

Seminário Estadual de  
**Teses do MPPR**  
2017

Três décadas da  
Constituição Federal de 1988:  
**os novos desafios do Ministério Público**

Ministério Público do Estado do Paraná  
Associação Paranaense do Ministério Público  
Associação dos Servidores do Ministério Público do Estado do Paraná  
Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná

**TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988:  
OS NOVOS DESAFIOS DO MINISTÉRIO PÚBLICO**



**22 e 23 de junho de 2017**



#### Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

S471a Seminário Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná (2017 : Curitiba, PR)

Anais ... / Seminário Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná. Curitiba: Associação Paranaense do Ministério Público: Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná, 2017.

236 p.

Tema central: “Três décadas da constituição federal de 1988: os novos desafios do ministério público”.

Realizado de 22 a 23 de junho de 2017, no Ministério Público do Estado do Paraná, Curitiba.

ISBN 978-85-68772-06-5

1. Ministério Público – congressos, etc. I. Ministério Público - Paraná. II. Seminário Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná (2017: Curitiba). III. Título.

CDU 347.963(816.2)

(Bibliotecária responsável: Jussara de Mello Toledo Ramos – CRB 9/292)

A responsabilidade dos trabalhos publicados é exclusivamente de seus autores.

Ministério Público do Estado do Paraná.

Associação Paranaense do Ministério Público.

Associação dos Servidores do Ministério Público do Estado do Paraná.

Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná.

Projeto Gráfico e Diagramação: Divisão de Editoração, Publicação e Divulgação da Coordenação Administrativa do CEAF - Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - do MPPR

## SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....9

Eduardo Cambi

1. A RESERVA LEGAL NA MATA ATLÂNTICA E A IN(SUSTENTABILIDADE) DA PRÁTICA DO MANEJO FLORESTAL.....11

Alexandre Gaio

2. OS ATERROS SANITÁRIOS DE PEQUENO PORTE E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL SIMPLIFICADO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA 404/2008 E DA RESOLUÇÃO CEMA/PR 094/2014.....27

Alexandre Gaio

Letícia Uba da Silveira Maraschin

Cassiana Rufato Cardoso

3. O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (PA) COMO MECANISMO DE TUTELA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS.....41

Arion Rolim Pereira

Willian Buchmann

4. O REASSENTAMENTO COLETIVO E A INDENIZAÇÃO JUSTA DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS E EXPROPRIADAS POR BARRAGENS.....57

Ana Paula Pina Gaio

5. O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO AOS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA.....73

Ana Paula Pina Gaio

Ana Carolina Brolo de Almeida

6. PRESCINDIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCESSOS ENVOLVENDO INTERESSE INDIVIDUAL DISPONÍVEL DE INCAPAZ QUE NÃO ESTÁ EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE.....89  
Andressa Chiamulera
7. MECÂNICAS MEDIEVAIS DE CONTROLE SOCIAL NO AMBIENTE ECONÔMICO E SUAS CONEXÕES COM OS ATUAIS PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE.....101  
Fábio André Guaragni
8. ORIGENS MODERNAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO EXPRESSÃO DO CONFLITO ENTRE DOIS MODELOS DE PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS.....107  
Fábio André Guaragni
9. A DEMOCRATIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DESAFIO PARADIGMÁTICO.....113  
Márcio Soares Berclaz  
Juliano Rodriguez Torres
10. ACESSO À JUSTIÇA E CENTRAL DE ATENDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....123  
Mônica Louise De Azevedo  
Sandra Mancino  
Alcides Santos Neto
11. DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.....129  
Ciro Expedito Scheraiber  
Cristina Corso Ruaro
12. MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA QUANTO À CONDIÇÃO ECONÔMICO-

- FINANCEIRA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS.....143  
Eduardo Cambi
13. POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NA ÁREA DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA.....157  
Cláudio Smirne Diniz  
Eduardo Cambi
14. UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA MODALIDADE DIFUSA.....171  
André Tiago Pasternak Glitz
15. CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA MODALIDADE CONCENTRADA: O ENFRENTAMENTO DO DESVIO DE CONDUTA POLICIAL COMO PRODUTO DA CULTURA ORGANIZACIONAL DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS.....191  
André Tiago Pasternak Glitz
16. A CONSUNÇÃO COMO CRITÉRIO RESOLUTIVO DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE OS DELITOS DE POSSE/PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO.....211  
André Tiago Pasternak Glitz  
Donizete de Arruda Gordiano
17. A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO/RÉU EM PROCEDIMENTO CIRCULAR RESTAURATIVO COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA.....229  
Marcelo Augusto Ribeiro

18. TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DESAFIO DE SE DEFINIR UM NOVO MODELO DE CONCURSO PÚBLICO PARA A SELEÇÃO DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA DO SÉCULO XXI.....243  
Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini
19. DAS CONSEQUÊNCIAS DO SILÊNCIO DO INVESTIGADO NA INVESTIGAÇÃO CÍVEL.....257  
Hugo Evo Magro Corrêa Urbano  
Ítalo João Chiodelli
20. SEGURANÇA VIÁRIA NO ENTORNO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO CONSTITUI DEVER PRIORITÁRIO DAS GUARDAS MUNICIPAIS.....269  
Cássio Mattos Honorato
21. DIRETRIZES PARA A CEDÊNCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS .....283  
Leonardo Dumke Busatto
22. UMA DISCUSSÃO SOBRE OS CUIDADOS EM SAÚDE MENTAL NA CENA CONTEMPORÂNEA: O “DES”CASO DE LONDRINA - PR.....297  
Paulo Cesar Vieira Tavares  
Marco Antonio da Rocha
23. ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA PROMOÇÃO E DEFESA DE DIREITOS DOS POVOS DE TERREIRO\* .....315  
Paulo César Vieira Tavares  
Mariana Seifert Bazzo
24. PERDA DO CARGO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE CRIME E DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA.....335  
Cláudio Smirne Diniz

25. A INOPONIBILIDADE DA GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL ÀS DIRETRIZES DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....343  
Hirmínia Dorigan de Matos Diniz
26. AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA E DE FORTALECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....351  
Hirmínia Dorigan de Matos Diniz
27. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA NÃO OFERTA DE VAGA NO ENSINO OBRIGATÓRIO.....357  
Hirmínia Dorigan de Matos Diniz
28. AÇÕES POSSESSÓRIAS E CONFLITOS AGRÁRIOS COLETIVOS NA JUSTIÇA ESTADUAL: O PAPEL DA UNIÃO.....365  
Olympio de Sá Sotto Maior Neto  
Mariana Seifert Bazzo  
Jefferson de Oliveira Salles
29. POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS DELITOS EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E REVISÃO DE ENTENDIMENTO VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 19/DF.....381  
Caroline Chiamulera
30. DE OPERADOR DO DIREITO A GESTOR PÚBLICO – REFLEXÃO SOBRE OS DESAFIOS DOS INTEGRANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA ALTA DOSE DE INFORMAÇÕES, RESPONSABILIDADES E BUSCA POR RESOLUTIVIDADE.....401  
Murilo Cezar Soares e Silva
31. SMART CITIES PMO.....411  
Priscila da Mata Cavalcante

## 32. ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 – NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS.....429

Suzane Maria Carvalho do Prado

## 33. REFLETINDO SOBRE O ART. 244B, LEI 8069/1990 – APURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E OUVIDA DO INIMPUTÁVEL COAUTOR DO DELITO NO JUÍZO COMUM.....443

Suzane Maria Carvalho do Prado

## 34. PENA DE PRISÃO, DE BECCARIA A FOUCAULT, UM MAL NECESSÁRIO.....455

Cláudia Rodrigues de Morais Piovezan

### FOTOGRAFIAS

ALESSANDRA FATIMA DE LARA ONISHI.....	10
VIVIANE WALERIA BAHIA DOS SANTOS.....	26
NÉLIO KOUJI ONISHI.....	40
MÁRIO AUGUSTO JACEGUAY ZAMATARO.....	56
VANESSA MILENE DE SANTANA.....	72
CARLA MORETTO MACCARINI.....	106
ROBERTO PILOTTO.....	156
NÉLIO KOUJI ONISHI.....	228
TOMÁS EON BARREIROS.....	268
CLARICE METZNER.....	296
VIVIANE WALERIA BAHIA DOS SANTOS.....	314
MÁRIO AUGUSTO JACEGUAY ZAMATARO.....	334
CARLA MORETTO MACCARINI.....	350
TOMÁS EON BARREIROS.....	364
ALESSANDRA FATIMA DE LARA ONISHI.....	381
VANESSA MILENE DE SANTANA.....	428
ROBERTO PILOTTO.....	442
CLARICE METZNER.....	468

### APRESENTAÇÃO

O Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná tem a honra de trazer a público o livro “Três décadas da Constituição Federal de 1988: os novos desafios do Ministério Público”, com as 34 (trinta e quatro) teses apresentadas e aprovadas no Seminário Estadual, realizado no auditório da Procuradoria-Geral de Justiça, em Curitiba, nos dias 22 e 23 de julho de 2017.

O Seminário Estadual de Teses teve o objetivo de fomentar discussões e reflexões críticas entre membros e servidores do MP-PR, preparando os integrantes da instituição para o XXII Congresso Nacional do Ministério Público, ocorrido de 27 a 29 de setembro de 2017, em Belo Horizonte (MG), cujo tema central foi pensar a atuação do MP nos 30 (trinta) anos de vigência da Constituição Federal de 1988.

É importante ressaltar que o Seminário Estadual de Teses, de 2017, trouxe diversas inovações em relação aos anos anteriores, uma vez que: permitiu a participação dos servidores do MP-PR na condição de coautores; possibilitou consultas internas das teses por meio eletrônico, fazendo com que os interessados tivessem acesso ao seu conteúdo e pudessem fazer comentários e sugestões; antes da apresentação da tese nos dias 22 e 23 de julho, foram formadas comissões temáticas, com membros do MP-PR especialistas na matéria, para que outras contribuições pudessem ser realizadas e o tesista tivesse oportunidade de rever seus posicionamentos ou incluir novos argumentos; todas as teses foram apresentadas em um único auditório, para ampliar o debate, bem como foi adotada a votação por meio eletrônico, com auxílio de aplicativo, aberta a todo o Estado por meio da *internet*.

A obra está ilustrada com registros fotográficos resultantes do Workshop “O Centro Cívico através das lentes do MP”, realizado pelo CEAF, no mês de maio de 2017, com a supervisão do engenheiro de telecomunicações, escritor e fotógrafo Washington Cesar Takeuchi.

Agradeço a colaboração de todos os autores e fotógrafos, bem como a Associação Paranaense do Ministério Público (APMP), a Associação dos Servidores do Ministério Público do Estado do Paraná (ASSEMP-PR) e a Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR) que, ao apoiarem a publicação dessa obra, permitem que os integrantes do MP-PR exercitem o pensamento crítico, indispensável ao aperfeiçoamento institucional e à transformação social.

Eduardo Cambi  
Promotor de Justiça  
Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)



**Alessandra Fatima de Lara Onishi**  
Auxiliar Técnica atuante no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento  
Funcional - CEAF

## A RESERVA LEGAL NA MATA ATLÂNTICA E A IN(SUSTENTABILIDADE) DA PRÁTICA DO MANEJO FLORESTAL

Alexandre Gaio<sup>1</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO

O presente trabalho busca abordar, de um lado, os principais aspectos legais e ecológicos do bioma Mata Atlântica, a sua situação atual frente ao risco de extinção, à continuidade do desmatamento e à fragmentação dos últimos remanescentes de vegetação e floresta e o regime jurídico conferido ao bioma pela Lei Federal 11.428/2006, e, de outro lado, o tratamento atribuído à Reserva Legal pela Lei Federal 12.651/2012 e a problemática relacionada à in(aplicabilidade) do manejo florestal em Reserva Legal situada no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica em face da especialidade da Lei que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa deste bioma.

Isto porque embora a Lei Federal 12.651/2012 preveja no âmbito nacional mitigações quanto à obrigatoriedade de existência de Reserva Legal nos imóveis rurais e a ampla possibilidade de manejo florestal com enfoque comercial e utilização de espécies exóticas nesse espaço ambiental protegido, a Lei Federal 11.428/2006, que possui aplicação somente no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica, estabelece um regime mais rigoroso de proteção da vegetação nativa e hipóteses excepcionabilíssimas para a realização do manejo florestal.

#### 1.2. O bioma Mata Atlântica: importância, risco de extinção e proteção jurídica

Os levantamentos realizados há mais de uma década pelo INPE e SOS Mata Atlântica evidenciam que, mesmo com o histórico de destruição da Mata Atlântica a ferro e fogo e com toda a drástica diminuição de fauna e flora promovida em todos os ciclos econômicos por mais de quinhentos anos<sup>2</sup>, o desmatamento e a perda da biodiversidade

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2003, atualmente em exercício no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo (CAOPMAHU).

<sup>2</sup> DEAN, Warren. **A ferro e fogo: a história da devastação da Mata Atlân-**

persistem em grandes escalas até os dias atuais e, ainda, sem nenhum indicativo de que a sanha das atividades econômicas e outras atividades degradadoras sejam restringidas ao menos para estancar a cessar a perda e diminuição gradativa dos remanescentes deste bioma.

No meio rural, o agronegócio, a pecuária extensiva, a silvicultura e a implantação de centrais de produção hidrelétricas vêm, de modo incessante, captando novas áreas para produção em substituição aos remanescentes da Mata Atlântica. Nas zonas urbanas, não há como se olvidar que a maior parte da população brasileira se encontra nas áreas de domínio da Mata Atlântica e que há forte pressão não somente para a expansão urbana, mas também a existência de diversos interesses econômicos (comerciais, industriais, imobiliários e turísticos) que pretendem a supressão de seus remanescentes de vegetação ainda preservados ou em fase de recuperação<sup>3</sup>.

De fato, em levantamentos dos remanescentes de Mata Atlântica do Brasil realizado em conjunto pelo Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (INPE) e pela Fundação SOS Mata Atlântica, tendo como referência temporal os últimos anos, constatou-se que há uma impressionante continuidade do processo de desmatamento da Mata Atlântica<sup>4</sup>, nada obstante a indicação de praticamente inexistência de remanescentes em bom estado de conservação em alguns dos seus compartimentos.

Não obstante o porcentual de áreas de remanescentes de vegetação de Mata Atlântica<sup>5</sup> no Brasil seja mínimo (aproximadamente oito por cento

**tica brasileira.** Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

3 GAIO, Alexandre. **Lei da Mata Atlântica Comentada.** São Paulo: Editora Almedina, 2014. p. 41-49.

4 Conforme os referidos levantamentos, no período de 2011-2012 houve o desmatamento de 23.548 hectares; no período de 2012-2013 houve o desmatamento de 23.948 hectares; no período de 2013-2014 houve o desmatamento de 18.627 hectares; e no período de 2014-2015 houve o desmatamento de 18.433 hectares. (FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica.**

5 A Lei Federal 11.428/2006 e o seu Decreto regulamentador 6.660/2008 (artigo 1º) definiram a área de abrangência do bioma Mata Atlântica, de modo a contemplar as seguintes configurações de formações florestais nativas e ecossistemas associados: "Floresta Ombrófila Densa; Floresta Ombrófila Mista, também denominada de Mata de Araucárias; Floresta Ombrófila Aberta; Floresta Estacional Semidecidual; Floresta Estacional Decidual; campos de altitude; áreas das formações pioneiras, conhecidas como manguezais, restingas, campos salinos e áreas aluviais; refúgios vegetacionais; áreas de tensão ecológica; brejos interioranos e encraves florestais, representados por disjunções de Floresta Ombrófila Densa, Floresta Ombrófila Aberta, Floresta Estacional Semidecidual e Floresta Estacional Decidual; áreas de estepe, savana e savana-estéptica; e vegetação nativa das ilhas costeiras e oceânicas".

da cobertura original), esse mínimo é imprescindível para a manutenção de significativa biodiversidade no planeta e para a qualidade de vida e da própria vida da maior parte da população brasileira<sup>6</sup>.

A Constituição da República, além de prescrever o dever genérico de defesa e preservação do meio ambiente<sup>7</sup> e a observância dos princípios que estatuem a primariedade do meio ambiente e a exploração limitada da propriedade<sup>8</sup>, atribuiu diversas obrigações positivas à sociedade e ao Poder Público, dentre elas: a) o dever de proteger os espaços territoriais<sup>9</sup> e seus componentes, tais como a Mata Atlântica<sup>10</sup>; b) a observância da vedação de qualquer utilização do bioma Mata Atlântica (espaço territorial especialmente protegido) que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção<sup>11</sup>; c) o dever de promover a restauração dos seus processos ecológicos essenciais e de prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas<sup>12</sup>; d) o dever de preservar a diversidade e integridade do patrimônio genético do País<sup>13</sup>; e) o dever de exigir estudo de impacto ambiental para implantação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ambiental<sup>14</sup>; f) e o dever de proteger a fauna e a flora, vedando-se as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, que provoquem a extinção das espécies ou que submetam os animais a crueldade<sup>15</sup>.

6 Segundo estudo do IBGE, realizado em 2009, sobre o Mapa da Área de Aplicação da Lei Federal 11.428/2006, cerca de 123 milhões de pessoas vivem em 3.410 municípios, na delimitação da Mata Atlântica. (Disponível em: <[www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)>).

7 Artigo 225, *caput*.

8 Artigos 170, VI, 182, § 2º, e 186.

9 Na definição de José Afonso da Silva, espaços territoriais especialmente protegidos são: "áreas geográficas públicas ou privadas (porção de território nacional) dotadas de atributos ambientais que requeiram sua sujeição, pela lei, a um regime jurídico de interesse público que implique sua relativa imodificabilidade e sua utilização sustentada, tendo em vista a preservação e proteção da integridade de amostras de toda a diversidade de ecossistemas, a proteção do processo evolutivo das espécies, a preservação e proteção dos recursos naturais." (SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**, p. 230.)

10 A noção constitucional de espaços territoriais protegidos abrange não somente as unidades de conservação, mas também as áreas de preservação permanente, a reserva legal, as reservas da biosfera e biomas como a Floresta Amazônica, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira, previstos no art. 225, § 4.º, da CF/88. (SANTILLI, Juliana. A lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socioambiental. **Revista de Direito ambiental**, São Paulo, n.40, p.83, 2005.)

11 Artigo 225, § 1º, III.

12 Artigo 225, § 1º, I.

13 Artigo 225, § 1º, II.

14 Artigo 225, § 1º, IV.

15 Artigo 225, § 1.º, VII.



O dever de proteção da Mata Atlântica é corroborado frente ao disposto no artigo 225, § 4.º, da Constituição da República, que atribui à Mata Atlântica o *status* de “patrimônio nacional” e determinou que a sua utilização apenas pode ocorrer, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais.

Após a vigência do Decreto Federal 99.547/90 e do Decreto Federal 750/93, que trataram do tema pelo período de dezesseis anos, editou-se a Lei Federal 11.428/2006, que dispõe sobre a utilização e proteção da vegetação nativa do bioma Mata Atlântica.

A Lei Federal 11.428/2006, editada com um formato analítico, colocou princípios e objetivos em relação ao regime jurídico do bioma Mata Atlântica. Percebe-se facilmente que o propósito principiológico da Lei Federal 11.428/2006 é de conseguir, no mínimo, manter o estado de vida da Mata Atlântica atualmente existente às futuras gerações. Essa conclusão é confirmada integralmente no primeiro objetivo estampado no artigo 7.º, inciso I, da Lei Federal 11.428/2006, qual seja o de que a proteção e utilização da Mata Atlântica deve ser realizada do modo a garantir “a manutenção e a recuperação da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico do Bioma Mata Atlântica para as presentes e futuras gerações”. Importante notar que o objetivo dessa lei não se restringe à manutenção da biodiversidade, vegetação, fauna e regime hídrico da Mata Atlântica, mas também à sua “recuperação”, o que evidencia um dever de avanço e melhoria da condição ambiental desse bioma e não de retrocesso.

Na seara do regime jurídico do bioma Mata Atlântica, a exploração e corte de vegetação primária e secundária nos estágios médio e avançado de regeneração do bioma Mata Atlântica apenas é permitida, em regra e de acordo com diversos pressupostos e condições, nos casos de utilidade pública e interesse social previstos na Lei Federal 11.428/2006.

### 1.3. A Reserva Legal na Lei Federal 12.651/2012 e a previsão do manejo florestal.

A Reserva Legal, também considerada um espaço territorial especialmente protegido, nos termos do artigo 225, § 1º, III, da Constituição da República, é definida pela Lei Federal 12.651/2012, como a:

área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e

promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa;<sup>16</sup>

Criou-se a Reserva Legal com o intuito de proteger uma quota mínima de cobertura de vegetação ou floresta nativa em cada propriedade e, por consequência, assegurar a sustentabilidade ambiental da propriedade de acordo com a sua função social e a preservação de um mínimo existencial de equilíbrio ecológico e de biodiversidade. Consoante explica Antônio Herman Benjamin, a Reserva Legal

encontra, de um lado, como fundamento constitucional, a função sócio-ambiental da propriedade, e do outro, como motor subjetivo preponderante, as gerações futuras; no plano ecológico (sua razão material), justifica-se pela proteção da biodiversidade (...) se não preservado esse mínimo ambiental constitucional, não confere ao administrado os benefícios da segurança decorrentes do ajustamento perfeito ao ordenamento maior, já que, por vício insanável, refuta o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado<sup>17</sup>.

A Lei Federal 12.651/2012 possui diversos dispositivos eivados de inconstitucionalidade material, conforme Ações Diretas de Inconstitucionalidade 4901, 4902 e 4903 ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República e em trâmite no Supremo Tribunal Federal, não se podendo olvidar que a revogação da Lei Federal 4.771/65 importou em significativo retrocesso ambiental e em frontal lesão ao direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, inclusive no que concerne ao tratamento da Reserva Legal.

Entende-se que há um claro posicionamento institucional do Ministério Público em âmbito nacional em relação à maioria dos dispositivos questionados nas referidas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, normalmente exteriorizado por meio do controle difuso de constitucionalidade, mas também reforçado pelo questionamento de legislações florestais estaduais pelos Ministérios Públicos dos Estados por meio do controle concentrado, como é o caso da recente ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo.

Um dos exemplos desses retrocessos é o artigo 67 da Lei Federal 12.651/2012, que prevê a dispensa da recomposição integral da Reserva Legal em propriedades rurais com área de até quatro módulos fiscais, que no Estado do Paraná chega a proporção de aproximadamente oitenta e cinco por cento das propriedades. Veja-se que a aplicação

<sup>16</sup> Artigo 3º, III, da Lei Federal 12.651/2012. A mesma Lei indica a delimitação e o regime da Reserva Legal nos seus artigos 12 a 24.

<sup>17</sup> BENJAMIN, Antônio Herman V. Reflexões sobre a hipertrofia do direito de propriedade na tutela da reserva legal e das áreas de preservação permanente. *Revista de Direito Ambiental*, n. 4. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 57-59.

do referido dispositivo da Lei Federal 12.651/2012 significaria aceitar a não recomposição de milhões de hectares de vegetação em Reserva Legal situada no bioma Mata Atlântica. Importante perceber, ainda, que o dispositivo legal em referência permite a instituição da Reserva Legal de 1% ou 0,5% da extensão da propriedade com remanescente florestal, o que não se distancia muito da situação de ausência absoluta de remanescente.

Independentemente dos dispositivos da Lei Federal 12.651/2012 que afrontam a Constituição da República e promovem o retrocesso na proteção ambiental, é importante perceber que a aludida legislação prevê expressamente a possibilidade de manejo florestal<sup>18</sup> da vegetação da Reserva Legal no seu artigo 17<sup>19</sup>, seja com o propósito de consumo na propriedade, seja como o propósito comercial, conforme modalidades descritas no seu artigo 20<sup>20</sup>.

O manejo florestal com propósito comercial pode inclusive incluir espécies exóticas (frutíferas, ornamentais ou industriais) de modo intercalado ou consorciado com espécies florestais nativas em até cinquenta por cento da área, na forma dos artigos 22, 54 e 66 da Lei Federal 12.651/2012<sup>21</sup>, o que reitera e amplia a possibilidade anteriormente

18 “Manejo Florestal Sustentável é a administração da floresta para obtenção de benefícios econômicos, sociais e ambientais, respeitando-se os mecanismos de sustentação do ecossistema objeto do manejo e considerando-se, cumulativa ou alternativamente, a utilização de múltiplas espécies madeireiras, de múltiplos produtos e subprodutos não-madeireiros, bem como a utilização de outros bens e serviços florestais”. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/florestas/manejo-florestal-sustentavel>> Acesso em: 27.3.2017.

19 Art. 17. A Reserva Legal deve ser conservada com cobertura de vegetação nativa pelo proprietário do imóvel rural, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado. § 1º Admite-se a exploração econômica da Reserva Legal mediante manejo sustentável, previamente aprovado pelo órgão competente do Sisnama, de acordo com as modalidades previstas no art. 20.

20 Art. 20. No manejo sustentável da vegetação florestal da Reserva Legal, serão adotadas práticas de exploração seletiva nas modalidades de manejo sustentável sem propósito comercial para consumo na propriedade e manejo sustentável para exploração florestal com propósito comercial.

21 Art. 22. O manejo florestal sustentável da vegetação da Reserva Legal com propósito comercial depende de autorização do órgão competente e deverá atender as seguintes diretrizes e orientações: I - não descaracterizar a cobertura vegetal e não prejudicar a conservação da vegetação nativa da área; II - assegurar a manutenção da diversidade das espécies; III - conduzir o manejo de espécies exóticas com a adoção de medidas que favoreçam a regeneração de espécies nativas. (...) Art. 54. Para cumprimento da manutenção da área de reserva legal nos imóveis a que se refere o inciso V do art. 3º, poderão ser computados os plantios de árvores frutíferas, ornamentais ou industriais, compostos por espécies exóticas, cultivadas em sistema intercalar ou em consórcio com espécies nativas da região em sistemas agroflorestais. (...) Art.

prevista na Lei Federal 4.771/65 para a prática de exploração comercial sem a manutenção do mínimo de biodiversidade e para a descaracterização da essência da Reserva Legal. Em adição a isso, o manejo florestal eventual para consumo no imóvel sem propósito comercial, “independe de autorização dos órgãos competentes, devendo apenas ser declarados previamente ao órgão ambiental a motivação da exploração e o volume explorado, limitada a exploração anual a 20 (vinte) metros cúbicos”<sup>22</sup>.

#### 1.4. A in(aplicabilidade) do manejo florestal em Reserva Legal situada no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica

A Lei Federal 11.428/2006 colaciona a definição de exploração sustentável como a “exploração do ambiente de maneira a garantir a perenidade dos recursos ambientais renováveis e dos processos ecológicos, mantendo a biodiversidade e os demais atributos ecológicos, de forma socialmente justa e economicamente viável”<sup>23</sup>, e ainda considera como de interesse social “as atividades de manejo agroflorestal sustentável praticadas na pequena propriedade ou posse rural familiar que não descaracterizem a cobertura vegetal e não prejudiquem a função ambiental da área”<sup>24</sup>.

A mesma Lei define quais são os requisitos para a caracterização de pequeno produtor rural em seu artigo 3º, inciso I, quais sejam uma propriedade rural com extensão não superior a cinquenta hectares<sup>25</sup>, somado ao preenchimento dos seguintes requisitos: a) a sua residência deve se localizar no próprio imóvel rural; b) a exploração desse imóvel rural deve ocorrer mediante o trabalho pessoal do proprietário ou posseiro e de sua família; c) admite-se a eventual ajuda de terceiros, o que não se coaduna, por exemplo, com funcionários contratados para trabalho fixo; d) a renda bruta deve ser originária, em ao menos 80% (oitenta por cento), de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais

66. (...) § 3º A recomposição de que trata o inciso I do caput poderá ser realizada mediante o plantio intercalado de espécies nativas com exóticas ou frutíferas, em sistema agroflorestal, observados os seguintes parâmetros: I - o plantio de espécies exóticas deverá ser combinado com as espécies nativas de ocorrência regional; II - a área recomposta com espécies exóticas não poderá exceder a 50% (cinquenta por cento) da área total a ser recuperada.

22 Artigo 23 da Lei Federal 11.428/2006.

23 Artigo 3º, inciso V.

24 Artigo 3º, VIII, “b”.

25 Em adição a isso, o artigo 47, constante das disposições finais da Lei n.º 11.428/2006, impõe mais uma condição no fator tamanho da propriedade, qual seja: “somente serão consideradas as propriedades rurais com área de até cinquenta hectares, registradas em cartório até a data de início de vigência desta Lei, ressalvados os casos de fracionamento por transmissão causa mortis”.

ou do extrativismo rural<sup>26</sup>.

As hipóteses vedadas e permissíveis tanto do manejo florestal quanto de corte ou supressão de vegetação do bioma Mata Atlântica são tratadas de modo diferenciado pela Lei Federal 11.428/2006 consoante o tipo de vegetação e seus estágios de sucessão e regeneração e a finalidade da intervenção, dentre outros fatores.

No tocante à discussão do manejo florestal no bioma Mata Atlântica tendo como traço diferenciador os estágios de sucessão, não se vislumbra possibilidade de controvérsia quanto à impossibilidade desta prática em vegetação primária e secundária em estágio avançado de regeneração<sup>27</sup>, nos termos dos artigos 14<sup>28</sup>, 20<sup>29</sup> e 21<sup>30</sup> da Lei Federal 11.428/2006.

A discussão, portanto, centraliza-se em relação à (in)viabilidade de manejo florestal nos remanescentes de vegetação secundária nos estágios médio e inicial de regeneração do bioma Mata Atlântica, isso porque a Lei Federal 11.428/2006 prevê a possibilidade legal em seus artigos 23 e 25 de autorização emitida pelo órgão público ambiental competente para a

26 Na mencionada definição de pequeno produtor rural ainda se enquadram as posses coletivas de terra considerando-se a fração individual não superior a cinquenta hectares.

27 O Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), por meio da sua Resolução n.o 10, de 1.º de outubro de 1993, trouxe as importantes definições de vegetação primária, vegetação secundária e seus estágios de regeneração, e, nos anos seguintes, editou Resoluções para detalhar os parâmetros da vegetação primária e secundária da Mata Atlântica nos Estados da Federação (Resoluções do CONAMA n.o 01/94 (São Paulo), 02/94 (Paraná), 04/94 (Santa Catarina), 05/94 (Bahia), 06/94 (Rio de Janeiro), 25/94 (Ceará), 26/94 (Piauí), 28/94 (Alagoas), 29/94 (Espírito Santo), 30/94 (Mato Grosso do Sul), 31/94 (Pernambuco), 32/94 (Rio Grande do Norte), 33/94 (Rio Grande do Sul), 34/94 (Sergipe) e 391/2007 (Paraíba).

28 Art. 14. A supressão de vegetação primária e secundária no estágio avançado de regeneração somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública, sendo que a vegetação secundária em estágio médio de regeneração poderá ser suprimida nos casos de utilidade pública e interesse social, em todos os casos devidamente caracterizados e motivados em procedimento administrativo próprio, quando inexistir alternativa técnica e locacional ao empreendimento proposto, ressalvado o disposto no inciso I do art. 30 e nos §§ 1o e 2o do art. 31 desta Lei.

29 Art. 20. O corte e a supressão da vegetação primária do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados em caráter excepcional, quando necessários à realização de obras, projetos ou atividades de utilidade pública, pesquisas científicas e práticas preservacionistas.

30 Art. 21. O corte, a supressão e a exploração da vegetação secundária em estágio avançado de regeneração do Bioma Mata Atlântica somente serão autorizados: I - em caráter excepcional, quando necessários à execução de obras, atividades ou projetos de utilidade pública, pesquisa científica e II - (VETADO) III - nos casos previstos no inciso I do art. 30 desta Lei.

exploração destes remanescentes florestais em formato de manejo.

De fato, o artigo 23 da Lei Federal 11.428/2006 prevê a possibilidade de exploração da vegetação secundária em estágio médio de regeneração que não abranja Áreas de Preservação Permanente, “quando necessários ao pequeno produtor rural e populações tradicionais para o exercício de atividades ou usos agrícolas, pecuários ou silviculturais imprescindíveis à sua subsistência e de sua família”, assim como o artigo 25 da mesma Lei permite essa prática, de modo mais amplo e sem as restrições apontadas, em vegetação secundária em estágio inicial de regeneração.

No entanto, a própria Lei Federal 11.428/2006 determina, em seu artigo 11, inciso I, alínea “a”, a vedação do corte de vegetação secundária em estágio médio de regeneração quando a vegetação abrigar espécies da flora e da fauna silvestres ameaçadas de extinção, e a intervenção puser em risco a sobrevivência dessas espécies, assim como o Decreto Federal 6.660/2008<sup>31</sup> que a regulamenta também prevê possibilidade de permissão para a prática do manejo florestal somente às hipóteses em que não há a incidência das referidas espécies.

Em adição a isso, a Portaria nº 443 do Ministério do Meio Ambiente (MMA), de 17 de dezembro de 2014, proibiu, sem exceções<sup>32</sup>, o manejo de diversas espécies da flora ameaçadas no bioma Mata Atlântica em remanescentes florestais. Desta forma, ainda que de modo não absoluto, a referida Portaria corrobora a inviabilidade da prática de manejo florestal na Mata Atlântica, ou, no mínimo, conduz à interpretação de que qualquer pretensão de manejo florestal, ainda que não envolva o corte de qualquer espécie florestal ameaçada ou vulnerável no bioma Mata Atlântica, teria que demonstrar a ausência de impactos negativos ao ecossistema do qual dependem as espécies ameaçadas, lembrando-se que estas têm as suas sobrevivências dependentes da interação complexa com as demais espécies que habitam os remanescentes florestais.

No Estado do Paraná, a experiência de manejo florestal aprovado pelo Poder Público em Mata Atlântica, em especial no compartimento da floresta Ombrófila Mista, mais conhecida como Mata das Araucárias, ajudou a praticamente eliminar os seus remanescentes, que atualmente se encontram em menos de 0,8% em bom estado de conservação<sup>33</sup>. De outro lado, ainda que fosse possível estudarmos mecanismos efetivos

31 Artigos 2º, parágrafo 5º; 6º, I; 13, I; e 36, IV.

32 Entende-se que não se aplica a exceção dos §§ 1º e 2º do artigo 2º da referida Portaria aos remanescentes florestais, mas tão somente aos plantios comerciais licenciados em áreas degradadas.

33 Dados levantados pela FUPPEF/MMA no ano de 2001, devendo-se considerar a notória continuidade de desmatamento na referida região nos últimos quinze anos.

de um manejo florestal não espoliativo ou degradador e com rigoroso controle do Poder Público, o estado de risco de sobrevivência da Mata Atlântica e de centenas de espécies da fauna e da floresta ameaçadas de extinção ou em situação de vulnerabilidade também não nos permite, ao menos por ora, trilhar esse caminho. A partir deste panorama, urge também invocar os princípios da prevenção e precaução, inclusive no âmbito da Lei da Política Nacional das Mudanças do Clima<sup>34</sup>.

Relevante também destacar que não há estudos ambientais aprofundados que demonstrem quais os resultados do manejo florestal quanto à conservação de biodiversidade levando em consideração a atual situação do bioma Mata Atlântica no Brasil, que se encontra reduzido a ínfimas porções e ainda em estado fragmentado e sob contínuo, atual e ininterrupto processo de desmatamento e diminuição dos seus remanescentes. Reitera-se que, em relação a alguns dos compartimentos do bioma Mata Atlântica, já houve praticamente a sua extinção total, como é o caso da Floresta Ombrófila Mista.

Veja-se que mesmo no âmbito da Floresta Amazônica, onde ainda temos uma extensão bastante superior de remanescentes florestais em relação ao bioma Mata Atlântica, recentes estudos têm demonstrado que o manejo florestal produz importantes impactos para a redução da biodiversidade, ainda que esta se situe em remanescentes florestais vizinhos não explorados<sup>35</sup>. O que se dizer então da exploração dos últimos e

<sup>34</sup> Essa preocupação foi recentemente externada pelo Ministério Público do Estado do Paraná na Recomendação Administrativa nº 004/2016 ao Conselho Estadual do Meio Ambiente do Paraná para que qualquer pretensão ato normativo que disponha sobre o plantio florestal, exploração, manejo ou corte da espécie Araucária Angustifolia plantada preveja expressamente a vedação dessa prática nos remanescentes florestais existentes no Estado do Paraná.

<sup>35</sup> No estudo de doutorado Efeitos do manejo florestal na estrutura da avifauna na floresta Amazônica de Paragominas (Pará), o biólogo Miguel Ángel Quimbayo Cardona avaliou o manejo e mudanças na estrutura da avifauna na floresta Amazônica de Paragominas, no Pará. Foram registradas 235 espécies de aves nas áreas de manejo florestal. “As informações coletadas mostram que a *Pseudastur albicollis*, Gavião branco, foi contemplado pela pesquisa resposta da comunidade de aves a esses fatores de modificação da estrutura foi imediata”, diz o pesquisador. Cardona afirma que a área de manejo florestal com maior riqueza de espécies e abundância de grupos funcionais foi a área explorada em 2000, contraste evidenciado com a área não explorada, que teve a menor riqueza e abundâncias de grupos funcionais. “Esta área parece ter essa característica em acolher as espécies devido ao fato de não ter muitos limites com outras áreas de exploração e limita ao sul com a floresta matriz, que envolve a área de manejo florestal Rio Capim, tendo mais capacidade de suporte para as espécies afetadas pelas atividades de manejo florestal”, explica. O trabalho mostrou que as espécies do interior da floresta, que requerem cavidades de árvores para ninho, e os grupos funcionais insetívoros, insetívoros de sub-bosque e nectarívoros-insetívoros de sub-bosque foram os mais afetados pelo manejo florestal,

pequenos fragmentos de remanescentes de vegetação de Mata Atlântica secundária em estágio inicial e médio de regeneração, que claramente são mais frágeis e ainda em processo de formação?

Frente às disposições da Lei Federal 12.651/2012, que conferem regime de utilização da Reserva Legal em âmbito nacional sob parâmetros menos protetivos ao meio ambiente, chama-se a atenção de que Lei Federal 11.428/2006 define de modo especial e diferenciado a conservação, a proteção, a regeneração e a utilização da área específica de abrangência do bioma Mata Atlântica. Desta forma, a aplicação das normas sobre a Reserva Legal e a técnica de manejo florestal no âmbito do bioma Mata Atlântica possui (ou deve possuir) contornos próprios e distintos trazidos pela própria Lei Federal 11.428/2006, e portanto dotados de critérios de proteção mais rígidos.

Uma vez que a Lei Federal 12.651/2012, embora posterior, não revogou<sup>36</sup> a Lei Federal 11.428/2006, a qual é igualmente lei ordinária, e que esta é mais específica em relação àquela, inclusive com tipo penal próprio na Lei de Crimes Ambientais<sup>37</sup>, é o critério da especialidade que deve ser aplicado.

Veja-se que a Lei Federal 11.428/2006 atende a comando específico da Constituição da República, qual seja o artigo 225, parágrafo 4º, que declara a Mata Atlântica como patrimônio nacional e determina que a sua utilização e proteção se deve dar na forma prevista em lei, que atualmente é a Lei da Mata Atlântica. Ademais, o artigo 1º da Lei Federal 11.428/2006 corrobora a sua especialidade e sua relação de complementariedade com a Lei Federal 12.651/2012 (que revogou a Lei

especialmente na área não explorada que teve atividades de pré-exploração e a área explorada em 2003 que foi afetada por distúrbios naturais antes da amostragem de campo. “A resposta a esse distúrbio natural por parte da comunidade de aves na área explorada em 2003 foi similar à área não explorada. Ou seja, o comportamento da avifauna tem um padrão semelhante quando acontecem fatores de modificação antrópicos ou distúrbios naturais”, conclui. O estudo, orientado pela professora Teresa Cristina Magro, do Departamento de Ciências Florestais (LCF), avaliou a comunidade, a riqueza e a abundância de espécies e de grupos funcionais de aves na Amazônia. Mediante observações diretas e identificações auditivas em pontos fixos, foi amostrada a avifauna em seis áreas de manejo florestal, sendo cinco exploradas em diferentes anos, 1997, 2000, 2003, 2006 e 2009, e uma não explorada. As amostragens de campo foram desenvolvidas nas temporadas de seca e chuva”. Impactos do manejo florestal na vida das aves na Amazônia. Disponível em: <<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/100207157/impactos-do-manejo-florestal-na-vida-das-aves-na-amazonia>> Acesso em 27.03.2017.

<sup>36</sup> Ao contrário, no seu artigo 81 alterou a redação do artigo 35 da Lei Federal 11.428/2006.

<sup>37</sup> Artigo 38-A da Lei Federal 9.605/98.

Federal 4.771/65) ao estabelecer que “a conservação, a proteção, a regeneração e a utilização do Bioma Mata Atlântica, patrimônio nacional, observarão o que estabelece esta Lei, bem como a legislação ambiental vigente, em especial a Lei nº 4.771, de 15 de setembro de 1965”.

Sobre a necessária adoção das normas especializantes do bioma Mata Atlântica na ordem jurídica florestal, sempre sob o enfoque de respeito à Constituição da República, veja-se a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

A ordem jurídica florestal, no cotejo com a ordem jurídica ambiental, é tão só uma entre várias que no corpo desta se alojam, prisioneira aquela de inescapável vocação de unidade e coexistência harmônica com os microsistemas-irmãos elementares e temáticos (faunístico, hídrico, climático, de Unidades de Conservação, da Mata Atlântica), tudo em posição de subserviência aos domínios da norma constitucional e da nave-mãe legislativa ambiental – a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente –, que a eles todos se sobrepõem e contra eles todos prevalecem. Dispensável, nesse diapasão, advertir que a possibilidade de conflito somente se coloca entre duas normas que se encontrem, hierarquicamente, em pé de igualdade<sup>38</sup>.

Em relação ao tema manejo florestal e espécies exóticas, a Lei Federal 11.428/2006 deve ser interpretada em conformidade com a Constituição da República<sup>39</sup> e com a Convenção sobre Diversidade Biológica<sup>40</sup>, que estabelece a responsabilidade de cada um dos Estados em promover a proteção da biodiversidade preferencialmente in situ e, ainda, com a adoção de medidas de combate às espécies exóticas<sup>41</sup>. De fato, a inser-

38 PET no REsp 1240122/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 19/12/2012.

39 Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. § 1º Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público: (...) II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético; (...) VII - proteger a fauna e a flora, vedadas, na forma da lei, as práticas que coloquem em risco sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldade. (...)”

40 Artigo 8 - Conservação In situ - Cada Parte Contratante deve, na medida do possível e conforme o caso: a) Estabelecer um sistema de áreas protegidas ou áreas onde medidas especiais precisem ser tomadas para conservar a diversidade biológica, (...) d) Promover a proteção de ecossistemas, habitats naturais e manutenção de populações viáveis de espécies em seu meio natural, (...) h) Impedir que se introduzam, controlar ou erradicar espécies exóticas que ameacem os ecossistemas, habitats ou espécies, (...)”

41 Ademais, há centenas de estudos que demonstram o impacto da invasão biológica na biodiversidade da Mata Atlântica, o que, no mínimo, obriga-nos a aplicar o princípio da precaução. A título de exemplo: SAMPAIO, A. B.; SCHMIDT, I. B.

ção de espécies exóticas geram a invasão biológica, a qual é, segundo a Convenção sobre Diversidade Biológica, uma das causas centrais para a perda da biodiversidade nos ecossistemas.

Aliás, a própria Lei Federal 11.428/2006 evidencia a necessidade de controle e combate às espécies exóticas, tanto que prevê como prática preservacionista a “atividade técnica e cientificamente fundamentada, imprescindível à proteção da integridade da vegetação nativa, tal como controle de fogo, erosão, espécies exóticas e invasoras<sup>42</sup>. Essa preocupação se repete na aludida Lei, pois ao tratar da coleta de subprodutos florestais e uso indireto do bioma Mata Atlântica<sup>43</sup>, o artigo 29, inciso V, do Decreto Federal 6.660/2008, veda a introdução de espécies vegetais exóticas<sup>44</sup>.

Se em qualquer remanescente de vegetação do bioma Mata Atlântica já há clara preocupação quanto aos impactos negativos da inserção de

. Espécies Exóticas Invasoras em Unidades de Conservação Federais do Brasil. Biodiversidade Brasileira, v. 3, p. 32-49, 2013; FABRICANTE, Juliano Ricardo; ARAUJO, Kelianne Carolina Targino de; ANDRADE, Leonaldo Alves de; and FERREIRA, Jéssica Viviane Amorim. *Invasão biológica de *Artocarpus heterophyllus* Lam. (Moraceae) em um fragmento de Mata Atlântica no Nordeste do Brasil: impactos sobre a fitodiversidade e os solos dos sítios invadidos*. *Acta Bot. Bras.* [online]. 2012, vol.26, n.2, pp.399-407. ISSN 0102-3306. <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-33062012000200015>; Catharino, E.L.M. & Silva, V.S. 2007. Análise preliminar da contaminação biológica para manejo e conservação de três Unidades de Conservação da região metropolitana de São Paulo. In: Barbosa, L.M. & Santos-Junior, N.A. (Orgs.). *A botânica no Brasil: pesquisa, ensino e políticas públicas ambientais*. São Paulo: Sociedade Botânica do Brasil, p. 400-405; Ziller, S.R. & Dechoum, M.S. 2007. Degradação ambiental causada por plantas exóticas invasoras e soluções para o manejo em Unidades de Conservação de Proteção Integral. In: Barbosa, L.M. & Santos-Junior, N.A. (Orgs.). *A botânica no Brasil: pesquisa, ensino e políticas públicas ambientais*. São Paulo: Sociedade Botânica do Brasil, p. 356-360; MACHADO, D. N. S.; BARRROS, A. A. M. . *Invasão biológica na Mata Atlântica como resultado do processo histórico de ocupação no Morro das Andorinhas, Niterói (RJ)*. In: 2º Simpósio Internacional de História Ambiental e Migrações., 2012, Florianópolis, SC. 2º LABIMHA - Simpósio Internacional de História Ambiental e Migrações., 2012. p. 29-50.

42 Artigo 3º, IV.

43 Art. 18. No Bioma Mata Atlântica, é livre a coleta de subprodutos florestais tais como frutos, folhas ou sementes, bem como as atividades de uso indireto, desde que não coloquem em risco as espécies da fauna e flora, observando-se as limitações legais específicas e em particular as relativas ao acesso ao patrimônio genético, à proteção e ao acesso ao conhecimento tradicional associado e de biossegurança. (Lei Federal 11.428/2006)

44 Art. 29. Para os fins do disposto no art. 18 da Lei no 11.428, de 2006, ressalvadas as áreas de preservação permanente, consideram-se de uso indireto, não necessitando de autorização dos órgãos ambientais competentes, as seguintes atividades: (...) V- pastoreio extensivo tradicional em remanescentes de campos de altitude, nos estágios secundários de regeneração, desde que não promova a supressão da vegetação nativa ou a introdução de espécies vegetais exóticas.

espécies exóticas, com ainda mais razão esse cuidado deve ser adotado no âmbito da Reserva Legal situada neste bioma. Não é por acaso que a Lei Federal 11.428/2006 prescreve em seu artigo 35 que a conservação de remanescente de vegetação do bioma Mata Atlântica, em qualquer estágio sucessional, “cumpre função social e é de interesse público, podendo, a critério do proprietário, as áreas sujeitas à restrição de que trata esta Lei ser computadas para efeito da Reserva Legal e seu excedente utilizado para fins de compensação ambiental ou instituição de Cota de Reserva Ambiental – CRA”. A interpretação ao contrário senso deste dispositivo legal conduz à impossibilidade de que a Reserva Legal no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica seja também integrada por espécies florestais exóticas.

Desta forma, para que a Reserva Legal na Mata Atlântica cumpra a condição de espaço territorial especialmente protegido com a função de garantir o mínimo de proteção à biodiversidade, à integridade do patrimônio genético e à fauna e à flora, deve-se garantir a aplicação especial das regras protetivas da Lei Federal 11.428/2006 e sua interpretação conforme a Constituição da República e a Convenção sobre a Biodiversidade, de modo restritivo no tocante às pretensões de sua exploração e considerando o princípio da precaução e o elevado índice de espécies da fauna e da flora ameaçados de extinção, assim como a subordinação da Lei Federal 12.651/2012 especialmente quanto ao manejo florestal.

