros de desaparecimento de tais pessoas, nem ao menos no sistema integrado da própria Polícia. Ou seja, ainda que a família tivesse realizado registro de desaparecimento em alguma delegacia do Estado do Rio de Janeiro, a equipe do IML não fazia uma mínima verificação no sistema da Polícia (ressalte-se que o IML também é um órgão da mesma Polícia) sobre a existência de um registo de desaparecimento, nem ao menos na DDPA (Delegacia de Descoberta de Paradeiros).

Em suma, ainda que a família tivesse realizado o registro de desaparecimento numa Delegacia de Polícia, se a pessoa desaparecida viesse a óbito, seu corpo fosse devidamente identificado no IML, e o familiar não comparecesse no posto do IML no prazo de 15 dias, tal corpo seria inumado como indigente. Mas a situação se mostra ainda mais grave. Mesmo nos casos em que a pessoa já tivesse ido ao próprio IML em algum período anterior em busca do corpo de seu familiar, nenhum tipo de registro era feito no IML, nem em nome da pessoa que procurava nem em nome da pessoa procurada.

Sendo assim, não bastava que o familiar fosse à Delegacia registrar o desaparecimento, ele deveria também ir ao IML de 15 em 15 dias para garantir que o corpo não chegasse ao local e fosse enterrado como indigente. Maior violação aos direitos fundamentais de tais familiares não há. Afinal, trata-se de 18 postos de IML em todo o Estado do Rio de Janeiro. Logo, para garantir que seu familiar não fosse enterrado como indigente apesar de identificado, o indivíduo teria que percorrer todas as unidades de IML, nesse mesmo período de 15 dias, o que é absurdo e impossível.

Portanto, as pessoas desapareciam, apareciam para o Estado, e o Estado desaparecia com elas novamente, causando o que passou a ser denominado como *redesaparecimento*, neologismo criado pela Dra. Eliana Faleiros Vendramini Carneiro, Promotora de Justiça de São Paulo, que se deparou com o mesmo problema naquele Estado, onde também tramitam inquéritos civis e ações civis públicas com a mesma temática.[942]

Uma grave violação aos direitos fundamentais dos familiares, que foi possível ser dimensionada a partir dos números apontados pelo PLID. Na busca por tutelar o direito dessas pessoas, o programa verificou listas de nomes das pessoas enterradas como indigentes junto aos cemitérios do Rio de Janeiro. Com isso, somente no ano de 2018, realizou a comunicação de óbito a 150 famílias, que buscavam seus parentes desaparecidos que, em algum momento apareceram para o Estado identificados e foram enterrados como indigentes sem que a família tivesse qualquer notícia, por terem sido considerados "não reclamados" de forma absolutamente absurda.

2 – Dos direitos fundamentais violados em razão da omissão do Estado

Quando uma pessoa vem a óbito e é identificada dentro de um órgão do Estado, é dever desse mesmo Estado comunicar o óbito aos familiares. Dessa forma, nenhuma pessoa poderia se manter sob o *status* de desaparecida se em algum momento encontrou-se custodiada pelo Estado, em especial nas hipóteses tratadas em tela, na forma de um corpo identificado no IML.

A ausência de um protocolo adequado nas Delegacias de Polícia e nas unidades de IML, que significasse uma busca mínima nos sistemas da própria Polícia, bem como a inexistência de qualquer outra forma de busca ativa de dados de familiares para comunicação de óbito, faz com que milhares de pessoas se mantenham como desparecidos para os seus familiares, que continuam a procurá-los das mais diferentes formas possíveis, como por

[942] Eliana Faleiros Vendramini Carneiro, Revista Liberdades, edição nº 22 maio/agosto 2016, Publicação do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, O Ministério Público em busca de pessoas desaparecidas: desaparecimentos forçados por omissão do Estado.

exemplo, espalhando cartazes e buscando por hospitais e IMLs, bem como buscando testemunhas e relatos que possam ajudá-los. Trata-se de uma agonia incessante.

Seja por ato de crença, cultura ou forma de simplesmente compreender que aquela coexistência física chegou ao fim, a despedida daqueles que seguem outro destino e o sepultamento dos cadáveres, fazem parte do ritual de desenlace familiar. Muitos são os relatos de famílias que passam anos na esperança de reencontrar pessoas desaparecidas. Seguem verdadeiras peregrinações, mesmo quando têm por certa a morte, simplesmente na busca de uma resposta definitiva que lhes permita desvincular-se daquela esperança.[943]

O Estado, ao realizar de forma equivocada, o sepultamento de corpos identificados e supostamente "não reclamados", em razão de sua omissão na realização de qualquer busca de registros de desaparecimentos ou de dados de familiares em bancos oficiais, não apenas ofende os direitos fundamentais da pessoa humana de forma brutal, como também age de modo ilegal e inconstitucional.

Deve ser destacado, ainda, que além da ofensa aos direitos da dignidade da pessoa humana dos familiares pelo sofrimento gerado na procura de desaparecidos que em algum momento foram encontrados e identificados pelo Estado, o cadáver é um bem particular da família. O respeito ao cadáver é um reflexo do direito da personalidade, e a inumação destes corpos como indigentes, apesar de oficialmente procurados pelas famílias e identificados pelo Estado, deixa de ser mera omissão para caracterizar ação ilegal.

A verdade é que o conceito de "não reclamado" não se confunde com o conceito de indigente, e os corpos identificados e presumidos de forma ilegal como se fossem "não reclamados', bem como o tratamento desses conceitos como se fossem hipóteses idênticas tem gerado a violação dos direitos fundamentais de centenas de famílias pelo próprio Estado.

Para retratar essas centenas de histórias de famílias em busca de parentes desaparecidos, podemos citar o nacional J. F. S., que foi inumado como indigente em razão da ausência de um familiar para reclamar o seu corpo no IML. A partir da lista de nomes do ofício encaminhado pelo IML Central ao Cemitério do Caju, datado de abril de 2015, o PLID localizou o irmão da vítima e fez a comunicação do óbito ao mesmo. Este confirmou não possuir notícias do irmão há mais de um ano e que sua irmã havia registrado desaparecimento dele na Delegacia de Japeri sem que tivesse posteriormente qualquer notícia ou informação de óbito ou do sepultamento por parte de nenhum órgão público[944].

[943] André Luiz de Souza Cruz, Desaparecimento: entre o direito de liberdade e a dignidade da pessoa humana, Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, MPRJ, n 54, out/dez 2014.
[944] Sindicâncias de pessoas localizadas pelo PLID, anexo II do IC 2017.0084559, fl. 10.

O mesmo destino foi dado a E. L. C., que também foi inumado como indigente em razão de ninguém ter comparecido para reclamar o seu corpo no IML Central, que enviou ofício ao Cemitério de Santa Cruz, onde constava o nome do nacional em tela como corpo identificado e não reclamado. A equipe do PLID localizou a irmã da vítima que informou que já procurava o irmão há aproximadamente 50 dias e que já havia feito registro de desaparecimento na Delegacia de Duque de Caxias. No entanto, ela não recebeu nenhuma informação do óbito ou do sepultamento.[945]

Diante do cenário apresentado e na certeza não apenas da violação dos direitos fundamentais de uma coletividade, mas da legitimidade do Ministério Público em tutelar tais direitos, instaurou-se o inquérito civil n. 2017.0084559 no âmbito da 8ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Cidadania da Capital, tendo por objeto a omissão do Estado nas hipóteses de corpos identificados e considerados "não reclamados", que são inumados como indigentes sem qualquer busca ou comunicação dos familiares.

3 – Da legitimidade do Ministério Público para tutelar direitos fundamentais violados em razão da omissão do Estado ou dos procedimentos adotados com relação a corpos identificados e "não reclamados" inumados como indigentes.

O ponto de partida para a solução do problema através da atuação do Ministério Público nos autos do referido inquérito civil foi reconhecer como premissa o fato de que a declaração de desaparecimento (registro) frente a qualquer órgão da polícia judiciária deveria ser considerada como manifestação de vontade dos familiares no sentido de estarem "reclamando" eventual localização da pessoa, esteja ela viva ou morta.[946] Desta feita, o Ministério Público passou a exigir que o Estado do Rio de Janeiro adotasse procedimentos no âmbito da Polícia Civil, incluindo as unidades de IML, para cruzamento de dados de pessoas registradas como desaparecidas com dados dos corpos identificados nos IMLs.

Ao longo das investigações foram obtidos muitos avanços nos procedimentos adotados nos órgãos de Polícia, bem como na articulação com os setores de Assistência Social do Estado e dos Municípios, que demonstram a importância da resolutividade na atuação do Ministério Público na efetividade e garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos, no caso específico em tela, verificado no âmbito da problemática de pessoas desaparecidas.

Numa primeira reunião realizada na sede da 8ª PJTC de Cidadania da Capital em fevereiro de 2018, na presença das Dras. Eliane de Lima Pereira e Roberta Rosa Ribeiro, respectivamente Assessora e Assistente da Assessoria de Direitos Humanos e Minorias do MPRJ, do André Luiz de Souza Cruz, do PLID, e do pesquisador Ramon Chaves, do CENPE,

[945] Sindicâncias de pessoas localizadas pelo PLID, anexo II, do IC 2017.0084559, fl. 30.
[946] Resposta da equipe do PLID ao ofício n. 235/2019, Apenso I do MPRJ 2017.00845559.

foram apresentados os problemas encontrados e as sugestões para melhorias nos procedimentos adotados. Uma segunda reunião foi realizada em 05 de abril de 2018, que também contou com a presença de Daniel dos Santos leitão, auxiliar de necropsia, Alexandre Trece Mota, papiloscopista do IFP e Andrea Menezes, que era Diretora do Departamento Geral de Polícia Técnico Científica (DGPTC) à época.

Por ocasião da referida reunião, nos termos da ata de fls. 76/77 do inquérito civil em tela, a então Diretora da DGPTC informou que:

> (...) muitos problemas que atrapalham o trabalho no IML e da própria polícia em si são oriundos de questões que deveriam ser resolvidas em outras áreas, como os SVOs nos hospitais, que deveriam buscar a identidade dos doentes enquanto ainda vivos e após o óbito[947]; que atualmente não há uma rotina no IML que busque registros policiais de desaparecidos, nem busca de famílias de corpos identificados que não tenha havido registro de desaparecimento nas delegacias; que acredita que não seja função da polícia buscar famílias de corpos identificados no IML que não sejam reclamados; que acredita que tais funções deveriam ser exercidas por alguém da Assistência Social; que atualmente os peritos do IML não possuem acesso aos registros de desaparecidos das delegacias porque são sistemas diferentes, mas que acredita que possa ser providenciado acesso a esse sistema, de modo que o IML ao menos possa cruzar as informações de corpos identificados com registros de desaparecimentos das delegacias e repassar os dados às delegacias (...).

Diante da constatação de ausência de um procedimento mínimo nas unidades de IML de busca nos bancos de dados de desaparecidos nas delegacias, com o fim de cruzar com as informações dos corpos identificados que estavam sendo considerados como "não reclamados", aquela Diretora da DGPTC se comprometeu a, no prazo de 30 dias, viabilizar o acesso de alguns servidores em atividade no IML em todos os postos do Estado ao sistema das delegacias para verificar se havia registro de desaparecimento e repassar as informações às delegacias ou, pelo menos, apresentar os avanços obtidos nessa questão.

Desde logo ficou agendada nova reunião para o dia 25 de abril de 2018, com todos os presentes, bem como com algum representante da Secretaria Estadual de Assistência Social, tendo em vista os pontos levantados pela Diretora da DPGTC, sendo certo que compareceram para a reunião, além das pessoas apontadas acima, Nelma de Azevedo, Subsecretária de Assistência Social do Estado e Marcela Gavinho, Assessora Técnica da Subsecretaria de Assistência Social.

Importante destacar o avanço já obtido naquela data, em que Andrea Menezes informou que o servidor Daniel dos Santos Leitão tinha assumido a responsabilidade de fazer a busca nas bases de dados da Polícia Civil de todos os mortos identificados e não reclamados no IML Central, de modo que caso localizasse o registro de desaparecimento no sistema das

[947] Com relação a este aspecto, foi ajuizada ACP nº 0093477-79.2017.8.19.0001, com o fim de obrigar o Estado do Rio de Janeiro a implementar Serviço de Verificação de Óbito (SVO), onde já há sentença judicial neste sentido.

delegacias, ele faria a comunicação à delegacia de descoberta de paradeiros, para posterior comunicação às famílias e solução dos casos de desaparecimentos.[948]

Após questionamentos da Promotora de Justiça, foi esclarecido que quando um familiar ia à procura de um desaparecido no IML havia um "registro informal" de que havia alguém procurando determinada pessoa, mas que tal registro não seria inserido num sistema, sendo certo que se o corpo desse entrada no IML semanas depois, não necessariamente seria feito contato com familiar que foi ao IML à procura do desaparecido. Sendo assim, a Diretora do DPGTC se comprometeu a promover melhorias nessa rotina nos casos em que a família não tivesse realizado o registro de desaparecimento na delegacia, mas tivesse comparecido a alguma unidade do IML em busca do cidadão.

Além disso, tendo sido questionado o fato de que o procedimento de busca de registros de desaparecidos no sistema das delegacias para fim de cruzamento de dados com os corpos identificados e não reclamados só teria sido implementado no IML Central, e considerando a existência de 18 postos de IML no Estado do Rio de Janeiro, a Diretora do DPTC se comprometeu a implementar o procedimento de busca nas unidades da Baixada Fluminense, de Niterói e também do interior do Estado, conforme se verifica na ata da reunião apontada.

De outro lado, após explanados os problemas referentes à completa ausência de busca ativa das famílias de corpos identificados e não reclamados, a Subsecretária de Assistência Social se comprometeu a elaborar um fluxo de informações dos IMLs para aquela Secretaria e uma possível distribuição de informações aos CREAS para busca das famílias e comunicações dos óbitos nas hipóteses em que as equipes do IML não encontrassem registros de desaparecimentos nas delegacias.

Importante neste ponto fazer uma ressalva de que o Ministério Público atuante no caso em nenhum momento pretendeu interferir no procedimento adotado para providenciar a inumação dos corpos identificados e considerados não reclamados com o fim de retardar o sepultamento de tais pessoas e ocasionalmente gerar a lotação do IML com tais corpos, de modo que foi cobrada a atuação do Estado dentro do próprio período médio de 15 dias que os IMLS demoravam para encaminhar tais corpos para inumação como indigentes, no sentido de que fosse realizada uma busca nos próprios sistemas existentes com o fim de garantir que tais corpos realmente não tivessem sido reclamados pelos familiares em nenhum órgão estatal.

E de outra ponta, o Ministério Público também buscou que mesmo nas hipóteses de insucesso na busca de registros de desaparecimento, e independentemente de tais corpos serem encaminhados ao sepultamento, que fosse criado um fluxo com a equipe de Assistência

[948] Ata de reunião as fls. 88/89 do IC 2017.00845559

Social do Estado para que seus agentes continuassem na busca de informações sobre familiares do cidadão falecido com o fim de comunicar o óbito, ainda que o mesmo já tivesse sido sepultado.

Dessa forma, o Ministério Público estaria cobrando do Estado, tanto através das ações da Polícia Civil (Delegacias e IMLs), quanto das ações da Assistência Social, uma melhoria nos procedimentos adotados, de modo que tais famílias não tivessem seus direitos fundamentais violados ao longo de anos de sofrimento à procura de parentes desaparecidos, que, na verdade, já tinham sido encontrados pelo Estado.

Prosseguindo no escopo do inquérito civil, qual seja, de tutelar os direitos fundamentais dessas famílias, foi realizada nova reunião no dia 7 de junho de 2018, onde esteve presente o Diretor do IML Central que reafirmou que estava sendo realizado o cruzamento de dados de corpos identificados e não reclamados com os sistemas de registros de desaparecimento das delegacias de todo o Estado após o prazo de 3 dias da entrada do cadáver. Este, no entanto, informou que ainda não tinha sido implementado tal procedimento nas demais unidades de IML do interior do Estado.[949]

Destaque-se que tal medida se mostra ainda imprescindível, pois a adoção de um procedimento no IML Central de certo diminuirá os casos de desaparecimento antes sem solução, mas ainda não resolve as hipóteses, por exemplo, em que a pessoa, que vivia na Cidade do Rio de Janeiro vem a óbito em outro Município e seu corpo é encaminhado para outra unidade do IML diferente da Unidade Central – Afrânio Peixoto. Isto porque ainda que a família tenha realizado o registro de desaparecimento numa Delegacia, nenhum funcionário das demais unidades de IML espalhadas pelo Estado estaria realizando a busca de registros nos sistemas das delegacias, mantendo-se nessas unidades, a mesma omissão absurda constatada no início das investigações.

De outro lado, a equipe da Subsecretaria de Assistência Social se dispôs a receber as informações dos IMLs, realizar buscas nos sistemas do CADUNICO e repassar os dados aos CREAS locais das regiões dos cadastros das pessoas para busca das famílias e comunicação do óbito, além do comprometimento de abordar o assunto junto às Secretarias Municipais de Assistência Social na próxima reunião da Comissão Intergestora Bipartite. Desta feita, já nas reuniões seguintes, realizadas em julho e agosto de 2018, apresentaram a proposta de fluxo de informações entre as unidades de IML para um email da Subsecretaria de Estado de Assistência Social, que repassaria as informações às Secretarias Municipais de Assistência

[949] Ata de reunião às fls. 100/101 do IC

Social competentes, que repassariam aos CREAS ou CRAS mais próximos das residências dos familiares para comunicação do óbito, nos termos de fl. 109 do inquérito civil em questão.

Na reunião seguinte, realizada em setembro de 2018, nos termos da ata de fl.161, após notificação do Ministério Público, além dos representantes do PLID, da Assessoria de Direitos Humanos e Minorias, e da Subsecretaria de Assistência Social, compareceu o Sr. André Drumond, Diretor da DGTIT (Diretoria Geral das Tecnologias da Informação e Telecomunicações) que esclareceu que a Polícia Civil já possuía um sistema de informações que reúne os dados dos IMLS e delegacias, e que bastaria, por exemplo, que a Chefia da Polícia criasse um setor nos IMLs com esta função de busca de dados de registros de desaparecimento e os funcionários deste setor teriam acesso aos sistemas de todas as delegacias do Estado, se comprometendo a levar a solicitação de tal providência à Chefia da Polícia e apesentar os resultados na próxima reunião, que já ficou agendada para outubro de 2018.

Na reunião seguinte[950], o Diretor da DGTIT reafirmou sua sugestão de criação de um setor com o fim proposto, afirmou que levou as questões debatidas na reunião anterior ao Diretor do IML e que o mesmo tinha se comprometido a contribuir com as implementações necessárias, mas, tendo em vista que nenhum novo resultado concreto havia sido demonstrado, a Promotora de Justiça concedeu um prazo final de 5 dias para que fosse apresentado um protocolo da solicitação de implementação do setor de busca de informações sugerido na Chefia de Polícia, que foi apresentado às fls. 186/187 do inquérito civil em questão.

Finalmente foi publicada a Ordem de Serviço nº 001/DGPTC de 31 de outubro de 2018, disciplinando e uniformizando as rotinas administrativas a serem adotadas pela Polícia Civil com relação aos cadáveres IDENTIFICADOS E NÃO RECLAMADOS, cuja cópia consta à fl. 196 do IC, merecendo destaque os artigos 2º, 5º, 7º, 8º e 9º da referida ordem de serviço, a seguir transcritos:

"Art. 2º- Compete ao IMLAP ou ao PRPTC, a comunicação do óbito ao familiar do cadáver IDENTIFICADO.

§1º - Na hipótese de cadáver não reclamado, caberá ao IMLAP, através do **Setor de Cadáveres Não Reclamados** a realização das diligências necessárias à localização de familiar do cadáver através de buscas em todos os bancos de dados disponíveis ao policial civil.

[950] Ata de reunião às fls. 183/184 do IC.

§2º- Verificada a hipótese de cadáver devidamente IDENTIFICADO e não reclamado em SML/PRPTCs, compete ao Serviço de Identificação e Retrato Falado/SICREF do próprio PRPTC a realização das diligências previstas no §1º deste artigo."

"Art. 5º - Esgotadas as diligências para localização de familiar do cadáver IDENTIFICADO e NÃO RECLAMADO, deverá o responsável elaborar, no sistema SPTWEB, informação circunstanciada acerca das diligências realizadas e resultados obtidos, para ciência do Dirigente do órgão em no máximo 72 (setenta e duas) horas."

"Art. 7º - Caberá ao Instituto de Identificação Felix Pacheco – IFP determina a rotina de buscas prevista no §1º do artigo 2º da presente normativa e promover o treinamento dos servidores designados pelos Dirigentes do IMLAP e aos PRPTCs.

"Art. 8º - Os dirigentes deverão estabelecer, por ato próprio, os fluxos internos e adotar todas as medidas necessárias para cumprimento da presente Ordem de Serviço, no prazo máximo de 30 (trinta) dias, a contar do início da vigência da presente normativa."

"Art. 9º - Esta Ordem de Serviço entrará em vigor na data de sua publicação."

Da leitura da Ordem de Serviço verifica-se a importância do trabalho do Ministério Público de Tutela Coletiva nos autos do inquérito em tela com o fim de garantir a efetividade dos direitos fundamentais da coletividade a partir de uma atuação resolutiva. Após a constatação da ofensa a estes direitos, a partir da verificação da omissão do Estado nos procedimentos adotados referentes a corpos identificados e não reclamados, da realização de reuniões com as autoridades competentes para demonstração dos problemas e cobrança de melhorias, conquistou-se a mudança dos protocolos adotados nas unidades de polícia técnica.

Com efeito, após a publicação da Ordem de Serviço em questão, foi realizada nova reunião com o fim de verificar se a mesma estava sendo devidamente cumprida, onde estiveram presentes André Luiz de Souza Cruz, do PLID, André Drumond, Diretor da DGTIT, Nadia Sad Abrahão, atual Diretora do Departamento Geral de Polícia Cientifica, peritos legistas do IML, Representantes da Secretaria de Estado de Desenvolvimento Social e Direitos Humanos e Maria Jovita Vieira, Coordenadora dos Desaparecidos da Subsecretaria de Promoção, Defesa e Garantia dos Direitos Humanos, nos termos da ata de fls. 215/216.

Em razão de a Sra Nádia ter assumido o cargo de Direção DGPTC naquele mês de janeiro de 2019, esclareceu que não podia confirmar se a rotina estabelecida pela Ordem de Serviço já estaria sendo cumprida em todos os postos do IML do Estado, mas reafirmou que os procedimentos previstos na normativa já estavam sendo adotados no IML Central, com a inclusão de informação no sistema de que cada busca teria sido realizada, com os dados do familiar e o resultado do contato, medida esta fundamental para comprovar que o procedimento estava sendo cumprido na prática. Ressaltou, ainda, que já estavam agendadas

vistorias em todos os postos do interior, que entre outros fins, serviriam para verificar o cumprimento da Ordem de Serviço, destacando, por fim, que o objetivo daquela Diretora seria realizar treinamentos de pessoal para melhoria no cumprimento da normativa em tela.

De outro lado, verificou-se também significativo avanço com relação à atuação das equipes de Assistência Social, que destacaram que o fluxo da localização de famílias de corpos identificados e não reclamados junto aos cadastros do CADUNICO, bem como o fluxo direto dos IMLs Regionais com as Secretarias Municipais de Assistência Social foram aprovados na Deliberação CIB, cuja cópia consta às fls.216/217, se comprometendo a prestar informações com relação à publicação da referida deliberação, bem como fornecer um e-mail para organização do fluxo entre os IMLs e aquela Secretaria.

Sendo assim, na reunião realizada em abril de 2019 foi informado pela Sra. Nadia Sad Abrahão que a partir de Ordem de Serviço DGPTC nº 001/2018 foram adotadas providências no sentido de aprimorar o serviço dentro do IML e as responsabilidades em relação aos óbitos e desaparecidos juntamente com o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, via Corregedoria de Justiça e outros órgãos que, em conjunto, elaboraram uma minuta de Resolução para disciplinar diversos aspectos das atividades do IML, englobando o objeto do inquérito civil em tela, qual seja, procedimentos adotados com relação aos corpos identificados e não reclamados, nos termos da ata de reunião de fls. 229/230.

Foi informado pela Diretora que a minuta encontrava-se na Assessoria Jurídica da Polícia Civil e que após a aprovação da Resolução, cuja cópia foi juntada às fls. 231/250 do IC, será feita a capacitação dos peritos, tendo sido sugerido pela Dra. Eliane Lima Pereira (Assessora de Direitos Humanos e Minorias do MPRJ) que fosse incluída cláusula de compartilhamento de dados do IML com o Ministério Público e comunicação ao PLID, o que será analisado pela Diretora da DGPTC.

Além disso, pela Coordenação do CADUNICO foi informada a criação do email gtlocalização.rj@gmail.com para receber informações dos IMLs e realizar as buscas nos Municípios, conforme pactuado na Deliberação CIB (Comissão Intergestores Bipartite), aguardando apenas a finalização em razão da mudança de Secretaria a que a CIB estava vinculada.

Por fim, merecem destaque os artigos 20 e 21 da referida Resolução que está sob análise dos órgãos competentes da Polícia, uma vez que diretamente relacionados com os protocolos adotados nos casos de corpos identificados e não reclamados, que consistem no objeto do inquérito civil analisado no presente caso, senão vejamos:

“Art. 20 – Certificada a real identidade de um cadáver e decorridas mais de 72 (setenta e duas horas) da entrada do corpo na Unidade Médico Legal e sua respectiva necropsia, o

Setor de Controle de Cadáveres do IMLAP, procederá à busca ativa pelos familiares através de pesquisas biográficas e análise de vínculos, nos bancos de dados aos quais tem acesso em razão de sua atividade de polícia judiciária, a saber: Aplicativos WEB da rede INTRAPOL – ROWEB, SPWEB, SICWEB; Sistema Estadual de Identificação- SEI, Portal de Segurança/RJ, INFOSEG."

"§1º - Nos PRPTCs, compete ao Papiloscopista do Serviço de Identificação Criminal e Retrato Falado – SICREF realizar as pesquisas citadas no *caput* deste artigo."

"Art. 21 – Quando se tratar de **cadáver COM IDENTIDADE CIVIL CERTIFICADA mas ainda NÃO RECLAMADO *in locu,*** compete ao IMLAP ou aos PRPTCs realizar o contato, por todos os meios de comunicação disponíveis, com os familiares localizados a partir das pesquisas determinadas no artigo 2 para dar-lhes ciência da necessidade de comparecimento à Unidade Médico Legal em até 48 (quarenta e oito) horas, a fim de receberem a declaração de óbito, providenciarem o registro do óbito em cartório e a devida inumação."

"§1º - Decorrido o prazo do *caput* deste artigo ou caso o contato com os familiares não seja efetivado, o dirigente do Órgão Médico Legal deverá providenciar o registro de óbito em Cartório no máximo até o 8º (oitavo) dia, contados da entrada do cadáver na Unidade Médico Legal, e adotar providências para a inumação do corpo, em até 30 (trinta) dias do registro de óbito efetivado, observados os dispositivos da Lei Federal 6.015/1973, salvo na hipótese do cadáver ser destinado à doação, nos termos da Lei Federal 8.501/1992."

CONCLUSÃO OBJETIVA

Diante do exposto, em que pese a análise com relação a possíveis melhorias no texto na minuta de Resolução que se pretende adotar, bem como na necessidade de adoção dos procedimentos de busca de registros de desaparecimentos nos sistemas da Polícia nas unidades de IML do interior do Estado, é possível concluir que a atuação do Ministério Público na defesa dos direitos fundamentais de forma efetiva resultou na publicação da Ordem de Serviço 001/2018 DGPTC, que se encontra em vigor e determinou a implementação de procedimentos de busca nos casos de corpos identificados e não reclamados, que se encontram em pleno funcionamento pelo menos no IML Central do Município do Rio de Janeiro.

Além disso, verificou-se que a partir da atuação do Ministério Público no bojo do inquérito civil analisado, foram criados fluxos entre os IMLs e os órgãos de Assistência Social

do Estado e dos Municípios, devidamente aprovados pelas Deliberações competentes, no intuito de diminuir o sofrimento das famílias que ainda buscam desaparecidos.

Por fim, espera-se que os avanços ainda necessários nos procedimentos para busca de familiares de pessoas desparecidas, que podem ter aparecido para o Estado na forma de corpos identificados e não reclamados, sejam adotados em breve pelos órgãos competentes, a partir da atuação contínua do Ministério Público, seja através da atuação extrajudicial, ou da competente Ação Civil Pública, caso a mesma se faça necessária. Estamos, afinal, garantindo os direitos fundamentais das famílias de pessoas desaparecidas de forma efetiva, confiando que a partir das mudanças de tais práticas, no próximo estudo a ser elaborado com relação às atividades do PLID, seja possível verificar a diminuição de comunicações de óbito de corpos identificados e não reclamados inumados como indigentes.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: Cabe ao Ministério Publico a atuação extrajudicial e judicial na defesa dos direitos fundamentais de familiares de pessoas desaparecidas, de modo a garantir que o Estado adote procedimentos adequados e necessários para o cruzamento de dados de registros de desaparecimento em órgãos públicos e para a busca ativa de familiares, e com isso abstenha-se da prática de inumação de “corpos identificados e não reclamados” como indigentes.

MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO - Atuação dialógica: caminho para efetivação do caráter de Agente de Transformação Social e Influenciador /indutor de políticas públicas

Selma Magda Pereira Barbosa Barreto
Promotora de Justiça do Estado de Pernambuco
Ouvidora Geral do MPPE

Palavras-chave: Ministério Público — Novo Código de Processo Civil – CNMP – Recomendações sobre atuação cível – Reformulação – Novos paradigmas – Resolutividade – Transformação social – Agente Influenciador – Políticas Públicas – Democracia participativa .

I. INTRODUÇÃO

Produto do processo de redemocratização brasileira iniciado no final dos anos 70, a Constituição Federal de 1988 – CF – consolidou o Regime Democrático e o Estado de Direito. As garantias constitucionais, o republicanismo e a ordem social e econômica justa e solidária – em que a dignidade humana se torna o centro de todo o ordenamento jurídico, político e social, são os seus pilares. Para serem válidos e legítimos, os atos administrativos, as normas jurídicas e as decisões judiciais necessitam se conformar aos valores insculpidos na Lei Maior.

O Ministério Público – MP –, assumiu posição de destaque no cenário nacional, como observa Marcelo Goulart, *verbis*:

> Ao projetar um Estado social dirigido à promoção do bem comum, não foi difícil ao constituinte reconhecer no Ministério Público um dos canais de que a sociedade poderia dispor para a consecução do objetivo estratégico da República, qual sejam a construção de uma democracia econômica e social. A trajetória traçada historicamente pela Instituição habilitou-a à representação dos interesses sociais e dos valores democráticos. Nessa perspectiva, a Constituição de 1988 consolidou o novo perfil político-institucional do Ministério Público, definindo o papel essencial que deve desempenhar numa sociedade

> complexa, na defesa do regime democrático, da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, instrumentalizando-o para tais fins (CR, art. 127, caput).[951]

Ao reconhecer a sociedade como fonte de poder – art. 1º, parágrafo único – e o indivíduo como centro das ações estatais, a CF condicionou a validade dos atos administrativos à observância dos direitos e garantias que estabelece. Neste contexto, a atuação do MP deve estar direcionada ao fortalecimento da cidadania e da dignidade da pessoa humana – bases do sistema de garantias e liberdades públicas –, primando pela atuação eficiente, célere e resolutiva em substituição das práticas demandistas.

Na esfera cível, a Lei nº 13.105, de 16/03/2015 – Novo Código de Processo Civil/NCPC –, estabelece em suas primeiras linhas como alicerce de sua ordenação, disciplina e interpretação, os valores e as normas fundamentais da Constituição de 1988, transformando o processo civil em instrumento de realização de valores e propósitos constitucionais. A solução consensual dos conflitos e, no modelo de solução por adjudicação, o sistema de precedentes, são reafirmados pelo CPC. A criação normativa passou a ser função do Judiciário através do *Incidente de Assunção de Competência, Incidente de Demandas Repetitivas e Reclamação.*

A Carta de Brasília estabeleceu diretrizes para a atuação ministerial resolutiva[952], sendo um dos marcos da retomada pelo Ministério Público brasileiro do protagonismo da defesa e promoção da democracia e das garantias constitucionais, inspirando e orientando o trabalho institucional, para ajustá-lo à ordem constitucionalmente estabelecida.

A resolutividade e a qualidade das ações do MP baseadas na proatividade dos seus membros, compreende a consensualidade no trato dos conflitos e a primazia dos resultados finalísticos, através da utilização dos mecanismos de prevenção e solução extrajudicial dos reclamos sociais ou individuais indisponíveis, sendo, portanto, fundamental para a assunção da postura de transformador da realidade social conferida ao *Parquet.* Ao assumir a postura proativa, o MP não transforma apenas a sociedade; influencia-a, transformando-a em multiplicadora de posturas que elevam a democracia e, em especial, a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

---

[951] GOULART, Marcelo Pedrosa. *Elementos para uma teoria geral do Ministério Público.* BH:Arraes Editores, 2013, p. 78.

[952] Após a Carta de Brasília o CNMP editou as Recomendações CNMP nº 164/2017 (disciplina a expedição de recomendações); nº 54/2017 (Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro); nº 179/2017 (Disciplina o Termo de Ajustamento de Conduta); nº 181/2017 (Disciplina o Procedimento Investigatório Criminal); Recomendações de Caráter Geral CNMP/CN nº 02/2017 (Estabelece diretrizes para a Estruturação e Atuação das Escolas Institucionais e nº 02/2018 (Disciplina os Parâmetros para a Avaliação da Resolutividade e da Qualidade da Atuação dos Membros e das Unidades do Ministério Público pelas Corregedorias-Gerais).

II. JUSTIFICATIVA

O CNMP, que tem como funções o controle da atuação administrativa e financeira do Ministério Público e do cumprimento dos deveres funcionais de seus membros – EC nº 45/2004, atuando dentro de sua competência, expediu, em 28/04/2010, a Recomendação CNMP/CN nº 16, dispondo sobre a intervenção ministerial na área cível, tendo como premissa a concretização dos arts. 127 e 129 da CF. O ato normativo elencou como prioridades o planejamento das ações institucionais, a valorização dos cargos exercidos e a relevância das funções perante os Tribunais, apontando medidas necessárias para o alcance dos objetivos traçados.

Em 18/05/2011, a Recomendação nº 19 debruçou-se sobre a atuação da Segunda Instância do órgão ministerial, seguindo o regramento contido na Recomendação nº 16/2010, acrescentando a desnecessidade intervenção de mais de um órgão do MP na mesma ação - inclusive nas ações civis públicas -, podendo oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento processual, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão de segunda instância. [953]

Em 05/04/2016, a Recomendação nº 34 revogou expressamente a Recomendação nº 16/2010, alinhando a atuação como órgão interveniente ao CPC/2015, à jurisprudência dos Tribunais e às súmulas do Superior Tribunal de Justiça – STJ – e do Supremo Tribunal Federal, STF. O ato normativo sem caráter vinculatório não mais dispôs sobre as matérias em que a intervenção se torna desnecessária; mas sobre aquelas em que a atuação é fundamental para o cumprimento das funções estabelecidas pela CF. Para tanto, elencou como percursos indispensáveis o planejamento estratégico; a avaliação da relevância social dos temas e processos em que atue; a busca da efetividade em suas ações e manifestações, e a limitação da atuação ministerial em matérias socialmente relevantes, direcionando-as para a defesa dos interesses da sociedade – incs. I a IV, do art. 1º. O foco, portanto, é a transformação social promovida pelas ações institucionais.

---

[953] *Art. 6º. Altera a redação do artigo 3º e do artigo 5º, inciso XX, da Recomendação nº16/2010, para que passem a ter a seguinte redação:*

"Art. 3º. É desnecessária a atuação de mais de um órgão do Ministério Público em ações individuais ou coletivas, propostas ou não por membro da Instituição, podendo oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis, em fase recursal, pelo órgão com atuação em segundo grau."

Art. 5º. Perfeitamente identificado o objeto da causa e respeitado o princípio da independência funcional, é desnecessária a intervenção ministerial nas seguintes demandas e hipóteses:

I - (...)XX – Em ação civil pública proposta por membro do Ministério Público, podendo, se for o caso, oferecer parecer, sem prejuízo do acompanhamento, sustentação oral e interposição de medidas cabíveis,em fase recursal, pelo órgão com atuação no segundo grau";

XXI – (...).

Consolidam-se, assim, no âmbito das recomendações do CNMP, dois elementos imprescindíveis ao desempenho das atividades ministeriais: *gestão estratégica e releitura da atuação de seus membros, visando à efetividade constitucional do Ministério Público no cenário sociopolítico brasileiro*[954]. Torna-se visível, por outro lado, a preocupação com o ajuste do exercício da função ministerial à jurisprudência firmada nos Tribunais, em especial do STJ e STF, em decorrência da consolidação dos precedentes judiciais.

Em 05/07/2017, a Recomendação nº 57[955] revogou disposições da Recomendação nº 19/2011 ao dispor sobre a atuação do Ministério Público nos Tribunais. Representa grande avanço nos debates institucionais acerca da atuação perante a Segunda Instância. Assim, tanto na Primeira quanto na Instância Máxima da Instituição Ministerial, a atuação deve se conformar ao papel constitucionalmente delineado de agente de transformação social e artífice dos objetivos da ordem democrática instaurada em 1988. Ou seja, à formação/consolidação de uma sociedade justa, livre e solidária, liberta da pobreza e marginalização, das desigualdades sociais e regionais indiscriminadamente, a fim de garantir a dignidade e a cidadania, fundamentos da ordem constitucional posta[956].

Dessa forma, atento às mutações jurídicas, sociopolíticas e econômicas, o CNMP estabeleceu parâmetros que revelam a preocupação no repensar da atuação ministerial na

---

[954] A Carta de Brasília, aprovada pelos Corregedores Nacionais e Corregedoria do CNMP, no 7º Congresso de Gestão em setembro de 2016, traçou o Planejamento Estratégico como uma das ferramentas imprescindíveis para a reestruturação do desenvolvimento das atividades ministeriais, visando à efetividade da atuação institucional em consonância com as funções constitucionalmente que lhe foram delegadas. Para aprofundamento sobre a matéria, leitura importante é o artigo Ludmila Reis Dias Lopes e Maria Clara Mendonça Perim: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Cursos_Realizados/2017/MP_Resolutivo/Artigo_Ludmila_Reis_Carta_de_Brasilia_Novos_horizontes_para_atuacao_resolutiva_para_MP.pdf

[955] A Recomendação nº 57/2017 (PEP nº 2/2017 - Realizar pesquisas, estudos, análises e a apresentação de propostas e orientações sobre a atuação do Ministério Público em 2º Grau de Jurisdição. Procedimento Administrativo nº 0.00.002.000248/2017-15. Edital nº 1 de 19 de abril de 2017. Proposição nº 1.00495-2017-96. Recomendação nº 57 de 05 de julho de 2017) foi elaborada a partir da Proposta de Estudos e Pesquisas nº 02/2017 do CNMP, constituindo-se comissão composta pelo Procurador de Justiça do MPMG Afonso Henrique de Miranda Teixeira - Presidente da Comissão -, e pelos seguintes membros: Procurador de Justiça do MPDFT José Eduardo Sabo Paes; Procurador Regional da República Elton Venturini; Promotora de Justiça do MPDFT Lenna Luciana Nunes Daher e o Promotor de Justiça do MPMG Gregório Assagra de Almeida7. A metodologia utilizada consistiu em estudos sobre a Legislação Orgânica do Ministério Público, do Código de Processo Civil, da Jurisprudência do STJ e STF e da doutrina, com a realização de Consulta Pública ao Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, ao Conselho Nacional de Corregedores -Gerais do Ministério Público dos Estados e da União, à juristas, às associações do Ministério Público e a interessados, através de divulgação na página eletrônica do CNMP e abertura de prazo para sugestões eletronicamente8. Em 24/05/2017 foi realizada audiência pública no CNMP, pela Corregedoria Nacional, encerrando os trabalhos de pesquisa, culminando na proposta de Recomendação elaborada pela comissão, acatada e expedida na forma de Recomendação pelo Corregedor Nacional, Claudio Henrique Portela do Rego, em 05/07/2017. (PEP é Ferramenta de gestão normatizada pela Portaria CNMP-CN nº 87/2016, que tem como finalidade o aprofundamento da análise sobre o tema proposto, a fim de criar norma - no caso, orientadora-, visando à efetividade da atuação institucional)

[956] Marcelo Goulart afirma que ... *o projeto democrático definido na Constituição se expressa como* vontade política *transformadora, e o Ministério Público, no papel de co-construtor desse projeto, apresenta-se como* agente dessa vontade . *In 30 ANOS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 e o Ministério Público, avanços, retrocessos e os novos desafios.* CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs, - Belo Horizonte:Editora D´Plácido, 2018, p. 111.

esfera civista, desde o momento antecedente à eventual propositura da ação pelos órgãos de execução até a fase recursal, considerando a realidade processual e demandista dos Tribunais.

O CPC em vigor, em seu artigo 1º , estabelece que os valores e as normas fundamentais estabelecidos na Constituição Federal são suas bases legais e interpretativas.

Prima facie, identifica-se que a lei adjetiva civil estabelece o sistema de valoração das normas no processo criativo, estrutural e interpretativo, quando da análise do caso concreto. A premissa básica são os ideais democráticos. Assim, ao lado da norma posta encontram-se os princípios, que adquiriram força normativa por serem a expressão dos anseios máximos da sociedade sobre a qual repousam. No CPC encontram-se a consensualidade na resolução dos conflitos; a razoável duração do processo e a cooperação processual – que tornou os partícipes do processo responsáveis pela celeridade processual com primazia do julgamento do mérito. Deste modo, deve o processo servir de instrumento de transformação da realidade social – e não apenas individual ou *inter partes* – através exercício da função jurisdicional. Portanto, partir de 2015, baseado na legislação processual civil, o Judiciário fortaleceu-se como órgão criador de normas que, dentro do sistema de precedentes, gera efeitos além dos limites do processo, como destaca Fredie Didier Junior:

> *... Após a Constituição de 1988, a doutrina passou a defender a tese de que a Constituição, como fonte de normas jurídicas, deveria ser aplicada pelo órgão jurisdicional...* [957]
> *Passa-se, então, de um modelo de Estado fundado na lei (Estado Legislativo) para um modelo de Estado fundado na Constituição (Estado Constitucional).*
> *... o princípio deixa de ser técnica de integração do Direito e passa a ser encarada como uma espécie de norma jurídica.*
> *... a função jurisdicional passa a ser encarada como uma função essencial ao desenvolvimento do Direito, seja pela estipulação da norma jurídica do caso concreto, seja pela interpretação dos textos normativos, definindo-se a norma geral que deles deve ser extraída e que deve ser aplicada a casos semelhantes...*
> *Consagram-se as máximas (postulados, princípios ou regras, conforme a teoria que se adote) da proporcionalidade e da razoabilidade na aplicação das normas.*
> *Identifica-se o método da concretização dos textos normativos, que passa a conviver com o método da subsunção. Expande-se, ainda, a técnica legislativa das cláusulas gerais, que exigem do órgão jurisdicional um papel ainda mais ativo na criação do Direito.*[958]

No entanto, estudos realizados pelo Conselho Nacional de Justiça revelam que, no final do ano de 2017, haviam em trâmite na Justiça brasileira 80,1 milhões de processos, sendo que apenas 30 milhões foram solucionados, havendo, portanto, um passivo na ordem de 50,1 milhões de demandas não finalizadas em 2018, conforme relatório do referido CNJ[959].

---

957 JUNIOR, Fredie Didier. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* Salvador:Ed. Jus Podivm, 17ª edição, p. 40.

958 Idem, pp. 41-42.

959 *In* http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf. Acesso em 13/05/2019.

Analisando os dados acima destacados, percebe-se que o Judiciário não tem conseguido garantir ao cidadão o efetivo acesso à justiça, uma vez que o simples exercício do direito de provocar a jurisdição no caso concreto não representa o cumprimento do comando constitucional; este se dá quando se torna efetiva a prestação jurisdicional invocada. A judicialização exacerbada tem provocado o inchaço do aparelho estatal, gerando custos elevados que são suportados pelos contribuintes, prolongando as situações conflituosas, gerando a insegurança e o descrédito das instituições judiciais.

Diante desta realidade, o CPC de 2015 criou os mecanismos da primazia da consensualidade e dos precedentes, objetivando alcançar eficiência e eficácia na atuação jurisdicional, ora estimulando a participação das partes e da própria sociedade na solução das lides ora afetando situações já enfrentadas pelas Cortes Superiores. Embora os esforços hercúleos do Judiciário para apresentar, em tempo razoável, respostas ao cidadão na busca da pacificação social, a realidade apresentada não oferece sinais de melhoria do estrangulamento da atividade judicial nesse primeiro momento.

O Ministério Público, neste contexto, é chamado para ocupar o espaço que lhe foi atribuído pelo constituinte, primando pela garantia do acesso à justiça – não meramente ao Judiciário – ao cidadão, como observa Leísa Mara Silva Guimarães[960]:

> Defende-se que a resolutividade institucional é o marco do Ministério Público para ampliar o acesso à justiça de forma alternativa ao tradicional acesso ao poder Judiciário. Conforme a terceira onda, é canal para desenvolvimento da democracia e efetiva resolutividade de questões primordiais para a sociedade, tais como os direitos coletivos ou de grupo.

A resolutividade representa a adoção de medidas necessárias ao alcance da pacificação ou transformação da realidade social que, necessariamente, passa pelos valores e necessidades apresentadas pelo grupo social em que se desenvolve a tensão ou o litígio e a atuação *parquetiana* e, neste contexto, há de se observar que a atuação proativa do agente ministerial na esfera extrajudicial deve ser a regra, sendo a judicialização exceção e somente adotada quando se esgotarem os meios à disposição do Ministério Público para o alcance da solução negociada do conflito ou demanda social.

Moreira e Alvarenga[961], afirmam que, *verbis:*

> Mesmo na fase, digamos, pré-judicial do processo coletivo, em que o juízo busca mediar uma solução ao feito, há que se levar em conta que o próprio Ministério Público perde em muito o seu protagonismo na defesa da coletividade, justamente porque, uma vez

[960] GUIMARÃES. Leísa Mara Silva. *Ministério Público Resolutivo no enfoque de acesso à justiça. In 30* anos da Constituição de 1988 e o ministério público: avanços, retrocessos e os novos caminhos. CAMBI. Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. Ogs. Belo Horinzonte:Editora D'Plácido, 2018, p. 345.

[961] MOREIRA. Jairo Cruz. ALVARENGA. Samuel. O MINISTÉRIO PÚBLICO INFLUENCIADOR: novas ponderaçõeos sobre o perfil resolutivo da Instituição. CAMBI. Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. Ogs. Belo Horinzonte:Editora D'Plácido, 2018, p. 146.

> judicializada a matéria, salvo se as partes queiram transigir fora do ambiente forense, todos os encontros e a rotina na audiência passará a depender da própria disponibilidade do juízo.

A judicialização, nesse viés, desfalca a sociedade do instrumento de grande valor para a realização democrática, que é a atuação ministerial proativa e célere, seguindo o modelo de solução consensual dos conflitos, através da articulação promovida pelo *Parquet* entre o grupo e os Entes e órgãos públicos responsáveis pelas medidas garantidoras da cidadania. A consensualidade, nesse sentido, não apenas promove a maior satisfação do cidadão ao lhe garantir voz na solução da lide, mas, também, o cumprimento do princípio temporal da razoabilidade até a conclusão da solução perseguida pelo indivíduo.

A atuação ministerial, portanto, reveste-se de natureza política e mediadora entre o grupo/sociedade e a administração pública, exigindo do(a) representante ministerial capacitação para intermediar os conflitos de forma negociada e, ainda, de profundo conhecimento da realidade social e dos dados do Poder Público no local de atuação, além da *expertise* na área de sua atuação. Nas palavra de Moreira e Alvarenga[962]:

> O Ministério Público deve melhor se aparelhar para não mais buscar a implementação de políticas públicas pela via estanque e pouco dinâmica da judicialização. Em certa medida, pretender essa implantação, de inopino, também pela via resolutiva, de forma extrajudicial, poderá restar frustrada caso o gestor, realmente, não disponha de recursos para o acatamento da medida. Por isso, deve o Parquet adotar postura de órgão influenciador em relação ao gestor político no tocante à implantação de políticas públicas.
> A feição influenciadora do órgão ministerial deve ser apta a se antecipar ao problema, acompanhar o planejamento do orçamento para o ano seguinte, identificar potenciais conflitos coletivos na implementação desses direitos sociais e, acima de tudo, dialogar e interagir solidamente com a sociedade civil, diretamente ou por meio dos conselhos sociais.

A atuação resolutiva, portanto, deve ter como alvo a solução do conflito ou atendimento dos anseios do grupo através da efetivação dos direitos e garantias constitucionalmente assegurados, em especial nas relações de caráter metaindividual independentemente da participação judicial. Em tempos em que vários atores sociais questionam a atuação ministerial e sua importância no cenário político, social e jurídico, urge a retomada do seu protagonismo na solução dos conflitos. A utilização dos mecanismos extrajudiciais não apenas fortalece a instituição ministerial. Representa a reafirmação da democracia participativa, trazendo para o diálogo e solução dos conflitos o cidadão, que passa a ter voz na adoção das políticas públicas necessárias para a reafirmação constitucional. Nesse cenário, o indivíduo é empoderado como cidadão e ocupa o assento político e social que lhe é peculiar no Estado Democrático.

Portanto, a transformações sociais, políticas, econômicas e culturais pelas quais passa a sociedade a partir do final do Sec. XX e início do Sec. XXI , impõem mudanças na cultura

[962] Idem, p. 147.

demandista. A utilização prioritária dos meios jurisdicionais demonstrou a incapacidade estatal de enfrentamento da conflituosidade social. Neste ambiente, o Ministério Público reassume o papel constitucional que lhe foi atribuído na defesa da ordem jurídica, dos direitos da coletividade e individuais indisponíveis e, para cumprimento do mister, urge a concentração de suas atividades nas questões socialmente relevantes, assumindo postura de protagonista da solução das demandas sociais que lhe são apresentadas através de técnicas de consensualidade que, reclamam: *I - conhecimento da história e da realidade social de atuação, através de estudo da formação sociopolítica; de suas peculiaridades sociais e identificação dos valores locais; da economia, dos aspectos climáticos, geográficos, financeiros e orçamentários do ente e/ou órgão estatal, através de consultas à administração pública e/ou aos órgãos de controle e de transparência das esferas de Governo; II - especialização na área de atuação, através de realização de cursos, seminários e pesquisas, estimulando-se a proatividade das Escolas Superiores do Ministério Púbico – convênios com Universidades e Escolas Públicas para fomento da especialização dos membros das Instituições Ministeriais; IV - diálogo exaustivo com a sociedade e com os seus órgãos de representação a fim de ouvir, filtrar e compreender os desejos e necessidades dos cidadãos com a finalidade de direcionar as ações para a efetivação do(s) direito(s) mais urgentes da sociedade em que atua, estabelecendo uma escala de prioridades (planejamento), de acordo com a expressão dos cidadãos, estabelecendo, por fim, diante dos dados, diálogo com os demais poderes públicos a fim de se buscar a efetividade dos direitos e garantias constitucionais.* Neste caso, é importante se destacar que as Ouvidorias do Ministério Público concentram base de dados que servem de ferramenta para a atuação dos órgãos de execução em suas áreas de atuação.

Este é o grande desafio apresentado ao *Parquet*, o qual, vencido, elevará a Instituição ao patamar de órgão essencial à justiça, como delineado pelo constituinte de 1988.

III. CONCLUSÃO OBJETIVA

Os membros do Ministério Público que operem na esfera extrajudicial e judicial - neste último caso, se permitido pela Lei Processual Civil –, para atender o papel constitucionalmente atribuído ao órgão, devem concentrar a atuação nas questões socialmente relevantes, assumindo postura proativa que envolve a adoção de técnicas de resolução de conflitos. Para tanto, devem realizar estudos da realidade social, geográfica e econômica da Cidade e Região em que atua através de*: a) audiências públicas, envolvendo a sociedade civil e conselhos de representação social – ; b) pesquisa de dados da gestão administrativa*

como os Planos Plurianuais e dados do orçamento; c) visitações ao locus dos problemas; d) e, por fim, diálogo permanente com os legisladores e gestores públicos, utilizando-se de técnicas de consensualidade – sempre buscando o atendimento dos direitos e garantias constitucionais –, influenciando ou induzindo as políticas públicas. A judicialização, portanto, será adotada apenas em casos de esgotamento, sem sucesso, dos procedimentos negociais.

REFERÊNCIAS

ALVARENGA, Samuel. VITORELLI, Edilson. Seminário Atuação Extrajudicial e Vanguardista da Instituição.- Rondônia, 19/11/2018. Disponível em https://drive.google.com/drive/my-drive.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. Orgs. *30 anos da constituição e o Ministério Público: avanços, retrocessos e os novos desafios.* Belo Horizonte:Editora D'Plácido, 2018.

GARCIA, Emerson. *Interpretação Constitucional: A resolução das conflitualidades intrínsecas da norma constitucional.* São Paulo:Ed. Atlas, 2015.

JUNIOR, Fredie Didier. *Curso de direito processual civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento.* Salvador:Ed. Jus Podivm, 17ª edição.

MOREIRA. Jairo Cruz. ALVARENGA. Samuel. O MINISTÉRIO PÚBLICO INFLUENCIADOR: novas ponderações sobre o perfil resolutivo da Instituição. CAMBI. Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. Ogs. Belo Horinzonte:Editora D'Plácido, 2018, p.

A Carta de Brasília: novos horizontes para a atuação resolutiva do Ministério Público. Ludmila Reis Brito Lopes e Maria Clara Mendonça Perim. Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Cursos_Realizados/2017/MP_Resolutivo/Artigo_Ludmila_Reis_Carta_de_Brasilia_Novos_horizontes_para_atuacao_resolutiva_para_MP.pdf

BRASIL. *Conselho Nacional do Ministério Público-CNMP . Atos e Normas*. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas-resultados. Acesso em 14/02/2019.

Lei nº 13.105/2015. Código de Processo Civil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 14/02/2019.http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/09/da64a36ddee693ddf735b9ec03319e84.pdf, acesso em 13/05/2019.

A atuação do Ministério Público na efetivação de políticas públicas para melhorias na área de segurança pública como proteção do bem fundamental da vida

Eduardo José Falesi do Nascimento [1]
(email: falesi@mppa.mp.br)

Proposta de Enunciado:
"Incumbe ao Ministério Público intervir nas políticas públicas afetas à área da segurança pública quando ausente ou deficiente a atuação por parte do poder público."

Resumo: O presente trabalho tem por objetivo precípuo apresentar estudo acerca do papel constitucional do ministério público na discussão acerca da efetivação de garantias de políticas públicas que possam proporcionar a melhoria nos serviços afetos à área de segurança pública públicos à comunidade, de modo, assim a salvaguardar o bem fundamental da vida. Inicialmente, serão feitas considerações dos aspectos relacionados à legitimidade de atuação do *Parquet*, do direito à vida como garantia constitucional e maior bem jurídico fundamental tutelado do ser humano no estado democrático brasileiro e a necessidade de salvaguarda da dignidade da pessoa humana no acesso ao aparato de segurança pública e da plena admissibilidade de judicialização de políticas públicas quando caracterizada omissão por parte do poder público, além de uma abordagem sobre a separação dos poderes e reserva do possível.

Palavras-chave: SERVIÇOS PÚBLICOS DE SEGURANÇA PÚBLICA. PROTEÇÃO A BEM FUNDAMENTAL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. SEPARAÇÃO DE PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL.

Sumário: 1. Introdução. 2. Da legitimidade de atuação do Ministério Público. 3. Do direito à segurança pública como garantia constitucional e fundamental do ser humano no estado democrático de direito. 4. O princípio administrativo da eficiência e a necessidade de sua

efetivação nas políticas públicas da área da segurança pública para salvaguarda da dignidade da pessoa humana. 5. A plena viabilidade de judicialização de políticas públicas na área da segurança pública frente aos princípios da separação dos poderes e reserva do possível. 6. Considerações finais. 7. Bibliografia.

1. INTRODUÇÃO

O direito à segurança pública constitui-se em direito indisponível, transindividual e, portanto, fundamental, eis que instrumento a serviço da própria vida, de modo que, através da atuação do Ministério Público, pretende-se não somente a defesa dos direitos individuais homogêneos, mas, ainda, a tutela de interesses difusos e coletivos relacionados à ausência de políticas públicas, cuja omissão estatal deixa de conferir o mínimo de dignidade à pessoa humana.

Na análise de demandas – extrajudiciais e/ou judiciais – que tenham por objeto a implementação de políticas públicas afetas à garantia do direito à segurança pública, indispensável que tanto Ministério Público quanto o Poder Judiciário – no caso de judicialização – possam estar atentos diante dos argumentos acerca da separação de poderes e da reserva do possível com vistas, assim, a afastar teses que, na prática, não potencializam qualquer tipo de violação aos princípios acima especificados e que possam afetar sobremaneira o direito à segurança pública, que, como garantia constitucional, deve ser primado com a máxima eficiência para efetivação do exercício da cidadania.

2. DA LEGITIMIDADE DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Com a promulgação da Carta Republicana de 1988, por intermédio do art. 127, atribuiu-se ao *Parquet* total independência e autonomia funcional tendo por objetivo precípuo garantir – efetivamente – os direitos dos cidadãos acima de qualquer interesse, inclusive contra o próprio ente estatal no caso de descumprimento de seus deveres constitucionais e/ou infraconstitucionais.

Nesta seara, incumbe ao Ministério Público zelar pela observância das ações/programas de competência do poder público afetos aos serviços de segurança pública que devem ser prestados à população, por intermédio da atuação extrajudicial ou através de ação judicial específica.

Em outras palavras, o que se pretende dizer, neste momento, é que a atuação através de medidas coercitivas preventivas ou mesmo curativas, instrumentalizadas por mecanismos específicos dispostos em regramentos normativos vigentes, almejam o cumprimento por parte do ente público em garantir uma forma mínima e digna de segurança pública aos munícipes, inclusive, aí, com melhorias nas condições oferecidas aos agentes estatais incumbidos da árdua tarefa de fazer prevenir a ocorrência de crimes e, em ocorrendo, imprimir a repressão.

O art. 127, "*caput*", da *lex fundamentalis* assim estabelece:

> "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."

Pela leitura e interpretação do dispositivo constitucional retro transcrito, extrai-se a sua auto-aplicabilidade na efetivação à garantia de direitos considerados indisponíveis a todo e qualquer cidadão brasileiro, como a segurança pública.

E o direito à segurança pública, como será melhor explanado em tópico específico, constitui-se em direito indisponível e transindividual, de modo que, através da presente ação civil pública pretende-se tutelar interesses difusos relacionados à segurança pública neste município, face ser o Órgão Ministerial uma Instituição pela qual incumbe-lhe, além da defesa e fiscalização do regime democrático, da correta aplicação das leis e da proteção aos direitos individuais indisponíveis ou homogêneos, coletivos, a busca pela garantia dos direitos difusos.

A segurança pública, sob a ótica do Direito Administrativo, devido à sua essencialidade possui natureza jurídica de serviço público, de exclusiva competência e obrigação do Estado-Membro, sendo considerado *uti universi*, de modo que segundo os ensinamentos do Representante do Ministério Público de São Paulo, Valter Foleto Santin na obra "*Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*", Ed. RT, pág. 209, "a legitimação do Ministério Público decorre da caracterização da segurança pública como direito difuso, dizendo respeito a interesses transindividuais, de natureza indivisível, relacionado a número determinável ou indeterminável de pessoas, a justificar a intervenção do Ministério Público. 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 pelocaráter de direito

social do valor segurança (art. 6º.), predicados incluídos facilmente no rol dos interesses sociais defendidos pelo Ministério Público (art. 127, caput, CF).”

Resta ser inafastável a atuação do *Parquet* nas causas de interesses denominados transindividuais, tendo por finalidade a busca pela efetiva garantia a uma eficiente, efetiva e regular prestação de serviço público de segurança pública à população com a implementação de políticas públicas garantidoras do bem fundamental da vida.

3. DO DIREITO À SEGURANÇA PÚBLICA COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL E FUNDAMENTAL DO SER HUMANO NO ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO

Sobre o dever do pode público estadual, via ente federativo ESTADO, em proporcionar segurança pública à população, imprescindível a transcrição do disposto no art. 144, da *lex fundamentalis*:

> “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 rodoviária estadual;
>
> IV – polícias civis;
>
> V – polícias militares e corpo de bombeiros militares.”

Como firmado no título do presente escrito, é objeto do presente escrito a relevância da atuação do Ministério Público, seja de natureza preventiva ou repressiva, nas políticas públicas que sejam legalmente impostas ao poder público estadual com vistas, não somente proporcionar quantitativo mínimo de agentes estatais de segurança para atendimento à população, mas, sobretudo, conferir condições adequadas estruturais dos serviços prestados nesta área tão sensível da população.

Exsurge do dispositivo constitucional retro especificado acerca da necessidade de garantir-se à população uma segurança pública mínima e condizente com os anseios daqueles

que cotidianamente procuram honrar com as obrigações tributárias e, assim, contribuir diretamente para que o ente federativo cumpra com seu mister, dentre eles o da segurança pública.

Ao abordar o tema da segurança pública, o Ministro da Corte Suprema, Alexandre de Moraes, na clássica obra "*Direito Constitucional*", 20ª ed., Ed. Atlas Jurídica, pág. 745, ensina:

> "A polícia, como conceitua Guido Zanobini, é 'a atividade da administração pública dirigida aconcretizar, na esfera administrativa, independentemente da sanção penal, as limitações que são impostas pela lei à liberdade dos particulares ao interesse da conservação da ordem, da segurança geral, da paz social e de qualquer outro bem tutelado pelos dispositivos penais', sendo usual a classificação da polícia em dois grandes ramos: polícia administrativa e polícia judiciária, conforme salienta André Laubadère. A polícia administrativa é também chamada de polícia preventiva, e sua função consiste no conjunto de intervenções da administração, conducentes a impor à livre ação dos particulares a disciplina exigida pele vida em sociedade.
>
> Esta classificação foi adotada pela Constituição Federal de 1988, ao prever taxativamente no art. 144, que a segurança pública, dever do Estado, é exercida para a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, por meio da polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia rodoviária estadual, polícias civis e polícias militares e corpo de bombeiros.
>
> A multiplicidade dos órgãos de defesa da segurança pública, pela nova Constituição, teve dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas a segurança interna."

Ao tentar definir o conceito de segurança pública, o jurista José Afonso da Silva, *in* "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", 13ª ed., Ed. Malheiros, pág. 710, assevera:

> "A *segurança pública* consiste numa situação de preservação ou restabelecimento dessa convivência social que permite que todos gozem de seus direitos e exerçam suas atividades sem perturbação de outrem, salvo nos limites de gozo e reivindicação de seus próprios direitos e defesa de seus legítimos interesses. Na sua dinâmica, *é uma atividade de vigilância*, *prevenção* e *repressão de condutas delituosas*."

O que se pretende dizer com isso, diante dessas exposições doutrinárias, é que a polícia – e aqui em tratando-se de âmbito estadual como um todo – em que pese a diferenciação entre polícia administrativa (preventiva) incumbida à polícia militar e a polícia judiciária (repressiva) incumbida à polícia civil – possuem como atividade precípua a garantia da ordem pública da coletividade, da paz social, da convivência harmônica entre os munícipes, de modo, assim, a conferir à sociedade local uma efetiva e real segurança pública colocada à disposição pelo Estado e, assim tornar eficiente o cumprimento ao mandamento constitucional.

O Professor Paulo Napoleão Nogueira da Silva, na obra "*Elementos de Direito Público – Curso de Direito Constituição e Ciência Política*", Ed. Forense, pág. 557, ao abordar o tema trazido à baila, afirma:

> "O conceito de segurança pública envolve a manutenção da ordem legal, com a consequente preservação da incolumidade de pessoas e de patrimônios. De tal mister estão incumbidas instituições civis e militares, além de a Constituição cometê-lo como responsabilidade, em tese, a todos os cidadãos."

E mais adiante tece considerações sobre as polícias estaduais, *in verbis*:

> "Em âmbito estadual estão as polícias civis, militares, e os corpos de bombeiros militares, todos subordinados aos Governadores dos Estados.
>
> As polícias civis exercem a função de polícia judiciária e de apuração das infrações penais, ressalvadas a competência da polícia federal e a apuração das infrações penais militares.
>
> Às polícias militares incumbe o policiamento ostensivo para a preservação da ordem pública, e aos corpos de bombeiros militares a defesa civil, além de outras funções que sejam definidas em lei. Umas e outros constituem-se de militares dos Estados, e são forças auxiliares e reserva do Exército." (ob. cit., pág. 558)

Antes de serem policiais, são cidadãos comuns, ou seja, seres humanos, que também integram a sociedade e, da mesma forma, por pagarem seus impostos, têm o direito à segurança do ente estatal, a fim de que possam desempenhar bem e fielmente seus trabalhos.

Há de se ter em conta o ente federativo competente tem o dever precípuo que garantir-lhes condições de integridade física e segurança às suas vidas e suas famílias. Ou seja, não se pode colocar um minguado número de policiais para combater e/ou prevenir a criminalidade e, assim, resguardar a paz social, quando sequer há uma garantia de vida aqueles incumbidos da missão constitucional de garantir a segurança pública.

Por sinal, na obra do advogado e professor Altamiro J. dos Santos entitulada "D*ireito de Segurança Pública e Legítima Defesa Social*", Ed. LTR, pág. 187, muito bem é colocada a reflexão que se deve ter sobre a situação jurídica do Estado de garantir a segurança do profissional – policial civil e militar – incumbido da árdua missão constitucional doravante objeto da ação, senão vejamos:

> "Quem são os agentes produtivos do bem que procuram pontuar sua conduta em harmonia com o Direito? Quem são os que se submetem a concorridos concursos públicos no processo de seleção? Aprovados, classificados, ainda têm a tarefa complexa do permanente aperfeiçoamento da qualidade de competência? O policial civil e militar, também deverão cursar escola ou Academia de formação para, então, iniciarem suas atribuições. E quais as atividades que exercem para prevenção e repressão dos *ofensores da lei* que, muitas vezes, no confronto o policial entra com sua integridade psicofísica ou a própria vida para defender o Direito!
>
> O *policial* é ser humano igual aos outros. Deve operar a lei da lógica no exercício de seu mister. Tem sonhos, projetos e objetivos na vida pessoal, familiar, profissional e social. Por que, então, não investir mais na sua estrutura material, tecnológica, científica, remuneratória, pessoal, familiar e social?
>
> A vida do policial está sempre em risco. A progressão matemática de possibilidade de vantagem do facínora obter êxito num confronto e geometricamente maior; enquanto que a desvantagem e risco de vida do policial a progressão é aritmética. O policial sai vivo do seu lar; mas não sabe se retorna vivo. Há que se repensar mais sobre esses fenômenos!"

Ademais, quando se está diante de tal situação afronta-se flagrantemente um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e os diretos sociais a que todos têm direito – ou, no caso atualmente de Oeiras do Pará, dever-se-ia ter –, senão vejamos o preceituado nos arts. 1º, III, 6º, "*caput*" da CF/88:

"Art. 1º – A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

...

III – a dignidade da pessoa humana;

... ."

Art. 6º – São direitos básicos 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."

Ao estabelecer considerações iniciais sobre o direito à dignidade humana e o direito à segurança pública, o advogado e professor Altamiro J. dos Santos, na obra acima citada, afirma categoricamente, *in verbis*:

> "O direito à *dignidade humana* vem sendo desafiado em todos os pontos cardeais do universo. Não é possível pensar a dignidade, sem instrumento jurídico eficiente para fazer imperar a ordem. O Direito de Segurança Pública, certamente, pode ser um dos remédios eficazes para combater o mal trágico da violência todos os dias do mundo."

E, ao mais adiante, assevera:

> "Diante de tanta violação da Lei, como garantir a segurança jurídica e o convívio pacífico social? Qual o mecanismo ou remédio capaz de frear a ação dos facínoras com tantas modalidades criminosas levadas a efeito todos os dias?
>
> O direito à segurança pública é um dos *meios* de garantia do exercício dos demais direitos, capaz de ajudar a construir objetivamente novos horizontes de convivência em harmonia com as dimensões da vida humana em sociedade." (ob. cit., pág. 95)

O Promotor de Justiça Valter Foleto Santin na obra já citada em tópico acima, ao fazer uma abordagem sobre a garantia de segurança pública e o direito à dignidade da pessoa humana, assevera:

> "Na sua dimensão atual, o direito à segurança pública tem previsão expressa na Constituição Federal do Brasil (preâmbulo, arts. 5º, 6º e 144) e decorre do Estado Democrático de Direito (cidadania e dignidade da pessoa humana, art. 1º, II e III, CF) e dos objetivos fundamentais da República (sociedade livre, justa e solidária e bem de todos, art. 3º, I e IV), com garantia de recebimento dos serviços respectivos. A segurança pública é considerada dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, destinada à preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio (art. 144, caput, CF), que implicam num meio de garantia da inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, direitos e garantias fundamentais do cidadão (art. 5º,

> caput, CF). Os valores protegidos também são considerados direitos humanos, pela garantia do direito à vida (art. 4º), direito à integridade pessoal (art. 5º), direito à liberdade pessoal (art. 7º), direito à propriedade privada (art. 21) e direito de circulação e residência (art. 22), previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José, em vigor no Brasil por força do Decreto Legislativo 27, e Decreto 678, de 1992, o que evidencia que o direito à segurança pública tem característica de direito humano, pelos valores que protege e resguarda para uma qualidade de vida comunitária tranquila e pacífica." (ob. cit., pág. 80)

Percebe-se que, não há como efetivar-se uma garantia mínima à segurança pública, quando deficitário seu aparato humano por restar caracterizada a falta de uma estrutura policial efetiva para a comunidade local.Ademais, é digno de registro, desde já, que mesmo sendo sabedor da realidade econômico-financeira vivenciada na atualidade por todas as esferas de governo – federal, estadual e municipal –, o certo é que não poderá o órgão ministerial absorver um sentimento real de insegurança pública que esteja acometendo a população, haja vista a plena viabilidade de atuação direta em políticas públicas voltadas à área da segurança pública.

Nas palavras de Jorge da Silva, *in* "*Controle da Criminalidade e Segurança Pública*", 2ª ed., Ed. Forense, pág. 105, "as atividades de interesse da segurança do cidadão, como já assinalamos, dependem do Estado-membro, através do sistema policial estadual, dentro do qual situam-se as polícias Civil e Militar."

4. O PRINCÍPIO ADMINISTRATIVO DA EFICIÊNCIA E A NECESSIDADE DE SUA EFETIVAÇÃO NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA PARA SALVAGUARDA DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

É certo afirmar que a questão da criminalidade não se resolve tão somente com o aumento de um efetivo policial para uma localidade. Mas, é certo, também, que o seu número insuficiente enseja ações delituosas organizadas mais constantes e transferem à população um ônus de suportar cotidianamente a insegurança, fazendo com que todos sejam reféns do próprio Estado que se omite num de seus deveres precípuos, qual seja, garantir o mínimo de segurança que todo o cidadão possui o direito de ter ou, minimamente, sentir, através da presença efetiva de um digno contigente policial no seu Município.

E quando se deixa uma lacuna na segurança pública, cuja obrigação estatal constitui-se em serviço público essencial à população, o Poder Público acaba por infringir um dos princípios norteadores expressos da Administração Pública, no caso, especificamente, o da eficiência, regularmente previsto no art. 37, da Carta Magna de 1988, assim disposto:

> "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 da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, e, também, ao seguinte:
>
> ... ."

Ao abordar sobre o princípio da eficiência em sua clássica obra "*Direito Administrativo Brasileiro*", 26ª ed., Ed. Malheiros, pág. 90, o sempre lembrado jurista Hely Lopes Meireles aduz:

> "O princípio da eficiência exige que a atividade administrativa seja exercida com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros."

É certo que não bastou tão somente a inclusão de tal princípio na Carta Republicana, eis que para sua efetivação no desempenho das atividades administrativas e do serviço público, registra o Professor José dos Santos Carvalho Filho na obra "*Manual de Direito Administrativo*", 19ª ed., Ed. Lúmen Júris, pág. 24, "de nada adianta a referência expressa na Constituição se não houver por parte da Administração a efetiva intenção de melhorar a gestão da coisa pública e dos interessas da sociedade."

Na verdade, o que se almeja com a observância ao princípio constitucional da eficiência na Administração Pública é que o Estado – diga-se Poder Público – procure ir ao encontro dos anseios da coletividade e, assim, possa alcançar de uma forma mais fidedigna os reais interesses da sociedade, ainda mais tratando-se do desempenho de serviço público essencial.

Acerca de garantir-se a eficiência ao serviço público de segurança pública, o advogado Altamiro J. dos Santos na obra acima intitulada, assevera:

> "A *Magna Carta* estabelece que a lei disciplina a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades (art. 144, § 7º).
>
> Questiona-se: o legislador elaboraria uma *Lei* para ser deficiente ou inútil? Com vincada razão o emérito jurista *Ives Gandra Martins*, com seu aplaudido poder crítico e propriedade afirma: 'Fico imaginando se a lei poderia organizar os órgãos responsáveis definindo seu funcionamento para que eles não fossem eficientes!!! E a Lei organiza os órgãos e seu funcionamento é, à evidência, para que sejam órgãos eficientes. Não há Lei que seja votada para criar órgãos ineficientes. Às vezes, tenho a impressão de que o Conselheiro Acácio ficaria ruborizado ao ler alguns textos da Constituição brasileira, pela sua obviedade gritante' (O personagem de *Eça de Queiroz* aparece no romance 'O Primo Basílio')." (págs. 185/186)

Ademais, é imprescindível destacar que o serviço público estatal das polícias civil e militar jamais poderão sofrer uma solução de continuidade, visto que, irremediavelmente, afetará substancialmente a população quando procurar as autoridades competentes locais, as quais, diante da precariedade do seu efetivo ou mesmo da ausência de demais serviços

afetos à segurança pública, nada poderão fazer para garantir a eficiência da garantia fundamental de segurança pública ao cidadão.

5. A PLENA VIABILIDADE DE JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA ÁREA DA SEGURANÇA PÚBLICA FRENTE AOS PRINCÍPIOS DA SEPARAÇÃO DOS PODERES E RESERVA DO POSSÍVEL

Aqui não estamos a substituir o gestor no exercício de suas atribuições e competências. Mas, tão somente, tornar efetiva a observância às normas impositivas que determinam o cumprimento de um dever legal e/ou constitucional comprovadamente que não vem sendo cumprido a ponto de atingir a um bem jurídico tutelado e fundamental para a dignidade da pessoa humana: segurança pública.

Na verdade, confere-se ao Poder Judiciáro a perfeita admissibilidade jurídica de efetivar a garantia de prestação do serviço público de segurança pública, minimamente digna aos anseios da população, e que possam de fato efetivar as políticas públicas quando ausentes ou deficitárias.

O Colendo Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do Agravo de Instrumento 664.053, tendo sido relator o Ministro Ricardo Lewandowski, admitiu "*a possibilidade de atuação do Poder Judiciário para proteger direito fundamental não observado pela administração pública*."

Assim, não trata-se tão somente de uma faculdade do julgador a adoção de medidas coercitivas para implementação de obrigações de natureza positiva e até mesmo negativa em face dos entes estatais quando estes forem desidiosos nos seus deveres legais, mas, sim, num "*poder-dever*" conferido ao magistrado para que, diante da situação calamitosa de omissão estatal, possa efetivar um pronunciamento judicial que afetará substancialmente a um número indeterminado de pessoas com a concretização da respectiva política pública.

Quanto à denominada reserva do possível, em tratando-se de bem fundamental à vida, o direito à segurança pública não pode deixar de ser concretizado sob a alegação de que a realização de despesa ficaria dentro da esfera da estrita conveniência do administrador público.

Não basta a mera afirmação de inviabilidade de ordem financeira para não efetivar políticas públicas afetas à área da segurança pública, devendo, para tanto, ser cabalmente demonstrado pelo poder público que a medida a ser implementada causará mais danos do que vantagens à efetivação do direito fundamental em questão, implicando, por conseguinte, na ponderação dos interesses em jogo.

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A carta magna de 1988, no que concerne aos direitos fundamentais, deixa de ser mero repositório de promessas, carta de intenções ou recomendações, mas, sim, conferência de direitos subjetivos ao cidadão e à coletividade, que se veem amparados juridicamente a obter a sua efetividade, a realização em concreto da prescrição constitucional.