## 2. CONCLUSÕES ARTICULADAS

**2.1** A Lei Federal 12.651/2012, que permite em âmbito nacional a realização de manejo florestal em Reserva Legal, inclusive com propósito comercial e utilização de espécies exóticas, não pode ser aplicada incondicionalmente no âmbito de abrangência do bioma Mata Atlântica, que possui regramento próprio (Lei Federal 11.428/2006) com parâmetros ambientais mais restritivos e proporcionais à sua condição de risco de extinção e que exige a aplicação do critério da especialidade frente ao conflito aparente de normas, além dos princípios da precaução e da vedação ao retrocesso ambiental;

**2.2** No tocante à discussão do manejo florestal no bioma Mata Atlântica tendo como traço diferenciador os estágios de sucessão, não se vislumbra possibilidade de controvérsia quanto à impossibilidade desta prática, inclusive em área destinada à Reserva Legal, nas hipóteses de existência de vegetação primária e secundária em estágio avançado de regeneração, nos termos dos artigos 14, 20 e 21 da Lei Federal 11.428/2006;

**2.3** No âmbito das excepcionais hipóteses de permissão de manejo florestal na Mata Atlântica em Reserva Legal, ainda que não envolva o corte de qualquer espécie florestal ameaçada ou vulnerável, o órgão público ambiental deve exigir a realização de estudos e levantamentos que demonstrem a ausência de impactos negativos ao ecossistema do qual dependem as espécies ameaçadas, uma vez que estas têm as suas sobrevivências dependentes da interação complexa com as demais espécies que habitam os remanescentes florestais;

**2.4** Ainda na seara das excepcionais hipóteses de permissão de manejo florestal na Mata Atlântica em Reserva Legal, deve-se entender como vedada a inserção de espécies de vegetação exótica nas áreas de Reserva Legal situadas na abrangência do bioma Mata Atlântica;

## 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

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

DEAN, Warren. **A ferro e fogo: a história da devastação da Mata Atlântica brasileira**. Tradução de Cid Knipel Moreira. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

FUNDAÇÃO SOS MATA ATLÂNTICA; INSTITUTO NACIONAL DE PESQUISAS ESPACIAIS (INPE). **Atlas dos Remanescentes Florestais da Mata Atlântica**. Disponível em: <<https://www.sosma.org.br/tag/atlas-dos-remanescentes-florestais-da-mata-atlantica>> Acesso em: 27.03.2017.

GAIO, Alexandre. **Lei da Mata Atlântica Comentada**. São Paulo: Editora Almedina, 2014.

OBSERVATÓRIO ECO. **Impactos do manejo florestal na vida das aves na Amazônia**. Disponível em: <<https://observatorio-eco.jusbrasil.com.br/noticias/100207157/impactos-do-manejo-florestal-na-vida-das-aves-na-amazonia>> Acesso em 27.03.2017.

SANTILLI, Juliana. A lei 9.985/2000, que instituiu o sistema nacional de unidades de conservação da natureza (SNUC): uma abordagem socio-ambiental. *Revista de Direito ambiental*, São Paulo, n.40, p.83, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Direito ambiental constitucional**. 4.<sup>a</sup> ed. São Paulo: Malheiros, 2002.



**Viviane Waleria Bahia dos Santos**

Assessora Jurídica atuante no 3º Grupo da Procuradoria de Justiça Criminal

## OS ATERROS SANITÁRIOS DE PEQUENO PORTE E O LICENCIAMENTO AMBIENTAL SIMPLIFICADO: A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO CONAMA 404/2008 E DA RESOLUÇÃO CEMA/PR 094/2014.

Alexandre Gaio<sup>1</sup>

Letícia Uba da Silveira Maraschin<sup>2</sup>

Cassiana Rufato Cardoso<sup>3</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO

A problemática dos aterros sanitários e dos seus impactos socioambientais é uma constante no país, o que demonstra a importância de regulares processos de licenciamento ambiental para a adequada análise de sua viabilidade locacional e ambiental, assim como da hígida instalação e operação dessas atividades dotadas de significativo potencial degradador, independentemente da quantidade de toneladas de resíduos a serem recebidas diariamente.

A presente exposição discute a (i)legalidade e (in)constitucionalidade da dispensa de EPIA/RIMA para a instalação e ampliação de aterros de pequeno porte (até 20 toneladas/dia) prevista na Resolução 404/2008 do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA) e na Resolução 094/2014 do Conselho Estadual do Meio Ambiente do Paraná (CEMA/PR).

<sup>1</sup> Graduado em Direito pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Especialista em Direito Público pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Mestre em Direito Econômico e Socioambiental pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná - PUC/PR. Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná desde o ano de 2003, atualmente em exercício no Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Proteção ao Meio Ambiente, Habitação e Urbanismo (CAOPMAHU).

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento de Tecnologia (PRODETEC). Engenheira Ambiental pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI). Engenheira Ambiental (Assistente 1 C) do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente e de Habitação e Urbanismo.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Assessora Jurídica do Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente e de Habitação e Urbanismo.

### 1.1. Do Licenciamento Ambiental dos Aterros Sanitários: a Exigência Constitucional e Legal de Estudo Prévio de Impacto Ambiental e Relatório de Impacto Ambiental

O licenciamento ambiental é um dos principais instrumentos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/81), previsto em seu artigo 9º, inciso IV, cujo objetivo precípuo é agir preventivamente para a proteção do meio ambiente. Assim, a “construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental”<sup>4</sup>.

O licenciamento ambiental reflete o exercício do poder de polícia<sup>5</sup> do Poder Público em relação aos empreendimentos e atividades potencialmente poluidoras, com fundamento nos artigos 5º, XXIII, 170, VI, 182, 186 e 225 da Constituição da República, que tratam do condicionamento do direito de propriedade à sua função social, da livre iniciativa econômica à proteção ambiental, bem como do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado.

No caso de instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação ao meio ambiente, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso IV, a Constituição da República impõe ao Poder Público, como forma de assegurar a efetividade do direito de todos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a exigência, na forma da lei, de EIA (Estudo de Impacto Ambiental), a que se dará publicidade<sup>6</sup>.

4 Artigo 10, *caput*, da Lei 6.938/81.

5 O artigo 78 do Código Tributário Nacional define poder de polícia como “atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranqüilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.”

6 Herman Benjamin e Milaré bem sintetizam a função do EIA: “Por isso, é correto dizer que a tarefa principal do EIA é, exatamente limitar, no âmbito do licenciamento ambiental, este “resíduo de liberdade” da Administração Pública. A imposição legal de novos critérios apreciativos, por esse enfoque, nada mais é que uma forma moderna de controle da discricionariedade administrativa sob um pretexto recente: a proteção do meio ambiente. Além disso, procura-se, com sua adoção, “reverter arraigado e peculiar hábito de nosso povo de apenas correr atrás dos fatos, não se antecipando a eles - a tranca só é colocada na porta depois de arrombada!” (MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Estudo prévio de impacto ambiental**: teoria prática e legislação. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993. p. 89-93).

A Resolução CONAMA 1/86, em seus artigos 1º.<sup>7</sup> e 2º.<sup>8</sup>, respectivamente, conceitua impacto ambiental e define, em rol meramente exemplificativo<sup>9</sup>, as hipóteses em que a significância de tal impacto é presumida para fins de exigibilidade de EPIA/RIMA. Mesmo nas hipóteses não expressamente previstas na Resolução CONAMA 1/86 ou em outro ato normativo federal, estadual ou municipal, mas que o empreendimento ou atividade tenha significativo potencial degradador do meio ambiente, a apresentação do EIA/RIMA se torna obrigatória, não tendo o Poder Público, autorização constitucional para dispensá-lo<sup>10</sup>.

7 “qualquer alteração das propriedades físicas, químicas e biológicas do meio ambiente, causada por qualquer forma de matéria ou energia resultante das atividades humanas que, direta ou indiretamente, afetam: I – a saúde, a segurança e o bem-estar da população; II – as atividades sociais e econômicas; III – a biota; IV – as condições estéticas e sanitárias do meio ambiente; V – a qualidade dos recursos ambientais”.

8 “Dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: I - Estradas de rodagem com duas ou mais faixas de rolamento; II - Ferrovias; III - Portos e terminais de minério, petróleo e produtos químicos; IV - Aeroportos, conforme definidos pelo inciso 1, artigo 48, do Decreto-Lei nº 32, de 18.11.66; V - Oleodutos, gasodutos, minerodutos, troncos coletores e emissários de esgotos sanitários; VI - Linhas de transmissão de energia elétrica, acima de 230KV; VII - Obras hidráulicas para exploração de recursos hídricos, tais como: barragem para fins hidrelétricos, acima de 10MW, de saneamento ou de irrigação, abertura de canais para navegação, drenagem e irrigação, retificação de cursos d'água, abertura de barras e embocaduras, transposição de bacias, diques; VIII - Extração de combustível fóssil (petróleo, xisto, carvão); IX - Extração de minério, inclusive os da classe II, definidas no Código de Mineração; X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos; XI - Usinas de geração de eletricidade, qualquer que seja a fonte de energia primária, acima de 10MW; XII - Complexo e unidades industriais e agro-industriais (petroquímicos, siderúrgicos, cloroquímicos, destilarias de álcool, hulha, extração e cultivo de recursos hídricos); XIII - Distritos industriais e zonas estritamente industriais - ZEI; XIV - Exploração econômica de madeira ou de lenha, em áreas acima de 100 hectares ou menores, quando atingir áreas significativas em termos percentuais ou de importância do ponto de vista ambiental; XV - Projetos urbanísticos, acima de 100ha. ou em áreas consideradas de relevante interesse ambiental a critério da SEMA e dos órgãos municipais e estaduais competentes; XVI - Qualquer atividade que utilize carvão vegetal, em quantidade superior a dez toneladas por dia”.

9 Trata-se de rol meramente exemplificativo, eis que, como bem observou José Afonso da Silva: “qualquer que seja a obra ou a atividade, pública ou particular, que possa apresentar riscos de degradação significativa do meio ambiente fica sujeita à sua prévia elaboração” (...) “porque a Constituição não admite limitação taxativa dos casos de estudo de impacto ambiental”. (SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002. p. 289).

10 Veja-se, neste teor, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal: “Ação direta de inconstitucionalidade. Art. 182 § 3.º, da Constituição do Estado de Santa Catarina. Estudo de impacto ambiental. Contrariedade ao art. 225, § 1.º, IV, da Carta da República A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de



Veja-se que a Resolução CONAMA 01/86 continua em vigência e estabelece expressamente em seu artigo 2º, inciso X, que:

dependerá de elaboração de estudo de impacto ambiental e respectivo relatório de impacto ambiental - RIMA, a serem submetidos à aprovação do órgão estadual competente, e do IBAMA em caráter supletivo, o licenciamento de atividades modificadoras do meio ambiente, tais como: X - Aterros sanitários, processamento e destino final de resíduos tóxicos ou perigosos;

É o EPIA/RIMA o instrumento legal próprio para a aferição da viabilidade socioambiental do empreendimento cujo potencial poluidor seja significativo – havendo presunção normativa de tal potencial poluidor – pois é este o documento ambiental próprio, em razão de seu conteúdo obrigatório, a teor do disposto nos artigos 5º e 6º da Resolução CONAMA 1/86 – para a avaliação completa de seus aspectos socioambientais, dentre eles, no mínimo<sup>11</sup>: o diagnóstico ambiental da área de influência do projeto, com a descrição e análise dos recursos ambientais e suas interações, considerando o meio físico, o meio biológico e os ecossistemas naturais (fauna e flora), o meio socioeconômico; a análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas locais e tecnológicas, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto (opção zero) através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; suas propriedades cumulativas e sinérgicas; a distribuição dos ônus e benefícios sociais; a definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos e a elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos.

Não se resume o EPIA/RIMA à mera técnica formal de apreciação dos impactos ambientais de um determinado projeto, devendo por isso repercutir diretamente no conteúdo e qualidade da decisão administrativa final. É somente a sua exigência, com um conteúdo profundo e abrangente o bastante para permitir o perfeito conhecimento das condições socioambientais preexistentes ao empreendimento, das reais dimensões impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inc. IV do § 1.º do art. 225 da CF/1988. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque” (Supremo Tribunal Federal (STF). ADIn 1.086-7/SC, Seção I, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.10.2001).

<sup>11</sup> O órgão público ambiental pode e deve estabelecer aspectos adicionais a serem contemplados no EIA/RIMA de acordo com a tipologia do empreendimento e as alternativas locais apresentadas, o que deve ocorrer a partir de um termo de referência com todas as exigências necessárias.

dos impactos que este pode causar e da eficácia das medidas preventivas e mitigadoras propostas, que ensejará ao órgão ambiental um quadro de informações técnicas completas e precisas acerca de todas essas circunstâncias, somente a partir das quais lhe será possível concluir pela viabilidade ou inviabilidade ambiental do projeto e, portanto, por seu licenciamento, ou não. Veja-se, ainda, que a mesma Resolução do CONAMA prevê a participação, na discussão do EPIA/RIMA, dos setores públicos e privados interessados e da população em sede de audiências públicas<sup>12</sup>

Desta forma, entende-se que os órgãos públicos ambientais não possuem discricionariedade para dispensar a exigência de EPIA/RIMA, na medida em que Resolução CONAMA 01/86 a determina expressamente, justamente em obediência ao comando da Constituição da República. Deve-se lembrar, ademais, que a exigência de realização do EPIA/RIMA também se situa no âmbito das Constituições Estaduais, tais como a do Estado do Paraná<sup>13</sup>.

Os nossos Tribunais assentaram Jurisprudência sobre a obrigatoriedade de realização de EPIA/RIMA no licenciamento de aterros sanitários:

Ação civil pública. Implantação de aterro sanitário. Dispensa do estudo prévio de impacto ambiental devido à baixa quantidade de resíduos domiciliares produzidos. Ilegalidade. Elaboração de estudo para as obras potencialmente poluidoras exigido pela legislação federal. Irrelevância da quantidade de lixo produzido e da dispensa autorizada pelo Instituto Ambiental do Paraná. Necessária a elaboração do estudo, ainda que posterior ao início das obras, para que se prevejam os possíveis danos e para que se adotem medidas prévias para amenizá-los, se necessário. Determinação para a apresentação do estudo à população em 90 dias, sem embargo das atividades do aterro sanitário, sob pena de multa diária. Ação procedente. Apelação e reexame necessário. Desprovidimento.<sup>14</sup>

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO AMBIENTAL. LICENCIAMENTO DE ATERRO SANITÁRIO FEITA COM DISPENSA DE EIA/RIMA. SENTENÇA QUE JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTE A PRETENSÃO DEDUZIDA NA INICIAL APENAS A FIM DE ANULAR AS LICENÇAS (PRÉVIA E DE INSTALAÇÃO) JÁ CONCEDIDAS. (...) DESARMONIA ENTRE AS

<sup>12</sup> Artigo 11 da Resolução CONAMA 01/86.

<sup>13</sup> Constituição do Estado do Paraná - Art. 207- (...) § 1º - Cabe ao Poder Público, na forma da lei, para assegurar a efetividade deste direito: (...) V - exigir a realização de estudo prévio de impacto ambiental para a construção, instalação, reforma, recuperação, ampliação e operação de atividades ou obras potencialmente causadoras de significativa degradação do meio ambiente, do qual se dará publicidade;

<sup>14</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. 2ª C. Cível. Apelação Cível nº 136340-4. Rolândia. Rel.: Ângelo Zattar. J. 30.04.2003.

NORMATIVAS ESTADUAIS E O ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ATOS NORMATIVOS QUE CRIAM VERDADEIROS ESPAÇOS DE NÃO INCIDÊNCIA DE NORMA CONSTITUCIONAL. REGRAS ESTADUAIS QUE IMPLICAM EM UMA MITIGAÇÃO DOS PARÂMETROS DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DEFINIDOS CONSTITUCIONALMENTE. RECURSO COM TRÂMITE SUSPENSO. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI.<sup>15 16</sup>

## 1.2. Dos aterros sanitários de pequeno porte e da antijuridicidade do seu licenciamento simplificado: uma análise da Resolução CONAMA nº 404/2008

O Conselho Nacional de Meio Ambiente, por meio da Resolução 404, de 11/11/2008, estabeleceu critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos, com o intuito de simplificar o procedimento de Licenciamento Ambiental.

Expõe em seu artigo 1º, §1º, que aterros sanitários de pequeno porte são aqueles com disposição diária de até 20 t (vinte toneladas) de resíduos sólidos urbanos<sup>17</sup>, limitado a uma única unidade por sede municipal ou distrital e no artigo 2º, afirma que para esse tipo de empreendimento não será exigida a apresentação de EIA/RIMA, a não ser que o órgão ambiental competente verifique que o aterro proposto é potencialmente causador de significativa degradação do meio ambiente.

Ainda, segundo o art. 3º desta Resolução, nesses aterros sanitários é admitida a disposição final de resíduos sólidos domiciliares, de resíduos de serviços de limpeza urbana, de resíduos de serviços de saúde, bem como de resíduos sólidos provenientes de pequenos estabelecimentos

<sup>15</sup> Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (TJPR). 4ª C.Cível. Apelação Cível. 949676-0. Rio Branco do Sul - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima. Unânime. J. 05.03.2013.

<sup>16</sup> Neste sentido também os seguintes julgados: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Órgão Especial. Agravo de Instrumento nº 1490576-5. Curitiba. Rel.: Ana Lúcia Lourenço. Unânime. J. 05.09.2016. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 5ª C.Cível. Apelação Cível nº 1400148-4. Região Metropolitana de Maringá. Foro Regional de Marialva. Rel.: Carlos Mansur Arida. Unânime. J. 22.09.2015. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 4ª C.Cível. Agravo de Instrumento nº 480088-6. Palmeira. Rel.: Albino Jacomel Guerios. Unânime. J. 29.11.2011.

<sup>17</sup> Essa definição é ratificada pela norma técnica ABNT NBR 15849:2010 que define aterro sanitário de pequeno porte como "aterro sanitário para disposição no solo de resíduos sólidos urbanos, até 20 t/dia ou menos, quando definido por legislação local, em que, considerados os condicionantes físicos locais, a concepção do sistema possa ser simplificada, adequando os sistemas de proteção ambiental sem prejuízo da minimização dos impactos ao meio ambiente e à saúde pública". Esta norma ainda define critérios técnicos para a construção e operação destes empreendimentos.

comerciais, industriais e de prestação de serviços, desde que não sejam perigosos, conforme definido em legislação específica, notadamente a norma técnica ABNT NBR 10.004:2004, e que tenham características similares aos gerados em domicílios, bem como aos resíduos de serviços de saúde que não requeiram tratamento prévio à disposição final, conforme Resolução da Diretoria Colegiada da ANVISA nº 306/2004 e Resolução CONAMA 358/2005.

O artigo 5º da mesma Resolução enfatiza que o órgão ambiental competente poderá definir os procedimentos complementares para o licenciamento ambiental, os quais deverão ser aprovados pelo respectivo Conselho de Meio Ambiente.

No âmbito do Estado do Paraná, partindo desta premissa, o Conselho Estadual do Meio Ambiente, através da Resolução CEMA 094/2014, estabeleceu diretrizes e critérios orientadores para o licenciamento e outorga, projeto, implantação, operação e encerramento de aterros sanitários, assim como dispôs, em seu artigo 4º, que os aterros sanitários com disposição diária de até 20 toneladas de resíduos sólidos urbanos devem apresentar, no âmbito do requerimento de Licença Prévia<sup>18</sup>, um Relatório Ambiental Preliminar, dispensando-se também o EPIA/RIMA.

Entretanto, a aplicação da Resolução CONAMA 404/2008 e da Resolução CEMA 094/2014 afronta claramente o art. 225, §1º, inciso IV, da Constituição da República de 1988, que obriga do Poder Público "exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental (...)".

Deveras, a Resolução CONAMA 01/86, que regulamenta o EPIA/RIMA, prevê expressamente o aterro sanitário como empreendimento de impacto ambiental, estabelecendo, assim, uma presunção da existência de impacto deste tipo de atividade, independentemente da sua capacidade. Desta forma, a Resolução CONAMA 404/2008 enfraquece a garantia

<sup>18</sup> Conforme artigo 8º da Resolução CONAMA 237/97: Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças: I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação; II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante; III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

de EPIA/RIMA na medida em que dispensa sem qualquer fundamento técnico o estudo em alguns casos, indo de encontro à previsão constitucional e à infraconstitucional.

Neste particular, não se pode olvidar que em eventual conflito normativo entre duas legislações ambientais vigora o princípio *in dubio pro natura*, segundo o qual deve prevalecer a norma que melhor protege o meio ambiente.

Consoante raciocínio de Paulo José de Farias Leite:

pelos já citados §§ 1º e 4º do art. 24, pelo art. 225 da Constituição, bem como pela indefinição do que seja norma especial, deve-se, fortiori ratiōne, fixar como diretriz exegética que os eventuais conflitos, nos quais a noção de norma geral e especial não seja suficiente, devem ser resolvidos pela prevalência da norma que melhor defenda o direito fundamental tutelado, por tratar-se de preceito constitucional (lei nacional) que se impõe à ordem jurídica central ou regional (*in dubio pro natura*). Assim, o princípio *in dubio pro natura* deve constituir um princípio inspirador da interpretação. Isto significa que, nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, a escolha deve recair sobre a interpretação mais favorável ao meio ambiente<sup>19</sup>.

Observa-se ainda que, em se comparando as duas normas do CONAMA (01/86 e 404/2008), há evidente violação da proibição de retrocesso ambiental, insculpido no *caput* do artigo 225 da CR/88 no tocante à prevenção dos impactos dos aterros sanitários, vez que a nova Resolução enfraquece sobremaneira a proteção antes dada com a avaliação e mensuração destes impactos por meio de EPIA/RIMA. E a Resolução CEMA/PR 094/2014 acaba por ecoar este retrocesso.

De fato, além de gerar significativos riscos ao ambiente, haja vista a dispensa de EPIA/RIMA para tratar de empreendimento da envergadura de aterros sanitários, mesmo estes sendo de pequeno porte, a aplicação da Resolução CONAMA 404/2008 e da Resolução CEMA 094/2014 acaba por flexibilizar todos os cuidados necessários para a análise de viabilidade locacional e ambiental, assim como para a sua instalação e operação, dando azo a promoção de danos socioambientais irreversíveis. Salienta-se que, dependendo dos hábitos e do sistema de gestão adotado, esta disposição diária de resíduos sólidos equivale a uma população de 25 a 30 mil habitantes.

Os impactos relativos ao gerenciamento dos resíduos sólidos, independente do porte do aterro sanitário, estão relacionados principalmente

<sup>19</sup> FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 356.

às emissões atmosféricas do aterro (CO, CO<sub>2</sub>, CH<sub>4</sub>, H<sub>2</sub>S, HC, NH<sub>3</sub>, etc.), emissão de material particulado e consequente alteração da qualidade do ar, geração de lixiviado<sup>20</sup>, podendo causar contaminação da água e do solo, geração de odor, danos à propriedade (uso e ocupação de solo), proliferação de vetores transmissores de doenças, redução da disponibilidade de recursos naturais, dentre outros.

Evidencia-se, deste modo, que a capacidade do aterro sanitário não se mostra como o parâmetro mais preciso para a aferição do impacto ambiental, uma vez que qualquer aterro, por menor que seja, gera significativo impacto ambiental e, se não houver gerenciamento adequado, poderá causar também contaminação. Embora o impacto varie conforme a quantidade de tonelada/dia, a capacidade do aterro é mais determinante para a verificação da vida útil do aterro que propriamente a mensuração do seu significativo impacto, que sempre ocorrerá, mesmo que em diferentes magnitudes. Veja-se, em mero título de ilustração, que um aterro sanitário que recebe 20 toneladas dia, receberá 7.300 toneladas ano e 73.000 toneladas em uma década, ao passo que um aterro sanitário que recebe 40 toneladas dia, receberá as mesmas 73.000 toneladas em um quinquênio, o que gera significativos impactos e degradações equivalentes, embora com diferentes tempos de vida útil. Assim, fica clara a fragilidade do critério estabelecido pela legislação (Resoluções CONAMA 404/2008 e CEMA 094/2014) para a dispensa do Estudo de Impacto Ambiental.

Além disso, a norma NBR 15849:2010, apesar de estabelecer condições para proteção dos corpos hídricos superficiais e subterrâneos, ar, solo, saúde e bem-estar das populações vizinhas, dispensa em alguns casos<sup>21</sup> de modo temerário o revestimento de impermeabilização de fundo para proteção do subsolo e do lençol freático contra a infiltração do lixiviado (item 5.3.1, tabela), mesmo para subsolo com permeabilidade de cerca de 10-4 cm/s, valor típico de solo arenoso, o que pode provocar impactos ambientais significativos a longo prazo. Mais, a referida NBR ainda exige indevidamente o empreendedor da obrigação de instalar o sistema de drenagem de gases se a altura final do aterro não ultrapassar três metros ou a fração orgânica for menor que 30%. (item 5.3.3, tabela), sem qualquer previsão de mecanismos de controle ambiental. Apesar de a NBR 15849:10 visar à simplificação da tecnologia de disposição final

<sup>20</sup> Lixiviado: líquido resultante da infiltração de águas pluviais no maciço de resíduos, da unidade dos resíduos e da água de constituição de resíduos orgânicos liberada durante sua decomposição no corpo do aterro sanitário.

<sup>21</sup> A depender das condições climáticas, da profundidade do nível freático e da fração orgânica dos resíduos.

de resíduos sólidos, tais pontos tergiversam a obrigatoriedade de proteção mínima da qualidade ambiental e no mínimo são questionáveis junto ao meio técnico-científico, pois as variáveis analisadas não são suficientes para a avaliação da realidade de todos os municípios brasileiros, e não há restrições quanto à evolução da geração de resíduos sólidos urbanos no aterro licenciado.

Nesta toada, é importante observar que a Resolução CONAMA 404/2008 não parte de pressupostos de natureza técnica para estabelecer a dispensa de EPIA/RIMA para aterros de pequeno porte. Com efeito, uma análise detida dos considerandos desta Resolução denota que a permissão de não realização do EPIA/RIMA se funda substancialmente “[n]as dificuldades que os municípios de pequeno porte enfrentam na implantação e operação de aterro sanitário de resíduos sólidos, para atendimento às exigências do processo de licenciamento ambiental”<sup>22</sup> do que propriamente em uma demonstração técnica da suposta ausência de impacto ambiental deste tipo de empreendimento.

Este aspecto apenas reforça a afronta direta ao comando da Constituição da República acima mencionado (art. 225, §1º, inciso IV), vez que não há na Resolução CONAMA 404/2008 qualquer indicativo técnico para elidir a presunção de significativo impacto ambiental do aterro sanitário constituída pela Resolução CONAMA 01/86 e, por sua vez, afastar a exigência do EIA/RIMA.

A Resolução CEMA 094/2014 e a NBR 15849:10 tampouco suprem essa ausência de fundamentação técnica para a dispensa do EPIA/RIMA; pelo contrário, apenas reiteram as disposições da Resolução CONAMA 404/2008 e desvirtuam a essência e os parâmetros mínimos de controle do licenciamento ambiental de uma atividade dotada de significativo impacto poluidor.

### 1.3. Da ilegalidade das ampliações dos aterros sanitários de pequeno porte.

É sabido que não somente as atividades potencialmente poluidoras devem passar pelo processo de licenciamento ambiental, mas também os processos de ampliação das instalações ou do empreendimento que possam causar degradação ambiental.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> BRASIL. Ministério de Meio Ambiente. Resolução CONAMA 404/2008. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008.

<sup>23</sup> FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015. pág. 53.

Com efeito, o artigo 1º, inciso I, da já mencionada Resolução CONAMA 237/97 coloca a ampliação de empreendimentos dentre as atividades que estão sujeitas ao licenciamento ambiental.<sup>24</sup> Da mesma forma, o artigo 10 da Lei Federal 6.938/81 prevê a necessidade de licenciamento da ampliação do empreendimento previamente licenciado, assim consignando: “A construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, efetiva ou potencialmente poluidores ou capazes, sob qualquer forma, de causar degradação ambiental dependerão de prévio licenciamento ambiental.”

No caso da ampliação de aterros de pequeno porte, a Resolução 404/2008 do CONAMA é omissa em relação ao procedimento de licenciamento da ampliação do aterro ou à eventual existência de requisitos para a sua realização, embora tal prática seja comum na experiência paranaense. Há tão somente a previsão no 1º §2º de que “nas localidades onde exista um incremento significativo na geração de resíduos pela população flutuante ou sazonal, esta situação deve ser prevista no projeto, o qual deverá contemplar as medidas de controle adicionais para a operação do aterro”. Entretanto, não especifica quais são estas medidas de controle, nem qual o valor desse incremento. Da mesma forma, nem a NBR 15849:10 nem a Resolução CEMA 094/2014 preveem o incremento de geração de resíduos, seja por meio de consórcio com outro município ou pela população flutuante ou sazonal, o que possibilita que o município ou empreendedor realize ampliações no aterro sem a apresentação do Estudo de Impacto Ambiental e seu respectivo Relatório de Impacto Ambiental.

Não se pode deixar de notar, todavia, os enormes riscos que desaconselham essa postura, sobretudo se considerados os aspectos já mencionados.

Deveras, da mesma forma que o licenciamento de aterros de pequeno porte sem a realização de EPIA/RIMA já configura, por si só, uma afronta à legislação ambiental e à Constituição da República de 1988 e um risco socioambiental, a ampliação dos aterros atualmente em funcionamento se apresenta como uma perpetuação desta ilegalidade e de suas consequências ao meio ambiente. Conforme já foi evidenciado,

<sup>24</sup> “Art. 1º - Para efeito desta Resolução são adotadas as seguintes definições: I - Licenciamento Ambiental: procedimento administrativo pelo qual o órgão ambiental competente licencia a localização, instalação, ampliação e a operação de empreendimentos e atividades utilizadoras de recursos ambientais, consideradas efetiva ou potencialmente poluidoras ou daquelas que, sob qualquer forma, possam causar degradação ambiental, considerando as disposições legais e regulamentares e as normas técnicas aplicáveis ao caso. (...)”

somente o EPIA/RIMA seria capaz de avaliar e dimensionar os impactos socioambientais dos aterros, de forma que ampliá-los sem que tivessem passado por esta etapa fatalmente estenderia danos não avaliados aos recursos ambientais envolvidos e à população do entorno.

Além disso, nota-se que o licenciamento do aterro de pequeno porte seguido do pedido de ampliação apresenta-se como prática que visa, em verdade, à burla do licenciamento ambiental tradicional nos moldes das Resoluções 01/86 e 237/1997 e do CONAMA. Ainda que fosse lícito o licenciamento destes aterros com a dispensa de EPIA/RIMA, como quer a Resolução CEMA 094/2014, o que se considera apenas para argumentar, a posterior ampliação permite, na prática, a implantação de um aterro de tonelageamento muito superior a 20 t/dia sem qualquer avaliação dos impactos pelo estudo. Mesmo que houvesse posteriores estudos de impacto para a ampliação, não haveria como avaliar adequadamente as alternativas locais ou prevenir danos a espaços ambientais protegidos, uma vez que esses riscos são avaliados previamente à definição da localização do aterro.

Não obstante, é importante ressaltar que, por si só, a ampliação do aterro é uma prática indesejável do ponto de vista ambiental, mesmo que houvesse regulamentação, o que não é o caso. Com efeito, com o encerramento da vida útil do aterro – cujo máximo permitido varia de aterro para aterro – o ideal é que ocorra o seu fechamento e não a permissão para a sua sobrevida e ampliação, sobretudo se o aterro foi projetado sem a realização de EPIA/RIMA. A ampliação, neste caso, além de confirmar os danos em local possivelmente inapropriado, burla o processo de escolha de alternativas locais de possível novo aterro, já que haveria tendência pela escolha de área já degradada pelo aterro já existente, que não deve ser reaproveitado.

## 2. CONCLUSÃO ARTICULADA

**2.1** Os aterros sanitários são empreendimentos/atividades dotados de significativo potencial degradador do meio ambiente e, nessa condição, o licenciamento ambiental deve contemplar a realização de EPIA/RIMA, nos termos do artigo 225, § 1º, inciso IV, da Constituição da República, e do artigo 2º, X, da Resolução CONAMA 01/86;

**2.2** A Resolução CONAMA nº 404/2008 e a Resolução CEMA/PR 094/2014, que estabelecem licenciamento ambiental simplificado com dispensa da realização de EPIA/RIMA para aterros sanitários de pequeno porte (20 t/dia), não possuem substrato técnico para fundamentar a flexibilização de procedimento, implicam em retrocesso ambiental e

violam a Constituição da República;

**2.3** A ampliação de aterros sanitários considerados de pequeno porte licenciados sem a realização de EPIA/RIMA implicam na perpetuação de impactos socioambientais e de ilegalidades e burla ao regular processo de licenciamento ambiental;

## 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR 15849: Resíduos sólidos urbanos – Aterros Sanitários de pequeno porte. Rio de Janeiro, 2010.

BRASIL. Ministério de Meio Ambiente. Resolução CONAMA 404/2008. Estabelece critérios e diretrizes para o licenciamento ambiental de aterro sanitário de pequeno porte de resíduos sólidos urbanos. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 12 de novembro de 2008.

FARIAS, Paulo José Leite. **Competência federativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1999, p. 356.

FARIAS, Talden. **Licenciamento Ambiental: aspectos teóricos e práticos**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

MILARÉ, Édís; BENJAMIN, Antonio Herman V. **Estudo prévio de impacto ambiental: teoria prática e legislação**. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1993.

PARANÁ. Conselho Estadual de Meio Ambiente. Resolução CEMA nº 094/2014. Estabelece diretrizes e critérios orientadores para o licenciamento e outorga, projeto, implantação, operação e encerramento de aterros sanitários, visando o controle da poluição, da contaminação e a minimização de seus impactos ambientais e dá outras providências. Diário Oficial Executivo, Paraná, PR, 07 de novembro de 2014.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.

Supremo Tribunal Federal (STF). ADIn 1.086-7/SC, Seção I, rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 01.10.2001.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 4ª C.Cível. Agravo de Instrumento nº 480088-6. Palmeira. Rel.: Albino Jacomel Guerios. Unânime. J. 29.11.2011.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). 5ª C.Cível. Apelação Cível nº 1400148-4. Região Metropolitana de Maringá. Foro Regional de Marialva. Rel.: Carlos Mansur Arida. Unânime. J. 22.09.2015

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR). Órgão Especial. Agravo de Instrumento nº 1490576-5. Curitiba. Rel.: Ana Lúcia Lourenço. Unânime. J. 05.09.2016

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. (TJPR). 4ª C.Cível. Apelação Cível. 949676-0. Rio Branco do Sul - Rel.: Maria Aparecida Blanco de Lima. Unânime. J. 05.03.2013.

Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) 2ª C.Cível. Apelação Cível nº 136340-4. Rolândia. Rel.: Ângelo Zattar. J. 30.04.2003.

### Nélio Kouji Onishi

Auxiliar Administrativo atuante no Departamento de Gestão de Pessoas - Subprocuradoria Geral de Justiça para Assuntos Administrativos.



## O PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO (PA) COMO MECANISMO DE TUTELA DE DIREITOS E INTERESSES INDIVIDUAIS

Arion Rolim Pereira<sup>1</sup>

Willian Buchmann<sup>2</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO

#### 1.1 Panorama Normativo Administrativo:

A Res. CNMP n. 63/2010, visando à padronização e uniformização taxonômica e terminológica de classes, assuntos e movimentação processual (judicial e extrajudicial), no âmbito do Ministério Público da União e dos Estados, criou as Tabelas Unificadas do Ministério Público. Na classe “extrajudiciais/”procedimentos do MP”, conforme a referida Tabela, consta a descrição do inquérito civil (IC), da notícia de fato (NF), do procedimento preparatório (PP) e do procedimento administrativo (PA). Ainda, em atendimento ao disposto no § 2º do art. 2º da mencionada Resolução, o Conselho Nacional do Ministério Público – CNMP – editou o Manual das Tabelas Unificadas do Ministério Público.

O inquérito civil e o procedimento preparatório já foram regulamentados pelo CNMP por meio da Res. n. 23/2007, com disciplinamento, no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná – MPPR - na Res. PGJ n. 1928/2008. A instauração e a tramitação da notícia de fato e do procedimento administrativo, contudo, ainda não foram objeto de regulamentação pelo CNMP. Todavia, a matéria não passou incólume pela apreciação deste Órgão colegiado nacional, que apresentou, em 1o de setembro de 2014, proposta de Resolução sobre a temática, sob a relatoria do eminente Conselheiro Cláudio Henrique Portela do Rego, hoje Corregedor Nacional do Ministério Público. A proposição, disponível no sítio oficial do CNMP<sup>3</sup>, entretanto, ainda não foi apreciada

<sup>1</sup> Procurador de Justiça, Corregedor-Geral do Ministério Público do Estado do Paraná, Presidente do Conselho Nacional de Corregedores-Gerais do Ministério Público.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça, Assessor de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, em atuação junto à SUBPLAN.

<sup>3</sup> CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Proposta de Resolução 01/09/2014 nº 1**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/333/>>. Acesso em: 19 de março de 2017.

pelo Plenário do Conselho.

O Ministério Público do Paraná, por sua vez, por meio do Ato Conjunto PGJ/CGMP n. 02/2010, ao instituir e regulamentar o Programa de Registro, Acompanhamento e Organização das Atividades Finalísticas Extrajudiciais, denominado PRO-MP, previu, expressamente, dentre as rotinas possíveis, também, a notícia de fato e o procedimento administrativo (art. 5º). Este ato normativo, contudo – até porque não se destinava precipuamente a tanto –, estabeleceu apenas algumas regras afetas à tramitação específica da NF e do PA.

Esse, em sucintos termos, o arcabouço normativo que regula, de forma mais direta, as rotinas das atividades extraprocessuais (excetuado aqui o procedimento investigatório criminal - PIC), em especial o procedimento administrativo (PA) – objeto do presente estudo –, no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e do Ministério Público do Paraná.

### 1.2 Perfil Institucional e Carta de Brasília:

Inegável que a Constituição Federal de 1988 trouxe nova conformação ao Ministério Público, com ampliação significativa do seu papel de transformação da realidade na sua vertente de defensor do regime democrático (art. 127, *caput*).

A (nova) gama de atribuições e ferramentas conferidas à Instituição pela Carta Política, ao tempo em que fez sobressalente a importância do *Parquet* enquanto essencial ao sistema de Justiça, trouxe preocupações de ordem prática com a efetividade dos misteres que lhe foram confiados. Sob esse prisma, diversas vêm sendo as tentativas de otimizar a atuação ministerial, direcionando-a, primordial e prioritariamente, para a sua vocação mais típica e consentânea com o Estado Democrático de Direito.

E, em tempos de reflexão quanto à posição institucional mais conservadora, o momento pelo qual passa o Ministério Público parece ser o do amadurecimento<sup>4</sup>. Amadurecimento que passa pela percepção de que é a Instituição instrumento indispensável, na ordem constitucional vigente, para a mobilização das vontades coletivas. Tem o papel essencial, portanto, de promover a socialização democrática do poder, primando pelos ideais de fortalecimento da sociedade civil enquanto arena política.

4 FINGER, J. C. O Ministério Público Pós-88 e a Efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos Comemorar? In: RIBEIRO, C. V. A. (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010, p. 93.

Esse auto reconhecimento institucional – tendo como parâmetro primeiro a Constituição da República –, inclusive quanto a suas limitações orçamentárias e estruturais, sempre ao norte de conferir-lhe maior resolutividade em sua missão constitucional, faz necessário o estabelecimento de prioridades na sua atividade-fim.

Daí dizer, com COURA e FONSECA, que

De uma maneira mais simplista, parece possível dizer inexistir uma essência imutável de Ministério Público. Ele, como instituição criada pela dogmática jurídica, será o que a Constituição, fruto do poder constituinte originário, prescrever, sem desprezar, naturalmente, a necessidade de interpretação construtiva sobre o seu sentido e o paradigma do Estado democrático de direito<sup>5</sup>.

Aliás, o estabelecimento de critérios prioritários na atuação ministerial se revela deveras prudente e premente, notadamente em tempos do incremento das demandas coletivas (*lato sensu*) - por excelência, determinantes da atuação típica e inarredável dos Órgãos de Execução ministeriais, por mandamento constitucional e legal - que batem às portas das Promotorias de Justiça.

Nesse diapasão, a Carta de Brasília, de setembro de 2016, firmada no 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público, dentre as diretrizes voltadas aos membros do Ministério Público, estabelece a necessidade de priorização da atuação em tutelas coletivas:

p) *Priorizar a atuação em tutela coletiva, propondo ações individuais em situações absolutamente necessárias, sem prejuízo dos atendimentos individuais e encaminhamentos necessários;*

q) *Avaliar se a atuação individual não desestabilizará as políticas públicas sobre a matéria.*

Diante desse quadro, revela-se razoável, também por esse aspecto, conferir-se maior flexibilidade aos mecanismos procedimentais para a tutela de direitos e interesses individuais (não homogêneos) a cargo do Ministério Público, possibilitando-se a utilização, no caso, do procedimento administrativo (PA).

### 1.3 Procedimento Administrativo (PA) e o Fundamento da Dúvida:

Sabe-se que o inquérito civil se trata de procedimento administrativo (*lato sensu*), a cargo do Ministério Público, de natureza tipicamente

5 COURA, Alexandre de Castro; e FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público Brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: Ltr, 2015, p. 152.

investigatória<sup>6 7</sup>.

O objeto do inquérito civil, por sua vez, ainda é matéria que comporta divisão doutrinária. Para uma corrente mais ampliadora, à qual se filia HUGO NIGRO MAZZILLI, o referido procedimento investigatório não se presta apenas à tutela de direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos, *como também, por analogia, para colher elementos preparatórios para a instauração de qualquer ação judicial de iniciativa do Ministério Público*.<sup>8</sup> É também o norte seguido por LUIS ROBERTO PROENÇA:

Mas não se resume a isto o campo de abrangência do inquérito civil. Com o decorrer do tempo, foi o legislador percebendo a sua utilidade para a elucidação de qualquer fato relacionado à atuação civil do Ministério Público, passando, assim, a prever o seu uso também para a investigação de lesão (ou perigo de lesão) a direito meramente individual<sup>9</sup>.

A posição supra, em princípio, parece estar em alinhamento com a Res. CNMP n. 23/2007, que assim dispõe:

Art. 1º O inquérito civil, de natureza unilateral e facultativa, será instaurado para apurar fato que possa autorizar a tutela dos interesses ou direitos a cargo do Ministério Público nos termos da legislação aplicável, servindo como preparação para o exercício das atribuições inerentes às suas funções institucionais.

Outros, adotando posição mais restritiva – à qual se filia o presente ensaio –, defendem que o inquérito civil não pode servir como instrumento PROENÇA, Luis Roberto. *Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42. to de proteção de direitos e interesses individuais indisponíveis não homogêneos. Isso porque a Lei n. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), em seu art. 25, IV, 'a', em alinhamento com o disposto no art. 6º, VII, 'd', da Lei Complementar n. 75/93, prevê que o referido procedimento investigatório

6 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 45.

7 RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a Atuação Extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. (Org.) **Temas Atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 318.

8 MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 446.

9 PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 42.

destina-se à 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. Por conseguinte, o objeto do inquérito civil, segundo a parte final do dispositivo legal citado, seria não simplesmente a tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis, mas, necessariamente, direitos e interesses individuais indisponíveis e homogêneos.

Até porque, o inquérito civil *se dirige, em um primeiro momento, à atividade propriamente investigatória, marcado por alto grau de inquisitorialidade, colhendo-se os elementos de prova para a atuação do Parquet, sobretudo mediante a utilização do poder requisitório*<sup>10</sup>.

É a posição adotada, por exemplo, por EURICO FERRARESI, que ressalta indicar a sistemática ser mais recomendável restringir o inquérito civil para apurar lesão a direitos difusos, coletivos ou individuais homogêneos, devendo referido instrumento investigatório ficar reservado para casos de reconhecida relevância social, política e jurídica<sup>11</sup>.

Entendimento semelhante deflui-se da obra de EMERSON GARCIA, ao sustentar, com base, inclusive, na necessidade de observância do princípio do Promotor Natural, que

Tratando-se de matéria que se insira nas atribuições do Ministério Público e que não esteja enquadrada sob a epígrafe dos interesses difusos, coletivos, individuais homogêneos, conforme previsão do art. 25, IV, 'a', da Lei n. 8.625/1993, não é aconselhável a instauração de inquérito civil para a sua apuração. Justifica-se a assertiva, pois o inquérito civil está sujeito a uma sistemática específica de arquivamento, suprimindo do órgão de execução a decisão final a respeito da investigação por ele presidida. **Nesses casos, o correto será instaurar um procedimento administrativo, no qual o agente poderá utilizar todos os instrumentos contemplados na Constituição e na legislação infraconstitucional com o fim de instruí-lo**. Ante a especificidade do inquérito civil e por não estar em harmonia com o princípio do Promotor Natural a supressão de atribuição do órgão de execução sem norma expressa que a autorize – o que ocorreria com a submissão do arquivamento ao Conselho Superior –, **a matéria deve ser tratada em procedimento administrativo**<sup>12</sup>. (grifou-se)

10 LIMA, Bruno Choairy Cunha de. **Inquérito Civil como Instrumento de Tutela Coletiva**. Revista de Processo. Vol. 267/2017, Maio/2017, p. 407-28.

11 FERRARESI, Eurico. *Inquérito Civil*. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p. 35-6.

12 GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 433-4.



Aliás, o Constituinte de 1988, ao abordar as funções institucionais, parece ter feito clara opção, no art. 129, III<sup>13</sup>, da CF, da reserva do *inquérito civil* para a proteção dos interesses coletivos (*lato sensu*). A par disso, note-se que o inciso VI<sup>14</sup> do mesmo dispositivo constitucional contempla a possibilidade de requisição de informações e documentos para a instrução de *procedimentos administrativos*.

A diferenciação entre os dois instrumentos é justificável não apenas pelas considerações supra mas porque o inquérito civil deve ser reservado para situações de inegável justa causa quanto a sua instauração. Daí dizer com FERRARESI que *A atuação ministerial é responsável e técnica. Há de haver justa causa para instaurar inquérito civil*<sup>15</sup>. Ou, ainda, na advertência de MAZZILLI, *Por tudo isso, embora não deva nem possa ser usado com tibieza ou covardia, o inquérito civil deve ser instaurado e presidido com elevado senso de responsabilidade*<sup>16</sup>.

Como visto, divergência supra, concernente ao objeto do inquérito civil traz reflexos importantes no tema central de estudo aqui proposto. Nesse passo, a posição mais restritiva, anotada acima, permeia as conclusões do presente ensaio quanto à adequação da utilização do procedimento administrativo (PA) na tutela de direitos individuais indisponíveis (não homogêneos), deixando-se o inquérito civil reservado à tutela coletiva (*lato sensu*).

Bem postas essas premissas, passa-se à explorar o fundamento da dúvida como mais um indicativo do acerto do emprego do procedimento administrativo (PA) na tutela de direitos e interesses individuais não homogêneos. A dúvida que pode exsurgir, no caso concreto, quanto à rotina procedimental a ser adotada nas hipóteses de direitos e interesses individuais indisponíveis sem as tintas da homogeneidade – como demanda para atendimento médico ou medicamento a uma única pessoa –, fica ainda mais recrudescida frente a casos de nebulosidade quanto ao caráter eminentemente investigatório ou não de objetos de mesma natureza (individual) que chegam às Promotorias de Justiça cotidianamente. Explica-se.

Bem se viu que o inquérito civil se presta à atividade típica de investigação de *fatos* (art. 1º da Res. CNMP n. 23/2007). A par disso, há

13 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;

14 VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;

15 Ibidem, p. 52.

16 MAZZILLI, Hugo Nigro. Op. cit., p. 55.

diversos casos, a serem analisados concretamente pelo órgão de execução, que não permitem evidenciar a necessidade de providências de efetiva *apuração* de ilícito. Ora, podem eles, pela natureza e/ou provas apresentadas *prima facie*, destinarem-se, exclusiva ou especialmente, ao acompanhamento de situação individual de risco verificada, como de um idoso ou de criança e adolescente, em que os esforços convergem, precipuamente, no afastamento da lesão ou da ameaça de lesão, sem representar necessidade de descortinamento de um autor determinado e sua responsabilização. Pode ser o caso, *e.g.*, de um aluno, infante, infrequente às atividades escolares, ou de um idoso, sem familiares identificados, necessitando de curatela, cuja situação foi identificada pela própria rede de proteção de determinado Município.