O princípio da aplicabilidade imediata e da plena eficácia dos direitos fundamentais encontra-se expressamente no § 1º, do art. 5º, da CF/88, ao ser estabelecido que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais possuem aplicação imediata.

Não se mostrará lícito ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de de segurança pública.

7. BIBLIOGRAFIA

SANTIN, Valter Foleto. Controle Judicial da Segurança Pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime", São Paulo: Ed. RT.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional. 13 ed. São Paulo: Malheiros.

MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional, 20ª ed.. São Paulo: Ed. Atlas Jurídica.
SILVA, Paulo Napoleão Nogueira da. Elementos de Direito Público – Curso de Direito Constituição e Ciência Política. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

SANTOS, Altamiro J. dos. Direito de Segurança Pública e Legítima Defesa Social. São Paulo: Ed. LTR.

MEIRELES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26ª ed.. São Paulo: Ed. Malheiros.

SILVA, Jorge da. Controle da Criminalidade e Segurança Pública", 2ª ed.. Rio de Janeiro: Ed. Forense.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Civil Pública. 2 ed. São Paulo: Ed. RT.
CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo.* 19ª ed.. São Paulo: Ed. Lúmen Júris.

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

APPIO, Eduardo Fernando. Controle judicial de políticas públicas no Brasil. Curitiba: Juruá.

BARROSO, Luí Roberto. O direito constitucional e a efetivação de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e teoria da Constituição. 7 ed. Cpimbra: Almedina, 2003.

COMPARATO, Fabio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, v. 737, ano 86, mar. 1997.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. Controle Judicial das Omissões do Poder Público: Em busca de uma dogmática constitucional transformadora à luz do direito fundamental à efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

FONSECA PIRES, Luis Manuel. Controle Judicial da Discricionariedade Administrativa. São Paulo: Campus Jurídico, 2008.

FREITAS CAMPOS, Sergio Pompeu de. Separação dos Poderes na Jurisprudência do Supremo Tibunal Federal. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

SARLET, Ivo Wolfgang; BENETTI TIMM, Luciano. (Orgs.) Direitos Fundamentais, orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegrre: Livraria do Advogado, 2008.

A banalização da concepção de direitos fundamentais e a desestruturação de sua exigibilidade

Ludmila de Paula Castro Silva[1]

Síntese dogmática da proposição: O presente estudo promove a discussão sobre a banalização da concepção de direitos fundamentais e a consequente desestruturação da exigibilidade de tais direitos. Discorre-se, para tanto, sobre o nível de fundamentalidade dos direitos e a conjuntura de consolidação dos direitos fundamentais e direitos humanos, abordando a dignidade da pessoa humana e a limitação do poder estatal como paradigmas do processo de internacionalização dos direitos humanos.

1 Introdução

No processo de internacionalização dos direitos humanos pode-se listar uma série de documentos que corroboraram a estruturação atual dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. Sem olvidar nem desconsiderar a relevante construção histórica dos direitos humanos, que perpassa por instrumentos como Código Hamurabi, Código de Manu, Lei das XII Tábuas, Magna Charta Libertatium, Petition of Rigths, Habeas Corpus Act, Bill of Rigths, Act of Seattlement, Declaração de Direitos de Virgínia, Declaração de Independência dos Estados Unidos da América, Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão e vários outros, todavia buscando uma aproximação com o contexto hodierno, deve-se ponderar a influência também de fatos da história mundial recente, mormente do último século, que trouxeram grande repercussão para a formatação dos direitos tal qual se apresenta.

Nesta perspectiva, mister a menção ao cenário global após Primeira Guerra Mundial, com a assinatura do Tratado de Versalhes em 1918, no que restou denominado Paz dos Vencedores, bem como a Constituição Mexicana, Constituição de Weimar, a formação da Liga das Nações e da Organização Internacional do Trabalho. Somam-se, também, os consectários do final da Segunda Guerra Mundial, dentre os quais, no âmbito da presente abordagem, vale consignar a constituição da Organização das Nações Unidas-ONU, em 1945, e a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948.

No que concerne a este último diploma, trata-se da manifestação mais autêntica da expressão "human rights and fundamental freedoms" prevista na Carta das Nações Unidas[963]. Analisando seu aspecto formal, tecnicamente, consiste em resolução da ONU, e não propriamente um tratado internacional. Quanto ao aspecto material, adota-se a compreensão de que configura norma de *jus cogens*.

Buscando caracterizar o dito processo de internacionalização dos direitos humanos pode-se lançar duas bases fundantes, quais sejam o estabelecimento do princípio da dignidade da pessoa humana como referencial axiológico a ser respeitado por todos e a limitação da soberania estatal.

Antes da consolidação da dignidade da pessoa com o título de pressuposto de qualquer vida humana, em sociedades democráticas, muitas guerras foram travadas, muitas civilizações foram dizimadas e muito sangue e suor foram derramados. O preceito da dignidade da pessoa humana ganhou espaço nas Constituições de vários países e alçou sua escalada à qualidade de princípio supremo, dotado de fundamentalidade com densidade formal e material.

Inarredável a coerente compreensão de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 100), arrimado nas lições de José Joaquim Gomes Canotilho e Celso Lafer, de que o princípio da dignidade da pessoa humana constitui uma categoria axiológica aberta, sendo inadequado conceituá-lo de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas.

Extrai-se que a dignidade, qualidade intrínseca e distintiva da pessoa humana e, portanto, irrenunciável e inalienável, não precisa sequer seja exigida do Estado, pois forma e qualifica o próprio ser humano e, nesta condição, não pode ser dele dissociado. Parte-se da premissa de que a vida sem dignidade deve ser entendida como sobrevivência em estado inconcebível na humanidade civilizada, ainda mais na atual quadra da história em que, percorridos tantos caminhos tortuosos, alcançou-se o reconhecimento dos direitos humanos em diversos diplomas internacionais, coadunados, ainda, aos diversos instrumentos nacionais de proteção dos direitos fundamentais.

No que respeita aos limites do poder estatal, tem-se por certo que a atuação do estado somente tem legitimidade se revestida do resguardo aos direitos humanos e fundamentais. O desvio à finalidade de proteção do bem comum e social inviabiliza que se fundamente as

[963] http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html. Acesso em 20/10/2018.

ações estatais na teoria da democracia, mormente pela necessidade de equilíbrio entre esta e o constitucionalismo.

Para além do balizamento da ação estatal, na esteira do estudo de Elza Antonia Pereira Cunha Boiteux (2017, p. 237) sobre a verdade no contexto democrático e no estado de direito, deflui-se que o espaço de cada indivíduo também tem limitação, qual seja o espaço do próximo. Nesta senda:

> O movimento contra o constante abuso do poder resultou no nascimento do chamado estado de direito e na democracia representativa, no século XIX. No estado de direito o corpo político não se ocupa do conteúdo das ações dos cidadãos, mas de sua forma: cada qual pode fazer aquilo que lhe pareça melhor sempre e quando respeite as leis que garantam o mesmo espaço de ação para os demais.

Relevante, nesta seara, memorar que o Estado de direito parte da premissa de limitação do poder exercido na ordem jurídica vigente, que dispõe, especificamente, desde a forma de atuação do Estado, suas funções e limitações, até as garantias e direitos dos cidadãos. Já o Estado democrático pressupõe o respeito às hierarquias nacionais, assim como aos direitos fundamentais dos cidadãos, opondo-se ao uso arbitrário do poder, vislumbrado nas ditaduras e monarquias absolutas.

O Estado de direito qualificado é um conceito mencionado por José Joaquim Gomes Canotilho (2002, p. 93), designando a existência de um Estado constitucional como produto do desenvolvimento constitucional do atual momento histórico. Em sua concepção, não é possível imaginar, atualmente, um Estado que não seja um Estado constitucional e, para ser um Estado com as qualidades identificadas pelo constitucionalismo moderno, deve ser um Estado de direito democrático, com duas qualidades simultâneas e permanentes: Estado de direito e Estado democrático. Este Estado democrático de direito procura estabelecer uma conexão interna entre democracia e Estado de direito.

2. Noções conceituais dos direitos humanos e sua fundamentalidade

Elucidados sinteticamente os alicerces da internacionalização dos direitos humanos, concentrados para fins da presente perspectiva de análise na dignidade da pessoa humana e na limitação do poder estatal, apto se está a discorrer sobre a conceituação dos direitos humanos, consolidados em âmbito internacional, e também quanto aos direitos fundamentais, assim acatados aqueles previstos na ordem jurídica interna de cada país, partindo da premissa de que

vambos detêm singularidade convergente no que atine a sua fundamentalidade, todavia recebem nomenclaturas diversas[964] para o fim de diferenciar o tipo e esfera de proteção.

Inobstante a multiplicidade de conceitos atribuídos, dada sua abrangência e atemporalidade, aponta-se a noção dada por José Castan Tobeñas (1976, p. 13):

> Direitos Humanos são aqueles direitos fundamentais da pessoa humana – considerada tanto em seu aspecto individual como comunitário - que correspondem a esta em razão de sua própria natureza (de essência ao mesmo tempo corpórea, espiritual e social) e que devem ser reconhecidos e respeitados por todo poder e autoridade, inclusive as normas jurídicas positivas, cedendo, não obstante, em seu exercício, ante as exigências do bem comum.

Luigi Ferrajoli (1999, p. 37) formulou proposta de uma definição formal de direitos fundamentais com base no critério da titularidade universal, desvinculando-se da natureza dos interesses e necessidades tutelados:

> [...] derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas o ciudadanos, com capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestación) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a um sujeto por una norma jurídica; y por *status* la condición de un sujeto, prevista así mismo por uma norma jurídica positiva como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.

Esteados na natureza valorativa dos direitos humanos, Silveira e Rocasolano (2010, p. 218) assim os classifica:

> [...] pode-se dizer que os direitos humanos são uma realidade complexa de natureza ética, jurídica e política. Para melhor compreensão do âmbito relativo à fundamentação desses direitos, é possível fixar a seguinte classificação: (i) fundamentação ético-jurídica; (ii) fundamentação jurídico-positiva; e (iii) fundamentação jurídico-política, considerando também a importância de se retomar, no momento histórico atual a reflexão sobre o fundamento ou a razão de ser dos direitos humanos.

A fundamentalidade arraigada aos direitos humanos e, por evidência lógica, aos direitos fundamentais constitui premissa primeva, que circunda entre os seus aspectos formal e material. Dada a clareza na explanação, vale trazer a lume as lições de Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 74-75):

> [...] intrínseca à noção de direitos fundamentais está, justamente a característica da fundamentalidade, que, de acordo com a lição do alemão Robert Alexy, recepcionada na doutrina lusitana por José Joaquim Gomes Canotilho, aponta para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material. A fundamentalidade formal encontra-se ligada ao direito constitucional positivo e resulta dos seguintes aspectos, devidamente adaptados ao nosso direito constitucional pátrio: a) como parte integrante da Constituição escrita, os direitos fundamentais situam-se no ápice de todo o ordenamento jurídico; b) na qualidade de

[964] Concorda-se com Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 215) quanto à necessidade de emprego de diferentes terminologias para designar direitos humanos e direitos fundamentais, em contraposição ao entendimento de Flávia Piovesan (2008) e Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2015).

> normas constitucionais, encontram-se submetidos aos limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) da reforma constitucional (art. 60 da CF); c) por derradeiro, cuida-se de normas diretamente aplicáveis e que vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5, §º, da CF). A fundamentalidade material, por sua vez, decorre da circunstância de serem os direitos fundamentais elemento constitutivo da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade. Inobstante não necessariamente ligada à fundamentalidade formal, é por intermédio do direito constitucional positivo (art. 5º, §2º, da CF) que a noção de fundamentalidade material permite a abertura da Constituição a outros direitos fundamentais não constantes de seu texto e, portanto, apenas materialmente fundamentais, assim como a direitos fundamentais situados fora do catálogo, mas integrantes da Constituição formal, ainda que possa controverter-se a respeito da extensão do regime de fundamentalidade formal a estes direitos apenas materialmente fundamentais.
> Importa considerar, ainda com relação à nota da fundamentalidade dos direitos fundamentais, que somente a análise do seu conteúdo permite a verificação de sua fundamentalidade, isto é, da circunstância de conterem, ou não, decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo especial, porém, no que diz com a posição nestes ocupada pela pessoa humana.

Assim como ocorre a variação do parâmetro de análise da dignidade da pessoa ao longo da história, tem-se a oscilação no decorrer dos séculos do que se considera pressuposto para a fundamentalidade dos direitos fundamentais. Trata-se de movimento pendular natural, uma vez que a sociedade está em constante mutação e, por conseguinte, os valores em que se lastreia também sofrem vicissitudes.

Nesta perspectiva, concorda-se com o paradigma da chamada *dinamogenesis*[965] por Vladmir Oliveira da Silveira e Maria Mendez Rocasolano (2010, p. 191), cujo caminho se inicia com a observação sociológica e transita também pelo âmbito filosófico, pois a norma deve expressar valores e interesses que correspondam aos valores e interesses da sociedade em dado momento histórico. Nessa senda, Silveira e Rocasolano (2010, p. 189) afirmam que:

> O princípio do respeito pela dignidade da pessoa é a expressão jurídica dos valores representados pelos direitos humanos, manifestos no interesse de proteção dessa dignidade em seu sentido político, social, econômico e cultural. As mudanças sociais e econômicas produzidas ao longo da história utilizam os princípios jurídicos como vias para o reconhecimento dos novos valores exigidos pela comunidade social. Aqui é pertinente "um esforço de engenharia jurídica" para explicar as razões e mecanismos que justificam e tornam possível o nascimento e desenvolvimento dos direitos humanos - ou seja, sua *dinamogenesis*.

Inobstante a existência de constante movimentação na formatação dos direitos humanos e direitos fundamentais, impende dizer que a análise de seus conteúdos não pode ceder a qualquer sorte quando se refere a sua fundamentalidade. Isto porque, não se deve dar altivez de fundamental para algo desvestido de caráter essencial ao ser humano, isto é, ainda

[965] Concorda-se com a posição Silveira e Rocasolano (2010, p. 191) quanto à dinâmica de valoração social. Neste sentido: "A dinamogenesis dos valores e o direito referem-se ao processo continuado no qual os valores estão imersos e que pode resumir-se nas seguintes etapas, que serão detalhadas adiante: 1) conhecimento-descobrimento dos valores pela sociedade; 2) posterior adesão social aos valores e a consequência imediata; e 3) concretização dos valores por intermédio do direito em sua produção normativa e institucional."

que se considere e acompanhe a evolução social e seus valores, deve-se buscar a manutenção da unidade da teoria geral dos direitos fundamentais.

3. A banalização da concepção de direitos fundamentais e a desestruturação de sua exigibilidade

Imprescindível que se observem parâmetros mínimos ao considerar determinado direito com o título de fundamental, evitando a própria banalização do conceito e, por consequência, o retrocesso na concepção de direitos tão caros ao ser humano, obtidos a duras penas na história da humanidade.

Silveira e Rocasolano (2010, p. 185) corroboram a noção do intrincado caminho para consolidação dos direitos humanos:

> Conforme demonstrado, a história dos direitos humanos traduz uma sucessão de batalhas diretas e indiretas pela abertura de espaços diante do poder estabelecido, mediante a racionalidade, os avanços econômicos e tecnológicos, e a concepção jusnaturalista que – fundamentada no humanismo – contribui com ferramentas jurídicas à sustentação de um direito axiológico, superior ao reconhecido apenas numa norma escrita, ou seja, atribui-se potestade assim como legitimidade. A norma há de ser expressão jurídica dos valores morais e/ou éticos que inspiram o ordenamento jurídico – e que, segundo nosso ponto de vista, resumem-se no respeito e na garantia da dignidade da pessoa e de suas manifestações, como núcleo existencial dos direitos humanos.

Antônio Augusto Cançado Trindade (2005) pondera que a evolução do sistema jurídico internacional elucida a confluência do Direito para uma nova ordem de valores, tendo o ser humano como núcleo central e formando um Direito Internacional da Humanidade. Partindo de sua experiência singular ao participar da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, o referido estudioso (2006, p. 113) ressalta a luta passada para lograr êxito na consagração de direitos humanos e as contínuas batalhas pela manutenção dos direitos já consagrados como humanos:

> Assim é trabalhar no campo dos direitos humanos: é nadar contra a *correnteza*, para fazer uso de expressão consagrada em um dos escritos de Isaiah Berlin.
> Se passamos do plano nacional ao internacional, o mesmo quadro de dificuldade se nos apresenta. Sempre me recordarei dos momentos finais da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em junho de 1993, quando, a duras penas, - e aparentemente mais pela exaustão do que pela convicção da maioria dos Delegados, - logramos enfim incluir, no artigo I da Declaração e Programa de Ação de Viena, a simples reasserção da universalidade dos direitos humanos, que as Delegações partidárias do chamado relativismo cultural buscavam evitar. Os que hoje leem aquele documento, não se dão conta da luta que travamos para evitar o grave retrocesso conceitual de uma relativização – que teria disso desastrosa – dos direitos humanos universais. Naqueles momentos dramáticos da Conferência Mundial de Viena, o teor da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 me parecia demasiado avançado para o mundo de 1993.

> A insensatez humana parece não ter limites, e a memória do sofrimento de gerações passadas parece não resistir à erosão do tempo. Assim é trabalhar no campo da proteção dos direitos humanos, onde o progresso parece dar-se em forma não linear, mas pendular.

Denota-se a carência de razoabilidade de se erigir a direitos fundamentais determinadas posições jurídicas subjetivas, independentemente do aprofundamento do estudo sobre o que de fato estas representam quanto à existência do ser humano. O dinamismo da sociedade determina que o Direito faça suas devidas conjecturas e adaptações até para que não haja uma desconexão entre a lei e a esfera da realidade fática. Todavia, não se pode olvidar nesse processo da fundamentalidade formal e material de que se reveste cada direito fundamental.

Philip G. Alston (1984, p. 609) pondera com precisão o fenômeno da desenfreada proliferação de novos direitos rotulados de fundamentais. Acompanha-se corriqueiramente a enunciação, em sede constitucional e internacional, de novos direitos que refogem às tradicionais categorias concebidas como direitos fundamentais da pessoa humana. A questão dos direitos fundamentais encontra-se num paradoxo entre um dinamismo essencial decorrente da própria noção de direitos fundamentais e uma necessidade de conservar a integridade e a credibilidade da tradição jurídico-teórica destes.

Ainda que desde o século passado já se anunciasse o risco à integridade da teoria dos direitos fundamentais, escassa movimentação acadêmica ocorreu para fazer frente a esta perspectiva. Ao contrário disso, vislumbrou-se o processo de inflacionamento de novos direitos tidos formalmente como fundamentais ao ser humano, mas que, quando analisados em seu conteúdo, mostram-se sem representatividade compatível com todo o arcabouço sob o qual se consolidaram os reais direitos fundamentais do homem.

Alston (1984, p. 610) menciona a existência de propostas, em âmbito internacional, no sentido de consagrar como direitos fundamentais o direito ao sono, o direito de não ser morto em guerra, o direito de ser livre para experimentar meios alternativos de vida, o direito à transparência social, o direito ao acesso a empregos desafiantes que exijam criatividade, etc.

Fazendo alusão a tal multiplicação vertiginosa de novos direitos com qualitativo "fundamental" na Constituição Federal brasileira de 1988, Roger Stiefelmann Leal (2009) adverte sobre as suas causas e riscos:

> [...] poder-se-ia falar de uma desvalorização da noção de direitos fundamentais, isto é, ao se afirmar que todos esses direitos são direitos fundamentais, elevando à mesma categoria a liberdade de expressão (art. 5º, IV e IX da CF), o direito de proteção em face da automação (art. 7º, XXVII da CF) e o direito ao lazer (art. 6º, caput da CF), haveria uma vulgarização da própria conotação de direitos fundamentais. A partir dessas idéias, caberia, inclusive, distinções entre direitos mais fundamentais e direitos menos fundamentais. Afetados por essas tendências, há aqueles que, no intuito de conferir um critério para identificar os direitos

> fundamentais, acabam por afirmar que direitos fundamentais são aqueles reconhecidos pela Constituição como tal, reduzindo a noção de direitos fundamentais a um mero critério formal.
> Tem-se a impressão, todavia, de que a aludida vulgarização da noção de direitos fundamentais advém do surgimento e da tipificação dos direitos sociais como direitos fundamentais. Questiona-se se tal desvalorização é fenômeno ocasionado por esses novos direitos que estão sendo propostos, ou a criação desses direitos é apenas um reflexo de uma fragilização conceitual ocorrida através da concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais.

Dada a menção aos direitos sociais, importante fazer um recorte metodológico para lembrar brevemente sobre as dimensões dos direitos fundamentais no intuito de alcançar o entendimento suficiente a este estudo. A primeira dimensão dos direitos fundamentais, inicialmente teorizada pelo polonês Karel Vasak, em 1979[966], no Brasil ganhou espaço na doutrina de Paulo Bonavides (2008, p. 560-572), que formulou divisão dos valores em dimensões de direitos fundamentais, associadas aos lemas da Revolução Francesa: liberdade, igualdade e fraternidade.

Quando essa teoria surgiu falava-se em geração de direitos, exprimindo a ideia de que uma substitui a anterior, todavia tornou-se próprio, mas não perfeito, falar-se em dimensões de direitos, que designam a convivência entre estes, e não a superação de um direito por outro.

A expansão do discurso defensivo dos direitos fundamentais determinou a positivação destes nas Constituições e convenções internacionais, estruturando-se em diversas dimensões: direitos civis e políticos (liberdades públicas); direitos sociais, econômicos e culturais (igualdade); direitos coletivos (solidariedade e fraternidade); e democracia, informação e pluralismo (globalização).

A primeira dimensão está ligada ao valor liberdade, dando ensejo aos direitos civis e políticos. Estes são direitos individuais e têm caráter negativo (*status negativus* na classificação de Jellinek), pois exigem uma abstenção do Estado, e não uma ação positiva. No que tange a tais direitos fundamentais converge-se inequivocamente para sua aplicabilidade direta e imediata.

A partir do fim da Primeira até a Segunda Guerra Mundial e, sem romper totalmente com o paradigma ora exposto, instaura-se uma nova dimensão dos direitos constitucionais. Atentando para a incapacidade do Estado de atender todas as demandas sociais, teoriza-se a segunda dimensão dos direitos fundamentais ligados ao valor igualdade, que pressupõe prestações por parte do Estado e abrange os direitos sociais, econômicos e culturais no intento de promover a igualdade material, e não meramente formal perante a lei.

[966] Bonavides (2008, p. 563) menciona que a lição de Karel Vasak foi apresentada na aula inaugural dos Cursos do Instituto Internacional dos Direitos do Homem, em Estrasburgo.

As primeiras Constituições que abordaram expressamente os direitos de segunda dimensão foram a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã (Weimar) de 1919, sendo esta a que mais ganhou destaque. No Brasil, a primeira Constituição a inscrever um título sobre a ordem econômica e social foi a de 1934 (SILVA, 2004, p. 284).

Com a transmutação do parâmetro constitucional, as garantias institucionais passam a não ser mais concedidas exclusivamente aos indivíduos, mas sim às instituições, como a família, a imprensa livre e o funcionalismo público, aflorando o Estado Social, que busca superar o antagonismo entre igualdade política e desigualdade social a partir da intervenção nos domínios social, econômico e laboral (Estado Intervencionista).

Propiciou-se o campo de teorização da terceira e quarta dimensões dos direitos fundamentais, aqueles ligados à fraternidade ou solidariedade, e estes relacionados à globalização. Segundo Paulo Bonavides (2008, p. 569), os direitos de terceira dimensão são: direito ao desenvolvimento; direito à paz[967]; direito ao meio ambiente; direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade; e direito de comunicação. Consagra, ainda, os direitos transindividuais (coletivos). A quarta dimensão de direitos, consoante Paulo Bonavides (2008, p. 571), engloba três direitos, quais sejam pluralismo, democracia e informação.

Sem o compromisso de discorrer minuciosamente sobre todas as dimensões de direitos[968] e concentrando no cerne do problema posto quanto aos direitos sociais, os quais, por integrarem o patrimônio da humanidade e serem reconhecidos e afirmados num processo de revolução histórica, passaram a ser o sustentáculo de todo o ordenamento jurídico brasileiro.

Os direitos sociais funcionam como o esteio dos demais direitos, ordenando valores que se espalham por todo o ordenamento jurídico e direcionando a atuação dos Poderes Públicos. Justamente na condição de normas que incorporam determinados valores e decisões essenciais, que caracterizam sua fundamentalidade, servem como parâmetro para o controle de constitucionalidade das leis e demais atos normativos estatais (SARLET, 2009, p. 147). Mencione-se, ainda, que, em âmbito internacional, servem os direitos sociais como paradigma para controle de convencionalidade.

---

[967] Sarlet (2009, p. 52-53) anota observação feita por Paulo Bonavides no que concerne à tendência de que o direito à paz se torne uma dimensão própria, no caso a quinta dimensão, sob o fundamento de que a paz (interna e externa), em todos os sentidos que possa assumir, é condição para a democracia, o desenvolvimento e o progresso social, econômico e cultural, pressuposto (embora não exclusivo) para a efetividade dos direitos humanos e fundamentais de um modo geral.

[968] Iniciou-se movimentação para fixação de sexta dimensão afeta ao acesso a água potável.

As diretrizes concedidas pelos direitos sociais promovem o entrelaçamento entre a eficácia irradiante dos direitos fundamentais[969] e a teoria dos deveres estatais de proteção, vinculando o Poder Público, que passa a ocupar a posição de devedor de prestações sociais e, concomitantemente, a função de parceiro das demais instituições no aprimoramento dos meios de promoção e extensão dos direitos a todos, de forma a viabilizar o maior anseio dos direitos sociais: a promoção da igualdade.

Os direitos sociais exprimem o alcance de bens ligados à satisfação de necessidades primevas e, por consequência, estando o indivíduo privado dos bens mínimos à sua existência digna não terá condições de exercer os direitos relacionados às liberdades públicas (direitos civis e políticos).

Nesta perspectiva, constitui dever do Estado afeto à segunda dimensão prestar os direitos sociais e, por consequência, viabilizar o pleno exercício da liberdade de escolha e autonomia individual (direitos de primeira dimensão). Emerge, assim, a relação de complementaridade entre as liberdades públicas e os direitos sociais e, em última análise, a fundamentalidade dos direitos sociais como meio de alcance e pressuposto de todos os demais direitos.

Focando na realidade brasileira, o grande gargalo da efetivação dos direitos sociais no plano material converge para a necessidade de que o Estado entregue a tutela ao cidadão, não se contentando com o plano formal do direito. Dada a insuficiência de recursos financeiros aliada à conhecida ineficiência de gestão administrativa, tem-se a consequência inexorável da avalanche de atendimentos nas Promotorias de Justiça, mormente naquelas com atribuições afetas à tutela da cidadania, infância e juventude, o que culmina no ajuizamento de processos judiciais, tendo como objeto a prestação de direitos sociais, a título de direitos individuais homogêneos, coletivos ou difusos.

Expendidas tais elucidações, regressando ao fenômeno da banalização da concepção de direitos fundamentais, vislumbra-se uma incongruência na positivação de direitos que não são passíveis de exigibilidade em face do Estado, ainda que se valha da esfera judicial. Vale citar a propósito a lição de Roger Stiefelmann Leal (2009) sobre o tema:

---

[969] Sarlet (2009, p. 147) leciona que, como primeiro desdobramento de uma força jurídica objetiva autônoma dos direitos fundamentais, costuma apontar-se para o que a doutrina alemã denominou de uma eficácia irradiante (*Ausstrahlungswirkung*) dos direitos fundamentais, no sentido de que estes, na sua condição de direito objetivo, fornecem impulsos e diretrizes para a aplicação e interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação do direito infraconstitucional, o que, além disso, apontaria para a necessidade de uma interpretação conforme aos direitos fundamentais, que, ademais, pode ser considerada – ainda que com restrições – como modalidade semelhante à difundida técnica hermenêutica da interpretação conforme à Constituição.

> Impõe-se, desta forma, o preceito inscrito no art. 75 do Código Civil de que para todo direito há uma ação correspondente que o garante. Não se está pretendendo interpretar a Constituição a partir de uma lei infra-constitucional mas extrair a lógica intrínseca desse enunciado normativo. Ora, não há de se falar em direito se não há como assegurá-lo judicialmente, pois qualquer violação a este suposto direito não poderia ser, desde logo, sancionada ou compensada. A previsão de determinados reclamos da sociedade como direitos sociais acaba por tentar transformar metas, objetivos a serem atingidos em direitos fundamentais sem atentar para os seus elementos conceituais. Não há como qualificar objetivos como direitos, são conceitos estruturalmente incompatíveis.

Evidente que os direitos essenciais à vida do ser humano, ainda que inerentes a essa qualidade com expectativa de respeito eterno pela humanidade, devem ser passíveis de uma estrutura de sindicabilidade a fim de que, uma vez violados, possam ser cobrados em espaço diverso do plano ideal, seja em face do poder público ou de outra pessoa, o que viabiliza, em última instância, a materialização do próprio direito.

Rememorando o exemplo dado por Alston (1984, p. 610) de que se pretende declarar como fundamental e humano o direito ao sono, sem adentrar no fato de que todo ser humano precisa repousar por via do sono, indaga-se: qual o parâmetro de fundamentalidade para alocação deste direito como fundamental ao ser humano? Como será mensurada a efetividade deste direito? Quais serão os instrumentos hábeis a garantir tal direito? Os sistemas de proteção dos direitos humanos e de proteção dos direitos fundamentais em âmbito constitucional estão habilitados a condenar alguém a resguardar o sono de um cidadão? Em caso positivo, como executar um comando condenatório à prestação deste direito?

As respostas, quiçá, virão quando a estrutura de exigibilidade dos direitos fundamentais já estiver esfacelada, passando o cidadão a pretender a prestação de direitos inexequíveis no seio público por serem reservados à esfera particular de cada ser humano. A dificuldade de se fazer um juízo de valor positivo pessoal, como por exemplo para mensurar o grau de felicidade de alguém, caso se considere o direito a felicidade um direito fundamental, pode culminar no aprisionamento ideológico dos direitos fundamentais e direitos humanos e, via direta, em sua fragilização.

4. Conclusão

Procedida à digressão sintética das confluências na formação dos direitos humanos e fundamentais como atualmente se apresentam, viável concluir que o processo foi árduo e, nesta esteira, devem ser valorizados os esforços para a vedação do retrocesso quanto a consagração dos nomeados direitos essenciais à preservação da dignidade da pessoa humana. Entretanto, a multiplicação de direitos admitidos como fundamentais, ou seja, a inflação de

tais direitos ameaça a importância da própria ideia de direitos fundamentais. Este inchaço tem a consequência inexorável de sua vulgarização e, portanto, de sua desvalorização.

Dado que o quadrante atual da história conta com o agregado sólido de direitos fundamentais e direitos humanos, não se pode enfraquecer todos os avanços constitucionais e internacionais por um processo de afirmação de direitos sem fundamentalidade, tão somente com lastro naquilo que determinada parcela da sociedade considera como um sentimento, uma sensação ou uma aspiração boa. Ainda que se tenha em certo nível um escalonamento de relevância de direitos fundamentais quando se compara, por exemplo, o direito à saúde com o direito ao lazer – ambos direitos sociais de acordo com o artigo 6º da Constituição Federal brasileira de 1988 –, há que se analisar um padrão axiológico mínimo de compatibilidade entre os já consagrados direitos fundamentais e aqueles que se pretende sejam erigidos a este patamar.

A característica de exigibilidade dos direitos traz segurança jurídica quanto a sua implementação, pois, ainda que se trate do exercício de direitos civis e políticos que – em tese – não demandam atuação direta do Estado, tem-se a possibilidade de aferir seu grau de pertencimento ao cidadão; mais ainda pode-se dizer quanto aos direitos prestacionais, mormente os direitos sociais, cuja efetivação materializa-se no seio da comunidade.

Ausente esta especificidade, observa-se uma desestruturação do processo histórico de conquista de direitos, no bojo do qual se buscou sempre firmar as garantias tendentes à implementação dos direitos. Percebe-se, também, uma forma de infantilização da cidadania, porque parte dos indivíduos destinatários das normas garantidoras de seus direitos, porventura, desconhecem o espinhoso caminho para a conquista destes, uma vez que, nunca tendo lutado por eles, também não sabem os defender.

Considerando que indivíduos com tal perfil participam dessa construção histórica apenas como sujeitos passivos e inertes, não se veem representados, entendendo, por conseguinte, que qualquer discurso por direitos é suficiente a sindicalizar que tais sejam tidos como essenciais, ainda que não tenham qualquer grau de fundamentalidade e, desse modo, não devam ser chancelados com o título de direitos fundamentais e/ou direitos humanos.

Hialino que as reivindicações sociais devem ser objeto de positivação de direitos, sem embargo tal processo não deve ocorrer de forma genérica e irrestrita, concedendo, indefinidamente, a qualidade de fundamentais a direitos que não têm tal envergadura. Essa perspectiva promove a banalização do conceito e converge para a própria desvalorização do sujeito de direitos destinatário da norma que, ao receber formalmente direitos, não detém a noção de seus deveres, perdendo sua consciência de solidariedade, e não os consegue exercer face ao desmantelamento de sua exigibilidade.

Em homenagem ao delongado histórico de consagração dos direitos, aliado ao fato de que muitas vidas se foram para lograr êxito em atingir a maturidade hodierna da positivação dos direitos, espera-se que este prenúncio de crise dos direitos humanos e fundamentais não seja causa de enfraquecimento dos avanços alcançados.

5. Proposta de enunciado

A conjuntura histórica de consolidação dos direitos humanos e fundamentais e sua inerente universalidade inviabilizam a legitimação do fenômeno da desenfreada proliferação de novos direitos rotulados a título de fundamentais, caso sejam destituídos de nível axiológico suficiente de fundamentalidade material, evitando, por conseguinte, a banalização da concepção de direitos fundamentais e a consequente desestruturação da exigibilidade de tais direitos.

6. Referências

ALSTON, Philip G. Conjuring up new human rights: A proposal for quality control. *The American Journal of International Law*, v. 78, n. 3, 1984, p. 607-621.

BOITEUX, Elza Antonia Pereira Cunha. A constante axiológica dos, direitos humanos. *Direitos Humanos, Democracia, e República*: Homenagem ao Professor Fábio Konder Comparato. Orgs. Gilberto Bercovici, Maria Victória Benevides, Claudineu de Melo. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009, p. 381-397.

_____. Veracidade e mentira no contexto democrático. *Annali dela Facoltà Giuridica dell´Università di Camerino*. n. 6, 2017, p. 227-242. ISSN Online: 2281-3063.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.* 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2008.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes**.** *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*. Cambridge: Harvard University Press, 1978.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez y Andrea Greppi. 3. ed., Madrid, Trotta, 1999.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Os direitos fundamentais: problemas jurídicos, particularmente em face da Constituição brasileira de 1988. *Revista de Direito Administrativo*. n. 203, jan/mar, 1996.

_____. *Direitos humanos fundamentais*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____a. *Princípios Fundamentais do Direito Constitucional*. 4.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. *Programa de Pós-Graduação em Direito - UFRGS*, 2009. Disponível em <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em 14/10/2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 9.ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Uma concepção multicultural de direitos humanos. *Revista Crítica de Ciências Sociais*. n. 48. jun/1997. Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra e Centro de Estudos Sociais. p. 11-32. Disponível em <http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_RCCS48.PDF>. Acesso em 14/10/2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 23. ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.

SILVAa, Ludmila de Paula Castro. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: instrumento de garantia dos direitos sociais fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Dissertação de Mestrado. Uberlândia: UFU, 2013.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; ROCASOLANO, Maria Mendez. *Direitos humanos: conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

TOBEÑAS, José Castan. *Los Derechos del Hombre*. Madri: Reus, 1976.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Internalcionak law for humankind: towards a new jus gentium (t. I e II): general course on public internacional law, in *Recueil des Cours*, v. 316, 2005, pp. 9-439 (t. I) e *Recueil des Cours*, v. 317, 2005, pp. 9-312 (t. II)

_____. *A humanização do direito internacional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

UNITED NATIONS. *Charter of the United Nations*. San Francisco-USA, 1945. Disponível em <http://www.un.org/en/sections/un-charter/chapter-i/index.html>. Acesso em 20/10/2018.

VIANNA, Geraldo Luiz. Constitucionalismo e Democracia: o Estado Constitucional e a Permanente Tensão entre Poder e Direitos. *Revista Unifia*, 2015. Disponível em <http://unifia.edu.br/revista_eletronica/revistas/direito_foco/artigos/ano2015/constitucionalismo.pdf>. Acesso em 13/10/2018.

O CONTROLE EXTERNO E A GARANTIA DA EFETIVIDADE DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA: O CASO DO SERVIÇO DE VERIFICAÇÃO DE ÓBITO

Bráulio Gregório Camilo Silva
Promotor de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
braulio.gregorio@mprj.mp.br

Andréa Rodrigues Amin
Promotora de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
aminmp@mprj.mp.br

SÍNTESE DOGMÁTICA

Segurança, conceituada como qualidade ou o estado de estar seguro, e para muitos traduzida como uma sensação, é um direito fundamental cuja relevância social no estado democrático de direito a alçou ao preâmbulo da Carta Constituinte de 1988. Ombreia com os direitos sociais e individuais, a liberdade, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, todos valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social.

Quanto à segurança, assim já o disse o Supremo Tribunal Federal: "O direito à segurança é prerrogativa constitucional indisponível, garantido mediante a implementação de políticas públicas, impondo ao Estado a obrigação de criar condições objetivas que possibilitem o efetivo acesso a tal serviço. É possível ao Poder Judiciário determinar a implementação pelo Estado, quando inadimplente, de políticas públicas constitucionalmente previstas, sem que haja ingerência em questão que envolve o poder discricionário do Poder Executivo." (RE nº 559.646/PR-AgR, Segunda Turma, Relatora Ministra Ellen Gracie, DJe 24/6/11).

No capítulo que versa sobre segurança pública, dispõe o artigo 144 da Carta Constitucional que se trata de um dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, e será exercido para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: polícia federal, polícia rodoviária federal, polícias civis, polícias militares e corpos de bombeiros militares.

Econômico – e talvez nossa história melhor o explique – o texto constitucional cuidou de um fenômeno social complexo e multidisciplinar limitando-se às instituições policiais, acrescidas do corpo de bombeiros. Sem descuidar da importância das instituições de polícia, segurança pública é mais. Muito mais. Relevante, por certo, a análise do ato criminoso e sua repressão. Contudo, há causas e circunstâncias que podem facilitar ou mesmo estimular a prática de crimes, dificultar o trabalho dos atores do sistema de justiça, e que não estão enquadradas na esfera penal.

Cite-se, por exemplo, a vulnerabilidade de áreas urbanas degradas pela ocupação desordenada, ausência de iluminação pública e coleta regular de lixo. Demandarão ações, programas, projetos, políticas públicas de caráter urbanístico, mas que interferirão na segurança.

Constata-se, logo à primeira vista que, ainda que ausentes do artigo 144 da Constituição da República, as políticas públicas são ferramentas essenciais na construção de um cenário que permita o pleno exercício do direito fundamental à segurança. E nesse contexto há um ator essencial: o Ministério Público.

O artigo 127, da Carta Constitucional, assegura ao Ministério Público prerrogativas necessárias para bem cumprir seu mister: autonomia administrativa, financeira e independência funcional. Contudo, amplia sobremaneira as atribuições do *Parquet*, sempre identificado pela face mais conhecida de órgão acusador, e o torna responsável pela tutela dos interesses individuais indisponíveis, coletivos e transindividuais, além da fiscalização dos poderes constitutivos do Estado e os serviços de relevância pública aos direitos fundamentais. O Ministério Público tem assim, não a opção, mas o dever de atuar no controle externo da atuação ou omissão do estado em relação a políticas públicas de forma a salvaguardar a realização de direitos fundamentais previstos na Constituição.

No que respeita à segurança pública, a atuação do Ministério Público é ampla, complexa e híbrida. Compreende as esferas criminal e de tutela coletiva. É aqui, nessa interdisciplinaridade que repousa o real conteúdo do controle externo da atividade policial, ferramenta essencial para construção e eficiência de qualquer política de segurança.

Em uma leitura rápida, o termo controle externo da atividade policial pode induzir a um reducionismo do seu alcance, limitando-se a entendê-lo como fiscalização das atividades e ações de polícia, judiciária ou militar. Essa, inclusive, é a forma como as forças policiais o compreendem.

Contudo, vai muito além. A partir da leitura do artigo 3º, da LC nº 75/1993, o controle externo da atividade policial não se reduz a uma única função ou área e pode ser sintetizado nas seguintes modalidades de atuação: (i) controle procedimental do inquérito policial para a eficiência da investigação criminal (direção mediata derivada da titularidade da ação penal); (ii) controle procedimental do inquérito policial para a não arbitrariedade da investigação criminal (custos legis); (iii) controle extraprocessual de eficiência da investigação criminal; (iv) controle extraprocessual de eficiência das políticas de segurança pública; (v) controle extraprocessual de não arbitrariedade da investigação criminal e do policiamento de segurança pública (prevenção e responsabilização).

Constata-se que o acompanhamento da atividade de polícia judiciária ou militar é apenas uma das faces do controle. Em uma visão ampla, como instrumento para garantir o direito à segurança pública de forma eficiente, perpassa pela promoção e acompanhamento da política pública de segurança, assim como de todas as outras ações e omissões que impactam os órgãos essenciais que compõe as estruturas estatais de segurança.

É nesse contexto, com olhar amplo para temas que à primeira vista não guardam qualquer relação com o tema segurança pública, que o SVO - Sistema de Verificação de Óbito está em fase de implantação pelos Estado e Município do Rio de Janeiro, em ação proposta pelo Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública – GAESP.

FUNDAMENTAÇÃO

1 - HISTÓRICO

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro instaurou, por intermédio da 6ª Promotoria de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa da Cidadania da Comarca da Capital, Inquérito Civil Público a partir de representação do Conselho Regional de Medicina no Estado do Rio de Janeiro – CREMERJ acerca da inexistência, no Município e no Estado do Rio de Janeiro, do Serviço de Verificação de Óbito – SVO concebido e tornado obrigatório pela Lei Federal nº 11.976/2009.

A missão sobredita constituiu o objeto da investigação diante da natureza do SVO como instrumento indispensável de controle epidemiológico e de efetivação das políticas

voltadas à saúde pública, visto tratar-se de *"órgão oficial responsável pela realização de necropsias em pessoas que morreram sem assistência médica ou com diagnóstico de moléstia mal definida".*[970]

Entretanto, no final do ano de 2016, os autos foram encaminhados ao GAESP por se entender que a omissão dos gestores dos órgãos de saúde estavam impactando diretamente as atividades de polícia judiciária, sobrecarregando o Instituto Médico Legal – IML, atrasando a confecção dos laudos, aumentando o custo das atividades e levando a um desvio da atividade fim do órgão pericial.

Isso porque os médicos peritos passaram a realizar diversos exames de necropsia em cadáveres vítimas de mortes naturais (patológicas ou não), quando deveriam envidar esforços a esclarecer óbitos oriundos de causa violenta.

Desde o ano de 2010 a Secretaria de Saúde assumira a coordenação de reuniões com representantes das secretarias de saúde do município do Rio de Janeiro e região metropolitana, em razão da ausência do SVO no estado.

No curso do inquérito, restou esclarecido pelo Ministério da Saúde que a instalação do SVO é de responsabilidade dos Estados e dos Municípios, havendo, inclusive, incentivo financeiro repassado aos referidos entes federativos, prestado pelo Fundo Nacional de Saúde.

Seguiram-se tratativas entre a Secretaria de Estado de Segurança Pública, por intermédio da Polícia Civil, e a Secretaria de Estado de Saúde, tudo com o escopo de ver criado um convênio para instalar o SVO e elaborar o projeto necessário para a habilitação junto ao Ministério da Saúde. A interveniência da Polícia Civil se justificava pelo impacto que a ausência do SVO estava causando em suas atividades, pois os corpos que deveriam ser encaminhados ao SVO eram levados para o IML e ali necropsiados.

Nada obstante, a evolução das tratativas se viu frustrada diante da ausência de representação da Secretaria Municipal de Saúde em reunião realizada no Ministério Público, com o escopo de se obter solução extrajudicial e ver cumprido o comando legal, instituindo o SVO.

Nesse estado de coisas, somou-se ainda informação prestada pelo Ministério da Saúde dando conta que a Secretaria de Saúde de Estado do Rio de Janeiro ainda não apresentara documentação para a implantação e/ou manutenção do Serviço de Verificação de Óbito na Capital.

Ou seja: sem justificativa ou mesmo notícias de iniciativas em prol da implementação do serviço, em que pese sua previsão legal datar de 2013[971], a população do

[970] http://portal.cfm.org.br/images/stories/biblioteca/declaracaoobito.pdf Acesso em 05 de outubro de 2016.
[971] Lei nº 11.976/2011

Rio de Janeiro permanecia desprovida da prestação de um serviço público essencial para nortear as Políticas de Saúde Pública sérias e consequentes.

Mas não é só.

2 – DA IMPORTÂNCIA DO SERVIÇO DE VERIFICAÇÃO DE ÓBITO E DA DISTORÇÃO QUE A SUA AUSÊNCIA IMPÕE

O Instituto Médico Legal – IML é órgão oficia que tem como atribuição precípua realizar laudos de necropsia em cadáveres cuja morte advém de causas externas, ou quando houver fundada suspeita de que o óbito é oriundo da prática de ilícito penal.

Ocorre que a ausência do SVO vinha acarretando a corriqueira e distorcida prática de encaminhamento ao IML de cadáveres oriundos de mortes sem assistência médica ou com diagnóstico de moléstia mal definida para a realização de exames de necropsia, orçados em cerca de quatro mil reais cada, vale dizer, sem indício algum da prática de ilícito penal.

Isso porque é o SVO o responsável, e o é por imperativo legal, pela apuração e resolução de casos de falecimentos de causas mal definidas, com o escopo de possibilitar a plena notificação de moléstias ao Sistema único de Saúde, não sendo possível subverter toda a lógica normativa da perícia médico legal, inclusive com profundo comprometimento da atividade do IML diante da sobrecarga imposta para além das suas atribuições e capacidades, tudo no quadro de penúria do erário do Estado do Rio de Janeiro.

Com efeito, o exame de necropsia a cargo do IML vinha atendendo a dois objetivos, quais sejam, *(i) o médico-sanitário* que deveria ser realizado pelo SVO, com fins patológicos visando à elucidação diagnóstica e ao fornecimento de dados complementares para o serviço epidemiológico; e o *(ii) médico-legal* que atendia aos interesses do sistema de justiça tendo como escopo a elucidação de ilícitos penais.

Diversos os enfoques e seus objetivos, ambos relevantíssimos, um não pode suprir o outro, restando um quadro de sobrecarga para o IML, com a consequente má prestação da sua atividade-fim.

Em termos precisos: com o SVO instalado, cerca de 38% (trinta e oito por cento) dos exames em cadáveres deixariam de ser feitos pelo IML.

Eis a demanda desatendida pelo descumprimento da lei e, claro, o impacto causado nas atividades do IML e, por via de consequência, na atividade fim da polícia judiciária.

3 – DIREITO À SAÚDE E AÇÕES DE PREVENÇÃO

O direito fundamental à saúde, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana – inscrito como fundamento da República no artigo 1ª, III da sua Constituição – possui duas facetas, pois além de ser um direito fundamental se reveste como dever prestacional do Estado.

Por sua vez, o artigo 196 da Carta Magna dispõe que *"a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais 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."*

Portanto, além das funções promocional e curativa, o direito à saúde possui também a dimensão preventiva. Portanto, pode-se concluir que *"as expressões 'redução do risco da doença' e 'proteção' guardam relação direta com a ideia de 'saúde preventiva', isto é, a efetivação de medidas que tenham por escopo evitar o surgimento da doença ou do dano à saúde, individual ou pública, inclusive pelo contágio, justificando a imposição de deveres de proteção, sobretudo pela relevante incidência dos princípios da precaução e prevenção também nessa seara*[972]*"*.

Neste diapasão, foi promulgada a Lei nº 8.080/90, diploma regulador do Sistema único de Saúde, o qual impõe ao Poder Público as ações e políticas necessárias para implantação do direito fundamental à saúde.

No mesmo sentido do artigo 196 da Carta Maior, o referido ato legislativo dispõe que uma das dimensões do direito fundamental à saúde é a dimensão preventiva, conforme s dispositivos a seguir colacionados.

> Art. 6º Estão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS):
> I - a execução de ações:
> a) de vigilância sanitária;
> **b) de vigilância epidemiológica;**
> (...)
> **§ 2º Entende-se por vigilância epidemiológica um conjunto de ações que proporcionam o conhecimento, a detecção ou prevenção de qualquer mudança nos fatores determinantes e condicionantes de saúde individual ou coletiva, com a finalidade de recomendar e adotar as medidas de prevenção e controle das doenças ou agravos**. (grifos nossos).

Considerando que, nos termos do Artigo 23, II da Carta Maior, a proteção à Saúde é competência comum dos entes federativos, foi promulgada a Lei nº 11.976/09, a qual dispõe, em seu artigo 5º que:

---

[972] SARLET, Ingo Wolfgand, In Comentários à Constituição do Brasil. Ed. Saraiva. 1ª edição. 5ª Tiragem. 2014. pp 1931.

> "**As secretarias estaduais e municipais de saúde** instalarão comissões ou serviços de investigação e/ou verificação de óbitos visando a resolução de casos de falecimentos por causas mal definidas e a busca da plena notificação dos falecimentos ao Sistema Único de Saúde".

Neste diapasão, com fito de fomentar a criação do referido serviço, foi editada a Portaria nº 183/2014 do Ministério da Saúde trazendo a definição do referido Serviço:

> "O SVO [Serviço de Verificação de Óbito] tem por atribuição promover ações que proporcionem, via autopsia, o esclarecimento da causa mortis de todos os óbitos, com ou sem assistência médica, sem elucidação diagnóstica, e em especial aqueles sob investigação epidemiológica."

Conforme documento do Ministério da Saúde que instruiu o inquérito civil, "*a vigilância epidemiológica tem como propósito fornecer orientação técnica permanente para os profissionais de saúde, que têm a responsabilidade de decidir sobre a execução de ações de controle de doenças e agravos, tornando disponíveis, para esse fim,* ***informações atualizadas sobre a ocorrência dessas doenças e agravos, bem como dos fatores que a condicionam, numa área geográfica ou população definida***. *Subsidiariamente, a vigilância epidemiológica constitui-se em importante instrumento para o planejamento, a organização e a operacionalização dos serviços de saúde, como também para a normatização de atividades técnicas correlatas*[973]." (grifos nossos)

Inegável, portanto, a relevância do Serviço de Verificação de Óbito para a formulação de políticas públicas voltadas à vigilância epidemiológica, visto ser "*o órgão oficial responsável pela realização de necropsias em pessoas que morreram sem assistência médica ou com diagnóstico de moléstia mal definida"*[974], cabendo-lhe a coleta e distribuição de dados sobre as doenças que alcançam a população de determinada região.

É dever dos entes federativos a criação de Serviço de Verificação de Óbito, visto ser um instrumento indispensável para a correta prestação do direito fundamental à saúde, mais precisamente em sua dimensão preventiva.

Diante da omissão constatada no curso da investigação e o esgotamento das tratativas com os representantes das Secretarias de Saúde do Estado e do Município, com grave impacto na eficiência dos serviços periciais do IML, na atividade de polícia judiciária e, consequentemente, nas atividades do próprio sistema de Justiça, se fez necessário o ajuizamento de ação civil pública[975] para que o Poder Judiciário determinasse a instalação do serviço indispensável à correta prestação do direito à saúde, suprindo dessa forma, a lacuna

[973] Disponível em http://bvsms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/guia_vigilancia_epidemiologica_7ed.pdf. Acesso em 29 de março de 2017

[974] In http://portalarquivos.saude.gov.br/images/pdf/2015/agosto/14/Declaracao-de-Obito-WEB.pdf. Acesso em 28 de março de 2017.

[975] Autuada sob o nº **0093477-79.2017.8.19.0001**

administrativa e, por via de consequência, desimpactando as atividade médico-periciais do IML.

Insta salientar que a ausência do SVO causava grande repercussão na Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro. Explica-se.

Conforme artigos 114 e 115 do Código de Ética Médica é vedado ao médico:

> Art. 114: Atestar óbito quando não o tenha verificado pessoalmente ou quando não tenha prestado assistência ao paciente, salvo, no último caso, se o fizer como plantonista, médico substituto ou em caso de necropsia e verificação médico-legal.
>
> Art. 115: Deixar de atestar óbito de paciente ao qual vinha prestando assistência, exceto quando houver indícios de morte violenta.

A seu turno, a Resolução nº 1.779, de 11 de novembro de 2005, do Conselho Federal de Medicina dispõe que:

> Art. 2º: Os médicos, quando do preenchimento da Declaração de Óbito, obedecerão às seguintes normas:
> Morte natural
> I. Morte sem assistência médica:
> a) Nas localidades com Serviço de Verificação de Óbito (SVO): A Declaração de Óbito deverá ser fornecida pelos médicos do SVO;
> b) Nas localidades sem SVO: A Declaração de Óbito deverá ser fornecida pelos médicos do serviço público de saúde mais próximo do local onde ocorreu o evento; na sua ausência, por qualquer médico da localidade.
> II. Morte com assistência médica:
> a) A Declaração de Óbito deverá ser fornecida, sempre que possível, pelo médico que vinha prestando assistência ao paciente.
> b) A Declaração de Óbito do paciente internado sob regime hospitalar deverá ser fornecida pelo médico assistente e, na sua falta, médico substituto pertencente à instituição.
> c) A Declaração de Óbito do paciente em tratamento sob regime ambulatorial deverá ser fornecida por médico designado pela instituição que prestava assistência ou pelo SVO.
> d) A Declaração de Óbito do paciente em tratamento sob regime domiciliar (Programa Saúde da Família, internação domiciliar e outros) deverá ser fornecida pelo médico pertencente ao programa ao qual o paciente estava cadastrado, ou pelo SVO, caso o médico não consiga correlacionar o óbito com o quadro clínico concernente ao acompanhamento do paciente.
> 2) Morte fetal:
> Em caso de morte fetal, os médicos que prestaram assistência à mãe ficam obrigados a fornecer a Declaração de Óbito quando a gestação tiver duração igual ou superior a 20 semanas, ou o feto tiver peso corporal igual ou superior a 500 gramas e/ou estatura igual ou superior a 25cm.
> 3) Mortes violentas ou não-naturais:
> A Declaração de Óbito deverá, obrigatoriamente, ser fornecida pelos serviços médico-legais.
> Parágrafo único. Nas localidades onde existir apenas 1 (um) médico, esse é o responsável pelo fornecimento da Declaração de Óbito

Dessa forma, em localidades onde não há o Serviço de Verificação de Óbito, os médicos do serviço público devem emitir a declaração de óbito.

Ocorre que diante da dificuldade dos médicos das unidades de saúde pública atestarem a causa básica das mortes de pacientes que não estavam assistindo, os mesmos deixavam de emitir a declaração de óbito, indicando como causa da morte "motivo indeterminado", e remetiam, de forma indevida, os cadáveres ao IML para a realização de laudo de necropsia.

Assim, os médicos peritos realizavam diversos exames de necropsia em cadáveres oriundos de mortes naturais (patológicas ou não), quando deveriam envidar esforços a esclarecer óbitos oriundos de causa violenta ou em que haja fundada suspeita de serem oriundas de causas externas.

Significa dizer que o Órgão Técnico Científico responsável por elucidar as mortes oriundas de causa violenta acabava por realizar diversos laudos de necropsia sem qualquer valor jurídico penal, prejudicando a prestação jurisdicional.

Neste ponto, cumpre salientar, mormente em virtude da crise econômica enfrentada pelo Estado do Rio de Janeiro, que a elaboração de exames de necropsia demanda custo que varia entre R$ 4.000,00 (quatro mil reais) e R$ 5.000,00 (cinco mil reais), conforme informação fornecida pelo Instituto Médico Legal, colhida no bojo do inquérito civil. Ou seja, o impacto foi sentido no serviço e no custo da perícia médico-legal.

Ressalte-se, por oportuno, que com a existência do SVO nem todos os cadáveres seriam submetidos a exame de necropsia, seja por ausência de autorização familiar, seja pela capacidade de os médicos patologistas elucidarem a causa morte por outros meios (o que não ocorre na hipótese de o cadáver ser enviado ao IML, pois havia informação – indevida, ressalte-se – de que a causa *mortis* podia ser oriunda de fatores externos, circunstância que impunha a necessária elaboração de laudo de necropsia).

Dessa forma, além de sobrecarregar o serviço do Instituto Médico Legal, a omissão dos órgãos de saúde do Estado e do município do Rio de Janeiro também causavam uma sobrecarga do Sistema de Justiça, pois os Registros de Ocorrência, necessários para o IML elaborar o laudo de necropsia, geravam Inquéritos Policiais que deveriam ser submetidos às promoções de arquivamento pelo Promotor de Justiça com atribuição, as quais seriam homologadas em Juízo.

Some-se a isso, que o envio do cadáver ao IML trazia transtornos aos familiares dos mortos, que se viam obrigados a transformar o sepultamento dos seus entes queridos em uma questão policial, indevida e desnecessariamente.

Assim, no bojo da ação civil pública proposta pelo GAESP, em caráter de urgência foi requerido que Estado e Município do Rio de Janeiro apresentassem cronograma para a criação do Serviço de Verificação de Óbito no Município do Rio de Janeiro, com prazo

não superior a cento e oitenta dias para o efetivo funcionamento do serviço de verificação de óbito, nos termos da Lei nº 11.976/2011, com a consequente habilitação ao recebimento de incentivo financeiro de custeio referente ao SVO, junto ao Ministério da Saúde.

No mérito, a condenação para que fosse implantado o Serviço de Verificação de Óbitos no território das respectivas competências, observando as exigências técnicas/operacionais impostas nas portarias do Ministério da Saúde (Portaria nº 183, de 2014, ou a que a venha a substituir), apresentando divulgação ampla nos meios médicos acerca da sua criação, promovendo-lhe a manutenção e apresentando relatórios bimestrais, pelo prazo de 24 meses, das atividades desenvolvidas, custo e efetivo empregado.

Obtida a tutela de urgência, a sentença julgou procedente o pedido.

Apesar do recurso de apelação interposto pelo Estado do Rio de Janeiro, o processo se encontra suspenso por convenção das partes, com fulcro no artigo 313, II do Código de Processo Civil, eis que se busca a construção de um Termo de Ajustamento de Conduta que garanta o modelo de SVO mais adequado para a cidade do Rio de Janeiro, com mais eficiência, menor custo e constante monitoramento. As reuniões já estão sendo realizadas, proposta de TAC já apresentada e em avaliação pelas estruturas das secretarias de saúde. Frise-se, por oportuno, que no TAC a ser celebrado a Polícia Civil figura como interveniente, tendo em vista a relação entre o SVO e o seu órgão de perícia técnica.

Ressalte-se ainda que, no curso das investigações, verificou-se que o desvio de finalidade dos exames de necropsia realizados no Instituto Médico Legal não seria interrompido durante o curso do processo (mesmo com a concessão da tutela de urgência), nem mesmo com a mera instalação do Serviço de Verificação de Óbito em definitivo.

Dessa forma, após o ajuizamento da ação civil pública acima citada, o GAESP instaurou um novo Inquérito Civil (a partir de desmembramento do original) com o escopo de evitar que os cadáveres continuassem a ser remetidos ao IML fora das situações em que houvesse certeza ou ao menos dúvida razoável de que a morte ocorrera em virtude de causas externas, tanto durante o curso do processo, quanto após eventual sentença que julgasse procedente os pedidos formulados no bojo da ação civil pública.

Isso porque o alcance de tal solução envolveria não só as partes formais da demanda coletiva proposta (Estado e Município do Rio de Janeiro, por intermédio de suas Secretarias de Saúde), mas também outros atores.

Com efeito, os médicos da rede de saúde pública também contribuíam para o desvio de finalidade da atividade fim do IML, com a remessa indevida de cadáveres ao IML, em situações sem qualquer evidência de morte causada por evento externo, e os próprios

policiais civis das Unidades de Polícia Administrativa Judiciária recebiam tais cadáveres, lavravam os Registros de Ocorrência e requisitavam os exames de necropsia ao IML.

Verificou-se, portanto, *in casu*, nos termos de doutrina abalizada que "*o processo coletivo brasileiro mantém-se arraigado à mesma racionalidade do processo individual, à sua dinâmica bipolar, à adstrição da sentença ao pedido, à disponibilidade do processo e de todas as consequências advindas dessa lógica*[976]", não sendo apto, *per se*, à tutela dos interesses sociais em toda e qualquer hipótese.

Ou seja, a simples decisão judicial determinando a criação do SVO, apesar de solucionar, ao menos em parte o problema da saúde em sua dimensão preventiva, poderia não ser suficiente para impedir o desvio de finalidade do IML, consubstanciado na realização, pelo referido instituto, de exames de necropsia sem fins médico legal.

Dessa forma, no bojo do novo Inquérito Civil instaurado a partir de desmembramento do caderno investigativo anterior (IC nº **2017.00455070)** foram realizadas diversas reuniões com os atores envolvidos, v.g., Conselho Regional de Medicina do Estado do Rio de Janeiro – CREMERJ, Secretaria de Estado de Saúde, Polícia Civil, Corpo de Bombeiros Militar, Polícia Militar, o que acarretou na elaboração de formulário de auxílio para os médicos por parte da referida autarquia, além de atos normativos elaborados pelos referidos órgãos públicos.

O CREMERJ realizou seminário com o escopo de esclarecer aos médicos a necessidade de não encaminhar cadáveres ao IML em hipóteses em que o exame necropsia não possuísse interesse médico legal.

A Polícia Civil elaborou os seguintes atos normativos: Resolução PCERJ nº 835, de 19 de janeiro de 2018, alterada pela Resolução nº 860, de 17 de setembro de 2018.

Por sua vez, a Secretaria de Estado de Saúde elaborou o seguinte normativo: Resolução SES nº 1.640/2018.

Os atos normativos foram elaborados a partir de considerações efetuadas por diversos atores interessados na solução da controvérsia, contando, inclusive, com a participação de médicos peritos da polícia civil que integravam a Câmara Técnica de Medina Legal do CREMERJ

Em ambos os atos (embora ainda sujeitos a ajustes), procurou-se estabelecer as hipóteses em que deverão ser encaminhados os cadáveres ao IML – sendo certo que a Polícia Civil ainda elaborou formulário a ser preenchido pelos médicos para justificar a remessa de

[976] ARENHART. Sérgio Cruz. *Processos estruturais no Direito Brasileiro. In O Processo para a solução de conflitos de interesse público.* Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANBE, Kazuo; DA COSTA, Susana Henriques. Ed. Jus Podivm. 2017. pp 479.

cadáveres ao IML, o qual será analisado pela Autoridade Policial – com o escopo de cessar o desvio de finalidade que estava sendo causado ao órgão de Polícia Técnico Científica em referência, além de conceder maior segurança aos profissionais da saúde envolvidos.

Pretendeu-se, dessa forma, "*compor os vários interesses legítimos que estão em litígio, de modo a otimizar a sua convivência e a conferir a melhor proteção possível para a sociedade como um todo e para os valores públicos por ela abraçados*[977]" e assim solucionar um problema que se inicialmente era tratado como questão relacionada ao direito fundamental à sáude, mas que no curso das investigações, se mostrou intimamente relacionado ao direito fundamental à segurança pública.

Oportuno ainda ressaltar que, tendo em vista a atuação ativa do *Parquet* em conjunto com os atores envolvidos na celeuma em referência, o impacto nas atividades do IML e no número de inquéritos instaurados para averiguar mortes de causas naturais, sem quaisquer indícios de causas externas, estão em franca queda, o que se reflete em diminuição dos custos e redirecionamento dos recursos para custeio das demais atividades de polícia judiciária.

CONCLUSÃO

As políticas de segurança pública contam com uma gama de atuações que variam entre o policiamento ostensivo e a atividade técnica e científica, a qual abrange serviços diretos, como o IML, e serviços acessórios como o SVO.

Não se pode prover segurança pública sem o devido aparelhamento da atividade de investigação penal, sob pena de maciça ineficácia. Não há dúvidas de que o policiamento ostensivo é importante. Tudo, porém, resvala para a já conhecida vala da ineficiência se não houver um mínimo de correspondência como a atividade investigativa. Não há modelo de segurança pública que possa se sustentar de modo eficiente sem os dois eixos – a atividade policial ostensiva e a investigativa.

Investir no aparelhamento das atividades investigativas implica no incremento do número de elucidações de crimes, o que, por óbvio, tem o condão de contribuir para inibir novas ocorrências, por diminuir a impunidade, gerando também para a população a sensação de que a polícia está mais atuante e a comunidade mais segura.

---

977 ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. In https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro. Acesso em 31 de julho de 2019

Assim, o órgão ministerial do Estado do Rio de Janeiro, ao receber a notícia da ausência do SVO, procurou utilizar os instrumentos disponíveis para instituição do serviço que tem por objetivo primeiro a política de saúde no âmbito da prevenção, mas que, diante da omissão dos órgãos estatais de saúde, impactavam as atividades de polícia judiciária, impondo que o IML assumisse uma função que não lhe era própria, perpassando pelas fases de promoção de políticas públicas e garantindo a efetividade de uma das vertentes do direito à segurança pública, qual seja a eficácia da atividade do IML.

O controle externo da atuação ou omissão do estado em relação a políticas públicas de forma ampla, aqui incluindo o controle da atividade policial, é uma forma de salvaguardar a realização de direitos fundamentais previstos na Constituição. O Ministério Público, enquanto instituição permanente de defesa da cidadania, é órgão de controle da Administração Pública e tem como dever, entre outras funções, zelar pela implementação de políticas e serviços públicos de qualidade. Nesse sentido, deverá atuar quando a inércia da Administração ou o mau funcionamento do serviço público estiverem impedindo a concretização de direitos previstos na constituição.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: O controle externo da atividade policial é interdisciplinar e sua atividade compreende a fiscalização e promoção de políticas públicas, ainda que de esferas não penais, que interfiram na efetividade dos serviços prestados pelos órgãos de polícia.

BIBILIOGRAFIA:

1. SARLET, Ingo Wolfgand, *In Comentários à Constituição do Brasil*. Ed. Saraiva. 1ª edição. 5ª Tiragem. 2014. pp 1931

2. ARENHART. Sérgio Cruz. *Processos estruturais no Direito Brasileiro. In O Processo para a solução de conflitos de interesse público.* Coord. GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANBE, Kazuo; DA COSTA, Susana Henriques. Ed. Jus Podivm. 2017. pp 479.

3.ARENHART, Sérgio Cruz. Decisões Estruturais no Direito Processual Civil Brasileiro. In https://www.academia.edu/9132570/Decis%C3%B5es_estruturais_no_direito_processual_civil_brasileiro. Acesso em 31 de julho de 2019

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

POLÍTICA INS E ADMINISTRATIVA

A integração das Corregedorias-Gerais do Ministério Público no esforço institucional por resolutividade

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: Neste estudo tenta-se colocar as Corregedorias-Gerais do Ministério Público, como órgãos do Ministério Público, no engajamento de uma ação coordenada na busca por resultados institucionais. Seu perfil já não se coaduna em ser um corpo estranho na estrutura orgânica da instituição. Sua *perfomance* precisa, de alguma forma, se encaixar no esforço institucional e sistêmico por efetividade. E assim, são propostas novas metodologias para captar o que motiva os membros e a forma de alinhá-los à cultura institucional de obtenção de resultados socialmente relevantes.

Sumário: 1- Introdução. 2- Perfil antigo da atividade correcional. 2.1- Fiscalização burocrática e controle total. 2.2- Fiscalização inercial. 2.3- Punitivismo neutralizante: faltas disciplinares de "interpretação do direito". 2.4- Controle formal do desempenho. 3- Incoerências no modelo correcional atual no Ministério Público. 3.1- Sobrefiscalização no primeiro grau e subfiscalização no segundo grau. 3.2- Violação do devido processo legal e da ampla defesa. 4- Novo perfil correcional. 4.1- Intervenção preventiva, dialogal e orientadora. 4.2- Gestão resolutiva e humanizada. 4.3- Ação coordenada. 4.4- Fiscalização qualitativa da resolutividade. 4.5- Uso racional, efetivo e formulador dos dados estatísticos. 5- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

O presente estudo se propõe ser uma revisão crítica do papel das Corregedorias-Gerais do Ministério Público na sua inserção perante os novos parâmetros apresentados pela instituição: resolutividade, planejamento e ação coordenada.

A corregedoria-geral do Ministério Público (em qualquer dos seus ramos) é um órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais e da conduta dos membros da instituição (art. 17, *caput*, da LONMP), mas o raio de atuação correcional, em regra e na prática, é estreitado e reduzido pela metade, dado um modelo de fiscalização cerberesca, inercial (dependente de provocação), fragmentada. O caráter repressivo e reativo ainda, infelizmente, se sobrepõe ao preventivo.

A evasão de uma lógica meramente reativa, punitiva e disciplinar parece, plenamente, compatível com os novos paradigmas a reger o Ministério Público. Se em relação à sociedade e aos seus interesses prioritários a instituição atua por uma lógica de prevenção de danos e de busca por resultados efetivos, nada justifica que, internamente, a sua atividade correcional incida apenas quando o dano ou o ilícito já se verificou; quando os prejuízos à atividade finalística são irreversíveis ou sujeitos apenas a uma parcial e imperfeita reparação.

Essa nova compreensão da realidade jurídica e social abre um espaço fértil para uma reconceitualização das corregedorias-gerais e suas atuações em prol de um Ministério Público mais homogêneo, efetivo em sua atividade finalística e menos adversarial em suas conexões e relações internas. Estes foram os propósitos inspiradores do presente ensaio.

2- Perfil antigo da atividade correcional

A corregedoria não existe para espalhar a desconfiança, o medo e o terror, numa postura de inacessibilidade e de aparente superioridade, despertando um deslocado – em espaço e tempo - "temor reverencial". Nem pode atuar sobre o princípio da suspeição: crendo e acreditando que todo agente do Ministério Público age movido por objetivos vis. Seu método de trabalho não pode ser, nem de longe, uma dinâmica de poder nazi-fascista (ou totalitária)[978] - cascavilhando ou espiolhando deslizes e erros, até patrulhando intenções, olhares e silêncios, afinal "tudo se interpreta"[979] (fazendo de cada servidor um espião em potencial, tristemente consciente de seu papel) -, mas democrático, estabelecendo uma "política de portas abertas" com base no diálogo, na transparência, na cooperação e na gestão humanizada racional. Em suma, não pode ser um órgão puramente ou virulentamente fiscalizador e punitivo, uma polícia interna, sob pena de perder sua real essência nas engrenagens de uma ambiência democrática que teima em se impor às contraforças da tradição autoritária.

[978] MANNHEIM, 1980, p. 123. Também ARENDT, 2009, p. 513.
[979] MAXIMILIANO, s/d, p. 09.

A existência quase fantasmagórica do fenômeno político do totalitarismo como um item lamentável do museu da história e sua superação por uma onda democrática, talvez nos faça esquecer o fato de que a principal diferença entre regra totalitária e governo democrático não se dá tanto em termos de existência de leis positivas, mas na maneira como essas leis são administradas[980]. As perversões do ambiente macropolítico reproduzem-se, a varejo, no meio burocrático com mais frequência do que se pode imaginar. Então não é despropositado, nem amor ao excesso, atribuir tendências antidemocráticas ou desdemocratizantes (ou totalitárias) a certas corregedorias-gerais que embalam suas pretensões de "ordem e lei" nos padrões já referidos.

Para fazer desses padrões varridos pela história uma parte importante (ou única) da atividade correcional é preciso um tirocínio profissional especialmente voltado à sua operacionalização e de um olho cego para o modo como eles violam o funcionamento democrático e dialogal de uma instituição de cariz moderno. De qualquer maneira, imaginar que é possível sentar e calcular propósitos inquisitoriais para fazer atuar o mister correcional, parece algo fora do contexto, mas tomar a cultura – enraizada pós-88 na história da instituição ministerial – e transformá-la em procedimentos sombrios de uma época morta, parece extraordinariamente ingênuo.

Nossos sistemas de controle correcional parecem, ainda, por conta dessas características apontadas, fundar suas atividades sobre a hipótese de que 90% dos membros são preguiçosos, inúteis, sempre prontos a mentir, enganar, levar vantagem ou fazer uso de qualquer outra forma de prejudicar a instituição.

Talvez a extema especialização do órgão correcional faça com que o titular eventual sinta-se seguro demais no pedestal das ideias fixas e em estruturas mentais de inflexibilidade gótica e, assim, permaneça desatento às mudanças que se processam ao seu redor. Essas antigas categorias mentais já não se ajustam às novas estratégias e exigências dialogais, nem se adaptam a um mundo que se desdobra de maneira inesperada, aberto a novos valores, líquido. Um contexto de imperiosos ajustes contínuos é implacável com quem se mantém na fixidez dos modelos herdados da tradição[981]. Esses modelos correcionais poderiam ser funcionais há 40 ou 50 anos, quando as incertezas e as imprevisibilidades do mundo eram poucas e quantificáveis, mas, definitivamente não se ajustam aos tempos de hoje.

Encontramo-nos perante um universo e uma sociedade, nos quais o imprevisível, o instável, o fortuito, o risco, a incerteza e o irregular também têm espaço, e cada vez mais

---

[980] KOOKER, 1993, p. 21.

[981] Desenvolver novas aptidões (e atitudes), injetar sangue novo, sacudir os velhos costumes, ter uma boa *perfomance* em um novo ambiente, não é coisa fácil (Peters/Waterman, 1993, p. 09).

espaço, com perturbadoras conseqüências para um Direito tradicional que se assenta na regularidade e na racionalidade[982]. Esse mundo cartesiano é o desejado (cobrado e exigido) pelo Corregedor da velha escola, alheio à descontinuidade e à liquidez assumidas pela realidade social e jurídica. O membro do MP, diante desse cenário dinâmico e fluido, é cada vez mais chamado a desenvolver capacidades para acomodar mudanças inesperadas, através de um aprendizado estratégico e a dar respostas flexíveis, nem sempre respostas institucionalizadas (com um suporte procedimental, com uma prévia e clara norma regulamentadora etc.), pois a realidade social move-se mais rápida e tem mais poder normativo que a vontade de um legislador ou de um gestor tardo em adaptar-se ao curso histórico que ela vai determinando.

As atuações ou as atividades sem suporte procedimental (ou seja, atividades não institucionalizadas em rotinas próprias), quando representam responsáveis medidas de inserção social, são estimuladas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e pela Corregedoria Nacional do Ministério Público (art. 5º. inciso IX, da Recomendação de Caráter Geral n. 02/2018):

> "Para fins de avaliação, orientação e fiscalização pela Equipe Correicional, será considerada a eficiência funcional da atuação do membro ou da unidade correicionada ou inspecionada, aferindo-se, entre outros, os seguintes aspectos: IX - realização de atividades extrajudiciais não procedimentais de relevância social, tais como palestras, participação em reuniões e outras atividades que resultem em medidas de inserção social".

É moeda corrente na doutrina que os integrantes do Ministério Público, para cumprir efetivamente suas funções (principalmente na gênese do juízo valorativo realizado sobre todos os aspectos jurídicos das demandas – incidentais ou não - a si submetidas), devem estar livres de qualquer tipo de ameaça, ingerência, retaliação, hostilidade ou pressão. Não podem sofrer nenhum tipo de interferência de conteúdo na sua atuação técnico-jurídica extrajudicial e processual[983]. Os órgãos do Ministério Público não estão obrigados a observar atos normativos, resoluções, portarias, instruções, ordens de serviço ou quaisquer comandos nem

---

[982] MONREAL, 1988, p. 34. Um meio social dinâmico e mutável exige, naturalmente, instituições que pensem à frente e também detentoras de certa capacidade de adaptação durante o processo de inserção social. Sem flexibilidade não podemos fazer frente a uma "era de liquidez".

[983] Vide item 9, da "Declaración de Buenos Aires. Jornada de Procuradores y Fiscales Generales de Iberoamérica sobre Narcocriminalidad", Buenos Aires, 31.05.2016. Disponível em: https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2016/06/MPF_declaracio%CC%81n1.pdf. Último acesso: 30.12.2018. Também Márcio Soares Berclaz, **A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re) definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional.** Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/marcioberclaz.pdf. Último acesso: 18.01.2019; Hugo Nigro Mazzilli, **Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

mesmo dos órgãos superiores da Administração no que diga respeito ao mérito do que devam ou não fazer "nos atos da atividade-fim"; aqui, é irrestrita a sua independência funcional.