Outros fatos, também de natureza individual (indisponível) podem cristalizar, *ab initio*, verdadeiro *direito*, a demandar apenas sua documentação em procedimento específico para fins de coleta de informações e documentos tangenciais complementares. Por exemplo, cita-se a hipótese de cidadão que já apresenta ao Promotor de Justiça com atribuições na matéria, prescrição médica, pela rede pública de atendimento, de determinado fármaco, de caráter comprovadamente insubstituível, acompanhada da negativa dos entes políticos solidariamente responsáveis por seu fornecimento, sendo necessário, entretanto, mais informações de ordem pessoal do interessado (paciente).

Neste caso, como visto, não havendo *fato*, concernente ao objeto da demanda, a ser apurado, entende-se não recomendada – inclusive à luz da Res. CNMP n. 23/2007 – a instauração de inquérito civil, revelando-se acertada a utilização do procedimento administrativo (PA).

Até poque, da análise da Tabela de Classes do Conselho Nacional do Ministério Público (cod. 910005) e do Ato Conjunto n. 02/2010 do Ministério Público do Paraná (art. 5º, VII e § 6º), infere-se que o procedimento administrativo (PA) se destina ao acompanhamento e à fiscalização de fatos e políticas públicas, assim como outras atividades não sujeitas a inquérito civil ou procedimento preparatório a cargo do Ministério Público.

Havendo dúvida quanto à rotina adequada – como não raro acontecer nas hipóteses de direitos individuais, como visto alhures – a ser empregada, o Manual das Tabelas Unificadas do Conselho Nacional do Ministério Público orienta, em última análise, a opção pelo cadastramento do caso como procedimento administrativo (PA). Confira-se:

Se o cadastrador não identificar a Classe processual de um caso

concreto deverá, primeiramente, pedir orientação à chefia imediata. Persistindo a dúvida, esta autorizará a classificação provisória do processo como “Procedimento Administrativo” (Cod. 910005), no caso de procedimento extrajudicial, e “Petição” no caso de processo judicial, e encaminhará o caso ao Grupo Gestor de Tabelas Unificadas da sua unidade do Ministério Público, para fins de definição da classificação<sup>17</sup>.

Assim, remanescendo dúvidas quanto ao caráter investigatório de determinada demanda ministerial, cujos interesses sejam de natureza individual indisponível não homogêneos, cabe a instauração do PA. Mais se afirma tal conclusão, por evidente, no caso de certeza quanto ao caráter não investigatório do objeto.

### 1.3 Procedimento Administrativo (PA) e proposta de regulamentação pelo CNMP: um precedente a ser considerado:

O Conselho Nacional do Ministério Público publicou em seu site, em 10/09/2014, proposta de Resolução, sob a relatoria, à época, do il. Conselheiro Cláudio Henrique Portela do Rego, destinada a disciplinar, no âmbito do Ministério Público, o procedimento administrativo (PA) e a notícia de fato (NF).

Vale registrar, quanto ao aspecto histórico, que os trabalhos de elaboração da aludida minuta tiveram origem em provocação do Conselho Nacional dos Corregedores-Gerais.

Ainda, importa sinalar que referida proposta não propõe qualquer alteração no texto da Res. CNMP n. 23/2007, que disciplina a instauração e a tramitação do inquérito civil e do procedimento preparatório no âmbito do Ministério Público.

Segundo a proposição apresentada, o PA é destinado a instrumentalizar as seguintes situações:

Art. 8º O procedimento administrativo é o instrumento próprio da atividade-fim destinado a:

- I – acompanhar o cumprimento das cláusulas de termo de ajustamento de conduta celebrado;
- II – acompanhar e fiscalizar, de forma continuada, políticas públicas ou instituições;
- III – apurar fato que enseje a tutela de interesses individuais indisponíveis;
- IV – embasar outras atividades não sujeitas a inquérito civil.

Parágrafo único. Nas hipóteses previstas nos incisos I, II e IV, o procedimento administrativo não tem caráter de investigação cível ou

17 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual das Tabelas Unificadas do Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2013, p. 17.

criminal de determinada pessoa, em função de um ilícito específico.

Disso, fácil perceber que o CNMP, em sendo confirmada, pelo plenário, a proposta apresentada, passa a reconhecer, expressamente, por texto normativo, a serventia ampliada do procedimento administrativo (PA), inclusive para casos de tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis de caráter investigatório.

Cumprir destacar, ainda, a precuciência da proposta, ao acautelar para que os casos relativos a direitos e interesses individuais indisponíveis não fiquem ao arrepio da possibilidade de controle pelo Conselho Superior (ou Câmara de Revisão) do Ministério Público, prevendo a possibilidade de recurso do arquivamento àquele colegiado no prazo de 10 (dez) dias:

Art. 13 No caso de procedimento administrativo relativo a direitos individuais indisponíveis, previsto no inciso III do art. 8º, o noticiante será cientificado da decisão de arquivamento, da qual caberá recurso ao Conselho Superior do Ministério Público ou à Câmara de Coordenação e Revisão, no prazo de 10 (dez) dias.

Aliás em bem a propósito, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Paraná, nas correições realizadas já fiscalizava e orientava que dos encerramentos/arquivamentos de procedimentos administrativos (PAs) fossem cientificados os interessados, constando, do respectivo relatório<sup>18</sup>, tópico específico nos seguintes termos: *As promoções de arquivamento observam os requisitos da publicidade, mediante a cientificação dos interessados?*

São fatos e sinalizações que não podem ser desprezados no plexo argumentativo que induz a conclusão no sentido do acerto da utilização do PA como mecanismo procedimental na tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis – em seus variados espectros.

### 1.4 Procedimento Administrativo (PA): Estatuto da Criança e do Adolescente e Estatuto do Idoso:

O Estatuto da Criança e do Adolescente, a par da possibilidade de instauração de inquérito civil para a proteção de interesses individuais (art. 201, V), previu, expressamente, a possibilidade de o membro do Ministério Público instaurar procedimentos administrativos (art. 201, VI), podendo, para instruí-los, *e.g.*, expedir notificações e requisitar informações, perícias e documentos.

A necessidade de garantia da proteção integral de crianças e adolescentes e a prioridade absoluta no atendimento de seus variados interesses

18 Modelo adotado no ano 2016.

(arts. 1º e 4º da Lei n. 8.069/90, respectivamente), revelam forçosos, em especial, mecanismos mais céleres e dinâmicos de resolução dos casos que se apresentam cotidianamente ao Promotor de Justiça, notadamente, no que respeita ao presente estudo, aqueles afetos a direitos individuais.

Daí se revelar vantajoso o uso do PA, que permite, habitualmente, soluções com alto grau de efetividade, podendo ser solucionados logo no princípio. Nesse sentir, confira-se a lição de GALDINO AUGUSTO COELHO BORDALLO:

É extremamente vantajoso para a solução dos problemas diários que são apresentados e cuidados pelas Promotorias de Justiça da Infância e Juventude, que se instaure procedimentos administrativos e sindicâncias, pois muitos problemas são solucionados logo em seu nascedouro, evitando-se consequências mais gravosas para as crianças e adolescentes. Com os procedimentos administrativos e sindicâncias, muitas questões que acabariam por se tornar mais um processo em curso na Vara da Infância são solucionados com simples encaminhamento para órgãos públicos e acompanhamento da evolução da situação<sup>19</sup>.

No mesmo compasso, o Estatuto do Idoso (Lei n. 10.741/03), conquanto pareça admitir, na matéria especial, a utilização do inquérito civil também para a tutela de direitos e interesses individuais indisponíveis não homogêneos (art. 74, I), não deixa de contemplar, separadamente, no inciso V do art. 74 a figura do procedimento administrativo (PA).

### 1.6 Entendimento da Corregedoria-Geral e Conselho Superior do Ministério Público do Paraná:

Em sintonia com a tese ora preconizada, observa-se que a Corregedoria-Geral e o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná vêm se orientando no sentido da possibilidade de utilização do PA na proteção de direitos e interesses individuais indisponíveis, como situações de risco de crianças e adolescentes e necessidade de dispensação de medicamentos.

Com efeito, em exemplificação, veja-se que nos Protocolos PGJ n. 11869/2016, n. 11.644/2016, n. 11651/2016, n. 11646/2016, n. 11.648/2016, n. 11473/2016, versando sobre pedidos de convocação de inquéritos civis e/ou procedimentos preparatórios em procedimen-

<sup>19</sup> BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 423.

tos administrativos (art. 10 do Ato Conjunto PGJ/CGMP n. 02/2010), em que noticiados casos de tutela da saúde individual (medicamentos e cirurgias), a Corregedoria-Geral do Ministério Público paranaense lançou, em junho de 2016, pronunciamento favorável à conversão procedimental requerida.

Aliás, a despeito da redação do art. 5º, § 6º, do Ato Conjunto n. 02/2010<sup>20</sup>, sinalizando, em princípio, a inviabilidade do manejo do PA para a proteção de interesses individuais de caráter investigatório, a mencionada Corregedoria-Geral vem interpretando, acertadamente, entende-se, que casos como os exemplificados acima não possuem conteúdo essencialmente investigatório, de modo que a utilização do inquérito civil não se revela obrigatória<sup>21</sup>.

Ainda, no mesmo diapasão, o eg. Conselho Superior do Ministério Público araucariano registra diversas decisões recentes na mesma linha, valendo citar, em exemplificação, as anotadas nos seguintes pedidos de convocação: IC n. 0148.15.000020-3 (26ª Sessão, Relator Conselheiro Cláudio Rubino Zuan Esteves, voto em 15/08/2016), IC n. 0148.14.001081-7 (3ª Sessão, Relator Conselheiro Armando Antonio Sobreiro Neto, J.: 06/02/2017) e IC n. 0148.14.000292-9 (26ª Sessão, Relatora Conselheira Jacqueline Batisti, J.: 15/08/2016).

A posição supra encontra respaldo, a par dos fundamentos até aqui explicitados, também na significativa demanda que aporta, amiúde, no eg. Conselho Superior do Ministério Público – indicador que não pode ser desprezado, inclusive sob a perspectiva preventiva. Note-se que este colegiado paranaense, considerando-se dados das últimas 20 (vinte) sessões semanais realizadas (até a 10ª sessão, em março de 2017), apreciou 3.110 (três mil e cento e dez) procedimentos, numa média de 155,5 (cento e cinquenta e cinco) por solenidade<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> § 6º. Os casos que versem sobre direitos individuais, que não envolvam investigação, caso não alcancem solução na forma descrita nos parágrafos 1º e 2º, poderão ser registrados mediante instauração da rotina prevista no inciso VII, com prazo de 12 meses, prorrogável mediante ato justificado da Presidência. (Redação modificada pelo Ato Conjunto nº 2/2011-PGJ/CGMP)

<sup>21</sup> Ainda que assim o seja, pela comunicação dos diversos argumentos até aqui exposto, tudo está a recomendar providências administrativas ao norte de alteração do Ato Conjunto n. 02/2010, para, doravante, permitir, de modo expreso e extreme de qualquer laivo de dúvida, o emprego do PA na tutela de interesses individuais, de natureza investigatória ou não.

<sup>22</sup> Não incluídos aqui feitos relativos à movimentação na carreira e as deliberações da 37ª e 39ª sessões de 2016 e da 9ª sessão de 2017, porquanto destinadas a apreciações de situações outras, específicas, como impugnação de vitaliciamento e aprovação de regulamento de concurso público.

## 2. CONCLUSÕES OBJETIVAS:

O presente ensaio destinou-se a alinhar alguns fundamentos que estão a recomendar maior flexibilização, seja pelos órgãos de execução, seja pelos órgãos de orientação e controle do Ministério Público, quanto à ferramenta procedimental a ser utilizada na tutela de direitos e interesses individuais (não homogêneos).

Nessa linha, defende-se aqui o procedimento administrativo (PA) como mecanismo adequado para a proteção de direitos e interesses de tal natureza, o que se faz sob os seguintes argumentos, assim sintetizados:

**(a)** a atual conformação constitucional e o estágio de amadurecimento institucional estão a exigir posicionamento estratégico, com o estabelecimento de prioridades voltadas para a tutela coletiva, como o estabelecido dentre as diretrizes positivadas na Carta de Brasília de 2016.

**(b)** também a conformação constitucional e legislativa hodierna do Ministério Público e das ferramentas de que dispõe a Instituição estão a recomendar a reserva do inquérito civil, ante, inclusive, a sua natureza tipicamente investigatória e seu grau de inquisitorialidade, para a tutela de interesses e direitos coletivos (*lato sensu*);

**(c)** múltiplas situações fáticas envolvendo direitos e interesses individuais (ex.: saúde individual, como medicamentos e cirurgias; acompanhamento de situações de risco de criança, adolescente ou idoso determinado) não possuem natureza essencialmente investigatória, pois se destinam muito mais à mera constatação de determinada situação, com a coleta de informações (quando muito) de caráter acidental, isto é, não elementar, em que o direito invocado já se encontra evidenciado ou a convergência dos interesses envolvidos distancia-se de secundário e eventual escopo de responsabilização de determinada pessoa;

**(d)** os PAs, nos casos como os identificados acima – sempre, evidentemente, respeitado o entendimento do órgão de execução ministerial que os apreciam – não se destinam propriamente a investigar pessoa determinada, conforme previsão do Manual de Tabelas Unificadas do CNMP<sup>23</sup>.

**(e)** o Manual de Tabelas Unificadas do CNMP prevê que, na hipótese de dúvida sobre a rotina a ser registrada, deve ser consultada a chefia imediata e, persistindo a incerteza, deve ser registrada como PA, com sequencial encaminhamento daquela ao Comitê Gestor das Tabelas Uni-

23 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Manual...*, p. 16.

ficadas do Ministério Público respectivo;

**(f)** o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Estatuto do Idoso estabelecem, modo extremo de dúvidas, em dispositivos distintos, para além do inquérito civil, a possibilidade de instauração de procedimento administrativo (PA).

**(g)** o Conselho Nacional do Ministério Público - CNMP - disponibiliza em seu site Proposta de Resolução, da relatoria do Conselheiro Cláudio Henrique Portela do Rego, atual Corregedor Nacional, segundo a qual o procedimento administrativo (PA), expressamente, poderá se destinar à tutela (inclusive investigatória) de direitos e interesses individuais indisponíveis.

**(h)** a Corregedoria-Geral e o Conselho Superior do Ministério Público do Paraná registram, respectivamente, manifestações e deliberações recentes, no sentido da possibilidade de utilização do procedimento administrativo (PA) em casos como os anotados alhures, envolvendo interesses individuais.

Em sintonia com o entendimento esposado, de modo a recrudescer o grau de segurança jurídica e na perspectiva de uniformização da atuação ministerial, bem assim sensível à significativa demanda de feitos que aportam ao Conselho Superior do Ministério Público, propõe-se:

**a)** a revisão do Ato Conjunto PGJ/CGMPPR n. 02/2010, para prever, expressamente, nos moldes da Proposta de Resolução apresentada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, a possibilidade de utilização ampliada do procedimento administrativo (PA) na tutela de direitos interesses individuais indisponíveis, bem assim, no caso do seu arquivamento, a possibilidade de recurso pelo interessado ao Conselho Superior;

**b)** a revisão dos procedimentos institucionais finalísticos (PIFs)<sup>24</sup>, no âmbito do Ministério Público do Paraná, para prever, em suas descrições e fluxogramas, a necessidade de cientificação dos interessados na hipótese de arquivamento do procedimento administrativo quando destinado à proteção de direitos e interesses individuais, bem como a

24 Documentos elaborados no âmbito do Ministério Público do Paraná, em alinho à NBR ISO 9001, estabelecendo a descrição das rotinas em forma de Procedimento, pela Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional em parceria com a Corregedoria-Geral, objetivando, de forma dinâmica, aprimorar e formalizar as rotinas de trabalho que orientam a ação cotidiana de membros e servidores da instituição. Conferir, a propósito: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimentos Institucionais Finalísticos**. Disponível em: <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2820>>. Acesso em: 28 de março de 2017.

possibilidade de recurso ao Conselho Superior.

Finalmente, uma vez regulamentado o Procedimento Administrativo – em âmbito nacional e/ou dos Ministérios Públicos dos Estados e da União – para prever expressamente a adequação desta rotina para casos envolvendo interesses e direitos individuais (não homogêneos) de caráter investigatório, recomendável, também sejam disciplinados os seguintes aspectos: (a) possibilidade de utilização da recomendação administrativa e do termo de ajustamento de conduta (TAC); e (b) controle pelo Conselho Superior do Ministério Público ou da Câmara de Coordenação e Revisão em caso de necessidade de prorrogação do PA (hoje fixado em 12 meses no âmbito do Ministério Público do Paraná), o que pode se dar por comunicação ou pedido fundamentados ao Colegiado respectivo.

### 3. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

BORDALLO, Galdino Augusto Coelho. Ministério Público. In MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Org.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual das Tabelas Unificadas do Ministério Público**. Brasília: CNMP, 2013.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Proposta de Resolução 01/09/2014 nº 1**. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/atos-e-normas/norma/333/>>. Acesso em: 19 de março de 2017.

COURA, Alexandre de Castro; e FONSECA, Bruno Gomes Borges da. **Ministério Público Brasileiro: entre unidade e independência**. São Paulo: Ltr, 2015.

FERRARESI, Eurico. **Inquérito Civil**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FINGER, J. C. O Ministério Público Pós-88 e a Efetivação do Estado Democrático de Direito: Podemos Comemorar? In: RIBEIRO, C. V. A. (Org). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

GARCIA, Emerson. **Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LIMA, Bruno Choairy Cunha de. **Inquérito Civil como Instrumento de Tutela Coletiva**. Revista de Processo. Vol. 267/2017, Maio/2017.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **O Inquérito Civil: investigações do Ministério**

**Público**, compromissos de ajustamento e audiências públicas. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A Defesa dos Interesses Difusos em Juízo**. 21ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. **Procedimentos Institucionais Finalísticos**. Disponível em: <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2820>>. Acesso em: 28 de março de 2017.

PROENÇA, Luis Roberto. **Inquérito Civil: atuação investigativa do Ministério Público a serviço da ampliação do acesso à Justiça**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a Atuação Extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In FARIAS, Cristiano Chaves de. et. al. (Org.) **Temas Atuais do Ministério Público**. Salvador: Juspodivm, 2016.

## O REASSENTAMENTO COLETIVO E A INDENIZAÇÃO JUSTA DAS POPULAÇÕES ATINGIDAS E EXPROPRIADAS POR BARRAGENS

Ana Paula Pina Gaio<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O Programa de Aceleração do Crescimento (PAC) instituído no ano de 2007, e a sua segunda fase lançada no ano de 2011 (PAC 2), teve como um dos seus eixos a melhoria da infraestrutura energética do País, com um grande aporte de investimentos para a implementação de projetos energéticos.

A implementação dos projetos energéticos foi tida como uma essencial propulsora à aceleração do desenvolvimento e, portanto, deveria ser facilitada pelo Governo, entretanto, o Poder Público foi alvo de diversas críticas em razão de uma dita “morosidade” dos órgãos ambientais na concessão dos licenciamentos ambientais.

O Governo, então, passou a adotar medidas agilizadoras dos licenciamentos ambientais, dentre outras, as Pequenas Centrais Hidrelétricas (PCHs) cuja instalação (com implantação normalmente vinculada a um licenciamento ambiental baseado em estudos insuficientes, tal como o Relatório Ambiental Simplificado - RAS) depende apenas de um relatório ambiental simplificado (RAS), com questionável dispensa da realização do EIA/RIMA (Estudo de Impacto Ambiental e Relatórios de Impacto Ambiental), privilegiando os interesses do capital em detrimento do meio ambiente e da população atingida pela implementação desses empreendimentos, em geral, ribeirinhos, indígenas e comunidades tradicionais.

Por óbvio que a postura flexibilizadora dos licenciamentos ambientais para projetos que causam grandes impactos ao meio ambiente e inegáveis impactos sociais à população que se encontra no seu entorno denota um movimento indevido para impor a condição de subalternidade de ambos, ou seja, o meio ambiente deve se adequar ao empreendimento energético e a população atingida deve se submeter

<sup>1</sup> Promotora de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos. Especialização em Direito Público com Ênfase em Direito Administrativo na UF/PR. Especialização em Direito Penal e Processo Penal na Unicuritiba/PR. Mestre em Direito na PUC/PR.



### Mário Augusto Jaceguay Zamataro

Auditor atuante no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor.

aos impactos sociais negativos, e por vezes, à remoção forçada que o seu funcionamento impõe.

Embora o atual processo de licenciamento ambiental também sofra críticas por não garantir efetivamente a participação social e demande certa reestruturação, atualmente, é o único sistema que contempla a consulta pública aos estudos e relatórios ambientais e a realização de audiência pública obrigatória.

Nesse panorama de apropriação da natureza pelo capital e de submissão das populações vulneráveis às estruturas hegemônicas de poder, em nome de um “desenvolvimento sustentável”, é que se delinea a presente tese, no intuito de garantir às populações atingidas pelas barragens e sujeitas à remoção forçada do seu território uma solução que lhes garantam, ao menos, o mínimo de dignidade e qualidade de vida.

O aparelho de hegemonia não se restringe à estrutura do Estado e às elites, sendo que engloba também o discurso social, político e cultural com a finalidade de subordinação de todo o social e, conseqüentemente, com a exclusão dos grupos subalternos, aos quais se nega acesso às estruturas de poder.<sup>2</sup>

Hodiernamente, ainda que o processo de licenciamento ambiental vigente determine a participação social, a hegemonia no campo ambiental acaba por inviabilizar as populações atingidas pelo empreendimento energético, de forma que essas não participam ativamente do processo, o que demanda a atuação do Ministério Público para que sejam garantidas a essas populações as condições de participação efetiva nos processos decisórios.

## **2. CONFLITOS AMBIENTAIS TERRITORIAIS NO LICENCIAMENTO DE EMPREENDIMENTOS HIDRELÉTRICOS**

Conforme Klemens Laschefski, a expansão de grupos privilegiados em prejuízo de grupos marginalizados gera conflitos ambientais que podem ser territoriais, espaciais ou distributivos, sendo que os primeiros são os que geram mais dificuldades de solução através de processos participativos:

Os conflitos ambientais podem ser territoriais, como no caso de remoção dos atingidos, sem que se ofereçam condições adequadas para a reprodução das suas relações sócio-ambientais; ou espaciais, nos casos da poluição sonora, gasosa ou aquática e residual, as

<sup>2</sup> LASCHEFSKI, Klemens. Licenciamento e Equidade Ambiental. In: ZHOURI, Andrea (Org.). *As Tensões do Lugar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

quais afetam a qualidade de vida das pessoas no local. Uma terceira categoria refere-se aos conflitos ambientais distributivos, que evidenciam as assimetrias no acesso aos benefícios oriundos da apropriação dos recursos e serviços ambientais. (...) Os conflitos ambientais territoriais, portanto, são aqueles que representam o maior desafio em relação a sua resolução através de processos participativos, como previstos no sistema de licenciamento ambiental. Isso porque as territorialidades de grupos sociais, ou seja, os modos diferenciados de apropriação simbólica e material do meio ambiente, envolvem justamente modos distintos de ver o mundo ou de “produzir” o espaço que, quando materializados no espaço concreto, se revelam incompatíveis.<sup>3</sup>

A apropriação do meio ambiente pelo empreendedor e pelos atingidos pelo empreendimento energético é distinta, já que para o primeiro impera o sistema capitalista industrial, no qual o meio ambiente e o meio social estão dissociados entre si, e o empreendimento que será instalado impõe que o meio ambiente a ele se adéque, enquanto que, para os últimos o meio ambiente integra o meio social, sendo que as terras são utilizadas de forma a garantir a regeneração ambiental.

Do mesmo modo, a territorialidade dos grupos sociais atingidos, em regra, ribeirinhos, indígenas e quilombolas, que detêm especificidades socioculturais, envolve uma forte identidade com o lugar onde vivem, o modo de organização social da comunidade e as relações estabelecidas com o meio ambiente, razão pela qual, em regra, o modelo de reassentamento e as indenizações propostas nos EIA-RIMAs não são tidos como adequados e geram conflitos de difícil solução nos processos de licenciamento.

De fato, para o setor elétrico tudo se resume ao número de propriedades e ao valor monetário que essas possuem, pois detêm uma visão de territorialidade abstrata direcionada à viabilidade da implementação do projeto hidrelétrico:

A representação que o Setor Elétrico produz sobre o local resulta na noção de viabilidade do projeto hidrelétrico construída a partir da inviabilização dos custos sociais do empreendimento e do silenciamento dos agentes locais por meio da recusa em reconhecer sua mobilização política. Nesse processo, a proposição de medidas mitigadoras e compensatórias se torna um mecanismo de viabilização política dos projetos, porque opera o esvaziamento da complexidade das formas locais de relação com o território, as quais são traduzidas por um conjunto de imóveis rurais passíveis de indenização e

<sup>3</sup> LASCHEFSKI, Klemens. Licenciamento e Equidade Ambiental. In: ZHOURI, Andrea (Org.). *As Tensões do Lugar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 29

remanejamento. A partir dessa operação, os custos sociais e sentidos locais incomensuráveis são traduzidos em linguagem única do valor monetário.<sup>4</sup>

O Ministério Público deve sempre ter em mente essas racionalidades distintas quando intervém nas negociações de um processo de licenciamento ambiental, especialmente na hipótese de expropriação forçada dos atingidos pelas barragens, a fim de buscar a melhor opção de reassentamento e a integral indenização pelos danos materiais e morais causados pela instalação do empreendimento.

O Programa de Remanejamento e Indenização da População Atingida pelo empreendimento integra o Plano Básico Ambiental (PBA), o qual é aprovado pelo órgão licenciador e consiste em condicionante para a concessão e manutenção do licenciamento ambiental.

A instituição do Programa de Remanejamento e Indenização tem prazo de execução e etapas definidas no PBA, sendo que a licença de operação<sup>5</sup> não poderá ser concedida até que esteja concluído, entretanto, percebe-se que nem sempre é conferido o direito de opção ao atingido pelo reassentamento coletivo e que a indenização proposta circunscreve-se ao valor de mercado da propriedade, sem que se considere o valor afetivo que tem o local para a população atingida.

4 TEIXEIRA, Raquel Oliveira Santos Teixeira. A “Rua” e o “Nosso Lugar”. In: ZHOURI, Andrea (Org.). *As Tensões do Lugar*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011. p. 144.

5 Resolução Conama n.º 237, de 19 de dezembro de 1997:

Art. 8º - O Poder Público, no exercício de sua competência de controle, expedirá as seguintes licenças:

I - Licença Prévia (LP) - concedida na fase preliminar do planejamento do empreendimento ou atividade aprovando sua localização e concepção, atestando a viabilidade ambiental e estabelecendo os requisitos básicos e condicionantes a serem atendidos nas próximas fases de sua implementação;

II - Licença de Instalação (LI) - autoriza a instalação do empreendimento ou atividade de acordo com as especificações constantes dos planos, programas e projetos aprovados, incluindo as medidas de controle ambiental e demais condicionantes, da qual constituem motivo determinante;

III - Licença de Operação (LO) - autoriza a operação da atividade ou empreendimento, após a verificação do efetivo cumprimento do que consta das licenças anteriores, com as medidas de controle ambiental e condicionantes determinados para a operação.

Parágrafo único - As licenças ambientais poderão ser expedidas isolada ou sucessivamente, de acordo com a natureza, características e fase do empreendimento ou atividade.

### **3. O REASSENTAMENTO COLETIVO COMO 1ª OPÇÃO E A INDENIZAÇÃO INTEGRAL**

A legislação brasileira com enfoque nos direitos das populações atingidas pelas barragens dos empreendimentos energéticos é quase inexistente, não obstante se encontrem em trâmite na Câmara dos Deputados 05 (cinco) Projetos de Lei, os quais foram pensados e aguardam, desde 18 de novembro de 2015, a criação de Comissão Especial, conforme o art. 34, inciso II, do Regimento Interno<sup>6</sup>. São eles:

a) Projeto de lei n.º 1.486/2007: estabelece a obrigatoriedade da assistência social às populações de áreas inundadas.

b) Projeto de lei n.º 6091/2013: dispõe sobre a indenização devida aos proprietários de terras a serem inundadas para a construção de usinas hidrelétricas

c) Projeto de lei n.º 29/2015: institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB)

d) Projeto de lei n.º 3598/2015: determina a elaboração e publicação dos laudos técnicos sobre barragens, represas ou obras de grande porte

e) Projeto de lei n.º 3976/2015: que acrescenta parágrafo único ao artigo 22 da lei n.º 12.334, de 20 de setembro de 2010 para responsabilizar o agente público que der causa a descumprimento das determinações previstas pela Política Nacional de Segurança das Barragens.

O Projeto de lei n.º 29/2015 que institui a Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens (PNAB) trata da questão do reassentamento coletivo e da indenização pelos danos morais causados pelo empreendimento no seu artigo 3º, inciso I e parágrafo único.<sup>7</sup>

No referido dispositivo do Projeto de Lei, determinam-se as espécies de reparação, que inclui necessariamente a possibilidade de reassentamento coletivo para favorecer os laços culturais e de vizinhança existentes na situação original.

Com relação às espécies de reparação, são previstas a reposição, a indenização, a compensação e a compensação social. A compensação social seria um benefício material acrescido às outras três formas de

6 <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=358267>. Acesso em 28.03.2017.

7 [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1296724&filename=PL+29/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1296724&filename=PL+29/2015). Acesso em 28.03.2017.



reparação, como forma de reparar situações imensuráveis ou de difícil mensuração, como o rompimento de laços familiares, culturais, redes de apoio social, mudanças de hábitos, destruição de modos de vida comunitários, danos morais e abalos psicológicos, dentre outros.

O fato do Projeto de Lei referido ainda não ter sido aprovado e de não existir legislação que determine expressamente a obrigatoriedade do empreendedor respeitar o direito da população atingida ao reassentamento coletivo e à indenização integral que inclua todas as perdas, materiais e imateriais, sofridas pela instalação do empreendimento, não significa que ambos os direitos sejam inexigíveis por ora.

Ao contrário, tais deveres devem ser atribuídos, desde logo, ao empreendedor pois decorrem da interpretação constitucional do artigo 6º da Constituição Federal, dos documentos internacionais que disciplinam o tema, bem como dos pareceres emitidos pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos e pela Relatoria Especial da ONU para moradia adequada.

Há exemplos de acordos realizados em empreendimentos hidrelétricos nos quais o direito ao reassentamento coletivo foi assegurado, sendo o mais emblemático deles, o Acordo de Itá firmado entre o CRAB (Comissão Regional de Atingidos por Barragens) e a Eletrosul que gerou o documento “Diretrizes e Critérios para planos e projetos de reassentamentos rurais de populações atingidas pelas usinas hidrelétricas de Itá e Machadinho”. O ajuste estabelecido com a Eletrosul determinou a possibilidade de escolha entre reassentamento ou justa indenização financeira para as famílias e, no caso de reassentamento, houve a opção entre soluções coletivas ou individuais. Outros exemplos de conquistas pelos atingidos por barragens foram Salto Caxias (PR), Itaparica (BA) e Barra Grande (RS e SC), no entanto, com o avanço da privatização do setor elétrico no Brasil as negociações ficaram mais difíceis com um evidente retrocesso na garantia dos direitos das populações atingidas por barragens.<sup>8</sup>

O artigo 6º da Constituição Federal<sup>9</sup> prescreve que a moradia é um direito social e, portanto, o exercício desse direito pelo cidadão deve ser garantido pelo Estado, de forma direta ou indireta, através de prestações positivas e de políticas públicas, capazes de garantir qualidade de vida e equalizar situações sociais desiguais.

8 Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens – Cartilha produzida pelo Movimento dos Atingidos por Barragens – MAB.

9 Art. 6º- 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, na forma desta Constituição.

O conteúdo do direito à moradia não se restringe à habitação, pois está atrelado ao princípio da dignidade da pessoa humana e, assim, demanda a existência de condições adequadas de higiene e conforto, bem como aptidão para a preservação da intimidade e da privacidade familiar. Odoné Serrano Junior explicita:

A adequação da moradia é uma condicionante de uma vida digna, estando ligada a aspectos materiais e imateriais. Dispor de um lugar com certa exclusividade serve tanto como abrigo das intempéries e proteção contra ataques de outros seres vivos, propiciando momentos de paz e tranquilidade para o descanso do corpo e da alma, quanto para assegurar um espaço próprio de intimidade/privacidade, imprescindível para exercício de uma vida privada e/ou familiar, fazendo desse ambiente um lar.

Essa situação, reconhecida pelo ordenamento jurídico, faz da moradia um bem extrapatrimonial, isto é um bem da personalidade, juridicamente protegido e promovido. Percebe-se, então, a ligação da proteção e promoção jurídica da moradia com a garantia e fomento da dignidade da pessoa humana.<sup>10</sup>

O direito à moradia contempla também uma dimensão negativa, ou seja, de defesa, seja através da garantia da inviolabilidade do domicílio e da vedação da penhora de bem de família, ou seja, pela proteção conferida ao cidadão contra despejos arbitrários.

Nessa perspectiva da dimensão negativa do direito à moradia, o artigo 17, §1º do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos da Organização das Nações Unidas – ONU<sup>11</sup> declarou que ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em seu domicílio.

O direito à moradia é também previsto em outros documentos internacionais que versam sobre direitos humanos dos quais o Brasil foi signatário, sendo o primeiro deles a Declaração Universal dos Direitos Humanos, aprovada em 1948, pela Assembleia Geral da ONU, que dispôs no seu artigo 25, §1º que: *“toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e à sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, moradia, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis”*.

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de

10 SERRANO JUNIOR, Odoné. O direito humano fundamental à moradia digna: exigibilidade, universalização e políticas públicas para o desenvolvimento. Tese (doutorado) – PUC Curitiba, 2011. p.17

11 *“Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”*.

1966, no seu artigo 11, §1º<sup>12</sup>, reconheceu o direito de toda pessoa à moradia adequada devendo os Estados-Partes adotarem as medidas necessárias para assegurar esse direito, sendo que o cumprimento dessas obrigações está sob o monitoramento do Comitê das Nações Unidas para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Os Comentários Gerais n.ºs 4 e 7 do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais interpretaram o artigo 11 do PIDESC<sup>13</sup>, sendo que, respectivamente, abordaram o conceito de habitação adequada e a responsabilidade do Estado em promovê-la, e a questão das remoções forçadas e os direitos das pessoas que são desalojadas de suas moradias.

O Comentário Geral n.º 4 cuida de firmar um conceito amplo de moradia adequada e estabelecer sua relação com outros direitos fundamentais, elencando as suas características essenciais: segurança, acesso a serviços públicos, custo adequado, habitabilidade, adequação cultural, ao mesmo tempo, em que estabelece a responsabilidade do Estado em garantir o direito à moradia adequada.

O Comentário Geral n.º 7 trata da remoção forçada de pessoas, famílias ou grupos de pessoas de suas residências, e determina que, ainda que a remoção ocorra em prol da instalação de projetos de desenvolvimento e infraestrutura, deverá ser providenciado, conforme o caso, outra moradia, reassentamento ou o acesso a terras produtivas.

O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>14</sup> da Organização das Nações Unidas – ONU foram ratificados e promulgados no Brasil e, portanto, tratando-se de tratados de direitos humanos possuem aplicabilidade imediata e, ao menos, status de norma supralegal, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário n.º 466.343-1<sup>15</sup>, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual inseriu o §3º no artigo

12 *“Os Estados-partes no presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequada, assim como uma melhoria contínua de suas condições de vida. Os Estados-partes tomarão medidas apropriadas para assegurar a consecução desse direito (...)”.*

13 [http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes\\_Gerais\\_UNU.pdf](http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_UNU.pdf). Acesso em 29.03.2017.

14 respectivamente, promulgados no Brasil através do Decreto n.º 592, de 06 de julho de 1992 e Decreto n.º 591, de 06 de julho de 1992.

15 RE 466.343-01. Rel. Min. Cezar Peluso. Tribunal Pleno. j. em 03.12.2008.

5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal e infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima das normas ordinárias.

Entretanto, ainda há celeuma doutrinária acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos, já que alguns entendem que, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004, o Congresso elevou os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados na ordem jurídica anteriormente a essa data à categoria de normas constitucionais, e outros, que a alteração não exclui a incidência do §2º do artigo 5º<sup>16</sup> para que os tratados e convenções sejam tidos como materialmente constitucionais, apenas conferir uma discricionariedade ao Congresso para decidir quais deles

---

16 Art. 5º - (...)

§ 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

serão formalmente constitucionais.<sup>17 18</sup>

Dessa forma, o conteúdo do direito à moradia é delineado não somente pela interpretação do artigo 6º da Constituição Federal, como também pelas disposições dos tratados internacionais em comento.

Extrai-se do direito à moradia assim disciplinado com relação às populações atingidas por barragens, o seguinte: as populações atingidas por barragem têm direito a moradia digna e adequada e proteção contra ingerências arbitrárias no exercício do seu direito; a implantação de barragens que impõe a remoção forçada da população atingida de seu

*17 Desse modo, seguindo uma interpretação sistemática e teleológica do texto constitucional, com substrato nos valores da dignidade humana e na prevalência dos direitos humanos como princípio da República brasileira, assim como pelo princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais, chega-se a uma indispensável interação e integração existente entre o direito interno e o direito internacional que precisa ter uma conotação diferenciada quando tal integração diz respeito à matéria ligada a direitos humanos em razão do seu conteúdo, da proteção que visa garantir. É imprescindível, pois, que a Constituição trate de modo diferenciado a incorporação desses tratados internacionais, já que eles detêm um caráter especial, não se assemelhando com os tratados comuns.*

*É neste contexto de proteção e de anseio pela aplicabilidade concreta e efetiva dos tratados internacionais de direitos humanos que adveio a EC 45/2004 para inserir ao art. 5.º da Constituição Federal de 1988 o § 3.º, com o fim de dirimir controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Sendo assim, a interpretação que deve ser dada ao § 2.º deve continuar sendo a mesma, não sofrendo interferência alguma devido ao novel parágrafo, ou seja, os tratados de direitos humanos continuam a ser incorporados pelo nosso ordenamento como normas constitucionais, ainda que materialmente.*

*A bem da verdade, por fim, o que se pretendeu conferir, consoante hermenêutica constitucional amparada na contemporaneidade da proteção aos direitos humanos, foi unicamente uma forma de formalizar tais tratados para enfrentá-los como emendas constitucionais, jamais se podendo cair no erro de vislumbrar aqueles tratados de direitos humanos que não passarem por esse novo procedimento de aprovação de emendas constitucionais como detendo status de lei ordinária, mas sim de norma constitucional. A emenda veio tão-somente para atribuir ao Congresso Nacional a discricionariedade de escolha dos tratados que devem ser formalmente constitucionais ou não. (De Oliveira, Diogo Pignataro. Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008)*

*18 Ainda, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos, Flavia Piovesan doutrina: “Diante dessas duas sistemáticas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. (PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011. p.144)*

domicílio afronta o direito à moradia na sua dimensão negativa e impõe a adoção de medidas para a sua proteção e reparação; a restituição do direito a moradia à população atingida pelas barragens deve ser integral, ou seja, deve-se proporcionar a moradia adequada, ao menos, em iguais condições materiais e imateriais daquelas que foram expropriadas.

A Relatoria Especial da ONU para a moradia adequada produziu um guia “*Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?*”<sup>19</sup>, com a intenção de orientar o desenvolvimento de projetos públicos e privados de infraestrutura e urbanização com respeito ao direito à moradia adequada das comunidades por eles atingidas.

No ano de 2000, a Comissão de Direitos Humanos nomeou um Relator Especial para o Direito à Moradia Adequada, o qual elaborou o relatório anual de 2004 sobre o tema das remoções e despejos forçados e, em 2007, elaborou os Princípios Básicos e Orientações para Remoções e Despejos Causados por Projetos de Desenvolvimento.

Segundo preconiza o guia, a moradia deve ser entendida de forma ampla, considerando tanto os aspectos culturais do local e da comunidade que ali habita, como o acesso a recursos naturais pela comunidade, como rios ou mar.

O guia elencou como medidas preventivas a serem adotadas anteriormente à remoção da população: o mapeamento da população a ser atingida direta ou indiretamente pelo empreendimento; e a avaliação do impacto<sup>20</sup>, que deve considerar não somente os critérios econômicos, como também os culturais e sociais, sempre com a participação efetiva da população que será atingida em todo o processo.

Sobre o reassentamento, o guia dispõe que todas as pessoas, grupos ou comunidades têm direito ao reassentamento, que inclui o direito à moradia adequada e terra alternativa de qualidade igual ou superior à original, o que inclui as mesmas condições ambientais, geográficas e estruturais, como por exemplo, condições para escoamento da produ-

<sup>19</sup> [https://www.observatorioderemocoes.fau.usp.br/wp-content/uploads/2015/10/GUIA\\_REMOCOES.pdf](https://www.observatorioderemocoes.fau.usp.br/wp-content/uploads/2015/10/GUIA_REMOCOES.pdf). Acesso em 29.03.2017.

<sup>20</sup> A Coalizão Internacional do Habitat (HIC) desenvolveu uma ferramenta que estabelece um método de avaliação financeira de bens materiais e imateriais. É utilizada para o cálculo de perdas já ocorridas, mas também pode ser utilizada como base para ajudar no registro e cálculo prévio dos bens. Reconhece a existência de bens materiais que vão além do valor da construção em si, pois incluem o valor da terra, da produção agrícola e de criação, das taxas e impostos já pagos, do ponto comercial, do processo de reassentamento, do transporte. Também leva em conta os bens imateriais, como questões de saúde, psicológicas e integração da comunidade. (<http://www.hlrn.org/spage.php?id=p2s=> Acesso em 29.03.2017.)

ção, espaços de convívio social, etc.

Acerca da justa compensação, essa deve englobar qualquer perda pessoal e material imposta pela remoção forçada, e cobrir os danos e custos materiais e não materiais tais como: perda de equipamentos, aumento nos custos de transporte, medicamentos e serviços médicos, perdas de renda, restrições de acesso a serviços públicos e outros.

Através da Resolução n.º 26/2006, o Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana CDDPH - atualmente Conselho Nacional de Direitos Humanos disciplinado na Lei n.º 12.986/2014 - designou uma Comissão Especial para acompanhar as denúncias de violações de direitos humanos decorrentes da implantação de barragens, o que foi realizado durante quatro anos e gerou o relatório final aprovado pelo Conselho no mês de novembro de 2010.<sup>21</sup>

No relatório final em questão ao se abordar o conceito de atingido e as dimensões que devem ser consideradas para a estimativa dos impactos e perdas que suportará com a operação da barragem, considerou-se a dimensão cultural, cujos danos ou perdas importam num conjunto imaterial e intangível, pois que se referem ao comprometimento das tradições culturais, laços ou redes sociais, locais de valor simbólico e religioso, e outros.

Assim, o CDDPH entendeu que o conceito de atingido, aplicável a indivíduos, famílias, grupos sociais e populações de um modo geral, deve considerar, dentre outras, as seguintes dimensões:

As perdas de natureza afetiva, simbólica e cultural, imateriais e intangíveis, e por isso mesmo não passíveis de quantificação e, a fortiori, de monetarização, devem ser consideradas e objeto de ampla e aberta discussão e negociação.

Proprietários e não proprietários, pequenos meeiros, parceiros, posseiros (de terras públicas ou privadas), empregados, autônomos, trabalhadores informais, pequenos empresários e outros poderão ser considerados atingidos. A ausência de título legal de propriedade, de vínculo legal de emprego ou de formalização da ocupação ou atividade não será tomada como critério para excluir grupos, comunidades, famílias ou indivíduos do adequado reconhecimento como atingido.

Ao tratar das consequências da adoção de uma política estritamente indenizatória aos atingidos pelo empreendedor, a Comissão Especial ponderou que:

<sup>21</sup> [http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final\\_0.pdf](http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final_0.pdf). Acesso em 29.03.2017.

Ainda que, em vários casos, os reassentamentos demonstrem desempenho insuficiente, o que se verifica é que a aplicação de políticas estritamente indenizatórias tende a levar a processos de empobrecimento e marginalização ainda mais acentuados. O reassentamento, e o reassentamento coletivo em particular, parecem ter-se comprovado, ao longo do tempo, como o caminho mais propício a uma adequada reposição e melhoria das condições de vida de populações rurais – como se comprova em Salto Caxias e Itá, para citar dois exemplos brasileiros.

Assim, para a formulação das políticas voltadas para a mitigação e reparação, material e moral, dos impactos, o relatório estabeleceu a observância, dentre outras, das seguintes diretrizes e dimensões:

No caso de deslocamentos compulsórios, o reassentamento coletivo, o mais próximo possível do assentamento original, deve ser oferecido como opção preferencial, devendo os atingidos ter assegurado seu direito de participarem, em qualquer circunstância, da escolha da localização e do desenho do projeto de reassentamento.

As indenizações por propriedade, benfeitorias, lucros cessantes, perda de emprego ou acesso a recursos necessários à sobrevivência não encerram o processo de reparação, que deverão, sempre, necessariamente, assegurar, a grupos sociais, comunidades, famílias e indivíduos, meios de recomporem seus meios e modos de vida e gozarem do direito à melhoria contínua das condições de vida.

Como recomendações finais, no que diz respeito a reassentamentos rurais, o CDDPH prescreveu:

1. que, em todos os casos, sejam oferecidas ao deslocado compulsório alternativas de reparação, por meio da reposição, indenização e compensação, que deverão contemplar, necessariamente, a possibilidade de reassentamento coletivo, de modo a favorecer a preservação dos laços culturais e de vizinhança preexistentes na situação original;
2. que a licença de instalação e início das obras estejam condicionados à existência de planos discutidos e negociados de reassentamento;
3. que o reassentamento de deslocados, em analogia ao disposto na Lei 8.629/93, Art. 17, caput e incisos I e II, seja feito em “terras economicamente úteis, de preferência na região por eles habitada”, após avaliação de sua viabilidade agro-econômica e ambiental, em comum acordo com os interessados;
4. que planos de reassentamento, incluindo localização, identificação de glebas, projetos de infra-estrutura e equipamentos de uso coletivo, assim como a escolha e formas de distribuição de lotes, sejam previamente discutidos e aprovados pelos reassentados, através de suas

organizações e representações;

5. que a renovação de licenças ambientais seja condicionada à realização de avaliações dos resultados dos reassentamentos implantados, levando em consideração parâmetros socioambientais, cabendo os custos ao empreendedor;

6. que os custos relativos à implantação e ocupação dos reassentamentos sejam cobertos pelo empreendedor, pelo menos até que os reassentados estejam em condições de levar adiante seus estabelecimentos agrícolas, considerados os prazos estabelecidos pelas experiências nacionais e as particularidades regionais e locais.

Certo é que, embora o Projeto de Lei que disciplina os direitos das populações atingidas por barragens e prevê o direito à opção pelo reassentamento coletivo e à compensação social como indenização complementar ainda não tenha sido aprovado, tais obrigações do empreendedor decorrem do direito social fundamental à moradia adequada e digna, cujos contornos advêm dos tratados internacionais recepcionados como normas constitucionais e das interpretações conferidas pela Relatoria Especial da ONU e pelo atual Conselho Nacional de Direitos Humanos.

O Ministério Público tem sido demandado em situações de instalação de empreendimentos hidrelétricos, cujo Plano Básico Ambiental não previu um Programa de Remanejamento da População Atingida baseado em um mapeamento prévio, com a participação efetiva dos atingidos e um diagnóstico aproximado dos impactos a serem suportados, sendo que, em regra, o empreendedor sequer tem conhecimento do número de famílias e propriedades que serão impactados pelo empreendimento até a licença de instalação.

O empreendedor inicia o cadastramento físico e socioeconômico das propriedades após o licenciamento prévio e contempla no Programa de Remanejamento da População, em regra, a modalidade de reassentamento individual mediante carta de crédito. O reassentamento coletivo, quando previsto no Programa, dificilmente se efetiva, pois o empreendedor após determinar o número de famílias que teriam interesse e a extensão da área a ser adquirida alega que o custo é alto comparado ao valor do empreendimento.

O Ministério Público exerce o papel de mediador nesses conflitos entre a população atingida e o empreendedor e não pode se olvidar que os argumentos expostos nessa tese são suficientes para justificar a atribuição ao empreendedor do dever de facultar ao atingido a escolha pelo reassentamento coletivo e de calcular a indenização com base nas

perdas pessoais, materiais e imateriais, impostas pela remoção forçada.

#### 4. CONCLUSÕES

O Programa de Remanejamento da População Atingida pelas Barragens deve ser elaborado com a efetiva participação dos atingidos e deve contemplar obrigatoriamente a opção pelo reassentamento coletivo e a indenização calculada não somente com base nas perdas e danos materiais, como também, nos danos pessoais e imateriais causados pelo empreendimento.

Embora não haja lei que determine expressamente tais deveres ao empreendedor, esses decorrem do direito social fundamental à moradia digna e adequada, delineado pelo artigo 6º da Constituição Federal, pelos Tratados Internacionais que disciplinam o tema de direitos humanos, bem como pelas interpretações realizadas pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos e pela Relatoria Especial da ONU para moradia adequada.

O reassentamento coletivo deve proporcionar a efetividade do direito à moradia adequada e terra alternativa de qualidade igual ou superior à original, e sob as mesmas condições ambientais, geográficas e estruturais, sendo que se deve velar, durante todo o processo, pela observância das recomendações emitidas no relatório final aprovado pelo Conselho Nacional de Direitos Humanos.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CDDPH. Relatório Final da Comissão Especial para acompanhamento das Barragens. 2010. Disponível em: [http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final\\_0.pdf](http://www.mabnacional.org.br/sites/default/files/Relat%C3%B3rio%20Final_0.pdf).

DE OLIVEIRA, Diogo Pignataro. Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008.

LASCHEFSKI, Klemens. Licenciamento e Equidade Ambiental. In: ZHOURI, Andrea (Org.). As Tensões do Lugar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS. Cartilha da Política Nacional de Direitos das Populações Atingidas por Barragens.

ONU. Guia "Como atuar em projetos que envolvem despejos e remoções?".

Disponível em: [https://www.observatorioderemoco.es.fau.usp.br/wp-content/uploads/2015/10/GUIA\\_REMOCOES.pdf](https://www.observatorioderemoco.es.fau.usp.br/wp-content/uploads/2015/10/GUIA_REMOCOES.pdf).

ONU. Observações Gerais do Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: [http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisa-PauloLeivas/arquivos/Observacoes\\_Gerais\\_UNU.pdf](http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisa-PauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_UNU.pdf).

PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

TEIXEIRA, Raquel Oliveira Santos Teixeira. A “Rua” e o “Nosso Lugar”. In: ZHOURI, Andrea (Org.). As Tensões do Lugar. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

### **Vanessa Milene de Santana**

Assessora de Promotor atuante no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos



## **O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ENFRENTAMENTO AOS DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO DOS POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA**

Ana Paula Pina Gaio<sup>1</sup>

Ana Carolina Brolo de Almeida<sup>2</sup>

### **1. INTRODUÇÃO**

Os modos próprios de criar, fazer e viver dos diferentes grupos étnicos formadores da identidade cultural brasileira constituem patrimônio cultural brasileiro, nos moldes do que dispõe os artigos 215 e 216 da Constituição Federal, sendo obrigação do Estado brasileiro a defesa e valorização deste patrimônio, assim como a valorização da diversidade étnica e regional.

Nesse sentido, o papel do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições institucionais de proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, conforme dispõe o artigo 129, III, da Constituição Federal, é zelar e intervir para que esse patrimônio cultural seja mantido e promovido, em especial por meio da proteção, garantia e efetivação dos direitos humanos dessas coletividades.

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais, promulgada pelo Decreto nº 5.051/2004, e aprovada pelo Congresso Nacional através do Decreto Legislativo nº 143/2002, é o principal marco legal internacional no tocante aos direitos dos povos e comunidades tradicionais. Este importante Tratado Internacional, que elenca especiais direitos a diferentes grupos sociais, define em seu artigo 1º que é a autoidentificação o critério pelo qual se deverá analisar a aplicabilidade deste instrumento aos grupos tradi-

<sup>1</sup> Promotora de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos no Ministério Público do Paraná. Mestre em Direito pela PUC/PR.

<sup>2</sup> Assessora de Promotoria de Justiça no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção dos Direitos Humanos no Ministério Público do Paraná. Mestranda em Direito na UF/PR.

cionais.

No âmbito internacional, ainda, outros comandos normativos vêm conferindo maior solidez e clareza aos direitos das comunidades tradicionais. Nesse contexto, destaca-se a Declaração Universal Sobre a Diversidade Cultural que, em seu art.1º, acentua a diversidade cultural como patrimônio comum da humanidade e, em seu art. 4º e preconiza a sua defesa como um imperativo ético.

Para além disso, a Convenção da Diversidade Biológica, ratificada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 1994, determina em seu art. 8º, alínea j), que sobre os Estados recai o dever de respeitar, preservar e manter o conhecimento, inovações e práticas das comunidades com vidas tradicionais. Junto a essas obrigações é prevista a necessidade de incentivar a ampla aplicação da legislação nacional afeta à matéria, com a aprovação e a participação dos detentores do conhecimento, inovações e práticas tradicionais, e de “encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização” deles.

Feitas tais considerações preliminares, passar-se-á a expor alguns dos desafios que o Ministério Público deve se atentar ao buscar a efetivação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada.

## **2. O SUJEITO DE DIREITO DA CONVENÇÃO 169 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT: OS POVOS INDÍGENAS, COMUNIDADES QUILOMBOLAS E POVOS E COMUNIDADES TRADICIONAIS**

Como pode ser observado, o presente trabalho trata de grupos bastante específicos que compõem a realidade brasileira e aos quais são conferidos especiais direitos. Nesse sentido é importante delinear o sujeito coletivo da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho para Povos Indígenas e Tribais e esse é um dos desafios a ser enfrentados ao se buscar a efetivação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada.

A Convenção 169 da OIT, em seu artigo 1º, afirma que por povos indígenas e tribais, entende-se os *“povos que possuem condições sociais, culturais e econômicas que os distinguem de outros setores da coletividade nacional, e que estão regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”*.

Como o Tratado Internacional em tela é denominado Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais, surgiram certas celeumas ao se tentar definir com exatidão os sujeitos que se enquadrariam, desde o contexto brasileiro, na descrição do artigo suprarreferido. No que se

refere à categoria “indígena”, não há dúvidas em relação a quem se refere:

A categoria “indígena” remete à descendência dos povos que habitavam o país à época da colonização e que mantêm vivas suas próprias instituições sociais, econômicas, culturais e políticas, ou parte delas (artigo 1.1.b da Convenção 169/OIT). É uma categoria de uso consolidado e sua abrangência não suscita controvérsias, ao menos quanto às realidades socioculturais a que se refere. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 17)

Todavia, em relação ao conceito de povos tribais, não há que se falar de uma experiência social e histórica única, ou seja, incluem-se nessa categoria aquelas coletividades que satisfaçam as duas condições previstas no artigo 1º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, quais sejam: “(I) possuam “condições sociais, culturais e econômicas que os distingam de outros setores da coletividade nacional, e que estejam regidos, total ou parcialmente, por seus próprios costumes ou tradições ou por legislação especial”; e “(II) tenham consciência de sua identidade tribal”(Idem). E são esses os critérios que caracterizam o “direito à autoidentificação (autoatribuição, autorreconhecimento ou autodefinição)” (Ibidem).

A Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais - PNPCT, instituída pelo Decreto 6.040/2007, a seu turno, conceitua, os povos e comunidades tradicionais como sendo:

grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Vale considerar que o reconhecimento desses sujeitos coletivos e a definição de direitos específicos conferidos a tais coletividades está presente também em outros comandos normativos, como é o caso da Lei n.º 9.985/2000, que institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC, o qual possui como um de seus objetivos, a proteção dos direitos das populações tradicionais, mediante a tutela dos recursos naturais necessários à subsistência dessas.

O artigo 5º, X, do conjunto normativo supramencionado prevê que o SNUC será regido por diretrizes que “garantam às populações tradicionais cuja subsistência dependa da utilização de recursos naturais existentes no interior das unidades de conservação meios de subsistência alternativos ou a justa indenização pelos recursos perdidos”.

O Decreto n.º 8.750/2016 instituiu o Conselho Nacional de Povos Indígenas e Povos e Comunidades Tradicionais, outrora denominado Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais<sup>3</sup>, o qual é representado pelas comunidades quilombolas, povos e comunidades de terreiro/povos e comunidades de matriz africana, povos ciganos, pescadores artesanais, extrativistas, extrativistas costeiros e marinhos, caiçaras, faxinalenses, benzedeiros, ilhéus, raizeiros, geraizeiros, caatingueiros, vazanteiros, veredeiros, apanhadores de flores sempre vivas, pantaneiros, morroquianos, povo pomerano, catadores de mangaba, quebradeiras de coco babaçu, retireiros do Araguaia, comunidades de fundos e fechos de pasto, ribeirinhos, cipozeiros, an-dirobeiros, caboclos, além de outros segmentos que também se autoidentifiquem como tais.

Além de ser essencial que se reconheça como sujeito da Convenção 169 da OIT não apenas os povos indígenas, mas também os povos e comunidades tradicionais, nos quais se incluem, de forma não taxativa, os segmentos acima mencionados, deve-se também observar que o critério fundamental para determinar os grupos aos quais se aplicam a referida Convenção é a autoidentificação desses povos, ou seja, a consciência de sua identidade tradicional.

A partir da adoção pelo próprio Tratado Internacional tão somente do critério fundamental da autoidentificação dos povos e comunidades tradicionais, qualquer exigência de reconhecimento dessa identidade por órgãos externos à comunidade, como estudos antropológicos ou outorgas de certidões públicas, como condicionante para a aplicação dos direitos por ele consagrados será indevida<sup>4</sup>.

Assim, o reconhecimento do direito à Consulta Livre, Prévia e Informada depende somente do critério fundamental determinado no artigo 1º da Convenção 169 da OIT,<sup>5</sup> que é o da autoidentificação pelos povos

<sup>3</sup> A Comissão Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais foi inicialmente criada por Decreto Federal de 27 de dezembro de 2004 e apenas no ano de 2016 foi modificada pelo Decreto n.º 8.750/2016, quando se tornou Conselho Nacional. Ressalta-se, também, a existência desses espaços de controle social no âmbito dos estados, como é o caso do Estado do Paraná, que possui o Conselho Estadual de Povos Indígenas e Comunidades Tradicionais, instituído pela Lei n.º 17.425/2012.

<sup>4</sup> Cabe ressaltar que a outorga, por exemplo, da certidão de autorreconhecimento quilombola pela Fundação Cultural Palmares tem o viés meramente declaratório e nunca constitutivo de determinada identidade tradicional. A certidão, assim, pode ser um meio de facilitação de acesso a determinadas políticas públicas, mas nunca sua condição.

<sup>5</sup> “2. A consciência de sua identidade indígena ou tribal deverá ser considerada como critério fundamental para determinar os grupos aos que se aplicam as

indígenas ou tribais; entretanto, não é incomum que o empreendedor e/ou órgãos públicos exijam, de forma equivocada, a comprovação da regularização do território respectivo.

Por fim, sob o enfoque do sujeito dos direitos estipulados na Convenção referida, compete à comunidade indígena, tribal ou tradicional decidir pela necessidade de realização consulta prévia, livre e informada, não sendo lícito à Administração Pública impor, unilateralmente, quando essa é necessária ou não e, muito menos, excluí-la sob o argumento de que foram propostas medidas mitigadoras ou compensatórias dos impactos que esses povos sofrerão com o empreendimento ou com a adoção de certas medidas administrativas e legislativas (GARZÓN, et. al. 2016. p. 23).

### **3. DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA**

Enfrentado o primeiro desafio para a efetivação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, qual seja, a identificação dos sujeitos aos quais se aplicam esse direito, passa-se agora a descrever as principais características da mencionada consulta.

O artigo 7º da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho dispõe que:

Os povos interessados terão o direito de definir suas próprias prioridades no processo de desenvolvimento na medida em que afete sua vida, crenças, instituições, bem-estar espiritual e as terras que ocupam ou usam para outros fins, e de controlar, na maior medida possível, seu próprio desenvolvimento econômico, social e cultural. Além disso, eles participarão da formulação, implementação e avaliação de planos e programas de desenvolvimento nacional e regional que possam afetá-los diretamente.

A Convenção nº 169 da OIT, em seu artigo 6º, determina o dever de consultar aos povos tradicionais em caso de medidas legislativas e administrativas que os afetem diretamente, mediante meios apropriados e com boa fé, demandando uma série de atividades realizadas durante um procedimento formal, a fim de “*se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas*”. Vejamos:

Artigo 6º. 1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

disposições da presente Convenção”. (art. 1º da Convenção 169 da OIT)



b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.

O referido Tratado Internacional menciona algumas situações nas quais os Estados deverão garantir o direito de consulta às coletividades tradicionais, tais como, como quando tiver interesse na prospecção e exploração de recursos existentes em seus territórios (art. 15), quando houver a ameaça e possibilidade, excepcional, de remoção desses espaços (art. 16), possibilidade de edição de decretos ou leis relativos aos direitos de alienação de suas terras (art. 17), em relação a toda política oficial que afete aos povos indígenas e comunidades tradicionais (OIT, 2013, p. 13).

Dessa forma, considerando que tal direito deve sempre permear a atuação do Ministério Público junto às coletividades tradicionais, este, ao se deparar com a necessidade da realização de consulta prévia, livre e informada, deve demandar do empreendedor, do órgão licenciador, do órgão da administração pública responsável pelo empreendimento ou da Assembleia Legislativa e Congresso Nacional, informações sobre as ações por eles empreendidas no sentido da concretização e não violação desse direito.

Do mesmo modo, cabe ao Ministério Público avaliar se essas ações foram adequadas e suficientes para garantir que a consulta aos povos e comunidades ocorreu anteriormente à tomada da decisão, de forma franca e livre de pressão por parte do poder público, por meio de procedimentos previamente pactuados com o grupo potencialmente afetado e mediante a disponibilização prévia de materiais, documentos e informações sobre a matéria.

#### **4. OUTROS DESAFIOS PARA A IMPLEMENTAÇÃO DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA**

Além da correta definição dos sujeitos de direito da Consulta Prévia,

Livre e Informada e da observância aos critérios de aplicação desse direito, conforme acima exposto, faz-se necessário também estar atento a outros eventuais empecilhos para a adequada efetivação da Consulta Prévia, conforme será exposto abaixo.

O direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, com a ratificação da Convenção nº 169 da OIT pelo Brasil, bem como pelo fato de ser previsto também na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH), em vigor no Brasil desde 1992 e na Declaração da ONU sobre os Direitos dos Povos Indígenas (UNDRIP), assinada em 2007, insere-se no rol dos direitos humanos fundamentais. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 8)

Ainda que referidos diplomas internacionais tenham sido recepcionados pelo ordenamento jurídico brasileiro com aplicabilidade imediata e status de direitos humanos, na forma prevista nos parágrafos 1º e 2º do artigo 5º da Constituição Federal,<sup>6</sup> diversos são os desafios para a implementação deste direito, normalmente violado no Brasil pelos Poderes Executivo e Legislativo, mas que também encontra obstáculos no sistema de justiça.

Segundo publicação denominada direito à Consulta de Povos Indígenas, Quilombolas e Comunidades Tradicionais:

Até dezembro de 2015, dos mais de 3 mil empreendimentos com processos de licenciamento ambiental que incluíam a participação da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e da Fundação Palmares, nenhum havia realizado, junto aos povos tradicionais afetados, consultas adequadas aos padrões internacionais de direitos humanos. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 7)

Esse dado é relevante pois, muitas vezes, o órgão público, e até mesmo o membro do Ministério Público delega a consulta prévia, livre e informada aos órgãos públicos responsáveis pela elaboração de políticas públicas para os povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais, como é o caso da FUNAI e da Fundação Cultural Palmares, como se esses órgãos pudessem se substituir aos sujeitos pertencentes àquela comunidade no exercício desse direito humano fundamental, através apenas de uma manifestação formal de concordância com o empreendimento e/ou medidas administrativas e legislativas que impactam a comunidade.

6 Art. 5º - (...) § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

§ 2º 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.

Assim, como já explicitado no item 2 dessa tese, os sujeitos da Convenção 169 da OIT são os integrantes das comunidades indígenas ou tribais, e sendo a consulta prévia, livre e informada um direito humano fundamental possui caráter personalíssimo, cujo exercício não pode ser delegado a terceiros, ainda que a órgãos responsáveis pela elaboração de políticas públicas e defesas dos direitos dessas mesmas comunidades.

#### 4.1 O conceito de território tradicionalmente ocupado

Outro desafio que o Ministério Público deve se atentar é o necessário respeito ao conceito de território tradicionalmente ocupado. Todos os conflitos que envolvam povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais demandam, para uma solução que efetivamente atenda aos direitos desses povos, um olhar diferenciado da disciplina do Código Civil sobre os conceitos de posse e de propriedade, já que a noção de território e territorialidade nesses casos é particular às realidades por eles vivenciadas.

Nesse sentido, cumpre definir o que se entende por territorialização:

É no processo de apropriação, de territorialização, que as relações de identidade e pertencimento ao lugar são desenvolvidas, quando os sujeitos vão além da necessidade da apropriação de um espaço, quando desenvolvem ali valores ligados aos seus sentimentos e à sua identidade cultural simbólica, recriando seu espaço de vida, ao qual se identificam e se sentem pertencer.

(RAFFESTIN, 1981 apud BORTOLETO, 2010. P. 5)

Atentando-se para a especificidade da relação que essas coletividades possuem com os espaços que tradicionalmente ocupam, a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 13, afirma que os Estados que a ratificarem devem “respeitar a importância especial que para as culturas e valores espirituais dos povos interessados possui a sua relação com as terras ou territórios, ou com ambos, segundo os casos, que eles ocupam ou utilizam de alguma maneira e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação”.

Ainda, o referido artigo estabelece que a compreensão do termo “terra” utilizado deve “incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma”.

E é considerando a particularidade do conceito de território, e não de propriedade ou posse, como presente no Código Civil, que a Convenção 169 da OIT, em seu artigo 14, afirma o dever do poder público de “reconhecer aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse

sobre as terras que tradicionalmente ocupam”.

Ademais, dispõe também esse artigo “os governos deverão adotar as medidas que sejam necessárias para determinar as terras que os povos interessados ocupam tradicionalmente e garantir a proteção efetiva dos seus direitos de propriedade e posse”.

Vale ressaltar que também o ordenamento jurídico pátrio conceitua essa particular forma de vivenciar espaços. É o caso do inciso II, do artigo 3º do Decreto 6.040/2007, o qual conceitua territórios tradicionais como sendo:

Territórios Tradicionais: os espaços necessários a reprodução cultural, social e econômica dos povos e comunidades tradicionais, sejam eles utilizados de forma permanente ou temporária, observado, no que diz respeito aos povos indígenas e quilombolas, respectivamente, o que dispõem os arts. 231 da Constituição e 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e demais regulamentações.

Nesse sentido, o referido Decreto estabelece como um dos objetivos específicos da Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais “garantir aos povos e comunidades tradicionais seus territórios, e o acesso aos recursos naturais que tradicionalmente utilizam para sua reprodução física, cultural e econômica”.

#### 4.2 Consulta Prévia, Livre e Informada não se confunde com audiência pública

Antes de procurar diferenciar a consulta prévia, livre e informada das conhecidas audiências públicas, faz-se mister discorrer sobre o momento da aplicação desse direitos junto aos povos indígenas, comunidades quilombolas e povos e comunidades tradicionais.

Nesse aspecto, o artigo 15 da Convenção 169 da OIT é expresso ao afirmar que a obrigação de consultar deve ocorrer “antes de se empreender ou autorizar qualquer programa de prospecção ou exploração dos recursos”. Assim, no que se refere a obras e empreendimentos,

É indispensável que durante o licenciamento ambiental, em especial antes da emissão de cada licença ambiental, seja realizada a consulta livre, prévia e informada de forma a garantir a participação efetiva de povos e comunidades afetadas. Participação esta que deve ser direta, transversal e permanente ao processo de licenciamento ambiental e que precisa ser renovada a cada nova decisão. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 37)

E é nesse diapasão que se diferencia a Consulta Prévia, Livre e Informada da audiência pública ambiental, instrumento participativo também

importante e que deve ser observado quando da previsão de projetos de exploração mineral ou hidrelétrica em Terra Indígena e de comunidades tradicionais.

Todavia, no tocante a tais diferenças, ressalta-se que ao passo em que a audiência pública ambiental deve ocorrer no momento após o recebimento do RIMA pelo Órgão licenciador (Resolução CONAMA 01/1986, art. 2º, §1º), aquela se faz necessária desde as primeiras etapas de planejamento da obra, antes mesmo da submissão do EIA ao órgão licenciador, ou seja, antes de qualquer autorização da medida. Além disso, com relação às finalidades de ambos os instrumentos, a audiência pública tem o objetivo de “expor aos interessados o conteúdo do empreendimento em análise e de seu respectivo RIMA, dirimindo dúvidas e recolhendo dos presentes as críticas e sugestões a respeito (Resolução CONAMA 01/1986, art. 1º)”; já a CCPLI busca um acordo e consentimento sobre o que está sendo proposto. (Idem, p. 32)

## **5. APLICABILIDADE IMEDIATA DO DIREITO À CONSULTA PRÉVIA, LIVRE E INFORMADA**

Conforme já explanado, o direito à Consulta Prévia, Livre e Informada é um direito humano fundamental e, ao menos, possui caráter de norma supralegal consoante já decidido pelo Supremo Tribunal Federal.

No Recurso Extraordinário n.º 466.343-17, o Supremo Tribunal Federal entendeu que os tratados e convenções internacionais de direitos humanos recepcionados no ordenamento jurídico brasileiro anteriormente à Emenda Constitucional n.º 45/2004, a qual inseriu o §3º no artigo 5º da Constituição Federal, possuem caráter supralegal e infraconstitucional, ou seja, estão abaixo da Constituição e acima das normas ordinárias.

Entretanto, ainda há celeuma doutrinária acerca da hierarquia dos tratados e convenções sobre direitos humanos, já que alguns entendem que, com a aprovação da Emenda Constitucional n.º 45/2004<sup>7</sup>, o Congresso elevou os tratados e convenções internacionais de direitos humanos incorporados na ordem jurídica anteriormente a essa data à categoria de normas constitucionais, e outros, que a alteração não exclui a incidência do §2º do artigo 5º para que os tratados e convenções sejam tidos como materialmente constitucionais, apenas conferir uma discricionariedade ao Congresso para decidir quais deles

7 RE 466.343-01. Rel. Min, Cezar Peluso. Tribunal Pleno. j. em 03.12.2008.

8 RE 466.343-01. Rel. Min, Cezar Peluso. Tribunal Pleno. j. em 03.12.2008.

serão formalmente constitucionais.<sup>9</sup>

Assim, consistindo o direito à Consulta Prévia, Livre e Informada em direito humano fundamental, apesar de um dos argumentos utilizados pelo poder público para o não cumprimento adequado desse direito ser a “falta de uniformização de procedimentos e orientações que traduzissem administrativamente o direito normatizado na Convenção 169/OIT”, a ausência de sua regulamentação não é argumento lícito para a sua não observância<sup>10</sup>.

Não se olvida da aplicabilidade imediata das normas definidoras de direitos fundamentais, na forma do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, de forma que o direito humano fundamental da consulta livre, prévia e informada deve ser assegurado sem que se imponha como condicionante uma questão meramente formal consistente na necessidade de sua regulamentação.

As normas de direitos fundamentais vinculam o poder público, que deve adotar todas as medidas necessárias à sua concretização, sendo que, ainda que se advogue pela regulamentação do direito humano em questão, não se deve comprometer a sua aplicação diante da ausência de uma regulamentação que se insere no âmbito de atribuição do próprio poder público e não foi realizada até então.

Com efeito, a ausência de regulamentação pode ser tida como uma omissão do poder público que prejudica o exercício de um direito fundamental e, assim, o seu exercício deve ser assegurado ainda que por outras formas procedimentais.

Registre-se que a regulamentação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada foi objeto de críticas realizadas pelos próprios povos e

9 Ainda, sobre a aplicabilidade imediata dos tratados internacionais que dispõem sobre direitos humanos, Flavia Piovesan doutrina: “Diante dessas duas sistêmicas diversas, conclui-se que o Direito brasileiro faz opção por um sistema misto, no qual, aos tratados internacionais de proteção dos direitos humanos – por força do art. 5º, §1º -, aplica-se a sistemática de incorporação automática, enquanto aos demais tratados internacionais se aplica a sistemática da incorporação legislativa, na medida em que se tem exigido a intermediação de um ato normativo para tornar o tratado obrigatório na ordem interna. (PIOVESAN, 2011. p.144)

10 O Brasil, por meio de um Grupo de Trabalho Interministerial criado no ano de 2012, conduziu processo que buscou elaborar proposta de regulamentação do direito à consulta prévia, livre e informada, após denúncia à OIT efetuada pela Central única dos Trabalhadores (CUT), organizações indígenas e quilombolas em face do Estado brasileiro. Todavia, apesar de o processo ter sido duramente criticado por aquelas coletividades, do qual, inclusive, os povos indígenas se retiraram da discussão, o referido Grupo ofereceu, no ano de 2014, proposta de Decreto Federal, ao qual nunca foi dada publicidade.(GARZÓN, et. al. 2016. p. 14)

comunidades tradicionais, povos indígenas e comunidades quilombolas porque cada coletividade tradicional possui formas próprias de se organizar, de eleger ou não representantes, de dialogar com o poder público e, portanto, de tomar suas decisões.

Dessa forma, uma regulamentação estanque acerca do modo de exercício desse direito pode não atender às necessidades desses povos, justamente pela impossibilidade de se prever procedimento que abarque todos os modos de agir e viver das mais variadas comunidades indígenas e tradicionais.

Em resposta a essa ausência de regulamentação, não obstante prescindível ao exercício desse direito humano fundamental, surge o instrumento chamado Protocolo de Consulta, o qual seria formulado pela própria comunidade a ser consultada e conduzido pelo órgão público responsável pela sua realização.

### 5.1 Protocolo de Consulta Prévia, Livre e Informada

Diante, então, da aplicabilidade imediata do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, os chamados protocolos de consulta são importantes instrumentos para a adequada realização da consulta aos povos indígenas, quilombolas e povos e comunidades tradicionais. A construção de protocolos próprios de Consulta por tais coletividades é um “contraponto à iniciativa governamental de produzir uma regulamentação geral” (GARZÓN, et. al. 2016. p. 38) sobre esse direito.

No Protocolo de Consulta, a exemplo do disposto no documento “Protocolo de Consulta Munduruku” (MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. S/d), o povo indígena, comunidade quilombola, povo ou comunidade tradicional indicará alguns critérios a serem seguidos para que a consulta seja realizada de forma adequada, tais como: indicação de quem deve ou não ser consultado (alguma representação coletiva, como associação ou organização, lideranças, etc.), momento ou data para realização da consulta (indicação, por exemplo, de quais dias e horários da semana não são adequados, datas festivas, etc.), duração (mediante uma ou mais reuniões, necessidade de tempo para que o assunto seja debatido entre a própria comunidade), língua na qual serão realizadas as atividades de consulta, bem como quem definirá quem serão os tradutores, indicação das pessoas, organizações e técnicos que poderão participar como convidados das reuniões, bem como etapas da consulta (por exemplo, reunião para fazer acordo sobre o plano de consulta, reunião informativa, previsão de reuniões internas, reunião de negociação, etc.).

Nesse sentido, o Protocolo de Consulta pode esclarecer como determi-

nada coletividade toma as suas decisões e indicar a forma pela qual quer ser consultada sobre questão, obra, empreendimento ou medida legislativa que a afete. Por exemplo, no caso do “Protocolo de Consulta Munduruku”, indicou-se que quando um projeto afetar os mundurukus, a decisão sobre ele é coletiva, ou seja, não se deve consultar apenas parte dessa coletividade, tampouco eventual associação que supostamente a representaria; considerando este fato, destaca-se trecho do referido Protocolo de Consulta:

Nenhuma associação Munduruku decide pelo povo Munduruki, nenhuma associação responde pelo nosso povo. As decisões do nosso povo são tomadas em assembleia geral, convocada por nossos caciques. São os nossos caciques, reunidos, que definem a data e o local da assembleia geral e convidam os Munduruku para participar dela. Nas assembleias, as nossas decisões são feitas depois de discussão: nós discutimos e chegamos a um consenso. Se for preciso, discutimos muito. Nós não fazemos votação. Se não houver consenso, é a maioria que decide. (MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. p. 8)

Assim, o Protocolo de Consulta construído pela própria comunidade constituiria “um marco de regras mínimas de interlocução entre o povo, ou comunidade interessada, e o Estado”, após o qual se pode construir o chamado Plano de Consulta,

primeiro acordo necessário entre as partes sobre as regras da cada consulta definidas conjuntamente entre o Estado e a comunidade consultada. No Plano de Consulta precisam ser acordados os interlocutores do processo, o local, a metodologia, o tempo e os recursos necessários para sua realização. (GARZÓN, et. al. 2016. p. 38)

Verifica-se, desta feita, que o Plano de Consulta seria o segundo passo após o estabelecimento do Protocolo de Consulta, o qual é elaborado pelos próprios sujeitos coletivos. Nesse sentido,

Os protocolos de consulta elaborados, discutidos e pactuados de forma autônoma por comunidades ou povos são instrumentos que explicitam sua governança interna, materializando e traduzindo em regras concretas os princípios orientadores do direito de consulta, que estabelecem a obrigatoriedade da adoção de *procedimentos apropriados às circunstâncias* e do respeito às instituições *representativas* de cada povo e/ou comunidade. Assim, apenas a manifestação autônoma de cada comunidade pode indicar quais são as autoridades legítimas que as representam bem como definir os procedimentos que consideram adequados para estabelecer um diálogo com os representantes do Estado. (Idem, p. 57)

Destaca-se, assim, que os Protocolos de Consulta, enquanto meio de realização do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada a partir de

critérios estabelecidos pelos próprios sujeitos desse direito, condiz uma interpretação dos direitos humanos defendida por David Sánchez Rubio (2011), o qual salienta a necessidade de incorporação consciente e expressa ao imaginário jurídico da pluriculturalidade do mundo, mediante proposta intercultural concreta, por meio do respeito e garantia das diferenças e do reconhecimento da igualdade desde a diversidade.

O Ministério Público, então, além de estar atento aos diversos desafios mencionados ao exigir do poder público a correta aplicação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, deve atentar-se à importância dos Protocolos de Consulta e intervir junto às coletividades tradicionais para estas proponham seus próprios Protocolos.

## 6. CONCLUSÃO

Após quase 30 anos da promulgação da Constituição Federal, nos dizeres de DUPRAH (2012, p. 228), “não se põe mais em dúvida que o Estado Nacional é pluriétnico e multicultural, e que todo o direito, em sua elaboração e aplicação, tem [ou deveria ter] esse marco como referência”.

Nesse sentido, a efetivação do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada deve ser a garantia de efetivo diálogo entre os diferentes grupos formadores da sociedade brasileira e o Estado, sob pena de negar a estes a condição de sujeitos de direitos, os quais são especialmente previstos nos diversos níveis do ordenamento jurídico brasileiro e internacional. Para tanto, requer-se especial atenção às peculiaridades desse direito a fim de que este não seja utilizado apenas como uma forma de legitimação para as tomadas de decisão pela administração pública.

É fundamental atentar-se à correta identificação dos sujeitos do direito à Consulta Prévia, Livre e Informada, quais sejam, os povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais e ao critério da autodefinição, à noção de territorialidade, em substituição aos requisitos configuradores da posse e propriedade privada, às características do direito à Consulta Prévia, livre e Informada e à natureza desse direito que, enquanto direito fundamental possui aplicabilidade imediata.

O direito à Consulta Prévia, Livre e Informada é direito humano fundamental incorporado na ordem jurídica brasileira, cuja aplicabilidade, na forma do §1º do artigo 5º da Constituição Federal, é imediata e, portanto, vincula o poder público à sua observância e adoção das medidas suficientes para a máxima efetivação desse direito pelos grupos populacionais em questão.

Não é lícito ao poder público deixar de cumprir suas obrigações para a garantia de um direito humano fundamental sob o fundamento da necessidade de regulamentação desse direito, mormente quando a ausência dela lhe pode ser atribuída e, ademais, tratando-se de coletividades com diferentes modos de agir e viver e especificidades próprias, o regulamento não seria apto a prever todas as possibilidades e garantir a efetivação desse direito fundamental.

Nesse contexto da prescindibilidade da regulamentação mas da necessidade de efetividade do direito à Consulta Livre, Prévia e Informada, é que surgem os Protocolos de Consulta construídos pelos próprios sujeitos do direito possibilitando a incorporação do elemento intercultural e contribuindo para a realização do direito à livre determinação dos povos.

Assim, o papel do Ministério Público na efetivação desse importante direito, que possui conexão direta com o direito à vida, à identidade cultural e a outros direitos humanos essenciais (GARZÓN, et. al. 2016. p. 47), é imperioso. Sua intervenção deve ocorrer desde a cobrança junto ao órgão público licenciador ou autorizador da medida para que o respectivo procedimento seja precedido da realização de adequada Consulta Prévia, Livre e Informada às comunidades tradicionais até o auxílio às comunidades afetadas no sentido de que se tornem capazes de dizer a forma pela qual desejam efetivar esse direito, apresentando a elas, assim, os Protocolos de Consulta, a serem construídos por elas, como importante e eficaz instrumento para efetivação daquele direito.

Na garantia da efetivação desse direito humano fundamental, para a qual se faz necessária a participação efetiva das comunidades tradicionais e a elaboração de um protocolo de consulta que atenda às suas necessidades e possibilite a construção de uma decisão conjunta acerca dos impactos causados pelos empreendimentos ou medidas a serem adotadas, imprescindível é a atuação do Ministério Público, seja mediante o acompanhamento de todo o procedimento de consulta, ou seja, através de ações que possam contribuir ao esclarecimento e à emancipação dessas comunidades.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DE OLIVEIRA, D. P. **Os Tratados de Direitos Humanos na Contemporaneidade e sua aplicabilidade dentro da nova concepção constitucional brasileira: uma análise crítica a teor do §3º do artigo 5º da CF/1988.** Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 64/2008. p. 297-323. jul-set./2008.

GARZÓN, et. al. **Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais**. São Paulo: Rede de Cooperação Amazônica – RCA; Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12ª Edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2011

MOVIMENTO MUNDURUKU IPEREG AYU. et.al. **Protocolo de Consulta Munduruku**. Disponível em: <http://fase.org.br/wp-content/uploads/2016/01/munduruku-final-2.pdf>. Acesso em: 31 de março de 2017.

OIT, Organização Internacional do Trabalho. **Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales: Un Manual. Proyecto para promover la política de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales**. 2013. Disponível em: [https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta\\_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta\\_previa/files/manual\\_oit169.pdf](https://util.socioambiental.org/inst/esp/consulta_previa/sites/util.socioambiental.org.inst.esp.consulta_previa/files/manual_oit169.pdf). Acesso em: 5 de abril de 2017.

RAFFESTIN, C. Per uma geografia del potere. Milão: Unicopli, 1981. Apud. BORTOLETO, Eliane Mundim. *Identidade, Território, e Pertencimento: a comunidade Pomerana em Pancas/ES e Unidade de Conservação dos Pontões Capixabas*. In: Anais do XVI Encontro Nacional dos Geógrafos: Crise, práxis e autonomia: espaços de resistência e esperança. Espaço de Diálogos e Práticas. 2010. Disponível em: <http://happyslide.org/doc/160241/identidade--territ%C3%B3rio--e-pertencimento--a-comunidade>.

RUBIO, D. S. **Encantos e Desencantos dos direitos humanos**. Barcelona: Icaria Editorial. 2011.

## **PRESCINDIBILIDADE DE INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM PROCESSOS ENVOLVENDO INTERESSE INDIVIDUAL DISPONÍVEL DE INCAPAZ QUE NÃO ESTÁ EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE**

Andressa Chiamulera<sup>1</sup>

### **1. ATRIBUIÇÕES DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA ÁREA CÍVEL: PRIORIDADES**

Com a Constituição da República de 1988 o Ministério Público ganhou novas e importantes atribuições com a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art. 127, *caput* da CF), “tornando-o, sem dúvida, a entidade responsável pela defesa da sociedade perante o Poder Judiciário”<sup>2</sup>. Na área cível ganhou destaque a atuação resolutiva na esfera extrajudicial por meio da instauração de inquéritos civis, expedição de recomendações administrativas, assinaturas de termos de ajustamento de condutas e realização de audiências públicas<sup>3</sup>; na esfera judicial o ajuizamento de ações civis públicas para tutelar a saúde, a defesa do patrimônio público, o consumidor, a proteção do meio ambiente e a ordem urbanística tem trazido resultados significativos para a melhora na qualidade de

1 A autora é Promotora de Justiça no Estado do Paraná, titular da 2ª Promotoria de Justiça, 3º Gabinete, do Foro Regional de São José dos Pinhais/PR.

2 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina jurisprudência e legislação*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 14.

3 “A nova concepção ministerial, que prevê a atuação extraprocessual, resolutiva, guardiã da ordem jurídica e social, independente do Poder Judiciário, começou a germinar com a instituição da Lei n.º 7.347/85 e marcou a Constituição de 1988; mas só em 1990, com o CDC, a nova atuação teve início, quando foi criada legalmente a instituição do TAC (acordo de concretização dos direitos humanos) como mais uma forma, agora extraprocessual, de assegurar a efetividade da tutela coletiva. Em 1993, com a edição da LC n.º 75/93, foi criada a recomendação, que também permite a atuação fora do processo judicial para concretizar os direitos humanos. Isso está consolidado atualmente, especialmente, pela superação do caráter pré-processual do inquérito civil, por meio da Resolução (Res.) n.º 23/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), que, no artigo 1.º, define-o como um instrumento de preparação para o exercício das atribuições inerentes às funções institucionais do Ministério Público, o que inclui, obviamente, a atuação extraprocessual”. SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a Concretização dos Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016, p. 232.

vida da população, notadamente porque envolvem interesses difusos e coletivos.

Para bem desenvolver o trabalho na esfera extrajudicial é preciso que o Promotor de Justiça atuante na área cível dedique grande parte de seu tempo à análise de procedimentos extrajudiciais complexos, ao estudo de normas estaduais, municipais e técnicas, a pesquisas de orientações jurisprudenciais, realização de reuniões interinstitucionais, oitiva de testemunhas e investigados, entre outros atos. Contudo, essas atividades por vezes não são realizadas com a necessária celeridade pois o Promotor de Justiça que atua na área cível, por determinação do artigo 178, do Código de Processo Civil, também deve intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em Lei ou na Constituição Federal.

Além da limitação temporal que o Promotor de Justiça possui para cumprir suas tarefas, o Ministério Público também dispõe de recursos orçamentários, materiais e humanos limitados<sup>4</sup> para direcionar suas atividades, devendo racionalizar o uso desses recursos para que tragam resultados eficientes<sup>5</sup> no cumprimento de suas elevadas atribuições constitucionais. Surge, então, a necessidade de reflexão sobre quais devem ser as prioridades na atuação do Ministério Público na área cível.

Tendo como pressuposto que deve ser prioridade para a Instituição a atuação na esfera extrajudicial e o ajuizamento de ações civis públicas nas áreas que envolvam interesses difusos e coletivos<sup>6</sup>, é preciso discutir

4 Em 2016, o Ministério Público do Estado do Paraná recebeu como crédito orçamentário liberado R\$ 869.569.674,00 para atuar em 399 Municípios, com a seguinte estrutura: 482 Promotorias de Justiça; 647 Promotores(as) de Justiça; 108 Procuradores(as) de Justiça; 1940 servidores(as). MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <[http://www.transparencia.mppr.mp.br/arquivos/File/dfi/ReceitasPropriasMPPR\\_2016.pdf](http://www.transparencia.mppr.mp.br/arquivos/File/dfi/ReceitasPropriasMPPR_2016.pdf)>, <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modulos/conteudo/conteudo.php?conteudo=2228>>, <[http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/estatisticas\\_comarcas/Grafico032017.pdf](http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/estatisticas_comarcas/Grafico032017.pdf)>, <[http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/conselho/Lista\\_Antiguidade/Antiguidade\\_PROCURADOR\\_28\\_03\\_2017.pdf](http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/conselho/Lista_Antiguidade/Antiguidade_PROCURADOR_28_03_2017.pdf)>. Acesso em 30.03.2017.

5 “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. O princípio deve ser entendido e aplicado no sentido de que a atividade administrativa (causa) deve buscar e produzir um resultado (efeito) razoável em face do atendimento do interesse público visado”. MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 105.

6 Sobre as prioridades na atuação do Ministério Público, “é preciso enfati-

qual critério justifica a intervenção do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica nos processos que envolvem interesse de incapaz<sup>7</sup>.

A tese aqui proposta utiliza como critério a existência ou não de situação de vulnerabilidade do incapaz e defende que é prescindível a intervenção ministerial em feitos que envolvem interesse individual disponível de incapaz que não está em situação de vulnerabilidade.<sup>8</sup>

## 2. O MINISTÉRIO PÚBLICO COMO FISCAL DA ORDEM JURÍDICA: CRITÉRIOS DE ATUAÇÃO NOS PROCESSOS QUE ENVOLVEM INTERESSE DE INCAPAZ

Como já dito, a atuação do Ministério Público como órgão interveniente e fiscalizador<sup>9</sup> tem seu fundamento constitucional no artigo 127, naquilo em que se confere ao *Parquet* a defesa da ordem jurídica.<sup>10</sup> Entretanto, é o artigo 178, do Código de Processo Civil, e outras leis extravagantes que atribuem a legitimidade para o Ministério Público intervir como *custos legis* nas causas ligadas à área cível. Nesses casos, sua legitimação é dita especial, pois “não se vincula ao interesse de nenhuma das partes, senão ao interesse mais alto de colaborar com o juiz no descobrimento da verdade factual e de permitir a mais perfeita e

zar o enfoque prioritário da atuação criminal, uma das principais razões de ser da instituição, sem olvidar, porém, o novo e relevante campo da defesa do patrimônio público e dos interesses transindividuais na área cível, são essas as principais matérias com as quais efetivamente trabalham hoje os membros do Ministério Público Brasileiro”. MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 6ª ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.179/180.

7 “A razão para a racionalização da atuação do Ministério Público é privilegiar a utilidade e efetividade de sua atuação civil, com clara opção pela atuação como agente na defesa dos direitos sociais, coletivos e individuais indisponíveis. Cabe ao Ministério Público a exclusividade na identificação do interesse que justifique a intervenção da instituição na causa”. ZANETI JUNIOR, HERMES. Título V, Do Ministério Público. Em: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 272/273.

8 A escolha das expressões “vulnerabilidade” e “prescindibilidade” foram retiradas da Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016, do Conselho Nacional do Ministério Público.

9 “Neste mister fiscalizador, consagrou-se o uso da expressão custos legis, todavia, entendemos, que o melhor seria a expressão custos justi. A lei, enquanto realidade normativa, não precisa ser fiscalizada (já pressupondo a fiscalização de sua gênese) e sim sua aplicação, que representa (ou deve representar) o valor justiça”. RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer e Associação Amazonense do Ministério Público, 1999, p. 33. Nesse artigo, contudo, será utilizado o termo *custos legis*, em razão de sua maior difusão no meio jurídico.

10 SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 201.

técnica aplicação das normas jurídicas ao caso concreto”.<sup>11</sup> Para Cândido Rangel DINAMARCO,

Sua missão é *fiscalizar e participar* com o objetivo de que o resultado final do processo seja compatível com os preceitos do direito objetivo e, por esse modo, fiel aos valores éticos, políticos, sociais e econômicos tutelados nas normas que o compõem. Daí a sua *imparcialidade* diante do conflito em si mesmo e dos sujeitos conflitantes, porque o objetivo dessa intervenção é a prevalência de valores e não, diretamente ou em primeiro plano, a outorga de tutela jurisdicional a um deles.<sup>12</sup>

Nas previsões do Código de Processo Civil, dispõe o referido artigo três possibilidades de intervenção, nos processos que envolvam (I) interesse público ou social, (II) interesse de incapaz, (III) litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana. A partir da leitura desses dispositivos e conforme lição clássica, é possível asseverar que “A intervenção do Ministério Público no processo civil sempre se dá em defesa do interesse público, ora evidenciado pela natureza da lide, ora pela qualidade das partes”.<sup>13</sup>

Relativamente ao artigo 178, II do Código de Processo Civil, é a incapacidade da parte que determina a intervenção do Ministério Público, independente da natureza da lide ou do tipo de direito que está sendo apreciado. A utilização da incapacidade da parte como critério absoluto para vincular a intervenção ministerial, sem analisar qual o tipo de interesse que está sendo discutido em juízo, ou se o incapaz está ou não em situação de vulnerabilidade, poderá implicar em uma atuação ministerial em casos desprovidos de interesse público ou sem relevância social.<sup>14</sup>

11 MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998, pp. 285-286.

12 DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol II. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 430.

13 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 273. A menção foi feita em relação ao art. 82 do Código de Processo Civil de 1973 mas o raciocínio ainda é válido para o disposto no art. 178 do atual Código de Processo Civil.

14 “Quem é fiscal da lei não pode, por consequência, ser parte e, não sendo parte, só poderá falar depois da manifestação de todos os interessados. É a posição cômoda de quem exerce o atributo de *custos legis*. Mas há a característica a ser considerada: a de ser fiscal e participar ativamente do processo, seja na juntada de documentos, seja na requisição de diligências e produção de outras provas. É uma marca típica do Ministério Público: de um fiscal especializado e participante do processo sem ser parte”. VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 157. O uso da palavra “cômoda” pelo autor para caracterizar a atuação do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica não se concilia com o papel de defensor da sociedade e com a postura ativa presente na

Tendo em vista sempre a necessidade de análise de cada caso concreto, bem como sem desprestigiar a atuação de colegas que adotam posicionamento diverso, verifica-se que o resultado prático da intervenção em situações que versam sobre direito individual disponível de incapaz é mínimo, já que além de o incapaz estar representado por seu representante legal – genitor ou curador que sabe quais são as reais necessidades do incapaz em razão de seu contato diário com ele – estará representado processualmente por um Advogado/Defensor Público tecnicamente habilitado para postular em juízo seus interesses. Ainda, tanto a atuação do representante legal como do procurador jurídico do incapaz serão supervisionadas pelo juízo.

Nesse sentido, é pouco eficiente direcionar a força de trabalho do Promotor de Justiça que atua como fiscal da ordem jurídica para todos os processos que envolvem interesse de incapaz, sendo imprescindível racionalizar, à luz das atribuições constitucionais, essa atuação apenas para os casos em que o incapaz esteja em situação de vulnerabilidade.

A respeito da função de *custos legis* do Ministério Público, é importante salientar que ela “deve se harmonizar com os mandamentos emergentes de outros dispositivos constitucionais relativos à Instituição”.<sup>15</sup> Até porque, como destaca João Gaspar RODRIGUES:

A fiscalização da lei pela lei constitui inútil exercício de mero legalismo. É necessário que o Ministério Público avalie, criticamente, o conteúdo da norma jurídica, aferindo-lhe as virtudes intrínsecas, e neutralize, desse modo, o absolutismo formal de regras legais, muitas vezes divorciadas dos valores, idéias e concepções vigentes na comunidade em dado momento histórico-cultural.<sup>16</sup>

De outra parte, a Recomendação nº 34, de 05 de abril de 2016, do Conselho Nacional do Ministério Público traz entre suas justificativas expressamente a “necessidade de racionalizar a intervenção do Ministério Público no Processo Civil, notadamente em função da utilidade e efetividade da referida intervenção em benefício dos interesses sociais, coletivos e individuais indisponíveis”.

### 3. INTERVENÇÃO APENAS EM PROCESSOS QUE ENVOLVEM INTERESSE DE INCAPAZ EM SITUAÇÃO DE VULNERABILIDADE

grande maioria de suas atividades.