O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, em seu Enunciado 6 (28.04.2009), reconhece que "os atos relativos à atividade fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público. Os atos praticados em sede de inquérito civil público, procedimento preparatório ou procedimento administrativo investigatório dizem respeito à atividade finalística, não podendo ser revistos ou desconstituídos pelo Conselho Nacional do Ministério Público, pois, embora possuam natureza administrativa, não se confundem com aqueles referidos no art. 130-A, §2°, inciso II, CF, os quais se referem à gestão administrativa e financeira da Instituição".

Os vetores de ingerência ou interferência podem ser tanto externos, quanto internos, quando marcados pela ilegalidade e pela ilegitimidade. Já dissemos alhures, que a independência funcional pode ser ameaçada *ad intra* (interna) ou *ad extra* (externa). E, do ponto de vista, de efetividade, as ameaças derivadas dos órgãos internos da instituição (com especial destaque para a função correcional), são mais destrutivas e mais dolorosas que as externas, e com uma capacidade infinitamente maior para paralisar as ações e as iniciativas dos membros.

Sobre o núcleo duro e inexpugnável do juízo valorativo técnico-jurídico extrajudicial e processual, o Superior Tribunal de Justiça, admitindo a prevalência do princípio da independência funcional, reconheceu ser "incabível, pois, a punição de Promotor de Justiça que requer, fundamentadamente, o arquivamento de inquérito policial por entender se tratar de fato atípico" (6ª T., RMS nº 12.479/SP, rel. Min. Maria Thereza Arruda, j. em 21/08/2007, DJU de 19/11/2007). No caso concreto, membro do Ministério Público promovera sucessivos arquivamentos de inquéritos policiais cujo objeto era o porte ilícito de substância entorpecente. O órgão correcional, entendendo que a conduta, de acordo com a lei brasileira, era manifestamente típica, instaurou processo administrativo disciplinar e puniu o promotor de Justiça. Impetrado mandado de segurança perante o Tribunal de Justiça, a ordem foi denegada sob o argumento de que "a independência funcional não é absoluta", ao que se soma a "impossibilidade de o Promotor de Justiça fazer prevalecer sua posição doutrinária sobre o texto da lei"[984].

[984] Emerson Garcia, **Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.01.2019.

A instituição que tem a missão de combater agentes externos poderosos precisa, primeiro, trabalhar sua coesão interna, seu contexto de apoio no ambiente interno. Os agentes ministeriais não serão resilientes diante desse formidável aparato externo (com seus interesses e apetites) se, no âmbito interno da instituição, não contarem com razoável suporte e apoio.

Nos itens a seguir apontamos algumas características, ainda existentes, infelizmente, em muitas corregedorias filiadas à escola antiga.

2.1- Fiscalização burocrática e controle total

A obsessão pelo controle absoluto, pela fiscalização burocrática integral ou total, sem trégua e *full time*, pode criar um clima de hostilidade endêmica (uma desconfiança recíproca) e implicar num constrangimento contínuo sem o correspondente ganho de eficácia, efetividade e eficência, que é, no fundo, o objetivo primacial de toda e qualquer atividade correcional.

Qualquer atividade, e a correcional não é exceção, precisa manipular métodos eficazes e racionais. A obsessão pelo controle reflete, simplesmente, uma ilusão de controle. Qualquer padrão regular de fiscalização dar ao fiscalizado uma oportunidade de desenvolver técnicas de evasão ou de camuflagem. Ao tornar aleatórios seus padrões de fiscalização, as chances do órgão correcional surpreender eventuais deslizes dos fiscalizados são maiores.

Isso sem falar que a pura punição disciplinar não ensina o comportamento funcional correto ou desejado, quando muito faz com que o corrigido aprenda a evitar punições futuras. Suponhamos que o membro é punido por não tratar com urbanidade um cidadão no exercício da função. Reprimido com a punição, não saberá as formas de tratamento adequadas, mas "aprenderá" a desviar-se de novas punições, evitando, por exemplo, todo contato com os cidadãos em geral. Esse raciocínio se insere numa perspectiva maior: o indivíduo castigado não está, por isto, menos disposto a comportar-se de uma forma dada, quando muito, aprende a evitar a punição. Em troca, se o órgão correcional reconhece e elogia boas práticas, estimulará, provavelmente, outros membros a segui-las ou desenvolvê-las. Dissemina-se o aprendizado de que um comportamento específico (positivo) leva a recompensas e, ao mesmo tempo, satisfaz a insaciável necessidade humana de atribuir-se um valor próprio.

O controle absoluto sobre bases burocráticas (observância das fórmulas legais, dos prazos estritos, dos tecnicismos estéreis etc.), além de ineficaz, tende a prejudicar o espírito inovador, criativo e resolutivo dos membros da instituição. A inovação pressupõe um passo além do estabelecido, logo é possível (na verdade, muito provável) que o "passo além" não esteja positivado em alguma norma jurídica. E essa liberdade operacional é o que qualifica o

membro do Ministério Público como agente político. Mas agir sem o suporte claro de uma norma (o "traço de giz na parede") é o alerta para a atuação da corregedoria de molde antigo, afinal o regulamento é a baliza e a fonte inexorável de direitos e de deveres. E não há nada mais desmotivador que a necessidade de, a qualquer passo, justificar-se perante um órgão correcional; é quase heroico manter-se sereno quando o céu desaba sobre sua cabeça. Assim, os membros recorrem ao caminho de menos resistência – obediência de soldado aos regulamentos - para se proteger; transferem suas lealdades para o leito comum dos regulamentos, dos relatórios, dos números. As boas práticas definham diante desse Cérbero infernal, de cujo "fogo amigo" nenhum espírito à frente de seu tempo (ou até ao nível dele) escapa.

Para atormentar e retirar força produtiva a um promotor, basta instaurar uma ou duas sindicâncias. Sequer elas precisam ter algum suporte factual ou jurídico, a simples necessidade recolher elementos informativos ou de defesa já retira tempo precioso ao agente, sem contar o desgaste emocional e a perda do senso de pertencimento.

A obsessão pelo controle brota do fracasso em reconhecer ou apreciar o valor da espontaneidade, da criatividade e leva a inúmeros tipos de comportamento. Um é a aversão ao risco, que significa uma relutância em considerar ideias criativas e mudanças quânticas de verdade, pois os efeitos de ambas são imprevisíveis[985]. E como toda forma de poder é naturalmente expansivo e não-linear, alarga-se continuamente e em todas as direções.

2.2- Fiscalização inercial

Os órgãos correcionais de perfil antigo parecem desconhecer o meio termo, a justa medida dos filósofos socráticos: vão da fiscalização total à fiscalização inercial ou dependente de provocação. Quando não são hiperativos, cascavilhando desvios mínimos aos regulamentos, apresentam-se letárgicos, dependentes de um agente provocador ("aguardam o dano"). De qualquer modo, em ambos os casos, o amor ao regulamento persiste, e os tornam incapazes de serem funcionais às novas exigências. Como avaliar e fiscalizar a atuação de um membro do Ministério Público que, no exercício da sua função, precisa atender alguns postulados funcionais que não se encontram positivados em qualquer regulamento, resolução ou lei? Ou que ressaem, palidamente, de postulados principiológicos lançados em normas esparsas? Hoje em dia, exige-se do membro resolutivo (art. 1º., da Recomendação de caráter geral CNMP-CN n. 02, de 21.06.2018):

[985] MINTZBERG, Henry. **The rise and fall of strategic planning.** New York:Free Press, 1994, p. 203.

1- Capacidade de articulação; 2- Capacidade de diálogo e de construção do consenso; 3- Senso de oportunidade para o desencadeamento das atuações; 4- Autoridade ética para mediar demandas sociais.

A norma pode prever e até exigir essas qualidades, mas não pode quantificá-las, traçando limites precisos de atuação. Assim, não há como positivar até onde vão essas capacidades de articulação, de diálogo e de construção de consenso. Os limites desses talentos e a forma como são postos em prática vai depender da métrica do agente ministerial. É nessa zona nebulosa que a atuação do corregedor-geral pode ser benéfica ou destrutiva, dependendo a que escola pertence, à antiga ou à moderna.

O *quantum* dessas capacidades e desses talentos não está disposto em códigos ou leis, mas no *feeling* do agente ministerial. Ora, sendo assim, a atuação correcional só terá condições de avaliar tais padrões se também compartilhar deles. O corregedor-geral precisará ter capacidade de articulação e de diálogo, senso de oportunidade e autoridade ética.

2.3- Punitivismo neutralizante: faltas disciplinares de "interpretação do direito"

A fiscalização dos deveres dos membros do Ministério Público pelas Corregedorias é feita, usualmente, "tão somente sob o enfoque da subsunção ou não da conduta apontada como ilícita aos tipos administrativos disciplinares ensejadores das faltas e da correspondente aplicação da penalidade administrativa" (Daher, 2016). Mas esse cenário reducionista não escapa aos desejos de maior restrição.

Sob a inspiração dos delitos de interpretação do direito estrangeiro, há quem venha a público defender a criação de tipos disciplinares baseados na "distorção imprudente do direito" (Cabral, 2016), sem nenhuma atenção ao princípio da insindicabilidade da interpretação jurídica dos casos concretos. Essa ideia é tão absurda que só pode ser explicada pelo hábito inviscerado na cultura nacional de copiar modelos estrangeiros com pouca ou nenhuma reflexão. Percebe-se, claramente, o lado sombrio de hipóteses de trabalho como essas: hipertrofiar o poder punitivo das corregedorias, ampliando as hipóteses de incidência, em prejuízo de seu prioritário caráter orientador.

É certo que os membros do Ministério Público não podem invocar como "escudo de proteção", "refúgio indevassável" ou álibi, em casos de omissão indevida, o princípio da independência funcional, mas, por outro lado, não podem ter múltiplas "espadas de Dâmocles" sobre suas cabeças, sob as mais especiosas criações cerebrinas, tornando penoso o desempenho funcional diário e exigindo verdadeiros herois para esgrimir uma porosa independência funcional. E dizemos "porosa" pois, dependendo da forma como é interpretada,

pode servir a dois propósitos contraditórios: alavancar uma atuação inovadora e transformadora ou embasar o desenho punitivo *all-embracing* das corregedorias-gerais (que atuando, arbitrária e casuisticamente, podem relativizar e esvaziar o princípio de todo sentido e alcance). Portanto, manipular, conceitualmente, o princípio da independência funcional é uma atividade muito perigosa.

A partir dessas hipóteses ou teorias mal digeridas e pior ainda assimiladas, tenta-se limitar o alcance do "juízo valorativo técnico-jurídico extrajudicial e processual" do agente ministerial. Cria-se, a partir disso, uma espécie nefasta de "punitivismo neutralizante". O princípio da unidade não anula as unidades executivas do MP, nem torna o agente refém de um postulado coletivo. Moldar a instituição por esse ângulo, representa podar (ou emascular) a iniciativa, a criatividade, a inovação e o livre movimento intelectual. O planejamento estratégico formal não pode se sobrepor à visão estratégica e ao pensamento estratégico, verdadeiros elementos de ajuste do plano estratégico coletivo ou institucional.

Ao coro de que "a atuação individual e intuitiva dos membros do Ministério Público deve ser superada por um novo modelo, em que o compromisso com a transformação social, o planejamento estratégico e a eficiência passem a ser condições naturais em todos os âmbitos da atuação institucional, jurisdicional ou extrajurisdicional" (Almeida, 2016), retrucamos que a atuação individual não deve ser superada, mas amparada, suplementada e coordenada institucionalmente, sempre dirigida por uma visão holística estratégica. A iniciativa individual, criativa, impulsionadora, não deve ser superada, anulada ou neutralizada pela tirania do todo ou por uma atividade correcional nutrida pelo leite grosso da tradição autoritária. Em nosso modo de ver, é preciso haver uma harmonização da parte com o todo e vice-versa. O elemento individual sempre será a variável da mudança e da inovação. Essa premissa jamais será superada, nem pela mais perfeita das instituições.

2.4- Controle formal do desempenho

Essa forma de controle ampara-se sobre uma estrutura formal, centrada em normas, rotinas e indiferente aos aspectos substanciais da conduta funcional do agente do Ministério Público. Normalmente, o fim desse controle é mais atraído por irregularidades, que pelas boas práticas, pela eficiência, eficácia e efetividade funcional. A forma e a observância de prazos procedimentais preponderam sobre os resultados concretos e efetivos da atuação. Há um caráter personalístico embutido na fiscalização, dirigindo-se antes ao agente individualmente considerado e esquecendo, ou colocando em segundo plano, a estrutura e o desempenho do órgão de execução onde a função é exercida.

3- Incoerências no modelo correcional atual no Ministério Público

3.1- Sobrefiscalização no primeiro grau e subfiscalização no segundo grau

Percebem-se algumas incoerências nos trabalhos das corregedorias. Uma, em especial, chama a atenção: a forma desigual como são feitas as fiscalizações no primeiro e no segundo graus. Enquanto nas procuradorias de justiça, o Corregedor realiza inspeções, pessoalmente, remetendo relatório reservado ao Colégio de Procuradores (LONMP, art. 17, inc. II), nas Promotorias de Justiça são realizadas inspeções, regularmente ou mediante correições ordinárias ou extraordinárias, levando ao conhecimento do Procurador-Geral de Justiça e Conselho Superior do Ministério Público as irregularidades observadas.

Além disso, os Procuradores de Justiça ainda exercem inspeção permanente nos serviços dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiam, remetendo seus relatórios à Corregedoria-Geral do Ministério Público (LONMP, art. 19, §2º.). É como se existisse uma hierarquia entre os membros do Ministério Público.

Salta aos olhos, a forma tímida, *reservada* e discreta como as procuradorias de justiça são fiscalizadas. E, por outro lado, a quantidade de atividade fiscalizatória e controladora existente sobre os órgãos de execução de primeiro grau: existem guardas e sobreguardas (mas *quis custodiet ipsos custodes*?). Não nos parece que os agentes ministeriais de segundo grau, embora alojados no nível mais proeminente da carreira, deixem, só por isso, de ter a necessidade de apresentar habilidade técnica quantificável nos feitos e nas ações em que são chamados a atuar. Apenas aos gestores, quando atingem um nível hierárquico avantajado, as habilidades técnicas passam a plano secundário, não assim com agentes ainda envolvidos com questões técnico-jurídicas.

Também nos órgãos colegiados (Conselho Superior e Colégio de Procuradores) parece inexistir a cogência do princípio da duração razoável do processo. Não há prazos legais ou resolutivos para as atividades funcionais (administrativas) desses órgãos. Um conflito de atribuição em grau de recurso, por exemplo, pode levar meses ou anos até ser julgado e definido o órgão competente para dar andamento à demanda. A atividade correcional, de igual modo, passa ao largo dessas questões.

3.2- Violação do devido processo legal e da ampla defesa

Dentre outras atribuições, incumbe ao Corregedor-Geral "instaurar, de ofício ou por provocação dos demais órgãos da Administração Superior do Ministério Público, processo

disciplinar contra membro da instituição, presidindo-o e aplicando as sanções administrativas cabíveis" (LONMP, art. 17, V). Representa uma teratologia, pois como podemos falar em *ampla defesa e devido processo legal*, se a autoridade que acusa é a mesma que preside a instrução e, em alguns casos, ainda julga o acusado? Essa sistemática, que não foi reproduzida na Lei Complementar nº 75/1993, parece não se ajustar aos mais comezinhos lineamentos do devido processo legal. Afinal, como é possível termos, em pleno Estado Democrático de Direito, uma simbiose existencial entre as funções de acusador e julgador?[986]

4- Novo perfil correcional

4.1- Intervenção preventiva, dialogal e orientadora

A atuação preventiva, por qualquer dos órgãos do Ministério Público (e a corregedoria não é exceção), responde por um indicador de resolutividade. Assim, por exemplo, na Resolução n. 144, de 27.04.2017 (Regimento Interno da Corregedoria do Ministério Público do Trabalho), art. 9, inc. I, a corregedoria, no exercício de sua atividade correicional, poderá "acompanhar o exercício das atividades funcionais dos membros do Ministério Público do Trabalho, orientando preventivamente e intervindo tempestivamente em casos de omissão de deveres ou de prática de abusos".

Na orientação e intervenção correicional, o Corregedor-Geral poderá expedir recomendação individual, reservada e sem caráter disciplinar, quando a conduta do membro não for de gravidade que justifique a iniciativa da atividade disciplinar (§ único, do mesmo artigo).

Neste sentido, para o desembargador paulista José Renato Nalini, então corregedor-geral de justiça, "a corregedoria tem que ser o primeiro órgão de apoio, de orientação. E para isso é preciso paciência para ouvir, cordialidade, temos que devolver o tratamento humano para dentro do Judiciário"[987].

O Conselho Nacional do Ministério Público ressalta essa qualidade da moderna atividade correcional, quando no *caput* do art. 5º., da resolução n. 149/2016[988], determina que "a autoridade incumbida dos trabalhos elaborará relatório circunstanciado, apontando as boas práticas observadas, as eventuais irregularidades constatadas, bem como as conclusões e

---

[986] Hugo Nigro MAZZILLI, **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo:Saraiva, 7. ed.; 2008, p. 168/169. Também GARCIA, 2016, cit.

[987] Disponível em: https://tj-sp.jusbrasil.com.br/noticias/3128913/novo-perfil-da-corregedoria-geral-da-justica-e-tema-de-palestra-do-corregedor-geral. Último acesso: 26.12.2018.

[988] Essa resolução dispõe sobre a obrigatoriedade de realização de correições e inspeções no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados e institui o Sistema Nacional de Correições e Inspeções no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público.

medidas necessárias a prevenir erros, corrigir problemas e aprimorar o serviço desenvolvido pelo órgão/unidade".

Veja-se que a preocupação maior é "prevenir erros", "corrigir problemas", "aprimorar o serviço" e "apontar as boas práticas". Nessa disposição normativa fulcral ao trabalho correcional, temos em primeiro plano o espectro mais moderno das atividades atribuídas às corregedorias-gerais. De fato, como sugere uma imagem[989], ninguém zela pela longevidade de um esportista cortando-lhe as pernas, mas, sim, orientando-o e estimulando-o a desenvolver e a aumentar as suas potencialidades. Não é por outra razão que a atribuição de orientar contida no art. 17, *caput*, da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, precede ao dever de fiscalização (e por consequência, de repressão) das Corregedorias-Gerais. É um claro indicativo da prevalência da estratégia orientadora no perfil moderno da atividade correcional.

A superioridade da tutela preventiva há tempos é assinalada pelos mais consagrados autores (Grinover, 1981, p. 27), frente à inviabilidade freqüente da modalidade tradicional de tutela que consiste na aplicação de sanções, quer sob a forma primária de restituição ao estado anterior, quer sob as formas secundárias da reparação ou do ressarcimento. E a gravidade do problema, afirmou-se, aumenta de intensidade, quando se passa das relações jurídicas de caráter patrimonial àquelas categorias em que se reconhece ao homem uma situação de vantagem insuscetível de traduzir-se em termos econômicos: os direitos da personalidade.

A LONMP, no art. 17, *caput,* diz que a Corregedoria-Geral do Ministério Público é "*órgão orientador e fiscalizador das atividades funcionais". Num primeiro momento, como desdobramento dessa tarefa orientadora, a Corregedoria pode emitir recomendações (LONMP, no art. 17, IV), consistentes em deliberações de natureza não vinculativa, para serem observadas pelos órgãos de execução do Ministério Público em suas atividades finalísticas ou administrativas. O instrumento da recomendação resulta* da análise de hipóteses institucionais de caráter geral e de natureza abstrata. E, em regra, é emitido *ex officio.*

Num segundo momento, nada impede – mesmo na ausência de previsão legal[990] *– que a Corregedoria exerça o papel de órgão consulente. Isto porque a função já se encontra dentro do espectro maior da "orientação", devidamente prevista em lei (art. 17, da LONMP). Distingue-se da recomendação, pelo simples fato desta ser habitualmente formulada de ofício. A consulta, por seu lado, depende de provocação do interessado, obedecidos alguns*

[989] Emerson Garcia, 2016, cit.

[990] "Essa postura preventiva das Corregedorias decorre da própria constatação de que a atuação preventiva é mais eficiente e consentânea com a moderna visão do processo administrativo e do próprio Ministério Público, não havendo necessidade de previsão normativa nesse sentido" (Godinho, 2016).

critérios[991]*, como: a) ter pertinência temática com as atribuições da Corregedoria; b) ser formulada em tese, não sendo admitida consulta emergente de questões administrativas concretas, decorrente de interesse individual ou de matérias sub judice* ou *sub examen; c) ser de interesse institucional, não sendo permitida, também, consulta de caráter puramente acadêmico.*

Como dissemos, a Corregedoria não é exceção na adoção, por todos os órgãos do Ministério Público, de uma postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise ou de irregularidades. A atuação preventiva ataca, por todos os ângulos, o ilícito, evitando sua prática, continuidade ou recorrência, constituindo-se na forma mais pura de manter efetivo o Direito. Existem danos que são irreparáveis, sendo impossível voltar ao *status quo ante*, restando apenas a repressão punitiva ou compensatória. A repressão, portanto, em regra, é uma forma imperfeita de restaurar a efetividade (ou a imperatividade) do Direito[992].

O maior compromisso da atividade correcional não se reflete na quantidade de apurações e aplicação de penas disciplinares (aqui o movimento mais racional é ir da quantidade para a qualidade), fazendo do órgão respectivo uma máquina de exigir e empilhar condenados, de catalogar e listar culpados (aqui descortina-se, inclusive, mais uma vantagem da ação que visa à prevenção, pois não se preocupa, em regra, com eventual culpa ou dolo do agente, estigmatizando-o e antagonizando-o, mas simplesmente em obstar a irregularidade e o dano). Seu compromisso moderno e nuclear, assim entendemos, é com ganho de efetividade na atuação institucional, por todos os órgãos que estão sob sua jurisdição orientadora e fiscalizadora.

As ferramentas para levar adiante essa tarefa orientadora são o diálogo e o consenso[993]. A corregedoria como órgão do Ministerio Público e dirigida por agente da instituição não está imune às novas diretrizes que regem o comportamento funcional de todos os membros: deve ser resolutiva, efetiva, eficiente e buscar a solução consensual ou negociada das controvérsias inseridas no raio de suas atribuições. O próprio Conselho Nacional do Ministério Público, no parágrafo único do art. 8º da Resolução nº 118, de 1º de dezembro de 2014 (dispõe sobre a Politica Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público), chega a prever a possibilidade de negociação entre os próprios membros

[991] Aqui nos permitimos um paralelo com os critérios assinalados pelo CNMP para admitir consultas (Enunciado n. 5/2008, CNMP).
[992] "(...) mais efetivo do que procurar restituir eventual dano decorrente de determinada conduta, ou interromper sua ocorrência, seria evitá-la" (Arenhart/Osna, 2016).
[993] "É de se destacar que a forma mais legítima de realização do direito não vem da capacidade de decidir e de fazer imperar decisões, mas do diálogo, da interpretação negociada da norma jurídica" (Almeida, 2016).

do Ministério Púbico: “A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público”.

Sob esse viés orientador, nada impede que a corregedoria possa proceder à autocomposição de controvérsias afetas à sua área de atuação, ressaltando um precioso tripé funcional: apoio, suporte e diálogo. É a emergência de um novo paradigma jurídico: mais negocial, informal e cooperativo.

O art. 3º., §2º, do Código de Processo Civil diz que o "Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos". Estado aqui entendido em todas as suas formas de expressão: Estado-juiz, Estado-polícia, Estado-administrador, Estado-regulador etc. O único impedimento é se os interesses em jogo não admitirem, por sua natureza e extensão, alguma forma de autorregulação. Ainda no §3º, do mesmo artigo, os membros do Ministério Público (dentre outros agentes) devem estimular a implementação e a utilização de métodos de solução consensual de conflitos (mediação, conciliação etc.), dentro ou fora do processo judicial.

Há, assim, o dever do Estado, amplamente considerado, e das suas instituições em todas as esferas de governo de promover, sempre que possível, a resolução consensual dos *litigious* (Almeida, 2016). Essa orientação vai muito além do Judiciário e abrange, como seria natural, o Ministério Público e outras Instituições do Poder Público federal, estadual, do Distrito Federal e municipal.

Esse novo perfil começa a surgir por entre as velhas práticas. A corregedoria-geral do Ministério Público de Minas Gerais, por exemplo, em atitude elogiável, aprovou o Ato n. 012/2016 que regulamenta o Procedimento de Negociação, Mediação e de Conciliação e Procedimento de Acordos de Resultados, nos conflitos e controvérsias afetos à sua área de atuação orientadora e fiscalizadora.

4.2- Gestão resolutiva e humanizada

A corregedoria de perfil moderno não desfila apenas com uma espada vingadora em punho, cascavilhando más práticas e violações dos deveres funcionais dos membros do Ministério Público. Esse ângulo de atuação persiste e é necessário (sem o aspecto terrorífico que a imagem sugere), pois o direito não pode ser desconsiderado após o dano, mas já não esgota as funções do órgão. Só censurar e punir não bastam. Sua missão prevalente, sob esse novo olhar, é colher bons exemplos e boas práticas para poder disseminá-los, difundi-los. O órgão está predisposto a ser um catalisador e um difusor de boas práticas. E isso implica

gestão, implica em organizar-se em torno de pessoas, e não ao redor de valores ideológicos ou idiossincrasias inomináveis, ou ainda de atos ou procedimentos formais.

Vejamos o caso emblemático do Conselho Nacional do Ministério Público, que nasceu sob o pálio (pouco palátavel) de um órgão de controle, mas com o tempo tornou-se, prevalentemente, um órgão de gestão, de planejamento e de integração, mais preocupado com a eficiência, eficácia e efetividade dos serviços prestados pelo Ministério Público Brasileiro. E até, por um movimento próprio, órgão consulente (atendendo à necessidade prévia de orientação – cf. Enunciado CNMP n. 5, de 03.11.2008).

As corregedorias-gerais, atualmente, começam a despertar para uma função pouco vendida e pouco comprada na história correcional da instituição, que é a gestão humanizada de pessoas. E a gestão pessoal é, antes de tudo, uma questão de psicologia. Os mais graves problemas encontram solução em um ambiente de confiança e as questões mais triviais podem degradar-se em uma atmosfera de desconfiança, quando são geridas com métodos agressivos e típicos de um ambiente em crise.

Não é demais lembrar que para o ocupante de um cargo tão relevante como o de Corregedor-Geral, já não é fundamental deter habilidades técnicas (não precisa saber, em pormenores, como se realizam, em nível operacional, todas as atividades específicas e altamente especializadas dos diversos ramos do Ministério Público), mas habilidades humanas e conceituais são absolutamente necessárias, na medida em que o ajudam a compreender as complexidades globais da instituição e o ajustamento de sua atividade em tal cenário. Este conhecimento permite uma adaptação ativa aos objetivos globais da instituição e impede uma atuação de acordo com objetivos e necessidades setoriais. Com tais habilidades, ele consegue ter: primeiro, a capacidade e o discernimento para lidar com pessoas, com a necessária compreensão da motivação e uma aplicação de liderança eficiente; segundo, a perspectiva ampla, de longo prazo, logrando se elevar acima das árvores para ver a floresta.

Meyerson e Banfield (1955, p. 277) ainda no início da literatura sobre planejamento estratégico, notaram que "algumas pessoas são, por temperamento, incapazes de refletir, de lidar com os aspectos maiores das questões, de ver os elementos de uma situação em suas relações mútuas ou de visualizar as coisas em uma longa perspectiva de tempo... De fato, há uma seleção natural que tende a preencher os altos cargos com essas pessoas".

Mas, não obstante esse cenário pouco positivo (e até delineado com certo exagero), é importante entender que as necessidades da instituição e as necessidades dos seus membros estão definitivamente ligadas. A partir dessa ideia, e principalmente de sua aceitação, a corregedoria pode desenvolver novas metodologias de como captar o que motiva os membros e a forma de alinhá-los à cultura institucional de obtenção de resultados socialmente

relevantes. E a maneira apropriada de alcançar esse alinhamento não é por meio da dominação e do controle, mas sim, por meio do respeito, da cooperação e do diálogo.

4.3- Ação coordenada

É preciso lembrar que a Corregedoria, não obstante seu especial fim de existência, continua sendo um órgão do Ministério Público, logo também se sujeita a uma ação coordenada na busca por resultados institucionais. Não pode ser um corpo estranho na estrutura orgânica da instituição, um "Dom Quixote" a lutar contra imaginários agressores ou *vilissimi homines*. Sua *perfomance* precisa, de alguma forma, se encaixar no esforço institucional e sistêmico.

4.4- Fiscalização qualitativa da resolutividade

A antiga fiscalização correcional é amparada por uma estrutura formal, centrada em normas, rotinas e indiferente aos aspectos resolutivos da conduta funcional do agente do Ministério Público. Esse movimento de acesso à justiça, amplamente amparado nos métodos autocompositivos, na informalização, na simplificação dos procedimentos e na desburocratização, não recebe o devido apoio das corregedorias-gerais. Na contramão da evolução do movimento, considerável número de membros do Ministério Público acaba se ocupando – em grande parte como uma resposta aos sinais institucionais que recebem das corregedorias – mais com a forma e a observância dos prazos procedimentais do que com os resultados concretos de sua atuação para a efetividade dos direitos de cuja defesa está incumbida a Instituição. Por outro lado, ainda recebe pouco prestígio, quando não maldisfarçada resistência, a atuação institucional resolutiva orientada para a autocomposição e o uso preferencial dos meios alternativos de solução de controvérsias (Gavronski, 2016). Apenas para exemplificar, não raro o ajuizamento de ações merece mais visibilidade e valorização nas estatísticas de produtividade que a resolução extrajudicial por meio do uso da recomendação, dos compromissos de ajuizamento de conduta ou de outras formas de atuação voltadas à promoção da efetividade sem o uso do processo judicial, como a indução à correção de irregularidades durante a investigação (com inspeções e reuniões) e o acompanhamento de políticas públicas

No cenário ideal, enriquecido com novas abordagens e premido por novas necessidades, a corregedoria-geral, como instância de controle interno, participa ativamente do esforço institucional de resolutividade. Essa instância não é um corpo estranho (ou uma "ilha

inacessível e hostil"), apenas esquematicamente integrante da estrutura orgânica do Ministério Público, ela une-se à instituição de forma funcionalmente ativa e coordenada. E como qualquer outro órgão de execução ou de administração participa do esforço coletivo (ou institucional) para fazer mais e melhor pela sociedade, para alcançar uma efetividade jurídica dinâmica.

Com legitimidade jurídica, conhecimento aprofundado da realidade institucional (propiciado pelas inspeções e correições ordinárias) e funções fiscalizatórias e de orientação que permitem a combinação de estímulos positivos (para o reconhecimento do mérito) e negativos (sanções disciplinares), as corregedorias possuem, tanto ou mais que os outros órgãos superiores do Ministério Público, condições privilegiadas para conectar o Ministério Público à realidade social em que atua e, principalmente, às expectativas da sociedade em relação à instituição[994].

4.5- Uso racional, efetivo e formulador dos dados estatísticos

Os dados fornecidos pelas inspeções e correições ordinárias (e extraordinárias) fazem das corregedorias-gerais órgãos dotados de amplo conhecimento da realidade institucional, podendo assim, contribuir para o aperfeiçoamento da atividade finalística. Os números reunidos e as informações dos frequentes relatórios não podem apenas alimentar repositórios inertes de dados e, quando necessário, consultados para alavancar uma ação repressiva contra algum membro relapso.

A atividade correicional pode diagnosticar, classificar, sistematizar e aferir o nível de desempenho de todos os membros do Ministério Público (promotores e procuradores), apontando paradigmas que podem ser superados ou aperfeiçoados, cumprindo, assim, seu papel orientador, preventivo, dialogal e formulador de novas práticas institucionais.

As corregedorias, seguindo essa orientação, podem se converter numa legítima caixa de ressonância das atividades desempenhadas pelos membros do Ministério Público, abrindo um grande campo de diálogo, onde as dificuldades, os erros e os acertos podem indicar caminhos para um melhor desempenho das unidades de execução e para a obtenção de resultados efetivos.

5- Conclusões

[994] Gavronski, 2016.

A corregedoria-geral filiada à velha escola tem uma perspectiva fragmentada da instituição e de seus objetivos, levando-a a se fechar num mundo próprio como um organismo estranho e irreconciliável com o todo. A questão sensível é que os atos gerados pelas corregedorias a partir dessa visão fragmentada têm consequências na realidade maior da instituição ministerial. Assim, porque, a depender dos sinais emitidos por esses órgãos superiores aos membros submetidos às suas orientações e fiscalizações (por exemplo, nos dados aferidos nas inspeções e naqueles divulgados e utilizados para as promoções), se induzirá ou estimulará uma ou outra forma de atuação institucional: mais resolutiva ou mais demandista, mais ou menos formalista, favorável ou avessa às soluções autocompositivas etc[995]. O órgão correcional será, neste aspecto, uma espécie de norte magnético, de estrela guieira, daí sua imensa responsabilidade no apanhado geral da instituição.

Talvez o grande desafio da atividade correcional moderna é romper esses obstáculos artificiais e superar a perspectiva fragmentária, integrando-se, definitivamente, numa dinâmica de rede prospectiva. O perigo não está apenas no perfil antigo da atividade correcional[996], assumidamente, antiintelectualista e desinteligente (e imune ao vírus da democracia), mas num modelo pseudo-científico, inçado de doutrinas e teorias mal digeridas, lançadas como a última flor da ciência jurídica. Esse tipo de atividade correcional é mais nefasto do que a simples ignorância ou o senso comum herdado da tradição.

Há um importante ingrediente gerencial ínsito à atividade desenvolvida pelas corregedorias-gerais. E, em regra, não se constata uma consciência em torno disso. O sistema correcional atualmente montado parece incapaz, frente a essas novas ideias, de compreendê-las, de internalizá-las e de sintetizá-las na prática diária. Persiste a fluir nos trilhos de uma relação recíproca de desconfiança, onde os contatos se dão através de procedimentos formais de correições e de inspeções com fins fiscalizatórios e disciplinares, sob a errônea pressuposição de que os membros precisam ser obrigados, controlados, dirigidos e ameaçados com sanções para empregarem os esforços necessários visando atingir os objetivos da instituição. Nesse cenário, o diálogo e a orientação são difíceis de serem alcançados.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: "De tudo quanto foi dito ao longo desse ensaio, ressai três necessidades básicas para a modernização das corregedorias-gerais do MP:

---

[995] Gavronski, 2016. Para Goulart (2016), as Corregedorias, como órgãos incumbidos do controle interno de desempenho e conduta, dispõem de "forte poder de calibração", que se expressa em ritos, orientações e decisões cuja carga impositiva têm o poder de induzir e/ou obrigar órgãos e agentes a se conduzirem no espaço institucional de acordo com os valores e hábitos por elas fixados e de pautar a atuação de uma forma que não contrarie as instruções delas emanadas.

[996] Perfil esse que, segundo Marcelo Pedroso Goulart (2016), com a mentalidade e os procedimentos herdados do velho paradigma, ainda é hegemônico, mesmo nas unidades ministeriais onde ocorreram inovações legislativas.

realinhar o seu perfil às novas exigências (inocular o vírus democrático em suas rotinas), estabelecer uma sistemática pertinente e reelaborar sua metodologia de atuação, valorizando uma lógica preventiva/orientadora, com a adoção das seguintes diretrizes: 1- Estabelecimento de indicadores de resolutividade sobre a atividade das Corregedorias-Gerais, no sentido de aferir o nível de orientação executado por cada órgão correcional, sua relação com suas propriedades punitivas e a resolutividade geral da instituição; 2- Criação de espaço dialogal, cooperativo, participativo, simétrico, multidimensional e de informação, que pode ser condensado em procedimentos de acompanhamento, de orientação e de recomendação; 3- No intuito de obter a melhoria do desempenho das unidades sujeitas à ação correicional, as atividades de avaliação e de orientação devem anteceder às de punição; 4- *A atividade orientadora pode ser instrumentalizada através de múltiplos mecanismos, com destaque para: a)- recomendações (orientação, de regra, ex officio,* de caráter geral e natureza abstrata); b)- orientações propriamente dita (dependente de provocações); c)- reuniões e audiências também são importantes vetores de diálogo e de orientação; d)- catalogação e compartilhamento de boas práticas e enaltecimento dos que promovem a inovação e a efetividade no desempenho funcional, estabelecendo a utilização sistemática do reforço positivo".

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. As corregedorias, a nacional e as internas, no contexto do Ministério Público como instituição de acesso à justiça. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 30.01.2019.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. Tradução de Roberto Raposo. São Paulo:Companhia das letras, 8ª reimpressão, 2009.

ARENHART, Sérgio Cruz.; OSNA, Gustavo. **Ministério Público, prevenção e reparação – análise a partir da (essencial) separação entre dano e ilícito. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 11.02.2019.**

BERCLAZ, Márcio Soares. **A Corregedoria-Geral do Ministério Público e a necessidade de (re) definição do seu papel de orientação e fiscalização dos membros no compromisso de cumprimento e concretização do planejamento estratégico institucional.** Disponível em: http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/teses09/marcioberclaz.pdf. Último acesso: 18.01.2019.

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. **Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016.

Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 29.01.2019.

DAHER, Lenna Luciana Nunes. **Corregedoria e os deveres constitucionais do Ministério Público.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 14.04.2019.

DECLARACIÓN DE BUENOS AIRES. **Jornada de Procuradores y Fiscales Generales de Iberoamérica sobre Narcocriminalidad.** Buenos Aires, 31.05.2016. Disponível em: https://www.mpf.gob.ar/procunar/files/2016/06/MPF_declaracio%CC%81n1.pdf. Último acesso: 30.12.2018.

GARCIA, Emerson. **Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.01.2019.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **As corregedorias e a tutela dos direitos fundamentais pelo Ministério Público no século XXI. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 04.02.2019.**

GODINHO, Robson Renault. **As corregedorias e a atuação repressiva do Ministério Público**. **Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 11.02.2019.**

GOULART, Marcelo Pedroso. **Corregedorias e Ministério Público Resolutivo.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019

GRINOVER, Ada Pellegrini. **A tutela preventiva das liberdades: 'habeas corpus' e mandado de segurança**. Revista de processo, n. 22, São Paulo:RT, 1981.

KOOKER, Don L. **Ética no serviço de policiamento.** Tradução de José Claudio Moreira da Silva. Porto Alegre:Editorial Presença, 1993.

MANNHEIM, Karl. **Diagnóstico de nosso tempo**. Tradução de Octavio Alves Velho. Rio de Janeiro:Zahar, 4ª ed., 1980.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro:Forense, 14ª ed.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. São Paulo:Saraiva, 7. ed.; 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível

em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

MEYERSON, M.; BANFIELD, E. C. **Politics, Planning and the Public Interest. The Case of Public Housing in Chicago.** Glencoe, IL:Free Press, 1955.

MINTZBERG, Henry. **The rise and fall of strategic planning.** New York:Free Press, 1994.

MONREAL, Eduardo Novoa. **O Direito Como Obstáculo à Transformação Social.** Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 1988.

PETERS, Thomas J.; WATERMAN, Robert H. **En busca de la excelencia.** Tradução de Fernando Posada. Bogotá:Editorial Norma, 1993.

SETORIZAÇÃO E CONVERGÊNCIA ESTRUTURAL COMO FATORES DE IMPLEMENTAÇÃO ESTRATÉGICA NO MINISTÉRIO PÚBLICO

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: A presente tese analisa a atuação coesa e sistêmica dos diversos órgãos de execução do Ministério Público como forma de alcançar efetividade e resolutividade nas funções atribuídas, destacando a necessidade de uma política institucional de convergência estrutural dos investimentos ao invés da aplicação setorizada dos recursos. A adoção dessa política setorizada pode insuflar o construtivismo de imagem, mas prejudica a resolutividade substancial da instituição.

Sumário: 1- Introdução. 2- Órgãos de execução autônomos, mas não isolados ou autossuficientes. 2.1- Revisão do alcance do princípio da independência funcional. 2.2- Objetivos estratégicos integrados e convergência estrutural. 2.3- Visão integralista: o planejamento estratégico como contraponto à setorização. 3- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

O que se percebe, atualmente, é uma acentuada unilateralidade e setorização na busca por estrutura e recursos nos diversos órgãos de execução do Ministério Público, e como decorrência lógica, uma atuação funcional também setorizada; cada um apregoa, velada ou abertamente, o seu caráter fundamental, essencial ou prioritário para a instituição e para a sociedade, desprezando os outros elos da corrente, como se os interesses da sociedade se esgotassem ou se esgalhassem em alguns poucos ramos de suas instituições. Ao contrário, os fins sociais se interpenetram e são mantidos nesse equilíbrio holístico[997]. Um sistema social só

[997] BERGSON, Henri. **Las dos fuentes de la moral y de la religión.** Montevideo:Claudio Garcia y Cia, 1944, p. 95.

pode ser entendido numa perspectiva ampla, em uma rede não-linear, onde os problemas se estendem em todas as direções. Não há variáveis independentes ou estanques, tudo influencia e é influenciado, num entrelaçamento necessário. Logo, como diz o poeta, "o meu quintal não pode ser maior que o mundo".

A nossa instituição indiferente a essa lição sociológica vai, aos poucos, se submetendo a um processo de setorização crescente, como se os problemas sociais fossem estanques, isolados e de causa única, podendo ser atacados por ângulos específicos, sem atenção à integralidade, à sinergia e à convergência estrutural entre os diversos órgãos de execução. Não nos parece o caminho mais adequado a ser adotado.

Seja por um movimento interno (decisão dos órgãos diretivos, ou corporativos – como o CNPG, por exemplo) ou externo (ação desfraldada pelo CNMP, cenário nacional, regional ou local etc.), o Ministério Público acaba, de forma casuística e sem maiores estudos, criando frentes de ação ou grupos com objetivos bem delimitados, no tempo e no espaço, com investimentos preferenciais e constantes. Isso embora ajude a "construir uma imagem" perante a opinião pública sensível às questões atuais, funcionando, em alguns casos, como *performance* midiática, dificilmente atende aos interesses globais (e de longo prazo) da instituição: atuação coletiva, harmônica, coesa, coordenada e resolutiva. Esse fenômeno gerencial nos despertou a atenção e dispensamos algumas pitadas de reflexão sobre o mesmo.

2- Órgãos de execução autônomos, mas não isolados ou autossuficientes

Cada órgão de execução do Ministério Público constitui um elo de uma corrente e, nesta condição, tem sua igual importância reconhecida na harmonia e integridade do todo. Quando um órgão atua ou age (requisitando, recomendando, ajuizando uma ação, realizando um audiência judicial, extrajudicial ou pública etc.), o faz "presentando" o MP, dado o princípio abarcador da unidade, mas continua sendo uma parte em relação ao todo. E nesta disposição, sua finalidade jaz em conferir ordem e harmonia ao atuar estratégico da instituição, e não uma desordem errática, sob o pretexto de valores principiológicos ou ideológicos.

Unidades funcionais, assim como unidades de moeda (centavo), unidades neuroniais (elementos básicos do cérebro) ou unidades de informação (*bit*), existem na medida em que expressam a mensagem do todo (em si e por si não teriam muito sentido). Não é diferente com os órgãos de execução do Ministério Público (as nossas *unidades funcionais*), que devem está aptos a discutir e construir argumentos de alcance institucional, em um circuito coletivo, para além da arena setorial.

Os diversos órgãos de execução e de administração dessa instituição constituem um complexo de elementos multilaterais, interatuantes e interligados[998]. É preciso reconhecer que as relações entre esses órgãos não são estáticas, mas em fluxo constante, em equilíbrio fluente. Óbvio que essas unidades não são receptores passivos das demandas que lhes chegam, imprimem-lhes suas características próprias engendradas pelo princípio da independência funcional (*ad intra* e *ad extra*), mas perseguem metas traçadas institucionalmente, garantindo que os esforços da instituição sejam coordenados de maneira adequada. Não se pode conceber uma instituição – com toda sua estrutura orgânica e convergência funcional - sem levar em consideração a persecução homogênea de metas. Seria desastroso termos tantas instituições com metas distintas quanto fossem o número de suas unidades de execução.

2.1- Revisão do alcance do princípio da independência funcional

Sobre o princípio da independência funcional, aplicável a esse novo cenário, é preciso tecer algumas considerações. Esse princípio visto como um vetor teórico absoluto por seu assento constitucional arrasta atrás de si tendências individualistas nocivas para o desenvolvimento de uma instituição resolutiva e coesa. Atribuir a esse princípio uma base voluntarista monolítica e atomizada, desperta, de fato, a ideia de que a existência do MP, o alcance de suas funções, a energia de suas prerrogativas e poderes, dependem das vontades insindicáveis e intangíveis de seus membros, e que pertence a estes, a regulamentação arbitrária de seu funcionamento. Esta consequência deve ser rechaçada, assim como o caráter absoluto atribuível ao princípio do qual deriva.

A relativização da independência funcional pode ter escapado aos estudiosos e entusiastas da instituição logo após a promulgação da Constituição Federal possuídos, que estavam, da crença na infalibilidade dos membros de uma nova e robusta instituição democrática. Faltou-lhes a devida perspectiva: viram a árvore, mas esqueceram da floresta. Daí porque uma atualização do conceito de independência funcional se impõe, principalmente frente à literatura do planejamento. Não porque o princípio em si seja basicamente errado em seu desenho teórico, mas porque sua aplicação nos moldes tradicionais revela-se obsoleta e contrária às novas exigências de efetividade que recaem, fortemente, sobre o Ministério Público. Sem uma revisão crítica, esse "Atlas" não suportará sobre seus ombros o peso de suas atribuições.

998 Na prática do dia a dia, entretanto, a maioria dos órgãos de execução, para não dizer a quase totalidade, atua em isolamento quase completo.

Essa relativização (melhor é dizer "temperamento", não superação ou neutralização) do alcance prático não pode irritar os guardiões da tocha da independência funcional, pois esse novo ângulo apenas otimiza o princípio e o adequa às novas exigências da cultura do pensamento e do planejamento estratégicos. A essência principiológica permanece a mesma. Não aceitar essa nova leitura, diante da claríssima necessidade, não tem maiores implicações, apenas revela uma indesculpável inércia ou caturrismo intelectual. Ademais, o MP não é definido por um princípio teórico, mas pelos resultados alcançados a partir desse princípio. São as consequências das suas ações que definem a instituição e indicam sua verdadeira essência.

Conceitos, hipóteses, teorias e princípios mudam, evoluem e se adaptam aos pródigos ângulos da vida. Existiu o princípio do governo direto na antiga Grécia, mas foi superado, por uma exigência da vida social, pelo princípio da representação; e hoje, a representação política é temperada por inúmeros mecanismos participativos, ou seja, se submete a um constante trabalho de revisão. Todo princípio social compartilha do equilíbrio instável da sociedade, imersa num jogo constante de realinhamento. Não por acaso, quando se chega a esse ponto, inevitavelmente retorna-se a Heráclito: toda coisa está em um processo de mudança – realidade e mutabilidade são variáveis de uma mesma equação.

O caráter absoluto ou supremo de um princípio implica, por rigor lógico, que sua aplicação não admite nenhum outro por cima nem em concorrência com ele. Se o Ministério Público é composto por inúmeros agentes dotados ou guiados pelo mesmo princípio ("cada promotor ou procurador é soberano em sua promotoria ou procuradoria"), é necessário admitir que há uma concorrência múltipla da independência funcional que, não raras vezes, entra em rota de colisão. Na verdade, o princípio da independência funcional não expressa senão uma ideia negativa: a negação de toda hierarquia ou subordinação (interna ou externa); uma arma forjada para as necessidades de luta contra os poderes públicos e sociais.

Essa independência, embora superlativa, não é absoluta ou suprema, pois não tem o poder de querer de um modo absolutamente livre. Há limites, tanto no plano interno institucional, quanto pela conjunção de outros órgãos públicos chamados a participar no desembaraço do exercício funcional. A obsessão pela intangibilidade do princípio, considerando os novos mares em que a instituição é chamada a navegar, pode ter justamente o efeito contrário. Por a carroça da independência na frente dos bois da estratégia institucional pode, na verdade, piorar o desempenho real do Ministério Público. O princípio em vez de integrar os esforços dos agentes, intensifica o conflito entre eles ou, o que é ainda pior, gera um isolamento indiferente.

O perigo está na independência funcional interna levada às últimas consequências e na possibilidade real de inviabilizar o diálogo institucional aberto e franco, bem como de não aderir, totalmente, a programas de metas institucionais. Levada às "suas últimas consequências", a independência dos agentes ministeriais pode degradar-se em relações opacas e intra-institucionais que induzem a antagonismos, em conflitos de ordem pessoal, funcional, ideológica ou, simplesmente, em sentimentos de vaidade, tornando letárgica as ações dos órgãos respectivos e prejudicando, como já dito, o desempenho real da instituição.

2.2- Objetivos estratégicos integrados e convergência estrutural

As ações institucionais devem ser integradas, o trabalho de um órgão sendo complementado por outro e assim sucessivamente, até alcançar os elevados e integrados objetivos estratégicos. Com essa forma de atuação e o reconhecimento de sua necessária incidência, evita-se a fragmentação e a setorização na alocação de recursos em alguns poucos órgãos de execução. E de resto, remarca-se a importante mensagem de que inexiste uma área de atuação que seja, estruturalmente, mais importante ou mais valiosa que outra. Todos os órgãos ministeriais estão encadeados dentro de uma estrutura absolutamente necessária e que se torna importante pelos resultados coletiva ou sistemicamente alcançados. É possível que, conjuntural ou circunstancialmente, um determinado setor seja eleito como prioritário, mas isso não retira o relevo estrutural de todos os elos dessa cadeia.

Eleger iniciativas desse jaez que, sob o pretexto de uma conjuntura prioritária, como no caso atual de corrupção e segurança pública, descarregue-se toda a atenção e todos os recursos nos órgãos afetos à área, leva não só a uma setorização da atuação ministerial, mas a uma multifragmentação, com prejuízos imensos ao planejamento global da instituição. Os diversos órgãos de execução não são átomos isolados, fragmentos, mas são, teoricamente, elementos cooperativos inseridos num sistema de atuação alavancado ou de sinergia específica. O crescimento institucional deve ser uniforme e homogêneo, com todas as partes da instituição recebendo os nutrientes necessários para servir o todo.

Para um modelo setorizado, as unidades de execução do Ministério Público são vistas como fortalezas independentes, cada uma com sua própria identidade, objetivos e metas (e até burocracia própria). Quando, na verdade, essas várias unidades estão postas de forma independente para montar um todo único e eficaz, unindo forças com o objetivo de satisfazer as demandas sociais de maneira integrada, indiferentes às fronteiras. Tratá-las como ilhotas inacessíveis, isoladas e autossuficientes, implica grave prejuízo ao desempenho funcional da instituição.

Órgãos de execução empenhados em sua tarefa perdem a perspectiva do todo; metas setoriais divorciadas de um planejamento sistêmico ou não aplicadas como uma etapa necessária do referido planejamento, obnubilam a compreensão global ou podem funcionar como um elemento estranho no concerto institucional (ou como uma contra-força no movimento convergente e harmônico da instituição). Com orientações diversas – não raro personalísticas e conflitantes – ou atuações não programadas, passam a existir vários "sub-MP's", desintegrados, rebeldes a uma concepção holística e sistêmica.

Algumas poucas unidades, por conta dessa setorização na alocação de recursos, apresentam um desempenho acima da média, enquanto outras, carentes de apoio e de recursos, geram profundos *deficits* funcionais, inclusive com prejuízo para as unidades com alto desempenho, pois seu trabalho sofre solução de continuidade quando chega o momento das unidades mal geridas entrarem em ação. Não se pode esquecer que o ofício ministerial se equipara a uma equipe de remo, todos os membros devem estar em sincronia e atuar com a mesma agilidade e performance. Para isso, a distribuição homogênea de recursos e estruturação é de vital importância.

O que se busca, por ser mais valioso para a instituição e para a sociedade, não é a resolutividade fragmentada (ou setorial) de um ou alguns poucos órgãos, mas a resolutividade global, como fruto de ações coordenadas, planejadas e convergentes a um resultado articulado e socialmente relevante. Esse é o propósito vital do planejamento estratégico: alcançar uma resolutividade plenamente institucional, homogeneamente distribuída entre todos os órgãos de execução. Embora "parte" (órgão de execução) e "todo" (Ministério Público) não sejam a mesma coisa, os predicados "resolutivo" e "efetivo" são coextensivos, ou seja, possuem as mesmas instâncias e *locus*.

A Recomendação n. 54, de 28.03.2017 (dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro), do CNMP, estabelece que "sem prejuízo da respectiva autonomia administrativa, cada ramo do Ministério Público adotará medidas normativas e administrativas destinadas a estimular a atuação resolutiva dos respectivos membros e a cultura institucional orientada para a entrega à sociedade de resultados socialmente relevantes" (art. 1º., *caput*). E sempre que possível "a atuação resolutiva de planejamento e de gestão sistêmicos deverá promover a **convergência estrutural**, de modo a contribuir para o desenvolvimento harmônico e sustentável, principalmente nas parcerias e nas redes de cooperação" (§4º.).

Essa *convergência estrutural* de que fala a recomendação, consiste na supressão de condições de assimetria entre os diversos órgãos de execução do Ministério Público e,

portanto, do desenvolvimento homogêneo da instituição e não setorizado, de forma a proporcionar parcerias sólidas e efetivas no desempenho funcional.

O Ministério Público, enquanto um todo institucional, não é apenas uma coleção quantitativa de órgãos (de promotorias em ordem numérica crescente) ou um contêiner universal passivo de um feixe de órgãos arbitrários e dissociados, mas se constitui de órgãos em um nível mais alto e elaborado (coordenados, coesos e homogenamente resolutivos), assim como uma parede não é uma pilha de tijolos, uma célula não é uma coletânea de moléculas ou um regimento não é um grupo acidental. Como organização e instituição, o Ministério Público é muito mais que o somatório arbitrário de suas unidades e tampouco pode ser reconhecido pela sua divisão em partes arbitrárias. É uma diversidade que se ramifica a partir da unidade e que apresenta uma maior complexidade (com propriedades que nenhuma das partes possui[999]).

Ornstein (1972, p. 10) recorre à velha história do elefante para explicar como se reconhece o todo:

> "Cada pessoa de pé ao lado de uma parte do elefante pode fazer sua própria avaliação, limitada e analítica, da situação, mas não obtemos um elefante ao somar "escamoso" (pele), "longo e macio" (tromba), "maciço e cilíndrico" (pernas) em qualquer proporção imaginável. Sem o desenvolvimento de uma perspectiva global, permanecemos perdidos em nossas investgações individuais (e setoriais). Essa perspectiva pertence a outro modo de conhecimento e não pode ser alcançada da mesma maneira pela qual as partes individuais são exploradas. Ela não resulta da soma linear de observações independentes".

Suponhamos que exista um grupo ou núcleo de agentes ministeriais criado para investigar crimes contra a ordem tributária; o grupo é musculado, dotado de uma excelente estrutura investigativa (investigadores, agentes de apoio, analistas, degravadores, motoristas etc.), logística (equipamentos de escuta, de videovigilância, audiovisual etc.) acesso a modernas ferramentas tecnológicas (programas, banco de dados, sistemas de estruturação de dados etc.) e aperfeiçoamento continuado (participação em seminários, oficinas de atualização, cursos intensivos – dentro e fora do estado etc). Todavia, a sua missão se esgota na fase de investigação, o ajuizamento da ação penal, a atuação fiscalizatória e a recuperação dos ativos financeiros ficam sob o encargo de outros órgãos de execução que, sem a mesma estrutura, os mesmos estímulos e os mesmos investimentos, deslizam no leito comum da

[999] Parece ser um princípio universal de que os fenômenos observados no todo são distintos dos observados nas partes. Por exemplo, a concepção de temperatura, que é central na termodinâmica, não tem significado no nível dos átomos individuais, onde operam as leis da teoria quântica. De maneira semelhante, o sabor do açúcar não está presente nos átomos de carbono, de hidrogênio e de oxigênio, que constituem os seus componentes (Capra, 1997, p. 28). As propriedades das partes não são propriedades intrínsecas, mas só podem ser entendidas dentro do contexto do todo mais amplo.

ineficácia. Ao fim, a iniciativa ministerial acaba afunilando-se, por conta de uma setorização de investimentos e de estímulos, na velha estrutura burocrática. É como se o bastão de um supervelocista fosse repassado para um velocista abaixo da média, abatido sob o peso da rotina burocratizante. E como a força de uma corrente depende de seu elo mais fraco, temos, ao fim, uma atuação ministerial nivelada por baixo.

Peguemos, por exemplo, um tema muito sensível atualmente à população brasileira: segurança pública. Por mais que se criem promotorias especializadas na matéria, a segurança pública continuará a ser um problema integral a exigir uma solução integral. O que queremos dizer com isso? Hoje em dia, face à complexidade e à intersetorialidade, já não se fala mais em segurança preventiva e repressiva de forma isolada, mas em segurança pública integral[1000], cujo foco se prende mais às causas estruturais que aos efeitos. Uma abordagem que propicie a criação de uma comunidade segura em seus diversos aspectos (saúde, educação, trabalho, meio ambiente etc.) mais do que simplesmente o controle da criminalidade em si. Por este enfoque, os problemas devem ser pensados e solucionados de um ponto de vista global, lançando um olhar integral sobre a realidade social e não apenas sobre os aspectos mais visíveis da criminalidade.

Dentro do amplo alcance da segurança coletiva não se apela apenas à proteção ou às técnicas de represssão, mas também à prevenção, à assistência, à minimização dos danos e à eliminação dos riscos. A segurança integral, além disso, se constitui num conceito que supera a tradicional exclusividade, militar e policial, que distinguiu a segurança pública por muito tempo. Há uma multiplicidade de novos agentes e causas de riscos e perigos, que não apenas os relacionados ao crime e à violência (Rodrigues, 2009, p. 119). E, certamente, nenhum órgão de execução do Ministério Público por mais especializado que seja (e até por isso mesmo) consegue encaminhar todas as respostas exigidas por esse cenário, decididamente, global. A promotoria da área carecerá de uma atuação conjunta, e igualmente, engajada de outras promotorias como: de urbanismo, criminais comuns, execução penal, saúde, educação, direitos humanos etc. Todas alinhadas sob a mesma premissa de integralidade e de intersetorialidade, como etapas necessárias da solução.

No contexto macropolítico, também é possível identificar os malefícios da setorização. Desde os primeiros exercícios, no imediato Pós-Segunda Guerra, por meio, entre outros, do Plano Salte (saúde, alimentação, transportes e energia) e, mais adiante, do Plano de Metas de

[1000] O legislador acabou se rendendo ao fenômeno evidente da segurança pública integral quando dispôs no §1º, do art. 22, da Lei n. 13.675/2018 (que instituiu o Sistema Único de Segurança Pública - SUSP): "As políticas públicas de segurança não se restringem aos integrantes do Susp, pois devem considerar um contexto social amplo, com abrangência de outras áreas do serviço público, como educação, saúde, lazer e cultura, respeitadas as atribuições e as finalidades de cada área do serviço público".

Juscelino Kubitschek, até os mais recentes planos plurianuais, determinados constitucionalmente, o estado brasileiro empreendeu, ao longo destas últimas cinco ou seis décadas, diversas tentativas de planejamento do futuro e de organização do processo de desenvolvimento econômico.

Estruturadas mais freqüentemente em torno de grandes objetivos econômicos e, em alguns casos, formuladas para atender necessidades de estabilização econômica ou de desenvolvimento regional (como a Sudene), essas experiências de planejamento governamental – das quais as mais conhecidas e ambiciosas foram, no auge do regime militar, os dois planos nacionais de desenvolvimento – conseguiram atingir algumas das metas propostas, mas tiveram pouco impacto na situação social da nação.

O país tornou-se maduro do ponto de vista industrial e avançou no plano tecnológico ao longo desses planos, mas, não obstante esses progressos setoriais (e até por conta deles), a sociedade permaneceu inaceitavelmente desigual ou continuou a padecer de diversas iniqüidades, em especial nos terrenos da educação, da saúde e das demais condições de vida para os setores mais desfavorecidos da população[1001].

2.3- Visão integralista: o planejamento estratégico como contraponto à setorização

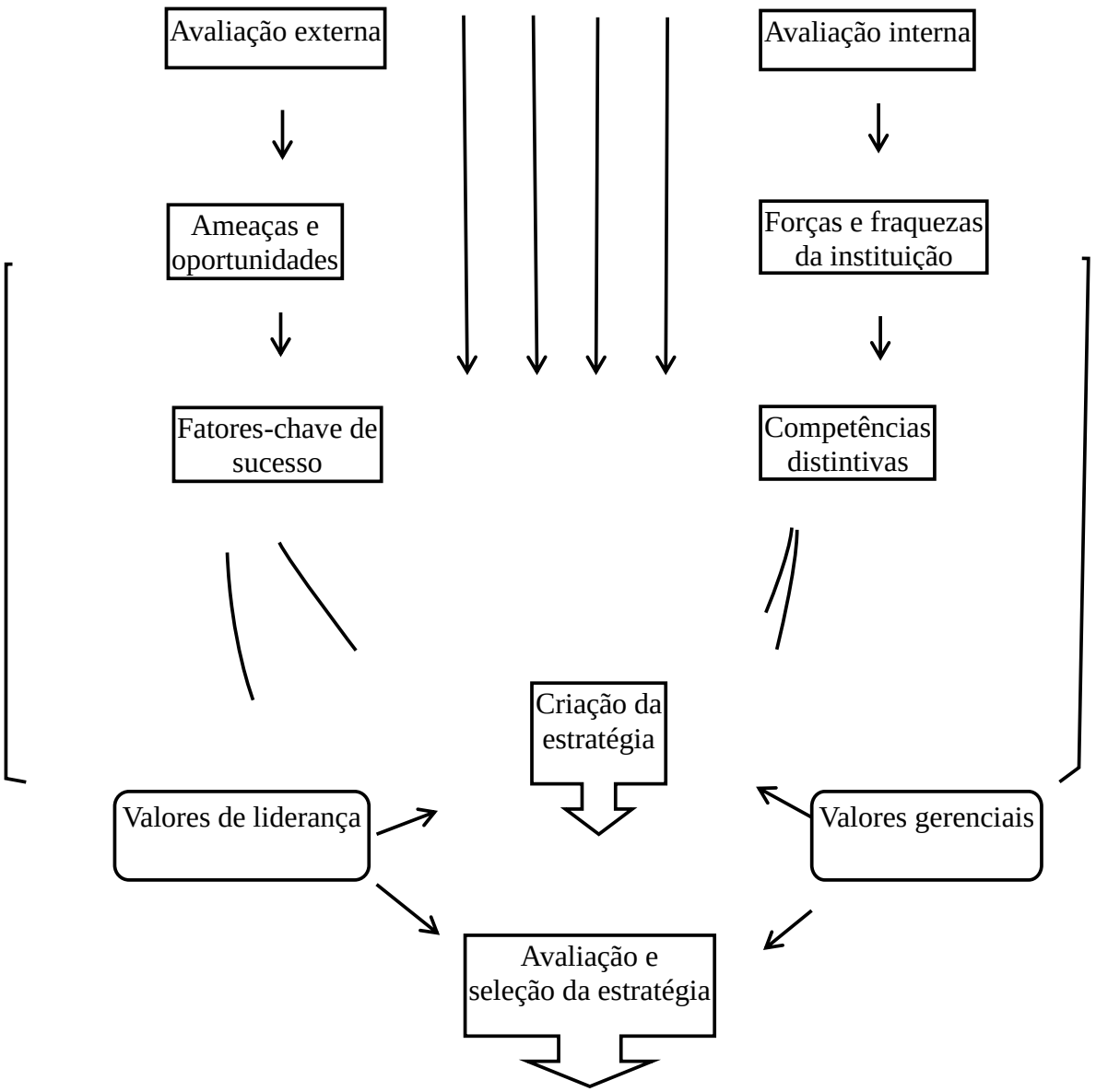
O planejamento estratégico tão propalado pelo Ministério Público Brasileiro, vendido e comprado em excesso, sob o influxo do Conselho Nacional do Ministério Público (Resolução n. 147/2016), não pode ser encarado se não for como tomada de decisões integradas e de resultados articulados. É um compromisso viável em torno do qual os modos de agir disponíveis se organizam (Mintzberg, 1994, p. 11), aplicando-se inteligência aos problemas sociais. A principal complexidade do planejamento deriva da interrelação das decisões dos diversos órgãos em vez das decisões em si. Decompondo uma estratégia e suas consequências, em intenções atribuíveis a cada unidade executiva da instituição, garantimos que o trabalho global será feito – desde que cada um implemente seu plano retirado e articulado com o todo.

A estratégia é criada na interseção de uma avaliação externa das ameaças e oportunidades com que a instituição se defronta em seu ambiente social, consideradas em termos de fatores-chave para o sucesso, e uma avaliação interna das forças e fraquezas da própria instituição, destiladas em um conjunto de competências distintivas. As oportunidades externas são exploradas pelas forças internas, ao passo que as ameaças são evitadas e as

1001 ANDREUZZA, Mário Giussepp Santezzi Bertotelli. **Planejamento Estratégico**. Disponível em: http://www.madeira.ufpr.br/disciplinasgarzel/12.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

fraquezas, contornadas. Considerados, tanto na criação das estratégias como na avaliação subsequente para escolher a melhor, estão os valores gerenciais e de liderança. Depois que a estratégia é escolhida ou formulada, será implementada. Na sinergia entre esses dois conceitos (formulação e implementação da estratégia, ou seja, união entre pensamento e ação) jaz o segredo para o sucesso dos planos. Se a instituição concentrar muito tempo no detalhamento do planejamento, o incentivo para agir pode ser destruído ou comprometido (patologia que, gerencialmente, se chama *paralisia da análise*), entrando no círculo vicioso do "planejo porque não faço" e "não faço porque planejo". Por este viés, o planejamento torna-se um fim, em vez de um meio.

No esquema abaixo, apresentamos um modelo básico de formação de estratégia (Mintzberg, 1994, p. 37):



As estratégias podem ser divididas em: 1- *institucionais* (considerada a ação global da instituição); 2- *setoriais* (descrevem a forma de agir da cada unidade ou órgão de execução) e 3- *funcionais* (definem os métodos específicos referentes às atribuições). Se a execução dessas estratégias for feita corretamente – como uma máquina na linha de montagem -, todas as tarefas individuais se somarão para realizar as intenções estratégicas globais da instituição.

O fracasso eventual das estratégias institucionais deve-se à incapacidade de traduzir uma estratégia geral em etapas de ação específicas necessárias para implementar o planejamento global. Assim, acreditamos, que a falta de convergência estrutural pode sabotar o esforço institucional na implementação estratégica.

O pior engodo para os planejadores é pensar que se um fenômeno gerencial é captado, ele será objeto de ação efetiva, simplesmente porque foi etiquetado num quadro esquemático/formal lançado no papel[1002]. Produzir documentos chamados planos, ou fazer uso de muitos procedimentos e técnicas, ou mesmo ter um departamento ou comitê chamado planejamento ou pessoas chamadas planejadores não indica, realmente, que a instituição incorporou o planejamento (por qualquer definição razoável). Se a instituição não tiver uma visão gerencial estratégica (como incentivo à ação), mas somente planos formais, então qualquer mudança imprevista no ambiente vai se equiparar ao desabamento dos céus. Isso porque, o planejamento no sentido formal, não consegue fazer muito mais que projetar as tendências conhecidas do presente.

As estratégias são elaboradas em mentes férteis, não em relatórios minuciosamente documentados, alimentados com números e esquemas indicativos. A visão estratégica não equivale nem pressupõe o desenvolvimento de planos formais. Não se pode confundir estratégia ou visão estratégica com planejamento estratégico formal. A ação pode ser melhor orientada por um pensamento menos formalizado e mais engajado com as situações práticas.

Além do aprisionamento do planejamento formal, também é necessário fugir de algumas armadilhas: 1- confundir planejamento estratégico com pensamento (ou visão)

[1002] Às vezes, infelizmente, um programa de planejamento estratégico é adotado não para buscar um melhor desempenho funcional, mas para impressionar os seus *stakeholders* ou maravilhar os órgãos de controle: planejamento com fins de relações públicas (ou decorativo). Ser moderno ou parecer sê-lo, adotando ou emparelhando-se às boas práticas, costuma ser uma aspiração quase universal entre os gestores. Cf. Mintzberg, 1994, p. 94.

estratégico, em prejuízo deste; 2- planejamento formal de longo prazo pode não funcionar pois "tudo pode mudar amanhã" (em razão do contexto mutável e líquido em que estamos inseridos); 3- inexistência de um clima institucional apropriado e aberto ao planejamento; 4- excesso de formalismo no sistema, de modo a perder a flexibilidade e a simplicidade, impedindo a criatividade. Mas essas armadilhas podem ser neutralizadas se entendermos, primeiro: que o planejamento estratégico não é uma tentativa de eliminar os riscos, mas assume os riscos certos, ponderados; segundo, não opera com decisões futuras (o "futuro" é uma criatura que não existe), e sim com o que há de futuro nas decisões presentes (os "sinais dos tempos", como assinalava Henry Ford)[1003]. A criação da estratégia e sua implementação exige a conversão das variáveis indicadas em programas de ação coordenada dos vários órgãos de execução.

A adoção de medidas dentro de um planejamento institucional responde, inclusive, como já dissemos, por um indicador de resolutividade. Medidas isoladas, dissociadas do contexto institucional (da missão, dos valores, dos objetivos e das metas), aparentemente resolutivas acabam se revelando, essencialmente, contraproducentes e inócuas. O planejamento e a coordenação de ações constroem uma ponte de ouro entre a independência funcional e a resolutividade institucional. Em certa ocasião, um promotor de justiça em visita a uma delegacia de polícia judiciária descobriu que a unidade apresentava um número X de ocorrências sem apuração formal em andamento. Imediatamente, o "zeloso" agente expediu uma recomendação (sem maiores indagações, análises ou suporte procedimental[1004]), dando ampla publicidade ao fato (gerando mídia espontânea na imprensa local). O que ignorava o referido promotor, era o fato do órgão de execução competente para a atividade já ter um procedimento administrativo em andamento apurando a situação, inclusive com dados indicadores de que o número de ocorrências era, no mínimo, quatro vezes maior que o oficial. Ou seja, o trabalho institucionalmente direcionado, sereno e responsável acabou sendo prejudicado pela atuação não linear, quixotesca e à escoteira de um agente pirotécnico e açodado, mais preocupado em "mostrar serviço" (o que, na prática, equivale a "contemplar o próprio umbigo") que resolver o problema.

[1003] ANDREUZZA, Mário Giussepp Santezzi Bertotelli. Cit. Quem procura apenas compreender o presente revela-se atrasado para os tempos em que vive. Os que veem longe começam a compreender os tempos antes que eles cheguem. Sinais dos tempos, neste caso, quer dizer sinais dos tempos a vir. Os sinais dos tempos de hoje foram dados muitos anos atrás, assim como os sinais do futuro estão disponíveis agora. O presente contém o futuro em potencial (Ford, 1964, p. 404/405). Entre ignorar e reagir ao futuro, o planejamento tenta prevê-lo e controlá-lo. Mas pode ser um trabalho ingrato e inglório, pois o futuro não existe; logo não é possível produzir conhecimento sobre algo inexistente.

[1004] O que não atende à Recomendação de caráter geral do CNMP 02/2018 que no art. 1º., inciso VIII prescreve: "Para a avaliação, a orientação e a fiscalização qualitativas da resolutividade das atividades dos Membros e das Unidades do Ministério Público brasileiro nos planos extrajudicial e judicial, envolvendo a atuação criminal, cível, tutela coletiva e especializada, respeitadas as peculiaridades das funções e atribuições de cada Unidade Institucional, serão considerados, entre outros, os seguintes princípios e diretrizes: realização precedente de pesquisas e investigações eficientes sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e **em sede procedimental**, como base para a atuação resolutiva e qualificada".

Por outro lado, ainda em relação ao olhar setorizado, não é sensato haver distinções de valor profissional entre os agentes ministeriais, por duas razões básicas (Rodrigues, 2018, p. 169): 1- respeito próprio; 2- homogênea efetividade funcional. Nada de agentes científicos e pré-científicos ou proativos e reativos. Todos devem compartilhar um senso mais agudo de responsabilidade; um senso profundo dos elementos de justiça social e combatividade; e uma capacidade científica e técnica. Claro que tais qualidades não surgem do nada, mas devem ser forjadas como parte de uma estratégia científica/técnica da própria instituição e de seus órgãos dirigentes.

Além de tudo isso, se tais setores (grupos, núcleos etc) lograssem realizar toda a missão do MP, de A a Z, a unilateralidade e a setorização dos investimentos teriam plena justificativa. Mas isso não se dá e nunca se dará, enquanto o desempenho funcional da instituição estiver disperso numa multiplicidade de órgãos executivos. Apesar dos investimentos prioritários, especiais e constantes, esses setores continuam carecendo de uma complementariedade funcional por outros órgãos menos aquinhoados.

Não somos contra a criação de grupos ou núcleos de atuação especial e especializada, em decorrência de uma conjuntura a exigir atenção prioritária do Ministério Público ou até por conta de uma mobilização nacional (como se dá atualmente com a corrupção e a segurança pública). Também não é possível desprezar essa necessidade em tempos de especialização extrema do conhecimento. Nosso mote nesse estudo não envereda num combate iconoclasta a esses grupos ou núcleos, mas defende a aplicação homogênea e racional dos recursos, para que os órgãos não especializados possam dar continuidade – com o mesmo grau de resolutividade - ao prévio trabalho setorial. Poucos efeitos surtirão, se os frutos do trabalho de um núcleo ou grupo dotado de forte estrutura e apoio não for complementado pela atuação de outros órgãos de execução. Se esses órgãos complementares da atuação inicial não estiverem devidamente estruturados e providos de recursos, os efeitos finais acabarão sendo pífios. E todos os recursos setorialmente investidos acabarão sendo inúteis, pois quando os recursos não são aplicados racionalmente, acaba ocorrendo desperdício (teremos então, nesses núcleos, "estruturas dissipativas" – de recursos e de efetividade final). Em tempos de crise e de orçamentos curtos, o que qualquer gestor busca desesperadamente é otimizar a relação custo/benefício.

O Ministério Público, de acordo com esse novo paradigma, passa de uma estrutura repleta de unidades autônomas (com um forte apelo ao isolacionismo e à fragmentariedade) avaliadas com base em seu desempenho individual a um conglomerado estratégico focado nas contribuições de suas unidades (órgãos de execução) para o desempenho geral, coordenado e harmonioso da instituição. A longo prazo, quem, no concerto das instituições públicas, não

usar o poder de uma forma que a sociedade considere responsável tenderá a perdê-lo (ou a ser questionado e criticado, perdendo legitimidade).

Dizem os grandes estrategistas que o passo básico para arrostar os inimigos externos é a coesão interna de uma organização ou instituição. Sem coesão interna, as energias de combate se dissipam em meio ao "fogo amigo". A setorização, além de gerar uma assimetria no desempenho entre os órgãos, gera também – e talvez seja o seu pior efeito – um clima de disputa e de animosidade na estrutura interna da instituição. E isso quando não se desconfia que esses investimentos setorizados encobrem um odioso princípio utilitário ou arrivista de buscar, tão-somente, seu próprio bem.

Com essa assimetria no desempenho, corremos o risco de criarmos espaços de especialistas e não especialistas, enfeudando o discurso institucional e a ação nas mãos de meia dúzia. Esses espaços assimétricos no seio de uma mesma instituição são extremamente perniciosos, pois contribuem para a fragmentação da ação institucional no que ela tem de mais valioso: efetividade. Uma cadeia constituída de elos efetivos e não efetivos acaba não tendo a força necessária para resistir às trações constantes dos embates sociais.

O protagonismo na cena jurídica ou política é do Ministério Público, numa apurada visão integralista, e não de meia dúzia de órgãos de execução ou de alguns poucos núcleos (ou grupos). O que há, e deve ser valorizado, é "Um Ministério Público" e não "Vários Ministérios Públicos" dentro de uma única estrutura institucional. Não há um "Ministério Público da Violência Doméstica", um "Ministério Público do Meio Ambiente", um "Ministério Público da Execução Penal", "do Júri", "da Família", "do Idoso" etc[1005]. Mas sempre uma instituição com vários tentáculos, robustos, bem aparelhados e alinhados, predispostos a atacar, de forma resolutiva, efetiva e alinhada, todas essas temáticas com suas especificidades próprias. Não é possível confinar-se nessas ilhas especializadas, como se o mundo ou a vida social, começasse e terminasse aí.