15 SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 202.

16 RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer e Associação Amazonense do Ministério Público, 1999, p. 33.



A capacidade de fato é a “aptidão da pessoa para exercer por si mesma os atos da vida civil. Essa aptidão requer certas qualidades, sem as quais a pessoa não terá plena capacidade de fato. Essa incapacidade poderá ser absoluta ou relativa”.<sup>17</sup> O Código Civil, com as alterações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/2015)<sup>18</sup>, estabelece que: são absolutamente incapazes de exercer pessoalmente os atos da vida civil os menores de 16 anos (art. 3º do CC); são incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer, os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos, os ébrios habituais e os viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos (art. 4º do CC).

Para proteger os incapazes de situações que possam lhe trazer prejuízos, eles são representados ou assistidos por outra pessoa para realizar os atos da vida civil. Segundo o artigo 142 do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), já com as alterações trazidas pelo Código Civil, os menores de 16 anos serão representados e os maiores de 16 e menores de 18 anos assistidos por seus pais, tutores ou curadores, na forma da legislação civil ou processual; já os demais incapazes – ébrios habituais, viciados em tóxico, aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade, e os pródigos – serão representados por um curador, após a instituição de sua curatela.<sup>19</sup>

17 VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral*. vol. 1. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016, p. 144.

18 “(...) houve uma verdadeira revolução na teoria das incapacidades, praticada pelo citado Estatuto. Em suma, não existe mais no sistema privado brasileiro pessoa absolutamente incapaz que seja maior de idade. Ademais, como consequência, não há que se falar mais em ação de interdição absoluta no nosso sistema civil. Todas as pessoas com deficiência que eram tratadas no comando anterior passam a ser, em regra, plenamente capazes para o Direito Civil, o que visa a sua total inclusão, em prol de sua dignidade. Valorizando-se a *dignidade-liberdade*, deixa-se de lado a *dignidade-vulnerabilidade*. Eventualmente, as pessoas com deficiência podem ser tidas como relativamente incapazes, em algum enquadramento do art. 4.º do Código Civil, também ora alterado”. TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 1: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 129.

19 “(...) não haverá propriamente uma interdição, mas uma instituição de curatela, diante da redação do art. 1.768 do Código Civil pelo mesmo Estatuto [da Pessoa com Deficiência]. Todavia, cabe frisar que o Novo Código de Processo Civil revoga expressamente esse artigo do CC/2002 e trata do processo de interdição (art. 747), havendo a necessidade de edição de uma norma para deixar claro tal questão. Em outras palavras, será necessária uma nova lei para definir se ainda é cabível a ação de interdição ou se somente será possível uma ação com nomeação de curador”. O autor esclarece que “pelo Estatuto [da Pessoa com Deficiência], não há mais a possibilidade dessa interdição absoluta, mas apenas da instituição de uma curatela em caso de incapacidade relativa, surgindo ainda no sistema a figura da tomada de decisão apoiada, que deve ser a regra”. TARTUCE, Flávio. Op. cit., pp. 129/130 e 132.

Delimitados quem são os incapazes e entendendo que todos terão um representante legal para postular seus direitos em juízo, cumpre averiguar quando estarão em situação de vulnerabilidade, uma vez que será esse o critério que, de acordo com a tese que aqui se defende, determinará a intervenção ou não do Ministério Público como fiscal da ordem jurídica. Esse raciocínio já é utilizado nas situações que envolvem idosos pois, além do interesse público evidente nos casos em que eles estão em situação de risco<sup>20</sup>, haverá ameaça ou violação a direitos individuais, em regra, indisponíveis.

Com efeito, o artigo 74, II do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), determina que compete ao Ministério Público “promover e acompanhar as ações de alimentos, de interdição total ou parcial, de designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida e oficiar em todos os feitos em que se discutam os direitos de idosos em condições de risco”. Ao discorrer sobre o tema, FREITAS JUNIOR explica que:

O texto legal deixa claro que a atuação ministerial somente se justifica nas causas em que houver idosos em situação de risco. Ausente o perigo aos direitos e interesses do idoso, não há que se falar em intervenção do Ministério Público.

Importante não esquecer que idade avançada não significa incapacidade, devendo ser analisado o caso concreto, para se verificar a real existência de circunstâncias que justifiquem a intervenção do Ministério Público.

O texto legal acima – bem como outras disposições do Estatuto do Idoso –, portanto, deve ser interpretado em consonância ao disposto na Constituição Federal de 1988.

O artigo 127 do texto constitucional, por sua vez, delimitou a atuação ministerial ao âmbito da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Ora, idade avançada não significa incapacidade, tampouco os direitos e interesses do homem maior e capaz se tornam indisponíveis, tão logo esse complete 60 anos de idade. Segundo melhor interpretação da norma constitucional, em consequência, somente se admite a intervenção do *parquet* em processos envolvendo pessoas idosas que estejam em situação de risco, ou se estiver presente o interesse público, não se podendo sustentar a simples intervenção, apenas por haver um idoso interessado na demanda, sob pena de

20 Na “esfera processual civil o Ministério Público ora atua como órgão agente (...), ora exerce suas funções como órgão interveniente, na qualidade de fiscal da lei, quando oficia nos processos que o legislador considerou mais relevantes, nos quais haja interesse público evidente, como, por exemplo, nas ações em que houver idoso em situação de risco”. FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Op. cit., p. 14.

total afronta ao dispositivo constitucional.<sup>21</sup> (grifou-se)

A tese aqui proposta busca ampliar o raciocínio acima exposto para os processos que envolvem interesse de incapaz. Vale dizer, o artigo 178, II do Código de Processo Civil, deve ser interpretado em consonância com o artigo 127, *caput* da Constituição Federal, incumbindo ao Ministério Público prioritariamente a defesa de interesses individuais indisponíveis, e não dos individuais disponíveis.

A respeito dos interesses indisponíveis, “se houver alguma característica de indisponibilidade parcial ou absoluta de um interesse, o Ministério Público deverá agir na defesa dessa indisponibilidade”<sup>22</sup>; a indisponibilidade absoluta está relacionada com a impossibilidade de que “o direito seja objeto de abdicação total ou parcial, ou de transação. Entretanto, há interesses relativamente indisponíveis, que permitem em parte transação (v.g., guarda de filhos, alimentos, investigação de paternidade) ou mitigação da indisponibilidade (v.g., alienação de bens de incapazes com autorização judicial)”<sup>23</sup>

Apesar da possibilidade de que em alguns casos haja dificuldade para identificar se um interesse individual é disponível ou indisponível, certo é que em questões essencialmente patrimoniais que não interferem na integridade física e psíquica do incapaz, resta nítido o seu caráter disponível. Pode-se citar como exemplos comuns de casos que envolvem interesses individuais disponíveis pedidos de indenização por danos materiais e morais decorrentes de acidente de trânsito ou de prejuízos financeiros do consumidor (em face de bancos, companhias aéreas, seguradoras, entre outros fornecedores).

Ainda, no que concerne ao grau de indisponibilidade do direito fundamental, em certos casos este é:

adequadamente tutelado na esfera individual pela atuação das partes e seus procuradores, reservado ao MP a atuação coletiva *lato sensu* e a atuação na defesa de titulares de direitos individuais especialmente tutelados pela norma jurídica ou em situações de risco (ex.: crianças e adolescentes, idosos, pessoas portadoras de deficiência etc.). A situação de risco para titulares de direito especialmente considerados pela legislação como vulneráveis gera a

21 Na “esfera processual civil o Ministério Público ora atua como órgão agente (...), ora exerce suas funções como órgão interveniente, na qualidade de fiscal da lei, quando oficia nos processos que o legislador considerou mais relevantes, nos quais haja interesse público evidente, como, por exemplo, nas ações em que houver idoso em situação de risco”. FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Op. cit., p. 14.

22 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Op. cit., 2015, pp. 23/24.

23 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 128.

legitimação do MP para a ação e a intervenção judicial; muito embora exista alguma polêmica quanto ao tema, nos parece ser esta a melhor solução diante da previsão expressa da Constituição e do novo CPC (...). O MP deve atuar de forma resolutiva, judicial e extrajudicialmente, para transformar em realidade as normas, garantias primárias, inadimplidas. Sua função não é burocrática, mas efetiva, sendo imprescindível perguntar o quanto de resposta ao interesse público e social cada manifestação do MP tem potencial de fornecer.<sup>24</sup> (grifou-se)

É possível, então, traçar um paralelo entre a defesa de um interesse individual indisponível e a existência de situação de vulnerabilidade do incapaz, ou seja, se o incapaz está em situação de risco é porque algum interesse indisponível seu foi ameaçado ou violado, o que exige do Ministério Público uma atuação de caráter protetivo. Essa atuação de caráter protetivo não ocorrerá necessariamente na ação em que a Instituição atua como fiscal da ordem jurídica, visto que em certos casos será preciso ajuizar ações autônomas para, por exemplo, requerer as medidas protetivas previstas no artigo 45 do Estatuto do Idoso. Nesse sentido:

O inciso II do artigo 74 do Estatuto do Idoso, assim, exemplifica algumas demandas que impõem a intervenção ministerial, como, por exemplo, a ação de alimentos, a interdição, e designação de curador especial, em circunstâncias que justifiquem a medida, pois, nesses casos, o idoso estará em situação de risco social.

Em tais demandas, a atuação ministerial terá característica protetiva, pois tem por objetivo principal fiscalizar se os direitos e prerrogativas do idoso estão sendo observados.<sup>25</sup>

Não há um conceito objetivo e absoluto que caracterize a situação de vulnerabilidade.<sup>26</sup> Contudo, tanto o Estatuto do Idoso como o Estatuto da Criança e do Adolescente trazem parâmetros similares que auxiliam na verificação da existência ou não de situação de risco. O artigo 43 do Estatuto do Idoso, indica que:

As medidas de proteção ao idoso são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

24 MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 119. O autor continua explicando que “mesmo que o interesse não seja a rigor indisponível, poderá ainda haver atuação ministerial quando sua defesa convenha à coletividade”.

25 ZANETI JUNIOR, HERMES. *Título V, Do Ministério Público*. Em: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 274.

26 FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. Op. cit., p. 25.

II – por falta, omissão ou abuso da família, curador ou entidade de atendimento;

III – em razão de sua condição pessoal.

Já o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 98, estipula que:

As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I - por ação ou omissão da sociedade ou do Estado;

II - por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III - em razão de sua conduta.

Com a ressalva de que sempre será necessário o exame detalhado do caso concreto pelo membro do Ministério Público, é possível afirmar que estará configurada situação de risco do idoso, da criança e do adolescente – e também do incapaz – quando ameaçados ou violados seus direitos fundamentais<sup>27</sup> à vida, à liberdade, ao respeito, à dignidade, à convivência familiar e comunitária, aos alimentos, à saúde, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, ao trabalho, à proteção no trabalho, à previdência social, à assistência social, à habitação e ao transporte.<sup>28</sup> Ou seja: pode-se dizer que haverá situação de vulnerabilidade quando algum aspecto essencial à vida do incapaz esteja sendo ameaçado ou violado.

Por fim, importante consignar que a análise sobre a necessidade ou não de intervenção com base no critério da existência de situação de vulnerabilidade do incapaz caberá com exclusividade ao membro do Ministério Público, que sempre terá vista dos autos para tanto<sup>29</sup>. De outra parte, caso haja manifestação pela não intervenção, ela deverá estar fundamentada, explicitando-se quais as características do caso que justificam esse posicionamento. ZANETI JUNIOR não aborda especificamente o tema aqui tratado, mas seus argumentos podem subsidiar a tese proposta. Nas palavras do autor:

A racionalização da atuação do MP, na esfera cível, é um tema institucionalmente muito polêmico, sobre o qual não há uniformidade.

27 “No qualitativo *fundamentais* acha-se a indicação de que se trata de situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem mesmo sobrevive”. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 84, de 1.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 180.

28 Esses direitos estão previstos no “Título II – Dos Direitos Fundamentais” tanto do Estatuto do Idoso como no Estatuto da Criança e do Adolescente.

29 O artigo 2º da Recomendação nº 34 do CNMP estabelece que “A identificação do interesse público no processo é juízo exclusivo do membro do Ministério Público, sendo necessária a remessa e indevida a renúncia de vista dos autos”.

(...) defenderemos a possibilidade de determinar graus de interesse público e de indisponibilidade do direito, ao mesmo tempo que caberia ao MP a decisão de intervir ou não nos processos, conforme fundamentação adequada, quando a norma que determina a intervenção assentar-se em um conceito jurídico indeterminado (ex.: interesse social e interesse público). Trata-se de estabelecer, como premissa técnica de controle de atuação, o “*princípio da disponibilidade motivada*”, demonstrando o membro as razões de sua atuação, toda vez que, no exercício de suas funções constitucionais, ao extrair o conteúdo normativo dos textos legais resolver pela intervenção ou não intervenção na esfera cível, em concreto. O dever de fundamentação decorre de mandamento constitucional (art. 93, IX) e é um dos pilares nos quais se assenta a estrutura de controle dos deveres-poderes do juiz no novo Código de Processo (art. 489, § 1º), nada mais natural que ele se estenda igualmente ao MP.<sup>30</sup>

#### 4. CONCLUSÃO

Considerando que os recursos materiais e humanos do Ministério Público são finitos e que é preciso racionalizar o seu uso para que traga resultados eficientes para a população, o critério que justifica a intervenção ministerial como fiscal da ordem jurídica nos processos envolvendo interesse de incapaz é a existência de situação de vulnerabilidade, sendo, portanto, prescindível a intervenção em casos que tratem de direito individual disponível de incapaz que não está em situação de vulnerabilidade.

#### 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

DINAMARCO. Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. vol II. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

FREITAS JUNIOR, Roberto Mendes de. *Direitos e garantias do idoso: doutrina jurisprudência e legislação*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ISHIDA, Valter Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente: doutrina e jurisprudência*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

MACHADO, Antônio Cláudio da Costa. *A intervenção do ministério público no processo civil brasileiro*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Introdução ao Ministério Público*. 5. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *O acesso à justiça e o Ministério Público*. 6. ed.

30 ZANETI JUNIOR, HERMES. *Título V, Do Ministério Público*. Em: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed., atual. até a Emenda Constitucional 90, de 15.9.2015. São Paulo: Malheiros, 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Disponível em <[http://www.transparencia.mppr.mp.br/arquivos/File/dfi/ReceitasPropriasM-PPR\\_2016.pdf](http://www.transparencia.mppr.mp.br/arquivos/File/dfi/ReceitasPropriasM-PPR_2016.pdf)>, <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=2228>>, <[http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/estatisticas\\_comarcas/Grafico032017.pdf](http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/estatisticas_comarcas/Grafico032017.pdf)>, <[http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/conselho/Lista\\_Antiguidade/Antiguidade PROCURADOR 28 03 2017.pdf](http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/conselho/Lista_Antiguidade/Antiguidade_PROCURADOR_28_03_2017.pdf)>. Acesso em 30.03.2017.

RODRIGUES, João Gaspar. *O Ministério Público e um novo modelo de Estado*. Manaus: Valer e Associação Amazonense do Ministério Público, 1999.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo*. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015.

SAUWEN FILHO, João Francisco. *Ministério Público brasileiro e o estado democrático de direito*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. rev. e atual. até a Emenda Constitucional nº 84, de 1.12.2014. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Sandoval Alves da. *O Ministério Público e a Concretização dos Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivm, 2016.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil, volume 1: Lei de Introdução e Parte Geral*. 12. ed. rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

VILAS BOAS, Marco Antônio. *Estatuto do idoso comentado*. 5. ed., rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

VENOSA, Sílvio de Salvo. *Direito civil: parte geral. vol. 1*. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2016.

ZANETI JUNIOR, HERMES. Título V, Do Ministério Público. Em: STRECK, Lenio Luiz; NUNES, Dierle; CUNHA, Leonardo Carneiro da (Org.). *Comentários ao código de processo civil*. São Paulo: Saraiva, 2016, pp. 260/282.

## MECÂNICAS MEDIEVAIS DE CONTROLE SOCIAL NO AMBIENTE ECONÔMICO E SUAS CONEXÕES COM OS ATUAIS PROGRAMAS DE CRIMINAL COMPLIANCE

Fábio André Guaragni

### 1. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

O feito atual do direito penal econômico certamente não teve origem na Idade Média, mas no bojo de uma Modernidade já em marcha avançada, no final do século XIX, começo do século XX. Na partida, esta observação é importante porque toda a prospecção histórica deve se dar sob um sinal amarelo que advirta para os riscos do anacronismo. Algo como interpretar acontecimentos de uma época com mentalidade de outra (a falha, de regra, implica em uso de categorias contemporâneas, por parte do intérprete, para construir um discurso sobre o passado, em absoluta desconexão com o fato de que existe uma história das mentalidades).

Assim, *cum grano salis*, é possível ceder à tentação de buscar a gênese de alguns delitos econômicos antes do surgimento do próprio conjunto denominado direito penal econômico. Deste modo, o mosaico da história vai ganhando completude.

É o caso de delitos similares àqueles ligados às fraudes falimentares e falsificação de produtos. Eles tiveram uma curiosa versão baixo-medieval que merece referência. Nas cidades italianas, a experiência medieval do juspluralismo – ou mais de um direito vigendo sobre a mesma zona territorial – era tônica. Conviviam<sup>1</sup> estatutos da cidade, direito canônico, “*corpus juris civilis*” (retomados na península itálica após a distante restauração e guarda bizantina) e os respectivos comentários de glosadores. E, também, ordenamentos jurídicos feitos por coletividades privadas.

Na Idade Média europeia não havia, ainda, uma sociedade de indivíduos. Foi a partir do contratualismo, no alvorecer da Modernidade, que se

<sup>1</sup> Sobre pluralismo jurídico medieval, v. GROSSI, Paolo. *Prima Lezione di Diritto*. Bari: Laterza, 2003, p. 53-54. Quando se busca, hoje, um modo de arranjar o convívio simultâneo e em idêntico território do direito produzido pelo Estado, declinante agência de poder, com outros ordenamentos, como aqueles de agências supranacionais (ONU, OEA) ou privadas (por exemplo, regras de compliance, enquanto *soft law*), é preciso acessar o exemplo das cidades-estado italianas,

deu a afirmação do indivíduo sobre o Estado. Indivíduo, ou aquilo que não se divide, idêntico ao átomo, aquilo que não se corta (do grego indivisível, a partir da raiz “a”, prefixo de negação; “tômos”, pedaço cortado), a encarnar o singular sujeito de direitos (derivados da só condição humana, no jusnaturalismo), presente em cada um de nós. Na Idade Média, inexistia portanto uma “sociedade atomizada”.

Prevaleciam sobre o indivíduo os corpos coletivos a que pertencia. Sobre-tudo, a Igreja, enquanto coletivo do povo de Deus. Não à toa, “ekklesia” remete à palavra assembleia<sup>2</sup> ou comunidade, novamente na raiz grega. A excomunhão implicava no abandono de alguém, por deixar de pertencer ao corpus coletivo que comungava do corpo de Cristo. Nada mais pesado para um homem medieval que o não-pertencimento. Já a pena de banimento aparece como versão estatalizada da excomunhão nos modelos penais dos florescentes estados europeus da Baixa Idade Média<sup>3</sup>.

E – no ponto que interessa diretamente ao direito penal econômico – destaca-se o “pertencimento” de cada ser humano a um coletivo profissional. As famosas corporações de ofício efetivamente integraram a cena medieval, dominando setores geográficos das cidades e definindo regras de conduta para os seus membros. Seriam estas regras um berço distante, também, da ideia de *compliance*? Não é ousadia afirmar que sim, a partir do ponto comum da meta de preservação de laços de confiança, hoje e no passado.

A corporação buscava preservar a imagem e confiabilidade respectiva às suas atividades, produtos e serviços. A fé nos membros da corporação era essencial para a boa fluência das atividades comerciais. Assim, virtudes de honestidade, capricho, devoção ao trabalho, dentre outras, compunham um mosaico ético e imagético funcional para a vida negocial, além de atenderem a uma busca verdadeira - e cada vez mais difícil, diga-se – de conciliação entre ambiente comercial-negocial e os valores de um bom católico. Afinal...

“...uma avaliação do pensamento econômico e social da Idade Média deve ainda levar em conta o desprezo com que as populações encaravam a atividade e o espírito comercial. (...) Onde prevalece a ética comercial capitalista, a avareza, o egoísmo, a cobiça e a ambição material ou social são consideradas pela maioria dos homens como qualidade inatas. Contudo, na Idade Média, tais motivações eram

2 SUFFERT, Georges. *Tu és Pedro. A história dos primeiros vinte séculos da igreja fundada por Jesus Cristo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001, p. 25.

3 O banimento foi largamente usado na Antiguidade greco-romana, para ela estendendo-se a importância do “pertencimento”. No ambiente grego, a cidade-estado enquanto pátria realizava o papel de coletividade a que se “pertencia”.

rechaçadas e denunciadas como indignas. (...) Uma das sanções mais importantes (...) insistia em que os mercadores e comerciantes tinham a obrigação moral de vender as suas mercadorias pelo chamado justo preço...”<sup>4</sup>

Era preciso superar a desconfiança que a atividade do mercador gerava. Afinal, o mercador – sobretudo após a ousada abertura das rotas marítimas no medievo – era “aquele que despreza a terra e sua ordem. A sua vida é escandalosa porque livre das obrigações terrenas...”<sup>5</sup>

Para preservação da imagem e construção da confiabilidade corporativa, tanto junto ao público externo (parceiros de negócio, compradores) como interno (outros associados), Alberto Alessandri explica que as corporações traçavam regulamentos<sup>6</sup>. Estes regulamentos, minuciosos, iam à disciplina das atividades negociais e passavam, mesmo, pela fixação de regras técnicas para as manufaturas.

A contrafação de produtos, enquanto ato ilícito, emerge deste contexto: *contra-facere*, ou fazer um produto de modo diverso daquele prescrito em regras técnicas corporativas<sup>7</sup>. Aqui está a raiz medieval do atual crime de falsificação de produtos.

A lição de Alessandri indica também a bancarrota (sinônima da falência) como raiz medieval dos delitos falimentares. Quando um membro da corporação conduzia-se mal nos negócios, era objeto de julgamento pelos seus pares. Averiguava-se a causa: pura e simples má gestão? Doloso trato desonesto dos negócios, com frustração de parceiros de negócio, como compradores e fornecedores? Conforme resultasse a avaliação, os próprios membros da corporação eliminavam a atividade negocial do desonesto. Confiscavam seus bens, multavam-no, expulsavam-no do grupo e, literalmente, quebravam/destruíam a banca em que fazia negócios diariamente. O termo bancarrota evoca a...

“...cerimônia da ruptura violenta da banca onde operava o mercador – manifestamente simbólica – desenvolvida sob os cuidados dos regentes da corporação (...) como momento culminante do rito de expulsão da corporação, do grupo, como contrapeso à ruptura das regras e, entre elas, da norma fundamental, aquela da confiança”<sup>8</sup>.

4 HUNT & SHERMAN. *História do Pensamento Econômico*. 26a ed. Petrópolis: Vozes, 2013, p. 20.

5 LO RUSSO, Michelantonio. *L'avventura del rischio*. Catanzaro: Rubbettino, 2002, pp. 13-14.

6 ALESSANDRI, Alberto. *Diritto Penale e Attività Economiche*. Bologna: il Mulino, 2010, p. 17.

7 ALESSANDRI, Alberto. *Diritto Penale e Attività Economiche*. Bologna: il Mulino, 2010, p. 17.

8 ALESSANDRI, Alberto. *Diritto Penale e Attività Economiche*. Bologna: il Mu-

Os exemplos são muito ricos para exaltar a similaridade de interesse das reações punitivas corporativas medievais com o atual direito penal econômico: voltam-se para o fim de proteger a dimensão da confiabilidade nas atividades empresárias. Esta dimensão inscreve-se na própria noção de ordem econômica, enquanto regularidade da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

De fato, no direito penal econômico, a falsificação de produtos e marcas associa-se a um enorme rol de outros crimes em que a preservação de confiança é o cerne do bem jurídico. Nos crimes contra o sistema financeiro nacional, busca-se a plena preservação da fidedignidade na expressão de valor da moeda circulante (que só se apoia nisso: afinal, não possui valor intrínseco, por não possuir lastro em ouro ou equivalente); nos delitos contra o mercado de capitais, resguarda-se a confiabilidade das informações empresariais levadas ao mercado (*disclosure* ou transparência informativa) e o não abuso de informações restritas (*insider trading*); o direito a informações confiáveis e transparentes aparece em delitos contra o consumidor, contidos no CDC e no art. 7o da Lei 8137/90; este aspecto também continua central nos crimes falimentares, fiéis às suas raízes.

Poderíamos seguir na relação acima, apenas exemplificativa. Afinal, toda a ordem econômica apoia-se na confiança que se deposita em relação a sistemas peritos, enquanto conjuntos de conhecimento – traduzidos em produtos e serviços – cristalizados em objetos, operações, atividades, cujas aptidões o consumidor não tem como testar ou checar, por ser leigo. O ato de consumir depende de sua disposição para depositar confiança no acervo técnico que alguém, desconhecido e anônimo, *tinha que ter consigo* quando da confecção do produto ou modelagem do serviço. Desloca-se o alvo da confiança: em lugar de outro ser humano, um objeto cristalizador de conhecimentos técnicos, estampando um sistema-perito<sup>9</sup>.

No entanto, as reações punitivas das corporações medievais destacam algo que se perdeu com o Estado Moderno: a existência de um ordenamento jurídico paralelo ao estatal, constituído inclusive de normas privadas – como as corporativas – sobre a qual se concentravam poderes punitivos. Com o contratualismo moderno, o Estado passou a ser detentor do monopólio da força e do poder-dever de concessão de segurança aos indivíduos para que tenham todos os seus demais direitos preservados, na fórmula bem representada pelo art. 5o, caput, CR.

lino, 2010, p. 18.

<sup>9</sup> GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991, pp. 35-37.

Neste contexto, o exercício penal por parte da corporação de profissionais perdeu expressão.

Atualmente, porém, os movimentos paralelos da queda do poder dos estados-nacionais e de uma economia cada vez mais globalizada, implicam na transferência do poder para agentes econômicos particulares. Tudo leva à retomada de atividades regulamentares – e, a partir delas, punitivas – privadas. É claro que não se assemelham ao poder punitivo estatal, pois consistem em legislação punitiva leve (*soft-law*). Os programas de *compliance* e *criminal-compliance*, com metas ajustadas à contenção de ilícitos penais (estes) e em geral (aqueles), buscam certamente preservar a confiabilidade na atividade empresarial, junto aos públicos internos e externos à unidade empresarial, bem como o grande capital da imagem, de traço essencial ao bom sucesso dos negócios. A adoção de programas de cumprimento legal insere-se na pretensão maior de uma governança corporativa de negócios, ajustada à pretensões setoriais de sustentabilidade econômica.

E isto tudo evoca, certamente, as pretensões corporativas medievais, quando regulamentava, continha e punia as atividades de seus membros. Não é temerário afirmar todo este quadro como matricial, ainda que de maneira distante, dos atuais programas de *compliance*.

Referido quadro desapareceu com o advento da Modernidade, enquanto expressão de uma sociedade de sujeitos singulares de direito, dentro da qual o “pertencimento” a uma coletividade perde força e a unidade denominada indivíduo agiganta-se. Minguaram delitos representativos da ameaça de perda de confiabilidade que pesava sobre coletividades profissionais. Hoje, talvez como correção da herança de uma modernidade já “cansada”, reemerge, restaurando a base material de preservação de âmbitos de confiança no universo dos crimes econômicos.

## 2. CONCLUSÃO

Os atuais esforços de instalação e incremento de atuação de programas de *compliance*, presidido pela pretensão de preservação da relação de confiança nutrida entre empresário e públicos interno (trabalhadores, sócios minoritários) e externo (consumidores, fornecedores, concorrentes, parceiros comerciais de toda ordem, Estado e entorno social), deitam raízes em práticas de controle social de atividades danosas identificadas no ambiente econômico medieval. Tais práticas foram, de certo modo, barradas pela emergência de uma sociedade atomizada. Agora, assiste-se ao respectivo ressurgimento.

### 3. BIBLIOGRAFIA

ALESSANDRI, Alberto. *Diritto Penale e Attività Economiche*. Bologna: il Mulino, 2010.

GROSSI, Paolo. *Prima Lezione di Diritto*. Bari: Laterza, 2003.

GIDDENS, Anthony. *As consequências da Modernidade*. São Paulo: UNESP, 1991.

HUNT & SHERMAN. *História do Pensamento Econômico*. 26a ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

LO RUSSO, Michelantonio. *L'avventura del rischio*. Catanzaro: Rubbettino, 2002.

SUFFERT, Georges. *Tu és Pedro. A história dos primeiros vinte séculos da igreja fundada por Jesus Cristo*. Rio de Janeiro: Objetiva, 2001.



**Carla Moretto Maccarini**

Procuradora de Justiça atuante no 4º Grupo da Procuradoria de Justiça Criminal.

## ORIGENS MODERNAS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO COMO EXPRESSÃO DO CONFLITO ENTRE DOIS MODELOS DE PRODUÇÃO DE BENS E SERVIÇOS

Fábio André Guaragni

### 1. EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS

Estas linhas se dedicam ao direito penal econômico. A escolha é justificada: em lugar das revelhas notícias sobre homicídios, roubos, há um amplo espaço de mídia para os crimes de colarinho branco. Na cena do direito penal atual, pontificam empresários, políticos, envolvidos em intrincadas operações criminosas, postas a nu por mecanismos investigatórios novos. Neste contexto, tem sido comum que os blocos do jornal televisivo noturno sucedam-se expondo crimes econômicos, um atrás do outro. Tanto quanto o telejornal de ontem e o de amanhã. Tão comum quanto, tem sido o interesse do alunado, quando pega gosto pelo direito penal, pelos delitos econômicos. Não é à toa: em lugar da pecha de tratar-se de um campo do direito penal *a latere*, meramente simbólico e de pouca ressonância prática, o direito penal econômico tem, literalmente, constituído um novo nicho de mercado para a advocacia. Assim, convém convergir olhares sobre ele. E a muito a dizer, ainda que em breves linhas.

Importa, por exemplo, bem compreender suas origens. Adiante-se: são recentes.

O direito penal econômico tem origem posterior à Idade Média. É um produto da Modernidade já avançada, eis que parte de um ordenamento jurídico oficial, produzido exatamente no bojo do “Estado Moderno”, a vigorar sobre uma zona delimitada de território. Sua gênese conecta-se: a) à concepção da produção legislativa como emanção de poderes de um Estado soberano (hoje, em franco declínio); b) ao “império da lei” por ele produzida, cristalizada na noção de “estado de direito”.

Este império da lei gerou um caldo cultural “moderno”: nele, o direito é equivalente à lei e vice-versa – equação criticada na atualidade<sup>1</sup>. Seu coroamento foi o positivismo-jurídico de século XIX e o consequente movimento codificador europeu. Representou, sinteticamente, uma

<sup>1</sup> GROSSI, Paolo. *Prima Lezione di Diritto*. Bari: Laterza, 2003, p. 33-34, p. 73, dentre outras passagens.

aposta confiante na lei, como um “novo Monarca”, e nos escolhidos para produzirem-na como “representantes do povo”. A aposta na “força da lei” é bem exemplificada em episódios da França pós-revolucionária: a) por ato da Convenção, em 1793, implantou-se um novo modo de contar o tempo, em substituição ao calendário gregoriano<sup>2</sup>; b) apareceram legislações, como a do Departamento de Tarn, com artigos abolido o “vós”, enquanto pronomes de tratamento, para que todos os cidadãos passassem ao “tu” como modo de trato mútuo e igualitário<sup>3</sup>. Hoje, desconfia-se da força da lei para impor um novo jeito de contar o tempo ou tratar as pessoas. Ela tampouco é vista como único veículo do direito. O legislador também não é exclusiva fonte da lei, pois a norma aflora como produto da interpretação.

Dentro desta moldura, produzida no coração da modernidade, escrevia-se entre o final do século XIX e o começo do XX, a “crônica de um conflito anunciado”<sup>4</sup> entre detentores dos meios de produção – a burguesia-proprietária – e classes trabalhadoras, alimentadas pelas então recentes propostas de modelos de produção estatizantes, de linha marxista. Moviam-se os detentores das rédeas estatais de modo a intervirem nas economias para proteção do *establishment* de poder, situado à direita (modelos capitalistas) ou esquerda (modelos comunistas e socialistas).

2 DARNTON, Robert. *O beijo de Lamourette. Reflexões sobre história cultural. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 13. “Com a aprovação formal da Convenção, os revolucionários dividiram o tempo em unidades que lhes pareciam racionais e naturais. Eram dez dias por semana, três semanas por mês e doze meses por ano. Os cinco dias restantes viraram feriados patrióticos, jours sans-culottides, consagrados a qualidades cívicas: a Virtude, o Caráter, o Trabalho, a Opinião e a Recompensa. Os dias comuns receberam nomes novos, que sugeriam uma regularidade matemática: primidi, duodi, tridi, e assim por diante até décadi. Cada um deles era dedicado a um aspecto da vida rural, de modo que a agronomia viesse a substituir os santos do calendário cristão. Assim, o dia 22 de novembro, antes dedicado a santa Cecília, tornou-se o dia do nabo; 25 de novembro, antes dia de santa Catarina, virou o dia do porco; 30 de novembro, que era o dia de santo André, passou a ser o dia da picareta. Da mesma forma, com os nomes dos novos meses, o tempo parecia se adequar ao ritmo natural das estações. O dia 1º de janeiro de 1989, por exemplo, seria 12 Nivôse, Ano 197, sendo Nivôse o mês da neve, após os meses de neblina (Brumaire) e frio (Frimaire), e antes dos meses de chuva (Pluviôse) e vento (Ventôse).” O insucesso veio pela discordância das levadas religiosas cristãs em relação à ausência dos dias festivos santos. Quiçá, pela redução dos descansos, em semanas de 10 dias...*

3 DARNTON, Robert. *O beijo de Lamourette. São Paulo: Companhia das Letras, 1990, p. 14. Segue o texto legal: “Considerando que os princípios eternos da igualdade proibem que um cidadão diga vós para outro cidadão, que responde chamando-o por toi [...] decreta que a palavra vós, quando se trata do singular [e não do plural que leva o vós], está a partir de agora banida da linguagem dos franceses livres e será em todas as ocasiões substituída pela palavra tu ou toi.”*

4 Paródia que alude à obra do grande Gabriel Garcia Márquez, “Crônica de uma morte anunciada”.

A compreensão do “conflito anunciado” exige breve regressão ao final do século XVIII, quando da Revolução Francesa. Através dela, consagrou-se a liberdade, enquanto expressão de direitos fundamentais de primeira dimensão, forjada num modelo jusfilosófico contratualista. Buscou-se consagrar, também, a igualdade entre as pessoas. Porém, esta igualdade era ficta: tratou-se de mais um derivativo da fé cega no “império da lei”. Figurativamente, foi como se a lei tivesse uma “varinha de condão”, cujo toque tornava iguais seres materialmente desiguais. Bastava a fórmula legal mágica: “todos são iguais perante a lei”... Porém, a Revolução Francesa, em vez de popular, foi antes de tudo uma Revolução de burgueses urbanos, detentores de meios de produção e mercados, distantes da nobreza possuidora de terras. A implantação de uma igualdade concreta jamais foi meta desta burguesia, a partir da assunção da posição gestora dos rumos do estado. A própria Revolução não combinava com este movimento prático: afinal, a tomada do poder estatal foi realizada, num primeiro momento, justamente para contê-lo. Buscou minimizar o Estado, enquanto expressão de poder monárquico sem limite. Este escopo implicava, necessariamente, na não intervenção na economia em busca de superação de desigualdades materiais (por exemplo, proteção de trabalhadores).

A não intervenção estatal na economia proporcionou os pilares necessários para um livre, contínuo e avassalador processo de acumulação de capitais em mãos burguesas. A fotografia da cena social de Paul Strathern é vigorosa:

*A revolução industrial ocasionara amplo sofrimento e benefícios desproporcionais para poucos. Nas minas, mulheres e crianças seminuas arrastavam trenós de carvão, chapinhando de gatinhas na escuridão fétida de laterais estreitas muito abaixo do solo. Enquanto isso, o príncipe regente entretinha a sra. Fitzherbert e Beau Brummel com jantares de 15 pratos em meios aos exotismo orientais do Royal Pavilion que mandara construir junto o mar, em Brighton. Assim céu e inferno circunscreviam a crueldade e as pieguices peculiares de um mundo dickensiano em seus primórdios.<sup>5</sup>*

Este quadro foi tão contundente que a crítica ao estado liberal burguês passou a permear o pensamento europeu a partir da segunda metade do século XIX. O ataque marxista ao capitalismo, mediante a proposta de um modelo econômico que eliminasse a “mais-valia” derivada da exploração do trabalho pelo capital, foi um marco discursivo no sentido da busca de igualdade social. Porém, vários outros libelos acusatórios foram dirigidos contra a desigualdade social patrocinada pelo modelo de estado liberal-burguês. Já na primeira metade do século XIX,

5 - STRATHERN, Paul. *Uma breve história da economia*, pp. 124-125.



Saint-Simon na França e Roberto Owen na Inglaterra eram sensíveis às distorções produzidas pelo modelo de economia capitalista liberal. Também a crítica de Proudhon, em 1840, à propriedade – “*a propriedade é furto*”<sup>6</sup> “porque o capitalista não remunera o operário com todo o valor do seu trabalho”<sup>7</sup> – foi certamente uma “avant-première” da crítica marxista. Na literatura, os clássicos “Germinal” (1881), de Émile Zola, e “Os Miseráveis” (1862), de Vitor Hugo retratam à perfeição o quadro de desigualdades sociais que caracterizou a Europa do século XIX.

Enfim, a segunda metade do século XIX apresenta uma classe burguesa no controle do poder estatal e, “*pari passu*”, uma crítica aguda às desigualdades sociais daí decorrentes. Deram-se aí as primeiras linhas da “crônica de um conflito anunciado”. Estabelecia-se o discurso que, no início do século XX, seria bandeira para a constituição de estados fortes, interventores, moldados em exato oposto aos antecessores estados liberais.

A apropriação deste discurso deu-se emblematicamente na revolução de outubro de 1917, na Rússia. O Partido Comunista assumiu as rédeas do estado russo, ponteando um modelo econômico caracterizado pelo exato oposto ao liberalismo: a intervenção plena do Estado na economia, enquanto agência de produção e distribuição de bens e serviços, substitutiva do empresário ou capitalista. A passagem de GIOVANNI ARRIGHI é elucidativa:

*...a eclosão da guerra entre as grandes potências estava fadada a ter um impacto contraditório nas relações governante-governado. Por um lado, ela umentou o poder social dos não proprietários, direta ou indiretamente envolvidos no esforço militar-industrial dos governantes. Por outro, cerceou os meios disponíveis para que estes últimos absorvessem esse poder. Essa contradição evidenciou-se no decorrer da primeira guerra mundial, quando alguns anos de hostilidades declaradas foram suficientes para deflagrar a mais séria onda de protestos e rebeliões populares, até então experimentada pela economia capitalista mundial (Silver, 1992, 1995).*

*A revolução russa de 1917 logo se converteu no ponto focal dessa onda de rebelião. Ao defender o direito de todos os povos à auto-determinação (o “antiimperialismo”) e a primazia dos direitos de subsistência sobre os direitos de propriedade e de governo (o “internacionalismo proletário”), os líderes da revolução russa criaram a ameaça de tornar muito mais complicada a operação do sistema interestatal, num grau até então desconhecido...<sup>8</sup>*

Logo, a bandeira marxista, erguida na Europa Oriental, desloca-se para o Oeste como opção destinada a eliminar os malefícios do liberalismo

6 - Apud REALI, Giovanni & ANTISERI, Dario. *História da Filosofia*. vol. III, p. 181.

7 - Idem, p. 181.

8 - ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*, pp. 64-65.

do século XIX, impondo às elites burguesas que controlavam o aparelho estatal movimentos de autoproteção. Surgem, como reação aos estados interventores de esquerda, estados igualmente interventores, de direita, dos quais o fascismo italiano e nazismo alemão constituir-se-iam nos maiores exemplos. De fato, sustenta ERIC HOBSBAWM que “*...a ascensão da direita radical após a primeira guerra mundial foi sem dúvida uma resposta ao perigo, na verdade à realidade da Revolução Social do poder operário em geral, e à revolução de outubro e ao leninismo em particular. Sem esses, não teria havido fascismo algum...*”<sup>9</sup>

O fato é que os estados posteriores à primeira guerra mundial são claros contrapontos ao estado liberal auspiciado no início do XIX. Se este não interveio nos processos econômicos, consagrando a economia de livre-mercado, aqueles fizeram o processo reverso: os estados com governos totalitários de direita intercederam na vida econômica, controlando minuciosamente o ciclo da produção e distribuição de bens e serviços, levado a termo na esfera privada, sobretudo para financiamento das máquinas de guerra que - a partir de uma atitude imperialista e preventiva em relação à “ameaça comunista” – emergiram na Europa Ocidental. Os Estados totalitários de esquerda assumiram a condição de produtores e distribuidores de bens e serviços, eliminando toda a iniciativa privada, em obediência à cartilha marxista.

Nestes termos, os modelos de estados fortes, sucessores dos estados minimalistas liberais do século XIX, passaram a impor as suas “ordens econômicas”, arregimentando as forças do ciclo da economia a favor de seus interesses políticos, imperialistas e beligerantes.

Para proteção destas “ordens econômicas”, os mencionados estados fortes recorreram ao ordenamento jurídico penal, constituindo todo um novo campo de criminalidade voltado: a) à garantia do sucesso das atividades interventoras realizadas na economia; b) à preservação dos modelos econômicos desenhados para os ciclos produtivos e distributivos de bens e serviços, atados fortemente aos destinos políticos postos avante pelos respectivos governos. Surgia, a partir destes marcos históricos, o “direito penal econômico”, enquanto campo jurídico-penal destinado à tutela do bem jurídico metaindividual “ordem econômica”. A “ordem econômica”, neste contexto, era definida como intervenção do estado na economia. Tal concepção do bem jurídico “ordem econômica”, conquanto metaindividual, deixou patente a pretensão do direito penal econômico de proteger não os interesses das pessoas integrantes da

9 - HOBSBAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX (1914-1991)*, p. 130.

sociedade, mas sim – e sobretudo – os interesses do próprio Estado, enquanto gestor da economia.

Esta é a explicação histórica do nascimento da primeira versão de direito penal econômico, hoje superada. O direito penal econômico é um filho da Modernidade, nascendo na virada do século XIX para o XX. Veio com uma marca de nascença algo pesada. Afinal, representou um bloco do direito penal empregado pelo Estado para proteger ... a si mesmo! Produziu-se uma temeridade, abrigada no fato de que o detentor do poder punitivo usou-o para proteger a si mesmo. Esta ordem de ideias conduziu a expressões autoritárias de direito penal – e, efetivamente, foi o que se viu em meados do século XX, quando o conflito anunciado já havia deixado de ser uma má promessa, para representar a origem do “século mais sangrento da história conhecida da humanidade”<sup>10</sup>.

## 2. CONCLUSÃO

O direito penal econômico, na sua primeira feição, nasce como expressão da Modernidade, encapsulada em discursos promissores de felicidade humana a partir de determinados modos de produção econômica, o capitalismo e o comunismo. Os Estados nacionais, ao endossarem um ou outro modelo, intervieram nas atividades econômicas ocorridas em seus territórios. Para garantirem respeito às intervenções promovidas, valeram-se de normas penais, formando corpos legislativos correspondentes às bases iniciais do direito penal econômico.

## 3. BIBLIOGRAFIA

ARRIGHI, Giovanni. *O longo século XX*. Trad. Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Contraponto; São Paulo: Unesp, 1996.

DARNTON, Robert. *O beijo de Lamourette*. São Paulo: Companhia das Letras, 1990.

GROSSI, Paolo. *Prima Lezione di Diritto*. Bari: Laterza, 2003.

HOBBSAWM, Eric. *Era dos extremos – o breve século XX (1914-1991)*. Trad. Marcos Santarrita. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

REALI, Giovanni & ANTISERI, Dario. *História da Filosofia.*, vol. III. 5ª ed. São Paulo: Paulus, 1991.

STRATHERN, Paul. *Uma breve história da economia*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

<sup>10</sup> HOBBSAWM, Eric. *Guerra y paz en el siglo XXI*. Barcelona: Memoria Crítica, 2007, p. 01.

## A DEMOCRATIZAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO DESAFIO PARADIGMÁTICO

Márcio Soares Berclaz<sup>1</sup>

Juliano Rodriguez Torres<sup>2</sup>

O Ministério Público, nos termos do artigo 127 da Constituição da República de 1988, foi incumbido da tarefa de defender o regime democrático. “Como cumprir” essa complexa tarefa, além de ser uma pergunta forte, não é uma questão de fácil (nem pode ser de fraca) resposta - seja porque se trata de uma instituição ontologicamente burocrática, cujos membros têm de ser recrutados na regular via do concurso público<sup>3</sup> por mérito individual (e não pelo voto), seja porque a instituição, inclusive no seu delineamento constitucional, exerce parcela da soberania estatal desde a sociedade civil tendo como fundamento o exercício de uma razão jurídica (que muitas vezes precisa ser contramajoritária e, portanto, independente da vontade política da maioria ou da opinião pública), seja porque a democracia, no novelo da linguagem, é um termo polisêmico, um significante que pode portar muitos e diversos significados.

Não se refuta a importância do recrutamento predominante de membros e servidores via concurso público de modo correspondente com os critérios republicanos compatíveis com a exigência constitucional prevista no artigo 37, II, da Constituição, para boa parte do serviço público. De outro lado, isso não afasta o reconhecimento de que o Ministério Público, assim como as demais instituições do sistema de Justiça – incluindo o Poder Judiciário e mesmo a Defensoria Pública - apresenta um grande

<sup>1</sup> Promotor de Justiça desde 2004. Doutorando em direito das relações sociais (UFPR), Mestre em Direito do Estado (UFPR) e Promotor de Justiça desde 2004. Membro do Grupo Nacional de Membros do Ministério Público e do Coletivo Ministério Público Transformador. Membro do Núcleo de Estudos Filosóficos (NEFIL) da UFPR; Membro do Núcleo de Constitucionalismo e Democracia da UFPR. Email: marcioberclaz@gmail.com

<sup>2</sup> Assessor de Promotoria desde 2014. Mestre em Direito do Estado pela UFPR. Membro do Núcleo de Pesquisa História, Direito e Subjetividade da UFPR. Email: julianotorres.br@gmail.com

<sup>3</sup> Processo de seleção não raras vezes permeados de problemas que vão das características do edital a falta de critério adequado para composição de bancas examinadoras, situação agravada por programas de acompanhamento no estágio probatório e formação continuada muitas vezes dissociados de uma perspectiva crítica aderente à realidade social.

déficit democrático na sua composição e funcionamento, não apenas do ponto de vista interno (de seus membros e demais servidores), mas também do ponto de vista externo (de sua relação com a sociedade civil e, porque não dizer, com os seus movimentos sociais populares<sup>4</sup>), o que gera estranhamento e pode ser interpretado como uma grande incoerência diante do discurso retórico da própria instituição, em especial diante da perspectiva de uma concepção ampliada do Estado<sup>5</sup>, na qual se exige integração e articulação entre a sociedade política e a sociedade civil.

Assim, desde uma necessária autocrítica, a instituição Ministério Público, ao mesmo tempo em que se apresenta publicamente, muitas vezes, como “representante” da sociedade, a essa mesma sociedade se mostra um tanto quanto fechada e hermética. Quais são, afinal, os espaços institucionais nos quais o povo pode participar e decidir sobre as questões afetas ao papel constitucional do Ministério Público?

A instituição Ministério Público, como parte integrante do sistema de justiça, em todas as suas funcionalidades, precisa dispor de exemplaridade democrática, vale dizer, precisa contemplar todos os modelos normativos de democracia (a representação, a participação<sup>6</sup>, a

4 Opta-se aqui por um conceito mais essencialista e restrito dos movimentos sociais populares a partir da compreensão de que o elemento “popular”, na perspectiva do bloco histórico dos oprimidos, restringe o acesso do campo desses novos sujeitos coletivos ao preenchimento de certos requisitos ético-políticos desde a práxis junto à comunidade, à existência de uma bandeira de luta vinculada à causa popular de natureza transformadora e democrática, etc.