A questão é que, como decorrência do princípio da independência funcional, não há um único centro de tomada de decisões, mas múltiplos centros de decisões e várias lógicas de ação: os órgãos de execução fazem maior uso de suas visões setoriais de estratégia do que da estratégia real desenhada institucionalmente (visão integralista).

[1005] É cada vez mais comum a aplicação dessa terminologia nos encontros temáticos: "XVIII Congresso Brasileiro do Ministério Público de Meio Ambiente" (https://www.conamp.org.br/pt/comunicacao/noticias/item/2083-xviii-congresso-brasileiro-do-ministerio-publico-de-meio-ambiente-sera-em-porto-alegre.html), "IX Encontro Nacional do Ministério Público da Violência Doméstica" (http://www.justicadesaia.com.br/ix-encontro-nacional-do-ministerio-publico-da-violencia-domestica), "II Encontro Nacional do Ministério Público do Tribunal do Júri (http://www.anpr.org.br/noticia/5450), "1º Congresso Nacional do Ministério Público de Fundações e Terceiro Setor" (https://www.mprs.mp.br/eventos/477/) etc.

Essa multiplicidade de "MP's" (ou de centros de decisões) carrega também consigo uma representação conceitual confusa, vez que através deles (isoladamente) não se chega a um verdadeiro sentido de Ministério Público. O conceito e a essência da instituição nos diversos núcleos autônomos e autossuficientes, que se esgotam em suas temáticas superespecializadas, não ressaem límpidos, mas desfocados. Seria como se na sociedade concentrássemos atenção em alguns poucos grupos minoritários, sem reparar na extensa e complexa teia social. Os órgãos de execução são "apenas" interconexões combinadas para alcançar a textura do todo. Rigorosamente falando, não há partes, apenas padrão numa teia inseparável de relações. É a configuração de relações (padrão de organização) entre as unidades que determinam as características essenciais da instituição.

O Ministério Público como unidade absoluta e indissociável é um ideal elevado, insuperável. Dividi-lo em tantos lotes quanto sejam seus órgãos de execução (e dentre estes, alguns poucos prioritários, privilegiados ou fundamentais) talvez seja a degradação mais fatídica de sua essência mais íntima. E, nesse sentido, a tarefa do gestor é espinhosa, dadas as inúmeras variáveis que precisa controlar ou gerir. O gestor é como um regente de orquestra sinfônica (Sayles, 1964, p. 162), se esforçando para manter um desempenho melodioso em que as contribuições dos vários instrumentos são coordenadas e sequenciadas, padronizadas e ritmadas, enquanto os membros da orquestra estão tendo várias dificuldades pessoais, os operários cênicos estão mexendo nas estantes das partituras, a alternação de calor e frio excessivos está criando problemas para a plateia e para os instrumentos e o patrocinador do concerto está insistindo em mudanças absurdas no programa.

3- Conclusões

Tudo precisa ser submetido, periodicamente, a uma revisão, pois os mecanismos institucionais tendem à fossilização e à ineficiência caso sejam largados ao próprio movimento. Aqui, por óbvio, não se aplica a primeira lei de Newton, de que um corpo em movimento entregue a si próprio mantém-se em movimento (princípio da inércia). A burocracia é um exemplo em si. Surgiu sob a égide da eficiência, mas com o tempo se tornou um elemento impeditivo de efetividade institucional. Outros aspectos, como o que nos ocupou nas linhas precedentes, merecem o mesmo olhar revisionista, caso queiramos manter nossa instituição no rumo mais adequado para preservar-lhe eficiência, eficácia e efetividade.

O Ministério Público uno requer mais que boa vontade de seus vários agentes, exige um programa bem definido de alinhamento que estimule a cooperação dos diversos órgãos de execução, para que, dentre outras coisas, a ação ministerial não sofra solução de continuidade

na defesa dos direitos e dos interesses constitucionalmente atribuídos. A convergência estrutural tem sido uma clara política de alinhamento e de integração institucional adotada pelo CNMP (art. 3º., inc. VI, da Recomendação CNMP n. 54, de 28.03.2017). A falta de coesão (ou integração) orgânica e funcional só se presta, como é óbvio, para fragilizar a atuação externa da instituição; essa coesão é um programa de sobrevivência institucional, principalmente no cenário externo onde a instituição concentra suas melhores energias e onde as expectativas são enormes em relação às suas ações.

Todos os órgãos de execução constituem um microcosmo próprio, uma coletividade de unidades atuando lado a lado, em forçada cooperação, para controlar o corpo institucional que os sustenta e os engloba. A ação combinada ou a sinergia exigida dessas unidades assemelha-se aos nervos de um corpo ou às reações das substâncias em química. Esse desempenho combinado (e sinérgico) gera um produto diferencial (em quantidade e em qualidade) além do simples somatório de suas partes. Esse produto é a instituição do Ministério Público, tal como formulada e descrita na Constituição Federal.

O gestor tem a responsabilidade de reconciliar interesses divergentes em relação às decisões estratégicas e alocar recursos de uma maneira que seja mais consistente com a coesão dos órgãos de execução e produza uma *perfomance* homogeneamente efetiva. Não é sua tarefa criar monstros de eficiência de um lado e monstros de ineficiência por outro, produzindo disfunções episódicas capazes de afetar os objetivos estratégicos, institucionalmente traçados. E, pelo viés prático, não há como entender (ou melhor ainda, justificar-se) dispêndio de *energia institucional* sem o equivalente benefício social.

Não defendemos, é preciso que fique bem claro, a extinção de grupos ou núcleos especializados; nem somos contra a criação de novos grupos ou núcleos de atuação especial, em decorrência de uma conjuntura a exigir atenção prioritária do Ministério Público ou até por conta de metas eleitas como estratégicas num determinado momento (daí porque tais grupos, núcleos ou forças-tarefas devem ser organismos efêmeros). Mas tais metas conjunturais não podem esquecer, soterrar ou colocar em segundo plano, as metas estruturais ou essenciais da instituição (melhor atendidas por uma *convergência estrutural*), sob pena de cavarmos, aos poucos, hiatos de ineficiência entre as diversas unidades de execução, com prejuízos evidentes para a instituição ministerial globalmente considerada e, por derivação lógica, para toda a sociedade. A casuística não pode traçar ou determinar a agenda do Ministério Público, principalmente em tempos de planejamento estratégico e de convergência estrutural, pois é um tipo de "túnel de visão" pelo qual o futuro é entendido por meio de experiências limitadas do passado.

PROPOSTA DE ENUNCIADO: "Não há órgão, núcleo ou grupo funcional dentro do Ministério Público que, por mais bem equipado e provido de recursos que esteja, consiga realizar todas as atribuições conferidas, constitucional e legalmente, à instituição. A parte não pode, por uma razão de lógica básica, englobar o todo ou ser-lhe mais importante. Logo, se isso não é possível, não se pode admitir, como política institucional, investimentos setorizados em caráter permanente. Impõe-se, neste ponto, uma convergência estrutural, nos moldes propostos na Recomendação CNMP n. 54/2017".

Bibliografia:

ANDREUZZA, Mário Giussepp Santezzi Bertotelli. **Planejamento Estratégico**. Disponível em: http://www.madeira.ufpr.br/disciplinasgarzel/12.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

BERGSON, Henri. **Las dos fuentes de la moral y de la religión.** Montevideo:Claudio Garcia y Cia, 1944.

CAPRA, Fritjof. **The web of life.** New York:Anchor Books, 1997.

FORD, Henry. **Os princípios da prosperidade.** Tradução de Monteiro Lobato. São Paulo:Freitas Bastos, 1964.

MINTZBERG, Henry. **The rise and fall of strategic planning.** New York:Free Press, 1994.

ORNSTEIN, R. F. **The psychology of consciousness.** New York:Viking, 1972.

RODRIGUES, João Gaspar. **A natureza do método científico com aplicações à resolutividade do Ministério Público.** Belo Horizonte:Revista DE JURE, vol. 17, n. 30, 2018, pp. 135-181.

RODRIGUES, João Gaspar. **Segurança pública e comunidade: alternativas à crise.** Porto Alegre:Sergio Antonio Fabris, 2009.

SAYLES, Len. **Managerial behavior: administration in complex organizations.** New York:McGraw-Hill, 1964.

CONTROLE CONCENTRADO E CONTROLE DIFUSO: MODALIDADES EFETIVAS DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: A presente tese pretende estabelecer as características e as distinções entre as duas modalidades de exercício do controle externo da atividade policial: a difusa e a concentrada. Apesar da penúria normativa sobre essa relevantíssima e nobre função institucional, resta ao intérprete e aplicador da norma extrair todas as potencialidades possíveis, estabelecendo a forma dúplice de exercício do controle, conferindo maior efetividade ao sistema proposto.

Sumário: 1- Introdução. 2- Duas modalidades de controle externo da atividade policial: concentrado e difuso. 3- Limites das atribuições dos controles concentrado e difuso. 4- Conclusão. Referências.

1- Introdução

A função constitucional do controle externo da atividade policial atribuída ao Ministério Público brasileiro ainda não logrou receber um tratamento teórico sistemático e harmônico, de modo a fazer dela uma vitrine de eficiência em todos os recantos do país. O mandamento constitucional só recebeu atenção (e escassa atenção) na Lei Complementar n. 75/1993 (Lei Orgânica do Ministério Público da União). Na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) não recebeu sequer uma referência salvo a norma contida no art. 80 que manda aplicar, subsidiariamente, a LC n. 75/1993.

Talvez por conta dessa omissão legal de caráter nacional, cada Estado regula a função de modo próprio e, quase sempre, imperfeito, tendo no horizonte longínquo a tentativa homogeneizadora da Resolução n. 20/2007 do Conselho Nacional do Ministério Público. Fato

irretorquível é que o controle externo da atividade policial ainda é exercido de maneira precária, tateante e sem convicção.

Mas apesar desse cenário pouco lisonjeiro à resolutividade e à efetividade das atividades de controle externo, precisamos lidar com o que dispomos no momento, tentanto extrair todas as potencialidades do pálido modelo existente (render-se ao pessimismo resignado não é uma opção). Neste sentido, a Resolução n. 20/2007, do CNMP, traz duas modalidades de exercício do controle externo: o controle concentrado e o difuso, mas na prática institucional diária não nos parece que essas modalidades tenham esgotadas suas potencialidades operacionais. É sobre essa dicotomia e as dificuldades de implementação que iremos discorrer neste ensaio, tentando categorizá-las teoricamente e extrair todas as consequências práticas possíveis.

2- Duas modalidades de controle externo da atividade policial: concentrado e difuso

A Resolução CNPM n. 20/2007, distingue o exercício do controle externo da atividade policial em duas modalidades: concentrado e difuso, na forma do art. 3º:

"O controle externo da atividade policial será exercido:

I - na forma de controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos;

II - em sede de controle concentrado, através de membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, conforme disciplinado no âmbito de cada Ministério Público".

No parágrafo único do mesmo art. 3º., a norma prevê que "as atribuições de controle externo concentrado da atividade policial civil ou militar estaduais poderão ser cumuladas entre um órgão ministerial central, de coordenação geral, e diversos órgãos ministeriais locais".

Claramente, a terminologia adotada na referida resolução do CNMP rende homenagens e vai buscar inspiração na clássica distinção do controle judicial de constitucionalidade. Nesse campo, o controle de constitucionalidade se divide, quanto ao critério subjetivo, em controle difuso/concreto e concentrado/abstrato. O controle difuso é realizado por qualquer juízo ou tribunal, integrante do Poder Judiciário. Verificado um caso concreto, a declaração de inconstitucionalidade ocorre de forma incidental e prejudicialmente ao exame de mérito, ou seja, o pedido principal não é a declaração de inconstitucionalidade. O controle concentrado é exercido por via de ações específicas e se concentra em um único tribunal.

Esse controle difuso da atividade policial é inerente ao Ministério Público e existiria mesmo na ausência de uma função institucional de controle externo expressamente prevista na Constituição. Isso porque, como veremos, decorre diretamente da condição de dominus litis do MP. Surge de forma espontânea e sem maiores elucubrações teóricas, como uma imposição prática do sistema acusatório.

O controle difuso é exercido por todos os membros do Ministério Público que tenham atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos ou através do acompanhamento e fiscalização dos inquéritos e outros procedimentos policiais potencialmente violadores dos direitos fundamentais. Esse controle difuso também é exercido por órgãos de execução com atribuições específicas na área de improbidade administrativa, cujo objeto (probidade administrativa) se insere no raio de abrangência do controle externo.

Na verdade, como destaca Monique Cheker (2013, p. 63), a atuação criminal é apenas um viés ao lado da atuação cível e administrativa, a cargo dos respectivos órgãos de controle. A propósito, quais os direitos que são efetivamente tutelados quando o Ministério Público exerce o controle externo? Sem dúvida, a moralidade, eficiência, transparência, legalidade e ética policial.

O controle concentrado, por sua vez, é exercido pelos membros do Ministério Público com atribuições específicas, ou seja, através de órgãos de execução especializados na matéria. E como a Resolução CNMP n. 20/2007 não define os meios utilizáveis para o desempenho desse controle concentrado, seu disciplinamento depende de cada Ministério Público.

Logo, lado a lado e se complementando, há essas duas formas de ser levado a cabo o controle externo da atividade policial no Brasil, a partir da base normativa do Conselho Nacional do Ministério Público. O controle difuso detém as mesmas prerrogativas e os mesmos poderes de investigação (e de responsabilização, onde houver coincidência de modelos) do controle concentrado. Tanto é assim, que uma vez esgotada a função do controle concentrado (na investigação, por exemplo), quem leva adiante o controle externo é a sua forma difusa (através de todas as promotorias criminais que acompanham ações penais cujo suporte de elementos de convicção foi moldado pelo controle concentrado ou até pelo difuso pré-processual).

Essas duas modalidades de exercício do controle externo decorrem diretamente da condição constitucional do Ministério Público de *dominus litis*, no processo penal público, principalmente na fiscalização da atividade-fim de coleta da materialidade da infração penal e dos indícios de autoria. Como o trabalho da polícia tem o objetivo primário de lastrear o convencimento do Ministério Público para a propositura da ação penal, acaba sendo essa instituição a mais indicada a exercer dito controle, através de seus órgãos de execução de

atuação criminal. E o controle externo da atividade policial é função institucional - "como sua razão de ser" – atribuída a todo o Ministério Público, fazendo com que as duas modalidades de controle previstas na resolução do Conselho Nacional do Ministério Público sejam plenamente válidas.

Em linhas gerais, uma primeira diferença que se pode apreender entre o controle difuso e o concentrado é o fato de que as promotorias criminais que exercem o controle difuso são cumulativas, enquanto as que exercem o controle concentrado são especializadas (no exatos termos do art. 23, § 1º, da LONMP). Essa distinção reflete um aspecto histórico curioso: o controle externo da atividade policial surge no Ministério Público, difusamente, através de todos os seus membros. Foi por meio desse modelo difuso que a instituição, inicialmente, exerceu controle sobre o aparato policial, para só depois, num movimento evolutivo e de aperfeiçoamento, criar promotorias especializadas para exercer um controle concentrado. Tanto isso é verdade que em alguns Estados da Federação ainda não existem promotorias especializadas no controle externo e, portanto, essas unidades ministeriais só exercem o tradicional controle difuso.

3- Limites das atribuições dos controles concentrado e difuso

A questão que se coloca é onde começam e onde terminam as atribuições de cada modalidade de controle. Digamos que, hipoteticamente, uma promotoria de justiça especializada em Crimes contra a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes receba uma notícia de fato reportando o suposto cometimento de estupro de vulnerável contra uma adolescente X. O promotor requisita a instauração de inquérito policial à delegacia respectiva. Passado algum tempo, sem resposta da delegacia, o referido agente ministerial vislumbrando a possibilidade de prevaricação por parte da autoridade policial, remete a Notícia de Fato para redistribuição entre as promotorias especializadas no controle externo da atividade policial (controle concentrado).

Neste caso hipotético, de quem é a atribuição para atuar no feito? Continua sendo do controle difuso ou passa a ser do controle concentrado? De início, é importante registrar que a atribuição da promotoria de justiça especializada em Crimes contra a Dignidade Sexual de Crianças e Adolescentes foi fixada pela presença na narrativa dos fatos de uma suposta adolescente vitimizada. No curso do feito, há a possível desídia funcional da autoridade policial. A matéria central, a *vis atractiva* da competência do órgão de execução original foi o suposto abuso sexual contra a adolescente. A atividade policial surge, secundariamente, dentro do feito.

A resolução CNMP n. 20/2007, determina que o controle externo da atividade policial será exercido na forma difusa por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, *quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos* (art. 3º., I, *in fine*). Ou seja, se o procedimento foi regularmente atribuído ou distribuído a um determinado órgão de execução, em razão de suas específicas e centrais atribuições, logo se no curso desse procedimento surgir alguma questão envolvendo a atividade policial, o agente presidente do feito detém atribuições e poderes para adotar as providências necessárias e se desincumbir, na forma difusa, do controle externo. Seria irracional, do ponto de vista procedimental, um agente deter prerrogativas para adotar providências sobre uma questão incidental, e mesmo assim, determinasse a provocação de outro órgão de execução.

Em prol da racionalização procedimental, o controle difuso pode determinar a extração de peças para instauração de outro procedimento, no âmbito da própria promotoria, ou em se tratando de crime de menor potencial ofensivo enviar cópia das peças pertinentes diretamente às promotorias atuantes no Juizado Especial Criminal. Em qualquer dos casos, não há a necessidade de acionamento do controle concentrado. Seria a mesma coisa, se o controle difuso de constitucionalidade (de onde o nosso controle difuso da atividade policial vai buscar inspiração, conforme dissemos no item 2) ao se deparar, diante de um determinado caso, com uma inconstitucionalidade, remetesse os autos ao órgão judicial encarregado do controle concentrado. Isso não ocorre. E não ocorre por uma razão muito simples: o sistema de controle concentrado de constitucionalidade entraria em colapso se todo caso incidental ou prejudicial de inconstitucionalidade lhe fosse submetido para julgamento. Ora, onde existe a mesma razão, aí se aplica a mesma regra (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*). Evidentemente, o controle concentrado da atividade policial entraria em colapso se toda e qualquer suposta irregularidade (ou ilícito) atribuível à polícia fosse-lhe direcionada. Ambos os sistemas (constitucionalidade e controle externo) foram montadas de forma a garantir a plena fiscalização, sem asfixiar quaisquer dos órgãos. Até porque a atuação colapsada de um órgão de controle, representa perda de efetividade da respectiva supervisão.

Para a fixação de atribuição, não interessa se o fato secundário (ou residual) envolvendo a atividade policial está presente desde o início do procedimento (*secundário* ou *residual*, quando distribuído) ou surge ao longo do procedimento (*incidental*). Em qualquer dos casos, a forma de exercício do controle externo é difusa. Se, todavia, a questão única e central no feito ou na demanda, for alguma irregularidade no exercício da atividade policial, a atribuição será, desde o início, do controle concentrado.

Suponhamos que outra Notícia de Fato encaminhada, via Disque-100, para a mesma promotoria de justiça especializada em Crimes contra a Dignidade Sexual de Crianças e

Adolescentes, faça referência a uma suposta rede de exploração sexual de crianças e adolescentes por pessoas de nomes não informados, e paralelamente indique suposta negligência da polícia militar. Neste caso, há dois fatos: um principal, a suposta rede de eploração sexual; e outro, secundário, a suposta inação da polícia militar. Aqui, por óbvio, a atribuição da promotoria prende-se ao fato principal (a rede de exploração) e se estende, por conta do controle difuso, ao fato secundário (inação da polícia). O acessório segue o principal - *accessorium sequitur principale.*

Quando a Resolução fala que o controle externo "será exercido" na forma difusa, implica em dizer que todos os poderes e todas as prerrogativas inerentes ao controle externo da atividade policial poderão ser manuseados pelo órgão de execução "quando do exame" de procedimento a si distribuído. Desde que um fim é reconhecido necessário, os meios são permitidos; todas as vezes que é atribuída uma competência geral para fazer alguma coisa, nela estão compreendidos todos os particulares poderes necessários para realizá-la[1006] (é a teoria dos poderes implícitos). Não é diferente com o controle difuso.

A modalidade difusa não é mera fiscalização geral ou inspeção acidental (à guisa do que se passa com os procuradores de justiça em relação aos promotores de justiça – art. 19, §2º, LONMP[1007], por motivos óbvios), mas exercício efetivo do controle externo, operacional e executivo; é uma modalidade funcional efetiva de controle[1008]. Também não são meras ouvidorias, repassando ou encaminhando reclamações para os órgãos especializados. Entendimento contrário, tornaria letra morta a disposição constante no art. 3º., inciso I, da Resolução CNMP n. 20/2007 ("será exercido"), eliminando a dualidade controle externo concentrado e difuso. Ambas as modalidades, quando exercidas, o fazem com todo o arsenal disponível ao controle externo.

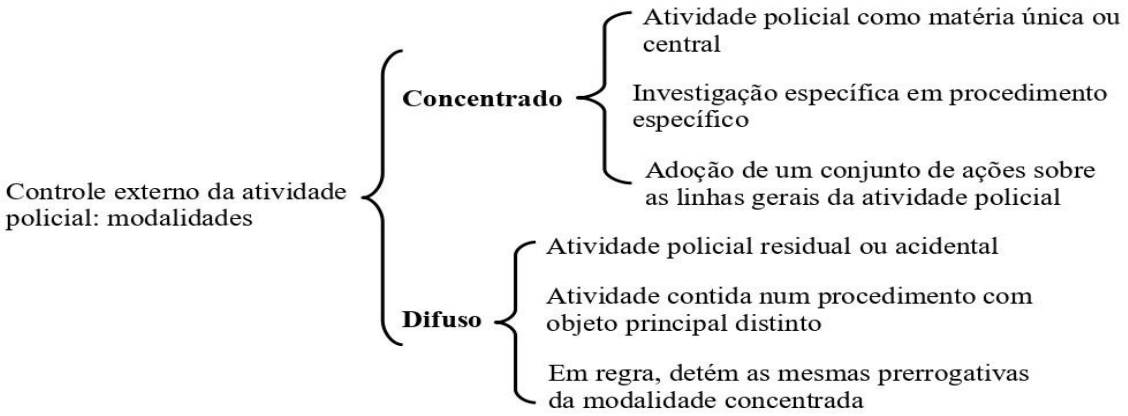
Há indicativo da prevalência do modelo difuso no marco normativo do Conselho Nacional do Ministério Público. Esse parece ser o sentido atribuído ao §único do art. 3º. da Resolução n. 20/2007 quando diz que "as atribuições de controle externo concentrado da atividade policial civil ou militar estaduais poderão ser cumuladas entre um órgão ministerial central, de coordenação geral, e **diversos órgãos ministeriais locais**". Esses "diversos órgãos ministeriais" exerceriam, pelo valor numérico, uma espécie de "controle difuso".

[1006] ROMANO, Rogério Tadeu. **A investigação criminal pelo Ministério Público.** Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina274-a-investigacao-criminal-pelo-ministerio-publico.pdf>. Último acesso: 09.07.2019.

[1007] "Os Procuradores de Justiça **exercerão inspeção permanente dos serviços** dos Promotores de Justiça nos autos em que oficiem... " (art. 19, §2º, LONMP).

[1008] O controle difuso “não se limita a uma atuação criminal (eventuais infrações cometidas pelos agentes policiais) mas de verificação também da eficiência, legalidade e probidade” (Freitas, 2013, pp. 120-121).

Não há diferença substancial entre as duas modalidades, salvo que: 1- na modalidade concentrada, a atividade policial é matéria única ou central (com investigação específica num procedimento específico ou adoção de um "conjunto de ações" – atividades administrativas - sobre as linhas gerais da atividade policial[1009]), e na modalidade difusa, a referida atividade, se apresenta residual, secundária ou incidentalmente (contida num procedimento com objeto central distinto); 2- e também, como já dissemos acima, o fato de que as promotorias criminais que exercem o controle difuso são cumulativas (ou se especializadas, o são em outro setor de atuação), enquanto as que exercem o controle concentrado são especializadas em controle externo (nos exatos termos do art. 23, § 1º, da LONMP).



Esse "conjunto de ações" ou atividades administrativas – referido acima - exercido sobre a atividade policial assume uma natureza essencialmente preventiva, competindo, com exclusividade, ao controle concentrado. O que por via transversa, resta ao controle difuso uma atividade predominantemente repressiva no exercício do controle externo. Isto responde por mais um aspecto a distinguir ambas as modalidades.

A modalidade concentrada é um *standard* de especialização do anterior controle difuso distribuído por todos os membros do Ministério Público por ocasião de suas específicas atribuições. Surge por uma necessidade de atuação extrajudicial, geral e preventiva, e não como uma forma de substituição à primitiva forma de controle. Essa atuação concentrada, de algum modo (principalmente através do referido "conjunto de ações ou atividades administrativas"), desafoga e racionaliza o modelo antigo, mas não o extingue.

O controle concentrado tem, como ressalta Luiza Frischeisen (2013, p. 24-25), um

[1009] Esse conjunto de ações ou atividades administrativas exercido sobre a atividade policial assume uma natureza essencialmente preventiva, competindo ao controle concentrado. O que por via transversa, resta ao controle difuso uma atividade predominantemente repressiva no exercício do controle externo. Isto responde por mais um aspecto a distinguir ambas as modalidades.

olhar voltado não somente para uma investigação específica em um inquérito específico, mas sim para as linhas gerais da atividade policial, na forma como ela é exercida em um conjunto de ações e investigações e como são realizadas as atividades administrativas da polícia necessária à realização de sua atividade de investigação, cumprimento de requisições do Ministério Público e de ordens judiciais.

Já o controle difuso é exercido, por exemplo, na fiscalização do cumprimento da requisição de diligências investigatórias à polícia, com ou sem inquérito policial instaurado; na requisição, a qualquer tempo, dos autos de investigação policial em curso; na fiscalização do cumprimento das promoções, inclusive quanto aos prazos, exaradas nos autos de inquérito policial, ou de investigação preliminar etc. As providências fiscalizatórias ou de controle em situações como essas prescindem do acionamento do controle concentrado, podendo ser adotadas diretamente pelo controle difuso.

Se para todas essas múltiplas e infinitas questões acidentais ou secundárias fosse acionado o controle concentrado, como único centro competente para adotar providências, ao cabo, acarretaria o colapso dos órgãos especializados e, por consequência, do próprio controle externo da atividade policial, enquanto função constitucional atribuída ao Ministério Público. A dicotomia entre controle difuso e concentrado, com divisão racional de atribuições, responde a uma exigência de efetividade do sistema de controle. Apesar da terminologia adotada para defini-lo, o controle concentrado não pressupõe a "concentração" de todas as medidas de controle externo da atividade policial. Não é um centro atrativo absoluto. O nominalismo pode levar a equívocos e comprometer o sistema.

É importante ressaltar que a modalidade difusa detém, em regra, os mesmos instrumentos e prerrogativas do controle concentrado, dependendo do modelo de controle externo adotado em cada unidade ministerial. Se o modelo só admite a investigação criminal pelas promotorias especializadas (controle concentrado), sendo a ação penal promovida por outras promotorias criminais, qualquer órgão de execução criminal, *quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos*, pode reunir elementos e finalizar a *opinio delicti*, remetendo após para a promotoria competente para acionar, na qualidade de *dominus litis*, o Judiciário. Esse controle difuso em nada se diferencia do controle concentrado em tais modelos restritos de controle externo da atividade policial (a que chamamos de *controle minimalista*[1010]).

O controle difuso só não pode ser exercido quando lhe faltar, claramente, atribuições para adotar as providências. Coloquemos duas hipóteses para melhor compreender, sabendo,

[1010] Cf. João Gaspar Rodrigues, **Atividade policial, direitos fundamentais e controle externo.** Curitiba:Juruá, 2016.

previamente, que o modelo de controle externo hipotético autoriza o promotor a investigar e oferecer denúncia (*controle maximalista*), e nos casos de crimes de menor potencial ofensivo, remeter os elementos para o agente atuante nos juizados especiais criminais.

Hipótese 1: em determinado inquérito policial sobre tráfico de drogas, o promotor vislumbra indícios de que o delegado de polícia, no exercício da atividade-fim, cometeu o crime de falsidade ideológica. Neste caso, como o promotor não tem atribuições para oferecer denúncia perante outro juízo, a medida adequada é remeter cópia dos elementos ao controle concentrado. Todavia, se houver regulação em sentido contrário (o que é possível), autorizando o controle difuso a oferecer denúncia perante juízo diverso (de modo parelho ao concentrado), se afigura totalmente viável a investigação pelo promotor atuante e posterior oferecimento de denúncia, sem remessa da demanda ao controle concentrado. Neste caso, a demanda surge na modalidade difusa e aí é finalizada.

Hipótese 2: em determinado inquérito policial sobre estupro de vulnerável, o promotor vislumbra indícios de que o delegado de polícia, no exercício da atividade-fim, cometeu o crime de prevaricação. Neste caso, como tanto o controle concentrado quanto o difuso dispõem de poderes de investigação (mas não de oferecimento da transação penal), pode o promotor (da modalidade difusa) recolher os elementos mínimos e remeter para o juizado especial criminal. Aqui não se abre a necessidade de remessa ao controle concentrado, pela simples razão do controle difuso deter os mesmos poderes (constitucionais – art. 129, VII - e orgânicos ou legais - especialmente Leis n. 75/93 e n. 8.625/93) para a providência adequada.

Veja-se que a Resolução CNMP n. 181/2017 (que que regula a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público) diz que o membro do Ministério Público em poder de quaisquer peças de informação pode, diretamente, encaminhar as peças para o Juizado Especial Criminal, caso a infração seja de menor potencial ofensivo (art. 2º., III). Pode, inclusive, fundamentadamente, promover o respectivo arquivamento (inc. IV). Essas providências, por óbvio, podem ser adotadas por ambas as modalidades de controle externo.

Não é admissível que uma função constitucional tão nobre (na medida em que é árdua) atribuída ao Ministério Público, nesse universo de precariedade e de improviso[1011], seja ainda restringida em sua efetividade pela má compreensão da extensão de seus poderes e dos

[1011] "O controle externo da atividade policial está timidamente disciplinado pela Lei Complementar 75/93 e não corresponde ao esperado e muito menos ao necessário. Continua faltando um dispositivo que diga de forma clara que 'o Ministério Público exercerá o controle externo da atividade policial, dando instruções gerais e específicas para a melhor condução do inquérito policial', as quais estarão vinculados os agentes da polícia judiciária" (FONTELES, Claudio. **Investigação preliminar: significado e implicações.** Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, jan./jun. 2001, V. 17, p. 59).

instrumentos postos à sua disposição. Ambas as modalidades, exercício concentrado e difuso, devem ter suas prerrogativas exploradas ao máximo, de modo a extrair, plenamente, todas as suas potencialidades.

4- Conclusão

O controle externo da atividade policial é uma valiosa função constitucional atribuída ao Ministério Público relegada ao ostracismo das especulações teóricas e, por conta disso, carente de efetividade prática. Qualquer estrutura de controle precisa, antes de tudo, prover-se de uma eficiente e eficaz estrutura organizacional, capaz de arrostar os desafios diários sem desperdiçar energia, casuisticamente, diante de situações postas diante de si. Um prévio trabalho teórico de desconstrução (de preconceitos, de velhas práticas etc.) e de construção é essencial à resolutividade ligada a essa função.

Se algo de certo existe nos negócios humanos é que as aquisições valiosas só se podem preservar por meio da continuidade das mesmas energias que a originaram. Tudo quanto se deixa entregue a si mesmo entra inevitavelmente em decadência, ensina John Stuart Mill[1012]. Esta lição cai sob encomenda à função institucional do controle externo da atividade policial que, entregue a si mesma e sem aperfeiçoamentos teóricos, tende à ruína e à decadência.

É importante que no ato de regulação normativa do controle externo da atividade policial, no momento de definição das atribuições, ambas as modalidades de exercício sejam contempladas com a delimitação da extensão e do alcance de suas funções. Feito isso, eliminando-se eventuais zonas nebulosas, evitam-se muitos conflitos de atribuição.

ENUNCIADO:

"A existências das duas modalidades de controle externo têm consequências importantes, sendo a principal delas a manutenção da efetividade do sistema de controle. Outros atributos e distincões são:

1- *O controle difuso, nos limites do modelo proposto*, detém as mesmas prerrogativas e os mesmos poderes de investigação (e de responsabilização, onde houver coincidência de modelos) do controle concentrado;

2- As duas modalidades de exercício do controle externo decorrem diretamente da condição constitucional do Ministério Público de *dominus litis*, mas a modalidade concentrada é um

[1012] **Governo representativo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo:Ibrasa, 1964, p. 19.

standard de especialização do controle difuso distribuído por todos os membros do Ministério Público por ocasião de suas específicas atribuições. Surge por uma necessidade de atuação extrajudicial, geral e preventiva, e não como uma forma de substituição à primitiva forma de controle.

3- As promotorias criminais que exercem o controle difuso são cumulativas, enquanto as que exercem o controle concentrado são especializadas. Apesar da terminologia adotada para defini-lo, o controle concentrado não pressupõe a "concentração" de todas as medidas de controle externo da atividade policial. Não é um centro atrativo absoluto. O nominalismo pode levar a equívocos e comprometer o sistema.

4- Na modalidade concentrada, a atividade policial é matéria única ou central (com investigação específica num procedimento específico ou adoção de um conjunto de ações – atividades administrativas - sobre as linhas gerais da atividade policial), e na modalidade difusa, a referida atividade, se apresenta residual, prejudicial ou incidentalmente (contida num procedimento com objeto principal distinto);

5- Para a fixação de atribuição, não importa se o fato secundário (residual, prejudicial ou incidental) envolvendo a atividade policial está presente desde o início do procedimento (quando distribuído) ou surge ao longo do procedimento. Em qualquer dos casos, a forma de exercício do controle externo é difusa (em atenção ao art. 3º, inciso I, *in fine,* da Reseolução CNMP n. 20/2007), em que o acessório (a questão incidental) segue a principal. Impõe-se ao agente ministerial no desempenho difuso a adoção de todas as providências correlatas ao controle concentrado, de modo a desincumbir-se da função institucional. Se, todavia, a questão única e central no feito ou na demanda, for alguma irregularidade no exercício da atividade policial, a atribuição será, desde o início, do controle concentrado".

Referências:

CHEKER, Monique. **O controle e seus agentes**. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2013.

FONTELES, Claudio. Investigação preliminar: significado e implicações. Rev. Fund. Esc. Super. Minist. Público Dist. Fed. Territ., Brasília, jan./jun. 2001, V. 17, pp. 52-62.

FRISCHEISEN, Luiza Cristina Fonseca. **Controle externo da atividade policial no Ministério Público Federal e o papel indutor do grupo de trabalho da 2ª Câmara de Coordenação e Revisão**. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2013.

FREITAS, Enrico Rodrigues. **Modalidades e extensão do controle externo**. In: SALGADO, Daniel de Resende; DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique (Coords.). **Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2013.

MILL, John Stuart. **Governo representativo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo:Ibrasa, 1964.

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

ROMANO, Rogério Tadeu. **A investigação criminal pelo Ministério Público.** Disponível em: <https://www.jfrn.jus.br/institucional/biblioteca-old/doutrina/Doutrina274-a-investigacao-criminal-pelo-ministerio-publico.pdf>. Último acesso: 09.07.2019.

A REGULAÇÃO LEGISLATIVA DO CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: Este estudo propõe-se analisar a prática disseminada em muitas unidades ministeriais de proceder uma autorregulação administrativa das atribuições referentes ao controle externo da atividade policial. Embora a prática se estenda às atribuições de todos os órgãos de execução do Ministério Público – sendo de igual modo, alcançada pelas razões e conclusões desta tese -, o cerne de nossa abordagem será a função constitucional prevista no art. 129, inciso VII, da Constituição Federal.

Sumário: 1- Introdução. 2- Práticas autorregulatórias: inconstitucionalidade. 3- Normatização secundária decorrente do poder regulamentar. 4- Racionalidade do Direito e respeito à supremacia constitucional. 5- Atribuições e cargo público: análise em relação à Administração Pública em geral. 6- Conclusão. Referências bibliográficas.

1- Introdução

O controle externo da atividade policial é um mandado conferido pelo povo a uma de suas instituições - o Ministério Público - para supervisionar o grau de regularidade e de obediência ao ordenamento jurídico de suas polícias (únicos órgãos do Estado autorizados, em tempos de paz, a portar armas e exercer, de forma legítima, a força). Por óbvio que o delineamento do mandado, em extensão e profundidade, compete ao próprio povo, através de seus representantes eleitos por sufrágio universal. À instituição Ministério Público cabe exercer a atribuição conferida, não estabelecer, normativamente, suas diretrizes básicas ou fundamentais. Justamente por isso, a CF remete a regulação do mandado à lei complementar (federal, no âmbito da União, e estadual, no âmbito dos Estados). Quando a regulação

primária se dá por via administrativa, há o que a doutrina convencionou chamar de fraude à Constituição (*fraus constitutionis*) e, paralelamente, um inequívoco abuso de poder normativo.

Mas como se dá essa chamada "fraude à Constituição" no tocante à regulação das atribuições do controle externo da atividade policial? De duas maneiras podem as normas jurídicas ser violadas: (a) diretamente, quando há, simplesmente, conduta contrária a suas determinações; (b) indiretamente, sempre que, mesmo por meios considerados lícitos, ou pelo emprego de meios em geral ardilosos, aparentemente lícitos, se obtém resultado proibido ou se evita fim por ela imposto. O que importa para que se tenha a infração indireta é o fim alcançado com o ato jurídico, e não o meio utilizado para alcançá-lo[1013].

O poder regulamentar diretamente envolvido nessa análise remonta a uma pronunciada tendência autoritária da administração pública brasileira, como legado de nossa nefasta herança política. Há uma praxe disseminada entre órgãos administrativos de diferentes níveis hierárquicos e de diversas instituições cuja ânsia de autorregulação – por motivos utilitários, pragmáticos ou corporativos - destrava uma discussão (sempre recorrente) sobre os limites de tais normas autorregulatórias em relação à lei e até à própria Constituição.

Este estudo, portanto, propõe-se analisar a prática disseminada em muitas unidades ministeriais de proceder uma autorregulação administrativa das atribuições referentes ao controle externo da atividade policial. Embora a prática se estenda às atribuições de todos os órgãos de execução do Ministério Público – sendo de igual modo, alcançada pelas razões e conclusões deste ensaio -, o cerne de nossa abordagem será a função constitucional prevista no art. 129, inciso VII, da Constituição Federal.

2- Práticas autorregulatórias: inconstitucionalidade

Algumas unidades do Ministério Público violam a Constituição diretamente, regulando primariamente a função através de ato interno infralegal. Exemplo é o Ministério Público de Mato Grosso. A Lei Complementar n. 27, de 19.11.1993 (Lei Orgânica da referida unidade ministerial) prevê no art. 24 que o "Ministério Público exercerá na forma da lei, o controle externo da atividade policial, velando, em especial, pela indisponibilidade, moralidade e legalidade da persecução criminal". Além desse artigo, não há nenhum outro dispositivo na referida lei complementar que trace outras diretrizes ou atribuições dos órgãos de execução encarregados do referido controle. Todavia, até onde nos é dado conhecer, as

[1013] *MELLO, Marcos Bernardes de.* ***Da fraude à Constituição no sistema jurídico nacional.*** *Curitiba:Revista da Faculdade de Direito-UFPR, n. 47, 2010, pp. 144-145.*

atribuições do controle externo da atividade policial são traçadas na Resolução n. 20/2004[1014], do Colégio de Procuradores daquela unidade ministerial. O exercício da atribuição ao invés de se dá "na forma da lei" (tal como previsto no artigo 24 da Lei Complementar citada), se processa "na forma de um ato" do Colégio de Procuradores de Justiça.

Outras unidades institucionais, introduzem um dispositivo em suas leis de regência, remetendo a regulamentação da função a ato de órgão administrativo interno (a norma legal mantém uma aparente compatibilidade com a Constituição, mas, rigorosamente, a viola, fraudando-a – e defraudando a vontade do constituinte originário). Exemplo é o MP do Amazonas. Nesta unidade, a Lei Orgânica respectiva (LC n. 011/1993) regulava um modelo específico de controle externo da atividade policial, nos arts. 88 e ss. Todavia, o Colégio de Procuradores aprovou uma resolução (n. 032/2018) modificando e acrescentando novas atribuições, dispondo no art. 8º. que a resolução só entraria em vigor quando fosse modificada a lei complementar conferindo atribuição ao referido órgão ("delegação legislativa") para regular por ato infralegal a referida matéria (bem como de todas as demais promotorias de justiça). Em 17 de abril de 2019, foi aprovada a LC n. 195/2019 em que no art. 1º. dispõe:

> "O art. 92-A da Lei Complementar n. 11, de 17 de dezembro de 1993, passa a vigorar com a seguinte redação: Art. 92-A. Todas as atribuições de Promotorias de Justiça serão reguladas por Resolução do Colégio de Procuradores de Justiça, ressalvando-se, até a sua publicação, o que constar na Lei".

Aqui o legislador outorgou à Administração mais do que deveria, deixando ao arbítrio do administrador matérias que não podem escapar à apreciação do Poder Legislativo, por explícitos mandamentos constitucionais (CF, arts. 128, § 5º e 129, VII - remete a regulamentação à "**lei complementar mencionada no artigo anterior**"). Veja-se que o desenho fundamental das atribuições do Ministério Público (e por óbvio de todos os seus órgãos de execução, e não apenas do controle externo) deve vir previsto em lei complementar, tal como disposto no art. 128, §5º da Constituição Federal: "Leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, **as atribuições** e o estatuto de cada Ministério Público...".

Igual norma consta na Constituição Estadual do Amazonas: "Lei complementar, de iniciativa do Procurador-Geral da Justiça, estabelecerá a organização, **as atribuições** e o estatuto do Ministério Público, observadas, relativamente a seus membros..." (art. 86, *caput*).

[1014] Disponível em: <***https://www.mpmt.mp.br/download/.../resolucao-n-0202004-cpj***>. *Último acesso: 26.05.2019.*

Além de prever que todas as atribuições dos órgãos do Ministério Público devem ser reguladas em lei complementar (art. 128, §5º), o constituinte, em relação ao controle externo da atividade policial, foi enfático (assumindo o risco de pecar pela clareza) no sentido de remeter sua regulação à lei complementar prevista no referido art. 128, §5º (art. 129, VII). Essa ressalva do art. 129, VII, da CF, não é para que o legislador delegue ao administrador o poder de legislar (normatizar primariamente) – delegação constitucionalmente vedada -, mas para que o próprio legislador proceda ao delineamento, configuração e estabeleça em lei as atribuições do controle externo da atividade policial, remanescendo ao administrador o poder regulamentar.

Há outro efeito gravíssimo decorrente da Lei Complementar n. 195/2019. Vários artigos da atual Lei Orgânica do MP/Amazonas (LC n 011/1993), em estreita consonância (e obediência) com as exigências constitucionais acima aludidas, dispõem sobre as atribuições de inúmeros órgãos de execução (Promotoria de Justiça de Execuções Criminais, Promotoria de Justiça do Tribunal do Júri, Promotoria de Justiça Especializada em Delitos de Trânsito, Promotoria de Justiça Especializada em Crimes de Uso e Tráfico de Entorpecentes, Promotoria de Justiça de Fundações e Massas Falidas, Promotoria de Justiça de Registros Públicos, Promotoria de Justiça Especializada na proteção e defesa do meio ambiente e patrimônio histórico, Promotoria de Família e Sucessões etc). No momento em que o Colégio de Procuradores entender que deva regular, por exemplo, as atribuições da Promotoria de Família e Sucessões, o art. 59 da LC n. 011/1993, restará imediatamente revogado (na exata inteligência do art. 92-A da LC n. 195/2019: "...ressalvando-se, até a sua publicação, o que constar na Lei"). E isso pode se passar com as atribuições de todos os outros órgãos de execução, atualmente com assento legal.

Mas em que mundo jurídico, são, hígido e racional, um ato administrativo tem o poder de revogar uma lei? Onde está a observância do princípio do paralelismo das formas? Onde o respeito ao princípio da separação dos poderes (em que um órgão administrativo se arroga o poder de legislar)? O paralelismo das formas não é apenas fruto do bom senso, tem assento legal na LEINB (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – Lei n. 12.376/2010): "Não se destinando à vigência temporária, a lei terá vigor até que outra a modifique ou revogue" (art. 2º.).

Essas práticas autorregulatórias constituem, essencialmente, uma ofensa ou violação à Constituição, na medida em que a norma constitucional de eficácia limitada exige uma intervenção legislativa, de modo a traduzir normativa e primariamente as diretrizes fundamentais da função constitucional atribuída ao Ministério Público, e não uma espécie de

delegação legislativa disfarçada deferida por uma "complacência irregular do Poder Legislativo".

Conforme lição de Celso Antônio Bandeira de Mello[1015],

> "Considera-se que há delegação disfarçada e inconstitucional, efetuada fora do procedimento regular, toda vez que a lei remete ao Executivo a criação das regras que configuram o direito ou que geram a obrigação, o dever ou a restrição à liberdade. Isto sucede quando fica deferido ao regulamento definir por si mesmo as condições ou requisitos necessários ao nascimento de direito material ou ao nascimento da obrigação, dever ou restrição".

Quando o Poder Legislativo autoriza que direitos/prerrogativas e deveres/restrições/obrigações sejam disciplinados por regulamento, renunciando à sua competência, solapa o princípio da legalidade ("ninguém será obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei") e confere um controverso poder normativo ao órgão administrativo.

Dentro de nossa estrutura constitucional de tripartição de poderes, têm-se que as funções típicas de cada um dos poderes, Legislativo, Executivo e Judiciário, são, em regra, indelegáveis. Diz-se "em regra", porque em dois momentos a Constituição, excepcionalmente, outorga a prerrogativa de legislar ao Executivo: para edição de medidas provisórias (art. 62) e produção de leis delegadas (art. 68). Em relação às leis delegadas, não serão objeto de delegação, dentre outras, matéria reservada a lei complementar. Acrescente-se ainda, que as previsões contidas nos arts. 62 e 68 da CF, são exceções ao princípio da separação dos poderes que implicam duas conclusões: 1- só a Constituição pode prever exceções aos seus princípios, não sendo lícito tal tarefa ao legislador; 2- não é possível interpretar extensivamente as exceções aos princípios constitucionais.

Esse meio indireto ("delegação legislativa"), aparentemente lícito, representa uma fraude à Constituição. Se o regulamento não pode ser instrumento para regular matéria que por ser legislativa, é insuscetível de delegação, menos ainda poderão fazê-lo atos de estirpe menor, tais como instruções, portarias ou resoluções. Se o Chefe do Poder Executivo não pode assenhorear-se de funções legislativas nem recebê-las para isso por complacência irregular do Poder Legislativo, menos ainda poderão outros órgãos ou entidades da Administração direta ou indireta[1016].

[1015] **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo:Malheiros, 2001, p. 324.

[1016] *BRODBEKIER, Bruno.* ***Poder regulamentar da Administração Pública.*** *Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, Jul./Set. 2003, vol. 233, p. 148;* DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo:Malheiros, 2001, p. 335.

O ideal na realização do Direito é que a aplicação da norma coincida com a sua incidência. Como a incidência nunca falha (infalibilidade da incidência), o que pode falhar é a aplicação da norma incidente, porque é ato humano resultante da interpretação da norma e da valoração dos fatos (suportes fáticos). Por isso, os atos que importam infração indireta à norma jurídica (fraude à lei ou à Constituição), intencionais ou não, não podem ter a pretensão de evitar ou enganar a incidência da norma jurídica, mas visam, isto sim, a burlar a aplicação das imposições normativas, positivas ou negativas, procurando conduzir o intérprete a considerar que outra foi a norma incidente, não a que realmente incidiu e foi infringida. Quer-se obter resultado proibido ou evitar fim imposto pela norma sem que a sanção respectiva lhe seja aplicada. A burla não impede a incidência da norma sobre o suporte fático que realmente se tenha concretizado, mas procura evitar-lhe a aplicação. A infração existe, mas não se quer que seja reconhecida. Por isso, a fraude à lei há de ser examinada, objetivamente, como pura e simples infração à norma jurídica, abstraídos os aspectos psicológicos que possam estar envolvidos[1017].

A fraude ou violação indireta à Constituição também é verificada em outros setores do cenário jurídico brasileiro. Eis um exemplo que nos é dado por *Marcos Bernardes de Mello*[1018]. O Congresso Nacional, para compensar a lerdeza e ineficiência de seu desempenho na missão de legislar, adotou norma regimental que permite a aprovação de leis pelo voto de liderança dos partidos políticos – é o chamado *voto de liderança*. Não são os parlamentares que votam pessoalmente, mas cada líder representa o número de votos correspondente ao de parlamentares que integram a sua bancada. É compreensível a medida, se considerarmos que obter *quorum* num Congresso de ausentes é verdadeiramente difícil. O art. 47 da Constituição, entretanto, dispõe textualmente, que as deliberações de cada Casa do Congresso e de suas Comissões serão tomadas por maioria dos votos, presentes a maioria absoluta de seus membros. Diante disso, não há como negar que o voto de liderança constitui uma burla à norma do art. 47, uma vez que se reconhece realidade a um *quorum* e uma maioria fictícios, o que é incompatível com a Constituição. A nosso ver, embora se trate de uma medida que estaria incluída no conceito de decisão *interna corporis* (ato que, por essa natureza, segundo espúria interpretação do Congresso, estaria excluído do *judicial control*), a norma regimental viola indiretamente a Constituição e, portanto, as matérias assim aprovadas são nulas de pleno direito em razão de inconstitucionalidade formal.

Sobre esse tema, foi travada valiosa discussão no Supremo Tribunal Federal, no bojo do MS 26.955-DF, Rel. Min. Carmen Lúcia (j. 01.12.2010). Nesse julgado, o STF mandou

[1017] *MELLO, Marcos Bernardes de. Cit., p. 150.*
[1018] *MELLO, Marcos Bernardes de. Cit., pp. 167-168.*

uma clara mensagem à Administração Pública em geral: não é mais admissível, pelo cenário constitucional atual, modificar atribuições de cargo público por ato infralegal. Atos administrativos como portarias, resoluções ou instruções são meios juridicamente impróprios para "veicular norma definidora das atribuições inerentes a cargo público" (voto da relatora). Sem lei, não pode haver mudança nas atribuições que nasceram com o cargo e para cujo desempenho se deu o concurso público.

Como destacado no voto do Min. Gilmar Mendes, há um modelo de delegação legislativa vedado pela Constituição, mas que a toda hora se repete na prática legislativo-constitucional, vertido numa autorização, encontrada em várias leis, que outorga à Administração Pública o poder de, por ato administrativo singular, reestruturar as atribuições. Diante da dificuldade, muitas vezes, de se fazer a reestruturação, via lei, acaba-se buscando, nessas autorizações genéricas, que são verdadeiras delegações legislativas heterodoxas, porque diretamente se dá ao responsável pela Administração, o Ministro de Estado, o Procurador-Geral, aos órgãos responsáveis pela reestruturação, essa possibilidade de redefinir, reestruturar determinadas carreiras. Essas delegações (isso quando as há) produzem um quadro de insegurança jurídica muito acentuado, porque o ato administrativo passa a ter uma força efetiva de lei.

Embora não aceitando a delegação legislativa pura e simples, pondera-se, na linha do Direito americano, a possibilidade do "regulamento autorizado", que é aquele caso em que o legislador, ele próprio, baliza o conteúdo da legislação. Só que nesses casos, em geral, não têm ocorrido sequer isto. A rigor, a lei não contém os elementos mínimos que norteariam a base do ato assim chamado regulamentar. No fundo, o ato regulamentar acaba dando todo o conteúdo da lei (conclui o Min. Gilmar Mendes).

Esse "regulamento autorizado" de que fala o Min. Gilmar Mendes, no Brasil aplica-se apenas às agências reguladoras que exercem seu poder normativo, ora em decretos autônomos, ora em delegação de poderes legislativos realizada pela lei que as institui, que lhes outorgam esta competência, fixando apenas os princípios norteadores, *standards*, a serem obedecidos na ulterior regulamentação[1019]. O Ministério Público nem tangencia essa doutrina.

3- Normatização secundária decorrente do poder regulamentar

Nada impede que uma vez regulada a matéria através de lei própria, a instituição, através de seus órgãos diretivos internos, proceda à regulamentação com o objetivo de melhor executar a atribuição (através de portaria, resolução etc.). Não pode, todavia, a pretexto de

[1019] *BRODBEKIER, Bruno. Cit., p. 168.*

regulamentação, inovar sobre o texto normativo da lei (ou emitir um ato administrativo com força de lei), por conta da acessoriedade e da dependência do poder regulamentar à competência legislativa. É necessário respeitar a hierarquia entre lei e regulamento.

Como ressalta Pedro Dutra[1020]:

> "Não é tampouco permitido ao órgão administrativo, sob o pretexto de insuficiência da norma legal, emendá-la por meio de norma regulamentar, para suprir-lhe lacuna, mesmo se indiscutível a existência dessa, não é competente o órgão para aditar a Lei: repele a ordem jurídica a conversão de órgão administrativo em órgão legislador supletivo, elaborador incidental de norma legal; deve o órgão administrativo circunscrever-se à elaboração de normas infralegais".

No direito brasileiro só é aceito o "regulamento executivo", ou seja, decretos e regulamentos para a fiel execução das leis (CF, art. 84, inc. IV - a Constituição é o único fundamento para o exercício da competência regulamentar). O regulamento autônomo ou independente não integra a tradição de nosso sistema jurídico (a única exceção é a prevista no art. 237, da CF). Pelo teor da norma constitucional e até por representações conceituais previstas na doutrina, pode-se imaginar que o poder regulamentar seja exclusivo dos chefes do Executivo (presidente, governadores e prefeitos), mas, na verdade, trata-se de um dever da Administração, pois sempre que a lei necessite de alguma forma ser complementada, para que seja correta e efetivamente aplicada, o administrador público tem o dever imperioso de expedir o correspondente regulamento[1021].

No exercício do poder regulamentar, por mais longe que possa ir o Poder Administrativo na formulação de regras ou de preceitos jurídicos, ele não exerce, entretanto, nesse domínio uma atividade livre. A lei condiciona estritamente a produção administrativa de preceitos ou de regras de caráter jurídico, limitada a sua atividade, no que toca às medidas regulamentares destinadas à execução da lei, a tão-somente editar aqueles preceitos ou aquelas regras jurídicas que tenham por fim tornar executórios os preceitos e as regras legais, mediante dispositivos que, por serem de caráter meramente administrativo, o legislador deixou e podia deixar à prudente discrição do administrador[1022].

Na Constituição está claro que "ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei" (CF, art. 5°, II) e que a Administração Pública se cinge

---

[1020] **O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores**. Rio de Janeiro:Revista de Direito Administrativo, jul./set. 2000, p. 247.

[1021] *BRODBEKIER, Bruno. Cit., p. 143. No mesmo sentido:* CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras de Serviço Público e seu Poder Normativo.** São Paulo:Dialética, 2001, p. 117.

[1022] CAMPOS, Francisco. **Lei e Regulamento.** Rio de Janeiro:Revista Forense, mar/abri 1953, p. 71.

ao princípio da legalidade (CF, art. 37). Ao romper a acessoriedade e a dependência à lei, criando deveres ou obrigações para os órgãos e agentes controlados ou fiscalizados, o ato regulamentador é inconstitucional. O controle externo da atividade policial não é um fim próprio do Ministério Público, mas sim da sociedade e do Estado. Seus poderes, neste aspecto, são conferidos para atender a interesses de outrem, são meramente instrumentais, necessários à consecução dos fins aos quais está encarregado de atender. Se a função constitucional não é própria, logo a instituição não pode se autoconferir poderes, estabelecer deveres ou restringir direitos. Neste aspecto, o Ministério Público não é uma instância de regulação autônoma, mas secundária ou executiva. Somente à lei cabe indicar as condições de aquisição ou restrição de direitos.

A segurança jurídica proporcionada pelo princípio da legalidade (CF, arts. 5°, II e 37), seria fragilizada ao perder seu caráter de medida assecuratória constitucional quando incumbida a órgão diverso do Legislativo a função de estabelecer condições normativas (com estabelecimento de deveres e de restrições a direitos). Quando assim procede, o Ministério Público exerce poderes que não lhe foram atribuídos em suas diretrizes fundamentais ou básicas, mas dos quais se apropria por regulação própria e autônoma. Passa a instituição a exercer o duplo e inconstitucional papel de legislador e executor de suas próprias normas de atuação.

Não é preciso lembrar que o controle externo da atividade policial implica, por um lado, na imposição de obrigações de fazer e de não fazer aos órgãos policiais sujeitos ao respectivo controle, e por outro, os respectivos direitos ou prerrogativas ao órgão controlador. Quando uma lei ou um ato, por exemplo, confere ao órgão controlador a prerrogativa de livre ingresso, acesso a documentos e laudos etc., impõe ao órgão controlado a obrigação correlata de permitir o livre ingresso, o acesso aos documentos etc. Tais poderes e tais obrigações configuram normas sobre relações de supremacia geral e não podem ser criadas pelo órgão controlador, mas precisam vir previamente delineados, configurados e estabelecidos em lei (no caso do controle externo, em lei complementar específica). Estabelecida essa estrutura legal prévia, o órgão controlador pode regulamentar por ato administrativo próprio, esclarecendo o conteúdo normativo e estabelecendo uma padrão de atuação funcional para melhor cumprir e executar a lei (poder normativo secundário decorrente do poder regulamentar). O regulamento não é apenas inferior à lei, mas dependente dela.

Como dizia Pontes de Miranda[1023], em seus comentários à Constituição de 1967, "onde se estabelecem, alteram ou extinguem direitos, não há regulamentos - há abuso do

[1023] **Comentários à Constituição de 1967.** Rio de Janeiro:Forense, 1987, p. 314.

poder regulamentar, invasão da competência do Poder Legislativo. O regulamento não é mais do que auxiliar das leis, auxiliar que sói pretender, não raro, o lugar delas, mas sem que possa, com tal desenvoltura, justificar-se e lograr que o elevem à categoria de lei".

O poder regulamentar atribuído aos órgãos administrativos e exercido, com notável volúpia, na forma de resoluções, regimentos, instruções, portarias, etc, deve guardar estritamente os limites da Lei que referem. Não podem tais órgãos, com as normas regulamentares que expeçam, alterar, sob qualquer forma ou em qualquer medida, a Lei, acrescê-la, suprimi-la ou aditá-la, desatender à sua finalidade, alterar suas definições, conceitos ou noções, ou ainda interpretar-lhe as regras, ou, ainda, versar-lhe matéria distinta. O propósito das normas regulamentares é desdobrar, para a explicitar, a Lei, visando especializar a sua aplicação a situações, cuja particularidade escape à norma legal; não é a norma regulamentar meio de adaptação da norma legal a uma dada situação fáctica, senão o contrário, a identificação desta situação fáctica ao comando jurídico já definido, com maior generalidade, na Lei[1024].

Podemos, em termos doutrinários, distinguir duas espécies de poderes normativos incidentes sobre a matéria do controle externo da atividade policial: o poder regulador através de lei complementar (atribuição exclusiva e indelegável do poder legislativo) e o poder regulamentador (atribuição de órgão administrativo competente decorrente do poder regulamentar). A regulamentação não pode substituir ou se sobrepor à regulação legal, não pode criar um "poder legislativo paralelo", dispondo primariamente ou inovando no cenário jurídico. Sua função é, exclusivamente, esclarecer o conteúdo da lei para melhor cumpri-la, executá-la e ativá-la, ou seja, um desdobramento objetivo dos comandos contidos na lei (seja quanto ao conteúdo, seja quanto ao campo de sua aplicação, seja quanto à sua finalidade). O ato regulamentar atua *intra legem* e *secundum legem.*

A questão não se resume em limitar ou em expandir as prerrogativas da instituição controladora ou controlada (em si extremamente importante), mas, essencialmente, em fazer cumprir a norma constitucional com o rigor necessário exigido por uma ambiência política democrática.

4-Racionalidade do Direito e respeito à supremacia constitucional

O Direito nunca deve se adaptar à política (partidária ou institucional), mas é a política que deve, sempre, adaptar-se ao Direito. Ou seja, o Ministério Público (com suas políticas

[1024] Pedro Dutra, cit., pp. 254-255.

institucionais internas) não está autorizado, constitucionalmente, a fazer as vezes dos representantes eleitos do povo na definição das diretrizes fundamentais do controle externo.

Se queremos manter a racionalidade do Direito, não podemos admitir exceções de natureza pragmática ou utilitária ao respeito às disposições constitucionais. Talvez ceder ao arbítrio do legislador represente uma perda ou uma fraqueza a curto prazo – discussão que pode ser infinita em suas nuances. Mas a longo prazo, esta fraqueza se transforma em força, porque somente assim é que uma instituição pode continuar fiel aos fundamentos sobre os quais ela foi edificada no passado e renunciar às tentações do presente que, no futuro, poderiam ser prejudiciais à sua essência. Não é demais recordar, a esse propósito, de uma definição do Direito proposta por Ronald Dworkin[1025]:

> "A atitude do Direito é construtiva: ela visa, no espírito de interpretação, sobrepor o princípio à prática para mostrar o melhor caminho rumo a um futuro melhor, respeitando como convém a fidelidade do passado. Finalmente, é uma atitude fraternal, uma expressão da maneira como estamos unidos em uma coletividade, embora divididos em nossos projetos, nossos interesses e nossas convicções".

A Constituição Federal determina que "leis complementares da União e dos Estados, cuja iniciativa é facultada aos respectivos Procuradores-Gerais, estabelecerão a organização, as atribuições e o estatuto de cada Ministério Público" (art. 128, § 5º) e quando, no art. 129, inciso VII, atribui como função institucional do Ministério Público o exercício do controle externo da atividade policial, remete a regulação à "lei complementar mencionada no artigo anterior". Ou seja, é uma norma constitucional impositiva de eficácia limitada, não produzindo efeitos sem a respectiva lei reguladora. O constituinte originário fez da intervenção legislativa, neste caso específico, condição necessária ou impositva para o desenvolvimento dessa sua opção.

Um indício claro de quando a norma constitucional é de eficácia limitada ocorre quando a mesma é provida de expressões como "nos termos da lei" (CF, art. 5º,. VII), "a lei disporá" (CF, art. 9º, § 1º; art. 21, XI; art. 27, § 4º; art. 32, § 4º; art. 33, *caput*), "na forma da lei" (CF, art. 129, VII) ou "definido em lei" (CF, art. 5º., LXI).

Não é demais recapitular que as normas constitucionais de eficácia limitada são parâmetros normativos cuja aplicabilidade é mediata, indireta e reduzida (diferida ou postergada). Dependem da edição de uma normatividade posterior, através da qual, o

[1025] Citado por Michel Terestchenko, **O bom uso da tortura.** Tradução de Constância Maria Egrejas Morel. São Paulo:Loyola, 2011, p. 124.

legislador, integrando-lhes a eficácia mediante ato próprio (lei), conferem-lhes capacidade de execução.

5- Atribuições e cargo público: análise em relação à Administração Pública em geral

Cargo público é o conjunto de atribuições e responsabilidades previstas na estrutura organizacional que devem ser cometidas a um servidor. E é criado por lei, com denominação própria e vencimento pago pelos cofres públicos, para provimento em caráter efetivo ou em comissão (artigo 3º da Lei 8.112/90). As atribuições de um cargo são criadas e delineadas igualmente por lei. E, uma vez criadas por norma legal, somente são passíveis de alterações por meio de lei. Toda competência ou atribuição decorre de lei. A Administração não pode, unilateralmente e por norma interna, modificar as atribuições dos cargos ou criar-lhes outras, sob pena de ilegalidade.

Imagine-se a Administração, através de ato interno e infralegal, alterando radicalmente as atribuições de um cargo público. Na prática, é como se criasse um novo cargo público. Um indivíduo fez um concurso público para um determinado cargo com X atribuições. No exercício da função, as atribuições são totalmente alteradas, passando a Y atribuições. O cargo público original, pré-concurso, inexiste, sendo totalmente remodelado, acarretando, por via tortuosa e não aceita pela Constituição, numa espécie de provimento derivado. Segundo jurisprudência pacífica e consolidada do STF (ADI 951/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa, DJ 29.4.2005), todas as formas de provimento derivado foram abolidas pela Constituição.

A Lei n. 8.112/1990, em seu art. 13 deixa bem claro:

> "A posse dar-se-á pela assinatura do respectivo termo, no qual deverão constar as atribuições, os deveres, as responsabilidades e os direitos inerentes ao cargo ocupado, que não poderão ser alterados unilateralmente, por qualquer das partes, ressalvados os atos de ofício previstos em lei".

Essa proibição de "alteração unilateral" das atribuições, no caso da Administração Pública, sugere que eventual mudança no feixe de atribuições do cargo exige intervenção legislativa.

O Tribunal de Justiça gaúcho, por diversas vezes, já declarou inconstitucional lei municipal por ser carecedora de "definição clara das atribuições respectivas" de cargos públicos criados, violando os artigos pertinentes da Constituição Estadual combinado com o art. 37, II e V, da Carta Federal. E ainda acrescenta:

> "Somente lei em sentido estrito, de iniciativa do Prefeito Municipal, pode criar cargos, empregos e funções públicas municipais, descabendo a definição das atribuições destes por decreto, regulamento ou regimento" (ADI nº 70061068482, Tribunal Pleno, rel. Des. Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, j. em 27.10. 2014).

Cargos sem a correspondente descrição das atribuições na lei criadora, corresponde em "arbitrária geração de cargos".

6- Conclusão

A Lei Fundamental do país, de forma muito clara, atribuiu a competência para disciplinar o controle externo da atividade policial ao Poder Legislativo (Congresso Nacional e Assembleias Legislativas), com a participação do Poder Executivo (Presidente da República e Governadores), que deverão exercê-la por meio de Lei complementar. Podemos ou não concordar com isso, podemos ter razões outras para sustentar entendimento diverso (dados o arbítrio e a volubilidade de nossos legisladores), mas ao fim, está em jogo a observância ou não da Constituição Federal. Como membros do Ministério Público e "defensores do regime democrático" (logo, do Estado de Direito e da estrita observância da Constituição), devemos ser especialmente cuidadosos em manter nossos julgamentos não infectados pelos interesses pessoais ou corporativos, ou ainda por conjunturas políticas institucionais.

Uma instituição com o encargo constitucional de "defender o regime democrático" – regime este que tem na separação dos poderes um princípio intangível (CF, art. 2º. c/c o art. 60, parágrafo 4º.) - e adere à lógica de ofender a Constituição e se autoconceder poderes e prerrogativas, impondo deveres e restringindo direitos de outrem, está programando sua própria destruição ou reduzindo a letra morta o referido encargo. Essa dinâmica corrosiva alimenta de um lado, o corporativismo, e de outro, perverte o prestígio institucional perante a sociedade, rompendo a necessária confiança existente entre os cidadãos e as suas instituições.

Um sinal de uma democracia saudável é a capacidade de obedecer, em qualquer transe, às regras do jogo. As exigências constitucionais, por menores que sejam, não podem ser abolidas ou ignoradas, sob pena de abolir, no mesmo passo, a realidade fundamental do Estado. Essas exigências são necessárias para racionalizar e legitimar, ainda que formalmente, determinadas práticas políticas ou administrativas e para conferir ao nosso cenário jurídico sua coerência e sua harmonia. São elas que nos conduzem a uma elevada cultura constitucional, fazendo-nos superar o horizonte rés do chão dos interesses conjunturais. De

todos os grandes conceitos que uma instituição vocacionada à defesa da democracia leva em suas ações (internas e externas), sem dúvida, um dos maiores é o respeito pela Constituição.

ENUNCIADO:

"A regulação normativa da função constitucional do controle externo da atividade policial através de ato da própria Administração implica: 1- violação ou fraude[1026] à Constituição (quando através de lei obtém uma delegação legislativa disfarçada); 2- violação do princípio da separação dos poderes, por efetivo abuso de poder regulamentar, invadindo a competência do Legislativo; 3- violação aos princípios da representatividade e da responsabilidade democrática, já que cabe às casas legislativas legislar, através de seus membros eleitos em sufrágio universal pelo povo.

Nenhum órgão, instituição ou entidade da Administração Pública pode assenhorear-se de funções legislativas típicas nem recebê-las por condescendência irregular do poder legislativo. A competência legislativa é irrenunciável e, em regra, indelegável. O *locus* político-normativo de onde emergem as atribuições a serem conferidas ao controle externo da atividade policial é o poder legislativo".

Referências bibliográficas:

BRODBEKIER, Bruno. **Poder regulamentar da Administração Pública.** Rio de Janeiro, Revista de Direito Administrativo, Jul./Set. 2003, vol. 233, pp. 141-177.

CAMPOS, Francisco. **Lei e Regulamento.** Rio de Janeiro:Revista Forense, mar/abro 1953.

CUÉLLAR, Leila. **As Agências Reguladoras de Serviço Público e seu Poder Normativo.** São Paulo:Dialética, 2001.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo:Malheiros, 2001.

DUTRA, Pedro. **O Poder Regulamentar dos Órgãos Reguladores**. Rio de Janeiro:Revista de Direito Administrativo, jul./set. 2000.

MELLO, Marcos Bernardes de. **Da fraude à Constituição no sistema jurídico nacional.** Curitiba:Revista da Faculdade de Direito-UFPR, n. 47, 2010, pp. 137-174.

MIRANDA, Pontes de. **Comentários à Constituição de 1967.** Rio de Janeiro:Forense, 1987.

[1026] *A palavra fraude, cujo conteúdo semântico envolve, necessariamente, intenção de enganar, de burlar, má-fé, conduz doutrinadores e juízes a considerar a intencionalidade como elemento caracterizador da infração indireta da norma jurídica, o que, de modo algum, é verdadeiro (MELLO, Marcos Bernardes de. Cit., p. 149).*

TERESTCHENKO, Michel. **O bom uso da tortura**. Tradução de Constância Maria Egrejas Morel. São Paulo:Loyola, 2011.

PROGRAMA DE ALINHAMENTO (E ENGAJAMENTO) DOS MEMBROS ADMINISTRATIVOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: A presente tese pretende traçar, em linhas gerais, um programa de alinhamento e de engajamento dos membros administrativos do Ministério Público nos seus objetivos institucionais. Esse programa contempla a necessidade de fazer com que esses membros (os designados servidores), em espacial aqueles diretamente ligados à atividade-fim da instituição, sintam-se parte fundamental do serviço prestado e que tenham suas contribuições reconhecidas e valorizadas. Tal engajamento acaba sendo fator determinante para o sucesso resolutivo dos diversos órgãos de execução.

Sumário: 1- Introdução. 2- A construção da imagem institucional. 3- Os membros administrativos como parte interessada (*stakeholder* interno). 4- Programa de Alinhamento dos membros administrativos na missão constitucional do Ministério Público. 5- Avaliação dos resultados do programa. 6- Conclusões. Referências bibliográficas.

1- Introdução

O Ministério Público, enquanto instituição e estrutura jurídico-social, não se esgota em si mesmo e nem tem em si o núcleo intangível de tudo quanto pode fazer e realizar. É uma engrenagem – importante – prudentemente inserida no meio de um cenário social forjado por diversos atores e valores: órgãos, instituições, pessoas, interesses, crenças, percepções, expectativas etc. Por ter interface com diferentes segmentos sociais, a instituição é especialmente sensível ao humor desses atores externos. Lançada nesse ambiente, a instituição pode se deparar com apoios ou oposições externas aos seus objetivos

institucionais, mas também pode enfrentar dificuldades no plano interno, quando, por inúmeras razões, seus parceiros de primeira ordem podem constituir desagradável embaraço.

Assim, dentre os grandes desafios do Ministério Público, no sentido de manter-se efetivo no atendimento às demandas sociais, está o de alinhar e engajar um desses atores - seus serviços auxiliares - na missão e nos objetivos estratégicos da instituição, afinal uma instituição que se quer efetiva no exercício das funções a si atribuídas constitucionalmente não pode desaproveitar nenhuma força ao seu redor. Claro que essa preocupação se estende também aos membros (ditos agentes políticos – promotores e procuradores), principalmente em relação a alguns mal interpretados (ou mal ajustados) princípios (em especial, os da independência funcional e da unidade). Todavia, dada a natureza da função constitucional atribuída aos membros políticos e suas especiais responsabilidades, essa abordagem exige estudo diverso com metodologia própria.

Para a teoria dos *stakeholders*, a eficácia de uma organização ou instituição é medida por sua habilidade em satisfazer não somente os clientes diretos de seu serviço (os cidadãos, a sociedade), mas também aqueles que mantêm um vínculo jurídico e interno com a instituição. Embora a teoria tenha surgido no campo dos negócios e da iniciativa privada, tem completa aplicação no setor público – apesar da escassa literatura a respeito.

Uma instituição que pretenda ter alto desempenho resolutivo – e esse parece ser um claro caminho traçado ao Ministério Público[1027] – precisa ter bem claro, entre suas estratégias, como fazer para que o servidor administrativo a serviço da atividade-fim incorpore os objetivos institucionais às suas tarefas cotidianas; precisa também se abrir a novas perspectivas, propondo novos problemas e despertando novas forças. A promoção dessa relação estreita e simbiótica entre o servidor administrativo e os fins institucionais será o objeto desse estudo.

2- A construção da imagem institucional

Toda instituição, na construção permanente de sua imagem, tem em relação à sua identidade três aspectos destacáveis: 1- a identidade desejada; 2- a identidade projetada; 3- a identidade percebida. Nem sempre os três aspectos identitários coincidem.

A *identidade desejada* (ID) ou *ideal* decorre de um esforço institucional estratégico para traçar um roteiro que melhor atenda às exigências sociais e suas demandas. É a imagem

[1027] Cf. RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo.** Porto Alegre:Safe, 2012.

ideal da instituição ou seu desempenho previsto. Esse *road map* deve ser suficientemente flexível para apoiar metas de curto, de médio e de longo prazo.

A *identidade projetada* (IP) pode ser descrita como a forma de apresentar-se a instituição perante seu público-alvo ou seus clientes, através de seus serviços, de seu *modus operandi,* de suas comunicações, do *layout* do ambiente de trabalho etc. É o desempenho efetivo.

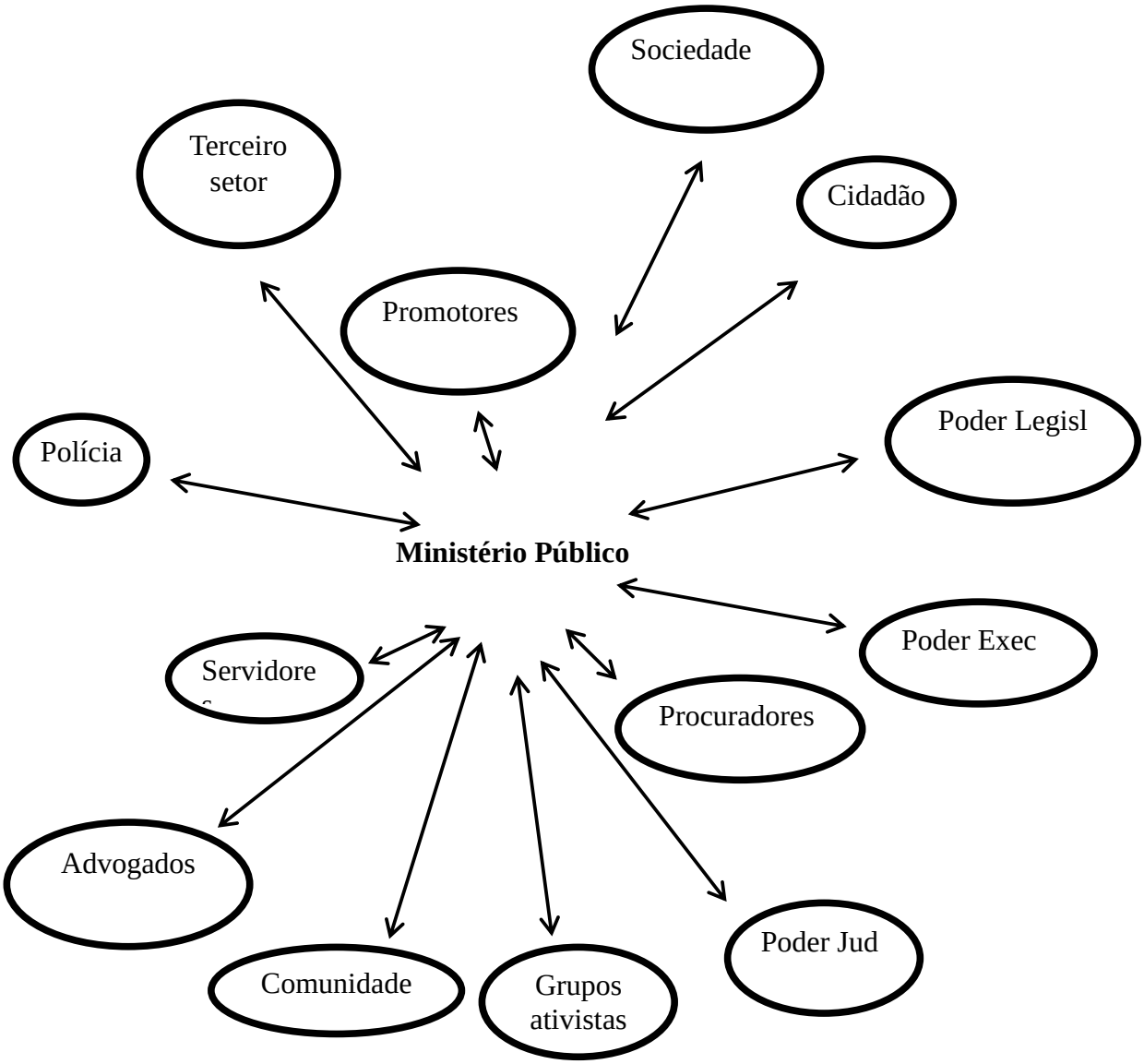
É possível analisar as características da *identidade percebida* (IPerc) da instituição perante seus servidores, muito simplesmente solicitando a estes que descrevam as características que julgam ser as mais típicas. A percepção identitária pode ser obtida através da lente de vários setores (clientela ou público-alvo, mídia social, organizações sociais, instituições diversas etc.), mas os *insights* mais confiáveis são os coletados com os servidores da própria instituição. Suas percepções e expectativas são extremamente variáveis, mas refletem os primeiros *stakeholders* que entram em contato com as estratégias e as iniciativas. Assim, por exemplo, a percepção de um servidor veterano será diferente de um novato, pois já testemunhou o deambular de inúmeras estratégias institucionais e viu várias expectativas serem confirmadas ou destruídas.

A análise conjunta dessas "identidades" revela que as percepções dos *stakeholders* diferem bastante daquelas que a instituição *deseja* e *projeta.* Uma conclusão parcial se impõe: quando as identidades desejada e projetada não deitam raízes nas crenças, expectativas, percepções, interesses e anseios dos diversos *stakeholders* (internos e externos), há uma dissonância praticamente irreconciliável que prejudica a implementação de novos objetivos estratégicos e, por consequência lógica, a identidade percebida.

3- Os membros administrativos como grupo interessado (*stakeholder* interno)

De acordo com a definição clássica de Freeman (1984, p. 46), parte interessada "é qualquer grupo ou indivíduo que possa afetar ou ser afetado pela realização dos objetivos da organização". Para deter a qualidade de *stakeholder* é necessário que o grupo ou a pessoa detenha alguma influência (direta ou indireta) na realização dos objetivos institucionais. O vínculo voluntário, o impacto de ação, as responsabilidades funcionais e a manutenção de uma relação jurídica com o Ministério Público fazem do servidor um *stakeholder* interno legítimo, vez que participa da distribuição justa dos benefícios ou dos danos da atuação institucional. Há uma mutualidade entre os fins da instituição e essa específica parte interessada.

Nessa classe de "parte interessada" ainda é possível atribuir uma capacidade de influenciar o comportamento, a direção ou os resultados da instituição. Interesses como duração razoável do processo, operacionalização efetiva da atividade-fim, planejamento, execução da atividade-meio, são alguns aspectos que podem sofrer a influência direta dos servidores, resultando em perdas ou ganhos para o Ministério Público. O tipo de conexão estabelecida entre o grupo interessado e a instituição se evidencia pela presença de alguns verbos: *afetar, impactar, influenciar, interagir, apoiar, prejudicar, beneficiar.*



Mapa de *stakeholders* internos e externos do Ministério Público

4- Programa de Alinhamento dos membros administrativos na missão constitucional do Ministério Público

A capacidade dos gestores de fazer com que os servidores, em espacial aqueles diretamente ligados à atividade-fim da instituição, sintam-se parte fundamental do serviço

prestado e que tenham suas contribuições reconhecidas e valorizadas, acaba sendo fator determinante para o sucesso resolutivo dos diversos órgãos de execução.

Como induzir um comportamento dos servidores auxiliares do Ministério Público alinhado com os objetivos e as metas dos diversos órgãos de execução? O alinhamento e o apoio dos *stakeholders* podem constituir-se na ferramenta mais poderosa que uma instituição pode dispor em seu arsenal operacional, proporcionando um alicerce capaz de sustentar um fluxo de demandas, otimizar desempenho e conduzir à plena resolutividade. O desenvolvimento de métodos para inspirar as pessoas a atender às demandas institucionais possibilitam que os órgãos de execução concentrem toda a sua energia em atingir suas metas, dedicando menos tempo à gestão de pessoas.

Os objetivos institucionais estratégicos do MP podem ser alcançados com maior facilidade quando são transformados também em interesses comuns dos membros políticos e administrativos da própria instituição, obtendo deles a disposição de cooperar com entusiasmo.

Mas os sevidores auxiliares (que poderiam ser melhor designados de "membros administrativos", dado que também integram a instituição[1028]), por um motivo ou outro, podem não compreender os objetivos estratégicos ou, mais especificamente, não saber, com nitidez, como isso se traduz em suas rotinas diárias e quais mudanças pecisam promover em seu comportamento – se for o caso – para auxiliar a atingir esses objetivos. Esses objetivos podem ser, em regra, complexos e até transcendentais à rotina diária de trabalho dos servidores (os próprios membros políticos não entendem, vez que atados ao dia-a-dia mecânico e burocratizado), e assim, não é de surpreender que eles não compreendam bem as estratégias. E essa situação pode perdurar se não houver uma atuação mais inteligente por parte da administração e do setor de comunicação.

O programa de alinhamento sugerido por nós, abarca três ações gerenciais: informar, motivar e desenvolver competências. Essas ações são distribuídas através de algumas táticas internas e externas.

O primeiro ponto para engajar os servidores na missão constitucional e política do Ministério Público é fazê-los compreender, de forma muito clara, o alcance e a importância dessa missão; é fazê-los perceber sua posição e seu significado no todo. As pessoas, individualmente, só se envolverão em uma questão estratégica essencial se estiverem

[1028] Se uma instituição realmente está orientada para as pessoas, para uma política de alinhamento e de engajamento, carece de palavras adequadas para descrever a forma como os indivíduos devem se encaixar na estrutura (Peters/Waterman, 1993, p. 258). Algumas empresas de alta performance têm seus funcionários como "membros da tripulação" (McDonald's), "associados" (Wal-Mart), "membros do elenco (Disney). Para o Ministério Público, portanto, não devem existir "servidores" ou "servidores auxiliares", mas "membros administrativos".

conscientes dela e familiarizadas com ela, se expressarem sentimentos positivos em relação às intenções e se **compreenderem** plenamente o seu conteúdo. Vários estudos revelam que esse é o maior gargalo na criação do comportamento alinhado. Até pessoas com alto grau de instrução, muitas vezes, parecem não compreender, suficientemente, as metas estratégicas (em termos dos processos como de suas consequências), em grande parte porque a instituição não investiu tempo e esforço substanciais para explicar as intenções[1029] (nem se preocupou em tracejar os planos de forma simples e acessível a todos).

Quanto mais autêntica a mensagem institucional for considerada pelos servidores – e quanto mais eles acreditarem que podem auxiliar a influenciar e sustentar a estratégia institucional -, mais verossímil e atraente será a proposição, e maior será a interoperabilidade. Quando as mensagens são transmitidas diretamente ou por contato pessoal, elas são compreendidas mais facilmente e parecem mais confiáveis. Devemos afastar o ideal burocrático de "transformar todos em ninguém". A comunicação, através do diálogo, deve ser a mais individualizada e pessoal possível.

Com a mensagem para todo o quadro de apoio, estabelece-se um canal contínuo de comunicação, capaz de construir diálogos multidimensionais. Isto possibilita ao gestor: 1- a capacidade de coletar e repassar informações necessárias para o desenvolvimento funcional eficaz; 2- reunião de dados a respeito das expectativas dos servidores; 3- estabelecimento de um relacionamento interpessoal produtivo. 4- a percepção das aptidões individuais do *staff* para alimentar uma liderança situacional (comando adequado ao potencial do servidor). Esse canal de comunicação também se presta a proporcionar aos servidores um grande volume de informações, fazendo com que passem a se sentir consultados, incluídos e informados das prioridades estratégicas. Uma boa comunicação interna pressupõe um misto de utilização de instrumentos impressos, vídeos, mídia social, apresentações conduzidas por superiores e conversas entre servidores e seus superiores imediatos.

Conflitos internos e interpessoais sempre existirão, mas se os *stakeholders* estão engajados e comprometidos, esses conflitos nunca poderão se concentrar na natureza das metas, mas apenas na velocidade e na natureza dos meios para atingi-las. De qualquer modo, para evitar ou reduzir ao mínimo eventuais conflitos, é vital compreender as expectativas, as percepções e as opiniões dos servidores sobre as características mais importantes da instituição. Esse seria o terceiro ponto no *road map* do engajamento.

Existem forças permanentes – muitas vezes, inacessíveis à compreensão - que alimentam a atividade humana. O progresso consiste no triunfo efetivo desse impulso

[1029] VAN RIEL, 2013, p. 39-59.

permanente que se realiza através de variáveis circunstanciais (e até, por vezes, intangíveis) como percepções, expectativas, crenças, interesses, impulsos conscientes/inconscientes e desejos. Esses vetores não podem ser apreendidos ou compreendidos de forma fria, por estilo geométrico, mas por aproximação e sensibilidade[1030]. Essas energias não podem ser menosprezadas pela instituição ministerial ao lidar com essa específica parte interessada no intuito de alinhá-la, perfeitamente, aos objetivos estratégicos.

A visão inspiradora (e motivadora) dos resultados efetivos (*socialmente relevantes*) alcançados pelos diversos órgãos de execução, no mosaico de atribuições do Ministério Público e como fruto de uma estrutura organizacional alinhada (capaz de extrair o melhor de cada órgão e de cada agente), pode gerar um interconexão com os servidores e inspirar uma espécie de solidariedade funcional que leve a transcender o senso de realização individual[1031]. É difícil, ou quase impossível, alinhar um servidor quando a própria instituição ou o titular da unidade executiva (promotor ou procurador) não está alinhado com a missão e os objetivos do Ministério Público. Um exemplo prosaico: o promotor é o último a chegar no ambiente de trabalho e o primeiro a sair (*last in, first out*). Que efeito esse comportamento terá nos servidores lotados no mesmo espaço? Há um claro efeito holístico: eles interagem, eles se completam, seja na forjadura de um círculo vicioso ou de um círculo virtuoso. Cada membro e cada servidor respondem, direta ou indiretamente, a uma exigência institucional (que, por sua vez, é impulsionada por uma exigência social), e desde este momento todos formam um bloco dentro do qual são contidos mutuamente e se completam reciprocamente. Muitos poderiam ter objetivos próprios e específicos se se apresentassem isoladamente. Todavia, constituem parte integrante de um todo e de um conjunto e, portanto, elevam-se da categoria de mero átomo, para a de um ser coletivo inserido em algo maior; o dever geral triunfa sobre o dever isolado.

O trabalho meramente burocrático, mecânico, rotineiro, voltado exclusivamente para o terreno estéril de procedimentos formais ("baixar fila", cumprir prazos, emitir relatórios, elaborar ofícios e memorandos repetitivos – os chamados "contra o c, contra o v"), é uma forma rápida de desmotivar e emascular as energias contidas no quadro de servidores. Nutrido por esse *modus operandi*, o servidor passa a se contentar com qualquer coisa, desde que o deixem desfrutar, tranquilamente, desse labor cômodo e inercial. Cada movimento do Ministério Público nessa direção priva a instituição de um servidor alinhado e engajado.

[1030] Fora do instinto e do hábito, não há outra ação sobre o querer e a vontade que não seja a sensibilidade (BERGSON, 1944, p. 39).

[1031] O homem é um edificador de crenças, é um ser que crê; confiar e acreditar nos resultados frutuosos (ou socialmente relevantes) da instituição pode se constituir num grande incentivo para qualquer servidor ou membro do Ministério Público. A própria opinião, é de per si – dizia John Stuart Mill (1964, p. 13), uma das maiores forças socias ativas. Uma pessoa que possua certa crença é poder social igual a noventa e nove que têm apenas interesses.

Ideias, ações e iniciativas só podem entusiasmar e motivar quando vão de encontro a energias vitais (expectativas positivas, interesses legítimos de fazer a diferença, vontade de interferir produtivamente no meio social e de entregar o "bem da vida" demandado etc.) e de nenhum modo desenvolvem suas consequências por si mesmas (não têm um valor intrínseco, mas apenas quando vão associadas a resultados socialmente relevantes).

Quando a instituição alcança resultados socialmente relevantes e se cerca de prestígio social pela *performance,* o apoio interno às iniciativas aumenta, já que integrar uma equipe vencedora sempre é um importante fator motivador. Ou na pior das hipóteses, as conquistas externas ajudam a estimular o diálogo interno e a promover mudanças de paradigmas. Esses eventos – resultados e alta *performance* – evocam um forte apelo emocional (além de inspirar a ação e estimular a criatividade) e não podem ser desperdiçados na hora de alinhar os serviços auxiliares. A autoconfiança dos servidores aumenta a partir da melhor compreensão dos resultados finais das suas contribuições e quando eles sentem que são valorizados por isso, há um reforço do seu envolvimento com o trabalho. São exemplos de fatores motivadores: necessidade de se sentir no controle, de acreditar no valor do seu trabalho, de ser desafiado, de empenhar-se no aprendizado por toda a vida e de ser reconhecido por suas realizações.

Estudos indicam que, normalmente, o servidor para manter-se a salvo de reprimendas disciplinares e permanecer numa zona de conforto, trabalha aproximadamente com 20 a 30% de sua capacidade. Quando motivado, esse nível fica entre 80 e 90% (HERSEY/BLANCHARD, 1974, p. 06; Waterman, 1995, p. 03). Por essa razão, a motivação intrínseca é um fator de alto desempenho e, portanto, uma função extremamente importante da administração.

Palavras, ações, resultados e sentimentos conectam os servidores à instituição e aos seus objetivos estratégicos, formando uma conexão essencial – o ponto no qual o interesse pessoal do servidor e os objetivos da instituição se encontram e se interpenetram – que constitui o ponto central de uma instituição alinhada.

Cada fator de alinhamento decorre, necessariamente, do anterior. Para levar à compreensão dos objetivos estratégicos se fazem necessários a comunicação e o diálogo. Para tornar operacionais esses dois fatores se impõe o desenvolvimento de competências, que consiste em ações gerenciais voltadas para treinar e orientar os servidores no contexto dos objetivos estratégicos estabelecidos, ensinando-os a se ajustar aos novos requisitos e às novas exigências. Esse último fator do programa é focado no que é necessário saber para realizar um trabalho melhor.

Uma vez implementada a etapa do desenvolvimento de competências, os servidores precisam ser devidamente aproveitados de acordo com a competência adquirida[1032], para evitar a frustração da subutilização, da massificação e da desvalorização pessoal (problemas típicos de estruturas burocratizadas).

Os atributos de alinhamento das partes interessadas constituem realidade institucionalmente construída, não uma variável adquirida com a simples inserção do servidor no quadro orgânico. Infelizmente, na prática diária da instituição (nos diversos recantos do país, salvo elogiáveis exceções), o servidor, em regra, tão logo é nomeado e entra no exercício da função é abandonado às suas próprias forças: aprende, fazendo, sem qualquer tipo de processo de socialização ou de treinamento.

O agir funcional do servidor não pode ser aleatório e sem referência a metas. Não se pode confundir planejamento com atuação baseada em protocolos burocráticos. No primeiro, temos um projeto de futuro desejado e maneiras efetivas de realizá-lo; no segundo, o servidor atua aplicando fórmulas rotineiras e mecânicas (até herdadas e replicadas), compartilhando o automatismo de um pêndulo de relógio.

Outra forma valiosa de alinhar esses *stakeholders* internos é lograr transformar os objetivos estratégicos institucionais em interesses comuns da categoria. E uma ponte de ouro para alcançar esse desiderato é reconhecer e recompensar com justiça (desdobramento do *princípio fiduciário* do *stakeholder*) o trabalho realizado pelos membros. A satisfação dessa parte interessada deve ser gerenciada como um objetivo essencial do programa, agregando valor ao membro administrativo através de um sistema estratégico de recompensas e incentivos motivacionais. O avanço na carreira não pode, simplesmente, se basear no "tempo de casa", e sim no desempenho para identificar e alocar, adequadamente, os membros de alto potencial (distinguindo-os daqueles protegidos pelo guarda-chuva da burocracia).

A imagem que retrata bem essa variável (*transformar os objetivos estratégicos institucionais em interesses comuns*) é uma equipe de remo que treina tendo em vista a medalha de ouro em um torneio. O sucesso depende de todos os atletas remando em sincronia. Apesar de a força dos remadores individuais poder variar, é o movimento simultâneo e coletivo que produz a velocidade total – e o comprometimento que diferencia os perdedores dos medalhistas. Embora uma equipe seja tão forte quanto seu membro mais fraco, é o coletivo que mais conta. Ao mesmo tempo, um vínculo emocional duradouro é forjado entre

[1032] Neste sentido, vide art. 3º., inciso VIII, da Recomendação de caráter geral n. 02/2018, do CNMP/CN: "Para fins de avaliação, orientação e fiscalização da atividade correicional, será considerada a eficiência administrativa e a gestão dos recursos humanos, materiais e tecnológicos da unidade correicionada, verificando-se os seguintes aspectos: VIII- dimensionamento e distribuição da força de trabalho, com base nas competências dos seus integrantes, nos critérios de produtividade e na variabilidade das condições de atuação, visando à racionalização e à eficácia dos recursos".

os membros da equipe, incluindo o timoneiro, que estabelece o ritmo e inspira os remadores. O resultado final é o orgulho de pertencer a um grupo que transcende o senso de realização individual[1033].

Se a instituição consegue converter ambições individuais em alinhamento coletivo pode alcançar as seguintes metas: 1- partes antes isoladas e desconectadas são unidas, criando maior poder de inserção social; 2- os melhores talentos são desenvolvidos e retidos no seio da instituição; 3- unidos por um interesse coletivo ou institucional, é possível ver, com clareza, como o empenho individual contribui para a obra coletiva e como o sistema de recompensas é acionado (em regra, deve ser transparente e justo).

Quanto ao sistema estratégico de recompensas, deve agasalhar recompensas financeiras e não financeiras. Prover recompensas não financeiras contribui para a satisfação de necessidades individuais, nem sempre cobertas por uma remuneração financeira. Não há nada mais poderoso que um reforço positivo. Somos criaturas de nosso meio ambiente, muito suscetíveis e sensíveis às recompensas e sanções exteriores.

Se um indivíduo tem necessidade de reconhecimento – uma necessidade de ser visto como pessoa produtiva e que contribui para a construção de alguma coisa – o elogio é um incentivo (uma recompensa não financeira) que ajudará a satisfazer essa necessidade (HERSEY/BLANCHARD, 1974, p. 22). Num ambiente de trabalho, se a necessidade de reconhecimento do membro for suficientemente forte, ser elogiado (na forma de placas, medalhas, assentamento funcional etc) por seu chefe pode ser um incentivo eficiente para impeli-lo a continuar desempenhando um bom trabalho.

A posse de uma visão clara dos elementos ou fatores que impulsionam o engajamento ou alinhamento dos membros administrativos facilita a elaboração de um roteiro para estimular mais comportamentos de apoio por parte desses *stakeholders*. As ações contidas no roteiro podem (ou devem) ser executadas de forma diferente, dependendo da ênfase definida pela instituição: negociar internamente ou confrontar os servidores com opções estratégicas inegociáveis (poder normativo-simbólico ou material utilitário/incentivo), o que demandará técnicas de negociação e de confrontação.

Embora a confrontação também produza alinhamento, isso se dá, muitas vezes, com prejuízo da motivação e da confiança. Portanto, estratégias de confrontação, muitas vezes, podem ser precedidas ou seguidas de negociações tendentes a recuperar, em algum medida, a crença do *stakeholder* na instituição. O estilo coercitivo pode ser muito eficaz numa situação de crise ou quando se lida com servidores problemáticos.

[1033] VAN RIEL, Cees B. M. Cit., 2013, p. 46-68; COSTA *et al.*, 2012, p. 31; HANASHIRO, 2008, p. 180.

O ideal é permitir, nos espaços possíveis e passíveis de discussão, a participação dos servidores no processo decisório, oferecendo a eles a oportunidade de opinar sobre os meios. A abertura, a participação na tomada de decisões e o apoio levam a um maior senso de responsabilidade pessoal, de comprometimento e reforçam a identificação do membro com a instituição (senso de pertencimento[1034], sensação de pertinência ou de conexidade). Ao se sentirem membros importantes da equipe (vez que *consultados*, *incluídos* e *informados* das prioridades estratégicas), identificados com a instituição, os servidores apresentam um comportamento mais positivo e, naturalmente, mais adequado às estratégias e objetivos institucionais.

Quando o gestor não estimula essa participação nem reconhece as opiniões dos membros administrativos, um "clima de silêncio" (o chamado "silêncio organizacional" – uma espécie desastrosa de indiferentismo) é criado e os servidores relutam em se expressar sobre questões importantes. Esse silêncio, em geral, é provocado pelo medo do ridículo, pelo receio de ser censurado ou de receber uma avaliação negativa de gestores que não reagem bem a críticas ou questionamentos, por mais claros ou lógicos que possam ser. Um clima desse tipo desenvolve-se facilmente quando a administração não tem o hábito de solicitar *feedback* ou costuma reagir de modo negativo ou depreciativo a críticas ou sugestões. O *silêncio institucional* também resulta do comportamento – mesmo individual – de gestores que reagem bruscamente a qualquer sinal de crítica, com base na crença de que os servidores são dominados pelo interesse próprio e não se importam com a instituição, com suas estratégias ou com seus resultados.

Alguns efeitos decorrem desse silêncio organizacional, como: escassa identificação ou correção de erros nas estratégias adotadas, adoção de decisões menos eficazes pela instituição e enfraquecimento do alinhamento (e engajamento) dos servidores. Esses efeitos inibem, de alguma forma, o pleno sucesso dos processos de mudança (alinhamento institucional). Também é possível verificar, por conta disso, uma elevada rotatividade de pessoal, o servidor permanecendo na instituição apenas enquanto não consegue lograr êxito em função melhor, pois é natural que as pessoas se afastem de ambientes considerados hostis.

Todavia, é preciso reparar que o estilo negociador, dialogal ou democrático também tem seus limites. Não é tão forte e eficaz quanto se possa imaginar (Goleman, 2018, p. 10-11). Ao dar voz aos colaboradores na tomada de decisões, as chefias permitem flexibilidade e responsabilidade organizacionais e ajudam a gerar novas ideias. Mas, às vezes, o preço disso são reuniões intermináveis e servidores confusos, sentindo-se carentes de uma liderança.

[1034] O descobrimento e a aceitação do seu lugar nas engrenagens institucionais dá ao servidor a segurança íntima que provém da sensação de fazer parte de um todo, através de uma participação ativa.

A gestão de pessoal é, antes de tudo, uma questão de psicologia. Os mais graves problemas encontram solução em um ambiente de confiança e as questões mais triviais podem degradar-se em uma atmosfera de desconfiança. Se o ambiente psicológico e a cultura de uma instituição se fundamentam na desconfiança e na intolerância às controvérsias e às opiniões – conferindo valor à premissa de que qualquer questionamento implica deslealdade - , o passo decisivo da boa comunicação se faz improvável. A comunicação lançada sobre esses trilhos não é recepcionada por olhos ou ouvidos atentos. Um grande e desatroso silêncio se faz sentir.

As ações realizadas para motivar, informar e desenvolver competências interagem umas com as outras, no sentido de que o efeito de qualquer um desses tipos de ação é acentuadamente reduzido – e até anulado – na ausência dos outros dois tipos. Todas as três iniciativas de comunicação são necessárias, já que a eficácia de uma ação é mínima quando as outras ações não são plenamente implementadas. Assim, os gestores não apenas deveriam estar constantemente atentos aos três tipos de ação, como também deveriam utilizar avaliações e levantamentos internos para mensurar o impacto coletivo dessas ações.

O ritmo, ou *timing*, das iniciativas de comunicação também é importante. Por exemplo, uma vez que os servidores foram adequadamente informados dos objetivos estratégicos da instituição, talvez não seja necessário apresentar a eles imediatamente informações adicionais. Em vez disso, os comunicadores deveriam se concentrar em engajar os servidores e desenvolver suas competências. De forma inversa, quando os servidores dispõem de poucas informações ou têm baixa compreensão do conteúdo dos objetivos estratégicos, é cedo demais para focar no desenvolvimento de competências, já que os servidores podem não perceber ainda a relevância dessas ações[1035].

5- Avaliação dos resultados do programa

O planejador, em geral, reluta em estudar e avaliar seus próprios esforços – não somente o que realmente *faz*, porém, mais importante, o que ele e seus processos de planejameto *conseguiram fazer,* em termos de impacto no funcionamento e na efetividade da instituição.

O alinhamento pressupõe uma mudança de comportamento e a necessidade de que essa mudança se torne "permanente". Para isso, é fundamental a avaliação constante dos resultados. Apesar dos servidores parecerem alinhados, a administração deve testar rotineiramente essa premissa. Os valores de alinhamento são, por definição, abstratos e nebulosos, de modo que a instituição deve ver além da retórica e quantificar o progresso

[1035] VAN RIEL, 2013, pp. 71/72.

sempre que possível. É importante ressaltar que a avaliação deve se dar através de parâmetros sobre os quais os servidores tenham algum controle, pois não há prática institucional mais desmotivadora que esquemas de avaliação baseados em métricas totalmente alheias ao alcance funcional. Não é possível, por exemplo, avaliar o grau de alinhamento do servidor pelo conteúdo socialmente relevante das medidas e iniciativas de um determinado órgão de execução do Ministério Público (indicador de resolutividade), pois é uma variável que refoge, quase por completo, da atitude funcional dos serviços auxiliares.

Um método importante para medir ou monitorar o engajamento dos servidores é a observação direta sobre o que as pessoas fazem e dizem em reuniões, encontros e no dia-a-dia; fragmentos de informações obtidos em conversas informais; o tom de voz nas reuniões etc. Quanto mais o gestor (imediato ou mediato) se expor interfuncionalmente, mais oportunidades terá para observar as tendências básicas. Às vezes, para surpreender o que uma pessoa pensa ou quer, não é necessário escutar o que diz, mas observar o que e como faz, frente a frente. Essas variáveis informais podem constituir boa parte da dieta informativa de qualquer administrador.

Os gestores eficazes não são pessoas que se abstraem dos detalhes do dia a dia, mas exatamente o contrário: são as que neles imergem, sendo capazes de extrair deles as mensagens estratégicas. Entretanto, observar a floresta a partir das árvores não é, de modo algum, a metáfora certa, porque as oportunidades costumam estar escondidas embaixo das folhas. Uma melhor pode ser descobrir um diamante bruto em um veio de minério. Ou, para misturar as metáforas, ninguém jamais encontrou um diamante pairando sobre uma floresta. Do ar, a floresta parece um simples tapete verde, não o complexo sistema de vida que realmente é[1036].

Mas é necessário cuidado. O mundo confuso de ruídos aleatórios, fofocas, inferências, impressões e fatos precisa ser reduzido a dados firmes, estabilizados e estruturados, de maneira que possam ser fornecidos regularmente em forma digerível. A expressão do rosto de um servidor, o humor no ambiente de trabalho, o tom de voz de um chefe de departamento, tudo isso pode ser informação para o gestor, mas não para um sistema de informações gerenciais. Há uma diferença crucial entre informações aleatórias e informações estruturadas, e que deve ser levado em consideração no momento de avaliar os resultados do programa.

5- Conclusões

[1036] Mintzberg, 1994, p. 256-257.

Simplicidade é a essência da boa arte, de modo que, simplificar estruturas ajuda a tornar nosso mundo multiforme mais compreensível. Detalhes e minúcias podem distrair; às vezes, a solução simples é a melhor. Assim, um programa de alinhamento não precisa ser mirabolante, minuciosamente esquemático e recheado de sutilezas técnicas, para ser uma concepção efetiva. Quanto mais simples, mais acessível será à compreensão do servidor. É preferível o bom senso à técnica. Um bom programa pode ser explicado em 10 minutos ou lançado em poucas páginas. Caso contrário, não é bom (quanto menos conteúdo tem, mais longo é).

À medida que se aproxima de exigências resolutivas, o Ministério Público precisa conferir uma maior atenção, a nível interno, à dimensão humana (Porter, 1980, p. 252). Mecanismos organizacionais são necessários para para formar uma maior identificação e uma maior lealdade com relação à instituição, sendo necessário desenvolver dispositivos motivacionais mais engenhosos do que aqueles que, no passado, foram suficientes. Apoio e estímulos internos são indispensáveis para substituir os estímulos e as recompensas do passado.

O que indicamos ao longo dessas linhas é apenas uma ideia, um esqueleto a ser coberto de carne, com as ricas vivências do dia a dia gerencial, as habilidades humanas e conceituais dos gestores. É óbvio que as estratégias institucionais de alinhamento dos *stakeholders* internos não devem ser desenvolvidas de forma intuitiva, mas através de um pensamento controlado e consciente, a partir de um processo complexo, interativo e evolucionário, melhor descrito como um aprendizado adaptável. Intuição e improvisação são inimigas conceituais de qualquer estratégia.

Não é uma tarefa fácil criar um comportamento alinhado e engajado dos servidores auxiliares de uma instituição às novas estratégias, principalmente se o *staff* já vem, há muito tempo, contagiado por velhas práticas. Mudar mentalidades, atitudes e comportamentos não é um trabalho que se faça da noite para o dia, até porque nunca devemos ter pressa de enterrar ideias e crenças que foram poderosas um dia. As raízes dessas ideias se estendem, poderosamente, por todos os lados. Estudos de psicologia social revelam (Mintzberg, 1994, p. 33; Hersey/Blanchard, 1974, p. 02-03; Clarke, 1970, p. 154) que para mudar uma pessoa, precisamos antes "descongelar" suas crenças e ideias mais básicas. Uma vez que as ideias preconcebidas são banidas, o resto é simples. A partir disso, seguem-se dois estágios: "mudar" as crenças e "recongelar" em torno das novas crenças (tudo dentro de um ciclo contínuo de aprender, desaprender e reaprender). Não podemos apenas inspirar pessoas a serem melhores. De alguma forma, é necessário mudar a forma como pensam (não, por óbvio, através de

métodos heterodoxos ou contraintuitivos, mas por meio da persuasão, do exemplo e do modelo).

As mudanças mais fáceis são as ligadas ao conhecimento; a seguir, vêm as ligadas a atitudes. As estruturas de atitudes são diversas das do conhecimento, pois têm uma carga emocional, positiva ou negativa. As mudanças de comportamento são significativamente mais difíceis e exigem mais tempo do que os dois níveis anteriores.

Transformar o conceito de alinhamento em realidade demanda uma iniciativa, passo a passo, de gestão de mudanças, "um dia de cada vez"; é um processo evolutivo relativamente prolongado. Mesmo que o esforço gerencial seja secundado por um *road map* devidamente engendrado e aplicado, tudo irá depender, em última instância, da disposição do servidor em aceitar, rejeitar ou interferir na mudança. O elemento humano é a peça-chave nesse processo. Se o indivíduo não tiver sucesso na sua transição pessoal, se não se render a uma nova forma de pensar, agir e fazer, os resultados traçados não serão alcançados na plenitude em que foram planejados.

A resistência à mudança é um padrão natural, pois o difícil não é aceitar ideias novas, mas abandonar as antigas. A transição do velho para o novo, da segurança do conhecido para a imprevisibilidade do desconhecido (ou pouco conhecido), gera reações diversas (de acordo com o indivíduo e as circunstâncias estabelecidas). Há um apego, quase emocional, às rotinas existentes, funcionando como um tremendo obstáculo para a adesão a padrões de atividades novos e, aparentemente, imprevisíveis. É quase um processo alquímico transformar um servidor desiludido em entusiasmado, cético em convicto, desconfiado em confiante, indiferente em motivado, rotineiro em inovador, egoísta em abnegado e individualista em solidário.

Um quadro funcional alinhado, faz, efetivamente, a diferença. A resistência à mudança e as atitudes céticas em relação ao comprometimento devem ser levadas a sério quando os gestores estiverem prestes a dar início ao processo de mudança. O sucesso de um programa de alinhamento exige trabalho e uma administração que considere os interesses, as expectativas e as preocupações dos servidores. Essa construção exige um diálogo contínuo e uma comunicação sensível, compreendendo o singular como símbolo ou fenômeno de uma totalidade, e o respeitando a partir dessa qualidade.

PROPOSTA DE ENUNCIADO:

"No Programa de Alinhamento sugerido, além dos passos fundamentais de *informação*, *motivação* e *desenvolvimento de competências* (em permanente interação), é

preciso ter um vetor de *monitoramento* e *acompanhamento dos resultados*, de modo a possibilitar aos gestores pontos de controle claros. A avaliação do Programa, durante sua implementação, permite sejam realizadas adaptações e ajustes para aumentar seu impacto".

Referências bibliográficas:

BERGSON, Henry. **Las dos fuentes de la moral y de la religión. Montevideo:Claudio Garcia Editores, 1944.**

CLARKE, Arthur C. **Perfil do futuro.** Tradução de Álvaro Borges Vieira Pinto. Petrópolis:Vozes, 1970.

COSTA, Benny Kramer.; VIEIRA, Saulo Fabiano Amâncio.; BOAVENTURA, João Maurício Gama.; AÑEZ, Miguel Eduardo Moreno. **A Influência dos Stakeholders na Estratégia de Órgãos Públicos: o Caso da Diretoria de Turismo de Guarulhos/SP.** Revista Gestão Organizacional (RGO), vol. 5, n. 1, Jan./Jun. 2012.

GOLEMAN, Daniel. **Liderança que gera resultados.** In: GOLEMAN, Daniel.; *et al.* **Gerenciando pessoas.** Tradução de Paulo Geiger. Rio de Janeiro:Sextante, 2018.

HERSEY, Paul; BLANCHARD, Kenneth H. **Psicologia para administradores de empresas.** Tradução de Dante Moreira Leite. São Paulo:EPU/EDUSP, 1974.

MINTZBERG, Henry. **The rise and fall of strategic planning.** New York:Free Press, 1994.

MITCHELL, Ronald K.; AGLE, Bradley R.; WOOD, Donna J. **Toward a Theory of Stakeholder Identification and Salience: Defining the Principle of Who and What Really Counts.** The Academy of Management Review, Vol. 22, n. 4, 1997, pp. 853-886.

FREEMAN, Richard E. **Strategic management: a stakeholder approach.** Boston:Pitman, 1984.

HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori. **Recompensando pessoas.** Em: HANASHIRO, Darcy Mitiko Mori *et all*. **Gestão do Fator Humano. Uma visão baseada em *stakeholders.*** São Paulo:Saraiva, 2008.

MILL, John Stuart. **Governo representativo**. Tradução de E. Jacy Monteiro. São Paulo: Ibrasa, 1964.

PETERS, Thomas J.; WATERMAN, Robert H. **En busca de la excelencia.** Tradução de Fernando Posada. Bogotá:Editorial Norma, 1993.

PORTER, Michael E. **Competitive strategy.** New York:The Free Press, 1980.

RODRIGUES, João Gaspar. **Ministério Público Resolutivo.** Porto Alegre:Safe, 2012.

VAN RIEL, Cees B. M. **Reputação. O valor estratégico do engajamento dos *stakeholders.*** Tradução de Cristina Yamagami. Rio de Janeiro:Elsevier, 2013.

WATERMAN, Robert H. **O que a América faz certo.** Tradução de Nivaldo Montigelli Jr. São Paulo:Pioneira, 1ª. ed., 1995.

A SEMESTRALIDADE DAS VISITAS ORDINÁRIAS NAS UNIDADES POLICIAIS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: Atualmente, em todo o país, o Ministério Público, através de suas promotorias especializadas no controle externo da atividade policial, realiza duas visitas anuais nas unidades policiais. Os relatórios produzidos a partir desses atos, são validados pelas corregedorias locais e enviados para o Conselho Nacional do Ministério Público. Afora algumas inconsistências de caráter cartorial, principalmente naqueles estados onde as delegacias não albergam mais presos, nada de produtivo é feito com os dados contidos nos referidos relatórios.

Nosso objetivo nesta tese é demonstrar: primeiro, o desperdício de tempo e de recursos financeiros com essas duas visitas anuais, que poderiam ser melhor aplicados em outras atividades afetas aos referidos órgãos de execução, com melhor proveito institucional e social; segundo, que a resolução n. 20/2007 (que disciplina o controle externo da atividade policial), do CNMP, em nenhum de seus artigos determina o recorte temporal de duas visitas anuais.

Sumário: 1- Introdução. 2- Razões que não recomendam duas visitas ordinárias por ano nas unidades policiais. 3- Conclusão. Referências biblliográficas.

1- Introdução

Há na Administração Pública uma relação valiosa entre custo e benefício de toda atividade exercida, principalmente em tempos de crise e de orçamentos reduzidos, quando assume relevo incontestável a prédica de maximização de resultados e minimização de custos. Um serviço específico que exige a reunião ou a integração de recursos – pessoas, capital e equipamentos - deve ser realizado na medida em que, proporcionalmente, é revertido em algum benefício social. No momento em que sua realização confere pouco ou nenhum benefício social, ou ainda entrega um benefício inversamente proporcional ao custo, a forma

como é realizado e prestado deve ser repensada, de forma séria e pragmática, com o objetivo de torná-lo mais eficiente.

Atualmente, em todo o país, o Ministério Público, através de suas promotorias especializadas no controle externo da atividade policial, realiza duas visitas anuais nas unidades policiais (polícia judiciária, militar e polícia técnico-científica – IML, IC e II). Os relatórios produzidos a partir desses atos, são validados pelas corregedorias locais e enviados para o Conselho Nacional do Ministério Público. Afora algumas inconsistências de caráter cartorial, principalmente naqueles estados onde as delegacias não albergam mais presos, nada de produtivo é feito com os dados contidos nos referidos relatórios. E esses dados acabam sendo repetitivos de um semestre para outro, a sugerir até uma espécie de retrabalho.

Nosso objetivo neste ensaio é demonstrar: primeiro, o desperdício de tempo e de recursos financeiros com essas duas visitas anuais, que poderiam ser melhor aplicados em outras atividades afetas aos referidos órgãos de execução, com melhor proveito institucional e social; segundo, que a resolução n. 20/2007 (que disciplina o controle externo da atividade policial), do CNMP, em nenhum de seus artigos determina o recorte temporal de duas visitas anuais.

2- Razões que não recomendam duas visitas ordinárias por ano nas unidades policiais

No controle externo da atividade policial, incumbe ao Ministério Público realizar visitas ordinárias nos meses de abril ou maio e outubro ou novembro e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição (art. 4º., I, Res. n. 20/2007-CNMP com redação alterada pela Resolução n. 121/2015). Neste último caso (visitas extraordinárias), na ocorrência de fato que as justifiquem.

É necessário reparar que a redação anterior da resolução determinava a realização de "visitas ordinárias periódicas e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição" (art. 4º., I). Com a nova redação conferida pela Resolução n. 121/2015, o período dessas visitas ordinárias ficou confinado aos meses de abril ou maio e outubro ou novembro de cada ano, "**em repartições** policiais civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição". Não determina a resolução, pelo menos isso é o que se dessume de sua interpretação literal, que essas visitas ordinárias se façam nos meses de abril ou maio **em todas as repartições**

policiais, nem nos meses de outubro ou novembro. Isso significa que o círculo de visitas é aberto nos meses de abril ou maio e fechado nos meses de outubro ou novembro. Reforça-se essa interpretação com a retirada intencional do termo "periódicas" com a nova redação resolutiva. Ou seja, se antes as visitas ocorriam ao longo do ano, sem critério de início e de fim, repetindo-se periodicamente a cada ano, hoje foram racionalizadas entre os meses de abril ou maio e outubro ou novembro, justamente para fazer com que o órgão saiba dispor melhor de suas atribuições. É uma racionalização procedimental espácio-temporal.

Com a redação anterior da Resolução n. 20/2007 (antes da Resolução n. 121/2015) tínhamos a periodicidade (constava literalmente o termo "periódicas"), mas a norma não continha nada sobre o termo inicial e final dessa periodicidade, se era mensal, bimestral, trimestral, semestral ou anual, embora, na prática, se fizesse mensalmente. A atual redação ainda é mais confusa, pois sugere uma suposta periodicidade mas silencia quanto ao lapso. Bem andou, neste sentido, o Ministério Público do Paraná que ao regulamentar as visitas ordinárias através do **Ato Conjunto nº 02/2015-PGJ/CGMP fez uma clara opção pela semestralidade das visitas:**

> "A realização de visitas ordinárias, inerentes ao controle externo da atividade policial, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares, far-se-á semestralmente, nos meses de abril ou maio e outubro ou novembro de cada ano e, extraordinariamente, a qualquer tempo, quando necessária" (art. 1º., *caput*).

O Ministério Público do Estado de Goiás, regulamenta o controle externo da atividade policial através da Resolução CPJ nº 15/2014[1037] e também é expresso quanto à semestralidade das visitas, salvo nas delegacias onde são mantidos indivíduos presos (que passa a ser mensal): "Art. 6º. As visitas previstas no inciso I do artigo 4º desta Resolução devem ser formalizadas mediante relatório cujo modelo será disponibilizado pela Corregedoria Geral do Ministério Público do Estado de Goiás ou pelo Conselho Nacional do Ministério Público.(...).

§2º As visitas terão periodicidade mínima semestral, exceto na hipótese do § 3º deste artigo; e o preenchimento do formulário deverá indicar as alterações, inclusões e exclusões procedidas após a última remessa de dados, nos termos do § 5º, também deste dispositivo,

[1037] Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/arquivos/2014/11/27/15_03_59_705_2014004130378_cpj_resolucao_n_015_controle_externo.pdf>. Último acesso: 31.07.2019. No mesmo sentido, a Resolução CPJ n. 006/2008 (com redação dada pela Resolução CPJ n. 024/2014), do MP de Sergipe, art. 4º., *caput* (Disponível em: <https://sistemas.mpse.mp.br/2.0/PublicDoc//PublicacaoDocumento/AbrirDocumento.aspx?cd_documento=879>. Último acesso: 31.07.2019).

especialmente aquelas resultantes de iniciativa implementada pelo membro do Ministério Público.

§3° Nas delegacias de polícia e estabelecimentos congêneres em que houver presos, as visitas serão mensais".

Quer nos parecer que a intenção da resolução do CNMP foi de não asfixiar os órgãos de execução especializados no controle externo com uma carga extenuante de uma visita ordinária **em todas as repartições controláveis** nos meses de abril ou maio; e outra também **em todas as repartições controláveis** nos meses de outubro ou novembro (apenas quatro meses depois da primeira). Em nenhuma norma da Resolução n. 20/2007 consta o comando de realizar duas visitas integrais por ano com um interstício de apenas quatro meses. A conclusão óbvia é que as visitas continuam a ter periodicidade anual e não semestral, podendo 50% delas ser realizadas em abril ou maio, e as outras 50% nos meses de outubro ou novembro. Esse é um entendimento razoável que se extrai de uma leitura teleológica e sistemática da referida Resolução.

Todavia, o sistema de resoluções do CNMP (*https://sistemaresolucoes.cnmp.mp.br/login.seam*) prevê duas visitas integrais: a primeira, nos meses de abril e maio; e a segunda, nos meses de outubro e novembro. Obviamente, a nosso ver, o sistema eletrônico está dissociado das previsões resolutivas, ou até, se se quiser, das omissões da resolução. Esse lapso temporal compreendido nos meses referidos existe para a coleta dos dados, não é um indicativo claro da semestralidade das visitas (na sua forma integral). O importante, nos parece, é que todas as unidades sejam visitadas durante o ano.

Há, claramente, um vazio normativo nesse aspecto, podendo qualquer Ministério Público, dentro de sua autonomia e peculiaridade locais, ao regulamentar as visitas, optar pela anualidade ou semestralidade. Ou, até mesmo, qualquer outro intervalo de tempo, desde que obedeça ao período de coleta de dados (abril ou maio e outubro ou novembro), para possibilitar à Comissão do Sistema Prisional, Controle Externo da Atividade Policial e Segurança Pública o encaminhamento semestral dos dados coligidos à Corregedoria Nacional (art. 6º., §8º, da Res. 20/2007).

Esse "encaminhamento semestral dos dados coligidos à Corregedoria Nacional" tampouco sugere que as visitas sejam integrais por semestre, apenas indica que os dados coligidos serão remetidos à Corregedoria Nacional, a cada semestre. Para o art. 6º., §8º, o que importa é a existência de dados a cada semestre.

Não compete ao Conselho Nacional do Ministério Público substituir-se às unidades ministeriais controladas na formulação de juízos de valor inerentes à sua autonomia e às suas

peculiaridades locais. A visita periódica às unidades policiais é necessária? Sim, não há dúvida, mas a definição dessa periodicidade cabe às unidades locais, obedecendo ao princípio da razoabilidade calcado nas peculiaridades locais. E, se nessa definição, ocorrerem abusos (por exemplo, um espaço muito longo entre uma visita e outra), compete ao CNMP "desconstituí-los, revê-los ou fixar prazo para que se adotem as providências necessárias ao exato cumprimento da lei" (CF, art. 130-A, § 2º, II).

A autonomia administrativa e funcional do Ministério Público é objeto de mero controle e zelo, não de indébita supressão por parte do CNMP (tal como previsto no art. 130-A, § 2º, I, da CF). Na medida em que a Constituição não elimina a autonomia administrativa do Ministério Público, prevendo, tão somente, a possibilidade do CNMP zelar pela sua existência, tal disposição jamais poderia ser interpretada no sentido de legitimar a edição de atos regulamentares que venham, de alguma forma, a reduzir o seu alcance[1038].

A atuação do CNMP, circunscrita aos limites constitucionais, não pode substituir a dicção legal nem interferir nas autonomias do Ministério Público ou na independência funcional de seus membros no exercício da atividade-fim, assegura Hugo Nigro Mazzilli[1039]. Mesmo que os planos de atuação funcional proviessem desse colegiado, a conclusão não seria diferente, pois o poder de controle do CNMP tem limites, seja diante da independência funcional dos membros da instituição, seja, sobretudo, diante da autonomia funcional de cada ramo do Ministério Público. Considere-se, ademais, que foi a própria Constituição que cometeu ao CNMP zelar pelas autonomias do Ministério Público (art. 130-A, § 2º, I).

Pode até ser que a intenção dos propositores da Resolução 121/2015 e dos que a aprovaram[1040], tenha sido a realização de duas visitas integrais ao ano (uma a cada semestre), mas não há na resolução, sequer, insinuação ou recomendação da semestralidade das inspeções. Qualquer norma jurídica não se submete à intenção de quem a aprova ou edita, tem vida própria, interpretação própria, recebe um sentido próprio, a partir de sua estrutura sintática, lógica, teleológica e sistemática. Busca-se a intenção da norma (*mens legis*) e não do

[1038] Emerson Garcia, **Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.01.2019.

[1039] **Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

[1040] *Vide* parecer do Conselheiro do Conselho Nacional do Ministério Público Fábio George Cruz da Nóbrega (http://www.cnmp.mp.br/portal/images/1438.2014-19_-_PROP_-_CEAP_visitas_delegacias_membros_PARECER.pdf) na proposta que resultou na Resolução n. 121/2015.

legislador (*mens legislatoris*) ou do normatizador1041. Editada uma norma ela passa a ser domínio do intérprete e do aplicador, não de seus criadores. O trabalho de normatização é como uma obra artística em que a obra de arte e a concepção do criador não coincidem.

A interpretação jurídica, como é sabido, consiste em dar aos textos normativos uma interpretação ora extensiva, ora restritiva, mas, de qualquer maneira, diferente do sentido normal como concebido pelo normatizador, visto que esse sentido normal não convém mais. Por mais explícitos que sejam os termos de uma norma, o intérprete tem de determinar o significado exato de sua fraseologia antes de aplicá-la. É como diz o nosso mais consagrado hermeneuta (Maximiliano, 2011, p. 35): "Obscuras ou claras, deficientes ou perfeitas, ambíguas ou isentas de controvérsia, todas as frases jurídicas aparecem aos modernos como suscetíveis de interpretação".

Nenhuma palavra esgota a descrição daquilo que ela designa (Weinreb, 2008, p. 64) – como se reproduzisse de modo completo a própria coisa -, e não pode, portanto, eliminar integralmente a possibilidade de especificações posteriores, por meio da inclusão de qualificações diversas. Na correta interpretação não podemos ignorar o giro linguístico, mas principalmente não é possível romper a conexão entre o conhecimento e a realidade. A realidade prática existe e constitui o padrão de medida, o critério de referência que determina o alcance justo de enunciados normativos.

É fato comprovado nas lides jurídicas que um mecanismo manuseado em excesso tende a se vulgarizar e perder eficácia. As inspeções ordinárias, mormente naqueles Estados-membros cujas delegacias (principais unidades inspecionáveis) já não tenham em suas celas presos provisórios a custodiar (situação que aumenta exponencialmente a probabilidade de abusos), passam a ser meramente cartoriais. E quando existem sistemas informatizados com acesso *full* aos órgãos de controle (que possibilita o acompanhamento *on line* dos procedimentos policiais), essa inspeção presencial perde ainda mais sentido de ser, chegando a configurar, nos casos extremos, um desperdício de tempo (que seria melhor aproveitado em outras áreas de atuação: celeridade nas respostas às demandas, audiências, atos ordinatórios – despachos, decisões, notificações, requisições, memorandos, ofícios -, aperfeiçoamento dos meios investigativos, melhor gestão do controle etc.) e de recursos públicos.

No Ministério Público do Amazonas, por exemplo, além das duas visitas semestrais e integrais, em atenção à Resolução 20/2007 do CNMP, os órgãos de execução do controle externo concentrado ainda são obrigados a apresentar à Corregedoria-Geral, relatório mensal contendo os seguintes dados estatísticos (art. 90, da Lei Complementar n 011/1993):

[1041] "O intérprete deve buscar não aquilo que o legislador quis, mas aquilo que na lei aparece objetivamente querido: a *mens legis* e não a *mens legislatoris*" (Ferrara, 1987, p. 135).

I - ocorrências policiais, discriminando quantos fatos noticiados resultaram em inquéritos policiais, por portaria ou flagrante e quantos apenas se cingiram a investigações preliminares;
II - os inquéritos policiais devolvidos pela Justiça, esclarecendo quanto ao cumprimento das diligências requeridas;
III - prisões temporárias, preventivas e em flagrante efetuadas pela autoridade policial, esclarecendo as medidas tomadas quanto às prisões irregulares.

A estruturação desses dados pressupõe mais uma visita mensal em todas as unidades policiais. Mas a lei estadual, nesse sentido, caiu no vazio, dadas as visitas impostas pelo Conselho Nacional do Ministério Público e a realização de Audiências de Custódia. Mas o dispositivo está em vigor e, em tese, deveria ser cumprido, comprimindo ainda mais o tempo disponível a esses órgãos de controle.

Um dos objetivos do controle externo é buscar a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltada para a persecução penal e o interesse público (art. 2º., *caput*, da Resolução n. 20/2007, CNMP). Duas inspeções anuais com um espaço de quatro meses a separá-las, gera mais antagonismo, prevenção e animosidade que integração e cooperação entre os órgãos controlados e os órgãos controladores. A natureza desse objetivo se opõe a que os assuntos policiais sejam tratados exclusivamente através de procedimentos sumários de mando e de pura dominação.

O controle externo da atividade policial não se limita à fiscalização, pois, se assim fosse não haveria a necessidade de órgãos especializados dentro do Ministério Público para efetuar esse controle, visto ser da essência da instituição exercer uma ampla atividade fiscalizatória (não por acaso recebem todos os seus membros o epíteto de *custos iuris*). Seria dispensável o controle concentrado, bastaria o difuso. O conteúdo do controle externo é mais profundo, engloba uma interferência, uma "intromissão" produtiva e uma participação efetiva na atividade controlada, correspondendo a uma forma, mais ou menos aprofundada, de co-participação. Querer, portanto, colocar duas inspeções anuais sobre o aparato policial com um interstício de apenas 4 meses, é elevar a mera fiscalização cartorial como carro-chefe da estrutura controladora que se tenta montar em bases mais profundas e racionais; manter as polícias num estado permanente de correição externa, não lhes dando tempo nem ânimo para proceder às mudanças por *moto proprio*, implica num constrangimento contínuo sem o correspondente ganho de eficiência, eficácia e efetividade, rompendo, inclusive, com o objetivo de integração das funções do Ministério Público e das Polícias. O excesso de fiscalização é tão prejudicial quanto sua inexistência ou rareza; alguns mecanismos de

controle podem ser arruinados tanto pelo excesso como pelo abandono dos seus princípios fundamentais.

Numa análise mais acurada, pode-se dizer com segurança, que essas duas inspeções anuais violam o princípio da razoabilidade, considerando que esse fecundíssimo princípio exige a proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins que se pretende alcançar. Se o ato não guarda uma proporção adequada entre os meios empregados e o fim almejado (meios = inspeções permanentes; fim almejado = integração de funções e cooperação), será um ato desproporcional, excessivo em relação a essa finalidade visada. O controle externo deve ser levado a cabo com um sentido equilibrado de proporção, pois como expressão jurídica não pode se basear exclusivamente no aparato coercivo que o Estado proporciona.

O controle externo não é só imposição; é também um chamamento e um empreendimento cooperativo. Representa uma indagação para encarnar a experiência policial nas normas de controle. Estas normas ou ações dela decorrentes se revelam justas quando os órgãos controlados as investem de legitimidade (seja pelo consentimento ou até pela oposição injusta). Para estar de acordo com seu verdadeiro propósito, o controle externo deve reduzir ao mínimo seu elemento imperativo, seja para suavizar os mecanismos de controle (*soft law*), seja por um princípio de prudência elementar.

A cooperação, enquanto contribui para atividades de grupo bem sucedidas, constitui fator de estabilidade e coesão, melhorando o ambiente interinstitucional, de maneira a que os membros exerçam suas funções mais eficientemente.

Ser permanentemente intrusivo no domínio do controle externo, é sempre ultrajar mais que cooperar e integrar energias na consecução dos mesmos objetivos, com pouco proveito à vitalização ou revitalização do referido controle, que foi concebido com duas finalidades bem claras: coibir abusos e aperfeiçoar a atividade policial. Sua atuação não é monocórdia (censurar, acusar, impor, condenar), mas, em boa parte, diversificada e afirmativa (cooperar, integrar, interferir produtivamente, unir forças, colaborar). O órgão controlador não exerce uma predominância em que aparece, simplesmente, situado fora e por cima dos órgãos controlados, e sim numa relação integrativa. É impossível assentar o controle externo unicamente sobre um princípio de domínio, de coerção e de fiscalização obsedante. Convidar quando não seja necessário coagir, orientar quando não seja preciso ordenar, eis a suprema habilidade.

Controle externo não quer dizer "controle único" ou "controle absoluto"/"supremo", nem tampouco "controle substituto", "tutelar" ou "usurpador". É necessário deixar atuar os controles internos das polícias (o poder de autotutela, o poder disciplinar etc.) e do sistema de segurança pública, monitorando-os, complementando-os ou cooperando, mas nunca anulando-

os, neutralizando-os ou sobrepondo-se-lhes. Esse clima de "vigilantismo" ou de visita permanente intrusiva acaba, de forma enviesada, por menoscabar o trabalho de disciplinamento interno. E talvez não seja exagero dizer, como o disse Aristóteles há mais de dois mil anos, que é necessária certa dose de liberdade para o devido desenvolvimento das instituições humanas. Quando excessivamente solicitados certos deveres, acaba-se por ultrapassar as forças humanas envolvidas e estancar as mais pródigas virtudes. É sabido ainda, que a tensão e o constrangimento prolongados rompem, por fadiga, até o mais duro metal.

O autocontrole é muito mais eficaz que o controle exercido de fora, por uma autoridade estranha (Peters/Waterman, 1993, p. 31). Portanto, é necessário deixar uma margem de atuação para o controle interno, pois aquilo que as instituições não abraçam por seu próprio impulso, aquilo em que se vejam sujeitas à direção e a restrições impostas por funções estranhas, não se identifica com sua praxe, é sempre algo alheio e não é executado, em rigor, com força ativa, mas com habilidade mecânica. Um intervalo de apenas 4 meses entre as duas visitas não restitui repouso à força posta em tensão.

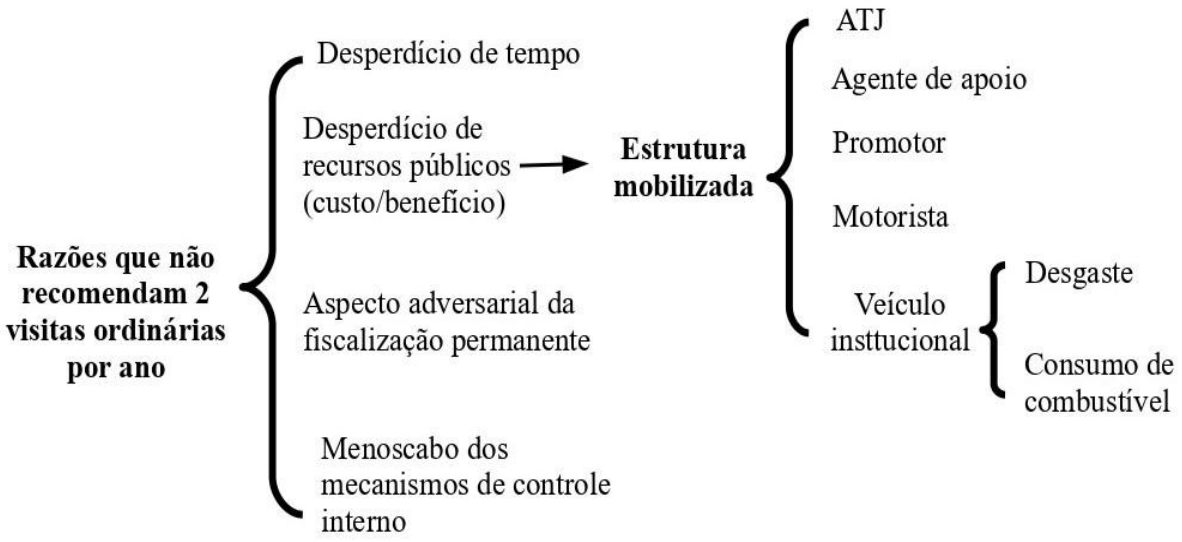
Além do desperdício de tempo, do aspecto antagônico da fiscalização permanente e do menoscabo dos controles internos, é certo que na relação custo/benefício as supostas duas inspeções ordinárias por ano não apresentam vantagens capazes de justificá-las. Cada inspeção mobiliza uma equipe de, no mínimo, três servidores (além de uma estrutura logística onerosa): motorista (e veículo oficial), agente de apoio, agente técnico-jurídico e Promotor de Justiça. No caso do Ministério Público Federal essa estrutura é ainda mais onerosa, pois deve contar com um médico, cujo fim é oferecer relatório, em separado, sobre as condições em que se encontra o preso sujeito à jurisdição federal (art. 4º., §5º, da Resolução n. 127/2012, do CSMPF).

Após rápido levantamento financeiro, incluindo os agentes públicos componentes da equipe inspecionadora (Promotor de Justiça, Agente técnico-jurídico, agente de apoio e motorista/segurança) e o veículo oficial utilizado (desgaste e consumo de combustível) chegamos ao valor de R$ 537.537,80 (quinhentos e trinta e sete mil, quinhentos e trinta e sete reais e oitenta centavos) referente ao trabalho de dois órgãos de execução (60ª. e 61ª. Promotorias de Justiça Especializada no Controle Externo da Atividade Policial na cidade de Manaus) para inspecionar 184 unidades policiais. Parece-nos um custo muito elevado para o pouco resultado prático alcançado pelas inspeções, já que os números e as cifras coletadas não se transformam em políticas públicas[1042], servindo apenas para alimentar repositórios inertes

[1042] Além disso, os dados estruturados pelo CNMP (através do "Ministério Público, um retrato", 2018, disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/MP_UM_RETRAT

de dados e, quando necessário, consultados para alavancar uma ação repressiva contra algum membro relapso.

Em tempos de orçamentos curtos, o exercício funcional deve ser otimizado de tal forma a evitar perda de eficiência, ou seja, resultados máximos com uma menor porção de recursos ou obtenção dos melhores resultados com os meios escassos de que dispõe e a menor custo. Não nos parece que uma segunda visita ordinária a apenas 4 meses de uma primeira (com toda a logística e a estrutura mobilizadas) se encaixe nesse modelo de eficiência.



Essas duas visitas por ano constituem um ritual dispendioso para produzir um montão de números cujo propósito de alimentar um pensamento estratégico resta, por esse motivo, esvaziado. Como pensar estrategicamente quando tudo chega a você dividido em pedaços, em termos matemáticos, numéricos e essencialmente desconectados? Tal como levado a cabo, o trabalho oficial termina reduzindo-se a um simples (e estéril) jogo de números, uma ritualística "mastigação de números". E esse jogo de números, na visão de um dos maiores estudiosos – a nível mundial - de planejamento corporativo e administrativo[1043], pode impedir que o pensamento estratégico concentre atenção em extrapolações do *status quo* ao ponto de nunca sequer cogitar mudanças sérias em estratégia. Todo jogo de números, geralmente, se resume em um exercício para repetir o que todos já sabem. Exercícios de planejamento

O_2018_WEB.pdf. Último acesso: 01.01.2019) parecem não retratar plenamente a realidade, pois, por exemplo, em relação ao MP do Amazonas registra apenas 88 PIC's instaurados no ano de 2017, mas só um órgão de execução da unidade (61 PROCEAP) instaurou (mediante portaria) bem mais: 196 portarias!

[1043] MINTZBERG, Henry. **The rise and fall of strategic planning.** New York:Free Press, 1994, p. 86/132.

estratégico, em regra, não se reduzem à geração de números, mas de ideias, de programas de ação efetiva. Quantificar não é planejar; há força em números, mas nem sempre verdade.

Sobram na literatura de administração e de planejamento[1044], evidências anedóticas sobre o desempenho estratégico baseado exclusivamente sobre números. A escravização ao rendimento, à quantidade, ao número, à "embriaguez das grandes cifras"[1045] (ou a paixão pelos números), aos métodos de produção em massa, não é o objetivo institucional, assim como também não o é dissolver a instituição na frieza dos números. Números que, se não trabalhados, refinados ou estruturados, não se transformam em conhecimento ou, melhor ainda, em políticas públicas. O ideal para uma instituição resolutiva é: menos números, mais resultados. Mas, é preciso reconhecer, que há uma forte tendência em supor que qualquer coisa expressa em números tem tudo para ser precisa.

A ideia, defendida por alguns poucos, de realizar duas inspeções anuais, sendo uma presencial no primeiro semestre (abril ou maio) e outra no segundo semestre (outubro ou novembro) com mera atualização do formulário anterior, não se afigura razoável, por uma razão essencial: essa atualização ficaria na dependência exclusiva do fornecimento de informações e dados pelas polícias. Teríamos, então, um formulário "produzido" ou "atualizado" pela própria polícia, e não diretamente pelo órgão de controle. O modelo é artificial e se submete a uma dinâmica de captura (*capture theory*) ou de cooptação, cujas consequências não são nada recomendáveis à higidez e à independência do controle externo. A esse modelo se contrapõe o livre e desembaraçado jogo dos fatos.

3- Conclusão

O aplicador jurídico há de ter sempre diante dos olhos o objetivo da norma, ou seja, o resultado prático que ela se propõe conseguir. A norma jurídica mira satisfazer certas necessidades práticas da vida e deve ser interpretada no sentido que melhor responda a esta finalidade[1046], e portanto em toda a plenitude que assegure tal tutela. Por este ângulo, a melhor interpretação a ser emprestada ao art. 4º., I, da Resolução n. 20/2007 do CNMP (com a redação dada pela Resolução n. 121/2015) prende-se à realização de uma visita ordinária anual nas unidades controláveis, parte nos meses de abril ou maio e a conclusão em outubro

[1044] ANDREUZZA, Mário Giussepp Santezzi Bertotelli. **Planejamento Estratégico**. Disponível em: http://www.madeira.ufpr.br/disciplinasgarzel/12.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

[1045] Oswald Spengler (1925, p. 179) descreve essa ânsia por números: "La embriaguez de las grandes cifras es una emoción característica que sólo conoce el hombre de Occidente. En la civilización actual desempeña una función preeminente ese símbolo, la pasión por sumas gigantescas, por medidas infinitamente pequeñas e infinitamente grandes, por *record* y estadísticas de todo género".

[1046] "Interpretar uma expressão de Direito não é simplesmente *tornar claro* o respectivo dizer, abstratamente falando; é, sobretudo, revelar o sentido apropriado para a vida real..." (MAXIMILIANO, 2011, p. 10).

ou novembro. Ou então, dentro de um espírito pragmático e razoável: modificação expressa da norma para manter uma visita anual nos Estados em que as delegacias não alberguem presos provisórios (o que torna a visita meramente cartorial – exame de livros e dados em sistemas informatizados) e duas nas demais (plenamente justificável pela presença permanente de presos nas delegacias). Mas, em qualquer caso, a norma deve ter uma estrutura sintática de forma a atender as peculiaridades de cada Estado-membro.

Com essas mudanças, o MP ganha em eficiência, realizando a mesma tarefa e cumprindo os mesmos objetivos, com menos dispêndio de recursos. E mais: mantém-se fiel à cultura orientada a resultados socialmente relevantes, sem a adoção de uma postura adversarial.

ENUNCIADO:

"Sobre a periodicidade das visitas às unidades policiais, é possível indicar duas soluções:

I- Cada unidade ministerial poderia, de acordo com suas peculiaridades, dispor, através de ato próprio (regulamentando a respectiva lei), sobre a periodicidade adequada das visitas ordinárias;

II- O art. 4º., inc. I, da Resolução CNMP n. 20/2007, receberia nova redação com acréscimo de um parágrafo quarto, nos seguintes termos: "Art. 4º Incumbe aos órgãos do Ministério Público, quando do exercício ou do resultado da atividade de controle externo:

I – realizar visitas ordinárias nos meses de abril ou maio e outubro ou novembro e, quando necessárias, a qualquer tempo, visitas extraordinárias, em repartições policiais, civis e militares, órgãos de perícia técnica e aquartelamentos militares existentes em sua área de atribuição, observado o §4º deste artigo".

(....).

§4º – Nas unidades policiais que, eventualmente, funcionarem como centro de detenção de presos provisórios serão realizadas duas visitas por ano, nos meses referidos no *caput*. Nas demais, apenas uma visita anual, distribuída entre os meses indicados no inciso I, deste artigo".

Referências bibliográficas:

ANDREUZZA, Mário Giussepp Santezzi Bertotelli. **Planejamento Estratégico**. Disponível em: http://www.madeira.ufpr.br/disciplinasgarzel/12.pdf. Último acesso: 21.12.2018.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Ministério Público, um retrato.** 2018. Disponível em:

http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2018/MP_UM_RETRATO_2018_WEB.pdf. Último acesso: 01.01.2019.

FERRARA, Francesco. **Interpretação e Aplicação das Leis.** Coimbra:Armênio Amado, 4ª ed., 1987. Emerson Garcia, **Configuração Constitucional das Corregedorias do Ministério Público.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.01.2019.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito.** Rio de Janeiro: Forense, 20ª ed., 2011.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Corregedorias e ética institucional do Ministério Público Brasileiro.** Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 20.02.2019.

MINTZBERG, Henry. **The rise and fall of strategic planning.** New York:Free Press, 1994.

PETERS, Thomas J.; WATERMAN, Robert H. **En busca de la excelencia.** Tradução de Fernando Posada. Bogotá:Editorial Norma, 1993.

SPENGLER, Oswald. **La decadencia de occidente. Volume II**. Tradução de Manuel G. Morente. Madrid:Calpe, 1925.

WEINREB, Lloyd L. **A razão jurídica.** Tradução de Bruno Costa Simões. São Paulo:WMF Martins Fontes, 2008.

REVISÃO E VALORIZAÇÃO DAS PROMOTORIAS CRIMINAIS

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: A presente tese propõe-se a demonstrar o anacronismo da atuação criminal do Ministério Público e, paralelamente, aponta como solução a criação setorizada de órgãos de execução com atuação extra-autos, de forma harmônica, coesa e complementar à rotina funcional das promotorias criminais de atuação demandista ou judicial. Esse esforço rende homenagem à inserção da atuação criminal do Ministério Público no amplo campo da segurança pública, tendo-o como protagonista consciente de sua condição.

Sumário: 1- Introdução. 2- Reengenharia da atuação criminal do Ministério Público e resgate de seu protagonismo funcional. 3- Retroalimentação funcional entre promotorias criminais judiciais e extrajudiciais. 4- Conclusão. Referências.

1- Introdução

A referência moral do sistema penal é a defesa da vida e dos valores ligados, direta ou indiretamente (patrimônio, segurança, dignidade sexual etc.), a ela. Logo, as promotorias criminais integrantes desse sistema têm como pano de fundo a defesa da vida, da dignidade inerente a esse estado e os direitos fundamentais. É peça de museu termos a promotoria criminal como uma máquina de exigir, a todo custo, condenados. A persistir esse propósito, teríamos uma fantástica (e execrável) máquina nacional de salsichas: entraria qualquer acusado de um lado e sairia, impiedosamente, um condenado. Felizmente, apesar dos problemas que serão analisados neste breve ensaio, essa imagem não se traduz na prática funcional da instituição.

De qualquer modo, esses específicos órgãos de execução do Ministério Público estão cercados por índices desmotivadores: altas taxas de violência; altas taxas de impunidade e de

reincidência; e baixa confiança da população nas leis e nas instituições ligadas às políticas penais, criminais e de segurança pública. E tais índices ligam-se, direta ou indiretamente, com o campo de trabalho das promotorias criminais, e respondem, até certo ponto, pelo estigma de inefetividade e de anacronismo delas.

Decisões, métodos e comportamentos persistentes alimentados por uma longa tradição não facilitam uma cultura de inovação e o hábito de fazer coisas novas. Sancionar uma estratégia de inovação no meio criminal parece um conto de terror, dadas essas condições.

O demandismo judicial ínsito a esses órgãos de execução não reflete um entendimento preciso da realidade, dada a sua natureza reducionista. A imersão se dá toda sobre prazos, fórmulas processuais, princípios teóricos ou hipóteses de trabalhos hauridas por meio de um sectarismo de escola e uma repressão mecânica da criminalidade em geral. E, por isso, os processos criminais permanecem, essencialmente, destituídos de conteúdo real, afastados da vida prática donde surgem e cujos efeitos benéficos, em princípio, deveriam retornar ao ponto de partida.

2-Reengenharia da atuação criminal do Ministério Público e resgate de seu protagonismo funcional

A atuação de uma promotoria criminal, em regra, não apresenta muitas novidades: audiências judiciais sem fim, filas de processoes (ou de inquéritos) sempre crescentes, prazos de manifestação, pareceres, manifestações finais, eventuais recursos etc. O labor de um promotor criminal de perfil tradicional se assemelha ao "trabalho de Sísifo", com seu interminável e repetitivo esforço, ou seja, consegue movimentar, por exemplo, 50 processos hoje, amanhã "enfileiram-se" mais 70 e assim segue a rotina. A concretização de princípios caros ao processo e a outros valores, como duração razoável do processo, resolutividade, eficiência etc., prende-se, em último plano, à estrutura judiciária sob à qual atua o órgão ministerial.

Se perguntamos a um promotor de Justiça criminal quantos processos de sua titularidade – e portanto cuja resolução é de sua responsabilidade como titular da persecução penal – estão em tramitação perante as Varas Criminais junto às quais atua, invariavelmente, ele se valerá da Secretaria Judicial para levantamento, e ainda assim no aspecto quantitativo. Também não é incomum a satisfação mecânica do promotor de Justiça em manter seu serviço em dia, fora de sua "fila" (sem vista ou carga para sua Promotoria). Mas não consegue responder a algumas indagações essenciais: onde estão os processos? Em que fase? Qual o conteúdo de fundo de cada um deles? As audiências estão sendo, regularmente, designadas?

Fato é que o Ministério Público quase nunca é detentor das informações relativas aos feitos que ele próprio patrocina e, portanto, permanece subordinado ao planejamento – ou à ausência de planejamento – do Judiciário para o julgamento – ou paralisação – dos feitos cujo interesse social presenta[1047].

A atuação da justiça criminal desvinculada de fins resolutivos, sua excessiva morosidade e seletividade estrutural, fenômenos históricos que compõem o cortejo fúnebre da instituição judiciária, de uma forma ou de outra também estigmatizam as promotorias criminais. Direta ou indiretamente esses órgãos de execução do Ministério Público acabam sendo conectados ao problema. Além disso, o sistema de justiça criminal brasileiro atua fragmentariamente e apenas reage ao crime, e reage mal, dado o elevado grau de impunidade e de reincidência, por conta de prisões ilegais, torturas, inquéritos policiais[1048] mal conduzidos e processos pior ainda instruídos. Esse complexo sistema não foi concebido, pensado e montado estrategicamente, de modo a atuar de forma coordenada e complementar. Ao contrário, cada ator atua isoladamente e, assim, só consegue vislumbrar seu horizonte restrito. Os objetivos de paz social e de segurança pública passam a ser um reflexo pálido (ou até inexistente) desse trabalho solitário e burocrático, de conteúdo mais simbólico que real.

Ademais, o processo criminal atual, de perfil tradicional e bases liberais, não detém mecanismos efetivos para tutelar os transcendentais interesses em jogo, ou seja, não consegue cumprir integralmente toda a sua função sócio-político-jurídica. Como ressalta ***Cláudio Barros Silva (2010, p. 56)***, é um processo penal arcaico, burocrático e ineficiente, nutrido por um sistema penal elitista, que jamais alcançou resultados expressivos com relação aos delitos que lesam o povo. E assim, o Sistema de Justiça Criminal brasileiro vem se caracterizando pela incoerência, desigualdade e graves injustiças. No nível normativo, ausência de tipos legais específicos e adequados para formas organizadas de delinqüência, penas insignificantes para certos crimes; trato rigoroso para autores de crimes contra a propriedade e trato privilegiado para autores de crimes contra a pessoa e outros interesses públicos relevantes; no

[1047] Rodrigo Iennaco de Moraes, **Corregedorias e atuação do Ministério Público na área criminal**. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 13.05.2019.

[1048] O inquérito policial é um caso à parte. De reconhecida inutilidade jurídica, é um instrumento de defesa social superado, lento, burocratizado e com valor meramente informativo, cujo conteúdo – em sua maior parte - deve ser repetido perante o juiz. De outro lado, a violência da polícia brasileira é uma variável importante que se integra à lógica prática do sistema penal como um aspecto intrínseco do controle social, juridicamente não programado, mas faticamente aceito (Neste sentido, Roberto Kant de Lima, **A polícia da cidade do Rio de Janeiro:seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro:Forense, 1995).

nível pragmático, a omissão, o retardamento e a atuação burocrática e descoordenada, sem controles interorgânicos[1049].

É fato incontroverso: as atuais promotorias criminais não dispõem de tempo e de motivação para fazer algo além de "aliviar fila", atender prazos, preencher relatórios e produzir números ou cifras inebriantes. Como destacado pelo Conselho Nacional do Ministério Público, nos "considerandos" da Resolução n. 181/2017 (que regula a instauração e a tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público), há uma carga desumana de processos que se acumulam nas varas criminais do País e que tanto desperdício de recursos, prejuízo e atraso causam no oferecimento de Justiça às pessoas, de alguma forma, envolvidas em fatos criminais.