5 GRAMSCI, 2011, p. 74: “ ‘Estado’ significa, em especial, direção consciente das grandes multidões nacionais; é necessário, portanto, um ‘contato’ sentimental e ideológico com essas multidões e, em certa medida, simpatia e compreensão de suas necessidades e exigências”.

6 De acordo com Pietro Costa, a “democracia participativa” pretende ser uma tentativa de reação às promessas não mantidas da democracia representativa; uma tentativa capaz de restituir aos sujeitos uma iniciativa política e uma influência no processo de decisão que parecem hoje comprometidos pelo formalismo do sistema representativo e pelo elitismo dos partidos” (COSTA, Pietro. Poucos, muitos, todos: lições de uma história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 300). Essa tentativa encontra um precedente imediato, segundo o autor, na onda “participativa” dos anos sessenta-setenta, em que “a democracia é concebida como uma instância não mais somente ou primariamente referível ao processo da decisão política: são principalmente os mais diversos setores da vida social que devem ser repensados à luz de uma democracia ‘levada a sério’ A democracia ‘real’ (contraposta ao formalismo da democracia representativa) deve coincidir com a reapropriação do poder de falar e de decidir por parte dos sujeitos concretamente operantes na sociedade: nas empresas, na escola, na administração pública, nas mais diversas instituições” (*Idem, Ibidem*, p. 300-301). Trata-se, portanto, de uma tentativa de superação do mecanismo da representação, que faz “tendencialmente coincidir a participação política dos sujeitos com o momento eleitoral” (*Id., Ibid.*, p. 300).

deliberação<sup>7</sup> e a radicalidade).

Se, na melhor previsão constitucional, como deve ocorrer com todo e qualquer instituição que representa parcela de soberania estatal, o Ministério Público pertence ao “povo”, e não apenas ao corporativismo de seus integrantes (membros e servidores), é importante que a população – interessada porque afetada pelas decisões e ações estatais, e pelo conjunto das relações sociais de poder – tenha condições de conhecer e de algum modo participar da construção da política institucional do Ministério Público, e do planejamento das suas ações, dentro dos marcos constitucionais, o que deveria incluir diversas possibilidades, dentre as quais escolha da chefia institucional e assento nos órgãos colegiados, para ficar em dois didáticos e significativos exemplos.

Nesse sentido, uma via possível para a concretização do papel atribuído ao Ministério Público pela Constituição é a proposição de alternativas para que a instituição adote novas práticas debatidas pela teoria constitucional e pela filosofia política contemporâneas – e levando em consideração, inclusive, o papel exercido pelos movimentos sociais e populares na invenção e instituição de novos direitos.

Evidentemente, quando se fala, aqui, em democracia, o que se defende não é uma “ditadura da maioria” em que a vontade majoritária – expressa de forma direta ou indireta – esteja autorizada a suplantar a razão jurídica fundada nos valores constitucionais de liberdade, justiça, dignidade e respeito aos indivíduos em sua autonomia e integridade. Compreende-se, aqui, a democracia como resultado da conjugação complexa e adequadamente equilibrada entre direitos fundamentais e soberania popular, ou seja, como democracia constitucional<sup>8</sup>. Não se trata

7 Ainda segundo Pietro Costa, é “no processo decisional que a democracia participativa pretende inserir-se. O objetivo é superar, ou atenuar, o ‘pecado original’ do esquema representativo, a fratura por ele introduzida entre os ‘muitos’ que nomeiam e os ‘poucos’ que decidem. Existe, porém, um outro aspecto da democracia que foi focado, nas últimas duas décadas, no debate filosófico-político, sobretudo o anglo-saxão: o momento da discussão, do livre e informado confronto das opiniões; um confronto que, se nas sedes deputadas precede e prepara a decisão que a elas compete, desenvolve-se, mesmo externamente a uma tarefa decisional, em toda a esfera pública, tornando-se uma das marcas distintivas características da democracia. Nesta chave de leitura fala-se de *deliberative democracy*: onde a expressão ‘deliberative’ é semanticamente contígua ao substantivo ‘deliberation’ que significa algo próximo a uma ‘longa e cuidadosa discussão’ sem referência ao momento da decisão (enquanto em italiano e em outras línguas neolatinas ‘deliberação’ é sinônimo de ‘decisão’)” (COSTA, Pietro. Poucos, muitos, todos: lições de uma história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012, p. 306).

8 Não se trata de uma “equação” simples, certamente, mas de uma para a qual o constitucionalismo dispõe, ao menos, de uma solução provisória: Pietro Costa observa que a tensão entre poder e direito, ou entre voluntas e ratio, atravessa toda

de atender ao “clamor popular” para legitimar a atuação ministerial em sentido punitivo – como querem certas tendências demagógicas, alimentadas pelo sensacionalismo de “formadores de opinião” irresponsáveis - e tampouco de “relativizar”, menoscabar ou aviltar as garantias constitucionais com as quais todos os cidadãos devem sempre e necessariamente contar em face da repressão estatal. Ao contrário, o que se pretende aqui é potencializar o desenvolvimento de outras formas de resposta às demandas da sociedade, que, diferentemente da simples e usual responsabilização posterior dos “culpados” por eventuais práticas ilícitas, permitam à instituição atuar preventivamente sobre as causas e condicionantes das violações de direitos fundamentais e cobrar providências diante das omissões do Estado na proteção e promoção desses direitos.

A democratização que a instituição precisa parece ser uma necessidade mais premente no plano institucional e administrativo do que propriamente no desempenho das atividades finalísticas, embora a estas também possa ser relacionada.

Nesse sentido, cabe não apenas rediscutir a representatividade na composição da chefia e dos órgãos colegiados da instituição (notadamente, no Conselho Superior do Ministério Público, Colégio de Procuradores e Ouvidoria) mas também debater as possibilidades de abertura de espaços democráticos de diálogo, interlocução e participação<sup>9</sup> que tornem a

cultura político-jurídica ocidental, sendo que a exigência de dosá-los “traduz-se em discursos, teorias, símbolos de legitimação, institutos jurídicos profundamente diversos, de acordo com contextos histórico-sociais, das formas culturais neles dominantes, dos interesses em jogo, dos conflitos em curso” a solução dada ao problema pelo constitucionalismo do segundo pós-guerra, profundamente enraizada nos projetos antitotalitários e na recusa das experiências fascistas, é a de uma cultura político-jurídica em que domina “a convicção de que democracia e direitos são conceitos necessariamente complementares: contra o aniquilamento totalitário da autonomia individual a base do ordenamento se torna a pessoa, tida como o centro de imputação de uma multiplicidade de direitos diversos. A democracia que se quer instaurar não deseja ser um simples retorno ao parlamentarismo oitocentista, com algumas ‘correções’ devidas à introdução do sufrágio universal (masculino e feminino). Ela será muito mais a forma política de uma ordem centrada sobre a pessoa e sustentada pela convicção de que apenas a atribuição a todos os cidadãos de iguais direitos permite a eles uma completa realização humana”(COSTA, Pietro. Soberania, representação e democracia: ensaios de história do Pensamento Jurídico. Curitiba: Juruá, 2010, pp. 236-255).

9 A importância de um debate como esse pode ser percebida a partir do reconhecimento de que as instituições públicas precisam responder aos desafios contemporaneamente colocados à legitimidade das soluções jurídicas, os quais exigem que o Estado seja (re)pensado no contexto de um novo paradigma jurídico, sobretudo diante do que Hespanha refere como um “deslizamento sensível da concepção de democracia” que “deixou de se satisfazer apenas com o cumprimento dos requisitos tradi-

instituição ministerial mais permeável ao “povo”.

Para tanto, é preciso pensar na abertura político-institucional do Ministério Público à “sociedade civil” na aproximação necessária entre a instituição e outros atores sociais interessados nos processos de conscientização, educação popular, implementação e efetivação de direitos, tais como organizações não-governamentais, sindicatos, associações, observatórios sociais, defensores de direitos humanos e, em especial, os movimentos sociais e populares. A interlocução com essas mobilizações permite uma melhor percepção dos problemas públicos e também da pluralidade de pontos de vista sobre eles, bem como da complexidade dos interesses presentes em seu entorno.

Mais do que isso, a instituição também pode e deve se acercar dos espaços de produção de saberes, debates e intervenções qualificadas sobre os problemas sociais relacionados ao seu âmbito de atuação, tais como centros de pesquisa, projetos de extensão universitária, conselhos profissionais e fóruns de discussão da sociedade civil. Nutrir-se dos conteúdos produzidos nesses espaços possibilita uma intervenção jurídica mais qualificada e menos simplista sobre os problemas públicos.

Em verdade, entende-se que ambos os eixos propostos de contato com

cionais da democracia representativa clássica –liberdades, sistema eleitoral inclusivo, processos parlamentares regulados de criação do direito, sujeição à lei de toda atividade do Estado. Passando a exigir mais coisas e coisas mais decisivas”(HESPANHA, Antonio Manuel Antônio Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: Revista do Instituto do Direito Brasileiro. Ano 2 [2013], nº 1, p. 619-642), o que, diante de um direito premido entre o desajustamento do direito estatal à realidade social e normativa atual, por um lado, e o risco de abandono da legitimidade democrática do direito pelo tipo de regulamentação “que tende a predominar numa sociedade desigual e sujeita à manipulação por parte dos poderes hegemônicos” sugere a necessidade de “um aprofundamento da democracia, tanto no plano estadual, como em planos extra-estaduais, pela promoção da participação na regulação de múltiplas entidades representativas, nelas incluindo o próprio Estado democrático, ele mesmo reformatado no sentido de assegurar uma participação cidadã mais ampla e profunda”(HESPANHA, Antônio Manuel. Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?. Iusgentium, v.12, n.6 - jul/dez. 2015, pp. 4-53). Sobre os possíveis méritos (mas também a não-inevitabilidade) de um possível novo paradigma baseado nessa premissa, o mesmo autor lembra que “todos os grandes modelos jurídicos dependem de opções, dirigidas mais ou menos indiretamente por interesses de vária ordem, afinal tão arbitrários como as opções de um parlamento ou de um legislador. Porém, esta arbitrariedade pode ser parcialmente reduzida, tanto pela discussão bem organizada (igualitária, participada, transparente, com regras), como pela adoção de formas muito participadas e inclusivas de tomar decisões normativas”(Idem, Ibidem). Ressalva, porém, que “mesmo esta discussão só muito dificilmente (quase nunca; sejamos claros, nunca ...) escapará a preconceitos ou ao peso esmagador do senso comum ou da pura e simples manipulação mediática”(Id., Ibid.), o que também sugere alguma cautela.

a sociedade permitiriam uma atuação ministerial mais informada e constitucionalmente adequada, tanto nas áreas em que ela é mais viável – como na atuação como titular da ação penal e na proteção do patrimônio público – quanto naquelas ainda incipientes, tais como a proteção dos direitos das minorias, na defesa da educação, do urbanismo ou do (efetivo) controle externo da atividade policial (hoje praticamente inexistente), etc.

Para além do já exposto, de modo coerente ao que ora se sustenta, como prova de disposição da instituição para tal abertura, propõe-se que a Ouvidoria do Ministério Público, como canal de interlocução com a sociedade, seja ocupada por membro externo à instituição, com mandato fixo e possibilidade de recondução, tal como ocorre, exemplarmente, em algumas Defensorias Públicas.

Mais do que isso, outras possibilidades de participação da sociedade civil na estrutura institucional do Ministério Público podem ser cogitadas e debatidas, para o que se pode aprender com a experiência dos conselhos sociais relacionados ao controle, elaboração e monitoramento de políticas públicas, instituídos pela legislação federal para o desenvolvimento das políticas nacionais preconizadas pela Constituição da República de 1988. Por que não a criação de colegiados compostos de membros da carreira do Ministério Público e de representantes da sociedade para acompanhamento, monitoramento e planejamento das ações institucionais, especialmente para a decisão de questões relevantes no plano administrativo (tais como a criação de órgãos de execução, orçamento, política de atuação e planejamento, prioridades no provimento de recursos humanos, etc)?

Outra proposta, sem prejuízo de maior integração institucional do Ministério Público com a Defensoria Pública – que deve ser levada a cabo urgentemente, em nome dos interesses públicos primários a que deve atender o sistema de justiça –, é a de uma aproximação institucional do Ministério Público com as redes de Assessoria Jurídica Popular<sup>10</sup> e com grupos e coletivos autônomos de Advocacia Popular, e também com as Clínicas de Direitos, Serviços de Assessoria Jurídica Popular, Escritórios-

10 RIBAS, 2015, p. 197: “Pelos depoimentos percebe-se que a assessoria jurídica popular articula-se com os movimentos populares de maneira educativa e orgânica. A luta pelos camponeses pela terra com ocupações no Brasil esteve acompanhada desde o início por advogados. Mesmo que não houvesse uma entidade que os reunisse, havia articulação a partir de partidos e organizações religiosas, por exemplo. As entidades e redes de advocacia surgiram como consequência de muitas articulações anteriores, que precisam ser melhor compreendidas. Constata-se ainda que os movimentos sociais instauram na política brasileira uma nova relação de contestação e integração da sociedade civil com o Estado”.

-Modelo de Universidades Públicas e Projetos de Extensão Universitária ligados à proteção de direitos coletivos e individuais indisponíveis. Afinal, tais atores estão constantemente em contato direto com a população mais vulnerável e marginalizada, que tem seus direitos sistematicamente negados. Por essa razão, é este o tipo de advocacia mais relevante para permitir a reflexão e a ressignificação do agir ministerial no cumprimento de sua missão constitucional.

Sem prejuízo dos debates e propostas apresentados, cabe também ao Ministério Público discutir a sua democracia interna, o que pode passar pela revisão do processo de escolha da Chefia do Ministério Público, que hoje ocorre por uma eleição interna que empresta capacidade eleitoral ativa apenas a seus membros (e não a reconhece sequer aos seus servidores, que também constroem diariamente a atuação institucional), não conferindo qualquer espaço de participação à sociedade civil, tema que precisa ser amplamente debatido (inclusive pelos movimentos sociais e populares), buscando-se maior permeabilidade da instituição às demandas legítimas da população, principal destinatária da atuação constitucional do Ministério Público. Se a instituição não tiver a sabedoria de abrir este caminho por dentro, é bem possível que esta medida seja imposta por outros meios, via pressão ou mobilização popular, tão logo haja maior preocupação da população com a representatividade e responsividade não apenas dos representantes eleitos e temporários do Executivo e Legislativo, mas também com os membros das carreiras do denominado sistema institucional de justiça.

Em tempos de crise e crítica do Estado e de suas instituições (e via de consequência de debate sobre o caráter transformador ou reacionário do direito), as instituições do sistema de justiça, dentre as quais o Ministério Público, estão obrigadas, queiram ou não, a repensar sua estrutura e atuação na perspectiva de uma democracia substancial, sob pena de ver esvaziada a sua legitimidade enfraquecida gradualmente, com risco de perda da credibilidade de que ostenta junto à população – ou, ao menos, da parcela suficientemente intelectualizada, crítica e “esclarecida” da sociedade que, independentemente da cobertura oportunista exageradamente laudatória (ou parcialmente destrutiva) dada à instituição por certos meios de comunicação social, consegue desenvolver alguma consciência e clareza sobre suas virtudes e vícios.

O Ministério Público, como instituição do sistema de justiça, longe de se bastar por si, precisa de permanente atualização e de um esforço de “tradução” das demandas mais relevantes da sociedade, tomando em consideração, inclusive, as reivindicações e críticas de que são porta-

dores os movimentos sociais e populares.

Afinal, esses movimentos expressam as necessidades do povo, categorias não raras vezes negligenciadas pela gestão administrativa e pela atuação cotidiana extrajudicial e judicial das instituições do sistema de justiça, constatação crítica que exige a instauração de um debate sobre a atuação do próprio Ministério Público como instituição<sup>11</sup>.

Antes de restar apegado a uma lógica moderna, colonial e capitalista que conspira para a acumulação de prerrogativas e para uma concepção fechada e fetichista da instituição, não raro utilizadas para a conservação de um estado predominante de injustiça, como ocorre no Brasil e na América Latina, a busca de um Ministério Público mais “popular” e menos elitizado, mais coerente e substancialmente democrático, preocupado não apenas com a regulação, mas com a libertação e com as necessidades do povo, primeiro e último detentor do “poder em si” (*potentia*<sup>12</sup>), é que pode mostrar que a instituição está presente e operando conforme a Constituição<sup>13</sup>.

Por incrível que pareça, inserir o Ministério Público em um contexto de democracia ampliada e de alta intensidade<sup>14</sup>, “desde baixo” – mesmo

11 Contrastadamente, cabe destacar que, como observa Antônio Manuel Hespánha, o constitucionalismo brasileiro já desenvolveu “uma série de instrumentos dogmáticos que fomentam a irradiação do ‘núcleo ideológico’ da Constituição, como Carta Magna da cidadania” inclusive “exigindo que o âmbito dos direitos constitucionais inclua a disponibilização dos meios processuais para os usar, com generalidade e igualdade, o que inclui a preocupação com o acesso à justiça, mas também com a tutela da efetividade das políticas sociais do Estado por parte do Ministério Público” (HESPANHA, Antônio Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013, p. 7).

12 DUSSEL, 2009, p. 59: “*Deberemos distinguir entre potentia (el ser oculto, el poder de la comunidad política misma) y potestas (el fenómeno, el poder delegado por representación, ejercido por acciones política a través de instituciones)*”.

13 Aliás, a propósito da Constituição da República de 1988, cabe lembrar que, como observa Leonardo Barbosa, a “grande inovação do processo constituinte de 1987-1988 reside em sua abertura à participação da sociedade civil e dos cidadãos em geral” (BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, Brasília, 2012, p. 231), sendo possível dizer que “a participação social na Constituinte (...) inaugurou uma nova prática constitucional no Brasil. Essa nova prática construiu seu espaço no processo de elaboração da Constituição de 1988, por meio da invenção de procedimentos que permitiram uma mobilização intensa da esfera pública em torno dos principais debates constituintes” (*Idem*, p. 211-212).

14 Uma democracia que não se resume à democracia eleitoral do paradigma liberal-burguês e representativo, que se limita a ser uma democracia do poder delegado não raras vezes fetichizado; uma democracia que reconhece que o poder em si é sempre do povo e que o poder delegado precisa ser exercido como poder obediencial

quando se trata de uma instituição que sequer possui suficiente democracia representativa na escolha da sua chefia institucional ou na composição dos seus principais órgãos colegiados, para se ficar apenas em alguns exemplos, – é o maior desafio para o Ministério Público<sup>15</sup> no século XXI, pelo menos para o Ministério Público que queira deixar a roupa do velho para assumir a cara do novo.

Em suma, a proposta do presente trabalho é sustentar a necessidade de o Ministério Público adotar, de modo exemplar, inclusive frente às demais instituições do sistema de justiça, tanto no âmbito interno, quanto externo, modelos normativos de democracia crítica<sup>16</sup> e de alta intensidade, notadamente, para além da representação, a participação, a deliberação e a radicalidade, com o que a instituição tende a estabelecer a necessária relação de proximidade com o povo e com os movimentos sociais populares, legítimos destinatários da atuação da instituição.

## 1. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARBOSA, Leonardo Augusto de Andrade. História constitucional brasileira: mudança constitucional, autoritarismo e democracia no Brasil pós-1964. Câmara dos Deputados, Edições Câmara, Brasília, 2012.

BORDIEU, Pierre. Sobre o Estado: Cursos no Collège de France (1989- ao povo e não autorreferente; uma democracia compatível com a demodiversidade e centrada nos desdobramentos da ideia de “participação” e de protagonismo popular. SOUSA SANTOS, 2016, p. 12: “A história da democracia ao longo do século XX foi em boa parte contada por aqueles que tinham um interesse, não necessariamente democrático, em promover certo tipo de democracia, a liberal, e invisibilizar, ou, quando impossível, demonizar outros tipos de democracia. (...) A segunda década do milênio está dominada, talvez como nunca, de pelo monopólio de uma concepção de democracia de tão baixa intensidade que facilmente se confunde com a antidemocracia”.

15 Não só para o Ministério Público, mas para o sistema de justiça como um todo, incluindo-se Poder Judiciário e Defensoria Pública.

16 O qualificativo “crítica” aqui, diz respeito à (pré-)compreensão da democracia como parte do projeto de uma ética crítica, como aquela preconizada por Enrique Dussel, que passa pela crítica negativa das normas, atos, instituições ou sistemas que produzem sofrimento e que negam a vida e a dignidade das vítimas, as quais devem ser reconhecidas como sujeitos iguais e dotados de liberdade para participar da comunidade de argumentação consensual (nível crítico material da ética); pelo questionamento da verdade prática, legitimidade e validade daquelas normas, ações, instituições ou sistemas a partir da comunidade crítica de comunicação das vítimas (nível crítico formal da moral); e pela transformação de normas, ações, instituições e sistemas de eticidade a partir do critério da possibilidade da vida e da dignidade das vítimas (nível crítico da factibilidade da ética). Nesse sentido, também se poderia falar na adoção de um horizonte de democracia *substancial*, no sentido de uma democracia “para o povo” (e não apenas para uma minoria privilegiada), assumida também como *valor* e não apenas como *método*.

92). São Paulo: Companhia das Letras, 2014.

COSTA, Pietro. Poucos, muitos, todos: lições de uma história da democracia. Curitiba: Editora UFPR, 2012.

COSTA, Pietro. Soberania, representação, democracia: ensaios de história do pensamento jurídico. Curitiba: Juruá, 2010. pp. 236-255.

DE SOUZA, Luciano Machado. O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

DOIMO, Ana Maria. A vez e a voz do popular. Rio de Janeiro: Relume-Dumará: ANPOCS, 1995.

DUSSEL, Enrique. Política de la Liberación: Arquitectónica. Madrid: Trotta, 2009.

DUSSEL, Enrique. 20 Teses de Política. São Paulo: Expressão Popular, 2007.

GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma Teoria Geral do Ministério Público. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

GRAMSCI, Antonio. Cadernos do Cárcere. Volume VI. 2a edição. Tradução de Carlos Nelson Coutinho e Luiz Sérgio Henriques. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2011.

HESPANHA, Antônio Manuel. As culturas jurídicas dos mundos emergentes: o caso brasileiro. *Civilistica.com*. Rio de Janeiro, a. 2, n. 4, out.-dez./2013.

HESPANHA, Antônio Manuel. Irá a Legitimação Democrática do Direito desaparecer do Modelo do Estado Constitucional?. *Iusgentium*, v.12, n.6 - jul/dez. 2015, pp. 4-53.

HESPANHA, Antônio Manuel. Leis bem feitas e leis boas. In: *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*. Ano 2 (2013), nº 1, p. 619-642.

KASHIURA JUNIOR, Celso. AKAMINE JUNIOR, Oswaldo. DE MELO, Tarso. Para a crítica do direito: reflexões sobre teorias e práticas jurídicas. São Paulo: Outras Expressões, Editorial Dobra, 2015.

RIBAS, Luiz Otávio. Direito insurgente na assessoria jurídica de movimentos populares no Brasil (1960-2010). Tese de Doutorado em Direito na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, 2015.

SANTOS, Boaventura de Sousa. A difícil democracia: reinventar as es-  
querdas. São Paulo: Boitempo, 2016.

## ACESSO À JUSTIÇA E CENTRAL DE ATENDIMENTO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Mônica Louise De Azevedo<sup>1</sup>

Sandra Mancino<sup>2</sup>

Alcides Santos Neto<sup>3</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O acesso da população à justiça é direito fundamental assegurado pela Constituição da República de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV. Porém, após 30 anos de vigência da norma constitucional, remover obstáculos e promover o efetivo acesso à justiça é um dos desafios ainda a serem enfrentados pelo Ministério Público, pois corresponde não apenas ao direito do indivíduo em ter seus conflitos conhecidos e resolvidos pelo sistema de justiça, mas também à adequada orientação e conscientização sobre os seus direitos.

Constata-se que a população, em especial nos grandes centros urbanos, encontra dificuldade em identificar o local onde deve procurar o Ministério Público. Espalhado em diversos prédios e setores especializados, é necessário estabelecer uma identidade ao atendimento ao público na instituição, evitando peregrinação em diversas unidades com negativa de acolhimento da demanda apresentada, a qual muitas vezes se perde sem resolução.

Em resposta a essa situação, com a perspectiva de um Ministério Público Resolutivo e no contexto do Planejamento Estratégico do Ministério Público do Estado do Paraná, foi proposta a criação de Centrais de Atendimento nas comarcas de maior porte, a serem implantadas em unidades identificadas, com objetivo de dar visibilidade e acessibilidade à instituição, consolidando a identidade institucional e aprimorando os processos de comunicação interna e de interação com a sociedade.

Ainda, a proposta da Central de Atendimento visa aproximar o Ministé-

1 Procuradora de Justiça – MPPR

2 Assistente social – diretora do departamento de Desenvolvimento Organizacional da subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional do MPPR

3 Administrador – Departamento de Desenvolvimento Organizacional da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional do MPPR

rio Público da população através de um modo mais eficiente de atuação, tanto no conhecimento das demandas individuais e coletivas quanto na promoção da cidadania e da paz social, na perspectiva da prevenção e resolução autocompositiva dos conflitos, como preconiza a Resolução 118/2014 do CNMP.

Dessa forma, reafirma-se o papel da instituição na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis – artigo 127 da Constituição da República.

## **2. OBJETIVOS DA CENTRAL DE ATENDIMENTO**

### **2.1. GERAL**

Instituir, em centros urbanos previamente identificados, porta de entrada e sistema de registro de atendimentos do Ministério Público do Estado do Paraná voltados ao acolhimento inicial de demandas individuais e coletivas, numa referência de acesso à justiça e garantia de direitos, por meio de atendimento presencial, via telefone e por comunicação virtual.

### **2.2. ESPECÍFICOS**

2.2.1. Unificar a identidade de atendimento ao público da instituição;

2.2.2. Assegurar que a população sempre encontre um acolhimento inicial eficiente para sua demanda;

2.2.3. Realizar triagem das demandas trazidas pela população local para conhecimento e posterior encaminhamento às Promotorias especializadas e rede de atendimento;

2.2.4. Minimizar o impacto nas Promotorias especializadas de demandas que não pertencem à sua área específica;

2.2.5. Integrar as ações quando a demanda apresentada possuir característica intersetorial;

2.2.6. Dar efetividade à política nacional de autocomposição, nos termos da Resolução 118 de 01.12.2014 do Conselho Nacional do Ministério Público

## **3. RELACIONAMENTO COM O PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO**

O Projeto Estratégico Central de Atendimento compôs o portfólio de projetos do GEMPAR – 2010-2018, aprovado no contexto do Planeja-

mento Estratégico do Ministério Público do Estado do Paraná, em 2009, processo que contou com ampla participação de membros e servidores da Instituição. Suas ações têm íntima relação com o Mapa Estratégico do MP-PR e contribuem para que, através do aprimoramento de processos de atendimento na área finalística, seja alcançado o objetivo expresso de “Intensificar a interação com a sociedade”.

Ainda, como reflexo dessa maior interação com a sociedade, espera-se que os objetivos da dimensão de impacto social expressos no Mapa Estratégico “Defender interesses individuais indisponíveis e homogêneos de pessoas ou grupos em situação de vulnerabilidade familiar social e econômica” e “Defender interesses difusos e coletivos, defender o regime democrático e a implementação de políticas constitucionais” sejam atingidos com maior efetividade.

Quanto ao Plano Estratégico Nacional, aprovado no âmbito do CNMP, o Projeto Central de Atendimento tem alinhamento com dois objetivos da dimensão de processos: a) “Facilitar o diálogo do cidadão com o Ministério Público” e, b) “Atuar de forma proativa, efetiva, preventiva e resolutiva, respeitando as competências constitucionais”.

Finalmente, a proposta de instituir Central de Atendimento do Ministério Público nos grandes centros urbanos atende a Carta de Brasília de 22.09.2016 no sentido de consolidar a proatividade e resolutividade da instituição, de acordo com o perfil constitucional de atuação como intermediador da pacificação social, visando a resolução consensual dos conflitos, controvérsias e problemas, como estratégia do Estado Democrático de Direito na criação de uma sociedade livre, justa e solidária, nos termos dos artigos 1o. e art. 3º da CR/1988.

## **4. DESENVOLVIMENTO DO PROJETO NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ**

A primeira Central de Atendimento do MP-PR, nos moldes propostos pelo projeto estratégico aprovado, foi instalada em Londrina, cidade de grande porte no estado e escolhida como piloto. Entre julho 2011 e abril 2012 foram feitos levantamentos de recursos disponíveis e necessários para a implantação da unidade, definidas as principais responsabilidades e rotinas de trabalho dos envolvidos no projeto. Várias atividades preparatórias para implantação da unidade piloto foram executadas, tais como: disponibilização de estrutura física; materiais; definição de equipe de trabalho; reuniões de alinhamento e para apresentação do projeto, com o objetivo de adesão ampla à proposta e elaboração e aprovação de resolução que instituiu a unidade.



O lançamento da unidade piloto da Central de Atendimento em Londrina se deu em 04 de abril de 2012.

Constatando-se que os registros dos atendimentos não contavam com um módulo próprio no sistema PRO-MP, desenvolveu-se um módulo de atendimento pelas equipes do Departamento de Tecnologia da Informação e a equipe executora do Projeto Estratégico da Central de Atendimento, implantado em março de 2016, a partir das experiências de Londrina e de Cianorte, onde se consolidou com sucesso modelo próprio de atendimento ao público da região, em local conhecido como Casa da Cidadania. Elaboraram-se duas instruções de trabalho para a utilização correta do sistema, sendo uma para os usuários com perfil de membro e outra, com perfil de servidores do Ministério Público e a partir das experiências do teste piloto, foram realizados ajustes no sistema para expandir a sua implantação para todas as unidades de execução do Estado do Paraná, realizando-se dois *webcasts* para apresentar as principais funcionalidades do Módulo de Atendimento e sanar dúvidas dos usuários.

Com a edição do Ofício Circular Conjunto 01/2016 CGMP/SUBPLAN, de 23 de março de 2016, estabeleceu-se cronograma para implantação progressiva do Módulo de Atendimento, compreendido entre os dias 04 de abril a 03 de junho desse mesmo exercício, abrangendo todas as unidades situadas em Comarcas de Entrância Inicial, Intermediária, Final e os Foros Regionais e Centrais de Comarcas de Região Metropolitana, padronizando o atendimento inicial da instituição.

Dando continuidade às etapas do projeto, na cidade de Ponta Grossa foi instalada a Central de Atendimento em fevereiro de 2016, e posteriormente Maringá, em novembro de 2016, com plano de expansão para implantação de unidades em União da Vitória, Umuarama, Guarapuava, Cascavel e Foz do Iguaçu.

Desde a conclusão da implantação do “módulo de atendimento”, mensalmente são constatados cerca de nove mil registros de Atendimentos no sistema, através das Centrais de Atendimentos e demais unidades de execução. Com a indicação de assuntos divididos em áreas de intervenção nos registros, verificaram-se as demandas prioritárias de atendimento ao público. No ano de 2016, os registros de atendimento mostraram que: 34,56% das demandas referem a assuntos de matéria de Direito de Família; 23,01%, à matéria de Direito à Saúde; e 7,93% dizem respeito à matéria de Direitos do Idoso.

Os dados coletados do sistema também permitem verificar a contri-

buição da unidade Central de Atendimento para as localidades onde já foi instalada. As unidades de Londrina, Cianorte (Casa da Cidadania), Ponta Grossa e Maringá somam 17,44% dos registros de atendimento no ano de 2016, sendo que a população abrangida por essas comarcas representam 13,11% do total da população estadual.

Para efeitos de comparação, a cidade de Curitiba, que ainda não possui unidade de Central de Atendimento, somou, no mesmo período, 7,81% dos registros no Módulo do PRO-MP, com 16,85% da população total do Estado, enquanto a Comarca de Cianorte, onde a Casa da Cidadania funciona como Central de Atendimento desde longa data, registrou 6,29% dos atendimentos com uma representatividade de 0,95% dos habitantes paranaenses.

O módulo de atendimento, no primeiro semestre de operação subsidiou a gestão acerca de prioridades nas áreas de saúde, família e infância, cujos registros sinalizaram um grande volume de atendimento, tornando possível avaliar os esforços institucionais. No ano de 2017 estão planejadas reuniões com a equipe executora do projeto da SUBPLAN e órgãos de execução, para verificar as questões que apresentarem maior demanda identificada bem como avaliação dos atendimentos realizados, fornecendo subsídios para que se alinhe o a atuação do Ministério Público nas mais diversas matérias em que é demandado, bem como orientando capacitação membros e servidores.

## 5. CONCLUSÃO

A Central de Atendimento garante visibilidade e reforça a identidade institucional do Ministério Público assegurando acolhimento qualificado e efetiva atenção da instituição à população, em especial aos indivíduos e grupos socialmente vulneráveis ou com direitos violados.

O registro adequado, no módulo de atendimento, das informações trazidas pela população, otimiza recursos humanos e materiais, dando o devido encaminhamento pelas promotorias de Justiça ou na rede de serviços identificada. O sistema permite transparência, controle e avaliação estatística dos dados coletados, instrumentalizando as ações e resultados da intervenção do Ministério Público, além de orientar processos de formação continuada de membros e servidores acerca das situações registradas no módulo de atendimento ao público.

Transcorridos 30 anos de vigência da Constituição Federal, o aprimoramento do atendimento ao público em todas as unidades do Ministério Público do Estado do Paraná constitui-se num instrumento de efetivo

acesso à Justiça daqueles que historicamente procuram a instituição, legitimando a intervenção na defesa dos direitos individuais indisponíveis e coletivos e dessa forma concretizando a missão constitucional de defesa do regime democrático e promoção da paz.

## 6. REFERÊNCIAS

CAPELETTI, Mauro. BARTH, Bryant. Acesso à Justiça. Porto Alegre, Sérgio Fabris, reimpressão 2002.

CARTA DE BRASÍLIA: Modernização do Controle da Atividade Extrajudicial pelas Corregedorias do Ministério Público, elaborada no dia 22.09.2016, no 7º Congresso de Gestão do CNMP, Disponível em <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=3173>>. Acesso em 13/06/2017.

Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.

GEMPAR – Gestão Estratégica do Ministério Público do Estado do Paraná. Disponível em: <<http://www.planejamento.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=1101>>. Acesso em 28/03/2017.

Resolução n.118 de 01/12/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, publicado no DOU de 27/01/2015.

WATANABE, Kazuo. Acesso à Justiça e Sociedade Moderna. In: Participação e Processo. Coord. GRINOVER, Ada Pelegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel; WATANABE, Kazuo. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1988.

## DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR E NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

Ciro Expedito Scheraiber<sup>1</sup>

Cristina Corso Ruaro<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O Código de Defesa do Consumidor prevê situações diferenciadas da *disregard doctrine* em relação ao Código Civil de 2002, e mesmo em relação aos requisitos tradicionais do instituto, quase secularmente adotado como instrumento assegurador de direito. A pessoa jurídica como técnica criativa visa, com a reunião de bens de capital, economicamente organizados, o alcance do bem-estar social, escoimando de fraudes ou abusos a realização dos direitos dos consumidores, por intermédio da constrição dos bens particulares dos sócios da sociedade constituída.

Com a abordagem da desconsideração da personalidade jurídica propõe-se revisitar o tema, mais com o objetivo de tratar os novos enfoques nos recentes institutos jurídicos de natureza civil e processual civil, ante a necessidade de ênfase dos princípios que norteiam o Código de Defesa do Consumidor. A solidariedade e a efetiva reparação do dano ao consumidor perpassam pela teoria da desconsideração da personalidade jurídica, visando diminuir o abismo econômico e social entre fornecedor e consumidor, fator que sinaliza a vulnerabilidade deste, na normatização tutelar específica.

Efeito, portanto, prático, e que levou a positividade tanto no direito material como processual, da teoria, é o de facilitar a tutela do consumidor para que obtenha por intermédio de um melhor desentranhamento processual o bem almejado, rompendo com barreiras processuais

<sup>1</sup> Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor. Integrante do 1º Grupo Cível de Procuradorias do MPPR. Graduado pela PUC/PR em Direito. Especialista em Direito Processual Civil (FESP/IBRJ) e em Ciências Penais (UFPR).

<sup>2</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, com atuação no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Defesa do Consumidor. Graduada pela Universidade de Caxias do Sul/RS (UCS/RS). Coordenadora do Projeto Semear – Enfrentamento ao Alcool, Crack e outras Drogas do Ministério Público do Estado do Paraná.

e econômicas com fundo na desigualdade. E com isso, assegurar-se o consumidor daquilo que é objetivo da harmonização da política nacional das relações de consumo, com a sua proteção, inserido este no contexto do desenvolvimento econômico assinalado pelos princípios da ordem econômica.

## 2. DA PESSOA JURÍDICA. A PERSONALIZAÇÃO

A pessoa jurídica como ente corporativo material ou fictício, foi concebido para facilitar a realização de objetivos sociais e econômicos, sob a proteção do direito.

Para serem atendidas determinadas necessidades da sociedade, com maior segurança e eficácia, é que se deu autonomia ao conjunto de ideias, objetivos e patrimônios, ao que se chama de “universalidades”. A essas universalidades se atribuiu personalidade jurídica, atributo que as transforma em sujeito de direitos e obrigações. Além do que, alguns objetivos maiores, de forma individual os membros de uma sociedade não lograriam alcançar.

Acerca dos reais e experimentados êxitos na personificação da universalidade de bens e interesses organizacionais, importante o diagnóstico de Tomazette<sup>3</sup>, que assim se expressa: “A fim de incentivar o desenvolvimento de atividades econômicas produtivas, e conseqüentemente aumentar a arrecadação de tributos, produzindo empregos e incrementando o desenvolvimento econômico e social das comunidades, era necessário solucionar os problemas mencionados, encontrando uma forma de limitação dos riscos nas atividades econômicas. Para tanto, se encaixou perfeitamente a instituição pessoa jurídica, ou mais exatamente, a criação de sociedades personificadas”.

O jurista Orlando Gomes ensina que se recorreu a uma técnica de agrupamento, com objetivos distintos das pessoas físicas que a integram, para a realização de fins comuns<sup>4</sup>.

Já na lição de Adriana Carrera Calvo “a atribuição de personalidade jurídica corresponde, assim, a uma sanção positiva, ou premial, no sentido de um benefício assegurado pelo direito - que seria afastado, caso a atividade fosse realizada individualmente - a quem adotar a conduta desejada. Esse benefício é dominado por alguns princípios

3 TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil*, in RT 794, p. 77, Dezembro de 2001.

4 GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983. p. 162.

fundamentais, que foram se firmando com o tempo, dentre os quais ressalta a doutrina moderna: a) não atribuição à pessoa dos sócios das condutas praticadas pela sociedade; b) distinção entre patrimônio da sociedade e patrimônio dos sócios - ‘quod debet universitas non debet singuli’; c) vida própria e distinta da de seus membros”<sup>5</sup>.

A pessoa jurídica, assim constituída, é instrumento da realização das atividades a que se propõe de forma autônoma e personalíssima. A ordem jurídica buscou, portanto, separar o patrimônio desse ente jurídico daquele próprio da pessoa física, ou mesmo jurídica, que a idealizou e a criou, de modo a se resguardar dos riscos pessoais da atividade desenvolvida.

## 3. DA DESCONSIDERAÇÃO E DO CARÁTER RELATIVO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A autonomia da pessoa jurídica, considerada absoluta, em princípio, não alcançou os propósitos sociais almejados de forma irreprochável, por se tornar, por vezes ineficaz e até nociva aos interesses altruísticos da formação da personalidade jurídica, porque objeto de abusos e fraudes, servindo como véu ou anteparo para a prática de atos outros desvirtuados de seus objetivos.

A fim de prevenir a ameaça aos interesses ou de reparar danos causados pela pessoa jurídica, quando não seja ela própria suficiente a tanto, socorre a teoria da desconsideração da personalidade dessa pessoa jurídica. Serve para proporcionar que a responsabilização recaia sobre o patrimônio dos integrantes ou sócios que a integram.

A chamada teoria da “desconsideração” ou da “penetração” ao véu da personalidade jurídica, constitui técnica ou meio direcionado a controlar o uso abusivo ou fraudulento da pessoa jurídica.

Rubens Requião<sup>6</sup>, sempre lembrado como desbravador dos caminhos da teoria no Brasil, assim se manifesta: “Ora, a doutrina da desconsideração nega precisamente o absolutismo do direito da personalidade jurídica. Desestima a doutrina esse absolutismo, perscruta através do véu que a encobre, penetra em seu âmago, para indagar de certos atos dos sócios ou do destino de certos bens. Apresenta-se, por conseguinte,

5 CALVO, Adriana Carrera. *Desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6448/desconsideracao-da-pessoa-juridica-no-direito-do-trabalho>. Acesso em 05 de abril 2017.

6 REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, in RT 803, setembro de 2002. Extraído de <http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/delivery/document>, com acesso em 05.04.2017.

a concessão da personalidade jurídica com um significado ou um efeito relativo, e não absoluto, permitindo a legítima penetração inquiridora em seu âmbito”.

Essa relatividade da personalidade jurídica da sociedade é, de fato, apropriada, vez que o seu uso fraudulento ou abusivo poderia ser empecilho ao alcance da reparação dos danos que viesse a causar a terceiros e até a seus próprios integrantes.

#### **4. ORIGEM E DENOMINAÇÃO DA TEORIA DA DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA**

Atribui-se ao alemão Rudolf Serick ser um dos primeiros a dar atenção sistemática ao estudo do tema. Mas, há igualmente nos EUA por Maurice Wormser, e na Itália por Pedro Verrucoli, referências de inaugurarem o contato com a desconsideração.<sup>7</sup>

A Desconsideração da Personalidade Jurídica conhecida como “Disregard doctrine” ou “disregard of the legal entity”, é tida como própria do *Common Law*, cujo *leading case* é o “Salomon x Salomon Co., da Inglaterra de 1897.”<sup>8</sup>

Quanto à denominação, correto é tratar de “desconsideração” em vez de despersonalização, porque o objetivo dela, originário da jurisprudência anglo-saxônica, não é destruir, desconstituir, anular a pessoa jurídica, mas apenas efetivar a finalidade específica que o caso requer, qual seja, desconsiderar a sua personalidade, mantendo-a íntegra.

#### **5. PREVISÃO LEGAL**

O Código Civil Brasileiro de 1916 estipulava de forma expressa que a pessoa jurídica tinha existência distinta da dos seus membros, no artigo 20. Vislumbrava o comprometimento patrimonial da pessoa jurídica independente dos bens particulares dos sócios, por atos danosos decorrentes de sua atividade. Os sócios não responderiam com os seus bens particulares, porque a pessoa jurídica a qual integravam tinha existência própria.

A *disregard doctrine* recebeu impulso da Lei 8.078/90<sup>9</sup>. O Código de

7 REQUIÃO, Rubens. Idem. História o autor os esponenciais juristas que iniciaram a teoria fora do Brasil, destacando Rolf Serick, Piero Verrocoli e Wormser.

8 TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: a teoria, o código de defesa do consumidor e o novo código civil*, p.80.

9 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior, René Ariel Dotti; organizador Geraldo Magela Alves. Forense, Rio de Janeiro, 1992, p. 103.

Defesa do Consumidor fez alertar acerca da sua importância como instrumento eficaz para a finalidade da defesa do consumidor, normatizando a desconsideração pela primeira vez (artigo 28). Assim, outros instrumentos jurídicos, a partir da Lei 8078/90, tiveram inspiração para a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

Já o Código Civil de 2002 não recebeu correspondente expresso ao artigo 20 do Código Civil antigo. No entanto, a Desconsideração da Personalidade Jurídica agora está prevista no artigo 50, levando ao entendimento de que os bens particulares dos sócios são independentes, mas que não são absolutamente intocáveis, de forma a admitir que o Juiz poderá decidir que os efeitos de determinadas obrigações atinjam os bens dos administradores e dos seus sócios.

A lei 12.529, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema de Defesa da Concorrência, tal qual a anterior revogada, a Lei 8884/94, também prevê o instituto como estratégia de eficácia de sanções administrativas junto ao CADE. O ensinamento de Petter<sup>10</sup> é nesse sentido mesmo: “Esta desconsideração da personalidade jurídica e atribuição de responsabilidade também ao dirigente responsável prevista no artigo 34 deverá, por óbvio, ser estabelecida no âmbito do processo administrativo (Superintendência-Geral), com observância do contraditório e da ampla defesa. Somente depois se poderá falar em imputação de penalidades (CADE), restando ao prejudicado, em caso de discordância, recorrer ao Poder Judiciário. Acaso não fosse possível a desconsideração da personalidade jurídica, correr-se-ia o risco de tornar ineficaz qualquer sanção imposta à pessoa jurídica.”

Na mesma linha do CDC, a lei n. 9605/98, referente às sanções por danos ao meio ambiente, em seu artigo 4º concretizou a desconsideração, em redação similar ao parágrafo 5º do artigo 28 do CDC, ou seja, nos moldes da teoria menor. Sabe-se que há situações em que não se trata de desconsideração, mas de responsabilização direta dos sócios, como, por exemplo, alguns casos sob a égide do direito tributário e da Lei das Sociedades Anônimas (lei n. 6.404/1976), conforme diz Garcia<sup>11</sup>.

Em decorrência da adoção do entendimento de que a sociedade tem personalidade distinta de seus membros, é que por muito tempo vedou-se a constrição judicial sobre bens dos sócios para pagamento de dívidas contraídas pela sociedade, salvo raríssimas exceções expressamente

10 PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 7ª. Edição, Porto Alegre, Verbo Jurídico Editora, p. 313.

11 GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência*. Juspodvium, Salvador, 2015, p. 269.

previstas legalmente.<sup>12</sup>

## 6. O INSTITUTO DA “DISREGARD DOCTRINE” NO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

No Código Civil de 1916 a desconsideração da personalidade jurídica era ausente, no Código de Defesa do Consumidor, o instituto foi previsto no artigo 28 e parágrafos<sup>13</sup>.

O Código de Defesa do Consumidor com característica marcadamente social e de tutela coletiva, atendendo modernas tendências dos anseios de proteção da coletividade, materializou a desconsideração no corpo legislativo nacional, antes observado como referência doutrinária e jurisprudencial.

## 7. PRINCÍPIOS REGENTES

Aplicam-se os princípios basilares do sistema de defesa do consumidor à desconsideração da personalidade jurídica. Extraem-se os seguintes princípios básicos e pertinentes ao instituto regulado no CDC:

### 7.1. Efetiva prevenção e reparação do dano

Primeiramente, a finalidade da teoria em comento inserida no código consumerista foi o de incrementar a tutela da parte vulnerável, ante os princípios desse ramo do direito, dentre os quais o da efetiva prevenção e reparação do dano ao consumidor.

As causas motivadoras da decretação da desconsideração da personalidade jurídica do fornecedor de produtos ou serviços objetivam proporcionar ao consumidor o acesso efetivo à satisfação patrimonial do dano sofrido, ou de sua prevenção, na previsão do artigo 6º, inciso

<sup>12</sup> Por exemplo, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, previstas no Decreto 3708/19.

<sup>13</sup> “Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

§ 1º (Vetado); § 2º As sociedades integrantes dos grupos societários e as sociedades controladas, são subsidiariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código; § 3º As sociedades consorciadas são solidariamente responsáveis pelas obrigações decorrentes deste código; § 4º As sociedades coligadas só responderão por culpa; § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

VI. Significa que a reparação seja completa, na medida econômica e qualitativa de sua expectativa.

Crítica Domingos Afonso Kriger Filho que dentre as causas elencadas no artigo 28 do Código de Defesa do Consumidor, só o excesso de poder efetivamente se coaduna com a desconsideração, na sua essência, enquanto que as demais não ensejariam a desconsideração da personalidade, porque motivariam desde logo a responsabilização dos sócios<sup>14</sup>.

Não procede a crítica no que se refere aos objetivos do direito do consumidor, pois este finca-se na vulnerabilidade, pois a legislação protetora do consumo se aplica indiferentemente, pela característica da sua especialidade, para além do que venha a prever outros sistemas, no que se refere à responsabilidade dos sócios ou, como diz Cláudia Lima Marques, mantêm com o Código de Defesa do Consumidor um diálogo das fontes, na modalidade de “diálogo sistemático de complementariedade e subsidiariedade”<sup>15</sup>.