Não obstante isso, é um trabalho mecânico que infelizmente precisa ser feito, vez que previsto na Constituição Federal (art. 129, I) e imposto pelo princípio da obrigatoriedade da ação penal, mas não esgota as imensas potencialidades de uma atuação criminal mais atenta e mais próxima do perfil constitucional, democrático e resolutivo do Ministério Público. Qual a solução para termos órgãos de execução na área criminal capazes de lidar, produtivamente, com a questão de fundo do setor e não apenas com a lasca da ponta do "iceberg"? Que modelo mais adequado para atender à resolutividade exigida do Ministério Público no atual quadrante histórico? E que propósitos perseguir para justificar igualmente essa mudança?

De início, é importante frisar que a promotoria criminal não esgota sua atuação na promoção, privativa, da ação penal pública (nos termos do art. 129, I, da CF e do art. 257, I, do CPP – principal mecanismo do interesse punitivo estatal) e na fiscalização da aplicação da lei penal no processo (CPP, art. 257, II), as mais tradicionais das funções atribuídas ao Ministério Público (e que, de certo modo, estigmatizou a instituição ao longo dos tempos como órgão essencialmente acusador). Este não foi o perfil pensado pelo constituinte de 1988 para os valorosos órgãos de execução de natureza criminal do Ministério Público. Se isso fosse a etapa final das atribuições criminais, do ponto de vista jurídico-constitucional, implicaria em condenar uma infinidade de órgãos de execução do Ministério Público (um setor importante da instituição) ao eterno demandismo. E, certamente, o Ministério Público não se credencia apenas como uma instituição dependente do Judiciário para alcançar seus fins. E nesta perspectiva se inserem as promotorias de justiça de natureza criminal: sua razão de ser não se limita ao eterno trabalho de Sísifo, na eterna concretização da política criminal

[1049] **O sonho da transformação na área criminal: desmistificar para construir.** Disponível em: https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Hqg0LRsd7ZIJ:https://www.mpmt.mp.br/download/2586/o-sonho-da-transformacao-na-area-criminal+&cd=1&hl=en&ct=clnk&gl=br. Último acesso: 06.07.2019.

do Estado[1050] (ou na falta dessa política criminal), funcionando, muitas vezes, como uma mera e reativa correia de transmissão.

As relações humanas estabelecidas atualmente são completamente distintas daquelas experimentadas na era de ouro do Direito Penal clássico e da atuação criminal tradicional do Ministério Público. Vislumbra-se no horizonte o avanço de "novos direitos" postos no cenário algo caótico e instável de uma sociedade planetariamente interligada ou conectada. Isso desloca o Direito Penal para uma nova e desafiante seara: os direitos transindividuais (meio ambiente, saúde pública, ordem econômica e financeira, relações de consumo etc.)[1051], a globalização do crime e os atores não estatais (organizações criminosas nacionais e transnacionais) cada vez mais poderosos na agressão a bens comuns e aos direitos fundamentais. E tudo isso enfeixado leva a uma mutação fantástica do fenômeno criminal sem a correspondente regulação.

E é esta maior periculosidade e relevância política da questão criminal que torna, mais do que nunca, nas palavras autorizadas de ***Luigi Ferrajoli[1052], extremamente*** importantes as duas funções de prevenção e de garantia do direito penal. Como tem reagido o sistema penal à nova carga de funções e responsabilidades derivadas da mudança da questão criminal? Que balanço podemos fazer da função penal hoje em dia, em nossos países? Parece-nos que o balanço é decididamente negativo. Quando o Estado restringe-se ao modelo repressivo, ele renuncia a uma parte fundamental de seu poder na luta contra a delinquência.

A tutela processual penal, ainda impregnada de conceitos surgidos no século XVIII, não tem desempenhado satisfatoriamente sua função de instrumento de controle social diante dos ataques a esses interesses transindividuais, motivo pelo qual surge como medida impositiva, a sua readequação para a eficiente proteção dos interesses incrementados atualmente[1053]. É chegada a hora de darmos prioridade à criminalidade de poder (corrupção, desvio de recursos públicos, fraudes fiscais, lavagem de dinheiro, violação dos direitos humanos etc.), ao invés de ficarmos presos, unicamente, à criminalidade de rua ou de subsistência. As verdadeiras "classes perigosas" – como eram conhecidos tempos atrás os

---

[1050] Uma política criminal conjuntural ou "de remendos" que teima em expandir e multiplicar as figuras delitivas, e aumentar as penas, mesmo diante do recrudescimento histórico da criminalidade e da violência. Essa política penal só se presta, sem qualquer exagero, a alimentar os medos e os humores repressivos existentes na sociedade.

[1051] Sobre o tema, ver CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. **Sentido e função do sistema penal em um mundo globalizado**. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, Ano 1, vol 1, nº 1, Junho 2013, pp. 201-218. XEREZ, Hugo Vasconcelos.; BARROS, Paulo Adriano Maia. **A tutela processual penal dos direitos difusos e coletivos – alternativas ao modelo brasileiro.** Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=34667ff5524af316>. Último acesso: 12.07.2019.

[1052] ***Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. Disponível em: <www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/.../53714>. Último acesso: 15.07.2019.***

[1053] XEREZ, Hugo Vasconcelos.; BARROS, Paulo Adriano Maia. Cit.; ***FERRAJOLI, Luigi. Cit.***

grupos marginalizados – já não são as classes pobres e excluídas, mas as elites dirigentes, tanto econômicas como políticas que, com seus arranjos e imunidades, saqueiam os recursos do Estado e da sociedade.

Precisamos, de algum modo, assumir o protagonismo naquilo que nos compete e superar um modelo de atuação criminal claramente anacrônico, em que sobressai um direito penal máximo com resultados sociais mínimos. A ação penal não pode ser um fim em si mesma; ela serve a um propósito maior (uma função sócio-político-jurídica), que simplesmente condenar ou absolver um acusado (resultado imediato, muitas vezes, sem conexão com objetivos mais profundos e socialmente relevantes). Cada ação penal representa um tijolo de uma imensa construção difusa: os direitos fundamentais individuais e sociais, desembocando na segurança pública. E embora a ideia de justiça seja variável no tempo e no espaço, suscetível a contínuas mutações e oscilações, há um núcleo axial do qual ela não pode se afastar: a proteção dos direitos fundamentais inerentes a todo ser humano.

Procede-se, atualmente, a uma releitura radical do sistema penal sob a ótica do sistema dos direitos fundamentais e de todo o edifício normativo constitucional: uma política de efetivo e integral exercício e de proteção de direitos fundamentais, garantindo a autonomia e a centralidade de todos os direitos e garantias fundamentais através do sistema penal[1054]. O promotor criminal não é apenas um agente provido do desejo de condenar ou de tolerar a absolvição de um ou alguns indivíduos processualmente determinados, mas deve desenvolver um trabalho holístico voltado, essencialmente, para garantir segurança e um mínimo de ordenação social.

A segurança pública é um bem coletivo difuso, semelhante ao meio ambiente, ao patrimônio público, à saúde, à educação etc., e nessa condição carece também de uma tutela efetiva precedida de estratégias compatíveis. A proteção desse bem social difuso cabe, decidida e essencialmente, ao setor de atuação criminal do Ministério Público e nesse propósito tutelar abrem-se três frentes: 1- atuação sobre a inexistência ou insuficiência de políticas públicas de prevenção criminal (prevenção primária); 1- estabelecimento de estratégias ou de programas efetivos de prevenção criminal em setores específicos sujeitos a riscos especiais (prevenção secundária); 3- fomento ou articulação de uma política pública ou institucional para reduzir a reincidência em espaços recorrentes de episódios criminais (prevenção terciária).

[1054] BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, fascículo 29, 2000, p. 45. A polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário não possuem o dever de condenar, mas sim, de fazer Justiça, de coletar provas imparcialmente (ou impessoalmente), e não somente as que incriminem o processado (Neto, 1993).

O zelo e respeito dos poderes públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição (CF, art. 129, II), nas dimensões individuais e sociais, é função institucional atribuída a todo o Ministério Público, na forma concentrada (órgãos especializados) ou difusa Neste aspecto, pode ser desempenhada por qualquer órgão de execução, inclusive pelas promotorias criminais. Há, assim, um acervo de normas constitucionais, constituídas de eficácia plena, e infraconstitucionais que dão suporte às movimentações do Ministério Público no sentido de colaborar com o acesso à justiça, em parceria com a sociedade e com o próprio Estado (nas suas diversas expressões), para consolidar um democrático sistema que afirme os mais elementares direitos e garantias conferidas ao cidadão[1055].

Inclusive, a função constitucional do controle externo da atividade policial, nas suas modalidades difusa e concentrada (art. 3º., incisos I e II, da Resolução CNMP n. 20/2007), exercida por todas as promotorias criminais, não se limita à persecução penal, notadamente no acompanhamento e coordenação dos rumos da investigação criminal, mas também abrange a proteção de direitos difusos e coletivos, no zelo pelo respeito dos Poderes Públicos à Constituição e às leis (Sousa Júnior, 2015, p. 134). Isto indica, de forma muito clara, que as atribuições das promotorias criminais não começam nem terminam no art. 129, I, da CF. Vão além; não compartilham, neste aspecto, da característica de *ultima ratio* do Direito Penal, como instrumento derradeiro de controle social.

Sobre o direito penal como *ultima ratio* de controle social é preciso ressaltar que é o menos efetivo e o mais prenhe de efeitos colaterais perniciosos ao desenvolvimento social harmônico[1056]. O recurso a esse ramo do Direito significa que todas as demais instâncias de controle social fracassaram, inclusive ramos menos intrusivos do Direito. Esse estado de coisas sugere que o promotor criminal manuseia um instrumento que não é tão efetivo em seus propósitos, adicionando um ingrediente a mais no desafiante ofício desse profissional.

É possível ao Ministério Público criar promotorias criminais de natureza essencialmente extrajudicial para atuar, de forma articulada e interdependente com as promotorias criminais de natureza demandista, na variedade de problemas ligados à temática, como: formulação, fomento e execução de políticas públicas, abordagens preventivas, formulação de programas próprios de prevenção criminal, segurança pública e justiça criminal, articulação intersetorial e multissetorial, inserção social etc. Esses órgãos de

---

[1055] ***SILVA, Cláudio Barros. Abusos e omissões do Ministério Público e de seus membros. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 65, jan/abr. 2010, p. 42.***

[1056] "O direito criminal é mero coadjuvante do desenvolvimento social – todas as nações consideradas bem desenvolvidas obtiveram tal *status* através da priorização e protagonismo de mecanismos de promoção social, especialmente a educação" (Soares, 2014).

execução de atuação extra-autos podem ajudar a instituição a responder duas perguntas essenciais: o que fazemos no processo penal (só apresentamos a denúncia e fiscalizamos a execução da lei?) e para quem fazemos (buscamos condenar o acusado ou nos esforçamos por inserir nossos atos endoprocessuais em uma estrutura maior e superior à rotina processual?).

Ora, se as promotorias criminais com atuação endoprocessual não dispõem de tempo e de recursos outros para atuar em questões de prevenção e de formulação de políticas, ou exercer uma ação mais próxima à comunidade, nada mais razoável que sejam criados órgãos de execução de atuação extrajudicial para suprir essa necessidade. Podemos exemplificar essa questão com as promotorias de justiça de execução penal. Na execução penal há a necessidade de acompanhar todos os incidentes derivados da LEP e cujo exercício se dá, necessariamente, perante a Vara de Execução Penal. Portanto, é uma atividade mista de demandismo com parecerismo (o clássico formato de sela do exercício funcional do Ministério Público – cujos resultados relevantes para a sociedade são mínimos, por conta de uma singularidade cruel do sistema). Não há espaço nem tempo para que esses órgãos demandistas e pareceristas dediquem atenção a outros assuntos de natureza administrativa, extrajudicial ou comunitária, como por exemplo, apuração de crimes de tortura ou maus-tratos entre co-detentos (ou por agentes públicos do próprio sistema), procedimentos de fiscalização da estrutura prisional, salubridade, trabalho etc. Daí porque, a criação de novas promotorias de execução penal de caráter exclusivamente extrajudicial se mostra medida absolutamente necessária (o que parece ser uma realidade já em alguns Estados). O caráter extraprocessual dessa atuação pode ser o ponto fora da curva a diferenciar o Ministério Público dos outros órgãos de execução penal.

Esse modelo, parece-nos, pode ser replicado em outras áreas criminais, como: drogas, crimes contra a vida, criminalidade aquisitiva, sexual, violência doméstica etc. Embora cada um destes setores represente uma parcela da criminalidade em geral e responda, com sua cota de desordem, pela insegurança pública experimentada em determinada cidade, eles apresentam características próprias e, portanto, a abordagem preventiva compartilha igual peculiaridade.

As iniciativas de prevenção criminal têm maior probabilidade de sucesso se forem direcionadas a problemas criminais específicos (ou setorizados). É mais efetivo estabelecer um programa de prevenção à criminalidade aquisitiva violenta no interior do sistema de transporte público ou no sistema da rede pública de ensino, por exemplo, do que em toda a complexa rede de relações de uma cidade. Obviamente, que esse programa (ou esses programas) não pode perder a relação dialogal com o ambiente urbano (dado que os diversos setores então dentro de um sistema maior e o integram), pois o crime setorizado, ao menos

parcialmente, é reflexo do seu entorno, o que obriga a pensar na sua prevenção em harmonia e em coordenação com a prevenção do crime na cidade como um todo.

3-Retroalimentação funcional entre promotorias criminais judiciais e extrajudiciais

O Ministério Público, em sua atuação funcional, tem o formato de uma sela: de um lado, órgãos demandistas (exemplo são as promotorias criminais), de outro lado, órgãos pareceristas (tanto em primeira quanto, principalmente, em segunda instância) e no centro não há quase nada (começa a se insinuar múltiplas atividades extrajudiciais, que se pretendem sejam resolutivas). Mas fato é que, na prática, essa terceira forma de atuação resolutiva luta para vir à tona, em meio ao predomínio das duas outras ("abençoadas" pela tradição), daí porque se fala ainda em formato de sela dessa estrutura funcional.

Se a resolutividade é a grande bandeira do Ministério Público para alcançar a efetividade dos direitos e implementar uma saudável inserção social, então é preciso criar condições para que todos os setores funcionais da instituição tenham a oportunidade de trabalhar outros aspectos jurídicos e sociais (*finalidades extraprocessuais*), e não apenas os que resultam em demandismo e parecerismo perante o Judiciário. E essas condições só podem ser abertas às atuais promotorias criminais se forem criadas promotorias extrajudiciais para, em perfeita harmonia e articulação com os órgãos de execução de caráter judicial, estabelecerem um trabalho de retroalimentação, em que o esforço de um fornece meios de atuação ao outro, e vice-versa.

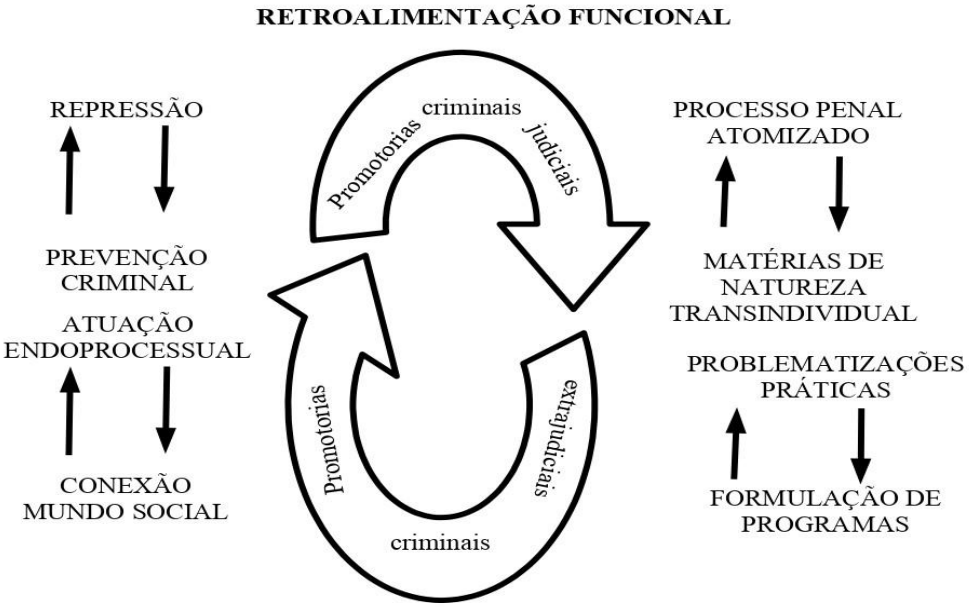
O Ministério Público resolutivo pode ser definido como uma instituição que assume uma identidade proativa específica, atuando antes que os fatos se tornem irremediavelmente patológicos e conflituosos, utilizando seu poder de articulação e mecanismos extrajudiciais para equacioná-los, sem a necessidade de acionar ou demandar, como *prima ratio*, a Justiça.

Por essa representação conceitual, as promotorias de atuação criminal extrajudicial[1057], setorialmente, podem com suas ações e programas interferir produtivamente no trabalho das promotorias de atuação judicial, reduzindo os "fatos patológicos e conflituosos" que chegam às engrenagens ministeriais e judiciárias. Ou seja, uma atuação preventiva e resolutiva pode resultar em menos custos sociais e institucionais, fazendo com que as promotorias judiciais tenham tempo e motivação para se engajar, no futuro, em tarefas extra-autos.

[1057] No MPSP há um projeto de Promotorias Comunitárias, que pelos objetivos traçados e a forma de atuação, se assemelha bastante com nossa proposta (Disponível em: <*http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/PJ_Comunitaria*>. Último acesso: 15.07.2019). A diferença fica por conta da atuação por setores da missão criminal do MP.

E assim alinhados e se complementando funcionalmente, ambos os órgãos de execução podem construir políticas criminais, incluindo investigação, prevenção e repressão, voltadas, decididamente, para resultados socialmente relevantes, fugindo ao modelo de um processo penal atomizado (muito voltado para técnicas antropométricas, regularidades formulísticas e finalidades endoprocessuais, de modo muito imediatista), autossuficiente e sem conexão com as dinâmicas reais do mundo social, que se limita ao indivíduo como referência de análise. As estratégias de atuação precisam contar com estudos científicos prévios (socorrendo-se da criminologia, da sociologia criminal, da estatística e de outros ramos de conhecimentos afins), dados estruturados, saberes empíricos multissetoriais, parâmetros comparativos e estatísticas, para melhor trabalhar a realidade.

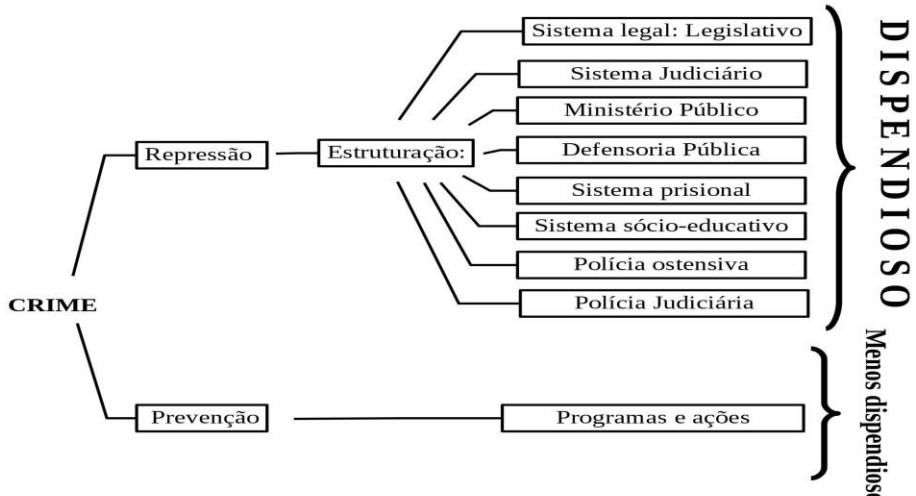
Esses órgãos de profunda inserção extraprocessual e comunitária serão responsáveis por viabilizar que o sistema processual formulístico, mecânico e burocrático (conduzido, em parte, pelas promotorias criminais judiciais num processo contínuo, fixo, estático e mecânico) entre em contato com a realidade prática a que, em última instância, deve servir. O intercâmbio entre os dois mundos ou entre os dois setores (numa simultânea atuação preventiva e repressiva), trará vantagens para ambos: as promotorias tradicionais poderão dispor de iniciativas inovadoras na sua atuação e verificar que seu trabalho se destina a objetivos mais nobres e socialmente mais relevantes, que apenas condenar ou absolver, como atos suficientes em si; de outro lado, as promotorias extrajudiciais poderão se apropriar das problematizações obtidas a partir do trabalho das promotorias judiciais e, a partir daí, desenvolver novas práticas e novos *insights* para contribuir tanto no âmbito institucional quanto social e político.



As promotorias criminais (judiciais e extrajudiciais) precisam, como decorrência necessária de seu trabalho, desenvolver uma visão própria (com objetivos próprios) dos resultados a serem alcançados com a aplicação da lei penal. Uma visão que seja integralista, vislumbrando o cenário de fundo e sistêmico de todo o labor processual e judiciário, para a partir disso construir: 1- estratégias institucionais aptas a garantir e defender a segurança pública, como direito fundamental social; 2- uma doutrina racional própria de investigação criminal e controle efetivo sobre as polícias, estabelecendo metas plausíveis para a redução sustentada das taxas de criminalidade; 3- dados estruturados da atuação funcional na área criminal, de modo a indicar o que deve ser consolidado e o que precisa de ajustes; 4- um compromisso integral com os direitos humanos, a justiça social e a paz.

À luz da criminologia (e da história), a adequada contenção, a médio e longo prazo, da criminalidade e a minimização de seus efeitos mais graves dificilmente será o resultado de puro castigo dos delinquentes ou da mera repressão e restrição dos direitos fundamentais; daí que a tarefa político-criminal seja muito mais difícil e não pode confundir-se com a mera política penal e penitenciária. O adequado tratamento dos fenômenos criminosos exige uma intervenção multinível que, partindo dos resultados da investigação criminológica, acerca dos fatores individuais e sociais incidentes sobre a criminalidade, assegure a proteção dos bens jurídicos fundamentais, através da aplicação das medidas apropriadas de prevenção do crime e da delinquência[1058].

Tudo sugere, com clareza, que é muito caro esperar que os crimes sejam cometidos. Crime deve ser evitado. É menos dispendioso e menos custoso econômica e socialmente. Causa espécie que em face de tais evidências, apenas recentemente o interesse pela prevenção tenha surgido no horizonte da criminologia. A explicação parece derivar do predomínio do positivismo como referência teórica da criminologia desde o século XIX. De acordo com essa linha de argumentação, o deslocamento da centralidade do indivíduo como referência de análise, típica do positivismo, para a ênfase nos fatores sociais e ecológicos que concorrem à incidência de crimes foi determinante para a consolidação da abordagem preventiva[1059].



iante disso, o setor

[1058] CUI
[1059] ***SE***
Nova, 8

Lua

de atuação criminal do Ministério Público deve adotar, dentro do amplo cenário político e jurídico-penal, uma visão própria da política criminal, levada a cabo com planejamento, dentro dos modernos conceitos de prevenção e de repressão mais eficientes. Tudo sob o pálio de uma interligação intrínseca entre os diversos órgãos de execução afetos à área.

4- Conclusão

Acredita-se que as instituições são eternas, indispensáveis, racionais. E podem até ser, desde que estejam preparadas para mudar, aceitando novos encargos ou o expurgo de certas funções, de acordo com as exigências históricas e sociais. Ou seja, para não perecer e perder o rumo da história é necessário que a instituição seja flexível e capaz de mudar (estando disposta a abandonar noções tidas há muito tempo como imutáveis).

Presa e limitada por uma tradição secular, sem investimentos adequados e estruturalmente convergentes, a atuação criminal do Ministério Público converteu-se numa espécie de modelo ou ponto de referência, a respeito do qual as novas gerações nutridas pelas conquistas científicas e metodológicas deveriam se afastar e superar. Assim, recursos e novos métodos de atuação foram direcionados às novas áreas de atuação (criando, às vezes, através de investimentos setorizados "ilhas de excelência" ao lado de uma ampla estrutura colapsada, inundada de "processos inúteis e custosos, cujo único efeito é ofuscar o limite entre o lícito e o ilícito, e tirar tempo e recursos às investigações mais importantes destinadas cada vez mais a essa forma de subreptícia anistia que é a prescrição"[1060]), negligenciando-se a necessária revisão e atualização do setor criminal, com a criação das condições propícias para retomar seu antigo protagonismo. Colocar o passado para dialogar com o presente, sopesando acertos e desacertos, talvez seja uma boa estratégia inicial para reconstruir a atuação criminal ministerial sobre bases mais razoáveis e modernas.

O que propomos, singela e humildemente, é a criação de promotorias criminais de atuação, essencialmente, extrajudicial, nos diversos setores da criminalidade, como: tráfico de drogas e afins, criminalidade aquisitiva, crimes contra a vida etc. O setor de atuação criminal do Ministério Público deve contar com promotorias de atuação repressiva – por conta de tradicional função institucional atribuída pela Constituição – e de atuação preventiva (extrajudicial ou comunitária), senão em igual proporção, dados os limites orçamentários, pelo menos de modo a garantir uma inserção resolutiva da instituição em programas de prevenção, de políticas públicas na área securitária e desenvolvimento de mecanismos extraprocessuais para garantir a segurança pública da comunidade.

[1060] ***FERRAJOLI, Luigi. Cit.***

Se nós criticamos o Estado (nas suas diversas expressões: Estado-persecutor, Estado-juiz, Estado-administrador) porque só reage ao crime de forma social e economicamente custosa, não nos parece que o Ministério Público proceda diferentemente, quando persiste em alimentar uma tradição institucional de atuação criminal, predominantemente (ou exclusivamente), na sua forma processual ou judicial, ou seja, na reação mecânica ao crime já consumado. Os reajustes e correções de rotas são necessários a qualquer instituição que se guie, republicanamente, pela bússola do interesse público, identificando no pulsar social suas reais prioridades.

O setor de atuação criminal do Ministério Público, tal como existente atualmente, encontra-se assoberbado de processos para acompanhar em juízo ou de inquéritos concluídos aguardando a apresentação de denúncia. A notória deficiência quantitativa de quadros e o volume de ações penais[1061] (como fruto de uma política criminal tolamente – e totalmente - reativa) fazem com que a instituição, neste setor específico de sua atuação, não tenha condições de cogitar em questões estratégicas substanciais. Ora, se as promotorias criminais com atuação endoprocessual não dispõem de tempo e de recursos outros para atuar em questões de prevenção e de formulação de políticas, ou exercer uma ação mais próxima à comunidade, nada mais razoável que sejam criados órgãos de execução de atuação extrajudicial para suprir essa necessidade. Isto é ainda mais impositivo, do ponto de vista institucional, se for visto pelo prisma da resolutividade, ingrediente adicionado a todas às ações ministeriais.

ENUNCIADO:

"O Ministério Público precisa de uma vez por todas, de forma inteligente e estratégica, assumir sua porção de responsabilidade na defesa desse bem difuso que é a segurança pública (assim como defende, com veemência, o meio ambiente, o patrimônio público, a educação e outros interesses difusos ou coletivos). E para tanto, precisamos dispor de tempo e de motivação para uma decidida inserção social sobre relações horizontais ou comunitárias. E criar, setorialmente, órgãos com atribuições extra-autos é um primeiro e decisivo passo para destravar essa poderosa força motivadora pressuposta pela ideia de justiça. Já não podemos ficar "correndo atrás de fatos", sendo caudatários do *fait accompli* ou reagindo a estímulos forjados por fenômenos desconhecidos".

[1061] SOUZA, João Ricardo Carvalho de. **Controle externo da atividade policial.** 2001. Disponível em: file:///C:/Users/PGJ/Downloads/controle_policial_souza.pdf. Último acesso: 25.06.2019.

Referências:

BARATTA, Alessandro. **La política criminal y el derecho penal de la constitución: nuevas reflexiones sobre el modelo integrado de las ciencias penales**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 8, fascículo 29, 2000, pp. 27-52.

CUESTA ARZAMENDI, José Luis de la. **Sentido e função do sistema penal em um mundo globalizado**. Revista Eletrônica de Direito Penal AIDP-GB, Ano 1, vol 1, nº 1, Junho 2013, pp. 201-218.

FERRAJOLI, Luigi. Los retos de la procuración de justicia en un mundo globalizado. Disponível em:* <www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/download/.../53714>. *Último acesso: 15.07.2019.

LIMA, Roberto Kant de. **A polícia da cidade do Rio de Janeiro:seus dilemas e paradoxos**. Rio de Janeiro:Forense, 1995.

MORAES, Rodrigo Iennaco de. **Corregedorias e atuação do Ministério Público na área criminal**. Revista Jurídica da Corregedoria Nacional, CNMP, Volume 1, 2016. Disponível em:http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/documentos/2016/CNMP_Revista_Juridica_WEB.pdf. Último acesso: 13.05.2019.

NETO, Cândido Furtado Maia. Principios de direito criminal humanitário. 1993. Disponível em: <https://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1283282977.pdf>. Último acesso: 20.07.2019.

SENTO-SÉ, João Trajano. Prevenção ao crime e teoria social. São Paulo, Lua Nova, 83, 2011, pp. 09-40.

SILVA, Cláudio Barros. Abusos e omissões do Ministério Público e de seus membros. Revista do Ministério Público do RS, Porto Alegre, n. 65, jan/abr. 2010, pp. 37-65.

SOARES, Gustavo Torres. **Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas: perspectivas e limites.** Tese de Doutorado. 2014. São Paulo:USP. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-30112015-_165420/publico/Versao_integral_Gustavo_Torres_Soares.pdf>. Último acesso: 22.06.2019.

SOUSA JÚNIOR, Carlos César Silva. **Estudos sobre a natureza jurídica do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público.** Boletim Científico ESMPU, Brasília, a. 14 – n. 45, jul./dez. 2015, pp. 107-141.

SOUZA, João Ricardo Carvalho de. **Controle externo da atividade policial.** 2001. Disponível em: file:///C:/Users/PGJ/Downloads/controle_policial_souza.pdf. Último acesso: 25.06.2019.

XEREZ, Hugo Vasconcelos.; BARROS, Paulo Adriano Maia. A **tutela processual penal dos direitos difusos e coletivos – alternativas ao modelo brasileiro.** Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=34667ff5524af316. Acesso em: 25.06.2019.

A INCONSTITUCIONALIDADE DA RECUSA DE PROMOTOR MAIS ANTIGO NA MOVIMENTAÇÃO FUNCIONAL POR REMOÇÃO

João Gaspar Rodrigues
(Promotor de Justiça/MPAM. Email: joaorodrigues@mpam.mp.br)

SÍNTESE DOGMÁTICA: Esta tese aborda a inconstitucionalidade de inúmeras leis de regência do Ministério Público dos Estados no que tange à recusa de promotor mais antigo na movimentação funcional por remoção. Analisa a afronta ao art. 93, inciso II, alínea "d" e inciso VIII-A. A recusa de promotor mais antigo só se dá, constitucionalmente, nas promoções.

Sumário: 1- Introdução. 2- O contexto normativo-constitucional sobre a matéria. 3- O que dispõem as leis de regência dos diversos MP's. 4- Conclusão. Referências bibliográficas.

1- Introdução

Se o sentimento da predominância e da supremacia das normas e dos princípios constitucionais não encontra solo fértil para estender suas raízes e nutrir a cultura jurídica de um país, abre-se um largo caminho para a dissolução de toda a ordem política e social, para uma guerra de todos contra todos, para um estado de coisas no qual apenas o egoísmo puro e o interesse pessoal têm a última palavra. Na pior das hipóteses, essa cultura ajuda a medir a capacidade de resistência do ordenamento jurídico em relação aos movimentos (e contra-movimentos) que tendem a perturbá-lo. A Constituição só é ficção quando encarada, por um motivo ou outro, como uma mera folha de papel ou um capítulo flexível e suprimível da política.

Nesse contexto, o Ministério Público tem uma missão de extema importância, primeiro de defesa da ordem jurídica e do regime democrático, e segundo, de zelo pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias à sua garantia. Essas incumbências

colocam o Ministério Público, em tese, como o "cão de guarda dos direitos constitucionais" ("the watchdog of constitutional rights"). Nas palavras de Paulo Bonavides[1062]: "O Ministério Público, por conseguinte, nem é governo, nem oposição. O Ministério Público é constitucional; é a Constituição em ação, em nome da sociedade, do interesse público, da defesa do regime, da eficácia e salvaguarda das instituições".

Logo, a instituição deve ser, dentre todas, a que maior reverência deve prestar à observância do que vem disposto na Constituição Federal, tanto em relação aos atores externos quanto, principalmente, a si própria, no cumprimeno endógeno de todos os postulados constitucionais (autocontrole da constitucionalidade e filtragem constitucional), seja na elaboração de projetos de lei, seja na aplicação das leis em vigor ou nos seus atos de gestão. Para uma instituição eminentemente jurídica, com berço constitucional, a origem de seu dever é a Carta Fundamental.

Em várias leis de regência de diversas unidades ministeriais há uma específica previsão legal que contraria, frontalmente, a Constituição Federal: a possibilidade de recusa de promotor mais antigo para remoção. E sobre essa disciplina legal, claramente inconstitucional, várias decisões, país a fora, são adotadas regularmente, com a serenidade do *fait acomppli*. Isso nos causou espécie e nos levou a elaborar esse ensaio.

2- O contexto normativo-constitucional sobre a matéria

A Constituição Federal no art. 93, inciso II, alínea "d", dispõe o seguinte:

"Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios:

II - promoção de entrância para entrância, alternadamente, por antigüidade e merecimento, atendidas as seguintes normas:

d) na apuração de antigüidade, o tribunal somente poderá recusar o juiz mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços de seus membros, conforme procedimento próprio, e assegurada ampla defesa, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação".

Por esse apanhado normativo, vê-se que o juiz ou membro do Ministério Público (dado que essas regras se aplicam ao Ministério Público, por conta do disposto no art. 129, §4º, da CF) pode ser recusado para promoção por antiguidade, não para remoção.

Isso fica ainda mais claro quando no inciso VIIIA (inserido na Constituição através da Emenda Constitucional n. 45/2004), do art. 93, a Constituição prescreve que "a remoção a

[1062] **Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo**. Em: MOURA JUNIOR, Flavio Paixao *et al* (coords.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte:Del Rey, 2003, p. 350.

pedido ou a permuta de magistrados de comarca de igual entrância atenderá, no que couber, ao disposto nas alíneas a , b , c e e do inciso II". Propositalmente, o constituinte derivado não faz menção à alínea "d", logo, na remoção por antiguidade o juiz ou o promotor não pode, em hipótese alguma, ser recusado. Esse silêncio do texto constitucional é eloquente.

Conforme já decidiu o STF, pela pena do ministro Luiz Fux:

> "Considerando que a lei complementar mencionada no caput do referido artigo 93, da CF/88, ainda não foi editada, os dispositivos dos incisos II e VIII-A são autoaplicáveis. Com efeito, deve-se utilizar interpretação sistemática na análise do dispositivo constitucional, a fim de evitar restrições injustificadas" (MS 31389, Relator Min. Luiz Fux, julgado em 07/05/2014, publicado no Dje-088, publ. em 12/05/2014).

Vê-se que, antes de 2004 (e da EC n. 45 que acrescentou o inciso VIIIA ao art. 93), já parecia bastante claro que todas as alíneas do inciso II, só se aplicavam à promoção. Com o inciso VIIIA, o constituinte derivado mandou aplicar todos as alíneas, com exceção da alínea "d" (recusa de juiz mais antigo), *no que coubesse*, à progressão por remoção. Ou seja, a recusa de juiz ou promotor na progressão por remoção continuou interdita (de acordo com a redação original da Constituição). O que queremos dizer com isso? Que a proibição de recusa de juiz (ou promotor) mais antigo para remoção remonta à norma constitucional originária e que as leis de regência do Ministério Público dos estados, quase todas anteriores a 2004, quando já previam a recusa em caso de promoção ou remoção, não se tornaram inconstitucionais pelo advento da mudança, já eram inconstitucionais desde a sua edição e promulgação por contrariar a disposição constitucional originária (inciso II, alínea "d" do art. 93).

Mas, pode-se argumentar: em relação ao Ministério Público, a norma do art. 93 da CF só se aplica após a Emenda Constitucional n. 45, de 2004, que mandou aplicar a integralidade do art. 93 (incisos, alíneas e parágrafos), no que couber, ao Ministério Público, conforme a nova redação dada ao art. 129, §4º. Logo, por esse raciocínio, as previsões legais existentes nas diversas leis orgânicas estaduais, se tornaram inconstitucionais ao longo do caminho, e não nasceram sob a pecha da inconstitucionalidade. O raciocínio poderia, em tese, redimir quase toda a legislação ministerial da pecha de inconstitucionalidade originária, mas não da aplicação de normas legais tornadas inconstitucionais.

Todavia, esse argumento não procede por uma razão muito simples: a redação original do art. 129, §4º, já mandava aplicar ao Ministério Público, no que coubesse, o art. 93, incisos II e VI. Ora, o inciso II e suas alíneas tratava e trata da promoção, inclusive a alínea "d", que previa a recusa do mais antigo para promoção (este inciso foi mantido íntegro pela a EC n. 45,

que só acrescentou o "voto fundamentado" e a "ampla defesa"). Logo, a recusa de promotor mais antigo não se aplicava à remoção desde o dia cinco de outubro de 1988. E não há como fugir dessa evidência: as leis estaduais já nasceram sob o signo maldito de inconstitucionalidade manifesta.

A ressalva estampada no inc. VIII-A, do art. 93, da CF, como expressão lingüística é uma representação de pensamento e de vontade, um reconhecimento claro do constituinte derivado de que promoção e remoção, embora espécies de provimentos derivados guardam certas peculiaridades que servem para distinguir ambos os institutos, impedindo que todas as regras da promoção apliquem-se, sem maior análise, às remoções. Tanto é assim que a norma insculpido no referido inciso traz a indefectível expressão *no que couber.*

Neste sentido também já se manifestou o STF, através do Min. Joaquim Barbosa:

> "Não há que se pretender que o tratamento diferenciado, em face da remoção, das promoções por merecimento e por antigüidade fira o princípio da isonomia, por serem situações desiguais, e, portanto, poderem ser tratadas desigualmente" (Mandado de Segurança n. 28692, Relator Min. Joaquim Barbosa, Impte: José Olindo Gil Barbosa, Impdo: Conselho Nacional de Justiça).

A recusa de promotor mais antigo pelo voto fundamentado de dois terços do Conselho Superior só se aplica nos casos de promoção ou movimentação vertical na carreira; no caso de remoção, é preciso repetir, não incide a norma constitucional da alínea "d", inciso II, do art. 93, primeiro, por se referir apenas à promoção, e segundo, por não vir prevista no inciso VIIIA do mesmo artigo. Conclusão que não exige, sequer, uma leitura hermenêutica dos postulados constitucionais, mas apenas uma simples leitura atenta. O que torna ainda mais surpreendente, é a previsão legal em diversas leis orgânicas estaduais do Ministério Público (cf. item 3) e sua aplicação prática, numa completa indiferença ao texto constitucional.

Se a lei não possui palavras ou expressões inúteis, com mais razão a Constituição Federal, que é a lei fundamental do país. Seu texto está em vigor na medida do necessário, todas as palavras têm uma função e um sentido próprio, não sendo admissível a existência de nada supérfluo ou contraditório. Portanto, é inadmissível uma hermenêutica voltada a nulificar termos ou trechos constitucionais, assim como não se admite uma postura reducionista de uma eficácia normativa mínima. Ao contrário, sempre que possível, dentro do princípio da máxima eficácia, deverá o dispositivo constitucional (com todas as suas palavras, expressões e ressalvas) ser interpretado de modo que lhe seja atribuída plena eficácia.

A doutrina do neoconstitucionalismo ou do constitucionalismo avançado como expressão do pós-positivismo no Direito Constitucional, deixa de considerar a Constituição

como um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador, para operar como uma normatividade jurídica dotada de eficácia direta e imediata que atinge todas as disposições do texto.

Ademais dessa insuperável abordagem constitucional, é preciso registrar que em não possuindo o promotor condições para ser removido (o que, em tese, justificaria uma recusa), também não o tem para permanecer na comarca de origem. Os únicos impedimentos para uma pretendida remoção seria se o mesmo estivesse em disponibilidade em razão de penalidade ou afastado de suas funções por processos administrativos ou criminais. Sem esses impedimentos, recusar-lhe a antiguidade para concorrer aos movimentos horizontais na carreira, além de violar a Constituição Federal, é decretar-lhe a "morte institucional" (como uma espécie de "morte civil"), pois o mantém fossilizado, imobilizado na carreira.

De outro lado, o certame de movimentação horizontal na carreira (ou até mesmo vertical) não se presta como meio punitivo. Se o agente merece ser afastado da instituição, que se faça através dos meios disciplinares ou cautelares disponíveis na lei, não de forma indireta, impedindo-o de se movimentar horizontalmente na carreira. Se a progressão funcional não guardar um caráter premial (e só vislumbramos a incidência de sanção premial na promoção), certamente punitivo não terá.

A remoção e a promoção são atos de provimento derivado e possuem uma finalidade comum: mobilidade funcional. Mas, diferentemente da promoção que implica mudança de nível funcional e acréscimo econômico nos subsídios, a remoção não implica mudança de nível nem qualquer percentual de incorporação nos subsídios (salvo, eventualmente, alguma ajuda de custo, mas não incorporável). Ou seja, em tese, a remoção não implica ganho real ou prático. E, muitas vezes, respondendo um agente ministerial a processos disciplinares ou até criminais, é recomendável removê-lo para outro órgão de execução (de diversa cidade ou de diversa área de atuação) como uma forma de garantir o curso normal das apurações.

3-O que dispõem as leis de regência dos diversos MP's

A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei n. 8.625/1993) não nos parece muito clara a respeito. Dispõe no parágrafo segundo do art. 15: "A remoção e a promoção voluntária por antigüidade e por merecimento, bem como a convocação, dependerão de prévia manifestação escrita do interessado".

No parágrafo terceiro do mesmo artigo, a lei dispõe que "na indicação por antigüidade, o Conselho Superior do Ministério Público somente poderá recusar o membro do Ministério Público mais antigo pelo voto de dois terços de seus integrantes, conforme procedimento próprio, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação...".

Em princípio, é-se levado a crer que o parágrafo terceiro refere-se à recusa do membro mais antigo à remoção e à promoção voluntária por antiguidade, previstas no parágrafo anterior. Mas parágrafos de lei existem para esclarecer o *caput* (enunciado do artigo ou unidade básica de articulação) dos artigos e não para esclarecer uns aos outros. E o *caput* do art. 15 refere-se às atribuições do Conselho Superior. Daí, em nosso modo de ver, a confusão gerada. Também, por outro lado, como o legislador não discriminou a que progressões funcionais se aplicava a recusa de antiguidade no referido parágrafo, não caberia ao intérprete discriminar. De qualquer modo, a locação dos parágrafos do art. 15 da LONMP não foi a mais adequada.

O parágrafo terceiro do art. 15 da LONMP deve ser interpretado de acordo com os postulados constitucionais indicados, e não como adotado nas diversas leis estaduais e aplicado na prática diária. Essa situação embaraçosa remonta ao pouco apego de nossa cultura jurídica pela Constituição. O legislador estadual replicou uma norma federal, de forma a transformar um texto de duvidosa constitucionalidade, em algo manifestamente inconstitucional, porque não se deu ao trabalho de legiferar com os olhos voltados para o texto maior, sob seu manto de validez. Normalmente, interpretamos (e aplicamos) uma norma estadual à luz de uma lei federal, esquecendo que a Constituição é o núcleo vital de todo o ordenamento jurídico, o farol a iluminar ("força normativa irradiante"[1063]) qualquer criação jurídica.

A Constituição enquanto não reforçada por outros aspectos da sociedade, restringe-se realmente a uma folha de papel. Talvez não seja possível enumerar em estudo tão breve os pré-requisitos de um Estado de Direito[1064] ou de uma democracia estável, mas certamente a reverência ao predomínio constitucional se insere entre os mais importantes. Se determinado povo não tem uma cultura constitucional ou a tem numa versão frágil, não atribuindo a importância devida à Constituição e sendo incapaz de compreendê-la como uma norma

[1063] Gregório Assagra de Almeida, **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social.** Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf. Último acesso: 18.01.2019.

[1064] Decorrem logicamente do Estado de Direito: estrutura hierárquica do ordenamento jurídico, afirmação dos direitos humanos fundamentais, existência de uma legislação para a personalidade jurídica, responsabilidade da Administração Pública e controle jurisdicional da legislação (Díaz, 1972, pp. 29 ss).

suprema[1065] e estável (e dotada de força estabilizadora), inviabiliza grandemente o princípio democrático ou cria uma perigosa fissura no Estado de Direito.

A vasta maioria das leis orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, numa espécie de "ignorância coletiva", prevê "a recusa do membro mais antigo à remoção ou à promoção pelo critério de antiguidade". Isso, talvez, induzidas pela má interpretação da LONMP e pela completa falta de leitura da Constituição Federal. São exemplos:

A Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná (LC n. 85, de 27.12.1999), art. 115, §1º:

"Não ocorrendo a hipótese do artigo anterior, o Conselho Superior do Ministério Público deliberará sobre os pedidos de remoção.

§1º. No caso de antigüidade, será indicado, dentre os pretendentes, o mais antigo na entrância, salvo se recusado pelo voto de dois terços dos membros do Conselho Superior".

No Regimento Interno do Conselho Superior do MP/PR[1066], art. 16, inc. VIII, vem previsto competir ao referido órgão "organizar listas para remoção ou promoção, podendo, no caso de indicação por antigüidade, motivadamente recusar o mais antigo, pelo voto de dois terços de seus membros".

A Lei Orgânica do Ministério Público de Pernambuco (LC n. 12, de 27.12.1994), no art. 12, inc. VIII, alínea "e" diz competir ao Colégio de Procuradores "julgar recurso contra decisão: de recusa do mais antigo à remoção ou à promoção pelo critério de antiguidade".

A Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (LC n. 197, de 13.07.2000), art. 139, §4°:

> "Quando a remoção for por antigüidade, o Conselho Superior do Ministério Público poderá recusar, motivadamente, pelo voto de dois terços de seus integrantes, o nome do candidato mais antigo, com fundamento no interesse do serviço, procedendo-se, no caso de recusa, conforme dispõe o artigo anterior".

A Lei Orgânica do Ministério Público de São Paulo (LC n. 734, de 26.11.1993), art. 150:

> "O Conselho Superior do Ministério Público poderá recusar, pelo voto de dois terços de seus integrantes, a promoção ou remoção por antigüidade, com fundamento no interesse do serviço, repetindo-se a votação até fixar-se a indicação, após o julgamento de eventual recurso pelo Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça".

A Lei Orgânica do Ministério Público de Minas Gerais (LC n. 34, de 12.09.1994), art. 24, inciso VII, alínea "d":

[1065] Valle, 2009. p. 84.

[1066] Disponível em: http://www.mppr.mp.br/pagina-144.html. Último acesso: 01.01.2019.

"Compete à Câmara de Procuradores de Justiça: VII- julgar, nos termos do regimento interno, recurso contra decisão: d) de recusa de indicação para promoção ou remoção por antigüidade".

No mesmo sentido:

Ministério Público de Alagoas, LC n. 15, de 22.11.1996, art. 12, inc. VIII, alínea "e";

Ministério Público da Bahia, LC n. 11, de 18.01.1996, arts. 21, inc. V, alínea "e" e 26, §2º.;

Ministério Público do Ceará, LC n. 72, de 12.12.2008, art. 31, inc. II, alínea "i4" e art. 141 (com redação dada pela LC n. 100, de 02.08.2011);

Ministério Público de Goiás, LC n. 25, de 06.07.1998, art. 18, inc. XIV, alínea "g";

Ministério Público do Pará, LC n. 57, de 06.07.2006 (art. 21, inciso X, alínea "b" c/c o art. 26, IV).

Ministério Público de Sergipe, LC n. 02, de 12.11.1990 (art. 69).

Interessante observar que a Lei Orgânica do MP sergipano de 1990, já atualizada por diversas outras, leva o intérprete a crer que a recusa de antiguidade, em seu texto, só se dá em relação à promoção, a teor dos arts. 36, IX, "e" e 66, § 1.º. Este diz textualmente: "A promoção far-se-á, alternadamente, por antigüidade e merecimento; a promoção por antigüidade poderá ser recusada pelo voto de 2/3 (dois terços) dos integrantes do Conselho Superior do Ministério Público". No art. 69 vem a surpresa: "Tratando-se de promoção ou remoção que deva obedecer ao critério de antigüidade, findo o prazo previsto no § 4º do artigo 67, salvo o disposto na parte final do § 1º do artigo 66, a remoção ou promoção será procedida por ato do Procurador-Geral de Justiça". Essa parte final é a recusa!]

Ministério Público de Tocantins, LC n. 51, de 02.01.2008 (art. 105).

As exceções ficam por conta do Ministério Público do Amazonas (art. 41, § 2.º, inciso V; art. 248, LC n. 011/1993), do Ministério Público do Maranhão (art. 11, inc. IX, alínea "f" c/c o art. 83, LC n. 013/1991), do Ministério Público do Rio de Janeiro (art. 68, LC n. 106/2003) e do Ministério Público da União (art. 202, § 4º, LOMPU).

4- Conclusão

A maioria das Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos padecem, na recusa de promotor mais antigo nas remoções, de flagrante inconstitucionalidade. E a aplicação rotineira das mesmas, a respeito desse tema, diante de tão flagrante violação do texto magno, revela, tristemente, uma frágil disposição da instituição, através de seus órgãos diretivos, em "defender o regime democrático", nem que, para isso, precise morder na própria carne.

Talvez, nesse aspecto, padeçamos de uma espécie de "hipermetropia", na qual a visão é melhor para objetos distantes do que para os próximos (ou seja, vemos melhor os erros dos outros) e ainda estejamos presos ao passado, de modo tão visceral a nos impedir de perceber o óbvio, numa clara indicação de que o olho só vê o que a mente está preparada para compreender. Essa "hipermetropia jurídica" gera, se bem analisada, um paradoxo capaz de comprometer até a própria atuação funcional do Ministério Público. É possível imaginar um dever que não obrigue? Como diz Ralph Keyes[1067], a enganação tornou-se banal em todos os níveis da vida contemporânea. Mas a "autoenganação institucional" nos parece ser um mal ainda maior, seja por sua inevitável rotinização, seja por uma complacente tolerância. Romper essa ambivalência institucional torna-se um desafio digno das melhoras energias.

Se reconhecemos o ordenamento jurídico como assentado na regularidade e na racionalidade, não é possível convivermos, endogenamente, com normas manifestamente inconstitucionais e, pior ainda, aplicadas, acriticamente, no cotidiano de nossas instituições. Desenvolve-se, com isso, uma espécie de segmentação ética, com uma postura para os estranhos e os atores externos, e uma específica, normalmente mais complacente, para o ambiente interno da instituição. Os aspectos jurídicos e sociais não se limitam a como os vemos e os percebemos a partir de nossas premissas e paradigmas, mas também de como nos colocamos nesse cenário. O sentimento da supremacia constitucional não é um valor periférico ao Ministério Público, mas constitui sua própria base e força motriz, de onde extraimos o robusto senso do certo e do errado. As amplas possibilidades do futuro abertas ao Ministério Público não podem ser frustradas por uma falta de alinhamento institucional com a supremacia inafastável das normas constitucionais.

Não se espera que a instituição, à semelhança de outras formas de expressão do Estado, compartilhe a odiosa tendência de romper os limites da Constituição, se rendendo com mais facilidade aos fins que aos meios. Se essa expectativa se confirma na prática, o inimigo final, mais uma vez, acaba sendo nós mesmos, não só como pensamos, mas como nos comportamos e agimos. Todas as atividades desenvolvidas pelo MP se acham submetidas a um balizamento jurídico e ético. Impõe-se, por isso, ao Ministério Público, de forma muito enfática e contínua, o autocontrole da constitucionalidade e um processo de filtragem constitucional das suas leis de regência e de seus atos de gestão interna. Todas as inconsistências e incoerências devem ser descobertas e eliminadas, executando-se "leis constitucionalizadas". Uma leitura atenta das normas constitucionais é o mínimo que se exige antes de qualquer decisão administrativa, é o mínimo necessário de respeito à Constituição,

[1067] **A era da pós-verdade. Desonestidade e enganação na vida contemporânea.** Tradução de Fábio Creder. Petrópolis (RJ):Vozes, 2018, p. 13.

por parte de uma instituição que se pretende indispensável à sociedade, defensora do regime democrático e autoproclamada "guardiã da Constituição". No momento de agir, interna ou externamente, não podemos desprezar nosso principal instrumento de trabalho e sua força normativa irradiante (*ad intra* e *ad extra*).

PROPOSTA DE ENUNCIADO: "A combinação dos arts. 93, incisos II, alínea "d" e VIIIA e 129, § 4º, da Constituição Federal, leva à conclusão manifesta e inafastável de que a recusa de membro do Ministério Público ou de juiz mais antigo não é possível nos movimentos horizontais da carreira (pelo critério de antiguidade) como remoção ou permuta. A recusa só é constitucional nas movimentações verticais, ou seja, nas promoções".

Referências bibliográficas:

ALMEIDA, Gregório Assagra de. **O Ministério Público no Neoconstitucionalismo: Perfil Constitucional e Alguns Fatores de Ampliação de sua Legitimação Social.** Disponível em: http://www.mp.go.gov.br/portalweb/hp/10/docs/o_mp_no_neoconstitucionalismo1.pdf. Último acesso: 18.01.2019.

BONAVIDES, Paulo. **Os dois Ministérios Públicos do Brasil: o da Constituição e o do Governo**. Em: MOURA JUNIOR, Flavio Paixao *et al* (coords.). **Ministério Público e a ordem social justa**. Belo Horizonte:Del Rey, 2003.

DÍAZ, Elías. **Estado de Derecho y sociedad democrática.** Madrid:Edicusa, 1972.

KEYES, Ralph. **A era da pós-verdade. Desonestidade e enganação na vida contemporânea.** Tradução de Fábio Creder. Petrópolis (RJ):Vozes, 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Ativismo jurisdicional e o Supremo Tribunal Federal.** Curitiba:Juruá, 2009.

Os encargos do Ministério Público diante da sua missão constitucional: reflexões e proposta para uma distribuição mais equilibrada das múltiplas atribuições dos seus órgãos de execução

Murilo Cezar Soares e Silva[1]

Willian Buchmann[1]

Proposta de enunciado: propõe-se que a distribuição das atribuições entre os órgãos de execução do Ministério Público seja feita a partir da releitura, à luz do art. 127 da CF/88, dos encargos previstos nas distintas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos dos Estados, passando-se por sequencial correlação destes com as dimensões e a transindividualidade dos direitos, sem descurar, quando cabível, da necessária correspondência dos três grandes grupos de matérias de intervenção ministerial (matéria criminal; direitos sociais e individuais indisponíveis; e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) com os modelos de varas judiciais básicas."

Síntese dogmática: No presente trabalho, tendo em vista problema crônico verificado, especialmente, em atividades correicionais, é apresentado modelo de distribuição de atribuições para os órgãos de execução do Ministério Público Estadual com atuação nas entrâncias inicial, intermediária e, quando de pequeno porte, final. A construção proposta é realizada a partir da releitura, à luz do art. 127 da Constituição Federal de 1988, dos encargos previstos nas distintas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos estaduais, passando-se por sequencial estabelecimento de correlação destes com as gerações ou dimensões e a transindividualidade dos direitos, sem descurar, quanto às atribuições judiciais do *Parquet*, para a necessária correlação dos três grandes grupos de matérias de intervenção ministerial (matéria criminal; direitos sociais e individuais indisponíveis; e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, com os modelos de varas judiciais básicas.

1. Introdução

Questão deveras tormentosa com a qual se depara, de modo especial, as Corregedorias (Gerais e Nacional) no exercício do seu mister correicional, diz com o desequilíbrio das atribuições das unidades correicionadas. Tal dificuldade merece atenção diante do papel eminentemente orientador das Corregedorias, reclamando o estabelecimento de critérios mínimos que permitam um (re)equilíbrio na distribuição de serviços aos órgãos de execução de cada um dos Ministérios Públicos, mormente naqueles alocados em entrâncias inicial, intermediária e, quando de peque no porte, final – segundo modelo judiciário predominante.

Sem, absolutamente, se pretender esgotar a matéria, mas, muito antes, trazer algumas luzes que possam servir como norte na fixação de critérios que permitam melhor uniformização quantitativa e qualitativa dos trabalhos ministeriais, o presente ensaio terá como base a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná (LCE n. 85/1999). Isso porque, como sabido, cada Ministério Público – e em especial as atividades afetas às Corregedorias – é norteado por um estatuto jurídico próprio, que regula, dentre outros aspectos, a organização funcional, prerrogativas, direitos e deveres dos respectivos membros, o que torna missão praticamente impossível uma abordagem individualizada de cada uma das legislações institucionais no presente ensaio.

Observa-se que, a despeito do ponto de partida dizer com o Estatuto jurídico dos membros do Ministério Público Araucariano, isso em nada desvirtua o propósito final deste estudo de apresentar proposta concernente aos critérios que podem servir de base a uma melhor distribuição de atribuições entre os membros do Ministério Público em geral.

A par da necessidade de alterações nas leis orgânicas, notadamente para melhor adequação das atribuições dos órgãos de execução ministeriais às exigências da Constituição da República, outras medidas, com o mesmo foco, impendem sejam adotadas. Nessa perspectiva, qual a influência que as temáticas institucionais previstas no art. 127, *caput*, da Constituição Federal, podem exercer na distribuição de atribuições, sabendo-se que as atividades extrajudiciais do Ministério Público se revestem de importância não menor do que seu mister jurisdicional? Por outro lado, qual o papel que os grupos de direitos geracionais ou dimensionais podem desempenhar na meta de (re)estabelecer o equilíbrio nas funções dos órgãos de execução em matérias judiciais? Estas e outras dúvidas, sem pretensão de esgotamento, insista-se, serão aclaradas no decorrer deste estudo.

Com tal propósito, iniciar-se-á, apenas como um norte, com breve noção de como se encontra orientada a distribuição de atribuições na Lei Orgânica do Ministério Público do

Estado do Paraná. Após, analisar-se-á a importância das funções constitucionais outorgadas pela Carta de 1988 ao Ministério Público e seu potencial de influência no (re)estabelecimento do equilíbrio de atribuições entre as unidades do *Parquet.* Em sequência, e com o mesmo desiderato, será estabelecida conexão entre as atribuições ministeriais e as gerações ou dimensões de direito e transindividualidade, sem deixar de apresentar soluções tanto para a esfera extrajudicial como judicial.

Assim, com base na realidade textual da LCE n. 85/1999, tomada como ponto de partida, e dos critérios norteadores sugeridos, pretende-se materializar proposta mais criteriosa de distribuição de atribuições para aqueles casos organizacionais mais sensíveis, quais sejam, de unidades do Ministério Público existentes em comarcas de entrância inicial, intermediária e final (quanto a esta, se de pequeno porte).

2. Atribuições ministeriais previstas na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná como ponto de partida: necessidade de adequações

A Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná (LCE n. 85/1999) refere que seus órgãos de execução em primeiro grau devem exercer as seguintes funções:

> Art. 68. São atribuições do Promotor de Justiça:
> I - em matéria de Direitos Constitucionais (…) zelar pela efetivação das políticas sociais básicas, especialmente de educação, saúde, saneamento e habitação, bem assim das políticas sociais assistenciais, em caráter supletivo, para quem delas necessite (…) intervir em questões fundiárias e nas ações possessórias, urbanas ou rurais, que digam respeito a imóvel ocupado por significativo número de famílias ou pessoas, nos termos da lei (…);
> II - em matéria de Criança e Adolescente (…);
> III - em matéria de Pessoas Portadoras de Deficiência (…);
> IV - em matéria de Meio Ambiente, Patrimônio Natural e Cultural (…);
> V - em matéria de Consumidor (…);
> VI - em matéria de Patrimônio Público (…);
> VII - em matéria de Fazenda Pública (…);
> VIII - em matéria de Falências e Concordatas, de Liquidação Extrajudicial, Intervenção e Responsabilidade Civil dos Administradores de Instituições Financeiras (…);
> IX - em matéria de Família e Sucessões (…);
> X - em matéria de Registros Públicos (…);
> XI - em matéria de Acidentes do Trabalho (…);
> XII - em matéria de Fundações (…);
> XIII - em matéria de saúde pública (…);
> XIV - em matéria de defesa dos direitos do idoso:
> XV - as demais matérias, de competência das Varas Cíveis não especializadas, oficiar:
> 1. nos feitos em que houver interesse de incapazes;
> 2. nas ações de usucapião;
> 3. nos demais casos de intervenção obrigatória do Ministério Público;
> XVI - nos Juizados Especiais (…).
>
> "Art. 19 (…) incumbirá a proteção e defesa:

> (…) f) da segurança e saúde do trabalhador, inclusive dos direitos das vítimas de acidente do trabalho;
> g) dos direitos decorrentes da responsabilidade civil *ex delicto* (...)"
>
> "Art. 57. Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público:
> (…) III - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da Lei;
> (…) XII - exercer o controle externo da atividade policial, civil e militar (...)"

Nota-se, diante disso, que a Lei Orgânica do Ministério Público do Paraná refere 23 (vinte e três) atribuições a serem exercidas nas Promotorias de Justiça daquele Estado, quais sejam: I) criminal; II) controle externo da atividade policial; III) execução penal; IV) educação; V) saúde pública; VI) habitação e urbanismo; VII) criança e adolescente; VIII) pessoa com deficiência; IX) meio ambiente; X) consumidor; XI) patrimônio público; XII) fazenda pública; XIII) falências; XIV) família; XV) registros públicos; XVI) acidentes do trabalho; XVII) fundações; XVIII) idoso; XIX) "custos legis" cível; XX) juizados especiais; XXI) direitos constitucionais; XXII) segurança e saúde do trabalhador; e XXIII) direitos decorrentes da responsabilidade civil "ex delicto".

Cotejando-se estes encargos com a necessidade de sua distribuição entre Promotorias de Justiça, constata-se que algumas atribuições descritas na Lei Orgânica, por seu alcance, dificultam o exercício dessa função (de acomodação das atribuições entre as unidades) pela Procuradoria-Geral de Justiça, prevista em seu artigo 19, inciso XVII. A título de exemplo, a proteção e defesa dos direitos constitucionais (alínea "a" do dispositivo em comento), que, na forma da Constituição Federal, envolveria, por definição, todas as atribuições do Ministério Público, e, nos termos do art. 68, inciso I, da Lei Complementar Estadual n. 85/1999, albergaria atribuições múltiplas, complexas e distintas, como educação, saúde pública e habitação e urbanismo.

Ainda, outras atribuições necessitam de interpretação conforme a Constituição Federal e a legislação nacional contemporânea, tal como atuação em matéria de "concordatas" (art. 68, inciso IX), que persistiu na nova Lei de Falências apenas como disposição transitória, sendo substituída pelo instituto da recuperação (Lei n. 11.101/2005), e em tema de acidente de trabalho, cuja competência passou à Justiça do Trabalho, na forma da súmula vinculante n. 22 do STF e da Emenda Constitucional n. 45/2004.

A par disso, não se encontram expressas funções atualmente relevantes, como a promoção da igualdade de gênero, da igualdade étnico-racial, dos direitos da população em situação de rua, dos direitos da população LGBTI, enfim, dos direitos humanos em sua acepção de direitos de terceira e quarta dimensões (para além dos direitos civis e sociais,

consagrados como de primeira e segunda dimensões), abramgendo os direitos de fraternidade e oportunidade democrática.

Assim sendo, é possível unificar as matérias "direitos constitucionais", "proteção às comunidades indígenas e tradicionais" e "defesa do trabalhador" sob o conceito de direitos humanos, sendo recomendável que se estabeleça esta unificação em virtude do maior alcance dos direitos humanos, que envolvem, também, o respeito às normas de direito internacional relacionadas com a dignidade da pessoa humana. Aliás e bem a propósito, ressaltando a simbiose entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional em sede de direitos humanos, leciona Flávia Piovesan que:

> O enfoque da investigação é, assim, interdisciplinar, já que se localiza justamente na interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional dos Direitos Humanos. A interdisciplinaridade aponta para uma resultante: o chamado Direito Constitucional Internacional. Por Direito Constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do Direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional, interação que assume um caráter especial quando esses dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana –, concorrendo na mesma direção e sentido1068.

Neste tema, em especial no que tange à defesa do trabalhador, cabe destacar a necessidade de se interpretar a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná conforme a Emenda Constitucional n. 45/2004. Com efeito, após esta emenda, a Constituição Federal de 1988 atribuiu à Justiça do Trabalho a competência para as "ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho", para as "ações relativas às penalidades administrativas impostas aos empregadores pelos órgãos de fiscalização das relações de trabalho" e para "outras controvérsias decorrentes da relação de trabalho" e, consequentemente, ao Ministério Público do Trabalho a atribuição para a proteção geral do trabalhador nas perspectivas dos direitos individuais indisponíveis, difusos, coletivos e individuais homogêneos (Lei Complementar n. 75/93).

De outro lado, o Ministério Público do Estado do Paraná pode contribuir na defesa do trabalhador na perspectiva dos direitos humanos, evitando-se que, a pretexto da relação de emprego, sejam perpetradas ofensas à dignidade humana. É dizer, pode-se fazer uma interpretação conforme a constituição do art. 19, inciso XVII, alínea "f", da Lei Orgânica do *Parquet* paranaense para que a segurança e a saúde do trabalhador se amoldem ao escopo de intervenção ministerial na proteção aos direitos humanos e aos direitos das vítimas de acidente do trabalho, sem prejuízo das atribuições do Ministério Público do Trabalho.

1068 PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 77.

De modo semelhante, a atribuição a respeito dos direitos decorrentes da responsabilidade civil "ex delicto" deve ser atualizada na perspectiva das modificações de 2008 do Código de Processo Penal (art. 387, IV, CPP, com redação dada pela Lei n. 11.719/2008), que passa a prever a fixação de indenização já na sentença criminal, adequando-se essa atribuição ao escopo das atribuições ministeriais criminais e, posteriormente, ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, de "custos legis" cível.

3. Missão constitucional do Ministério Público como norte para a padronização da distribuição de encargos nos Ministérios Públicos dos Estados

Considerando o até aqui exposto, a despeito das atribuições do MP-PR previstas em sua Lei Orgânica, reputa-se fundamental cotejá-las com a missão constitucional do *Parquet*, para que a padronização dos encargos das Promotorias de Justiça seja norteada pelo perfil institucional prescrito na Carta Magna.

A ordenação constitucional brasileira contemporânea incumbiu, expressamente, o Ministério Público de três missões: a) defesa da ordem jurídica; b) defesa do regime democrático; e c) defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, CF), as quais podem ser relacionadas com as atribuições ministeriais do seguinte modo:

3.1 Defesa da ordem jurídica

Embora a Constituição Federal não conceitue ordem jurídica, associa-se esta missão, em sentido estrito, com o papel do Ministério Público de atuar como fiscal da lei, promover, privativamente, a ação penal pública, bem como promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público (art. 129, incisos I e III, CF).

A doutrina pátria ajusta este papel para além da lei formal, associando-o à defesa do Direito e à correção de abusos e ilegalidades, para que se avalie, criticamente, o conteúdo da norma jurídica, o exercício de direitos de maneira geral e a atuação prática dos órgãos e servidores públicos e dos agentes políticos:

> O Ministério Público tem o dever funcional de defender a ordem jurídica, o que pressupõe a aferição de todos os atos praticados pelos órgãos do Estado, podendo ajuizar as medidas necessárias à coibição de abusos ou ilegalidades, sempre buscando mantê-los adstritos aos limites da Constituição e do Direito. – Ordem

> jurídica não guarda similitude com a lei, mas, sim, com o Direito, sendo noção eminentemente mais ampla[1069].

Não se olvida que, sob este enfoque da legalidade, poder-se-ia associar esta missão com todas as atribuições do Ministério Público, inclusive de proteção ao meio ambiente, habitação e urbanismo, consumidor, patrimônio público, fundações e terceiro setor, família, criança e adolescente, saúde pública, idoso, pessoa com deficiência, direitos humanos, educação, registros públicos e atendimento ao público.

No entanto, em sentido mais restrito, associa-se referida missão, preponderantemente, às atribuições criminais de proteção do patrimônio público, de fundações e terceiro setor, Juizados Especiais Criminal, Cível e Fazenda Pública e de "custos legis" cível, que são mais diretamente relacionadas com a apreciação dos direitos civis e políticos e eventuais imposições sancionatórias de limitação destes direitos em razão de condutas ilícitas.

Desse modo, das 23 (vinte e três) atribuições descritas na Lei Orgânica, poder-se-ia consagrar ao cumprimento dessa missão as atribuições: a) criminal; b) controle externo da atividade policial; c) execução penal; d) juizado especial criminal; e) reunir nas atribuições de "custos legis" cível, as atribuições de fazenda pública, falências e demais intervenções perante vara cível e da fazenda pública, bem como juizados especiais cível e da fazenda pública; f) patrimônio público; e g) fundações e terceiro setor.

3.2 Defesa do regime democrático

O regime democrático é expressamente descrito na Carta Magna como princípio fundamental (art. 1º e 34, inciso VII, alínea "a"), associado tanto à democracia representativa quanto à participativa, bem como à preservação de direitos fundamentais independentemente da vontade formal de uma maioria, seja grupo econômico, político ou de gênero dominante. Nesse passo, Hugo Nigro Mazzilli aponta dois níveis para o cumprimento dessa missão pelo Ministério Público:

> a) controle de constitucionalidade das leis que violem princípio constitucional, a ser feito sob forma concentrada (especialmente por meio da propositura de ações diretas de inconstitucionalidade, de representações interventivas...); b) controle de constitucionalidade (...) a ser feito sob forma difusa, caso a caso, impugnando-se as medidas e atos concretos que violem uma norma constitucional (especialmente por meio da ação penal, do inquérito civil e da ação civil pública para defesa de

1069 GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 49.

> interesses sociais, difusos, coletivos e individuais homogêneos, além de outros mecanismos de fiscalização e controle afetos à instituição (…)[1070]

Ademais, o Ministério Público desempenha papel importante no desenvolvimento da democracia participativa, incentivando o funcionamento e acompanhando as atividades de conselhos com participação popular, realizando audiências públicas e cobrando a sua realização pelo poder público, assim como na preservação de direitos fundamentais que oportunizem a igualdade democrática material.

Importante ressaltar aqui que as noções de democracia não são excludentes. Pelo contrário, a Constituição Federal alargou o projeto de democracia, compatibilizando os princípios da democracia representativa com os da democracia participativa, e reconhecendo a participação social como um dos elementos-chave na organização das políticas públicas[1071].

Nota-se, portanto, que a defesa do regime democrático vai muito além da atribuição do Ministério Público em Direito Eleitoral. Assim, diante dessa perspectiva dos controles de constitucionalidade abstrato e concreto e da democracia como fundamento da ordenação social brasileira, também se poderia vincular esta missão com todas as atribuições do Ministério Público.

De outro lado, em sentido mais restrito, sem embargo, repisa-se, de sua correlação em sentido amplo com todas as atribuições ministeriais, das 23 (vinte e três) atribuições descritas na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná, poder-se-ia reinterpretar a expressão "defesa dos direitos constitucionais" para autonomizar a atribuição em direitos humanos, em especial no que tange aos direitos de fraternidade e oportunidade democrática, como na missão de promoção da igualdade de gênero, da igualdade étnico-racial, dos direitos da população em situação de rua e dos direitos da população LGBTI, além de permear todas as atribuições ministeriais com a missão de desenvolvimento da democracia participativa.

Sob tal aspecto, sugere-se a ampliação da atuação extrajudicial criminal, para além do controle externo da atividade policial, albergando também o acompanhamento dos conselhos de segurança municipais, e da execução penal, incluindo o acompanhamento dos conselhos da comunidade, de modo semelhante ao que já ocorre na atuação extrajudicial de outras matérias especializadas.

3.3 Defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis

---

1070 MAZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático**. Artigo publicado na revista Justitia, do Ministério Público de São Paulo, vol. 179-180, p. 139 ss., jul.-dez. 1997, disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf.

1071 JACCOUD, L. (Org.); SILVA, F.B.; BEGUIN, N. **Políticas sociais no Brasil: participação social, conselhos e parcerias**. In: *Questão social e políticas sociais no Brasil contemporâneo.* IPEA: Brasília, 2009, p. 374.

A Constituição Federal prescreve que "são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (…)" e os direitos dos trabalhadores (art. 6º a 11), exigindo-se do poder público a elaboração e o desenvolvimento de políticas públicas.

Para além desta perspectiva dos direitos sociais, a Constituição Federal também estabelece interesses sociais relacionados com direitos difusos e coletivos, tais como meio ambiente e demais direitos previstos no capítulo que regula a ordem social (art. 193 e seguintes).

Quanto aos direitos individuais indisponíveis – tidos como aqueles que recaem sobre objetos que não se encontram à disposição de seus titulares em face da especial necessidade dos que o requerem, como os incapazes, ou em virtude de se apresentarem como grupos ou classes de relevância social ou comunitária, vinculados por uma mesma origem, também chamados de "interesses ou direitos individuais homogêneos", ou ainda, ainda relativos àqueles com objeto indisponível, incluindo-se aqui expressão significativa dos direitos fundamentais[1072] – tem-se que se relacionam com os direitos fundamentais consagrados no artigo 5º da Constituição Federal.

Nessa perspectiva, associa-se esta missão com as atribuições do Ministério Público em: a) meio ambiente; b) habitação e urbanismo; c) consumidor; d) família; e) criança e adolescente; f) saúde pública; g) idoso; h) pessoa com deficiência; i) direitos humanos; j) educação; k) registros públicos; e l) atendimento ao público, sem embargo de sua correlação com todas as demais atribuições do Ministério Público.

Quanto aos registros públicos, embora também possam ser compreendidos na defesa da ordem jurídica (na perspectiva em que a intervenção do Ministério Público seria a de garantir o cumprimento da legislação nacional de referência), quando se verifica o direito material envolvido nota-se, não raro, a preponderância de direitos individuais indisponíveis (averiguação e investigação de paternidade e nome social, por exemplo) e direitos difusos e coletivos (loteamentos e condomínios privados em sua tensão com a mobilidade e acessibilidade urbanas, por exemplo).

De todo o exposto, percebe-se que seria possível reinterpretar as 23 (vinte e três) atribuições descritas na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná para se

[1072] SAMPAIO, José Adércio Leite. Comentários à Constituição do Brasil. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgand; STRECK, Lenio Luiz; e LEONCY, Léo, Ferreira (Org.). São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1520-1.

prever 20 (vinte) atribuições individualizadas conforme a Constituição Federal e a legislação nacional correlata contemporânea.

4. Correlação de atribuições do Ministério Público com gerações/dimensões de direitos e transindividualidade

Da missão constitucional suprarreferida, infere-se que se incumbiu ao Ministério Público contemporâneo mais do que a defesa de interesses individuais indisponíveis, alçando-o ao relevante papel de proteção de interesses transindividuais, assim denominados por não pertencerem ao indivíduo de forma isolada. Leciona Carlos Ayres Brito:

> Efetivamente, se consideramos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando nos dias presentes à etapa fraternal esta fase em que as constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, a dimensão das ações estatais afirmativas, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais (…)[1073]

Assumindo – para fins exclusivos de estabelecer critérios para uma (re)distribuição equilibrada das atribuições ministeriais – o fracionamento de direitos em três gerações proposto por Karel Vasak, como o fez Carlos Ayres Britto na lição acima referida, seria possível correlacionar por aproximação (sem pretensão de maior rigor científico), as atribuições ministeriais com os direitos de primeira geração/dimensão (direitos civis ou de liberdade), segunda geração/dimensão[1074] (direitos sociais ou de igualdade) e terceira geração/dimensão (direitos difusos e coletivos ou de fraternidade).

Ainda, sob o conceito de direitos transindividuais, também se pode inferir três categorias: a) interesses ou direitos difusos, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato; b) interesses ou direitos coletivos, assim entendidos os 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; e c) interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum (acepções conferidas pelo Código de Defesa do Consumidor).

[1073] BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da constituição.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 216.

[1074] No sentido do caráter histórico dos direitos fundamentais, cf. BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 5.

Não se olvida que nem todos os direitos transindividuais exigem a intervenção do Ministério Público, já que podem subsistir direitos coletivos disponíveis (reajuste salarial de uma classe profissional, por exemplo) e direitos individuais homogêneos disponíveis (a anulação de uma cláusula de um modelo de contrato privado firmado por uma pessoa com diversas outras pessoas, por exemplo), mas o modo do exercício destes direitos pode ser relevante para a acomodação das atribuições do Ministério Público em categorias, repisa-se, por aproximação.

Com efeito, salvo comarcas de entrância final e foros de grande porte que possuam mais de 20 (vinte) Promotores de Justiça titulares, é impossível distribuir as atribuições gerais do Ministério Público sem que haja cumulação de atribuições, em razão do que estas macroatribuições podem ser agrupadas mediante aplicação de alguns critérios.

A par disso, além da conexão temática ampla para fins extrajudiciais, é necessário observar a atuação judicial e o conflito de pautas, amoldando-a à divisão judiciária básica, em regra distribuída em: I) Varas Criminais e de Execuções Penais; II) Varas de Infância e Juventude; III) Varas de Família e Registros Públicos; IV) Varas Cíveis e da Fazenda Pública; e V) Juizados Especiais.

Desse modo, propõe-se que as linhas gerais de distribuição de atribuições vistas em seu espectro judicial observem os três grandes grupos de intervenção ministerial e as cinco varas judiciais básicas, balanceando atribuições ministeriais comuns com a presença física do Promotor de Justiça em audiência.

Assim, a proposta é relacionar o grupo de matérias criminais com as Varas e Juizados Especiais Criminais e de Execuções Penais, o grupo de direitos sociais e individuais indisponíveis preponderantes com as Varas de Infância e Juventude, Família e Registros Públicos e o grupo de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos preponderantes com as Varas e Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública.

Resta evidente que, ao se dividir 20 (vinte) atribuições gerais entre 2 (dois), 3 (três) ou 4 (quatro) Promotores de Justiça, não será possível entabular critério exato, firmando-se, deste modo, por aproximações. Assim sendo, pode-se buscar a aproximação das atribuições ministeriais com as três gerações ou dimensões de direito clássicas (direitos civis ou de liberdade, direitos sociais ou de igualdade e direitos difusos e coletivos ou de fraternidade), com as categorias de direitos transindividuais e a tradição de segmentação das varas judiciais. Propõe-se:

a) direitos de liberdade e civis preponderantes relacionados com a persecução criminal, em que estariam as atribuições em matéria criminal, execução penal, controle externo da atividade policial e juizado especial criminal e atendimento ao público.

Reforça-se que se propõe uma aproximação por *preponderância*, pois todas estas atribuições possuem perspectivas individuais indisponíveis, difusas e coletivas. Com efeito, em matéria criminal, por exemplo, tem-se que o enfrentamento à violência doméstica e familiar contra a mulher extrapola a dimensão do direito penal tradicional, apresentando ambiente tutelar próprio para a vítima, como as medidas de proteção. De modo semelhante apresentam-se o Estatuto do Idoso e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Destaca-se que não se propõe o exercício destas atribuições apenas para a resolução da tensão entre liberdade e sanção penal individualmente considerada, incluindo-se o papel do Ministério Público de catalisador da democracia participativa, aproximando-se dos conselhos municipais de direitos, e da solução de problemas criminais em escala difusa e coletiva.

b) direitos sociais e individuais indisponíveis preponderantes, em que estariam as atribuições em criança e adolescente, idoso, pessoa com deficiência, direitos humanos, família, educação, registros públicos e atendimento ao público.

Repisa-se a aproximação, pois todas estas atribuições possuem perspectivas relacionadas com liberdades individuais, direitos difusos e coletivos. Assim, em matéria de direitos humanos, por exemplo, tem-se que o enfrentamento à desigualdade de gênero ultrapassa a dimensão do direito individual, exigindo intervenção coletiva e difusa. De igual modo a atenção aos demais direitos sociais e individuais indisponíveis deve, sempre que possível, ultrapassar o caso concreto e ampliar-se para a solução das causas de violação em escala.

c) direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos preponderantes, em que estariam as atribuições em saúde pública, meio ambiente, habitação e urbanismo, consumidor, patrimônio público, fundações e terceiro setor, "custos legis" em matéria cível e Juizados Especiais Cível e da Fazenda Pública, e atendimento ao público.

Novamente, trata-se de proposta firmada com base em aproximações e preponderância de interesses, já que todas estas atribuições possuem perspectivas relacionadas com liberdades individuais, direitos sociais e individuais indisponíveis. Com efeito, em matéria, por exemplo, de saúde pública tem-se que a garantia de um determinado tratamento não se limita à dimensão do direito difuso ou coletivo, exigindo que se equacione também situações individuais trazidas ao sistema de justiça. No mesmo sentido, uma ação para proteção ao patrimônio público não raro envolve, para além da proteção do direito difuso e coletivo considerado, a limitação de liberdades, direitos civis e políticos de pessoas que cometeram ilegalidades.

Em arremate, relevante sinalar que não se olvida que a realidade concreta do Ministério Público de cada ente federativo ensejará também outros recortes de distribuição de encargos, em especial diante do avanço no estabelecimento de grupos de atuação regional ou especializada, mas propõe-se, a partir do presente ensaio, uma linha norteadora com vistas a promover maior equilíbrio na distribuição de atribuições dos membros do *Parquet* pelas Administrações Superiores de cada Instituição.

5. Conclusão

O tema da necessidade de se encontrar pontos que garantam maior equilíbrio na distribuição das atribuições nas diversas unidades do Ministério Público é de grande inquietação para as Corregedorias-Gerais e Nacional do *Parquet*, assim como preocupa os membros da Instituição de uma maneira geral.

Por esta razão, e a partir, mormente, do empirismo extraído das atividades inspecionais e correicionais (art. 130-A, § 3º, II, da CF/88), dedicou-se o presente ensaio à construção, sem esgotá-los, de critérios que garantam, não de forma absoluta e estanque, maior equilíbrio entre as funções desempenhadas pelos diversos órgãos de execução do Ministério Público, contribuindo, assim, especialmente, para a função típica orientadora das Corregedorias do Ministério Público.

Evidentemente, referida problemática toca de modo sensível àqueles casos em que se faz necessária a cumulação de diversas atribuições em cada um dos órgãos de execução, o que se verifica naquelas unidades ministeriais alocadas nas denominadas comarcas de entrância inicial, intermediária e final (de pequeno porte) – forma de organização judiciária ainda corrente na maioria dos Estados da Federação.

Outro ponto a ser levado em consideração na busca da fixação dos aludidos critérios de uniformização mínimos concerne ao necessário reconhecimento da importância constitucional das atribuições extrajudiciais do Ministério Público, em sintonia, aliás, com as linhas mestras da Carta de Brasília, aprovada durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, em setembro de 2016. Tal reconhecimento reclama a utilização de parâmetros, na construção do desejado equilíbrio de atribuições ministeriais, que contemplem tanto a atividade judicial como a extrajudicial desempenhada pelo *Parquet.*

Diante disso, tendo-se como ponto referencial inicial do estudo em comento a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná (LCE n. 85/1999), a par de alterações legislativas que se evidenciem relevantes, imperioso, de plano, se proceda a uma filtragem hermenêutico-constitucional das atribuições previstas em cada um dos estatutos jurídicos dos

Ministérios Públicos brasileiros. Foi o que se verificou, *e.g.*, com a previsão na Lei Orgânica do Ministério Público araucariano, de forma individualizada, de atribuições "em matérias constitucionais" (art. 68, I), havendo detalhamento, ainda que de forma exemplificativa, de áreas como a educação, a saúde, o saneamento e a habitação. Ora, bem se viu que atribuições em matéria constitucional remontam praticamente a todas as funções entregues pelo Constituinte de 1988 ao Ministério Público, não se revelando de melhor técnica aquela catalogada no texto da Lei Complementar Estadual n. 85/1999.

Nesse mesmo passo, outras atribuições previstas em lei estão a reclamar interpretação conforme a Constituição, bem como algumas de inquestionável relevância, como a promoção da igualdade de gênero, não se encontram no rol legal de atribuições – ao menos na Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná.

Com o norte de garantir que as atribuições legais do Ministério Público sejam reinterpretadas sob o enfoque do perfil constitucional destinado à Instituição, propôs-se o cotejo daquelas com as funções constitucionais previstas no art. 127, *caput*, da CF/88 (defesa da ordem jurídica, defesa do regime democrático e defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis). No caso do Ministério Público do Estado do Paraná, a partir de tal critério, das 23 (vinte e três) atribuições previstas na Lei Orgânica respectiva, chegou-se a 20 (vinte) atribuições após a filtragem constitucional.

Passo seguinte, foi proposta uma análise correlativa entre as atribuições do Ministério Público com as gerações ou dimensões de direitos e a transindividualidade dos direitos. Especificamente quanto às atribuições judiciais do Ministério Público, necessário, ainda, relacionar os três grandes grupos de matérias de intervenção ministerial (matéria criminal, direitos sociais e individuais indisponíveis e direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos) – vistos em sua preponderância – com os cinco modelos de varas judiciais básicas (Varas e Juizados Especiais Criminais e de Execução Penal, Vara da Infância e Juventude, Família e Registros Públicos e Vara e Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública).

Diante das bases expostas, propõe-se, em síntese, sem pretensão de esgotamento da questão, divisão de atribuições nos seguintes moldes, ressaltando-se sempre a observância da preponderância do interesse em jogo:

a) Direitos de liberdade e civis preponderantes relacionados com a persecução criminal, contemplando atribuições criminais, de execução penal, de controle da atividade policial e Juizado Especial Criminal;
b) Direitos sociais e individuais preponderantes, contemplando atribuições na área da criança e do adolescente, do idoso, da pessoa com deficiência, de direitos

humanos, de família, de educação, de registros públicos e de atendimento ao público.

c) Direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos preponderantes, contemplando atribuições em saúde pública, meio ambiente, habitação e urbanismo, consumidor, patrimônio público, fundações e terceiro setor, "custos legis" em matéria cível e Juizados Especiais Cível e da Fazenda Pública.

Com tais contornos, entende-se estar emprestando, senão solução para a crônica problemática da justa distribuição de atribuições entre os órgãos de execução do Ministério Público, algumas luzes norteadoras que proporcionem maior equilíbrio e justeza na distribuição dos serviços ministeriais.

6. Referências Bibliográficas

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRITTO, Carlos Ayres. **Teoria da Constituição.** 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Ministério Público e a Defesa do Regime Democrático**. Artigo publicado na revista Justitia, do Ministério Público de São Paulo, vol. 179-180, p. 139 e ss., jul.-dez. 1997, disponível em: http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/mpedemocracia.pdf.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Comentários à Constituição do Brasil**. CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgand; STRECK, Lenio Luiz; e LEONCY, Léo, Ferreira (Org.). São Paulo: Saraiva, 2013.

"OFERECIMENTO DOS CARGOS VAGOS DOS MEMBROS DO MP: DISCRICIONARIEDADE OU DEVER LEGAL? UMA REFLEXÃO SOBRE O ART. 62 DA LEI 8.625/1993"

ÁREA DE INTERESSE: POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA

SALOMÃO ISMAIL FILHO[1]

SUMÁRIO. I. Introdução. II. Justificativa. III. Conclusões. IV. Proposta de enunciado. Referências.

I-INTRODUÇÃO

O provimento dos cargos vagos dos membros do Ministério Público dos Estados Federados é sempre um tema sensível, ao mesmo tempo importante, para os membros interessados e para a própria sociedade.

Mas, em que momento deve haver tal provimento? Seria necessário obedecer a uma ordem de vacância? O Procurador-Geral de Justiça e o Conselho Superior do respectivo MP poderiam indicar livremente os cargos que entender mais relevantes, sem qualquer justificativa? Trata-se, pois, de um tema de interesse somente interno, corporativo, ou de um assunto de interesse público, envolvendo a sociedade do local onde há um cargo vago de membro do Ministério Público?

Apresentar reflexões e propostas sobre tais questionamentos, a partir de uma exegese revigorada do art. 62 da Lei 8.625/1993, é o objetivo desta tese jurídica.

II-JUSTICATIVA

Primeiramente, é necessário verificar como a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados da Federação brasileira (LONMP) trata o assunto. A propósito, dispõe o art. 62 da Lei 8.625, de 12.02.1993:

> "Art. 62. Verificada a vaga para remoção ou promoção, o Conselho Superior do Ministério Público expedirá, no prazo máximo de sessenta dias, edital para preenchimento do cargo, salvo se ainda não instalado".

Seguindo as mesmas linhas da LONMP, as leis complementares dos MP´s dos Estados costumam reproduzir tal dispositivo. A propósito, dispõe o art. 45, § 4º, da Lei Complementar Estadual 12, de 27.12.1994 (Lei Orgânica do Ministério Público de Pernambuco), renumerado pela LCE 357/2017:

> "§ 4º Verificada a existência de vaga para promoção ou remoção, o Conselho Superior do Ministério Público expedirá, no prazo máximo de sessenta dias, edital para preenchimento do cargo, salvo se ainda não instalado".

Ora, à luz de tal legislação, por se constituir em um dever legal, a regra é o oferecimento do cargo vago há mais de 60 dias, salvo se ainda não instalado, pelo Conselho Superior do respectivo MP Estadual, respeitada a ordem de vacância.

Dentro de tal contexto, Decomain (2011, p. 747) alerta que, em razão do art. 62 da LONMP, no caso de descumprimento do prazo, torna-se cabível até mesmo a impetração de mandado de segurança para que a omissão seja sanada.

Deveras, não se trata somente de um interesse dos membros da instituição, mas e principalmente, de um direito fundamental da sociedade do local onde será provido o cargo vago de membro do MP; o direito de ter, atuando em benefício do Povo daquela região, um membro titular, o qual promoverá a defesa do regime democrático; da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988), na condição de agente político de transformação social e indutor de políticas públicas.

De outra banda, o provimento dos cargos vagos, de forma objetiva, na carreira do Ministério Público, atende e dá cumprimento ao Princípio do Promotor Natural, consagrado no art. 5º-LIII da Magna Carta.[1075]

Evidentemente, é aceitável que dificuldades concretas poderão ocorrer e impedir o oferecimento de todos os cargos em um único momento: crise econômico-financeira, impactando no orçamento da instituição; alterações promovidas pelo Poder Judiciário (criação ou extinção de novas varas ou comarcas); dificuldades de nomeação de novos membros; atraso na conclusão de concurso público etc.

[1075] *Art. 5º. (...) LIII-ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*.

Paralelamente, sabe-se que a movimentação na carreira dos membros do MP impõe mudanças de rotinas e alterações dos serviços administrativos das Promotorias (principalmente) e Procuradorias de Justiça, bem como da própria vida pessoal dos membros (mudança de cidade; locação de imóvel, transferência escolar de filhos etc.), admitindo-se, assim, um espaço de tempo para adaptação à nova realidade.

Em 14.10.2014, o Conselho Nacional do Ministério Público (BRASIL, 2014), nos autos dos procedimentos de controle administrativo nº 1172/2014-12 e nº 1208/2014-50, decidiu que regra do art. 45 da LCE 12/1994 c/c o art. 62 da Lei 8.625/1993, pode até ser mitigada, mas a Administração Superior do MP deve proferir decisão fundamentada, quando deixar de oferecer cargo vago há mais de 60 dias.

Defende-se, nesta tese, que tal fundamentação deve ser a mais específica possível, justificando o Conselho Superior, a respeito de cada cargo, explicando, enfim, porque ele não foi oferecido naquela movimentação da carreira. Além disso, tal justificativa deve ser publicada no Diário Oficial do respectivo Ministério Público, para que os membros e toda a sociedade local tomem conhecimento da decisão administrativa.

Ou seja, oferecer o cargo vago, atendendo ao interesse público do seu provimento, é obrigação legal da Administração Superior do MP e não ato discricionário. Se, no entanto, não for possível, deve o Procurador-Geral de Justiça, ouvido o Conselho Superior, apresentar, para a sociedade e para os membros, as justificativas pelas quais determinado cargo vago não foi oferecido para provimento.

De fato, o oferecimento do cargo vago para seu provimento, reitere-se, não é ato discricionário do PGJ ou mesmo do CSMP. É dever legal, porque envolve direito difuso e fundamental da sociedade de ter um membro titular, dedicando-se da melhor forma possível à sua defesa, enquanto agente político de transformação social. Constitui-se, ainda, em um direito dos membros interessados, no sentido de saber o porquê do não oferecimento de determinado cargo.

Ainda mais: não oferecer um cargo vago e sequer justificar, para a sociedade e para os membros, é ato de império, abusivo, o qual viola o dever constitucional da Administração Pública de fundamentar os seus próprios atos (art. 93-X da CF/1988 c/c os arts. 48 e 50 da Lei 9.784/1999).

Deveras, ainda que se tratasse do exercício de uma atribuição discricionária, a liberdade de atuação do gestor público não é absoluta e depende de uma conexão ou

conformação com o texto legal e constitucional, principalmente quando se tratar de questão de direitos fundamentais.

Afinal, a Constituição, enquanto o resultado de um pacto racional entre os poderes políticos, impõe aos agentes públicos o exercício de suas atribuições conforme os valores nela consagrados, máxime a dignidade humana (POLICASTRO, 2011, p. 191-192), e, dentro de tal lógica, justificar, para a sociedade, as razões de decisões administrativas que envolvem interesses ou direitos de outrem não é apenas uma questão de transparência, mas também de moralidade.

Nesse passo, como poderia ocorrer o oferecimento dos cargos vagos, na carreira do MP dos Estados, respeitadas as peculiaridades da legislação local, à luz dos parâmetros até o momento expostos?

A cada 60 dias do cargo vago não oferecido, salvo aqueles ainda não instalados, se não foi ele oferecido para promoção ou remoção, deve haver uma justificativa do PGJ, avaliada pelo CSMP, explicando porque aquele cargo não foi ofertado para movimentação da carreira. Por se tratar de um interesse público (da sociedade local de ver um membro do MP titular atuando em sua defesa), tal justificativa deve ser publicada no Diário Oficial do Ministério Público, como já se pontuou.

Em tal momento, deve a Administração Superior aferir a viabilidade de extinguir ou transformar as atribuições do referido cargo vago, acaso não seja ele oferecido, sob o argumento de pouca movimentação processual ou procedimental.

No momento em que a Administração Superior decidir oferecer cargos para remoção ou promoção, deverá fazê-lo oferecendo todos os cargos vagos, observada a ordem de vacância e os critérios de remoção ou promoção previstos em lei. Se, à luz das justificativas mencionadas anteriormente, não for possível o oferecimento de alguns cargos, que exista a devida justificativa para cada situação.

Ainda assim, quando da movimentação na carreira, observados os parâmetros supramencionados, inclusive de ordem de vacância, sempre que possível, devem ser consideradas, as metas do planejamento estratégico da Instituição, priorizando-se, para oferecimento, cargos de tutela do patrimônio público; infância e juventude; Promotorias do Júri etc.

É razoável, também, que o PGJ, em harmonia com o CSMP, venha a fixar, por exemplo, uma data anual para movimentação da carreira (remoção e promoção), desde que todos os cargos vagos sejam oferecidos. Mencione-se, ainda, que tal data deverá ser a mais

distante possível dos períodos eleitorais do Ministério Público, para evitar a politização, direta ou indireta, do relevante ato de movimentação na carreira dos seus membros.

Lembre-se, ainda, que tal movimentação na carreira precisa estar conectada a uma gestão orçamentária e administrativa direcionada à permanente renovação dos quadros da instituição mediante concurso público (obrigação legal, nos termos do art. 59, § 1º, da Lei 8.625/1993)[1076] e a uma política de estímulo/valorização à carreira ministerial, mediante estrutura das sedes, máxime as mais distantes da capital; revisão/atualização das atribuições dos membros, além de critérios claros e objetivos para a definição dos editais de remoção e promoção.

III-CONCLUSÕES (SÍNTESE DOGMÁTICA)

4. O provimento dos cargos vagos, mediante regras transparentes e critérios objetivos, na carreira do Ministério Público, constitui-se em um dever legal da sua Administração Superior, além de atender e dar cumprimento ao Princípio do Promotor Natural, consagrado no art. 5º-LIII da Magna Carta.

   4.1. Não se trata se trata somente de um interesse dos membros da instituição, mas também de um direito fundamental e difuso da sociedade local de ter, atuando em benefício do Povo daquela região, um membro titular, o qual promoverá a defesa do regime democrático; da ordem jurídica e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput*, da CF/1988), na qualidade de agente político de transformação social.

5. Nos termos do art. 62 da Lei 8.625/1993, o Conselho Superior do respectivo MP deve oferecer todos os cargos vagos, observada a ordem de vacância, expedindo edital no prazo máximo de 60 dias, salvo impossibilidade devidamente justificada, de forma específica e por cargo, explicando porque não foi ele ofertado. Tal justificativa deve ser publicada no Diário Oficial do Ministério Público.

   5.1. É razoável que o PGJ, em harmonia com o CSMP, venha a fixar uma data anual para movimentação da carreira (remoção e promoção), desde que todos os cargos vagos sejam oferecidos. Tal data deverá ser a mais distante possível dos períodos eleitorais do MP, para evitar a politização, direta ou indireta, do relevante ato de movimentação na carreira dos membros.

[1076] *É obrigatória a abertura do concurso de ingresso quando o número de vagas atingir a um quinto dos cargos iniciais da carreira.*

6. A movimentação na carreira dos membros do Ministério Público precisa estar conectada a uma gestão orçamentária e administrativa direcionada à permanente renovação dos quadros da instituição, mediante concurso público (obrigação legal, nos termos do art. 59, § 1º, da Lei 8.625/1993), e a uma política de estímulo/valorização à carreira ministerial, através da estrutura das sedes, máxime as mais distantes da capital; revisão/atualização das atribuições dos membros, além de critérios claros e objetivos para a definição dos editais de remoção e promoção.

IV-PROPOSTA DE ENUNCIADO

1.Conforme os arts. 5º-LIII e 127, *caput*, da CF/1988 c/c o art. 62 da Lei 8.625/1993, o provimento dos cargos vagos, mediante regras transparentes e critérios objetivos, na carreira do Ministério Público, constitui-se em um dever legal da sua Administração Superior e em um direito fundamental da sociedade local, devendo o Conselho Superior do respectivo MP oferecer todos os cargos vagos, observada a ordem de vacância, expedindo edital no prazo máximo de 60 dias, salvo impossibilidade devidamente justificada, de forma específica e por cargo, sendo ela publicada no Diário Oficial do MP.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Conselho Nacional do Ministério Público. Acórdão nos autos do PCA nº 1172-12 e nº 1408/2014-50, rel. Cons. Esdras Dantas. Brasília, 14.10.2014. Disponível em: <http://aplicativos.cnmp.mp.br/consultaProcessual/consultaProcesso.seam>. Acesso em: 1º.07.2019.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público:** Lei nº 8.625, de 12.02.1993, 2ª ed. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público:** organização, atribuições e regime jurídico, 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

POLICASTRO, Pasquale. Dignidad de la persona y principios constitucionales en la época de la globalización. Traducción de Maria Rachwal. **Persona y Derecho:** Revista de fundamentación de las instituiciones jurídicas y de derechos humanos, Universidad de Navarra, Pamplona, nº 64, p. 191-192, jan./jun. 2011.

TESE DE POLÍTICA INSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA
ATENDIMENTO AO PÚBLICO COMO EXERCÍCIO DA CIDADANIA

Janine Borges Soares[1]

SÍNTESE DOGMÁTICA:

Trata-se de tese apresentada para o Congresso Nacional do Ministério Público que tem como objetivo principal fomentar, a nível nacional, a reflexão sobre a importância, a complexidade e a interdisciplinaridade do serviço de atendimento ao cidadão no âmbito do Ministério Público, num movimento em direção ao que já está sendo estudado no Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), onde tramita proposta de Resolução de Política Nacional de Atendimento.

A nível estadual, a tese propõe que a legislação institucional e as práticas do serviço de atendimento ao cidadão do Estado do Rio Grande do Sul sejam reavaliadas, buscando-se o cumprimento das metas do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) e da Gestão Estratégica do Ministério Público do Rio Grande do Sul (GEMP 2022).

Sob a ótica do respeito aos direitos humanos, pretende-se contribuir especialmente com a validação dos princípios da democracia, da igualdade e da dignidade da pessoa humana, propondo, através do serviço de atendimento ao cidadão, o aprimoramento do exercício da cidadania dentro da instituição Ministério Público, como forma eficaz e resolutiva de promover justiça e transformação social.

EMENTA:

Priorizar o serviço de atendimento ao cidadão, através de políticas institucionais que contemplem a complexidade da questão, é medida essencial para promover justiça e fomentar o exercício da cidadania dentro do Ministério Público.

1 INTRODUÇÃO

Em 1997, o Ministro da Educação francês Claude Allègre propôs ao sociólogo Edgar Morin a participação num conselho cujo objetivo era elaborar sugestões para o ensino científico, através de jornadas temáticas. Desse conselho resultou a Edição do livro "O Desafio do Século XXI: Religar os Conhecimentos"[1077], que contém em suas primeiras páginas referência de Morin[1078] no sentido de que o grande desafio da globalidade é

> [...] a inadequação cada vez mais ampla, profunda e grave entre, por um lado, um saber fragmentado em elementos disjuntos e compartimentado nas disciplinas, por outro, realidades multidimensionais, globais, transnacionais, planetárias, problemas cada vez mais transversais, pluridisciplinares, até mesmo transdisciplinares.

Essas jornadas temáticas se propuseram a enfrentar os dois grandes desafios do conhecimento no terceiro milênio, o da globabilidade e o do aumento ininterrupto dos saberes, partindo do pressuposto de que não há mais espaço para o saber fragmentado.

As funções institucionais do Ministério Público, previstas no art. 127, "caput", da Constituição Federal, mantém relação estreita com a necessidade de se prestar um atendimento ao público capaz de atender a essa demanda da hipermodernidade, estudada nas referidas jornadas temáticas. Uma instituição que tem como dever constitucional a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis é sem dúvida aquela que deve estar não só de portas abertas, mas também preparada para receber o cidadão e para ouvir suas mais variadas demandas, compreendendo a pluralidade, a multiculturalidade e a interseccionalidade da questão.

Esse cidadão que procura o Ministério Público traz consigo uma carga de complexidade que rompe os limites do direito como ciência puramente jurídica. Para atendê-lo, o preparo necessário tanto dos membros quanto dos servidores ultrapassa o conhecimento compartimentado da ciência jurídica, rumo a conflitos que exigem a interlocução com outras áreas do conhecimento tais como história, psicologia, antropologia, política, criminologia, etc.

A qualidade desse atendimento, que deve ser capaz de conferir tranquilidade social e, ao mesmo tempo, transmitir confiança nas instituições, está ligada tanto com a estrutura do serviço, quanto com a capacitação daqueles que atuam no atendimento.

[1077] MORIN, Edgar. *O desafio do século XXI*: religar os conhecimentos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.
[1078] Ibid., p 10.

Por mais individualista que seja o homem moderno, ele diariamente é confrontado com as necessidades e urgências do mundo social, do setor público. Ele sofre com as demandas de uma sociedade hedonista, coisificada, presenteísta, veloz, violenta e, por muitas vezes, desigual. Confrontado com a crueza dessa sociedade, e com a multiplicidade dos problemas, o sujeito procura o Ministério Público levando suas demandas, buscando soluções, na urgência de acreditar numa instituição democrática capaz de acolhê-lo.

Porém, é desconfortável procurar ajuda, implica em se expor, em reconhecer e aceitar a necessidade de buscar soluções muitas vezes incompreensíveis, ir atrás da informação. Implica ter voz, ser atendido, ganhar visibilidade social. Segundo Bachelard[1079] "Em face do mundo real, pode-se descobrir em si mesmo o ser da inquietação. Somos então jogados ao mundo, entregues à inumanidade do mundo, à negatividade do mundo, o mundo é então o nada do humano." É nesse contexto que surge a necessidade de se adaptar à realidade. "As exigências de nossa *função real* obrigam-nos a adaptar-nos à realidade, a constituir-nos como uma realidade, a fabricar obras que são realidades."[1080]

Se considerarmos que esse público que busca acolhimento é a própria representação da pluralidade social, uma vez que inclui indivíduos de todas as etnias, classes sociais e gêneros, verifica-se que para atender as demandas das diferentes pessoas com os mais diversos perfis, problemas e questões, é necessário vasto embasamento teórico, emocional, técnico e estrutural.

Ao entrar nos prédios do Ministério Público o cidadão precisa encontrar tanto o espaço físico adequado – ambiente acolhedor com um bom esquema de segurança e de informática que empreste agilidade ao atendimento – quanto uma equipe organizada e estruturada para receber uma demanda que vem permeada de dúvidas, aflições e desejos.

Aquilo que Bauman[1081] chama de fluidez da modernidade afetou também as instituições contemporâneas, que precisam se adaptar constantemente a um mundo em movimento. Nessa realidade elástica, do mundo da velocidade, está o indivíduo que, conforme Dumond,[1082] passou a ser o valor supremo e que, de acordo com Romam[1083] conquistou sua liberdade, mas que ainda se constitui com muitas vulnerabilidades.

[1079] BACHELARD, Gaston. *A poética do /devaneio.* São Paulo: Martins Fontes, 1988. p. 13.
[1080] BACHELARD, op cit.
[1081] BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
[1082] DUMONT, Louis. *O individualismo*: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.
[1083] ROMAN, Joël. Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno. In: MORIN, Edgar (Org.). *A sociedade em busca de valores.* Lisboa: Piaget, 1996.

Despreparado frente aos inúmeros problemas sociais, esse cidadão procura o Ministério Público que precisa estar pronto para atendê-lo, no cumprimento de sua missão constitucional.

Pensando na complexidade das questões suscitadas, o objetivo dessa tese é pensar formas de melhoria do atendimento ao cidadão que busca acolhida no Ministério Público Estadual, no Rio Grande do Sul.

2 BREVE APRESENTAÇÃO DAS NORMAS LEGAIS RELACIONADAS AO ATENDIMENTO AO CIDADÃO

No Ministério Público do Rio Grande do Sul, o atendimento ao cidadão está regulamentado pela Ordem de Serviço Nº 04/2012[1084] (diretrizes e instruções do Serviço de Informação e Atendimento ao Cidadão (SIAC)) e pelos Provimentos Nº 44/2007[1085] e Nº 25/2013[1086] (relativos aos Oficiais do Ministério Público), que são os responsáveis pelo serviço de atendimento), e pelo Provimento Nº 117/2012[1087] (Ministério Público na Estrada, que trata dos serviços prestados através do trabalho itinerante feito com o ônibus da instituição).

Cabe ao SIAC coordenar os serviços de: Atendimento ao Público, Pedidos de Certidões, Denúncias, Solicitações de Informações e Ministério Público na Estrada. Faz parte da estrutura do SIAC a Central de Diligências e Atendimento ao Cidadão (CDAC), na qual estão lotados os Oficiais do Ministério Público, cabendo ressaltar, ainda, que o serviço de atendimento possui interlocução com o Serviço de Informação, Ouvidoria, Transparência e Dados Abertos.

De acordo com a legislação supra referida o atendimento ao público no Estado do Rio Grande do Sul é feito pelos Oficiais do Ministério Público, que também trabalham na Central de Diligências, num sistema de revezamento.

[1084] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Ordem de Serviço Nº04/2012*. Dispõe sobre as diretrizes e instruções do SIAC – Serviço de Informação e Atendimento ao Cidadão. Porto alegre, 2012a. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/ordens-de-servico/6395/. Acesso em: 17 jul. 2019.

[1085] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Provimento Nº 44/2007*. Cria a Unidade Central de Distribuição e Diligências, e dá outras providências. Porto Alegre, 2007. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/. Acesso em: 17 jul. 2019.

[1086] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Provimento Nº 25/2013*. Altera a denominação da Unidade Central de Distribuição e Diligências – UCDD e sua vinculação na estrutura administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça, e dá outras providências. Porto Alegre, 2013. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/. Acesso em: 17 jul. 2019.

[1087] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Provimento Nº 117/2012*. Institui no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul o "MP na Estrada", e dá outras providências. Porto Alegre, 2012b. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/. Acesso em: 17 jul. 2019.

No Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) tramita proposta de Resolução de Política Nacional de Atendimento, apresentada em 24/04/2018, de iniciativa do Conselheiro Ouvidor, Dr. Erick Venâncio Lima do Nascimento, que já tem parecer favorável do relator e aguarda votação, e que se fundamenta nos princípios da democracia, da dignidade, da igualdade, da efetividade, da informação, da transparência, da urbanidade, da cordialidade, da boa-fé, da racionalidade, da responsabilidade, da padronização, da simplificação e da facilitação de procedimentos, da gratuidade, da informalidade e da colaboração institucional.

Refere o Conselheiro Nacional Erick Venâncio Lima do Nascimento[1088] que a "proposta tem a nobre missão de inserir o Ministério Público Brasileiro em um grande movimento não só nacional, mas mundial, que coloca o cidadão como o grande centro das reflexões e ações dos governos e instituições".

As normativas atuais do CNMP a respeito da matéria consistem no seguinte: Manual de Atendimento à Sociedade – elaborado pela Ouvidoria Nacional (02/08/2017); Direito à Informação: O Papel do Ministério Público e a Importância do Controle Social (15/05/2017),[1089] e Recomendação de Caráter Geral do CNMP Nº 01, de 26/05/2017 – participação das Ouvidorias nos cursos de formação dos membros do Ministério Público,[1090] além da cartilha João Cidadão: um jeito simples de entender seus direitos (30/12/2016)[1091].

3 OBJETIVOS DO PROJETO

Analisando-se as normas do CNMP e o Projeto de Política Nacional de Atendimento ao Público do Conselheiro Ouvidor já mencionados, em conjunto com a legislação do Ministério Público do Rio Grande do Sul, conclui-se pela necessidade de revisão das normas legais e da melhoria no serviço de atendimento ao cidadão nesse Estado do Rio Grande do Sul.

[1088] Proposta de Resolução sobre Política Nacional de Atendimento ao Público no âmbito do Ministério Público, de 24/04/2018.

[1089] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Direito à informação*: o papel do ministério público e a importância do controle social. Porto Alegre, 2017a. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/10301-direito-a-informacao-o-papel-do-ministerio-publico-e-a-importancia-do-controle-social. Acesso em: 17 jul. 2019.

[1090] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Recomendação de Caráter Geral nº 01, de 26 de maio de 2017*. Dispõe sobre a participação das Ouvidorias nos cursos de formação dos membros do Ministério Público. Porto Alegre, 2017b. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

[1091] CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Cartilha João Cidadão*: um jeito simples de entender seus direitos de 30 de dezembro de 2016. Porto Alegre, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9649-joao-cidadao-um-jeito-simples-de-entender-seus-direitos.Acesso em: 17 jul. 2019.

O Ministério Público do Rio Grande do Sul, no último Mapa Estratégico - GEMP 2022[1092] - definiu como missão primeira "Ser reconhecido como instituição efetiva na transformação da realidade social e protetora dos direitos fundamentais". Um bom atendimento, como serviço essencial, insere-se nesse contexto como uma das formas de se alcançar esse objetivo. O atendimento ao público é a porta de entrada do Ministério Público, e para ele devemos voltar nossos olhares, a fim de que, como proposto no Projeto do CNMP, o cidadão seja o foco central da instituição.

Esse processo implica buscarmos avançar, revendo pontos da legislação estadual, tendo como norte as diretrizes do CNMP, indo em direção à meta da padronização nacional, bem como aperfeiçoando a estrutura, o trabalho e a equipe envolvida. Isso será possível a partir da validação de boas práticas já consolidadas no Rio Grande do Sul e em outros estados – destacando-se como exemplo também a Política Estadual de Atendimento ao Público do Ministério Público do Paraná[1093] - , ao que devem se somar as mudanças necessárias.

Assim, os objetivos desse projeto de melhoria do atendimento ao cidadão no âmbito do Ministério Público do RS são: revisão da legislação institucional atinente à matéria (provimentos, portarias, resoluções, etc.) e aperfeiçoamento do SIAC, como forma de fortalecimento do exercício da cidadania dentro da instituição, com foco na meta de cumprir a missão institucional do GEMP 2022, estabelecendo-se também uma política de priorização do serviço de atendimento ao público que corresponda às diretrizes do CNMP.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O cidadão acostumou-se a compartimentar sua vida em duas esferas, a pública e a privada. Castan[1094] refere que Telleyrand já dizia:

[1092] RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. *GEMP 2022*: Gestão Estratégica do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/noticias/16718/. Acesso em: 17 jul. 2019.
[1093] PARANÁ. Ministério Público. *Resolução 1.711/2019*. Dispõe sobre a Política de Atendimento ao Público no Âmbito do Ministério Público do Paraná. Curitiba, 2019. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/normatizacoes/Resolucao_1711_19.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.
[1094] CASTAN, Nicoli. O público e o particular. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (Org.). *História da vida privada, da renascença ao século das luzes.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991. p. 413.
[1094] CASTAN, op cit.

> A vida do cidadão deve ser murada': o muro da vida privada, evidentemente. Mas o que tal muro demarca? Para quem vive atualmente não existe ambiguidade: de um lado, um porto de paz, refúgio familiar na essência, mas também local de eleição das amizades e das liberdades. Do lado de fora, as coerções da vida pública, a disciplina do trabalho globalmente hierarquizado, o rigor dos envolvimentos de todo tipo.

Nessa fronteira público/privado encontra-se a necessidade de sair do conforto e da segurança do privado para enfrentar as vicissitudes do mundo público, burocratizado, exigente, muitas vezes impaciente e despreparado. Ainda conforme Castan[1095] "Por certo, tal dicotomia valoriza os encantos do domínio privado, incansavelmente ameaçado pela usurpação fatal das exigências públicas".

É possível pensar que o cidadão, aquele indivíduo conceituado por Dumont,[1096] quando vai ao Ministério Público em busca de atendimento, está levando para o setor público, para a esfera pública da sua vida, problemas e situações que não conseguiu resolver no âmbito privado, o que por si só lhe causa constrangimento e desconforto.

Ao exercer essa parcela da sua cidadania, o indivíduo[1097] terá que expor a situação que lhe aflige, na esperança de ser acolhido, atendido e de encontrar a solução e/ou os encaminhamentos para suas demandas. Entretanto, nas suas dificuldades como sujeito social, sujeito de direitos na concepção do direito (art. 1º do Código Civil), como aquele que se relaciona com o coletivo, precisará não só da competência técnico-administrativa da instituição que estará lhe recebendo. Como lecionam Gagliano e Pamplona Filho[1098], "Personalidade jurídica é a aptidão genérica para titularizar direitos e contrair obrigações, ou, em outras palavras, é o atributo para ser sujeito de direito." Nessa condição de sujeito de direitos, com personalidade jurídica, como ser social, o cidadão precisa também de uma parcela de empatia e de conhecimento multidisciplinar por parte de quem o recebe.

Assim, o indivíduo demanda competência de ordem mais técnica, enquanto que o sujeito está carente de respeito e de uma atenção e de um olhar mais direcionado para sua condição de pessoa humana, cuja dignidade é pilar constitucional previsto no art. 1º, incisos III, da Constituição Federal.

Cabe salientar ainda que o serviço de atendimento ao cidadão ultrapassa também os limites da relação indivíduo/sujeito/Ministério Público, pelas interfaces que tem com outras instituições (Poder Executivo, Poder Legislativo, Poder Judiciário, Defensoria

---

[1095] CASTAN, op cit.
[1096] DUMONT, 1985.
[1097] Ibid.
[1098] GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. p. 63.

Pública, Polícia Civil e Militar, Terceiro Setor, etc) que são inerentes ao serviço e às demandas de múltiplo e ilimitado aspecto. Nessa seara também é importante aprimorar o serviço de atendimento como forma de estreitar e qualificar a relação com outras instituições, essenciais para que o Ministério Público possa cumprir seu *mister*.

Por fim, pode-se concluir dizendo que a problemática lançada por essa tese é pensar de forma articulada e mediante projetos interinstitucionais e interdisciplinares, as possibilidades de o Ministério Público do Rio Grande do Sul continuar aprimorando seus serviços de atendimento ao cidadão para atender a essa demanda social de forma cada vez mais ágil e eficiente. Quais as melhorias possíveis e necessárias? Buscar as respostas para essas perguntas é o objetivo dessa tese.

REFERÊNCIAS

BACHELARD, Gaston. *A poética do /devaneio.* São Paulo: Martins Fontes, 1988.

BAUMAN, Zygmunt. *A modernidade líquida.* Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

CASTAN, Nicoli. O público e o particular. In: ARIÈS, Philippe; DUBY, Georges (Org.). *História da vida privada, da renascença ao século das luzes.* São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Provimento Nº 44/2007*. Porto alegre, 2007. Cria a Unidade Central de Distribuição e Diligências, e dá outras providências. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. *Ordem de Serviço Nº04/2012*. Dispõe sobre as diretrizes e instruções do SIAC – Serviço de Informação e Atendimento ao Cidadão. Porto alegre, 2012a. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/ordens-de-servico/6395/. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. *Provimento Nº 25/2013*. Altera a denominação da Unidade Central de Distribuição e Diligências – UCDD e sua vinculação na estrutura administrativa da Procuradoria-Geral de Justiça, e dá outras providências. Porto alegre, 2013. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. *Provimento Nº 117/2012*. Institui no âmbito do Ministério Público do Rio Grande do Sul o "MP na Estrada", e dá outras providências. Porto alegre, 2012b. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/legislacao/provimentos/. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. *Cartilha João Cidadão*: um jeito simples de entender seus direitos de 30 de dezembro de 2016. Porto Alegre, 2016. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/9649-joao-cidadao-um-jeito-simples-de-entender-seus-direitos.Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. *Direito à informação*: o papel do ministério público e a importância do controle social. Porto alegre, 2017a. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/10301-direito-a-informacao-o-papel-do-ministerio-publico-e-a-importancia-do-controle-social. Acesso em: 17 jul. 2019.

_____. *Recomendação de Caráter Geral nº 01, de 26 de maio de 2017*. Dispõe sobre a participação das Ouvidorias nos cursos de formação dos membros do Ministério Público. Porto alegre, 2017b. Disponível em: http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Recomenda.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

DUMONT, Louis. *O individualismo*: uma perspectiva antropológica da ideologia moderna. Rio de Janeiro: Rocco, 1985.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Manual de direito civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MORIN, Edgar. *O desafio do século XXI*: religar os conhecimentos. Lisboa: Instituto Piaget, 2001.

PARANÁ. Ministério Público. *Resolução 1.711/2019*. Dispõe sobre a Política de Atendimento ao Público no Âmbito do Ministério Público do Paraná. Curitiba, 2019. Disponível em: http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/normatizacoes/Resolucao_1711_19.pdf. Acesso em: 17 jul. 2019.

RIO GRANDE DO SUL. Ministério Público. *GEMP 2022*: Gestão Estratégica do Ministério Público do Rio Grande do Sul. Porto Alegre, 2008. Disponível em: https://www.mprs.mp.br/noticias/16718/. Acesso em: 17 jul. 2019.

ROMAN, Joël. Autonomia e Vulnerabilidade do Indivíduo Moderno. In: MORIN, Edgar (Org.). *A sociedade em busca de valores.* Lisboa: Piaget, 1996.

CONTROLE DE JURIDICIDADE DA REMOÇÃO INTERNA

Autor: Frederico Augusto de
Oliveira Santos
Mestre e
Doutor em Direito UFMG
Titular da 4ª. Promotoria de Justiça de Goiânia*

Proposta de Enunciado: O modelo do *compliance* revigora a atuação dos órgãos autônomos, para exercerem o controle de juridicidade sobre as cláusulas restritivas da isonomia dos editais de movimentação na carreira, como é o caso da Remoção Interna, modulada pelo exercício na comarca, não apenas com relação à legalidade, mas também difuso de constitucionalidade.

I. O exercício na comarca como eufemismo de cláusula restritiva da igualdade

A crítica feita ao instituto da Remoção Interna e a qualquer outro que, embora receba nome diverso (Opção, Relotação, Movimentação Interna, etc), conserve o mesmo regime jurídico de restrição do concurso de movimentação, mediante alteração do critério de antiguidade na carreira e/ou limitação dos potenciais candidatos, reside na introdução de classificação discrepante da regra da isonomia, sem qualquer fundamento na desigualdade do substrato fático que fundamentasse, pelo desequilíbrio empiricamente verificado, a compensação das desvantagens. O cerne da restrição na movimentação está na criação da Remoção Interna no Estado de Goiás com feições peculiares, em que se outorgou um privilégio aos membros lotados na comarca e, sub-repticiamente, ocorreu a subversão da posição no quadro de antiguidade pela adoção do exercício na comarca. Essa grave distorção no Ministério Público de Goiás é um defeito exemplar, que não se repete em nenhum outro Estado da Federação, ao lograr reunir em um mesmo instituto vícios de inconstitucionalidade

e ilegalidade. Aliás, eventual alteração do *nomen iuris*, mantendo o mesmo regime, apenas reforçaria o estigma da ilicitude, como novo sintoma de Desvio de Poder.

Muito mais do que uma exposição crítica, o libelo aqui apresentado concerne à incompatibilidade da Lei Complementar Estadual do Estado de Goiás n. 113/2014 com relação à cláusula constitucional da igualdade. Essa lei inovou o estatuto do Ministério Público brasileiro, criando a Remoção Interna, mediante a adoção de um eufemismo, para cláusula restritiva da isonomia, chamada "exercício na comarca". Essa limitação arbitrária não encontra respaldo no Princípio de Proporcionalidade, como método hermenêutico de ponderação do princípio da igualdade, de cuja demonstração depende a legitimidade da classificação discriminatória entre membros de mesma entrância. Basta prospectar no estatuto da Magistratura do Estado de Goiás, que trata de matéria correlata, sujeita, portanto, aos mesmos balanceamentos, que essa classificação dissonante da isonomia, apenas é admitida como critério subsidiário de desempate na antiguidade dentro da mesma entrância. Somente nessa circunstância essa classificação, distintiva da paridade jurídica entre membros de uma instituição, deixará de ser suspeita.

Para efeitos de mitigação da cláusula jurídica da igualdade, exige-se que a classificação criadora de desigualdade entre cidadãos deva ser avalizada por *compelling state interests*, o que nem remotamente se observa na concepção da Remoção Interna, até porque ela não sobreviveria ao primeiro filtro do exame do Princípio da Proporcionalidade (Adequação), haja vista a ausência de pertinência aos "interesses públicos necessários e inadiáveis". Antes, o que se observa é uma inconfessável gestão ineficiente do conhecimento organizacional, pois a expertise de membros, que se especializaram em determinada área do conhecimento e a sedimentaram pela *práxis*, vai se extraviar na carreira, pois a porta de entrada nas comarcas de maior entrância será aquela promotoria previamente enjeitada pelos colegas, que se removeram internamente, normalmente voltadas para uma rotina padronizada e trabalho menos artesanal. Tudo isso apenas para favorecer alguns privilegiados em detrimento de outros membros, alavancando-os na ordem de precedência na antiguidade pelo critério "exercício na comarca", sem qualquer reflexo no interesse público, cuja existência é indispensável para sopesar o requisito da Adequação. A Adequação precede às outras etapas cronológico-prejudiciais de depuração do Princípio da Proporcionalidade, como ferramenta metódica de ponderação dos valores em tensão, de modo que somente prosseguiremos no exame consecutivo das etapas de Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito, para dimensionar a disruptura do recorte da Remoção Interna na carreira e quiçá interesses corporativos amalgamados no modelo concebido em detrimento da isonomia entre membros.

Nesse diapasão, vale citar a recente alteração do Código de Organização Judiciária do Estado de Goiás (Lei Estadual 20.254/2018, art. 23). Mesmo no caso da Opção, que poderia bem servir ao propósito escuso de escamotear uma modalidade de movimentação na carreira, para ludibriar a posição no quadro geral de antiguidade, dever-se-ia, naquele estatuto, observar o critério de antiguidade na entrância, somente se admitindo o exercício na comarca como critério de desempate. Nessa perspectiva, poderíamos, desde que superado o filtro de *Adequação*, entender a Remoção Interna, como catalisadora de um suposto "interesse público" que autorizasse preliminarmente a mitigação do tratamento isonômico entre membros. Contudo, não poderíamos entender o instituto, como *Necessário*, cujo significado repousa sobre o equilíbrio da relação de custo-benefício. O alegado motivo de engessamento do fluxo da carreira não se resolve com uma estratégia incipiente de movimentação horizontal, mas sim a partir de uma abordagem vertical ligada a supressão de incentivos financeiros para adiamento de aposentadorias (abono de permanência e licença prêmio) e redução da idade compulsória, como alternativa menos onerosa para alcançar o escopo pretendido.

Supondo a existência de *Adequação* e *Necessidade* na regra da Remoção Interna e, a despeito da condescendência acadêmica com a metodologia cronológica e prejudicial dos requisitos do Princípio da Proporcionalidade, perseveramos no sentido de que ela, ainda assim, careceria do último requisito (*Proporcionalidade em sentido estrito)* para justificar o sacrifício do estatuto jurídico do regime da carreira, como cláusula pétrea e sua imunidade ao processo de reforma constitucional, para alcançar resultados medíocres no cotejo com o risco a que a Instituição se exporia. A *Proporcionalidade em sentido estrito*, todavia, não prevaleceria, considerando alternativa, menos onerosa e mais eficaz, que prestigiaria a carreira sem introduzir uma *fattispecie* nova, que atenderia essa correlação de meios a fins: o alargamento dos potenciais candidatos fora do círculo daqueles lotados na comarca, desde que fossem de igual escalão, permitindo o esgotamento da movimentação horizontal na mesma entrância, antes de abrir o Edital de Promoção, conforme já decidiu a Plenária do CNMP, proferida na Sessão Ordinária, realizada no dia 29 de janeiro de 2009, nos autos n.º 0.00.000769/2008-93. Esta mesma diretriz foi adotada pelos Ministérios Públicos do Mato Grosso e do Maranhão, tendo em vista a semelhança das redações entre os dispositivos contidos nas respectivas leis orgânicas que ensejaram a interpretação do CNMP, sempre sob o nivelamento da paridade dos membros pela entrância. Ou seja, o malfadado instituto, além de não preencher os quesitos de Adequação e Necessidade, carece do derradeiro filtro de congruência entre a classificação legislativa discriminatória e o fim a que se destina

(Proporcionalidade em Sentido Estrito) para autorizar a mitigação do princípio da igualdade na carreira.

II. A simetria entre os Estatutos do Ministério Público e da Magistratura e o regime das regras de movimentação na carreira

O arcabouço da movimentação na carreira dos membros do Ministério Público guarda simetria com os critérios e modalidades da Magistratura, que são estruturados de forma exauriente pela Constituição. Por ser de envergadura equivalente à Magistratura, o constituinte conferiu ao Ministério Público *status* de cláusula pétrea à medida que ele é instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, razão pela qual possui prerrogativas e garantias diferenciadas, como forma de zelar pela manutenção da ordem jurídica, do regime democrático e promoção dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Diante da relevância das atribuições conferidas (artigo 127, caput, da Constituição Federal), o constituinte originário conferiu eficácia limitada à norma constitucional de previsão de organização e atribuições de cada Ministério Público, conforme se lê do artigo 128, § 5º. Promovendo, então, uma interpretação sistemática dos artigos (127, caput e 128, § 5º), consta que o legislador ordinário deve plasmar o conteúdo da edição de leis com a arquitetura constitucional, cujo vertedouro é a eficácia dos comandos constitucionais e a preservação da função do *parquet* enquanto instituição permanente, diferenciada e com desenho constitucional próprio, dada a relevância da sua atuação. De que valeria todo o arcabouço constitucional para encapsular os direitos fundamentais contra a potestade do Estado e imunizá-los do Poder de Emenda, se a independência funcional do Ministério Público, como elemento sensível do órgão, pudesse ser esvaziado pela relativização das modalidades sucessivas e alternadas Remoção/Promoção, isto é, pela criação de uma terceira modalidade espúria, cuja inovação foi vedada, não só pela Constituição Federal, como também pelo art. 63 da Lei n. 8.625/1993? Aliás, somente porque não mudou o critério de antiguidade, do contrário ela não seria mais balizada pela mesma fórmula, admitindo variação semântica pela circunstância meramente acidental de lotação na comarca e tampouco a restrição dos candidatos àqueles lotados na comarca, o CNMP pôde, nos autos n.º 0.00.000769/2008-93, adotar o exaurimento da Remoção como forma de movimentação horizontal na entrância sucessivamente à vacância anterior, como questão prejudicial à abertura dos Editais de Promoção.

Não é só nesse aspecto que a Lei Orgânica Nacional é afrontada, pois ela exige também "edital distinto" e a Lei Complementar Estadual n. 113/2014, sem nenhuma convicção jurídica, disse "Art. 167-A. A remoção interna é forma de provimento anterior à fixação de critérios pelo Conselho Superior do Ministério Público e à publicação do

respectivo edital.[...omissis...].” Aí supostamente residiria a fonte para ausência de publicidade que arrasta consigo violação da isonomia (entre promotores de igual entrância) e impessoalidade (circunscreve os candidatos apenas àqueles lotados na comarca). Ironicamente, no caso de instalação de nova Promotoria, não é demasiado destacar que o “edital distinto” sequer é observado, apesar de, como se refere o doutrinador o doutrinador EMERSON GARCIA , (…) inamovibilidade, no entanto, não deve ser compreendida sob uma perspectiva de ordem meramente “física”, como simples vinculação do agente a determinado órgão. É necessário que sejam preservadas as características intrínsecas do órgão ocupado, vale dizer, o plexo de atribuições a serem desempenhadas pelo titular do órgão não pode ser suprimido no período de titularidade, isto sob pena de esvaziamento da garantia da inamovibilidade.”. No fundo, o sofisma da Remoção Interna revela-se plenamente no ato de instalação de Promotorias, embora seu sentido latente não fique, desde o início, claro em razão de se travestir de um procedimento formal, mas que em outras circunstâncias sequer é observado.

Da mesma maneira que a Constituição não contemplou a chamada Remoção Interna para a Magistratura, ela tampouco poderia ser adotada pelo Ministério Público como espécie nova e, muito menos, como foi dito, suprimir a posição do membro no quadro geral de antiguidade, para efeito de computar o tempo de exercício na comarca e assim esvaziar o sentido de carreira para os Promotores de igual entrância, já que eles sofreram autêntica regressão em relação a posição no quadro de antiguidade cujo prêmio de consolação é a possibilidade da antiguidade ser considerada para efeito da remota aspiração ao cargo de Procurador de Justiça.

Tanto é assim que os outrora Promotores intermediários lotados na capital, antes do advento da famigerada Remoção Interna, concorreriam com os Promotores de terceira entrância de acordo com sua posição no quadro geral de antiguidade. Daí que, até mesmo numa análise perfunctória, a reconfiguração da ordem de precedência por força da modalidade da Remoção Interna viola direito adquirido. Tampouco o exotismo da hipótese encontra previsão como espécie no que toca à movimentação da carreira da magistratura e por essa mesma razão também ressai sua inconstitucionalidade no âmbito do Ministério Público.

Os Estatutos da Magistratura e do Ministério Público, notadamente quanto à movimentação na carreira e seus desdobramentos, são equiparados às regras auto-aplicáveis, cuja eficácia descende diretamente da Constituição, não permitindo, desse modo, nenhum tipo de relativização. Antes, o que se observa, após a redação dada pela Emenda Constitucional 45/2004, é a paridade de estatutos por força do art. 129, § 4º, da Constituição Federal que enuncia uma cláusula de isonomia, nivelando os membros do Ministério Público aos

Magistrados nas mesmas hipóteses à medida que esse dispositivo se reporta ao art. 93 do texto constitucional.

Nesse diapasão, vale realçar a doutrina de CARLOS VINÍCIUS ALVES RIBEIRO e GIORDANE ALVES NAVES. Segundo eles a aplicabilidade da regra do § 4º, do art. 129, da Constituição Federal deve ser analisada do ponto de vista da capacidade de irradiação de efeitos desde o momento de sua promulgação à medida que ela estabeleceu normatividade suficiente, ou seja, sequer haveria espaço na pretensão exauriente do art. 93, VIII-A, introduzido no texto constitucional pela Emenda Constitucional 45/2004, para restrição ou ampliação das hipóteses ou critérios de remoção, excluindo, de antemão, a remoção de ofício e interna. Assim, não caberia nem mesmo admitir essa regra de movimentação na carreira como norma de eficácia contida, pois não vislumbramos no art. 93, VIII-A "a permissão do legislador constituinte derivado no sentido de possibilitar que o legislador infraconstitucional restrinja ou regulamente essa norma", Nem há necessidade de regulamentação pela legislação infraconstitucional, haja vista que essa regra apresenta completa normatividade. Nesse sentido, a Lei Complementar Estadual 25/98 não poderia dispor, sob pena de inconstitucionalidade, diversamente da Emenda Constitucional 45, vigente desde 08 de dezembro de 2004.

Ora, se a Constituição entendeu vitaliciar membros do Ministério Público e da Magistratura, assegurando uma investidura no cargo mediante concurso público, tais garantias sinalizam que, ao contrário dos detentores de mandatos eletivos, sensíveis a repercussão da opinião pública, como êmulo do discurso para cooptar simpatizantes e, reversamente à este alinhamento político-ideológico, definir adversários, promotores e juízes nivelam-se na exata medida em que suas atividades-fins devem se pautar pelo direito, traduzindo em uma atuação funcional independente. A utilização do código operacional aviltante da política, baseado no binômio amigo-inimigo, é avesso à constituição ontológica desses órgãos, como instrumento de garantia de direitos fundamentais, de modo que a intrusão do afeto para o exercício discricionário quanto a definição de critérios de movimentação na carreira, que se estabelece aprioristicamente para favorecer determinado círculo de relações sociais, não somente é uma deturpação da regra constitucional da independência, mas, antes, subverte o próprio código de conduta (*compliance*) da organização, transformando o Ministério Público em mero apêndice da vontade maniqueísta, insuflada pelos bajuladores de plantão. Independência, afinal, postula a atividade ministerial livre de constrangimentos morais ou expectativas de reciprocidade, tão caras às inclinações de natureza política e pautas corporativas.

De outro lado, essa *fattispecie* rompe com o princípio da unidade que a Constituição preconizou ao estabelecer uma lei nacional dos Ministérios Públicos estaduais (Lei n. 8.625/1993, art. 63), permitindo uma fissura inconstitucional na discricionariedade prevista no art. 128, § 5º, da Constituição da República, conforme, aliás, vários precedentes dos Tribunais Superiores em relação a interpretação do art. 24 da Constituição e a Competência Concorrente dos Estados, orientadas pelo escopo de reduzir as assimetrias institucionais, em que se assentou que a criação de uma hipótese nova não prevista na norma geral escapa do poder regulamentar e âmbito legiferante dos Estados.

A carreira do Ministério Público Estadual é, pois, única, tendo como forma de ingresso o concurso público com conteúdo semelhante, regida por uma lei nacional (Lei nº 8.625/93) e orientada por resolução do CNMP (Resolução nº 14/2006), ressalvando que a unidade do Ministério Público, embora se projete em um plano horizontal, no reconhecimento da autonomia para elaborar as respectivas Leis Orgânicas, não comporta liberdade para extrapolar o esquadro de movimentação da carreira da Constituição e da Lei nº 8.625/93 que serve de parametrização do controle de constitucionalidade, como já exaustivamente fundamentado. Por isso, dissemos que, nesse caso, trata-se de uma norma constitucional de eficácia limitada, mas não alcança a disciplina de movimentação na carreira cuja matéria, como dissemos, foi bem delineada pela Constituição (norma constitucional auto-aplicável de eficácia imediata)

III. O fundamento do controle de juridicidade da Remoção Interna e a regra do *compliance*

III.1 Sob a perspectiva do controle difuso de constitucionalidade

A Constituição Federal funciona como esquadro, para se aferir a invalidade da cláusula restritiva da igualdade, que atende pelo eufemismo de "exercício na comarca" em detrimento da ordem de precedência do quadro geral de antiguidade. Contudo, como os parâmetros de controle abstrato de constitucionalidade concernentes à carreira estão previstos na Constituição, não se permite a iniciativa do Procurador-Geral de Justiça para propor essa demanda perante o Supremo Tribunal Federal, esfera onde somente podem operar, para tal fim, as pessoas e órgãos arrolados no art. 103 da Constituição.

Não obstante, o Ministério Público não deve acatar resignadamente uma norma notoriamente inconstitucional, notadamente quando ele não for o autor da regra, uma vez que estaria legitimado pela prerrogativa do art. 128, §5º, da Constituição, que lhe confere iniciativa para a edição ou alteração da lei complementar estadual. Esse reconhecimento

autorizar-lhe-ia, de ofício, a suspender essa restrição pelo desempenho do autocontrole dos atos administrativos eivados de vício. Bastaria, então, que ele encaminhasse um projeto de lei revogando a regra que introduziu a Remoção Interna, repristinando *ex nunc* os dispositivos revogados pela lei revogadora. Como não haveria qualquer conteúdo axiológico numa lei com este conteúdo, essa providência funcionaria como contracautela em relação ao risco de favorecimento a terceiros, cujos interesses contingentes encontram-se ao abrigo da norma ilegal, pela procrastinação da solução do impasse. Na verdade, a omissão revela-se uma forma de desvio de finalidade, haja vista que a protelação do manejo da prerrogativa da autotutela, em razão de uma competência discricionária do Procurador-Geral de Justiça, permite a manutenção das condições que determinaram a precedência de alguns membros sobre os mais antigos na carreira pela regra da Remoção Interna.

Porém, ao remeter cópia para o Procurador-Geral da República, o Procurador-Geral posiciona-se tacitamente em conformidade com o vício de inconstitucionalidade do instituto. Essa passividade institucional, ao se esquivar desse controle, por subestimar o exercício da autotutela com fundamento no controle difuso de constitucionalidade, dá alento para acomodação de interesses corporativos e quiçá equacionados no Edital de Remoção Interna, ou projetados para um Edital consecutivo. O vetor hermenêutico do modelo de *compliance*, determinante para o poder público, alinhado com a concepção ontológica do Ministério Público, como instrumento de garantia de direitos fundamentais e órgão fiador do princípio republicano e dos princípios da administração pública, respectivamente constantes dos arts. 1º. e 37 da Constituição Federal, habilita a Instituição a proceder ao controle de juridicidade, ao menos sob o aspecto de Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido Estrito, cujos filtros compõem o Princípio da Proporcionalidade, como parâmetro de constitucionalidade de atos do Poder Público restritivos de direitos fundamentais.

À medida que o Procurador-Geral tenha, diversamente da hipótese anterior, ele próprio, introduzido cláusula restritiva da isonomia na legislação complementar estadual que disciplina o Estatuto do Ministério Público Estadual, então caberá prioritariamente aos respectivos Conselhos Superiores, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade, a competência para afastar a regra ilegítima. Como os cânones de inconstitucionalidade também operam como sintoma de conformação do Desvio de Poder, antes mesmo de qualquer especulação em torno da parametrização da regra para fins do controle de constitucionalidade, legitima-se o Conselho Superior à revisão da lei, concomitantemente materialmente ato administrativo, pela própria Administração Pública, ao menos quanto ao critério restritivo dos Editais de Remoção Interna, para a preservação do princípio da universalidade/impessoalidade/isonomia no concurso de movimentação interna entre

promotores de mesma entrância. Nesse caso, a competência, pelo menos subsidiária, do Conselho Superior defluirá naturalmente do retardamento injustificável para elaboração do projeto que supostamente corrigiria os desvios da Remoção Interna. Cuida-se de poder implicitamente atribuído aos órgãos administrativos no âmbito de suas esferas de atuação, para fazer valerem as competências a eles conferidas. Releva observar que a cláusula de isonomia é uma síntese (*the usual last resort of constitucional arguments*) que permite a um só tempo realizar a sindicância dos critérios de editais, quer seja na perspectiva das classificações discriminatórias, quer do Desvio de Poder, como atividade inerente à rotina daquele Colegiado e metodologia do Princípio da Proporcionalidade, cuja transversalidade permeia todos os estatutos. Afinal, como muito repetido, quem dá os fins, dá os meios.

Nessa linha, a manifestação do Ministro Celso de Mello, no sentido de que "a defesa da integridade da ordem constitucional pode resultar, legitimamente, do repúdio, por órgãos administrativos (como o Conselho Nacional de Justiça), de regras incompatíveis com a Lei Fundamental do Estado, valendo observar que os órgãos administrativos, embora não dispondo de competência para declarar a inconstitucionalidade de atos estatais (atribuição cujo exercício sujeita-se à reserva de jurisdição), podem, não obstante, recusar-se a conferir aplicabilidade a tais normas, eis que – na linha do entendimento desta Suprema Corte – 'há que distinguir entre declaração de inconstitucionalidade e não aplicação de leis inconstitucionais, pois esta é obrigação de qualquer tribunal ou órgão de qualquer dos Poderes do Estado' (RMS 8.372/CE, Rel. Min. PEDRO CHAVES, Pleno – grifei)" (Medida Cautelar no Mandado de Segurança n. 31.923/RN, Relator o Ministro Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 19.4.2013, grifos no original).

Esse entendimento conjuga-se com o ideal da sociedade aberta de intérpretes, preconizada por Peter Häberle, segundo o qual "[a] interpretação constitucional é, em realidade, mais um elemento da sociedade aberta", que envolve "[t]odas as potências públicas, participantes materiais do processo social" (Häberle, Peter. Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição - Contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição. Sergio Antonio Fabris. Porto Alegre, 1997, p. 13).

A edição de ato formal expresso, tido por legítimo, a ser realizado no juízo administrativo, impondo o afastamento do texto normativo, para além da relação processual administrativa, na qual assenta a inconstitucionalidade, busca concretizar os mesmos objetivos motivadores da criação do instituto da súmula vinculante pela Emenda Constitucional n. 45/2004, entre os quais a segurança jurídica, pela aplicação e interpretação uniformes da lei, e a razoável duração do processo, conforme o preceito do inc. LXXVIII do art. 5º da Constituição da República, aplicável administrativamente. Insere-se, assim, entre as

competências constitucionalmente atribuídas ao CNMP a possibilidade de afastar, por inconstitucionalidade, o fundamento ilegal de ato administrativo objeto de controle, determinando aos órgãos submetidos ao seu espaço de influência à observância desse entendimento, enunciado por ato expresso e formal tomado pela maioria absoluta de seus membros.

Afinal, o Conselho Nacional do Judiciário já determinou, inclusive, a republicação de Edital de Remoção Interna, para que se retificasse o critério de exercício na comarca e o substituísse pelo de antiguidade na entrância, estendendo a amplitude do concurso também para juízes não lotados na comarca, porque, não obstante a disciplina constitucional da matéria, não faltou àquele órgão *accountability* hermenêutica para compreender que a norma era materialmente ato administrativo.

Na mesma linha, o Ministério Público de Minas Gerais, que serviu de inspiração e emprestou esse modelo de movimentação na carreira para o Estado de Goiás, cujo critério foi estabelecido na 23ª. Sessão Ordinária do CSMP, realizada em 23 de novembro de 2009, refluiu quanto ao eufemismo da cláusula de assimetria chamada "exercício na comarca" para aferir a antiguidade, passando a adotar o critério autêntico de antiguidade na entrância, a partir da 13ª. Sessão Ordinária, realizada em 12 de julho de 2010, ao revogar o Enunciado 48. E somente nessa condição, a chamada Remoção Interna foi mantida na respectiva Lei Orgânica Estadual.

III.2 Sob a perspectiva do controle do Desvio de Poder

Antevendo situações em que o Administrador Público incorreria em práticas lesivas à moralidade administrativa, dispuseram-se no texto constitucional mecanismos jurídicos para combater tais atos de iniquidade. É, por exemplo, o caso da Ação Popular, prevista no art. 5º, inciso LXXIII, da Constituição e disciplinada pela Lei nº 4.717, de 29 de junho de 1965 ("Lei de Ação Popular"). O art. 1º, da Lei de Ação Popular, prevê que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio dos entes federativos, bem como das entidades autárquicas e sociedades de economia mista. Do art. 2º, da mesma lei, extrai-se que Desvio de Finalidade se verifica quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência, assemelhando-se à teoria clássica do *détounenment de pouvoir* (Desvio de Poder). É importante reparar que, apesar de os arts. 1º e 2º considerarem nulos apenas os atos que sejam lesivos ao patrimônio, a interpretação constitucional da lei abarca também os atos lesivos à moralidade administrativa. A constitucionalização da lei de ação popular conferiu-

lhe maior densidade, incluindo, doravante, a hipótese de *fraus legis* em contrariedade à moral administrativa, sobretudo quando adversa ao espírito da lei, sendo possível inferir dela sua orientação de repressão ao ato que seja não só ilegal de um enfoque positivista, mas que seja, como dito anteriormente, também forma implícita de Desvio de Poder.

Para fins da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, conforme entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a figura do dolo para a verificação do ato ímprobo é indispensável. Se o Administrador Público se enquadrar na primeira hipótese de Desvio de Poder (interesse público alheio à categoria do ato), é possível que a via judicial não seja suficiente para aplicar as devidas penalidades, visto que tal hipótese de desvio pode ocorrer por meio do exercício da boa-fé. Cabe relembrar, no entanto, que é atribuído ao Executivo o poder de autotutela, por meio do qual deve fulminar seus atos ilegais. Nos termos da Súmula 346 do STF, "a Administração Pública pode declarar a nulidade seus próprios atos", e em conformidade com a Súmula 473 do STF, "a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornem ilegais, porquanto deles não se originam direitos; ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos".

Quando tratamos da ilegitimidade da Remoção Interna, denunciamos, sobretudo, a irregularidade da substituição do critério sedimentado de "antiguidade na carreira" pela "antiguidade na comarca", que poderia facilmente se amoldar ao Desvio de Poder, em que o vício do ato administrativo não se revela *prima face* à medida que ele permanece oculto sob a "máscara de legalidade". Nesse sentido, o Desvio de Poder, aqui protagonizado por esse arranjo de forças, que se utilizou da cisão da competência, para enxertar, na legislação orgânica estadual, a Remoção Interna, dispensa a prova do elemento psicológico de vilipêndio à carreira, porquanto desnecessário. Mesmo quando se pondera a omissão do gestor e se demonstra a corrupção do sistema de movimentação na carreira, conquanto rígido e pré-concebido constitucionalmente, não se faz qualquer alusão deletéria à integridade moral do Procurador-Geral de Justiça, antes se reporta ao compromisso moral do Ministério Público quanto à autocrítica e ao modelo de *compliance*, cuja mecânica confere nova dinâmica em relação ao controle difuso de constitucionalidade à medida que a boa governança dos entes públicos reclama coerência do discurso daquele órgão [Ministério Público], responsável pelo velamento dessas estruturas internas organizacionais no âmbito da administração, com suas próprias atitudes.

Assim, constitui postulado lógico-epistemológico do Ministério Público, como órgão vocacionado para fiscalização das leis e dos princípios constitucionais, não apenas zelar pela observância das pautas ético-jurídicas a serem adotadas pelos órgãos da administração pública, mas também implementá-las no âmbito interno mediante um mínimo de esforço

hermenêutico. Nesse sentido, a observância cega e resignada à figura da Remoção Interna destoa da cultura organizacional do Ministério Público, não havendo um único argumento contrário para sustentar sua juridicidade em cotejo com o repertório de críticas, ora perfiladas. Essa disjunção na carreira instala um paradoxo inconciliável com sua missão institucional sob pano de fundo do horizonte descortinado pelo *compliance*. A pressuposição de validade da Remoção Interna pelo argumento de passiva resignação da Instituição durante sua vigência é uma falácia, considerando a impossibilidade de sua impugnação nesse lapso diante do acanhamento institucional em termos de compreensão e aplicação do *compliance* e *accountability* hermenêutica. Ela, afinal, não foi contemplada na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público e sequer tem previsão na Constituição, além de constituir uma inovação nos cânones vigentes para mensurar a antiguidade na carreira, dando ensejo à configuração da Lei como de Efeitos Concretos, posto que sujeita a condição potestativa de inscrição do interessado no Edital de Remoção Interna, autorizando sua sindicância pelos parâmetros de aferição das mesmas vicissitudes do chamado Desvio de Poder do ato administrativo.

A ilegitimidade da Remoção Interna revela-se claramente orientada à subversão da ordem de precedência pela antiguidade, até então consolidada na Lei Orgânica Nacional, à medida que foi sobrepujada pelo eufemismo da cláusula restritiva da igualdade chamada "exercício na comarca", onde antes somente caberia a comparação da paridade entre os membros no âmbito do exercício na entrância. A chamada Remoção Interna, apresentada como solução dos problemas, é uma estratégia desmoralizante para uma instituição que nasceu do voluntarismo político, isto é, de um movimento endógeno de desconfiança e pessimismo em relação aos poderes político-representativos, corrompidos e incapazes de cumprir suas funções.

O chamamento normativo para que os entes jurídicos instituam mecanismos internos de conformidade serve sobremaneira ao combate aos desvios, andando muito bem no caminho de moralização da Administração Pública brasileira, o que pressupõe sua adoção pelo Ministério Público, haja vista sua preposição, como fiscal, em reprimir a conduta desavinda. Embora esse instrumento alternativo, para o exercício do poder de autotutela, onere exponencialmente os encargos do Ministério Público pelo superveniente dever de conformidade (*compliance*) aos estatutos e valores que recaem sobre a instituição, ele está sujeito à cooptação de interesses alheios ao público. A eloquência da máxima que determina a cada um dos membros do Ministério Público "zelar [...] pela dignidade de suas funções", não encerra apenas um discurso retórico da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei 8.625, de 12 de fevereiro de 1993, art. 43, II c/c Lei Complementar Estadual n. 25, de 06 de

julho de 1998, art. 91, V), mas, antes, impõe uma ética particular de atitudes e valores, cujo fardo é mais pesado do que aquele suportado pelos meros cumpridores da lei.

Nesse caso, o ônus que recai sobre a instituição não se limita, como ocorre com muitos empreendimentos privados, a setores ou comitês de *compliance*, cuja missão é a de assegurar que as regras a serem seguidas pela empresa, internas ou externas, sejam efetivamente cumpridas, mas é difuso e se reporta a cada um de seus membros, perpassando a mais alta cúpula de Poder e transversalmente às Subprocuradorias-Gerais de Justiça, Conselho Superior, Colégio de Procuradores, independente de nova arquitetura do organograma da Instituição, antes de chegar ao CNMP. Portanto, cabe ao CNMP, uma vez frustrado o encaminhamento da demanda para o Colégio de Procuradores, pelo menos a nível de pedido cautelar, proceder soberanamente quanto a revisão administrativa da Lei Complementar Estadual nº 113/2014 e de todos os Editais de Remoção Interna que se fizerem como desdobramento dela. Essa questão não é meramente periférica, mas encontra-se no centro dos debates políticos no Congresso Nacional para amesquinhar o Ministério Público como "instituição permanente" (cláusula pétrea). A postergação desse debate é desconcertante para quem ama o Ministério Público e percebe, na sucessão de publicações de Editais de Remoção Interna, a decrepitude por metástase da Instituição, cuja fissura vai ainda levar a reboque, por exemplo, a inflexibilidade da regra de irredutibilidade de vencimentos e paridade de vencimentos de aposentados pelo argumento *a fortiori*.

Apesar da prioridade, na pauta corporativa, da agenda remuneratória, a questão dos vencimentos ainda está num patamar subalterno em relação a independência funcional que está assentada sobre regras claras, estáveis, rígidas e inflexíveis de movimentação na carreira. As garantias dos membros à vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos são ancilares em relação ao princípio institucional da independência. Embora não elencada entre as garantias dos membros, o constituinte pressupôs que a rigidez das regras de movimentação na carreira, prescinde de sua enunciação analítica, pois sua natureza não permitiria nenhuma relativização à proporção que elas [regras] também são instrumentais para a realização daquele princípio. Não há nenhuma permissão do legislador, em sua pretensão exauriente, de que haja qualquer exceção ao binômio Remoção/Promoção, hipótese em que esse regime seria de norma constitucional de eficácia contida e não, como efetivamente é, norma constitucional auto-aplicável de eficácia imediata.

Apenas para ilustrar a coerência do raciocínio apresentado, o doutrinador EMERSON GARCIA, ao abordar as garantias dos membros, em cujo rol incluímos a rigidez das regras de movimentação na carreira, fala que a inamovibilidade, por mais que não seja absoluta, eis que deve ser norteada sobretudo pelo interesse público, não pode ser relativizada sem antes

observar as formalidades legais previstas nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos, porque encontra "esteio constitucional e [...] foi igualmente contemplada no art.38, II, da Lei 8.625/93". Ou seja, antes de se discutir a autonomia dos respectivos Ministérios Públicos Estaduais para a criação de uma *fattispecie* nova, como é a Remoção Interna, ela deve, antes, ser admitida pela Constituição e, somente depois, replicada na Lei Orgânica Nacional, já que não reflete peculiaridade do Ministério Público do Estado de Goiás que justifique eventual assimetria (Constituição Federal, art. 24, § 2 e 3º).