### 7.2. Solidariedade

O princípio da solidariedade na medida em que induz a que todos os participantes da entidade desconsiderada respondam pelos danos causados aos consumidores. Como o sistema das relações de consumo é composto de normas de ordem pública e interesse social, independe da natureza da pessoa jurídica, seja ela de responsabilidade limitada ou por ações, porque pluripessoais.

A solidariedade passiva é eficaz para reduzir o leque de frustrações à satisfação ao direito de ressarcimento do consumidor lesado, na medida em que o montante patrimonial dos sócios acuda ao credor de forma efetiva. A solidariedade traz como característica marcante, para Nery Junior, “segundo o sistema brasileiro, representado pela norma ora comentada, a unidade da prestação. Há pluralidade de relações subjetivas, mas *unidade* objetiva da prestação”<sup>16</sup>. Isto em vista de que o artigo 264 do Código Civil estabelece que na obrigação solidária concorre mais de um credor ou mais de um devedor, mas cada qual responsável pela dívida toda.

Com isso, tanto a empresa (pessoa jurídica) quanto os seus sócios, são

<sup>14</sup> KRIGER FILHO, Domingos Afonso. Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor”. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, jan.-mar. 1995, p. 85.

<sup>15</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*. 8ª ed., SP., RT, 2016, p. 1469.

<sup>16</sup> NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 10ª Edição., RT, SP, 2013, p. 530, Nota 4, ao artigo 264.

responsáveis solidários à dívida perante o consumidor, em processo de desconsideração da personalidade jurídica, à exceção, evidentemente, da sociedade individual<sup>17</sup>.

Diferentemente se dá nas relações tributárias, em que pode não haver desconsideração da personalidade jurídica, mas propriamente responsabilização direta dos integrantes da sociedade, cujos atos são capazes de afetar os bens particulares dos sócios.

Quando a pessoa jurídica integra grupos societários, ou sociedades controladas, consorciadas ou coligadas, expressamente prevêm os parágrafos 2º, 3º e 4º do artigo 28 do CDC a extensão de sua responsabilização, sendo certo que as sociedades agrupadas também são chamadas a responder pelas obrigações umas das outras, quer sejam subsidiariamente, quer solidariamente.<sup>18</sup>

As sociedades integrantes de grupos societários respondem subsidiariamente pelas obrigações do Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelece o § 2º do artigo 28 da legislação consumerista. É subsidiária, porque pressupõe o exaurimento do patrimônio da sociedade principal para, ao depois, acorrer o patrimônio da outra integrante. Pelo mesmo parágrafo supracitado, as controladas também são subsidiariamente responsáveis pelas mesmas obrigações, em relação à controladora.<sup>19</sup>

Como o Código de Defesa do Consumidor não expressa a responsabilização por subsidiariedade das obrigações da controlada pela “controladora”, no dizer de Fábio Ulhoa Coelho, essa responsabilização só ocorrerá pela situação de grupo ou de desconsideração da personalidade jurídica<sup>20</sup>.

Por sua vez, o § 3º do artigo 28 do CDC estabelece a solidariedade

17 NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. p. 531, nota 6: “Firma individual. “Tratando-se de firma individual, não se cogita da distinção patrimonial entre a ‘sociedade’ e seu componente, tendo em vista ser o mesmo componente o próprio comerciante” (2º TACivSP, 10ª Câmara, Ap 660069-0/3, rel. Juiz Marcos Martins, v. u., j.29.8.2001).

18 É o que previa o § 1º do artigo 28, do CDC mas que foi vetado, ao que parece por erro de remissão, já que se objetivava vetar o § 5º deste dispositivo. Foi, por isso, que se colocou no tópico da desconsideração da personalidade jurídica a extensão da responsabilização das sociedades, pois, em razão do § 1º, vetado, “a pedido da parte interessada o juiz determinará que a efetivação da responsabilidade da pessoa jurídica recaia sobre o acionista controlador, o sócio majoritário, os sócios-gerentes, os administradores societários e, no caso de grupo societário, as sociedades que o integram”.

19 As definições podem ser encontradas nos artigos 1.098, incisos I e II do Código Civil e 243, § 2º, da Lei das Sociedades Anônimas.

20 COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 2004, p. 306/307.

das empresas consorciadas pelas obrigações do Código. A solidariedade, diferentemente da subsidiariedade, significa o compartilhamento parcial ou total da obrigação, em relação aos direitos do consumidor.

O § 1º do artigo 278 da Lei das Sociedades Anônimas refere que não há personalidade jurídica do consórcio, implicando na responsabilização individualizada por suas obrigações, e que não há presunção da solidariedade. Nas relações sob a tutela do Código de Defesa do Consumidor essa regra é revogada, pois o § 3º do artigo 28, do CDC de forma expressa determina que haja a solidariedade entre as consorciadas ante as obrigações para com o consumidor.

Não se admite, no direito civil tradicional, por expressa disposição legal, todavia, que a solidariedade ativa se presuma: ou resulta da lei, ou da convenção entre as partes.

Para Nelson Nery Jr<sup>21</sup>, a solidariedade será legal, se for passiva. Todavia, a solidariedade ativa só pode ser instituída por convenção.

Ao mesmo tempo em que admite de forma excepcional, portanto, a presunção da solidariedade, o efeito de tal preceituação é o de, por via indireta, proporcionar ao consumidor o alcance da sua dignidade, pelo efetivo acesso à justiça.

No § 4º do artigo 28, por sua vez, refere-se às sociedades coligadas, determinando que elas só respondem subjetivamente, ou seja, por culpa, pelas obrigações referentes ao Código de Defesa do Consumidor. Uma imediata ilação do dispositivo é o de que as demais sociedades antes analisadas, quer sejam controladas, controladoras ou consorciadas, têm responsabilidade objetiva ante o consumidor.<sup>22</sup>

## **8. A PERSONALIDADE JURÍDICA COMO OBSTÁCULO “DE ALGUMA FORMA” AO RESSARCIMENTO DOS CONSUMIDORES (§ 5º DO ARTIGO 28, DO CDC)**

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, na forma originalmente apresentada, ocorria ante a utilização da sociedade como instrumento de abuso de poder ou fraude. Com a evolução da sociedade econômica, industrial e comercial, os abusos recrudesceram e necessá-

21 NERY JUNIOR, Nelson. *Código civil anotado e legislação extravagante*: atualizado até 2 de maio de 2003 / Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery – 10ª ed rev e ampl. SP, RT, 2013, p. 581.

22 Subentendem-se coligadas as sociedades que detêm dez por cento ou mais das ações da outra, sem contudo exercer controle sobre ela, conforme se tira do artigo 1.099 do Código Civil, redação similar à do § 1º do artigo 243 da Lei das Sociedades Anônimas.

ria se fez a adaptação dessa metodologia protecionista do lesado pelo uso indevido ou inadequado da pessoa jurídica, chamando à colação outras motivações.

Como visto, a legislação consumerista visa o aspecto social, pois o caput do artigo 28 arrolou situações diversas, além do abuso de poder e da fraude. O § 5º do artigo 28 da legislação consumerista, em previsão geral e de aplicação objetiva, com vistas à efetiva reparação ao consumidor, ante a sua especial condição de vulnerável no mercado, torna o consumidor passível de tutela, pela aplicação da teoria da descon sideração “também” quando a pessoa jurídica for, “de alguma forma” obstáculo à reparação do consumidor. É a aplicação da chamada teoria menor da descon sideração da personalidade jurídica, pela qual, basta a evidência da insolvência da pessoa jurídica para efetuar a reparação (teoria objetiva da descon sideração), segundo enfatiza Cláudia Lima Marques, citando o voto da Ministra Fátima Nancy Andrighi (STJ, 3ª T., REsp 279.273/SP, j. de 04.12.2003), como exemplar lição<sup>23</sup>. O Código Civil adotou tal posicionamento, de estabelecer a função social da norma, na rabeira do Código de Defesa do Consumidor.

A teoria maior da descon sideração se coaduna com o instituto na forma do artigo 50 do Código Civil, que prevê para sua caracterização, para além dos requisitos de insolvência, também o desvio de finalidade (teoria subjetiva da descon sideração).

Assim, além das situações previstas no artigo 28, *caput*, do CDC, qual quer outra que represente obstáculo a defesa do consumidor, é passível de descon sideração. Estando tais hipóteses previstas em lei, tratam-se de situações que a sociedade moderna exige que sejam erigidas a causas de descon sideração da personalidade jurídica. E a lei não traz previsões inúteis.

## **9. A DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA COMO PROCEDIMENTO INCIDENTAL NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

Como a descon sideração é de direito material, não havia a preocupação da regulação da forma processual e autônoma do seu exercício. Vinha sendo aplicada pelo judiciário empiricamente, em que comprova-

<sup>23</sup> MARQUES, Cláudia Lima. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 5ª Edição. Editora: RT, 2006, p. 1250-1253. Trata-se do célebre caso da explosão do shopping Osasco, em São Paulo, oportunidade em que a relatoria do processo, equiparando todas as vítimas como consumidoras, aplicou a regra do § 5º, do artigo 28, a casos que refogem das situações clássicas de fraude e abuso, para abarcar situações outros que “de alguma forma” obstáculo a que seja o consumidor ressarcido.

dos pelo credor os pressupostos da descon sideração da personalidade jurídica de forma incidental, dispensava-se um processamento à parte.

Agora, nas palavras de Daniel Amorim<sup>24</sup>: “Reconhecendo que o incidente criado se limita a tratar do procedimento para a descon sideração da personalidade jurídica, o § 1º do art. 133 do Novo CPC prevê que a descon sideração da personalidade jurídica observará os pressupostos estabelecidos em lei. A opção do legislador deve ser saudada porque os pressupostos para a descon sideração da personalidade jurídica são tema de direito material e dessa forma não devem ser tratados pelo Código de Processo Civil.”

No entanto, não é absoluta a exigência do incidente, apesar do artigo 795, § 4º, do NCPC. É possível sua dispensa, nos casos de pedido na própria petição inicial (§ 2º, do art. 134, do NCPC). Estabeleceu-se o contraditório como obrigatório (art. 135, do NCPC), seja tradicional ou diferido. Neste caso, pode o juiz, verificando os pressupostos da tutela de urgência, deferir a antecipação dos efeitos da descon sideração. Neste caso, o contraditório não será desobedecido, conforme diz o artigo 10 do NCPC, porque será realizado posteriormente ou, como se afirmou, diferido.

Além da descon sideração clássica, novas modalidades têm sido admitidas, tais as das empresas do mesmo grupo econômico e, também, a chamada descon sideração da personalidade jurídica inversa.

A descon sideração inversa, prevista no § 2º do artigo 133, do NPCP, dá-se quando o sócio entrega em quotas ou ações todo o seu patrimônio para integrar a empresa, frustrando eventuais cobranças de obrigações assumidas fora das relações da sociedade da qual é sócio.<sup>25</sup>

Com a possibilidade do sócio utilizar a sociedade empresária para encobrir situações de responsabilidade por seus próprios bens particulares, com o fim de “esvaziar” o seu patrimônio pessoal, de modo a ocultá-lo de terceiros (vide REsp 948117/MS, Rel. Min. Nancy Andrighi, Dje 03/08/2010) é que se admite a descon sideração inversa.

O momento da proposição da descon sideração, segundo dispõe o

<sup>24</sup> NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., RJ, Forente; SP, Método, 2015, p. 142.

<sup>25</sup> PALHARES, Felipe. “A aplicação da Teoria da Descon sideração Inversa da Personalidade Jurídica à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro”. In Revista de Direito Contemporâneo, vol. 3/2015, p. 55-80, abr-jun/2015, assevera que: “a jurisprudência vêm adotando a descon sideração inversa como forma de sancionar o abuso da personalidade jurídica por parte dos sócios, que transferem seus bens pessoais para o patrimônio da sociedade, com a intenção de fraudar eventuais cobranças promovidas por seus credores pessoais”.

artigo 134 “*caput*”, do NCPC, se dá em qualquer fase do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença ou de execução de título extrajudicial. E está legitimado para a proposição as partes, ou o Ministério Público quando couber intervir no processo.

Prevalece, a nosso ver, o entendimento de que, na forma do artigo 28 do CDC, o juiz tem o dever de aplicar de ofício a desconsideração da personalidade jurídica, sempre que ocorrer uma das causas elencadas no *caput*, do NCPC, apesar da expressão “poderá” (art. 28 do CDC), devido à principiologia de proteção ao mais vulnerável, o consumidor<sup>26</sup>. Luiz Edson Facchin, em comentário anterior ao NCPC, sustentava esse entendimento de que o juiz deve aplicar de ofício este instituto.<sup>27</sup> Além do que, continua essa possibilidade da aplicação *ex officio* pelo magistrado em se tratando de relação de consumo, pois à prerrogativa legal que tem o juiz, não se agrega nenhuma condição de estar submetida a requerimento ou pedido das partes. A quaisquer das causas motivadoras da desconsideração acresça-se a necessidade de acorrer o dano ou prejuízo ao consumidor. Veja-se que a expressão “em detrimento do consumidor” determina tal exigência.

Caso o julgador não aplique de ofício a desconsideração, na relação de consumo, o interessado poderá requerê-la na oportunidade do cumprimento da sentença ou da execução do título extrajudicial, em caráter incidental conforme os dispositivos do novo Código de Processo Civil.

A decisão tem caráter de interlocutória, com a prerrogativa do exercício da modalidade recursal do Agravo (*caput* do art. 136, do NCPC). Já em segundo grau de jurisdição, da decisão do relator caberá agravo interno (parágrafo único do art. 136, do NCPC).

Ao Ministério Público no processo civil coletivo caberá intervir no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, quando não for autor, como fiscal da lei (artigo 92 do CDC).

Considerando que as normas de tutela das relações de consumo são, como já enfatizado, de ordem pública e interesse social, e com fundamento na Constituição Federal, a intervenção do Ministério Público é necessária também no processo coletivo mesmo que seja outro legitimado o seu autor.

Nos feitos de interesse meramente individual, por ser de caráter

26 No mesmo sentido, vide MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Comentado*. 3ª ed. SP, RT, 2017, nota 4 ao artigo 133, p. 279.

27 FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código do Consumidor*. p. 103.

patrimonial o interesse na desconsideração da personalidade jurídica, dispensa-se a intervenção do Ministério Público, a não ser nas situações em que, por força de lei, deva intervir (artigos 178 e 179)<sup>28 29</sup>.

## 10. CONCLUSÕES

Para efeito de conclusões, extraem-se duas principais, consideradas importantes na atuação do Ministério Público:

- a) A desconsideração da personalidade jurídica pode ser iniciada e deferida *ex officio* quando se tratar de direito do consumidor, dado o princípio da vulnerabilidade do sistema, sabidamente de ordem pública e interesse social, em antecipação da tutela, cujo contraditório seja sempre exercido, mesmo que diferido;
- b) O Ministério Público no processo civil coletivo deve atuar no incidente de desconsideração da personalidade jurídica como fiscal da lei, caso não seja autor, somente cabendo sua dispensa nos processos patrimoniais e individualizados, que não exijam a obrigatoriedade de intervenção disposta no artigo 179 do NCPC.

## 11. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALBERTON, Genacéia da Silva. *A desconsideração da personalidade jurídica no código de defesa do consumidor – aspectos processuais*, in Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, nº 7, p. 7-29, jul-set/93.

CALVO, Adriana Carrera. *Desconsideração da pessoa jurídica no Direito do Trabalho*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 616, 16 mar. 2005. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/6448/desconsideracao-da-pessoa-juridica-no-direito-do-trabalho>, com Acesso em 05 de abril 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de Direito Comercial*. 8ª edição, Saraiva, São Paulo, 2004.

DENARI, Zelmo. *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 7ª ed., Forense Universitária, Rio de Ja-

28 NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*, p. 149.

29 Segundo a Carta de Belo Horizonte, tirada a partir do **IV Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis**, entre 05 e 07 de dezembro de 2014, no Enunciado 123. (art. 133): “*É desnecessária a intervenção do Ministério Público, como fiscal da ordem jurídica, no incidente de desconsideração da personalidade jurídica, salvo nos casos em que deva intervir obrigatoriamente, previstos no art. 178*”. (Grupo: Litisconsórcio e Intervenção de Terceiros). Extraído de <http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/03/Carta-de-Belo-Horizonte.pdf>, com acesso em 31/03/2017



neiro, 2001. DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. 8ª ed. atual. De acordo com o novo Código Civil, (Lei n. 10.406, de 10-1-2002), SP, Saraiva, 2002.

FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código do Consumidor*, coord. José Cretella Júnior, René Ariel Dotti; organizador Geraldo Magela Alves. Forense, Rio de Janeiro, 1992.

GARCIA, Leonardo de Medeiros. *Direito do Consumidor. Código Comentado e Jurisprudência*. Juspodvium, Salvador, 2015.

GOMES, Orlando. *Introdução ao Direito Civil*. 7ª. Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1983.

KRIGER FILHO, Domingos Afonso. *Aspectos da desconsideração da personalidade societária na Lei do Consumidor*. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo, n. 13, jan.-mar. 1995.

MARINONI, Luiz Guilherme. ARENHART, Sérgio Cruz. MITIDIERO, Daniel. *Novo Código de Processo Comentado*. 3ª ed. SP, RT, 2017.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: o Novo Regime das Relações Contratuais*. 8ª ed., SP., RT, 2016.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Novo Código de Processo Civil – Lei 13.105/2015*. 2ª ed. rev., atual. e ampl., RJ, Forense; SP, Método, 2015.

NERY JUNIOR, Nelson e NERY, Rosa. *Código Civil Anotado e Legislação Extravagante*. 10ª Edição., RT, SP, 2013.

PALHARES, Felipe. **“A aplicação da Teoria da Desconsideração Inversa da Personalidade Jurídica à luz do Ordenamento Jurídico Brasileiro”**. In Revista de Direito Contemporâneo, vol. 3/2015, p. 55-80, abr.-jun/2015

PETTER, Lafayette Josué. *Direito Econômico*. 7a. Edição, Porto Alegre, Verbo Jurídico Editora.

REQUIÃO, Rubens. *Abuso de direito e fraude através da personalidade jurídica*, in RT 803/2002. Extraído de <http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/delivery/document>, com acesso em 05.04.2017.

TOMAZETTE, Marlon. *A desconsideração da personalidade jurídica: A teoria, o Código de Defesa do Consumidor e o Novo Código Civil*, in RT 794/2001.

## **MINISTÉRIO PÚBLICO RESOLUTIVO E DINAMIZAÇÃO DO ÔNUS DA PROVA QUANTO À CONDIÇÃO ECONÔMICO-FINANCEIRA DO DEVEDOR DE ALIMENTOS**

Eduardo Cambi<sup>1</sup>

### **1. JUSTIFICATIVA**

O Ministério Público brasileiro é um canal de comunicação entre o Estado e a sociedade<sup>2</sup>. De acordo o Relatório Índice de Confiança na Justiça Brasileira, organizado pela Fundação Getúlio Vargas de São Paulo, publicado no 1º semestre de 2016, acerca do Índice de Confiança na Justiça do Brasil, o Ministério Público é a quarta instituição mais confiável do Brasil (36%), a frente do Poder Judiciário (29%) e da Polícia (25%)<sup>3</sup>. Isso demonstra que o Ministério Público já possui a confiança necessária para expandir sua forma de atuação e implantar um modelo de Ministério Público Resolutivo<sup>4</sup>.

Nesse sentido, é importante o desenvolvimento de estratégias de atuação institucional eficientes no processo civil, com objetivo de alcançar resultados que garantam a proteção integral dos vulneráveis e a

1 Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).

2 CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. São Paulo: Almedina, 2016. p. 644.

3 FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil: 1º semestre de 2016*. p. 15. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 28 fev. 2017.

4 Verificar, dentre outros: SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 45, 2001, p. 134-138; GOULART, Marcelo Pedrosa. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001. p. 28; ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 5, ago./dez. 2016, p. 157-198.

duração razoável dos processos em que o Ministério Público atua como autor ou como fiscal da ordem jurídica<sup>5</sup>.

Tal preocupação deve ser iniciada com o aperfeiçoamento do atendimento ao público. Dentre as propostas discutidas nos dias 15 e 16 de dezembro de 2016, em Curitiba, no Encontro Estadual do MPPR, sobre “Ministério Público Resolutivo”, quanto ao tema interação com a sociedade e atendimento ao público, destacam-se<sup>6</sup>: i) a estruturação do atendimento ao público não presencial, por meio de telefone (127), e-mail próprio, salas virtuais de recepção de demandas e denúncias e aplicativos para celulares, aptos a fornecer acolhida qualificada e filtrar demandas mal endereçadas; ii) a instituição de Centrais de Atendimento nas comarcas maiores, alinhadas com as Promotorias de Justiça que efetivamente darão sequência ao atendimento às demandas acolhidas; iii) a elaboração de pré-cadastro para o atendimento, preenchido pelo próprio usuário, e agendamento de horário, inclusive por meios virtuais, para atendimento presencial com o Promotor de Justiça; iv) a conformação de atendimento descentralizado em todos os municípios integrantes da comarca, procurando priorizar os aspectos coletivos das demandas.

Em âmbito nacional, o Ministério Público do Estado do Espírito Santo venceu o Prêmio CNMP 2016, na categoria Tecnologia da Informação, com o projeto APP MPES Mobile. Desenvolveu uma ferramenta para *smartphones* e *tablets* para facilitar a comunicação com o cidadão. Ele possibilita que se faça, a qualquer hora, denúncias por chat (semelhante ao *whatsapp*), consultar a localização da Promotoria de Justiça mais próxima, verificar processos, publicações, notícias, além de conhecer mais sobre a instituição.

Ademais, o Ministério Público do Estado do Acre, nessa mesma categoria do Prêmio CNMP 2016, ficou em 3º lugar com a produção do software do Centro de Atendimento ao Cidadão, que é um sistema de acompanhamento dos atendimentos públicos, com o armazenamento do histó-

5 Aliás, esta última preocupação (assegurar a duração razoável dos processos) é uma das premissas da Carta de Brasília, assinada pelos Corregedores-Gerais do Ministério Público, durante o 7º Congresso Brasileiro de Gestão do Ministério Público, realizado entre 21 e 23 de setembro de 2016. Cfr. CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajudicial* pelas Corregedorias do Ministério Público. p. 03. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA\\_DE\\_BRAS%C3%8DLIA.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRAS%C3%8DLIA.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2017.

6 MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Ministério Público Resolutivo*. Disponível em: <[http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/MPResolutivo/Categorias\\_MP\\_Resolutivo.pdf](http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/MPResolutivo/Categorias_MP_Resolutivo.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

rico de cada cidadão, o que resultou em maior segurança e agilidade no serviço prestado pelo MP<sup>7</sup>.

Deve ser acrescido que a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), ao dispor sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro, salientou, no art. 1º, que “*entende-se por atuação resolutiva aquela por meio da qual o membro, no âmbito de suas atribuições, contribui decisivamente para prevenir ou solucionar, de modo efetivo, o conflito, 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 para a resolução extrajudicial ou judicial dessas situações*”.

Com efeito, as unidades do Ministério Público devem estar abertas e acessíveis à população, para poderem realizar, cotidianamente, atendimento ao público, ouvindo suas reclamações, informando sobre os seus deveres e direitos e, quando é o caso, adotar as medidas extrajudiciais ou judiciais adequadas e que assegurem a mais rápida tutela jurídica.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

Grande parte das questões levadas pela população ao Ministério Público versa sobre Direito de Família. Conforme levantamento da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (Subplan) do Ministério Público do Paraná, extraída do “Módulo Atendimento” contido no sistema PRO-MP, entre os meses de abril e maio de 2016, foram realizados 12.536 atendimentos à população pelas Promotorias de Justiça em todo o Estado. Desse total, aproximadamente 40% se referiam a questionamentos sobre Direito de Família, em especial a pedidos de orientação sobre pensão alimentícia, guarda de filhos, direito de visita, investigação de paternidade, partilha de bens etc<sup>8</sup>.

7 CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. *Prêmio CNMP 2016: Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2016. p. 43-45.

8 CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. Paraná - MP-PR lança hotsite especial sobre Direito de Família com informações sobre o tema à população. Disponível em: <<http://www.cnpj.org.br/index.php/noticias-outros-mps/36-mppr/6572-parana-mp-pr-lanca-hotsite-especial-sobre-direito-de-familia-com-informacoes-sobre-o-tema-a-populacao>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

Vale destacar que a enorme demanda reprimida em Direito de Família, no Paraná, decorre da precariedade do atendimento realizado pela Defensoria Pública do Estado que, por não possuir estrutura suficiente e não conseguir priorizar na maioria das comarcas tais demandas, acaba por tornar o trabalho do Ministério Público, na solução dessas controvérsias, ainda mais volumoso e indispensável.

Com o intuito de promover a proteção integral dos direitos das crianças e dos adolescentes, sujeitos mais vulneráveis na sociedade<sup>9</sup>, reconhece-se ao Ministério Público a legitimidade para ajuizar ação de alimentos em favor deles, independentemente do exercício do poder familiar dos pais, ou de a criança ou do adolescente encontrar-se nas situações de risco descritas no art. 98 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ou, ainda, de quaisquer outros questionamentos acerca da existência ou eficiência da Defensoria Pública na comarca<sup>10</sup>.

Uma das maiores dificuldades para se obter sucesso na ação de alimentos, ajuizada por crianças ou adolescentes e, também, pelo Ministério Público, é demonstrar a condição econômica-financeira do devedor, especialmente quando ele não possui renda fixa.

Mesmo antes do advento do novo Código de Processo Civil, a partir de uma leitura do direito fundamental à tutela jurisdicional adequada e efetiva (art. 5º, inc. XXXV, CF), as técnicas de inversão do ônus da prova não eram exclusivas do Código de Defesa do Consumidor e poderiam ser utilizadas em outros casos, ainda que a vulnerabilidade ou a hipossuficiência não fossem os únicos marcos para a dinamização e desde que uma das partes tivesse melhores condições de provar os fatos juridicamente relevantes e pertinentes que o adversário<sup>11</sup>.

Tal possibilidade foi consagrada no art. 373, § 1º, do NCPC, ao contemplar a teoria das cargas probatórias dinâmicas, em oposição a distribui-

9 “Como ensina von Hippel, a criança é um exemplo de vulnerável, desde o seu nascimento até mesmo durante o seu desenvolvimento necessita de ajuda e cuidados para sobreviver. No caso da criança, a vulnerabilidade é um estado a priori, considerando que vulnerabilidade é justamente o estado daquele que pode ter um ponto fraco, uma ferida (vulnus), aquele que pode ser “ferido” (vulnerare) ou é vítima facilmente” (MARQUES, Cláudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012. p. 129).

10 BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1265821/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 04/09/2014.

11 CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §1º e 2º do NPC. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 257; HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2010. p. 119.

ção estática do ônus da prova.

O art. 333 do Código de Processo Civil de 1973 afirmava que caberia ao autor provar o fato constitutivo de seu direito, enquanto competia ao réu, à existência dos fatos impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Essa redação foi reproduzida no art. 373, incs. I e II, do novo Código de Processo Civil. Com efeito, a distribuição estática da prova permanece como regra no sistema processual brasileiro.

Esse modelo de estruturação do ônus da prova não leva em consideração a dificuldade real das partes produzirem a prova, tornando muito mais onerosa à posição do demandante que, se não consegue demonstrar o fato constitutivo de seu direito, está fadado a não obtenção da tutela jurisdicional.

Para atenuar o rigorismo da distribuição estática da prova, que impedia ou dificultava a proteção do direito fundamental à tutela jurisdicional eficiente e adequada às necessidades do direito material<sup>12</sup>, o art. 373 do NCPC, apesar de manter o disposto no art. 333 do CPC-73, evoluiu para contemplar, também, a distribuição dinâmica do ônus da prova.

A introdução da teoria das cargas dinâmicas das provas, no ordenamento processual brasileiro, atende a perspectiva metodológica da instrumentalidade do processo, promove a igualdade em sentido substancial e contempla os novos anseios da sociedade contemporânea. Isso porque a distribuição estática da prova não levava em consideração as circunstâncias reais do caso a ser julgado, mas apenas a posição abstrata das partes e a natureza do fato a ser provado<sup>13</sup>.

A distribuição da prova é dinâmica, em razão do *onus probandi* poder ser atribuído a parte que, pelas circunstâncias do caso concreto, estiver em melhores condições para produzir a prova<sup>14</sup>. Por isso, é irrelevante a natureza do fato (isto é, se constitutivo, impeditivo, modificativo ou extintivo de direito), posto que o importante é que o órgão judicial verifique qual das partes está em melhores condições para suportar o ônus da prova<sup>15</sup>. O juiz pode inverter ou atenuar *onus probandi* para

12 CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. Cit. p. 287-320.

13 SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Júnior. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 212-214.

14 HIGINO NETO, Vicente. Op. cit. p. 210.

15 “(...) a presente teoria, ao permitir a distribuição dinâmica do ônus da prova, rompe a tradição de estabelecimento prévio e abstrato do ônus da prova, desconsidera a posição da parte na relação processual, não importando se o indivíduo

que a parte juridicamente hipossuficiente não fique prejudicada, após considerar a dinâmica – fática, axiológica e normativa – presente no caso concreto<sup>16</sup>. Afinal, a dinamização do ônus da prova não se dá de forma prévia e abstrata, mas depende de decisão judicial fundamentada (*ope iudicis*).

Dessa maneira, a teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova valoriza o papel do juiz na gestão da prova<sup>17</sup>, reduz as desigualdades entre as partes, promove a colaboração dos sujeitos processuais e contribui para a efetividade da prestação jurisdicional, já que a justiça da decisão depende da correta reconstrução dos fatos pertinentes e relevantes para o julgamento da causa<sup>18</sup>.

---

*figura como autor ou requerido, bem como a diferenciação dos fatos em constitutivos, impeditivos, modificativos ou extintivos, enfatizando e priorizando os fatos e circunstâncias concretas da demanda e aquela parte que efetivamente se encontra em melhores condições de produzir determinada prova”* (COUTO, Camilo José D’Ávila. *Ônus da prova no novo Código de Processo Civil: dinamização – teoria e prática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016. p. 99-100).

16 CAMBI, Eduardo. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §1º e 2º do NPC. Cit. p. 251.

17 LACERDA, Maria Francisca dos Santos. Ativismo-cooperativo na produção de provas: garantia de igualdade das partes no processo civil. São Paulo: Ltr, 2012. p. 70; THAMAY, Renan Faria Krüger; LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Primeiras Reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC/2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 418.

18 “(...) 2. O regime geral, ou comum, de distribuição da carga probatória assenta-se no art. 333, caput, do Código de Processo Civil. Trata-se de modelo abstrato, apriorístico e estático, mas não absoluto, que, por isso mesmo, sofre abrandamento pelo próprio legislador, sob o influxo do ônus dinâmico da prova, com o duplo objetivo de corrigir eventuais iniquidades práticas (a probatio diabólica, p. ex., a inviabilizar legítimas pretensões, mormente dos sujeitos vulneráveis) e instituir um ambiente ético-processual virtuoso, em cumprimento ao espírito e letra da Constituição de 1988 e das máximas do Estado Social de Direito. 3. No processo civil, a técnica do ônus dinâmico da prova concretiza e aglutina os cânones da solidariedade, da facilitação do acesso à Justiça, da efetividade da prestação jurisdicional e do combate às desigualdades, bem como expressa um renovado *due process*, tudo a exigir uma genuína e sincera cooperação entre os sujeitos na demanda. 4. O legislador, diretamente na lei (= *ope legis*), ou por meio de poderes que atribui, específica ou genericamente, ao juiz (= *ope iudicis*), modifica a incidência do onus probandi, transferindo-o para a parte em melhores condições de suportá-lo ou cumpri-lo eficaz e eficientemente, tanto mais em relações jurídicas nas quais ora claudiquem direitos indisponíveis ou intergeracionais, ora as vítimas transitem no universo movedição em que convergem incertezas tecnológicas, informações cobertas por sigilo industrial, conhecimento especializado, redes de causalidade complexa, bem como danos futuros, de manifestação diferida, protraída ou prolongada. (...)” (BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJE 28/02/2012).

Porém, a técnica da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ser aplicada de forma subsidiária à regra geral de que incumbe ao autor demonstrar o fato constitutivo de seu direito, enquanto ao réu cabe comprovar o fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 373, incs. I e II, CPC). Isso porque dinamização do ônus da prova não invalida a distribuição estática, a qual pode funcionar adequadamente na grande maioria dos processos<sup>19</sup>. Em outras palavras, apenas se no caso concreto a distribuição estática gerar onus probandi excessivo para uma das partes, em detrimento da outra que tem melhores condições de demonstrar os fatos jurídicos relevantes ao julgamento da causa, é que o juiz, mediante decisão fundamentada, inverterá ou atenuará o ônus da prova.

Nas ações de alimentos, é possível o juiz, a pedido das partes, do Ministério Público ou mesmo de ofício, dinamizar o ônus da prova, a fim de invertê-lo para que as reais possibilidades de ganhos financeiros do alimentante sejam demonstradas pelo réu, quando ele estiver em melhores condições de produzir a prova. Isso torna o processo mais igualitário, quando o alimentando é parte vulnerável ou hipossuficiente e possui dificuldades maiores em se desincumbir do ônus da prova do fato constitutivo de seu direito.

Afinal, a inversão do ônus da prova é uma técnica processual que visa proteger o litigante que teria excessiva dificuldade na produção da prova (v.g., as condições econômico-financeiras do devedor de alimentos, por ser profissional liberal ou não ter renda fixa) ou para oferecer proteção à parte que, na relação jurídica substancial, está em posição de desigualdade (vulnerável)<sup>20</sup>.

Com efeito, a inversão do ônus da prova não deve limitar-se somente às hipóteses expressamente previstas em lei, como as relações de consumo, mas também a todos os outros casos onde se verificar necessidade de igualar as partes, para que uma delas não tenha um ônus maior do que a outra a ponto de obstaculizar a efetivação do direito material.

Essa possibilidade pode ser aplicada ao processo de alimentos, pois o autor deve indicar na petição inicial as suas necessidades, bem como as condições econômico-financeiras do alimentante. Porém, não raro, a parte requerente sequer tem contato com o adversário processual, não tendo acesso ou conhecimento sobre todas as suas reais possibilidades financeiras.

19 MACÊDO, Lucas Buril de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2ª ed. Salvador: Juspodivm, 2016. p. 170-171.

20 CAMBI, Eduardo. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014. p. 169.

No caso de crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, é possível presumir a sua vulnerabilidade que, aliada a hipossuficiência (isto é, a excessiva dificuldade ou a impossibilidade de demonstrar os rendimentos do demandado), pode ensejar a incidência do art. 373, § 1º, do CPC.

Logo, por força do art. 1.046, § 2º, do CPC, na ausência de regra expressa na Lei 5.478/68, as regras de dinamização do ônus da prova contidas no novo CPC devem ser aplicadas supletivamente ao processo de alimentos.

Acresce-se que a indisponibilidade dos direitos aos alimentos não é óbice para a dinamização do ônus da prova, já que o *quantum* pode ser matéria de autocomposição entre as partes<sup>21</sup>, o que inclui a possibilidade de convenção processual em que se acorde sobre a inversão do *onus probandi* (arts. 190 e 373, §§ 3o e 4º, CPC).

A possibilidade de dinamização do ônus da prova nas ações de alimentos não exonera, todavia, o autor de demonstrar a existência da obrigação, ou seja, o vínculo de parentesco com o réu<sup>22</sup>. A necessidade de alimentos deve ser provada, apenas, se o alimentante for maior de idade, pois, se ainda for criança ou adolescente, tal necessidade é presumida<sup>23</sup>. Ainda, nas ações cuja causa de pedir (fundamento da obrigação alimentícia) seja o casamento ou a união estável, o demandante precisa comprovar a necessidade de alimentos.

Além disso, é importante que o autor do pedido de alimentos informe sobre a situação econômica-financeira do réu (v.g., sua profissão, prováveis ganhos, modo e qualidade de vida, se possui patrimônio etc.).

Essas alegações são suficientes para que o juiz determine os alimentos

21 Atente-se que, não obstante seja possível acordo extrajudicial ou judicial sobre o valor da pensão alimentícia, com a consequente desistência da ação de alimentos, é obrigatória a intervenção do Ministério Público, antes da resolução do processo pelo art. 485, inc. VIII, do CPC, quando estejam envolvidos interesses de incapazes (art. 178, inc. II, CPC), sob pena de nulidade da sentença que vier a prejudicá-los. Cfr. BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 896.310/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR, QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009.

22 SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade às ações de alimentos. *Revista dos tribunais*, vol. 943, jun./2014, p. 171.

23 “Alimentos. Fixação que obedeceu ao binômio necessidade/possibilidade. Inversão do ônus da prova. Necessidades do menor presumidas. Sentença de procedência mantida. Recursos improvidos” (BRASIL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Ap 671.685.4/9, Santo André, 8.ª Câmara de Direito Privado, Apelantes/Apelados: C.B.O. e D.B.O., j. 25.11.2009).

provisórios.

Por outro lado, cabe ao demandado demonstrar qual é a sua condição econômica-financeira. Nesse sentido, salienta-se a 37ª Conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul: “*Tratando-se de alimentos, é do alimentante o ônus de fazer prova sobre suas possibilidades*”<sup>24</sup>.

Caso o réu não comprove a sua real situação financeira, tal situação não pode prejudicar o alimentando<sup>25</sup>. O magistrado não está adstrito às alegações trazidas pelo devedor de alimentos para a fixação da pensão alimentícia. A ausência de provas suficientes quanto a real situação econômica-financeira do réu não pode redundar na fixação de alimentos em montante insignificante, cabendo ao juiz confrontar as alegações do autor – isto é, as suas necessidades, com o contexto econômico-financeiro apresentado (v.g., a profissão, prováveis ganhos, modo e qualidade de vida, patrimônio etc. do devedor de alimentos) – com os argumentos e meios de prova trazidos ou omitidos pelo réu, já que o silêncio, a ausência de sinceridade e a má-fé não podem beneficiá-lo, em razão do que estabelece os arts. 5o (boa-fé objetiva) e 6o (colaboração processual) do CPC.

Ainda, a 39ª Conclusão do Centro de Estudos do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul prevê que a pretensão da ação de alimentos é estimativa; ou seja, havendo elementos a posteriori nos autos de que o alimentante tem condições superiores, até mesmo as que foram postuladas, deve ser arbitrado valor maior, sem que isso caracterize julgamento *ultra petita*, com a seguinte justificativa: “*O autor de uma ação de alimentos não dispõe, de regra, de elementos seguros de prova acerca da possibilidade do demandado. Assim, justifica-se que a pretensão alimentar, em casos tais, possua caráter meramente estimativo, que restará melhor precisado com a dilação probatória que se vier a produzir. Nestas condições, a even-*

24 “Apelação cível. União estável. Alimentos. Ausência de prova da alegada impossibilidade de arcar com os alimentos no valor fixado. Ônus do alimentante. Conclusão n. 37 do centro de estudos deste Tribunal. O apelante sustenta que não tem condições de pagar alimentos aos dois filhos menores no valor 50% do salário mínimo, alegando desemprego. Todavia, pela sua carteira de trabalho, a última contratação se deu em 1996, não se mostrando razoável supor que esteve desempregado em todo este período - até porque o casal litigante teve cinco filhos e ele manifestou interesse de, na partilha, ficar com o caminhão, que disse ser seu instrumento de trabalho A propósito do ônus da prova, dispõe a Conclusão n. 37 do Centro de Estudos deste Tribunal que em ação de alimentos é do réu o ônus da prova acerca de sua impossibilidade de prestar o valor postulado. Negaram provimento. Unânime” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ApCiv 70057145740, 8.ª Câmara, j. 05.12.2013, rel. Luiz Felipe Brasil Santos).

25 SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. Op. cit. p. 172-3.

*tual concessão de alimentos em montante superior ao que foi postulado ao início, não constituirá, na espécie, julgamento ultra petita”.*

Além disso, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu que, para os casos em que o alimentante ou réu não faz nenhuma prova quanto as condições econômico-financeiras, o correto é a aplicação do valor postulado na petição inicial<sup>26</sup>.

Por fim, a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova, por força da parte final do art. 373, § 1º, do CPC, depende de decisão fundamentada, a ser proferida, preferencialmente, no momento do saneamento e da organização do processo (art. 357, inc. III, CPC), mas sempre antes da sentença. Dessa forma, o art. 373, § 1º, do CPC não pode ser usado como regra de julgamento<sup>27</sup>, já isso implicaria no prejulgamento da causa pela violação do direito constitucional à prova contrária<sup>28</sup>.

A inversão do *onus probandi* realizada na sentença viola a garantia do contraditório efetivo (arts. 5º, inc. LV, CF e 7º/CPC), o que, além de poder causar surpresa à parte prejudicada, retira dela a oportunidade de se desincumbir do ônus que lhe foi atribuído, acarretando a nulidade da decisão judicial por cerceamento de defesa.

### 3. CONCLUSÕES

Diante do exposto, conclui-se que:

**a)** é indispensável o desenvolvimento de estratégias de atuação institucional eficiente no processo civil, com objetivo de alcançar resultados que garantam a proteção integral dos vulneráveis e a duração razoável dos processos em que o Ministério Público atua como autor ou como fiscal da ordem jurídica;

**b)** a introdução da teoria das cargas dinâmicas das provas, no art. 373, § 1º, do novo Código de Processo Civil, atende a perspectiva metodológica da instrumentalidade do processo, promove a igualdade em sentido substancial e contempla os novos anseios da sociedade contemporânea;

<sup>26</sup> “Quando o alimentante não faz absolutamente nenhuma prova sobre suas possibilidades, é de rigor fixar os alimentos no valor postulado na inicial (que no caso não é excessivo). *Deram provimento*” (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, AC 70044321248, 8ª C. Cível, Rel. Rui Portanova j. 24/11/2011).

<sup>27</sup> CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 1999. p. 142-143.

<sup>28</sup> CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 373 do CPC. In: *Código de processo civil comentado*. Coord. José Sebastião Fagundes Cunha, Antônio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: RT, 2015. p. 646-657.

**c)** por força do art. 1.046, § 2º, do CPC, na ausência de regra expressa na Lei 5.478/68, as regras de dinamização do ônus da prova contidas no novo CPC devem ser aplicadas supletivamente ao processo de alimentos;

**d)** nos processos de alimentos envolvendo crianças e adolescentes, idosos e pessoas com deficiência, é possível presumir a sua vulnerabilidade de que, aliada a hipossuficiência (isto é, a excessiva dificuldade ou a impossibilidade de demonstrar os rendimentos do demandado), devem ensejar a aplicação do art. 373, § 1º, do CPC;

**e)** o Ministério Público, quando for autor da ação de alimentos ou nela intervir como fiscal da ordem jurídica (art. 178/CPC), deve requerer a dinamização do ônus da prova, para que as condições econômico-financeiras sejam demonstradas pelo devedor de alimentos, quando for impossível ou excessivamente difícil cumprir o encargo nos termos do art. 373, caput, do CPC, a fim de evitar que não sejam concedidas pensões alimentícias irrisórias ou que agravem a desproporcionalidade entre as necessidades do reclamante e os recursos da pessoa obrigada (art. 1.694, § 1º, do Código Civil);

**f)** a aplicação da teoria da distribuição dinâmica do ônus da prova deve ocorrer por decisão fundamentada, preferencialmente, no momento do saneamento e da organização do processo (art. 357, inc. III, CPC), mas sempre antes da sentença, uma vez que o art. 373, § 1º, do CPC não é regra de julgamento e, se aplicado na sentença, prejudica o direito constitucional à prova contrária, ao violar a garantia fundamental do contraditório efetivo (arts. 5º, inc. LV, CF e 7º/CPC), o que acaba por acarretar a nulidade da decisão judicial por cerceamento de defesa.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

ALMEIDA, Gregório Assagra. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. *Revista jurídica do MPPR*, vol. 5, ago./dez. 2016.

BRASIL, SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, REsp 1265821/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 14/05/2014, DJe 04/09/2014.

\_\_\_\_\_. REsp 883.656/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/03/2010, DJe 28/02/2012.

\_\_\_\_\_. REsp 896.310/RS, Rel. Ministro ALDIR PASSARINHO JUNIOR,

QUARTA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009.

CAMBI, Eduardo. *Direito constitucional à prova no processo civil*. São Paulo: RT, 1999.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito probatório*. Curitiba: Juruá, 2014.

\_\_\_\_\_. Comentários ao art. 373 do CPC. In: *Código de processo civil comentado*. Coord. José Sebastião Fagundes Cunha, Antônio César Bochenek e Eduardo Cambi. São Paulo: RT, 2015.

\_\_\_\_\_. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Almedina, 2016.

\_\_\_\_\_. Teoria das Cargas Probatórias Dinâmicas (Distribuição Dinâmica do ônus da Prova) – exegese do artigo 373, §1º e 2º do NPC. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Prêmio CNMP 2016: *Ministério Público, um projeto, muitas conquistas: projetos premiados*. Brasília: CNMP, 2016.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Carta de Brasília: modernização do controle da atividade extrajurisdicional pelas Corregedorias do Ministério Público. p. 03. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA\\_DE\\_BRAS%C3%8DLIA.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/CARTA_DE_BRAS%C3%8DLIA.pdf)>. Acesso em: 27 fev. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE PROCURADORES-GERAIS DE JUSTIÇA. Paraná - MP-PR lança hotsite especial sobre Direito de Família com informações sobre o tema à população. Disponível em: <<http://www.cnpg.org.br/index.php/noticias-outros-mps/36-mppr/6572-parana-mp-pr-lanca-hotsite-especial-sobre-direito-de-familia-com-informacoes-sobre-o-tema-a-populacao>>. Acesso em: 28 fev. 2017.

COUTO, Camilo José D'Ávila. *Ônus da prova no novo Código de Processo Civil: dinamização – teoria e prática*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FUNDAÇÃO GETÚLIO VARGAS. *Relatório ICJ Brasil*: 1º semestre de 2016. p. 15. Disponível em: <[http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bits-tream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil\\_1\\_sem\\_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bits-tream/handle/10438/17204/Relatorio-ICJBrasil_1_sem_2016.pdf?sequence=1&isAllowed=y)>. Acesso em: 28 fev. 2017.

GOULART, Marcelo Pedroso. Missão Institucional do Ministério Público. *Revista Jurídica da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo*, São Paulo, n. 1, 2001.

HIGINO NETO, Vicente. *Ônus da prova*. Curitiba: Juruá, 2010.

LACERDA, Maria Francisca dos Santos. *Ativismo-cooperativo na produção de provas: garantia de igualdade das partes no processo civil*. São Paulo: Ltr, 2012.

MACÊDO, Lucas Buri de; PEIXOTO, Ravi. *Ônus da prova e sua dinamização*. 2º ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

MARQUES, Claudia Lima; MIRAGEM, Bruno. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: RT, 2012.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. *Ministério Público Resolutivo*. Disponível em: <[http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/MPResolutivo/Categorias\\_MP\\_Resolutivo.pdf](http://www.planejamento.mppr.mp.br/arquivos/File/MPResolutivo/Categorias_MP_Resolutivo.pdf)>. Acesso em: 28 fev. 2016.

SILVA, Cátia Aida. Promotores de justiça e novas formas de atuação em defesa de interesses sociais e coletivos. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, vol. 16, n. 45, 2001.

SILVA, Jaqueline Mielke; SALVAGNI, Angélica. A teoria da carga dinâmica da prova e sua aplicabilidade às ações de alimentos. *Revista dos tribunais*, vol. 943, jun./2014.

SILVEIRA, Bruna Braga da. A distribuição dinâmica do ônus da prova no CPC-2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Júnior. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

THAMAY, Renan Faria Krüger; LIMA, Marcelo Chiavassa de Mello Paula. Primeiras Reflexões sobre a atuação ativa do juiz no direito probatório: análise do CPC/2015. In: *Direito probatório*. Coord. William Ferreira Santos, Marco Félix Jobim e Fredie Didier Jr. 2ª ed. rev. atual. e ampl. Salvador: Juspodivm, 2016.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, ApCiv 70057145740, 8.ª Câ. Civ., j. 05.12.2013, rel. Luiz Felipe Brasil Santos.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RIO GRANDE DO SUL, AC 70044321248, 8ª C. Cível, Rel. Rui Portanova j. 24/11/2011.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Ap 671.685.4/9, Santo André, 8.ª Câmara de Direito Privado, Apelantes/Apelados: C.B.O. e D.B.O., j. 25.11.2009.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, AC 990.10.062944-1, Rel. Caetano Lagrasta. J. 07/04/2010.