Há de se ter em conta a distinção entre a conclusão sobre o vício a macular a lei ou ato normativo por inconstitucionalidade, adotada por órgão jurisdicional competente, e a restrição de sua aplicação levada a efeito por órgão estatal sem a consequência de excluí-lo do ordenamento jurídico com eficácia *erga omnes* e vinculante. Sobre a inaplicabilidade de atos normativos contrários à Constituição, leciona Hely Lopes Meirelles : "O cumprimento de leis inconstitucionais tem suscitado dúvidas e perplexidades na doutrina e na jurisprudência, mas vem-se firmando o entendimento – a nosso ver exato – de que o Executivo não é obrigado a acatar normas legislativas contrárias à Constituição ou a leis hierarquicamente superiores. Os Estados de direito, como o nosso, são dominados pelo princípio da legalidade. Isso significa que a Administração e os administrados só se subordinam à vontade da lei, mas da lei corretamente elaborada. Ora, as leis inconstitucionais não são normas jurídicas atendíveis, pela evidente razão de que colidem com mandamento de uma lei superior, que é a Constituição. Entre o mandamento da lei ordinária e o da Constituição deve ser atendido o deste e não o daquela, que lhe é subordinada. Quem descumpre lei inconstitucional não comete ilegalidade, porque está cumprindo a Constituição".

Embora o enfoque desse entendimento dirija-se à atuação do Chefe do Poder Executivo, prefiguram as mesmas premissas como aplicáveis aos órgãos administrativos autônomos, constitucionalmente incumbidos da relevante tarefa de controlar a validade dos atos administrativos, sendo exemplo o Tribunal de Contas da União, o Conselho Nacional do Ministério Público e o Conselho Nacional de Justiça. Nesse sentido, destacamos que o Ministério Público Estadual detém a prerrogativa. Afinal, de acordo com o Enunciado n. 12, de 31 de janeiro de 2017, "não se trata de declaração de inconstitucionalidade pelo CNMP, mas do afastamento de norma tida por inconstitucional", salientando também "que a possibilidade de afastamento pelos conselhos nacionais de regras contidas em leis estaduais que disciplinem matéria com teor já reconhecido como inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal tem guarda no próprio Pretório Excelso (Pet. 4.656)".

Dentro das características principais da Lei 12.846/2013, a que mais ressai é a previsão normativa expressa da adoção de programas de conformidade, conferindo especial

densidade à regra do autocontrole dos atos administrativos eivados de vício. Nos âmbitos institucional e corporativo, o termo *compliance* – com origem no verbo em inglês *to comply*, que significa conformar-se com uma regra –, serve não apenas para indicar, mas antes dirigir a convergência de procedimentos internos para fazer cumprir as normas legais, concretizando os valores apenas abstratamente previstos não apenas nos estatutos, mas sobretudo aqueles latentes e inerentes à vocação institucional da administração pública, bem como, profilaticamente, evitar qualquer tipo de desvio dos padrões de moralidade e correção e, subsidiariamente, buscando mitigar o risco atrelado a reputação e ao marco regulatório. O art. 7º, VIII, da Lei 12.846/2013, ao estabelecer que será levado em consideração na aplicação das sanções a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, não está reinventando a prerrogativa do poder de autotutela, mas, antes, reforçando-a, quer seja do ponto de vista da concepção ontológica do órgão, quer seja imprimindo nova dinâmica ao controle difuso de constitucionalidade, que aqui defendemos.

Esse novo dinamismo que se dá ao princípio da moralidade e da eficiência não oferece conduta alternativa ao Ministério Público, como órgão de controle da administração pública, senão expurgar, num mínimo esforço hermenêutico, exegese contrária à exclusão do âmbito de incidência do exercício da autotutela de regras absolutamente inconstitucionais. Doravante, elas serão afastadas em homenagem ao modelo de *compliance*. Numa interpretação sistemática, verifica-se que a conformidade do Ministério Público à juridicidade de seus atos é um vetor hermenêutico que o habilita ao controle difuso de constitucionalidade e decorre do postulado lógico-epistemológico de fiador da aplicação do Estatuto Jurídico das Estatais (Lei n. 13.303/2016) que previu a inserção, nas respectivas estruturas dos entes públicos, de área responsável pela verificação do cumprimento de suas obrigações e de gestão de riscos (art. 9º, II), referindo-se explicitamente a área de *compliance* no §4º do mesmo dispositivo, notadamente quando a investigação sobre a genealogia da Lei Complementar Estadual nº 113/2014 demonstra que ela serviu de veículo ao ato materialmente administrativo viciado, cuja sequela está etiologicamente relacionada ao exercício de competência privativa do Procurador-Geral, autor da lei, que se beneficiaria da vantagem auferida na Remoção Interna em eventual disputa pelo critério de exercício na comarca.

A despeito da questão que se coloca "se a Administração Pública pode deixar de executar a lei alegando sua inconstitucionalidade", não há dúvida que o vício de inconstitucionalidade também funciona como sintoma de Desvio de Poder. A alteração do *nomen iuris*, mantendo o mesmo regime, para escapar das críticas, corresponderia a um novo

sintoma, de cuja convergência com outros alinhavados (Lei Complementar Estadual do Estado de Goiás n. 113/2014, por exemplo, foi publicada no dia 31/12/2014), dentre os quais se observa a subversão do "quadro de antiguidade", embora sujeita a condição potestativa da inscrição do interessado, apresenta-se não só como principal efeito da Remoção Interna, mas também conformação do sintoma mais saliente da natureza materialmente administrativa desse instituto inserido na Lei Complementar Estadual.

III- CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Princípio da Proporcionalidade funciona como esquadro do controle de constitucionalidade de atos do Poder Público que restrinjam direitos fundamentais, em cujo espectro de proteção encontra-se o Ministério Público como instrumento de garantia de direitos fundamentais. A validade do reposicionamento no quadro de antiguidade dos membros em razão de mera circunstância acidental, como é a lotação na comarca, em se tratando de questão sensível para a independência funcional, não resistiria ao exame de nenhum dos filtros do Princípio da Proporcionalidade: Adequação, Necessidade e Proporcionalidade em Sentido-Estrito, sem prejuízo de, ao incidir concretamente na esfera individual dos membros do Ministério Público, funciona como ato materialmente administrativo. Como dissemos, não se trata de controle abstrato de constitucionalidade, mas, antes, de controle da juridicidade dos atos administrativos inerente a atividade dos órgãos de controle interno que delimita especificamente essa matéria na alçada do CNMP, que sucede no escalão da hierarquia dos órgãos autônomos de controle ao Colégio de Procuradores e CSMP, também investidos das mesmas prerrogativas na matéria que lhes é afeta, respectivamente nas instâncias recursal e *a quo*, quanto aos Editais de Movimentação na Carreira e controle das cláusulas restritivas da igualdade.

Nesse sentido, vale realçar decisão plenária do CNMP, proferida na 2ª Sessão Ordinária, realizada no dia 31 de janeiro de 2017, nos autos da Proposição n.º 1.00073/2017-48, em que se ponderou que: aquele órgão deve não apenas interpretar a Constituição, como tem o dever de assegurar seu cumprimento; todavia, não deve permitir a aplicação, no âmbito do Ministério Público brasileiro, de lei que verifique ser absolutamente contrária à Norma Fundamental e sobre cujo tema o Plenário do Supremo Tribunal Federal já tenha se manifestado pela inconstitucionalidade. Ressaltou, ainda, que o princípio da força normativa da Constituição disciplina, com rigor, que não apenas o Judiciário, mas, também, o Estado-Administração exerce o controle dos seus atos administrativos em conformidade estrita com a Carta Magna.

Afinal, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público não apenas faculta, mas impõe a todos os membros da instituição "zelar pelo prestígio da Justiça, por suas prerrogativas e pela dignidade de suas funções". A omissão, nesse caso, depõe contra a dignidade da função do Promotor de Justiça, como integrante de uma carreira, cuja predisposição constitucional de regras de movimentação não é algo disponível ao alvedrio de interesses político-privados, mas instrumento para assegurar a independência funcional, como princípio institucional que, não apenas distingue o *parquet* de outros órgãos essenciais à administração da justiça, mas também cunha a própria identidade do Ministério Público, como instrumento de garantia de direitos fundamentais, oponível ao próprio Estado e, como tal, cláusula pétrea da Constituição Federal. Logicamente, aquilo que onera cada um de seus membros, também se aplica por extensão aos órgãos colegiados por estipulação analógica e coerência como o modelo de *compliance.*

SÍNTESE DOGMÁTICA: A aferição da antiguidade pelo exercício na comarca rompe com a organização da carreira do Ministério Público, haja vista que sua introdução, por força da legislação estadual, em detrimento do estatuto constitucional e da simetria com o regime de movimentação da magistratura, abre brechas para a supressão de prerrogativas por intermédio de reforma constitucional. A paridade do membro se mede pela entrância. Quando ele é preterido dos editais de Remoção Interna, posto que sob a aparência de legalidade, pela franquia somente àqueles lotados na comarca e desprezo do tempo acumulado na entrância, cujo sucedâneo é o exercício na comarca, sua independência funcional vai se desvanecendo inversamente à criação de vínculos pessoais. Além disso, o esgarçamento institucional, cujo regime foi desenhado de forma prévia e exauriente pela Constituição, compromete a feição do Ministério Público, como órgão permanente, ao criar vulnerabilidades no princípio da independência funcional, que se encontra na base da identidade e do arcabouço jurídico da instituição.

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

AUTOCOMPOSIÇÃO, MEDIAÇÃO E RESOLUTIVIDADE

A ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NA SITUAÇÃO DE CALAMIDADE PÚBLICA DOS BAIRROS DO PINHEIRO, BEBEDOURO E MUTANGE, EM MACEIÓ/ALAGOAS

Rosemeire Lopes de Lobo Ferreira
Procuradora do Trabalho
Ministério Público do Trabalho em Alagoas – PRT 19ª Região
E-mail: rosemeire.ferreira@mpt.mp.br / rosevivalobo@gmail.com
Telefone: (82) 9.9999-2388

Marília Ribeiro Barros
Assessora Jurídica do 7º Ofício
Ministério Público do Trabalho em Alagoas – PRT 19ª Região
E-mail: marilia.barros@mpt.mp.br
(82) 9.9109-8263

Natálie Caroline da Silva
Estagiária
Ministério Público do Trabalho em Alagoas – PRT 19ª Região
E-mail: e.natalie.silva@mpt.mp.br
Telefone: (82) 9.9823-2119

O agravamento da situação dos bairros do Pinheiro, Bebedouro e Mutange, em Maceió/Alagoas, veiculado em todas as mídias e plataformas, tendo em vista a movimentação dos terrenos e as constantes rachaduras em imóveis e vias, reclamou dos órgãos públicos o estabelecimento de medidas preventivas de uma possível tragédia socioambiental.

Inicialmente, a linha de atuação do *Parquet* trabalhista ensejou a abertura de Procedimento Promocional, cujo objetivo de acompanhar a atuação do Poder Público (Municipal, Estadual e Federal), como co-partícipe no interesse de que se lograsse a melhor solução para o caso.

Posteriormente, fez-se necessária a instauração de Inquérito Civil visando a tutela dos trabalhadores dos bairros que foram considerados em situação de Calamidade Pública (Dec-Municipal n. 8.699/2019), evitando que estes sofram ainda mais os danos, cuja não-observância às normas relativas ao Meio Ambiente do Trabalho e à Proteção da Segurança do Trabalhador possam lhes causar.

No dia 20/02/2019, este *Parquet* presidiu reunião para estabelecer um Observatório Estadual do caso Pinheiro, tendo como participantes os representantes da Fecomércio, Sebrae/AL,

Associação dos Empreendedores do bairro Pinheiro, Caixa Econômica Federal, Sefaz/AL, Secretaria Municipal de Finanças, Braskem, Defesas Civis, Secretaria Municipal de Educação, Sindicato dos Construtores de Alagoas, Junta Comercial/AL, Procuradoria do Município de Maceió, SOS Pinheiro e Casa da Indústria de Alagoas.

Em 21/03/2019 houve a participação do MPT em audiência pública no Senado Federal, na Comissão de Transparência, Governança, Fiscalização e Controle e Defesa do Consumidor. O *Parquet* cobrou a publicação do Decreto de Calamidade Pública e suspensão de tributos municipais.

Nos dias 10 e 11 de junho de 2019 fora realizada Apresentação da situação atual no Observatório Nacional do CNJ/CNMP sobre o Caso Pinheiro.

Saliente-se, ainda, que este Parquet fez pedido de aprovação do Projeto de Lei na Câmara de Vereadores no dia 18/06/2019. Assim, a Lei nº 6.900 de 18/06/2019 fora publicada no DOM em 19/06/2019, em edição extraordinária, concedendo Benefícios Fiscais a Pessoas Físicas e Jurídicas alcançadas pelas perdas econômicas advindas de instabilidade do solo, nos bairros já citados.

Encerrando toda a extensa atuação extrajudicial, fora protocolizada no dia 19/07/2019 a Ação Civil Pública, autuada sob o nº 0000648- 42.2019.5.19.0007, distribuída para a 7ª Vara do Trabalho de Maceió, movida em face de Braskem S/A, objetivando que esta seja responsabilizada, pela POLUIÇÃO SOCIAL E ECONÔMICA que se estabeleceu nos bairros afetados com sua postura omissiva, causando danos à vida e à subsistência de seus próprios trabalhadores, dos terceirizados que a ela prestam serviço, dos trabalhadores das comunidades afetadas, bem como à sociedade e às famílias que estão sob risco de incremento do trabalho infantil, nas suas piores modalidades.

Tratando-se de graves lesões ao meio ambiente laboral, é preciso considerar que o conceito de meio ambiente transcende o ambiente dos estabelecimentos industriais. Em uma visão moderna, holística, cada vez mais aplicada as grandes catástrofes ambientais, é necessário estender a proteção à saúde da população e dos trabalhadores externos, ainda que estes não possuam vínculo jurídico com o estabelecimento poluidor.

Palavras-chave: tragédia, meio ambiente, poluição, responsabilidade, holismo.

PROJETO "DIALOGANDO NAS EMPRESAS"

Lucy Antoneli Domingos Araujo Gabriel da Rocha
Promotora de Justiça
Nucleo Estadual de Gênero Pró Mulher - NUPROM
Ministério Público do Estado do Ceará
Fones: (85) 3108-2941
e-mail: lucyantoneli@mpce.mp.br
nucleoestadualpromulher@mpce.mp.br

1. JUSTIFICATIVA:

A Lei Maria da Penha prevê no art. 8º, como uma das medidas de enfrentamento à violência doméstica, a promoção de campanhas educativas de prevenção da violência, voltadas à sociedade em geral e a difusão da referida lei e dos instrumentos de proteção aos direitos das mulheres.

Sob esse aspecto, o MPCE, através do NUPROM, percebendo os impactos que a violência intrafamiliar provoca, e ainda, a necessidade em dar um maior alcance à divulgação da Lei, propôs-se a realizar um trabalho junto ao setor privado, direcionado ao público masculino, de modo a possibilitar uma reflexão sobre as relações de gênero e, consequentemente, prevenir a ocorrência de violência doméstica.

2. OBJETIVO GERAL:

Promover palestras e rodas de conversa em empresas privadas, direcionadas ao público masculino, abordando o papel do homem no enfrentamento da violência doméstica.

3. OBJETIVOS ESPECÍFICOS:

Permitir uma reflexão sobre as relações de gênero e o envolvimento dos homens em situações de violência;

Possibilitar maior divulgação da Lei Maria da Penha e das medidas judiciais de proteção à mulher;

Criar nas empresas um olhar mais específico para os casos de violência doméstica envolvendo empregadas (vítimas) e empregados (agressores);

Contribuir para uma melhor relação laborativa do empregado, a partir da mudança de comportamentos e paradigmas.

4. METODOLOGIA

A operacionalização se efetiva de forma articulada entre o NUPROM com as empresas do setor privado, que disponibilizam espaço físico para que os integrantes do Núcleo e convidados possam expor temas relacionados à violência de gênero, a importância da Lei Maria da Penha e os impactos da violência doméstica na atividade laboral, criando uma cultura de masculinidade saudável.

Participam também como expositores psicólogos, assistentes sociais convidados, que possuem conhecimentos técnicos com a questão da violência de gênero.

São distribuídos materiais informativos/educativos sobre o combate à violência doméstica (cartilhas e folders).

5 - RESULTADOS OBTIDOS

O propósito projeto foi contribuir para a formação de uma nova cultura nas relações entre homens e mulheres, dando ênfase aos aspectos comportamentais dos homens.

O trabalho contribuiu para a maior responsabilização e reflexão dos homens em relação à violência, buscando mudanças de comportamento, aumentando a segurança e qualidade de vida das mulheres e também dos homens.

Buscou-se, também, detalhar os prejuízos econômicos suportados pelo Estado, pelas empresas e pela família, em razão da violência doméstica. Além de invocar a responsabilidade social das empresas em trabalharem o tema.

A reflexão constituiu uma alternativa de prevenção da violência doméstica porque possibilitou reeducar o homem, promovendo mudança de comportamento, maior comprometimento e satisfação laboral.

O projeto permitiu a construção de relações mais comprometidas e saudáveis, levando os participantes a mudarem paradigmas, prevenindo, por consequência, a ocorrência de mais casos de violência doméstica e seus impactos.

Foram visitadas, no ano de 2018, 13 grandes empresas do Estado, tendo o alcance de aproximadamente 1.500 empregados.

Palavras-chave: dialogando, prevenção, violência, impacto, mudanças.

POLÍCIA MILITAR – CAPACITAR PARA SERVIR – UMA VIA DE MÃO DUPLA

Luana Azerêdo Alves – Ministério Público do Estado do Piauí
luana.azeredo@mppi.mp.br – (86) 999253030

RESUMO

O projeto foi elaborado pelo Grupo de Atuação Especial de Controle Externo da Atividade Policial – GACEP, do Ministério Público do Estado do Piauí, e faz parte do Plano Geral de Atuação, biênio 2018/2019, desenvolvido após a realização de pesquisa social, audiência pública, *workshop* de planejamento e reuniões de trabalho, através dos quais se compreendeu como demanda social a promoção de melhorias das condições pessoais da Polícia Civil e da Polícia Militar, elegendo-se tal demanda, por conseguinte, como ação prioritária do Ministério Público no controle externo da atividade policial. O objetivo do projeto é, através da qualificação de policiais militares, garantir à sociedade uma atuação segura e eficaz da Polícia Militar, sempre atenta aos limites legais e humanitários. O projeto apresenta como finalidade a realização de um trabalho voltado à implementação e ao fomento de capacitações a serem ministradas aos policiais militares, com ênfase nas abordagens, no trabalho de inteligência, na teoria e na prática de disparos com arma de fogo. Essas capacitações são realizadas por policiais militares da própria corporação com expertise em áreas específicas de atuação, bem como por membros do Ministério Público em outras searas. Há também parcerias com a FEBRACIS (Coaching Integral Sistêmico) e uma *master coaching*. Tal formato visa atingir e impactar os diversos aspectos da vida do policial militar, acreditando-se, assim, em uma repercussão positiva na comunidade em que vive e trabalha. O projeto já foi executado nas cidades de Parnaíba, Bom Jesus e Batalha, alcançando aproximadamente 135 policiais militares, custeando-se por meio de prestações pecuniárias decorrentes de transações penais propostas pelos Promotores de Justiça locais, com a anuência do Poder Judiciário. Elabora-se a capacitação atentando-se para as peculiaridades locais, visando sempre a qualificação dos policiais militares na área fim, mas não descuidando do ser humano. À última capacitação foi

incluída a qualificação para a lavratura de termos circunstanciados de ocorrência, já implantada em todo o Estado do Piauí. Apesar de o projeto ter sido elaborado prioritariamente para os policiais militares, em decorrência da parceria com a FEBRACIS, 10 (dez) policiais militares e civis participaram gratuitamente do Método CIS, em junho de 2018, na cidade de Fortaleza-CE, bem como foram disponibilizadas vagas para a participação em *Team Coaching*, na cidade de Teresina – PI, e na cidade de Parnaíba, com uma *master coaching*.

Palavras-chaves: capacitação, polícia, integração, sociedade, humano

CICLOS DE PESQUISA-AÇÃO E DE POLÍTICAS PÚBLICAS: O QUE O MINISTÉRIO PÚBLICO TEM A APRENDER COM A PESQUISA E A POLÍTICA PARA EFETIVAR DIREITOS SOCIAIS

Leonardo Seixlack Silva – Ministério Público do Estado de Goiás –
Tel.: (62) 99607-0095; e-mail: leonardo.silva@mpgo.mp.br

O presente trabalho apresenta resultados parciais de experiência em desenvolvimento que investiga se o Ministério Público é órgão vocacionado a ampliar a participação social na gestão pública de municípios de pequeno porte. A atuação ancora-se em aportes teóricos sobre democracia deliberativa, direito administrativo constitucional, *accountability*, responsividade e Ministério Público resolutivo, a fim de aferir se o *Parquet* é capaz de incluir a comunidade nas instituições político-deliberativas de pequenos municípios. A Constituição Federal de 1988 assegura a participação democrática no ciclo das políticas públicas, notadamente por meio de Conselhos de Políticas Públicas, audiências públicas e transparência administrativa. Porém, há fatores que dificultam a efetiva presença e utilização dos mencionados instrumentos democráticos pelos cidadãos. Algumas causas desse déficit são o baixo nível de organização e de formação política da sociedade civil; a participação popular simbólica; a criação de colegiados participativos apenas para receber recursos financeiros; a cultura de sigilo estatal e de prestação de contas meramente formal; as posturas corporativistas, patrimonialistas e clientelistas das instituições estatais; e a descrença do cidadão na melhoria da qualidade do gasto público. Nesse cenário, muitos membros do Ministério Público adotam uma postura demandista, que transfere responsabilidade ao Poder Judiciário, por meio de ações judiciais; outros, sob o rótulo de resolutivos, arvoram-se na condição de tutores da massa de descamisados para constranger o Poder Executivo a realizar políticas públicas sem qualquer lastro democrático. Em ambos os modelos, promotores de justiça substituem o gestor e compelem a própria sociedade a suportar o ônus da decisão tomada por órgão técnico e de controle externo que não ouviu a comunidade, não diagnosticou os problemas sociais e tampouco identificou as pautas prioritárias da localidade afetada. Ocorre que a legitimidade

da atuação do Ministério Público, principalmente quando visa a implementação de políticas públicas, está condicionada à inclusão da sociedade civil na deliberação estatal. Sob essa premissa, o presente trabalho apresenta resultado prático de atuação da Promotoria de Justiça da Comarca de Mossâmedes, Estado de Goiás, que buscou aliar pesquisa empírica e atuação resolutiva para sanar o problema do déficit de participação social na gestão pública do Município de Mossâmedes, cidade com população estimada de 4.377 pessoas em 2018. A experiência orienta-se pela estratégia metodológica de pesquisa-ação, incorporada durante as aulas do mestrado profissional do Programa de Pós-Graduação em Direito e Políticas Públicas da Universidade Federal de Goiás, combinada com a atuação prática, desenvolvida em ciclos de atuação, por intermédio de diagnósticos, planejamentos, ações e avaliações, para pesquisar e**,** ao mesmo tempo**,** tentar alterar o *status quo* dos instrumentos de participação social na gestão estatal. No presente trabalho, serão apresentados os resultados parciais obtidos no campo dos Conselhos de Políticas Públicas, que apresentou resultados positivos quanto à ação de melhoria da infraestrutura física dos referidos colegiados e atualmente se encontra na fase de execução das melhorias quanto à composição dos Conselhos, para, logo em seguida, promover capacitações a todos os conselheiros de políticas públicas do Município.

Democracia deliberativa, Ministério Público resolutivo, participação popular, pesquisa-ação, políticas públicas.

CARNAVAL DE RUA E SEGURANÇA PÚBLICA – CONSTRUÇÃO DE UMA CULTURA DE INTEGRAÇÃO E PREVENÇÃO

Andréa Rodrigues Amin
Promotora de Justiça
Coordenadora do GAESP – MPRJ
aminmp@mprj.mp.br

O objetivo do presente trabalho é apresentar as ações adotadas pelo Grupo de Atuação Especializada em Segurança Pública (GAESP), do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, quanto ao planejamento da segurança pública do Carnaval de Rua da cidade no ano de 2019.

Em função de episódios negativos ocorridos durante o período carnavalesco, no ano de 2018, foi instaurado inquérito civil com o objetivo de compreender, acompanhar e fiscalizar de forma continuada o planejamento adotado pelo Estado do Rio de Janeiro para a segurança dos foliões e moradores da cidade do Rio de Janeiro, durante o período de Carnaval.

O GAESP realizou uma série de reuniões com os diversos órgãos públicos das esferas estadual e municipal responsáveis pela logística e coordenação do Carnaval de Rua, com o objetivo de compreender como era planejado o Carnaval de Rua na cidade, evento que leva cerca de 7 milhões de pessoas a circular pela cidade durante o período oficial de Carnaval. Foram ainda foram ouvidos representantes de ligas de blocos de rua e de associações de moradores, de modo a compreender as demandas oriundas da sociedade civil – foliões e residentes –, parcela da sociedade diretamente interessada na evolução da festa popular. Foram diagnosticadas as principais dificuldades de articulação entre órgãos de segurança pública, defesa civil, prefeitura e demais envolvidos, sem prejuízo de uma falta de canal de diálogo com a sociedade civil organizada.

Como resultado, no mês de fevereiro do presente ano, o MPRJ e os órgãos públicos envolvidos firmaram protocolo de intenções com o objetivo de institucionalizar o processo de

articulação entre órgãos públicos estaduais e municipais, responsáveis pelo planejamento da segurança pública do Carnaval de Rua.

O documento prevê a realização de audiência pública para apresentar o balanço do Carnaval - relatórios com pontos positivos e negativos; criação de Grupo de Trabalho para elaboração de instrumento que estabeleça fluxo para atuação integrada dos órgãos públicos e formação de um Conselho de Carnaval, órgão paritário com membros da sociedade civil organizada e agentes públicos, com objetivo de servir como canal de diálogo e articulação entre sociedade civil e órgãos públicos.

No momento, o Grupo de Trabalho, composto por representantes dos órgãos públicos responsáveis pela logística e planejamento do Carnaval de Rua e representantes da sociedade civil (ligas dos blocos e associações de moradores), encontra-se formado e aguarda a primeira reunião de trabalho para construção da agenda e do plano de ação.

Trata-se de atuação extrajudicial, preventiva, articuladora e resolutiva cujo objetivo é estimular a construção de um marco regulatório para o Carnaval de Rua na cidade.

PALAVRAS-CHAVES: segurança pública, articulação, planejamento, intersetorialidade, participação democrática.

MINISTÉRIO PÚBLICO COMO AGENTE DE TRANSFORMAÇÃO SOCIAL: PROJETO "PRESENTE, PROFESSOR!" COMO ESPAÇO DEMOCRÁTICO DE DIÁLOGO COM A COMUNIDADE ESCOLAR E COMO FORMA DE COMBATER A EVASÃO DE ESTUDANTES COM A COLABORAÇÃO DA SOCIEDADE E ATRAVÉS DO DIRECIONAMENTO DE TRANSAÇÕES PENAIS – PREMIAÇÃO PARA AS TRÊS ESCOLAS PÚBLICAS COM OS MELHORES ÍNDICES DE FREQUÊNCIA ESCOLAR EM CADA MÊS E PREMIAÇÃO PARA ESTUDANTES QUE SE DESTACAREM NAS DISCIPLINAS ESCOLARES, NAS COMPETIÇÕES ESPORTIVAS E NAS MANIFESTAÇÕES ARTÍSTICAS.

Márcio Fernando Magalhães Franca
Ministério Público do Estado de Pernambuco
marcio.franca@mppe.mp.br

1.RESUMO

O objeto do presente Trabalho, baseado no Projeto "Presente, Professor" em tramitação na Promotoria de Justiça de Salgueiro, é o combate à evasão escolar através de premiações destinadas a escolas públicas e a estudantes-destaque. Pelo referido Projeto, as escolas públicas são classificadas mensalmente de acordo com o índice de evasão escolar. Em seguida, as três escolas que apresentarem os menores índices de evasão escolar encaminham expedientes para a Promotoria de Justiça, apontando materiais esportivos e serviços a serem prestados que sejam necessários para as referidas unidades de ensino e que serão objeto de análise na Promotoria de Justiça para fim de inclusão em transações penais propostas pelo Ministério Público. Estão previstas premiações para estudantes que se destacarem nas disciplinas escolares, nas competições esportivas e nas manifestações artísticas, podendo ser descobertos verdadeiros talentos, que até então não tinham sido reconhecidos nem valorizados. Serão convidados empresários que tenham interesse em participar do referido Projeto através de entrega de premiações para as referidas escolas e para os estudantes-destaque. Os medidores presentes no projeto são: os índices de frequência escolar, os rendimentos dos alunos nas disciplinas escolares, o desempenho dos estudantes nas

competições esportivas e nas manifestações artísticas. Dentre os resultados obtidos, podem ser apontados: a média de frequência dos alunos de escolas públicas municipais aumentou de 90,83%, em março de 2019, para 91,33%, em abril de 2019; adesão integral dos autores do fato às propostas de transação penal baseadas nos itens presentes nos expedientes mencionados e apresentadas nas audiências preliminares; repercussão do projeto em veículos locais de imprensa; maior engajamento dos diretores das escolas públicas no aumento da frequência escolar. É esperado que os alunos também fiquem satisfeitos, pois o ambiente escolar fica mais atrativo com os materiais esportivos recebidos. Com efeitos a médio/longo prazo, teremos, naturalmente, devido ao maior envolvimento dos alunos com a escola, menor vínculo de estudantes com crimes/atos infracionais, bem como redução da captura dos alunos por criminosos (consequência social e produção do bem comum). A qualidade do projeto é acompanhada mensalmente. A meta é que, em cada mês de 2019, sejam apresentados melhores índices de frequência escolar em relação ao mês anterior, para todas as escolas públicas, devido ao impacto do projeto. Também estão previstas organizações de eventos escolares de reconhecimento de estudantes que se destacarem nas disciplinas escolares, nas competições esportivas e nas manifestações artísticas.

Palavras-chave: evasão, escolas, disciplinas, competições, premiações.

PROJETO REVIVER

Josélia Leontina de Barros Lopes
Erick Ricardo de Souza Fernandes
Ministério Público do Pará
erick@mppa.mp.br
(91) 4006-3400

RESUMO

O centro do projeto é a recomposição florestal, com ênfase na castanha-do-pará, cujo extrativismo é a principal fonte de renda da aldeia indígena.

O projeto está atuando na preservação do meio-ambiente, focando contra queimadas e desmatamento e, concomitantemente, atuando no fortalecimento da cultura indígena, mantendo o índio na terra, por meio do fomento de sua subsistência, agregando valor aos seus produtos, gerando renda e concomitantemente preservando e recuperando a floresta.

O projeto em questão visa: recuperar e preservar a floresta na área indígena na aldeia Suruí; obter geração de renda aos índios; preservação e recuperação de áreas que foram degradadas por inúmeros incêndios que iniciaram em fazendas do entorno da floresta nativa dos indígenas e destruíram centenas de áreas da mata; garantir a fiscalização em relação ao uso indiscriminado de agrotóxico pelos fazendeiros locais, que prejudicam a produção e polinização das abelhas; capacitação dos índios no aprendizado de cultivo de produtos orgânicos, mostrando a valorização de tais produtos; formação de agentes índios multiplicadores do conhecimento, para socialização do conhecimento; criar produtos com qualidade e com selo de certificação; propor uma legislação para certificação desses produtos; recuperação da escola da aldeia.

O projeto justifica-se pela necessidade de valorizar a cultura indígena, mantendo o índio na terra, por meio de sua subsistência e acesso a escola dentro da própria aldeia, fortalecendo assim vários pontos:

Como resultados da prática ou resultados esperados busca-se: produção de árvores frutíferas, inúmeras espécies com foco na castanha do Pará; geração de rendas; possibilitar ao índio uma vida digna com sua produção; resgate e fortalecimento da cultura em razão da Perda de Raízes; alimentos saudáveis; meio ambiente saudável; exploração por meio de Extrativismo vegetal; conservação e preservação do meio ambiente; sustentabilidade ambiental; descontaminação do meio ambiente; conscientização dos índios da valorização dos produtos orgânicos.

O projeto engloba uma vasta rede de direitos fundamentais permitindo, ainda, que o índio seja inserido nas novas perspectivas de Estado mas mantendo sua cultura, favorecendo um ciclo fechado de produção e venda dos seus próprios produtos, mantendo um meio ambiente saudável e equilibrado; iniciando-se em 2018 e se prolongando até 31 de dezembro de 2020.

Reflorestamento; queimadas; desmatamento; cultura indígena; subsistência

PROGRAMA DE DESENVOLVIMENTO HUMANO BEM VIVER NO MPPI

Cléia Cristina Pereira de Januário Fernandes
cleiafernandes@mppi.mp.br
(86) 3194-8700 Ramal: 8732
Fabrícia Barbosa de Oliveira
fabriciabarbosa@mppi.mp.br
(86)98869-0553
Ministério Público do Estado do Piauí

O exercício laborativo e o ambiente de trabalho desempenham forte influência na qualidade de vida dos indivíduos, refletindo também na efetividade dos serviços prestados. Com o objetivo de promover o desenvolvimento pessoal e profissional, a melhoria do ambiente de trabalho e da qualidade de vida, em outubro de 2013, foi criado o Comitê de Saúde e Qualidade de Vida no Trabalho - SQVT no âmbito do Ministério Público do Estado do Piauí, integrado por integrantes da instituição. O Comitê, por meio de regimento próprio, implementa ações planejadas e regulares de desenvolvimento de pessoas nas diversas esferas, física, mental, social e espiritual, estimulando o autocuidado e as boas relações interpessoais. Dentre as diversas ações, inclui-se a realização de capacitações e treinamentos, com temáticas como relacionamento interpessoal e psicologia positiva, valorização da vida e prevenção do suicídio; atividades vivenciais de autoconhecimento, meditação e prática de *Reiki* (terapia natural japonesa para redução do estresse); campanhas e divulgação de materiais informativos, como cuidados com a saúde. Semanalmente, são ofertadas aulas de ginástica laboral nos diversos setores, coordenadas por um educador físico e realizados ensaios do coral "Vozes do MP", composto por integrantes e seus familiares com objetivo de integração. Quinzenalmente, o "Momento de Equilíbrio" oferece aos participantes uma oportunidade de integração, relaxamento e reflexão, com o objetivo de vivenciarem o cotidiano laboral com mais tranquilidade, alegria e fraternidade. Em 2017, o Conselho Nacional do Ministério

Público recomendou a implementação da Política Nacional de Gestão de Pessoas, ampliando a visão de saúde e ressaltando a valorização da motivação dos integrantes e do fortalecimento do potencial humano, aliando as estratégias e os valores da organização, diante disso, o SQVT intensificou e ampliou suas atividades. O olhar diferenciado sobre as pessoas e o investimento da Instituição na qualidade de vida do trabalhador, bem como a disseminação do conhecimento, contribui efetivamente para a mudança de hábitos e adoção de um estilo de vida mais saudável, melhorando, portanto, o desempenho dos servidores, membros e colaboradores do MPPI, garantindo melhoria na prestação de serviço à sociedade.

Palavras-chave: saúde ocupacional, desenvolvimento humano, bem-estar, cuidado, qualidade de vida.

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

DIREITOS FUNDAMENTAIS E EFETIVIDADE

CONCLUSÃO E FUNCIONAMENTO DAS ESCOLAS DE EDUCAÇÃO INFANTIL DO PROINFÂNCIA EM CRISTALINA-GO

Andrea Beatriz Rodrigues de Barcelos
Ministério Público do Estado de Goiás-GO
andreabrbarcelos@gmail.com

Na qualidade de Promotora de Justiça de Cristalina-GO, notei a existência de duas obras de construção de escolas infantis com verbas do governo federal, pelo programa proinfância.

Em visita a uma escola municipal, do ensino fundamental, constatei que no mesmo terreno havia uma obra do proinfância, aparentemente concluída, porém abandonada e incompleta. Em outra inspeção, constatei que a obra da escola infantil estava em execução. O convênio tinha previsão de término em 2011, porém já estávamos em 2014, e a obra não havia sido concluída.

Ressalto a importância das inspeções diretas às obras. Não houve notícia, representação ou atendimento com esta finalidade. A primeira lição que tive, portanto, foi que, no que se refere aos direitos sociais fundamentais, como educação e saúde, a atuação resolutiva-coletiva e não demandista-individual, a solução de questões complexas, como a falta de vagas na educação infantil, somente é possível com uma atuação mais ativa, com saída a campo, por parte da/o Promotora de Justiça.

A segunda lição aprendida foi a de envolver outros coletivos com atuação no tema. Realizei as visitas na companhia de conselheiras/os da educação.

A terceira lição é que a atuação ativa da/o Promotor/a de Justiça impacta de forma positiva na sociedade local, pois as pessoas voltam a confiar que o Ministério Público impulsionará a resolução de questões de direitos sociais fundamentais.

Às visitas seguiram-se reuniões com e ofícios aos Secretários Municipais de Educação e de Obras. Propus TAC ao Município de Cristalina, que firmou o acordo e o cumpriu parcialmente. Ressalto que é necessário o constante acompanhamento do cumprimento das

cláusulas, não apenas formalmente, mas também e principalmente por meio de inspeções diretas periódicas, além de novas reuniões com e ofícios aos responsáveis.

O TAC previa a inauguração das escolas infantis e a disponibilização de determinado número de vagas. Porém, não foi suficiente. De fato, o Município de Cristalina-GO inaugurou três das quatro escolas infantis previstas no TAC. Contudo, uma das escolas foi inaugurada sem que estivesse completamente finalizada a obra. Faltavam itens essenciais e de segurança. A outra escola infantil foi concluída, porém apresentou problemas após a construção. Desse modo, após a inauguração das escolas infantis, foi necessário o ajuizamento de ações civis públicas para compelir o Município de Cristalina-GO às obrigações de fazer cabíveis.

Em ambas as ações civis públicas foram concedidas as liminares. A decisão judicial é um título importante, contudo, não é suficiente. O Ministério Público deve tomar a direção, afinal é o autor da ação, no sentido de permanecer constantemente fiscalizando os serviços públicos. É importante verificar se as decisões judiciais estão sendo cumpridas devidamente e se os serviços públicos, no caso de educação infantil, estão funcionando adequadamente.

Ressalto que, após todas estas ações, o problema de falta de vaga em creches foi sendo gradativamente resolvido, de forma coletiva, com foco na política pública de educação e não somente em demandas individuais.

Direito social fundamental à educação; vagas educação infantil; obras creches proinfância; atuação coletiva e resolutiva; políticas públicas

PRIMEIRA INFÂNCIA PLENA NAS AVERIGUAÇÕES OFICIOSAS DE PATERNIDADE

VIVIANE ALVES SANTOS SILVA
Promotora de Justiça
Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro
Tel. Promotoria: (21) 3763-6588
vialves@mprj.mp.br

A partir do conhecimento consolidado de que os primeiros anos da vida de uma criança são fundamentais para o seu pleno desenvolvimento e que os investimentos na primeira infância são os mais eficazes, iniciou-se na Promotoria de Justiça de Família de Mesquita/RJ, com atribuição para Família e Registro Civil, o projeto PRIMEIRA INFÂNCIA PLENA. Nos procedimentos de Averiguação Oficiosa de Paternidade, a Promotora de Justiça titular, mensalmente, profere palestras às mães que são ouvidas no órgão de execução. O conteúdo da exposição tem fundamento no programa denominado *Boston Basics*, criado na cidade de Boston, e com lastro nos estudos do Centro de Desenvolvimento da Criança da Universidade de Harvard. Os *Basics* consistem em 5 passos a serem adotados todos os dias pelos pais e cuidadores para proporcionar o pleno desenvolvimento das crianças na primeira infância: 1. aumente o amor e gerencie o estresse; 2. fale, cante e aponte; 3. conte, agrupe e compare; 4. explore atrávés do movimento e brincadeiras; 5. leia e discuta histórias. O último passo envolve a leitura de livros para as crianças desde o seu nascimento. Após assistirem à palestra que fala sobre esses cuidados no começo da vida, bem como acerca da importância do nome paterno, as mães são ouvidas individualmente e recebem um livro destinado à criança como forma de incentivar a leitura desde tenra idade. A importância de se estimular as crianças à leitura e sua correlação com melhor literacia e desempenho escolar foi observada em um estudo da Universidade de Nova York (NYU). Os livros são obtidos pela promotoria através de doações, assim como pela parceria com a 2ª Promotoria de Justiça Criminal de Queimados/RJ, que destina parte das transações penais para o projeto, através da compra de

livros infantis para entrega na promotoria de Mesquita. Neste momento, caso seja identificada situação adicional de vulnerabilidade da família, a promotoria sinaliza a situação à Secretaria Municipal de Assistência Social do município para acompanhamento ou inserção no programa federal de visitação familiar Criança Feliz.

PALAVRAS-CHAVE: família, registro civil, primeira infância, educação, leitura.

CONSELHO TUTELAR SEM DIVISAS – AGINDO LOCALMENTE, PENSANDO GLOBALMENTE

Ludmilla Evelin de Faria Sant'Ana Cardoso
Ministério Público do Estado de Mato Grosso
ludmilla.cardoso@mpmt.mp.br

Adriano Barrozo da Silva
Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul
adrianobarrozo@mpms.mp.br

Sob a convicção de que a gestão conjunta, a união de esforços e a padronização de ações tendem a atender, de forma efetiva, o interesse público e a defesa dos direitos fundamentais, surgiu, na divisa do estado de Mato Grosso com o estado de Mato Grosso do Sul, especificamente entre os municípios de Itiquira – MT e de Sonora – MS, o subprojeto, inserido no Projeto MP sem divisas, "Conselho Tutelar sem divisas – agindo localmente, pensando globalmente".

A referida proposta teve como objetivo a interação entre os conselhos tutelares de Ouro Branco do Sul – MT e Sonora – MS, que se localizam em municípios vizinhos do Estado de Mato Grosso e do Estado de Mato Grosso do Sul respectivamente, e a atuação para consolidação da rede interestadual de proteção à criança e ao adolescente.

Com foco na resolução de demandas e visando à efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, constatou-se que, em que pese o município de Sonora – MS representar grande atrativo à população itiquirense, que reside em Ouro Branco do Sul (e vice-versa), o intercâmbio de práticas entre tais localidades nem sempre ocorre da forma socialmente esperada, tendo-se em vista que é comum a migração de problemas socioculturais de um local para o outro.

Durante o período de prospecção, entre os problemas verificados pelos órgãos de execução do Ministério Público de Mato Grosso e de Mato Grosso do Sul, por meio de suas

Promotorias de Justiça de Itiquira – MT e de Sonora – MS, mereceu atenção a questão da situação de risco de crianças e de adolescentes da "divisa", que, por vezes, se veem envolvidos nas piores formas de exploração, como trabalho infantil, prostituição infantil, abandono familiar e na prática de delitos interestaduais.

Diante de tal constatação, atentos aos valores constitucionais impregnados na atuação proativa e positiva do Promotor de Justiça, a Promotoria de Justiça de Itiquira – MT e a Promotoria de Justiça de Sonora – MS decidiram planejar, orientar, capacitar e documentar ações práticas, no sentido de os conselhos tutelares de Ouro Branco do Sul e de Sonora estabelecerem o real diálogo de boas práticas por meio de reuniões, *workshops*, visitas integradas; do compartilhamento de informações; da realização de ações conjuntas; do levantamento de necessidades das populações locais; da solicitação de auxílio para situações semelhantes, com fins à efetiva proteção das crianças e dos adolescentes em situação de risco e à viabilização da rede de proteção interestadual entre os dois estados. A partir de tais ideais, as referidas promotorias de justiça, integrantes de Ministérios Públicos de estados diversos, desenvolveram, de forma exitosa, o projeto "Conselho Tutelar sem divisas – agindo localmente, pensando globalmente". Dos resultados alcançados a partir de tal iniciativa, extrai-se que a união de esforços das Promotorias de Justiça ligadas e separadas, ao mesmo tempo, pela BR-163 foi capaz de mobilizar, sensibilizar e fomentar novas perspectivas para a proteção das crianças e dos adolescentes dos municípios vizinhos.

Palavras-chave: integração, atuação interinstitucional e interestadual, efetividade, proteção de direitos fundamentais, criança e adolescente.

CURSO DE CAPACITAÇÃO PARA PROFESSORES EM EDUCAÇÃO INCLUSIVA – ABORDANDO O TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA NA SALA DE AULA

Luciana Fernandes de Freitas
Ministério Público do Estado de Mato Grosso
luciana.freitas@mpmt.mp.br

Na seara da cidadania, para a implementação dos direitos sociais e fundamentais, em especial no tocante à educação, é indubitável a eficácia dos instrumentos extrajudiciais disponíveis ao Ministério Público para a consagração dessas garantias constitucionais. Nesse sentido, o direito à inclusão escolar, consubstanciado no art. 208, III, da Constituição Federal, que determina a inclusão e garantia de vagas, preferencialmente na rede regular de ensino, às crianças e adolescentes diagnosticados dentro espectro do transtorno autista, tem sido objeto de diversos termos de ajustamento de conduta, procedimentos extrajudiciais (inquérito civil, procedimento administrativo, etc) e ações civis públicas.

Ocorre que, ainda quando exitosa, essa inclusão cumpre um aspecto formal, qual seja, o de garantir a vaga e a participação/frequência do menor diagnosticado no Transtorno do Espectro Autista na escola. Essa conquista é, de fato, importante, mas não alcança a completude da efetiva educação inclusiva. É preciso que os profissionais da instituição escolar, em especial os professores da rede pública regular de ensino, tenham preparação prévia e disponham de ferramentas didático-inclusivas para acolher o aluno na sua sala de aula.

Foi pensando nesse aspecto que no projeto em análise, trabalhou-se a formação do professor, consagrando a esse profissional um verdadeiro papel de multiplicador e consolidador da inclusão escolar na sua acepção formal e material, pois é ele que irá oportunizar o aprendizado à criança e ao adolescente inserido no transtorno do espectro autista. Se para os pais, familiares, responsáveis, um mundo novo (por vezes, assustador e sombrio) cheio de dúvidas, informações e desafios se abre após o diagnóstico, imagine-se o

professor, ao receber um aluno especial na rede regular, muitas vezes já proveniente de uma demanda jurídica para o acesso à escola.

Então, visando à efetividade dos direitos fundamentais de crianças e adolescentes, para além da ferramenta legal de acesso a educação inclusiva, apostou-se no professor e educador como um efetivo agente transformador e efetivador da educação efetiva. Não é demais salientar, inclusive, que o artigo 205 da Constituição da República estabelece que a educação deve ser promovida e incentivada com a participação da família, Estado e colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa (com e sem autismo!), seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

A proposta consiste, em suma, na realização de um curso de capacitação modulada, em parceria com uma Instituição de Ensino Superior, com objetivo de conferir bases pedagógicas e multidisciplinares aos professores da rede pública de ensino, mediante um ajuste e parceria com as Secretarias Municipal e Estadual de ensino. O curso contempla carga horária compatível com uma capacitação concreta (120h), certificado por uma instituição de ensino superior (FAF/FADAF), com abordagens teóricas e práticas para a formação de um educador capaz de consagrar a inclusão dos autistas.

Palavras-chave: criança e adolescente, educação, educação inclusiva, atuação interinstitucional, efetividade, proteção de direitos fundamentais

"DE MÃOS DADAS: VISIBILIDADE PARA TODOS E TODAS"

Elaine Carvalho Castelo Branco

Ministério Público do Estado do Pará.

3ª. PJ Defesa da Pessoa com deficiência de Belém

91.988282086. email: elainecbranco2@gmail.com.

RESUMO

OBJETO: Projeto idealizado pela 3a. PJ de Defesa da Pessoa com Deficiência e idosa de Belém, objetivando dar visibilidade, empoderar e propiciar condições de acesso às pessoas com deficiência, desde políticas públicas, esporte e meio acadêmico, culminando com Seminário final.

Para efetivar esse diagnóstico construiu-se rodas de conversas, permitindo-se opinião de pessoas com deficiência, pais de pessoas com deficiência, gestores e professores, para o diagnóstico situacional das principais dificuldades encontradas e as barreiras, ainda, impostas pela sociedade. Acredita-se que com essas rodadas de conversas e o Seminário ao final, possamos propiciar o debate e a reflexão em torno da questão da visibilidade e acessibilidade, e como está sendo trabalhada a questão no meio social e nas universidades ou a ausência desse investimento social, colaborando-se com a construção de políticas públicas e educacionais.

Surgiu ao identificar, a angústia que pessoas com deficiência e suas famílias, enfrentam por não serem percebidas pela sociedade como perfeitamente capazes de exercerem atividades, apesar do potencial, cujas barreiras encontradas inviabilizam o alcance de metas de vida em igualdade de condições.

Projeto dividido em 4 etapas, com destaque na histórias de pessoas com deficiência, e familiares, que não obstante suas limitações físicas ou sensoriais não foram suficientes para impedir que tivessem conquistas, em diversos campos, de modo que possam inspirar e incentivar outras pessoas com deficiência, num formato de contação de suas histórias.

Pensado inicialmente em 3 fases, foi acrescentada a fase ELES POR ELES EM DEFESA DO HOMEM COM DEFICIENCIA E DE SEUS FILHOS E FILHAS COM DEFIIENCIA, onde, além da histórias de homens com deficiência serão ouvidos os relatos dos atores, quase anônimos dessa linda história de vida e superação, serão as histórias dos pais, que lutando pelo sustento da família , convivem diariamente com a luta que é criar um filho ou filha com deficiência.

As fases ficaram da seguinte forma:

No mês de março, (mês da mulher), "Roda de Conversa: Elas por Elas, em Defesa da mulher com Deficiência", 11 expositoras, todas as mulheres com deficiência, que dialogaram sobre o rompimento de barreiras e transposição de limites.

No mês de maio, mês das mães: "Roda de Conversa: Ellas por Eles: em defesa dos seus filhos e filhas com deficiência", com 10 mães de pessoas com deficiência que relataram suas dificuldades e anseios em incluir seus filhos e filhas com deficiência.

Nesse mês, o projeto teve também um convite especial para participar da mostra "Contando História", no Shopping Boulvard, em Belém.

Em agosto, mês dos pais: "Eles por Eles: Em defesa do homem com deficiência e de seus filhos e filhas com deficiência", com 10 lideres entre pessoas com deficiência e pais de pessoas com deficiência. que relatarão suas dificuldades e anseios em apoiar as mães de seus filhos e filhas com deficiência.

Resultado: Seminário: "Caminhando Juntos Rumo à Inclusão Plena" onde serão extraídas as preposições de políticas públicas.

PALAVRAS CHAVES: pessoa com deficiência, empoderamento, visibilidade, barreiras, políticas públicas.

MPES GARANTINDO DIREITOS FUNDAMENTAIS POR MEIO DA TRANSPARÊNCIA E DOS METADADOS: UMA EXPERIÊNCIA COM PAINÉIS DE BI

Luciana Gomes Ferreira de Andrade,
Promotora de Justiça, Secretária-Geral
e Supervisora da Assessoria de Gestão
Estratégica do Ministério Público do
Espírito Santo, telefones (27) 3184-
4510 e 99824-1275,
landrade@mpes.mp.br

O projeto nasceu da necessidade de desenvolver ferramentas que pudessem auxiliar no conhecimento, tratamento e cruzamento de dados provenientes de várias fontes e instituições, para a geração de estratégias institucionais finalísticas mais eficientes, permitindo ainda a disseminação da informação não só no âmbito interno do Ministério Público, mas também para a sociedade em geral, potencializando, com isso, o empoderamento da cidadania e o fomento de políticas públicas mais eficientes em prol da efetividade dos direitos fundamentais. Como sabemos, a ciência jurídica é um veículo para a garantia de direitos, sobretudo os indisponíveis, cuja responsabilidade constitucional de zelar é incumbida ao Ministério Público. Esse plexo de direitos envolve uma extensa gama de conhecimentos, os quais não é de domínio absoluto e científico pelos membros do *parquet*. Portanto, para estabelecer prioridades e melhor desempenho de suas atribuições finalísticas é imprescindível munir os membros do MP de informações quantitativas e qualitativas de uma forma clara, objetiva e célere. Trata-se de geração de painéis digitais de dados compilados e indicadores estratégicos de atuação é essencial, com aplicação de técnicas de *Data Science*, que legitima indicadores com reconhecido alcance de resultados obtidos frente a custos quase nulos, sem a necessidade de aquisição de novos equipamentos ou softwares, aumentando o compartilhamento e a análise de informações internas e externas, otimizando as tomadas de decisão e garantindo a eficiência da gestão. A Assessoria de Gestão Estratégica – AGE tem

desenvolvido essas ferramentas para auxiliar o trabalho de Promotores e Procuradores de Justiça, assim como para divulgar informações para outros órgãos e para sociedade civil, numa prática de governo aberto em prol da cidadania. Como resultados podemos indicar os seguintes produtos: ***Painel de mortes violentas de mulheres: de A a Z*** **-** dados de boletins de ocorrência da Secretaria de Segurança Pública. A leitura dos gráficos constantes no painel possibilita uma análise dinâmica das circunstâncias que envolvem os assassinatos de mulheres, no tocante à execução do delito, autoria aparente, vínculo afetivo entre o autor e vítima, faixa etária, local da ocorrência, cor das vítimas, entre outras. Acesso em: http://www.mpes.mp.br/mapadeaaz.html. **Painel da Transparência Pública** - permite a visualização do panorama da transparência pública de prefeituras e câmaras municipais do Estado do Espírito Santo, fornecendo indicadores, análises qualitativas e *checklist* baseados no cumprimento da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) Acesso em: http://www.mpes.mp.br/ect.html. **Painel de Segurança Pública** - cruza informações provenientes dos relatórios de inspeção realizados pelos Promotores de Justiça nas delegacias de polícia, com informações de ocorrências criminais em todo estado, categorizadas por tipo e mapeadas visualmente, para fins de controle externo da atividade policial e fomento de políticas em segurança pública. Acesso em: http://www.mpes.mp.br/segurancapublica.html. **PAIPI –** apresenta a situação de todas as Instituições de Longa Permanência do Idoso (ILPI) do estado, públicas, privadas ou filantrópicas; na gestão dos recursos financeiros, humanos e materiais, integrado a um formulário eletrônico desenvolvido para facilitar a coleta de informações durante as inspeções ministeriais. Acesso em: http://www.mpes.mp.br/paipi.html.

Palavras-chave: cidadania; política pública; painéis de BI; metadados, tecnologia.

A ADOÇÃO CONJUNTA DE IRMÃOS E A EXCEPCIONALIDADE DE SOLUÇÃO DIVERSA

Ludmila de Paula Castro Silva
Ministério Público do Estado de Mato Grosso do Sul
E-mail: ludmilasilva@mpms.mp.br
Contato telefônico: (67) 98108-6282

No bojo da atuação na seara da infância denota-se que, em determinados casos, condicionar a adoção de uma criança ou adolescente em conjunto com um irmão pode tornar-se uma responsabilidade demasiadamente árdua para um ou mais deles, mormente se houver uma diferença considerável de idade entre eles. Mantendo-se a devida reserva quanto à identificação das partes, relevante mencionar caso concreto envolvendo dois irmãos, sendo uma criança e um adolescente, os quais iniciaram o estágio de convivência com o adotante devidamente habilitado para o perfil, entretanto o adolescente não se adaptou e solicitou seu retorno ao acolhimento institucional. Ato contínuo, o juízo competente determinou o retorno dos dois irmãos, acolhendo-os novamente, sob o fundamento de que a cisão ensejaria a ruptura de vínculos fraternais e eventual precedente a que outros pretendentes à adoção aceitem receber irmãos e depois postulem a devolução daquele já em patamar considerado de adoção tardia, permanecendo somente com a criança de tenra idade e, assim, institucionalizando o denominado "furo da fila" do Cadastro Nacional de Adoção. O adotante pleiteou a reconsideração da decisão e o Ministério Público manifestou-se favorável ao regresso da decisão, argumentando que o princípio do melhor interesse da criança justifica a excepcionalidade da medida de manutenção do estágio de convivência para um dos irmãos, ainda que o outro retornasse ao acolhimento institucional, diante da evidente formação do vínculo afetivo entre a infante e o adotante, bem como, por inexistirem indícios de má-fé ou dolo do adotante em aceitar a adoção dos irmãos para que pudesse conseguir seu intento de modo mais célere. A manifestação ministerial considerou que deve ser dada primazia às necessidades da infante como critério

de interpretação da lei, em específico do artigo 28, §4º do ECA, respeitando seus direitos fundamentais, inclusive o direito de conviver em um ambiente familiar onde receba todos os cuidados, atenção e carinho que necessita, freando o longo interstício de institucionalização, igualmente vivenciado por seus outros oito irmãos. Mantida a decisão pelo juízo de primeiro grau, o adotante interpôs recurso em face desta, tendo a Promotoria de Justiça elaborado estudo psicológico em que restou evidente o sofrimento causado à criança pela interrupção do estágio de convivência. O posicionamento ministerial foi favorável ao provimento do recurso. Contra o parecer da Procuradoria de Justiça, o Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, valendo-se de todos os argumentos lançados pela Promotoria de Justiça, deu provimento ao agravo para o fim de restabelecer o estágio de convivência entre o adotante e a criança, observando os preceitos da proteção integral e melhor interesse da criança. Entende-se ser esta uma experiência exitosa e significativa, considerando a validação pelo Tribunal de Justiça de toda a argumentação ministerial, determinando a superação do martírio e prejuízo psicológico para a criança, já que o curto lapso temporal do estágio de convivência inicial foi suficiente para estabelecer vínculos de amor e carinho, sentimentos estes que talvez tal criança nunca tivesse conhecido antes. Importante anotar que, apesar de ser desejável a manutenção de irmãos na mesma família adotante, não deve ser esta uma fórmula imutável, sendo condizente uma alteração legislativa para prever que, empreendidas todas as diligências para viabilizar a adoção e decorrido o período máximo que, em regra, uma criança ou adolescente pode permanecer acolhido (18 meses) sem êxito em alcançar a adoção, seja analisada a viabilidade de perseguir o intento da adoção de modo individualizado.

Palavras-chaves: adoção conjunta de irmãos; excepcionalidade de solução diversa.

"CRIMES CONTRA A DIGNIDADE SEXUAL DAS CRIANÇAS E DOS ADOLESCENTES: CONSCIENTIZAR E PREVENIR"

SALOMÃO ISMAIL FILHO
Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco, titular da 43ª PJ Criminal da Capital (Crimes contra Criança e Adolescente). MBA em Gestão do Ministério Público (UPE). Especialista e Mestre em Direito (UFPE). Doutorando em Direito (UNICAP).
E-mail: salomao@mppe.mp.br ou salomao74@yahoo.com.br.

Resumo

Projeto social de atuação extrajudicial e preventiva da 24ª e 43ª Promotorias de Justiça Criminais da Capital (atuação exclusiva em crimes contra criança e adolescente) do Ministério Público de Pernambuco. Nome do projeto: "Crimes contra a dignidade sexual das crianças e dos adolescentes: conscientizar e prevenir". Trata o referido projeto da atuação preventiva e extrajudicial de duas promotorias com exclusiva atribuição criminal, em favor do direito fundamental à proteção contra o abuso sexual. Busca-se uma atuação resolutiva dos promotores criminais, na qualidade de agentes políticos de transformação social e indutores de políticas públicas na respectiva área de atuação, indo além de um viés meramente judicial e punitivo de atuação. Realização de uma audiência pública como marco inicial do projeto. Expedições de recomendações, a partir de pactos dialogados na audiência pública. Instauração de um processo administrativo para acompanhar as propostas e deliberações da audiência pública. Mapeamento dos bairros do Recife com maior incidências de crimes contra a dignidade sexual de infantes. Realização periódica de reuniões setoriais no MPPE. Formação de uma rede de atuação preventiva, composta pelas Secretarias de Educação do Município do Recife e do Estado de Pernambuco; Polícia Civil; Poder Judiciário; Polícia Militar e Conselho Tutelar. Reuniões com Diretores de escolas públicas e agentes de saúde. Visitas a escolas públicas do bairro com maior incidência de crimes contra a dignidade sexual de infantes. Reunião com os candidatos ao Governo do Estado de Pernambuco, com a finalidade de

discutir políticas públicas na área de proteção contra o abuso sexual de crianças e adolescentes. Reunião com representantes do Governo do Estado a fim de discutir e propor maiores investimentos orçamentários na área. Realização anual de uma audiência pública, prestando contas à população e reavaliando as metas alcançadas.

Palavras-chave: Direitos fundamentais, Dignidade sexual, Ministério Público, Promotoria criminal, resolutividade.

23º CONGRESSO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

INVESTIGAÇÃO E COMBATE À CORRUPÇÃO E AO CRIME ORGANIZADO

RETENÇÃO LIMINAR DE REMUNERAÇÃO DE AGENTES PÚBLICOS EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rodrigo Monteiro da Silva
Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo
E-mail: rsilva@mpes.mp.br

A Lei 8.429/92 prevê, respectivamente, nos artigos 7º e 16 a possibilidade de indisponibilidade e sequestro de bens voltados à recomposição do patrimônio público. Destaca-se que a medida de indisponibilidade também poderá ser decretada com a finalidade de garantir o pagamento da futura multa civil, não devendo vincular-se, tão somente, ao ressarcimento dos prejuízos suportados pelo erário ou ao indevido acréscimo patrimonial do agente causador do ato de improbidade administrativa. O STJ, inclusive, possui decisões nesse sentido (STJ; REsp 1.752.326; Proc. 2018/0166231-2; MG; Rel. Min. Benedito Gonçalves; Julg. 14/12/2018; DJE 19/12/2018; Pág. 6863). Como deve proceder o membro do Ministério Público caso não encontre bens aptos a garantir o ressarcimento e/ou o pagamento da multa civil? Existe na LIA previsão expressa para a decretação de retenção liminar de remuneração de agente público causador de ato de improbidade administrativa? A resposta, infelizmente, é negativa, porém, tal omissão legislativa não é fator impeditivo de uma atuação eficiente do Ministério Público. Juntamente com outros diplomas legais, a exemplo da Lei da Ação Popular, a LIA integra o chamado microssistema de proteção aos direitos difusos, não havendo dúvidas nesse sentido sobre a possibilidade de uma interpretação sistemática desse conjunto de regras em prol da busca da efetividade na defesa do patrimônio público e da moralidade administrativa. Dessa forma, diante da previsão expressa contida no artigo 14, § 3º, da Lei 4.717/65, será possível o desconto em folha em casos de condenação ao ressarcimento do dano causado. O STJ já reconheceu que tanto a LIA quanto a LAP integram o mencionado microssistema de defesa da probidade administrativa (STJ, 1ª Turma, REsp 1.115.586/DF; rel. Min. Gurgel de Faria; DJe 22.08.2016; STJ, 1ª Turma, REsp 1.512.985/PI; rel. Min. Benedito Gonçalves; DJe 05.03.2015). Outro argumento

favorável à medida está no poder geral de cautela previsto no artigo 297, do CPC, que permite ao magistrado determinar as medidas que considerar adequadas à efetivação da tutela provisória. A retenção liminar de remuneração de agente ímprobo guarda sintonia com a proteção do patrimônio público, bem de interesse indiscutivelmente difuso. Pensar de forma diversa representa uma inegável proteção deficiente à tutela da probidade administrativa. Convém ressaltar que o STJ possui decisões recentes que permitem o bloqueio de remuneração em situações que sequer digam respeito a direitos indisponíveis, a exemplo de honorários advocatícios (STJ - REsp nº 1732927, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 22/03/2019); dívidas de prestações escolares (STJ; 3ª Turma; REsp 1.658.069; rel. Min. Nancy Andrighi; Julg. 14/11/2017; DJE 20/11/2017) e dívidas de aluguéis (STJ - AREsp: 1336881 DF 2018/0190204-0, Relator: Ministro RAUL ARAÚJO, Data de Publicação: DJ 02/10/2018). Viola o princípio da razoabilidade a permissão de bloqueio de remuneração para a garantia de débitos disponíveis e, ao mesmo tempo, a vedação de utilização da mesma tutela provisória para a garantia de preservação do patrimônio público.

Palavras-chaves: Improbidade administrativa, Retenção, Remuneração, agente público.

A MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO COMO FORMA DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rodrigo Monteiro da Silva
Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo
E-mail: rsilva@mpes.mp.br

O protesto cautelar terá lugar sempre que o ato de improbidade administrativa se tornar público próximo ao final do lapso prescricional, fato que impedirá que o legitimado ativo tenha condições razoáveis de realizar os trabalhos de investigação. Assim, em razão do dever de se buscar uma apuração pormenorizada das condutas tidas como ilícitas, haverá a necessidade de se interromper o curso da prescrição, a qual pressupõe a inércia daquele que possui um direito ou legítimo interesse. Uma vez demonstrada que não há a presença dessa inércia e que a atuação dos legitimados somente não se deu anteriormente em razão do desconhecimento dos fatos, inegável a possibilidade de se lançar mão da cautelar de protesto para que seja interrompida a prescrição, com o objetivo de se resguardar o interesse público.
O objetivo da apresentação da medida é interromper a prescrição do prazo previsto junto ao art. 23, da LIA (que começará a correr novamente a partir da determinação de citação), prevenir responsabilidades dos demandados, prover a conservação dos interesses da coletividade e manifestar (formal e expressamente) a intenção de buscar a aplicação das sanções previstas no art. 12, da mencionada legislação.

A utilização da medida de cautelar de protesto encontra respaldo na jurisprudência, senão vejamos: TJMG; AI 1.0081.17.000864-3/002; Rel. Des. Edgard Penna Amorim; Julg. 30/10/2018; DJEMG 07/11/2018; TRF 1ª R.; AI 0008920-02.2017.4.01.0000; Terceira Turma; Rel. Juiz Fed. Conv. José Alexandre Franco; DJF1 20/10/2017; TJES; A3a Câmara Cível; PL 0020149-34.2013.8.08.0011; relª Desª Elisabeth Lordes; Julg. 05.04.2016; DJES 15.04.2016; TRF 5ª R.; AC 0001757-24.2010.4.05.8400/RN; rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano; Julg. 21.06.2012; DEJF 23.07.2012; p. 399. Em sentido contrário: TRF 1ª R.; AC 0000073-29.2014.4.01.3908; Terceira Turma; Relª Desª Fed. Mônica Sifuentes; DJF1 29/06/2018.

O ajuizamento da ação principal depois da apresentação da medida cautelar de protesto não se submete à regra do art. 308, do CPC/2015, não havendo que se falar em observância do prazo legal de trinta dias para o ajuizamento da demanda principal (nesse sentido: TJSP; 2ª Câmara de Direito Público; APL 0001223-72.2013.8.26.0053; Ac. 7170246; São Paulo; rel. Des. Claudio Augusto Pedrassi; Julg. 12.11.2013; DJESP 22.11.2013; TRT 4ª R.; 4ª Turma, RO 00946.002/98-3; relª Juíza Teresinha Maria Delfina Signori Correia; Julg. 23.08.2000; DOERS 23.10.2000; TRT 3ª R.; 6ª Turma, RO 04022-2004-091-03-00-6; rel. Juiz Fernando Antônio Viégas Peixoto; DJMG 11.08.2005; p. 13).

O STJ entende, inclusive, que não cabe recurso contra procedimento de jurisdição voluntária de cautelar de protesto. Nesse sentido: STJ, Decisão Monocrática, REsp 1522694/RN; rel. Min. Francisco Falcão; DJe 26.04.2017.

Em concreto a medida foi por mim utilizada por ocasião de uma investigação na Câmara de Vereadores do município de Cachoeiro de Itapemirim (ES) quando os fatos ilícitos somente chegaram ao conhecimento do MP cerca de 60 dias antes do fim do prazo prescricional. A medida foi ajuizada e o prazo da prescrição foi interrompido.

Palavras-chaves: Cautelar, protesto, prescrição, improbidade administrativa.

A MEDIDA CAUTELAR DE PROTESTO COMO FORMA DE INTERRUPÇÃO DA PRESCRIÇÃO EM AÇÕES DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

Rodrigo Monteiro da Silva
Promotor de Justiça no Estado do Espírito Santo
E-mail: rsilva@mpes.mp.br

A Lei 8.429/92 prevê a possibilidade de sequestro de bens adquiridos ilicitamente. Diversamente do que ocorre com outras legislações, a exemplo da Lei 9.613/98, a LIA não faz menção expressa sobre a destinação dos bens apreendidos. A sociedade brasileira enfrenta um longo processo de descrédito nas instituições públicas, provocado sobretudo pelos reiterados casos de corrupção que insistem em povoar os noticiários. Diante da especialização e capilaridade de redes orquestradas para dilapidar os cofres públicos, torna-se urgente que o Estado lance mão dos mecanismos existentes para tentar frear a corrupção que se alojou na esfera administrativa. Assim, a LIA possui considerável relevância, uma vez que congrega mecanismos eficientes de combate aos desvios na Administração Pública. Mesmo diante da força da LIA, torna-se necessário conceber mecanismos eficientes já inaugurados em outras legislações, que permitam ao Estado oferecer à sociedade uma prestação jurisdicional constitucionalmente adequada. Dentre tais mecanismos de efetividade destaca-se a alienação antecipada de bens, prevista expressamente no CPP (art. 144-A), CPC (art. 852), Lei 11.343/06 (art. 62) e Lei 9.613/98 (art. 4º). Referidos instrumentos normativos, tal qual a LIA, congregam um verdadeiro microssistema de combate à corrupção. Engana-se quem sustenta que referido microssistema engloba, apenas, legislações de cunho processual ou material civil. O objetivo das normas é a consecução da máxima proteção a direito transindividual e, nesse sentido, relegar a possibilidade de instrumentos normativos de cunho penal inserirem-se nesse grandioso sistema voltado à satisfação do interesse da coletividade, representa um enorme retrocesso, com ofensa à gama de princípios que regem a tutela da probidade administrativa.

A alienação de bens apreendidos guarda coerência com a busca por uma prestação jurisdicional efetiva e com a satisfação do interesse público. A guarda e conservação de bens à disposição do Judiciário causa um considerável gravame ao Estado. Por vezes, a manutenção desses bens demanda custos de grande monta e a decretação da venda antecipada é a medida adequada para resguardar, inclusive, os interesses dos respectivos proprietários, que não sofrerão prejuízos decorrentes da inevitável depreciação ou deterioração. A jurisprudência é tímida ao analisar esse relevante instrumento de combate à corrupção, contudo, de modo a conferir efetividade à LIA e à própria tutela jurisdicional, o TRF da 4ª Região autorizou a venda antecipada de bens obtidos a partir de desvios de recursos públicos no Município de Bagé (RS). (AI: 5004863-37.2015.404.0000; Alienação Judicial: 5002758-7.2014.4.04.7109; ACPIA: 50029275820134047109). Em sentido contrário o TJ-MG decidiu pela impossibilidade de aplicação analógica da Lei nº 9.613/98 aos atos de improbidade administrativa (TJMG; AI 1.0352.13.004184-6/001; Rel. Des. Caetano Levi Lopes; Julg. 10/11/2014; DJEMG 21/11/2014). O objetivo dessa interpretação voltada à busca pela máxima efetividade das normas que tutelam direitos transindividuais baseia-se no fortalecimento da defesa da tutela do patrimônio público e não no enfraquecimento à sua proteção. Buscar uma compreensão diversa corresponde à proteção deficiente da probidade administrativa.

Palavras-chaves: Improbidade administrativa, alienação antecipada, bens.

MONITORAMENTO E REPRESSÃO DE INFRAÇÕES ADMINISTRATIVAS PRATICADAS NO ESPAÇO CIBERNÉTICO

Moacir Silva do Nascimento Júnior
Ministério Público do Estado da Bahia
moacirsn@gmail.com

Resumo: O direito fundamental ao respeito de crianças e adolescentes acusados de atos infracionais é constantemente violado por sites e blogs que adotam tom sensacionalista na divulgação de notícias que se limitam, na maior parte dos casos, a reproduzir material fornecido pelos órgãos de comunicação social das polícias civis e militares. Tal postura empresarial, que viola regras básicas da atividade jornalística, não encontra amparo no princípio constitucional que protege a liberdade de informação e deve ser alvo de controle por parte do Ministério Público, ente legitimado a iniciar procedimento judicial que permite a aplicação da multa prevista no art. 247 do Estatuto da Criança e do Adolescente. Por meio de ferramentas tecnológicas gratuitas, com reduzido grau de complexidade para sua operação, é possível realizar o monitoramento em tempo real, a pesquisa do histórico de notícias e a rápida identificação dos responsáveis por ilícitos dessa natureza ou por condutas que violam outras normas de proteção à infância e à juventude, a exemplo daquelas que dispõem sobre classificação indicativa. A via judicial permite a obtenção de ordem para remoção imediata de notícias com dados que permitam a identificação, direta ou indireta, das pessoas acusadas e a aplicação de sanção pecuniária com alto potencial de inibição dos comportamentos ilícitos futuros, especialmente quando se trata de veículo de comunicação regional, com reduzido porte econômico. Além do ajuizamento de representação, possível requerer, por meio de ação civil pública, a condenação de sociedades empresárias e de jornalistas ao pagamento de compensação por dano moral coletivo, caso resistam às ordens judiciais proferidas no âmbito de procedimentos instaurados para apuração da responsabilidade por infração administrativa prevista no Estatuto da Criança e do Adolescente. O Núcleo de Crimes Cibernéticos iniciou

monitoramento em maio de 2018 que resultou, até julho de 2019, na deflagração de quarenta ações judiciais, em vinte e uma comarcas, amparadas por provas da publicação de oitocentas e quarenta e uma notícias. Tai iniciativa resultou, até o momento, na remoção de setecentas e doze notícias publicadas tanto em sites e blogs quanto na rede social Facebook. A partir desse monitoramento, também foi identificado conteúdo ilícito vinculado a unidades da federação diversas da Bahia, no total de setenta e três notícias, o que levou à remessa de comunicação formal de tais ilícitos a todas as demais unidades ministeriais do país.

Palavras-chave: Whois; TalkAlerts; Google; Redes Sociais; Representação.

ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) – ANÁLISE ESTATÍSTICA, ROTEIROS DE ATUAÇÃO E RESULTADOS PRELIMINARES NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS (2017-2019)

Lucas César Costa Ferreira
Ministério Público do Estado de Goiás
E-mail: lucascferreira@yahoo.com.br
Fone: (62) 3335-1209

Regulamentado pela Resolução nº 181, de 7 de agosto de 2017 (alterada pela Resolução nº 183, de 24 de janeiro de 2018), do Conselho Nacional do Ministério Público, o acordo de não persecução penal teve a sua primeira experiência observada no Ministério Público do Estado de Goiás. No presente trabalho, identificou-se, a partir de levantamento estatístico realizado no sistema ATENA – sistema de processamento de dados do MPGO – com base na taxonomia estabelecida pela CGMP/MPGO, a celebração de 76 (setenta e seis) acordos no âmbito do MPGO, precisamente em 11 (onze) comarcas. O recorte temporal de análise abrangeu o período compreendido entre agosto de 2017 e março de 2019. O referido levantamento permitiu a delimitação e definição de roteiros práticos de atuação em inquérito policial (IP) e em procedimento de investigação criminal (PIC), em especial no que refere ao relacionamento com outros órgãos envolvidos pela atribuição da persecução penal (Poder Judiciário, Polícia Civil, Polícia Militar), bem como a identificação de oportunidades e potencialidades da utilização de novo instrumento disciplinado pelo Conselho Nacional do Ministério Público. De igual modo, foram inferidas ainda as condições regularmente estipuladas por ocasião da celebração dos acordos, quando se verificou a maior estipulação de obrigações de cunho pecuniário. Foram ainda realizadas algumas problematizações referentes a obstáculos e limites experimentados na celebração dos acordos (destinação do valor recolhido a título de fiança, destinação de armas apreendidas, princípio da insignificância, advocacia dativa e etc.). No trabalho realizado, conferiu-se destaque à atuação ministerial na Comarca de Vianópolis, onde foram

identificadas algumas potencialidades, como o suporte financeiro a órgãos de segurança pública e a projetos e programas sociais desenvolvidos no Município.

Palavras-chave: acordo de não persecução, roteiros práticos, potencialidades, obstáculos, experiências.

23º
CONGRESSO
NACIONAL
DO MINISTÉRIO
PÚBLICO