**Roberto Pilotto**

Arquiteto atuante no Departamento de Engenharia e Arquitetura -  
Subprocuradoria Geral de Justiça para Assuntos Administrativos.

## POSSIBILIDADES DE SOLUÇÃO EXTRAJUDICIAL DE CONFLITOS NA ÁREA DA PROTEÇÃO AO PATRIMÔNIO PÚBLICO E DA TUTELA DA PROBIDADE ADMINISTRATIVA

Cláudio Smirne Diniz<sup>1</sup>

Eduardo Cambi<sup>2</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO DO TEMA

Há nítida preferência do Novo Código de Processo Civil pela solução consensual dos conflitos (NCPC, art. 3º, § 1º, e art. 42), para o que se destacam a conciliação, a mediação e outros métodos afins, os quais deverão ser estimulados, inclusive por parte do Ministério Público (NCPC, art. 3º, § 3º).

Nesse mesmo direcionamento, estabelece a nova legislação processual ser incumbência do juiz promover a autocomposição (NCPC, art. 139, V), além de dispor sobre os conciliadores e mediadores judiciais (NCPC, art. 165 a 175). Prevê expressamente a audiência de conciliação ou de mediação (NCPC, art. 334), não sendo esta realizada apenas em duas hipóteses: i) se ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual; e, ii) quando não se admitir a autocomposição (NCPC, art. 334, § 4º).

Ainda com esse mesmo propósito, o art. 174 do NCPC prescreve que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão instituir câmaras de conciliação, na esfera administrativa, para dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades administrativas, avaliar a admissibilidade de solução de conflitos por meio de conciliação e promover, quando for o caso, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Designado para a Assessoria de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

<sup>2</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná. Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça do Paraná. Coordenador do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF) do Ministério Público do Paraná. Membro colaborador da Comissão de Direitos Fundamentais do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP). Pós-doutor em Direito pela Università degli Studi di Pavia. Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) e da Universidade Paranaense (UNIPAR).



A implantação dos meios alternativos de solução dos conflitos vai além da sua previsão formal no Código de Processo Civil. É imprescindível, para o sucesso das medidas adotadas no NCPC, a construção de uma *política* integrada de valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos de interesses, com o envolvimento de todos os atores do sistema de justiça (Poder Judiciário, Ministério Público, Defensoria Pública, Ordem dos Advogados do Brasil, Ministério da Justiça, Advocacia-Geral da União, Procuradorias dos Estados e dos Municípios, etc.).

Nesse sentido, destaca-se o II Pacto Republicano, consistente na coesão dos três poderes da República (Legislativo, Executivo e Judiciário), em torno de pautas jurídicas consensuais, em benefício do acesso à justiça e de sua efetividade, assinado em 13.04.2009, que, dentre os compromissos assumidos, incluiu o fortalecimento da mediação e da conciliação, para estimular a resolução dos conflitos por meios autocompositivos, voltados à maior pacificação social e à menor judicialização.

No ano seguinte, o Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução nº 125, de 29.11.2010, que criou a Política Judiciária de Tratamento Adequado de Conflitos.

O Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), seguindo na mesma direção, publicou a Resolução nº 118, de 01.12.2014, para estabelecer, no âmbito institucional, a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição.

Neste ato normativo do CNMP, vale destacar as seguintes regras:

Art. 1º. Fica instituída a Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público, com o objetivo de assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição.

Parágrafo único. Ao Ministério Público brasileiro incumbe **implementar e adotar mecanismos de autocomposição**, como a negociação, a mediação, a conciliação, o processo restaurativo e as convenções processuais, bem assim prestar atendimento e orientação ao cidadão sobre tais mecanismos.

Art. 2º Na implementação da Política Nacional descrita no artigo 1º, com vista à boa qualidade dos serviços, à disseminação da cultura de pacificação, **à redução da litigiosidade, à satisfação social**, ao empoderamento social e ao **estímulo de soluções consensuais**, serão observados:

[...]

IV – **a valorização do protagonismo institucional na obtenção de**

**resultados socialmente relevantes que promovam a justiça de modo célere e efetivo.**

[...]

Art. 8º A **negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988)** [...].

No 7º Congresso de Gestão do Ministério Público, promovido pelo CNMP, realizado entre os dias 21 e 23 de setembro de 2016, foi editada a “Carta de Brasília”, com Diretrizes aos membros do Ministério Público (item 2), valendo destacar:

a) Adoção, pelos membros da Instituição, como agentes políticos, de **postura proativa que valorize e priorize atuações preventivas, com antecipação de situações de crise**, exigindo-se, para tanto:

- clareza sobre o desenvolvimento das disputas que se travam na sociedade em torno dos objetos de intervenção do Ministério Público;
- capacidade de articulação política, sobretudo no que tange à formação de alianças e identificação dos campos conflituosos;
- autoridade para mediar demandas sociais (capacidade para o exercício de liderança a partir da força do melhor argumento em defesa da sociedade);
- capacidade de diálogo e de consenso;
- senso de oportunidade para o desencadeamento das intervenções que levem em consideração as situações de lesão ou de ameaças aos direitos fundamentais;

b) **Adoção de postura resolutiva amparada no compromisso com ganhos de efetividade na atuação institucional**, exigindo-se, para tanto:

- atuação atrelada à proteção e à efetivação dos direitos e das garantias fundamentais;
- realização de pesquisas e investigações exaustivas sobre os fatos, em suas múltiplas dimensões e em sede procedimental, como base para a intervenção qualificada;
- uso de mecanismos e instrumentos adequados às peculiaridades de cada situação que demande o exercício das atribuições constitucionais pelo Ministério Público;
- escolha correta dos ambientes de negociação que facilitem a participação social e a construção da melhor decisão para a sociedade;
- **construção de consenso emancipador que valorize os direitos e as garantias constitucionais fundamentais;**
- **utilização racional do mecanismo da judicialização nos casos**

**em que a via não seja obrigatória e indispensável, devendo o membro analisar se realmente a judicialização é o caminho mais adequado e eficiente para o caso; [...]**

c) **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 extrajudiciais e judiciais que sejam efetivas e eficientes para evitar essa prática; [...]**.

Mais recentemente, a Recomendação nº 54, de 28 de março de 2017, do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), dispõe sobre a Política Nacional de Fomento à Atuação Resolutiva do Ministério Público brasileiro. Vale destacar o § 2º do art. 1º desta Recomendação que orienta no sentido da preferência, sempre que possível e observadas as peculiaridades do caso concreto, da resolução extrajudicial do conflito, controvérsia ou situação de lesão ou ameaça, especialmente quando essa via se mostrar capaz de viabilizar uma solução mais célere, econômica, implementável e capaz de satisfazer adequadamente as legítimas expectativas dos titulares dos direitos envolvidos, contribuindo para diminuir a litigiosidade.

Ainda, no Encontro Estadual do MPPR, realizado nos dias 15 e 16 de dezembro de 2016, a respeito do MP Resolutivo, foi deliberado pela manutenção das propostas elaboradas pelo Grupo de Trabalho, formado por representantes dos Grupos de Estudos de todas as regiões do Estado, dos Centros de Apoio, da Corregedoria-Geral e dos demais órgãos e setores da Administração, no sentido de possibilitar a realização de transação, inclusive em inquéritos que versem sobre improbidade administrativa.

Entretanto, a indagação que, naturalmente, surge diz respeito à compatibilidade entre os meios consensuais de solução de conflitos, sobretudo mediante a utilização do instituto da transação, caracterizado pela extinção de obrigações por meio de “concessões mútuas” (CC, art. 840) e o campo da proteção ao patrimônio público, submetido ao regime jurídico-administrativo, e, portanto, ao princípio da indisponibilidade do interesse público. Sob outro ângulo, indaga-se: seriam o patrimônio público e a moralidade administrativa renunciáveis? Caberia termo de ajustamento de conduta e transação em matéria de proteção ao patrimônio público?

Nota-se que a matéria encontra proibição no § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92: “É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput”. Embora a Medida Provisória 703, de 18.12.2005,

tenha revogado o mencionado dispositivo, sua vigência expirou-se e, destarte, permanece em vigor a restrição estabelecida pela Lei de Improbidade Administrativa.

Adianta-se que a jurisprudência tradicional assentou-se na restrição da transação às hipóteses que tratem de direito disponível e alienável, características inerentes aos direitos patrimoniais de caráter privado (STJ. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

Questiona-se, apesar disso, se efetivamente haveria óbice intransponível em relação à celebração de termo de ajustamento de conduta e de transação em matéria de patrimônio público. É o que se passa a analisar.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

O enfrentamento da questão necessita de adequado delineamento acerca de situações diversas que tangenciam o problema, as quais, não raras vezes, são tratadas de maneira uniforme. Aborda-se, nesse sentido, cada uma das hipóteses.

### 2.1. Atos de mera irregularidade administrativa

Primeiramente, ressalva-se que diversas situações que se constituem em ilicitude em matéria de patrimônio público, porque dotadas de pouca relevância, caracterizam-se como meras irregularidades e, portanto, não configuram ato de improbidade administrativa.

Observa-se que não se está a tratar do princípio da insignificância, pois “*mostra-se tecnicamente ilógico ou juridicamente bizarro que se pretenda seja uma conduta imoral, em grau capaz de disparar a Lei da Improbidade Administrativa, e, ao mesmo tempo, irrelevante perante o Direito*” (STJ. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010).

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que o desvio de R\$ 22.782,52, para a aquisição de gêneros alimentícios e “quentinhas”, destinados à alimentação dos profissionais e funcionários da Secretaria Municipal de Saúde, deveriam ser custeadas pelo próprio Município, e não pelo Programa de Atendimento Assistencial Básico, referente à Parte Fixa do Piso de Atenção Básica, já que não havia previsão, no Plano Municipal de Saúde, de utilização dos recursos federais para tais gastos. Entretanto, não restou evidenciado que os recursos federais foram utilizados de forma desonesta, uma vez que os gêneros alimen-

tícios acabaram sendo utilizados para a alimentação dos profissionais da saúde, funcionários e pacientes da Unidade mista de Referência do Município. Portanto, as despesas em questão reverteram-se em proveito do próprio programa, possibilitando a melhor prestação do serviço. Assim, o ato em foco constitui irregularidade formal que não representa por si só ato de improbidade ensejador da aplicação das penalidades previstas na Lei 8.429/92 (STJ. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017).

Tem-se como meras irregularidades administrativas as pequenas ilicitudes, as quais não se revestem de gravidade suficiente a ensejar a responsabilização por improbidade administrativa, sob pena, inclusive, de ocorrer a banalização do conceito, comprometendo-se, até mesmo, a credibilidade do microsistema de proteção à moralidade administrativa.

Em situações como tais, a celebração do termo de ajustamento de conduta mostra-se perfeitamente possível, pois não se estaria a dispor de quaisquer sanções da Lei de Improbidade Administrativa, uma vez que não aplicável à hipótese.

## **2.2. Atos de improbidade administrativa de pequena gravidade**

Situação diversa ocorre quando, embora caracterizado o ato de improbidade administrativa, verifica-se, diante do caso concreto, que o ilícito mostra-se de pequena monta e, dessa forma, seria possível a celebração do termo de ajustamento de conduta, sem qualquer dúvida a respeito. Isso porque a solução não se daria por meio de transação, compreendida como concessões recíprocas, mas pela fixação de sanções ao responsável pelo ato, por meio do aludido ajustamento de conduta, levando-se em consideração o postulado da proporcionalidade. Vale dizer, antecipar-se-ia, por meio de critérios objetivos, em sede de ajustamento de conduta, as sanções que seriam aplicadas caso houvesse trânsito em julgado da sentença condenatória.

Com isso, evitar-se-ia a judicialização da demanda, com economia, diminuição de tempo para a solução da questão jurídica e mais rápido ressarcimento dos danos ao erário, especialmente nos ilícitos costumadamente cometidos no âmbito da Administração Pública, em relação aos quais a jurisprudência pátria, ao interpretar a expressão “isolada ou cumulativamente” do art. 12 da Lei de Improbidade Administrativa, impõe apenas sanções pecuniárias (multa) em face do ato praticado.

Por exemplo, o Superior Tribunal de Justiça, em caso envolvendo a apropriação indevida de diárias por agente público, no valor de R\$ 375,00 (trezentos e setenta e cinco reais), considerou estar caracterizado o ato de improbidade administrativa previsto no inc. IX do art. 9º da Lei 8.429/92. Entretanto, com fundamento no princípio da razoabilidade da punição, afastou a aplicação da perda da função pública e à suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 04 (quatro) anos, reduzindo a condenação ao pagamento de multa civil correspondente à três vezes o valor das diárias apropriadas indevidamente, além do ressarcimento do dano causado ao erário (STJ. REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011).

Nessa perspectiva, o inc. I do art. 2º da Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, prevê a celebração do termo de ajustamento de conduta para a “aplicação célere e proporcional das respectivas sanções, nos atos que possam ser considerados como de menor potencial ofensivo, assim considerados aqueles em que, com base nos princípios da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência, a aplicação de sanções reduzidas, seja sob o aspecto quantitativo, seja sob o aspecto qualitativo, mostre-se suficiente para sua prevenção e repressão”.

## **2.3. Transação e indisponibilidade de direitos**

Paralelamente a isso, no âmbito do patrimônio público, vivencia-se momento de rediscussão sobre o entendimento da vedação da transação em matéria de proteção ao patrimônio público, considerando que esta constitui-se em “concessões mútuas” (CC, art. 840).

Questiona-se se tal prática não seria contraposta ao princípio basilar do regime jurídico-administrativo, pelo qual o interesse público é indisponível e, portanto, não passível de transação. Compreende-se como direitos indisponíveis aqueles que, em virtude do regime jurídico, mostram-se irrenunciáveis, a exemplo do patrimônio público e da moralidade administrativa.

O cabimento da transação pressupõe a definição da natureza jurídica dos direitos, especialmente em relação à sua disponibilidade. Para a visão tradicional, apenas os direitos patrimoniais disponíveis seriam passíveis de conciliação, mediação ou transação e, ainda, submeter-se-iam à arbitragem. O próprio Código Civil restringe a transação aos direitos patrimoniais de caráter privado (art. 841).

A jurisprudência assim destaca:

Segundo o disposto nos arts. 840 e 841 do novo CC, a transação que previne ou põe fim ao litígio tem como características: (i) a existência de concessões recíprocas entre as partes, o que pressupõe se tratar de direito disponível e alienável; (ii) ter por objeto direitos patrimoniais de caráter privado, e não público. Assim, *in casu*, por se tratar de direito indisponível, referente a dinheiro público, é manifestamente ilegítima a transação pecuniária homologada em primeiro grau. (STJ. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012).

É bem verdade que a indisponibilidade acerca da probidade administrativa consta expressamente da Lei: “*É vedada a transação, acordo ou conciliação nas ações de que trata o caput*” (LIA, art. 17, § 1o). Pondera-se, todavia, que novos componentes devem ser trazidos ao debate, os quais bem demonstram que as inovações introduzidas no ordenamento jurídico conduzem a certa relativização do princípio da indisponibilidade do interesse público. Exemplifica-se o que se está a dizer:

**1. Juizados Especiais Criminais.** O art. 76 da Lei 9.099/95 prevê, expressamente, hipótese de direitos indisponíveis que admitem transação, ao permitir que o Ministério Público, nos crimes de ação penal pública incondicionada ou condicionada (quando houver a representação), desde que não seja caso de arquivamento e que não estejam presentes os óbices previstos no § 2º do art. 76, proponha a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa para as infrações penais de menor potencial ofensivo (art. 61 da Lei 9.099/95, com a redação da Lei 11.313/2006).

**2. Juizados Especiais Federais.** O parágrafo único do art. 10 da Lei 10.259/01, que regula os Juizados Especiais Federais, autoriza os “*representantes judiciais da União, autarquias, fundações e empresas públicas federais*” a conciliar, transigir ou desistir nos processos de competência do JEF.

**3. Advocacia-Geral da União.** A Lei 9.469/97 (com a redação dada pela Lei 11.941/09) concedeu poder ao Advogado-Geral da União e aos dirigentes máximos das empresas públicas federais para autorizarem a realização de acordos ou transações em juízo, ou, ainda, o não ajuizamento de ações, dependendo do valor a ser cobrado. O art. 2º da referida Lei autoriza que o Advogado-Geral da União, o Procurador-Geral Federal, os dirigentes máximos das empresas públicas ou do Banco Central do Brasil celebrem acordos, a serem homologados em juízo, relativos a débitos até o montante de cem mil reais, cuja quitação possa ocorrer

em até sessenta meses.

**4. Acordo de Leniência.** Trazido pela Lei 12.846, de 01.08.2013, a qual dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, o acordo de leniência permite sua celebração com as pessoas jurídicas que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte a identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber, assim como a obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração.

A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica da sanção administrativa de “*publicação extraordinária da decisão condenatória*” (art. 6o, II) e da sanção judicial de “*proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público*” (art. 19, IV) e reduzirá em até 2/3 o valor da multa aplicável (art. 6o, I).

**5. Arbitragem.** A Lei 13.129, de 26.05.2015, autorizou a administração – direta e indireta – a utilizar-se da arbitragem “*para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*” (art. 1º, § 1º).

**6. Mediação.** A Lei 13.140, de 26.06.2015, possibilitou a mediação como meio de solução de controvérsias entre particulares e a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública: “*Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação*” (art. 3º), destacando-se que o “*consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público*” (art. 3º, § 3º).

Nessa linha de raciocínio, apesar da indisponibilidade do conjunto de bens e direitos que integram o patrimônio público, seria de se indagar quanto à possibilidade de, por critérios de razoabilidade, proporcionalidade e eficiência, admitir-se a transação, nas hipóteses em que tal medida revele-se mais vantajosa à coletividade, sabendo-se que a aplicação da lei deve atender aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 5º).

Naturalmente, por ocasião da transação em matéria de improbidade administrativa, deve ser convencionada, para além do reconhecimento da prática do ilícito, a aplicação de uma ou mais sanções do art. 12 da

Lei 8.429/92; e, ainda, naturalmente, a recomposição do dano.

### 3. Possibilidade de celebração de transação na improbidade administrativa

O óbice às transações em matéria de improbidade administrativa, trazido pelo § 1º do art. 17 da Lei 8.429/92, pode ser enfrentado de diferentes formas.

Primeiramente, há que se considerar que a Lei da Mediação (Lei 13.140, de 26.06.2015) faz menção à composição extrajudicial dos conflitos, estendendo-a aos casos de improbidade administrativa, hipótese em que a conciliação “*dependerá da anuência expressa do juiz da causa ou do Ministro Relator*” (art. 36, § 4º). Com isso, ainda que verse sobre situações mais restritas, a Lei da Mediação passa a admitir transação em matéria de improbidade administrativa.

Também é possível sustentar que a regra contida no § 1º do art. 17 da Lei de Improbidade Administrativa, de 02.06.1992, precisa ser interpretada em conformidade com a Constituição (Lei 9.868/1999, art. 28, par. ún.), para evitar que se impeça a transação, em situações excepcionais, justificadas e previamente submetidas aos órgãos de controle do Ministério Público (Conselho Superior do Ministério Público dos Estados e Câmaras de Coordenação e Revisão, nos ramos que compõem o Ministério Público da União) para que, assim, a referida previsão seja compatibilizada com o princípio constitucional da eficiência no âmbito administrativo (art. 37, *caput*, introduzido pela Emenda Constitucional n.º 19/1998) e a garantia constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, inc. LXXVIII, trazido pela Emenda Constitucional n.º 45/2004), que não existiam, quando da promulgação referida Lei de Improbidade.

Tal exegese é reforçada pela orientação do Conselho Superior do Ministério Público de São Paulo, exposta no arquivamento do Inquérito Civil n.º 14.0555.0000113/2014-9, da Promotoria de Justiça de Osasco, ao admitir a aplicação dos “*acordos de colaboração*” aos atos de improbidade administrativa, sob os seguintes argumentos:

[...] o fundamento para a aplicabilidade do “acordo de colaboração” aos atos de improbidade administrativa é a obtenção de maior eficiência nas investigações, para própria repressão dos atos de improbidade e tutela do erário, como forma de melhor satisfação do interesse público. E, para tanto, admite-se até mesmo a relativização/mitigação do princípio da obrigatoriedade, haja vista que o interesse público e eficiência serão melhor atingidos com o “ato de

colaboração”; de que a “natureza jurídica ‘negocial’ está bem preservada. O Ministério Público, na hipótese de ‘acordo de colaboração’, possui interesse de agir mas assume compromisso de não exercer sua pretensão, ‘para melhor atenção ao interesse público e eficiência (princípios previstos constitucionalmente). Além disso, na hipótese de descumprimento do ‘acordo de colaboração’, a consequência é a propositura de ação civil de improbidade contra o colaborador”.

No mesmo sentido, o inc. II do art. 2º da Resolução nº 01, de 15.05.2017, do Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná, prevê a celebração do acordo de leniência, visando “constituir meio de obtenção de provas, em qualquer ato de improbidade administrativa (Lei 8.429/1992) ou qualquer ato praticado contra a Administração Pública (Lei 12.846/2013), desde que o beneficiado pela composição colabore efetivamente com as investigações e o processo, quando for o caso”.

De qualquer modo, o art. 17 da Lei 8.429/1992, embora traga regras especiais, notadamente quanto à fase inicial do processo (art. 17, § 7º), não é incompatível com as regras procedimentais previstas na Lei 7.347/1985, nem, tampouco, regulamentou inteiramente o procedimento aplicável aos atos de improbidade administrativa. Assim sendo, mesmo a Lei 8.429/1992 sendo posterior a Lei 7.347/1985, e ainda que aquela Lei não tenha regra explícita no sentido de que esta legislação se aplica subsidiariamente, outra conclusão não é possível senão a interpretação conforme a Constituição. Ora, se o art. 129, inc. III, da CF afirma que cabe ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público, estranho seria concluir que tal ação, regulamentada pela Lei 7.347/1985, não é a mesma que deva ser ajuizada para a responsabilização judicial pela prática de atos de improbidade administrativa, justamente quando o escopo da Lei 8.429/1992 é a proteção do patrimônio público.

Essa interpretação sistemática permite a aplicação do art. 5º, § 6º, da Lei de Ação Civil Pública, que dispõe sobre o compromisso de ajustamento de conduta, à Lei de Improbidade Administrativa.

Perceba-se, contudo, que o termo de ajustamento de conduta possui natureza de negócio jurídico bilateral e solene, mas não se confunde com a transação, pois o órgão público não transaciona com a parte contrária, mas apenas impõe, mediante critérios pré-estabelecidos (como prazo, forma e cominações), a observância das determinações legais que são aceitas, voluntariamente, pelo causador do ato ilícito e/ou do dano. Dessa forma, o termo de ajustamento de conduta não possui natureza jurídica de transação, sendo ato administrativo negocial. Não fosse assim, o legitimado extraordinário para a propositura de ações

coletivas (Lei 7.347/85, arts. 5º e 21; Lei 8.078/90, arts. 82 e 90; CPC, art. 18) não poderia negociar, já que estaria impedido pela indisponibilidade do direito material subjacente.

Por outro lado, verifica-se haver situações em que a vedação da transação contraria a efetividade da punição e da reparação dos danos. Exemplo disso se dá na colaboração premiada, prática em que o agente ministerial efetivamente *transaciona* com o investigado<sup>3</sup> que pode ser beneficiado com o perdão judicial, a redução em até 2/3 (dois terços) da pena privativa de liberdade ou sua substituição por restritiva de direito, quando efetiva e voluntariamente contribui com a investigação e com o processo criminal, caso da sua colaboração decorra um ou mais dos seguintes resultados: identificação dos demais co-autores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas; a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa; a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa e/ou a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (Lei 12.850/2013, art. 4º).

A colaboração premiada tem se revelado eficiente mecanismo de investigação criminal e que pode ser adotada, por igual fundamento, no campo da improbidade administrativa, na perspectiva de que se há autorização legal para o mais (responsabilidade penal), haveria permissivo para o menos (responsabilidade por improbidade administrativa).

Nesse sentido: “Aquele que colabora de maneira importante com a investigação deve ter a pena diminuída, atenuada, ou até mesmo ser aplicado o perdão judicial, de acordo com a participação no ato de improbidade administrativa” (TJPR. Agravo de Instrumento nº 1.557.374-9. Rel. Des. Nilson Mizuta. J. 29.11.2016).

Outra hipótese dar-se-ia em circunstâncias em que a reparação imediata do dano e o pagamento de multa mostram-se mais atraentes que a espera do curso de processo judicial, sujeito a longos anos de tramitação.

3 Homologação de acordo de colaboração premiada. O STF fixou entendimento no sentido de reconhecer a atribuição do relator para, monocraticamente, homologar acordos de colaboração premiada, oportunidade na qual se limita ao juízo de regularidade, legalidade e voluntariedade da avença. Reafirmou, também, a competência colegiada do STF para avaliar, em decisão final de mérito, o cumprimento dos termos, bem como a eficácia do acordo. No ato de homologação da colaboração premiada, não cabe ao magistrado, de forma antecipada e extemporânea, tecer juízo de valor sobre o conteúdo das cláusulas avençadas, exceto nos casos de flagrante ofensa ao ordenamento jurídico vigente (STF. Pet 7.074. Rel. Min. Edson Fachin. J. 29.06.2017).

Nessas hipóteses, o Ministério Público não renuncia ou dispõe do direito transacionado e, havendo descumprimento do acordo, o investigado perderá os benefícios pactuados, haverá o vencimento antecipado das parcelas não pagas e serão executados tanto o montante integral da multa, descontando-se as frações eventualmente já pagas, quanto os valores pertinentes aos danos e ao enriquecimento ilícito, bem como deve ser instaurado ou retomado o procedimento referente aos atos e fatos incluídos no acordo, ou ajuizada ação civil pública, conforme o caso, sem prejuízo de utilização das informações prestadas e dos documentos fornecidos pelo responsável pelo descumprimento da transação.

Em síntese, há possibilidade de celebração de transação, envolvendo a prática de atos de improbidade administrativa, em circunstâncias excepcionais, desde que rigorosamente fundamentadas, sempre sujeitas ao criterioso e prévio controle dos órgãos colegiados, nas hipóteses em que restar demonstrado que a disposição quanto a certas sanções venha a se revelar mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado.

#### 4. CONCLUSÃO

Do que precede, em relação à solução extrajudicial de conflitos na área da proteção ao patrimônio público, define-se pelos seguintes posicionamentos:

- i) em situações de meras irregularidades, que sequer configurem a prática de ato de improbidade administrativa, permite-se a celebração do termo de ajustamento de conduta, pois não se estaria a dispor de quaisquer das sanções da Lei 8.429/1992, mesmo porque não aplicáveis à hipótese;
- ii) em outros casos, embora caracterizado o ato de improbidade administrativa, quando se verificar que a conduta praticada mostra-se de pequena monta, é possível a celebração do termo de ajustamento de conduta, pois a solução do ilícito não se daria por meio de transação, mas pela fixação de sanções ao responsável pelo ato, levando-se em consideração os postulados da proporcionalidade, da razoabilidade e da eficiência; e,
- iii) em circunstâncias excepcionais, desde que rigorosamente motivadas, sempre sujeitas ao criterioso e prévio controle dos órgãos colegiados, há possibilidade de transação, nas hipóteses em que restar demonstrado que a disposição quanto a certas sanções venha a se revelar mais consentânea com a proteção do bem jurídico tutelado.

#### 5. REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 892.818/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/11/2008, DJe 10/02/2010.

\_\_\_\_\_. REsp 980.706/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/02/2011, DJe 23/02/2011.

\_\_\_\_\_. REsp 1198424/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2012, DJe 18/04/2012.

\_\_\_\_\_. AgRg no REsp 1504147/PB, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2017, DJe 27/03/2017.

CABRAL, Antonio do Passo. As convenções processuais e o termo de ajustamento de conduta. *In: Reflexões sobre o novo Código de Processo Civil*. Vol. I. Org. Geisa de Assis Rodrigues e Robério Nunes dos Anjos Filho. Brasília: ESMPU, 2016.

CAMBI, Eduardo. Comentários ao art. 334 do Código de Processo Civil. *In: Breves comentários ao Novo Código de Processo Civil*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

CAMBI, Eduardo; GUARAGNI, Fábio (Coord). *Lei anticorrupção. Comentários à Lei 12.846/2013*. São Paulo: Almedina, 2014.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

OSÓRIO, Fábio Medina. *Teoria da Improbidade Administrativa*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento nº 1.557.374-9. Rel. Des. Nilson Mizuta. J. 29.11.2016

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2014.

## UMA LEITURA CONSTITUCIONAL DO CONCEITO DE CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA MODALIDADE DIFUSA

André Tiago Pasternak Glitz

“(…) no período de 1991 a 1997, no município de São Paulo, apenas 5,48% das ocorrências policiais geraram instauração de inquérito. (...) Mesmo em casos de homicídio, apenas 60,13% das comunicações geraram IP, o que significa que quase 40% dos homicídios sequer foram comunicados ao Ministério Público. De forma mais genérica, cerca de 95% das comunicações de crimes não são conhecidas pelo Ministério Público pelo fato de não gerarem instauração de IP, não havendo qualquer espécie de controle sobre tal situação. Em sentido semelhante, Guimarães dá notícia de que em 2000, 75% das notícias de crimes em Curitiba não geravam instauração de inquéritos. Em Recife, no ano de 2002, apenas 13,9% dos homicídios registrados geraram instauração de IP”.<sup>1</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Exposição: Este trabalho sustenta a tese de que o conceito de controle externo da atividade policial na modalidade difusa pelo Ministério Público urge revisão. A partir de uma renovada leitura constitucional é possível injetar-lhe renovado conteúdo, materializado em ações que correspondam efetivamente às aspirações da Constituição Federal de 1988. A partir desse novel conjunto de ações, que, dada a exiguidade da proposta desta “tese”, serão aqui abordadas de forma meramente exemplificativa, deve o Ministério Público se estruturar e planejar sua atuação no âmbito do controle externo da atividade policial.

Na Parte I serão apresentadas as bases da tese, a partir de uma mudança paradigmática na forma de pensar o processo penal brasileiro, abandonando a superficial distinção dos sistemas “inquisitório versus acusatório” como epicentro sistêmico e partindo em busca de um garantismo integral, que imponha limites ao Estado e, ao mesmo tempo, obrigue-o a promover a tutela de todos os direitos e garantias fundamentais assegurados na CF/88. A Parte II tratará dos problemas relacionados à construção reducionista do conceito de controle externo da atividade policial na modalidade difusa, no plano objetivo e subjetivo, e enfatizará a necessidade de sua releitura constitucional. A Parte III abordará um novo conjunto de ações a serem desempenhadas pelo

1 ÁVILA, Juruá, 2016. p.233.

Ministério Público no âmbito do controle difuso, de modo a acompanhar em tempo real toda a atividade investigativa policial, notadamente controlando as notícias-crimes, os chamados procedimentos policiais de averiguações preliminares e os inquéritos policiais. Será sustentado que apenas uma intervenção precoce e verticalizada na investigação permite a indicação oportuna de diligências, ao mesmo tempo em que é capaz de evitar as eventualmente inúteis para o desenvolvimento da linha investigativa, garantindo uma apuração mais eficiente e condizente com o princípio da proibição da proteção insuficiente. Por outro lado, a pronta atuação do Ministério Público pode ser fator de inibição das eventuais ilegalidades e abusos por parte da polícia, dando, por sua vez, maior concretude ao princípio da proibição do excesso. Ao final da Parte III será sustentada a imprescindibilidade de reestruturação do Ministério Público para o desempenho destas ações, pois para a efetividade da proposta o *como fazer* é tão importante como o *quê é feito*. Nesta linha, é necessário um órgão de apoio à atividade-fim de controle externo da atividade policial na modalidade difusa, a qual deve continuar a ser executada pelos órgãos com atribuições criminais na primeira fase da persecução penal. A derradeira Parte IV trará um resumo das principais conclusões da tese.

## PARTE I

A reformulação do que se costumou denominar de controle externo da atividade policial na modalidade difusa pelo Ministério Público alicerça-se ao longo do texto sobre algumas premissas, as quais serão tratadas sinteticamente nesta Parte I.

O axioma central diz respeito à superação definitiva da dicotomia dos sistemas “inquisitório versus acusatório” como pilar de orientação interpretativa do processo penal pátrio.<sup>2</sup> Mesmo depois do advento da Constituição Federal de 1988, e talvez como um efeito de sua promulgação, boa parte da doutrina brasileira tratou e ainda se vale da propalada distinção como sendo o coração hermenêutico do processo penal brasileiro.

No entanto, um estudo histórico dos diferentes modelos processuais penais evidencia que a insistente diferenciação que se opera no Brasil é artificial, carecendo mesmo de uma sólida base científica, ante a inexistência de um princípio universal unificador dos “sistemas”.<sup>3</sup> Esta

2 GUIMARÃES, 2016. p.241-313.

3 DAMASKA, 1986. A inexistência deste princípio universal unificador fica evidenciada no Brasil quando se trata do tema dos poderes instrutórios do juiz no processo penal, sendo bem simbolizada pela distinção entre adversarial system e

falta de cientificidade tornou-se campo fértil para um fenômeno que se identifica fortemente no Brasil no campo da produção doutrinária processual penal.

Trata-se da manipulação do discurso acadêmico, variando de acordo com as conveniências de seus autores, fortemente difundida e sedimentada no ensino do Direito no Brasil e que invariavelmente busca satisfazer aspirações pessoais disfarçadas de um suposto compromisso com o Estado de Direito democrático constitucionalizado em 1988.<sup>4</sup>

Essa constatação fomenta a busca por um novo paradigma fundante do processo penal brasileiro, apresentado sinteticamente por GUIMARÃES: *de um lado, a proibição de excesso (protegendo o cidadão frente ao possível arbítrio estatal) e, de, outro, a proibição de proteção insuficiente (protegendo o cidadão através do Estado), expressadas nas garantias de inviolabilidade à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, conforme disposto no caput do art.5º, da Constituição, sem olvidar da gama de direitos e garantias processuais dos incisos do mesmo artigo 5º e da titularidade da ação penal pública prevista no inciso I, do art.129, também da Constituição*.<sup>5</sup>

Além de possibilitar a busca por um processo penal equilibrado, de natureza efetivamente garantista, portanto, integral<sup>6</sup>, calcado na *inquisitorial system* proposta por GRINOVER no afã de encontrar uma solução sem desconstruir o mito da dicotomia “inquisitório versus acusatório.” GRINOVER, 2016. p.1-13.

4 Sobre o maquiagemismo com que é utilizada a distinção “inquisitório versus acusatório”, vale transcrever a síntese de GUIMARÃES: “tudo que é acusatório representa o “bem” e merece ser seguido e tudo que é inquisitório representa o “mal” e merece ser execrado”. GUIMARÃES, 2016, p.251.

5 GUIMARÃES, 2016, p.501.

6 A doutrina garantista do italiano LUIGI FERRAJOLI não é limitada a oferecer um instrumento de oposição ao Estado, conforme deturpado entendimento tão difundido no Brasil, mas corresponde a uma teoria de fundamentação e justificação do próprio sistema jurídico-penal. Douglas Fischer relata interessante passagem que bem representa o pensamento do professor da *Università degli Studi Roma Tre: No dia 16 de outubro de 2013, em evento organizado e realizado no Ministério da Justiça em Brasília, ao final de sua exposição, Ferrajoli foi indagado sobre como poderia ser conformada ao garantismo a pretensão de punir agentes de repressão política por crimes cometidos no período da ditadura brasileira em razão do período já transcorrido até os dias atuais pela fluência da prescrição. De forma muito objetiva (mas sem surpresa para quem conhece a ideia central do garantismo em sua essência original), respondeu que não seria perfeitamente possível a conformação (utilizando a expressão da indagação que lhe foi feita), pois o garantismo defendido por ele traz em seu bojo à luz de (todos os) princípios constitucionais vigentes e do Direito Internacional, a obrigação de o Estado agir para punir, eficazmente, os autores dos crimes dessa natureza, não podendo ser invocadas regras de prescrição como forma de pretender afastar eventuais ações penais.* (destaque de nossa autoria). FISCHER,



concepção da unidade da Constituição<sup>7</sup>, esta nova matriz apresenta-se capaz de corresponder à complexidade da realidade de uma sociedade pós-moderna, superando postulados unilaterais amoldados a partir de concepções de cunho individualista e patrimonialista.<sup>8</sup>

Cabe, contudo, um alerta antes de prosseguir. O sobrepujamento da supervalorização da sedimentada dicotomia não significa uma repulsa absoluta à afirmação de que a Constituição Federal de 1988 firmou compromisso com um processo penal de cunho acusatório, fundado na separação entre órgão acusador e órgão julgador (artigo 129, inciso I, CF) e na *garantia constitucional do contraditório como fórum de participação e controle mútuo, onde ao acusador não compete a disponibilidade absoluta da acusação*.<sup>9</sup>

É que o foco proposto é diverso. Ele se volta agora à busca das particularidades do processo penal acusatório brasileiro, nos termos do ordenamento jurídico interno, (re)fundado e guiado pela Carta de 1988. A emancipação em relação aos modelos apresentados e difundidos como acabados, ou verdades absolutas, permite, enfim, o reconhecimento de que no Brasil vige um processo penal acusatório dotado de características próprias, no bojo do qual deve ser compreendida a atividade de controle externo da atividade policial.

É nesse novo edifício construído sobre repaginada fundação que interessa investigar os espaços de autonomia da polícia na atividade de investigação de infrações penais e o alcance do controle externo da atividade policial na modalidade difusa pelo Ministério Público.

## PARTE II

A Constituição Federal de 1988 definiu uma série de funções institucionais do Ministério Público, dentre elas a de exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar (artigo 129, inciso VII da CF).

Em 1993 a Lei Complementar nº 75/93 dispôs, em seu artigo 3º, as bases para o exercício do controle externo das polícias no âmbito do Ministério Público da União<sup>10</sup>, indicando em seu artigo 9º medidas

2015. p.34.

7 Na feliz expressão de GRAU, a unidade da Constituição representa um método hermenêutico calcado na concepção de que: “Não se interpreta a Constituição em tiras, aos pedaços”. GRAU, 1991. p.181.

8 SALGADO, 2015. p.81.

9 NETO; RAMIRES, 2016. p.30.

10 Artigo 3º – O Ministério Público da União exercerá o controle externo da

judiciais e extrajudiciais para o desempenho da atividade.<sup>11</sup>

No entanto, ainda sob os efeitos das pressões corporativistas que marcaram as discussões em torno da expressão *controle externo da atividade policial* durante a Assembleia Nacional Constituinte<sup>12</sup>, o texto da Lei Complementar nº 75/93 tem como marca a **indefinição concreta das ações** a serem realizadas pelo Ministério Público da União na atividade de controle externo das polícias.

Idêntica indeterminação caracterizou tanto o texto da Lei nº 8.625/93, que estabelece normas gerais para regulamentação dos Ministérios Públicos estaduais,<sup>13</sup> como a redação da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado Paraná (Lei Complementar Estadual nº 85/99).<sup>14</sup>

atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

11 Artigo 9º – O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV – requisitar à autoridade competente para instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V – promover a ação penal por abuso de poder.

12 GUIMARÃES recorda que, à época da Constituinte, *apesar de o Ministério Público também ter promovido seu lobby no Congresso Nacional, o mesmo mostrou-se insuficiente para combater o posicionamento contrário sustentado pela Polícia junto a boa parcela dos Legisladores. Este jogo de interesses corporativos resultou na aprovação de um dispositivo que não é o melhor para a aplicação da Justiça, mascarando-se a cessão às pressões com a alteração do texto proposto, para colocar onde se lia “supervisão e correição”, a expressão “controle externo da atividade policial”, de conotação genérica e que não se define de imediato. O temor da Polícia em ver-se vigiada por órgão externo e independente acabou prejudicando a Justiça como um todo, distanciando ainda mais o Brasil dos países desenvolvidos, onde a polícia está sempre, de uma forma ou de outra, vinculada ao Ministério Público, sob orientação e comando deste.* GUIMARÃES, 2008. p.75.

13 A Lei nº 8.625/93 praticamente repete, em seu artigo 26, inciso IV, a redação do artigo 129, inciso VIII, da CF e em seu artigo 40, inciso VIII especifica a genérica referência do artigo 9º, inciso II, da LC 75/93, ao dispor que é uma prerrogativa dos membros dos Ministérios Públicos estaduais *examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.*

14 Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: XII – exercer o controle externo da atividade policial, civil e militar, instituído por ato do Procurador Geral de Justiça, por meio de medidas ad-

Para RIBEIRO, o pecado da LC nº 75/93 e que acaba por contaminar o restante da legislação infraconstitucional no país, consiste no fato de que os instrumentos legais delineados, a partir das parcas referências normativas, se interpretados restritivamente, são decorrentes da própria essência constitucional e de atribuições já conferidas ao Ministério Público.<sup>15</sup> Na mesma toada, SALGADO destaca que o legislador, ao não estabelecer claramente os lindes do controle externo da atividade policial, foi minimalista ao tentar regulamentá-lo, deixando de precisar algumas definições legislativas mais acuradas.<sup>16</sup>

Ao longo dos anos, somou-se ao quadro de extrema fluidez normativa uma certa ausência de produções científicas sobre o tema no país. De fato, salvo destacadas exceções<sup>17</sup>, o desenvolvimento de pesquisas sobre a matéria do controle externo da atividade policial pelo Ministério Público foi tímido, ao menos até recentemente.<sup>18</sup>

Tal cenário conduziu a uma realidade em que a pauta das discussões sobre ministrativas e judiciais, visando assegurar a indisponibilidade da persecução penal e a prevenção ou correção de ilegalidades ou abuso de poder, com a faculdade de: a) fiscalizar e acompanhar atividades investigatórias; b) requisitar providências visando sanar omissão, ilegalidade ou abuso de poder; c) recomendar à autoridade policial a observância de leis e princípios jurídicos; d) ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais; e) ter acesso ou requisitar documentos relativos à atividade-fim policial; f) receber da autoridade policial comunicação sobre a prisão de qualquer pessoa, com a indicação do lugar onde se encontra preso; g) recomendar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento cabível.

15 RIBEIRO, 2003, p.204, *apud* SALGADO, 2013. p.166.

16 SALGADO, Op. Cit. p.166.

17 ÁVILA menciona 4 obras escritas no Brasil que se dedicaram exclusivamente ao tema: FREYESLEBEN, 1993; D.C. RIBEIRO, 2003 p.183-322; GUIMARÃES, 2008; D.R. SALGADO et al., 2013. ÁVILA, D'Plácido, 2016. p.29. As razões desta escassez não são de fácil identificação e afirmar que uma outra circunstância foi decisiva para o fenômeno beira a leviandade. Não obstante, em menor ou maior intensidade, arrisca-se identificar como alguns dos principais fatores decisivos: i) a necessidade de imersão em campos do conhecimento estranhos ao jurista para compreensão adequada do tema, como a criminologia do desvio policial, a sociologia e a psicologia; ii) a resistência histórica a mudanças por parte das Instituições policiais brasileiras; iii) a própria centralização das discussões processuais penais em torno da dicotomia "inquisitório versus acusatório"; iv) a gradual perda de representatividade política do Ministério Público junto ao Congresso Nacional; v) a centralização de esforços Institucionais nos embates e negociações noutros temas, como a possibilidade de serem encetadas investigações diretas de infrações penais pelo Ministério Público.

18 Sem embargo da qualidade e originalidade das obras que ainda em momento incipiente tiveram a ousadia de tratar do tema há recentes trabalhos publicados no Brasil marcados pela originalidade na medida em que abordam a matéria interdisciplinarmente, revelando a existência de uma vasta doutrina internacional sobre a atividade policial e demonstrando a necessidade de mecanismos eficientes de controle externo das polícias. Neste contexto, a obra coletiva organizada por SALGADO, DALLAGNOL e CHEKER, 2016 e ambas as obras de ÁVILA, 2016.

o tema do controle externo se viu dominada por interesses corporativistas preocupados com a manutenção de espaços de poder em detrimento da prestação de um serviço de segurança pública de qualidade e efetivamente comprometido com a defesa dos direitos fundamentais dos brasileiros. A superficialidade das discussões gerou compreensão inadequada e proporcionou conclusões rasas que infelizmente acabaram por influenciar políticas institucionais do próprio Ministério Público brasileiro.

Fruto deste complexo quadro legislativo, científico e político é a perfunctória classificação que subdividiu o controle externo da atividade policial pelo Ministério Público em duas modalidades: *difusa e concentrada*.<sup>19</sup> Referida classificação teve sua utilidade limitada à identificação do(s) órgão(s) do Ministério Público com atribuições pelo desempenho da atividade: quando realizada por múltiplos órgãos de execução com atribuições criminais, a modalidade de controle seria a difusa; quando executada por poucos órgãos de execução, por vezes um único órgão, estar-se-ia perante forma concentrada de controle, com algum grau de especialização.<sup>20</sup>

Esse recorte **subjetivo** não se dispôs, portanto, a efetuar uma concreta identificação das ações de controle externo da atividade policial na modalidade difusa e concentrada pelos membros do Ministério Público. Por conseguinte, em relação a forma difusa de controle, o objeto da atividade acabou por naturalmente se identificar com a prática cimentada pelo artigo 16, do Código de Processo Penal de 1941<sup>21</sup>, antecedente a Constituição Federal de 1988.

Assim, no plano **objetivo**, o controle externo da atividade policial na modalidade difusa tomou concepção vinculada à atividade de lançar quotas de dilação de prazo em inquéritos policiais, acompanhadas, ou não, da requisição de diligências complementares à autoridade policial.<sup>22</sup>

19 A definição de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada não é objeto deste trabalho, mas cabe ao menos mencionar aqui que sua definição padece de problemas ainda mais sérios, também derivados da fluidez normativa já mencionada, mas agravados pela ausência de ações e estruturação Institucional que o enfrentem sob o ponto de vista da criminologia dos desvios de condutas policiais. As ações de controle concentrado, portanto, estão hoje reduzidas na grande maioria dos Ministérios Públicos brasileiros: i) à atividade de repressão dos desvios de conduta policiais nas esferas criminal e de improbidade administrativa; ii) às visitas ordinárias e extraordinárias às repartições policiais (Resolução nº 20/2007, do CNMP).

20 Para uma definição doutrinária neste sentido ver ROLIM, 2013. p.139-162.

21 Art. 16. O Ministério Público não poderá requerer a devolução do inquérito à autoridade policial, senão para novas diligências, imprescindíveis ao oferecimento da denúncia.

22 FREITAS explicita esta limitação ao comentar o artigo 3º, inciso I, da Reso-

Essa classificação subjetiva e objetiva do controle externo da atividade policial na modalidade difusa acabou sendo incorporada pelo Conselho Nacional do Ministério Público no texto da Resolução nº 20/2007 (artigo 3º, inciso I): *O controle externo da atividade policial será exercido: na forma de controle difuso, por todos os membros do Ministério Público com atribuição criminal, quando do exame dos procedimentos que lhes forem atribuídos.*<sup>23</sup>

Com a devida vênia, tal compreensão da atividade de controle externo da atividade policial na modalidade difusa importa numa redução normativa que não representa o âmago do projeto constitucional brasileiro para com o exercício desta atribuição pelo Ministério Público. O enfoque puramente subjetivo estreitou a compreensão da atividade como um todo e contribuiu, ainda que inadvertidamente, para um ambiente de descontrole e ineficiência da investigação criminal policial no Brasil, deixando de atender os dois vetores orientadores do processo penal pátrio, sumariamente tratados na Parte I deste trabalho.

Portanto, urge: i) identificar as ações de controle externo da atividade policial na modalidade difusa (**aspecto objetivo**) compatíveis com uma leitura constitucional de proteção e eficiência (*garantista integral*); ii) identificar uma estrutura orgânica do Ministério Público (**aspecto subjetivo**), capaz de executar essas ações, de acordo com cada realidade

---

lução nº 20/2007: *Quando aqui se fala em procedimentos, entenda-se essencialmente que se trata de inquéritos policiais e outros procedimentos de natureza semelhante, que concretizem a atividade de investigação policial. O exercício do controle difuso é, portanto, o meio mais comum de concretização desta atribuição do Ministério Público, tendo em conta que realizada por todos aqueles membros que apreciem autos de investigações policiais.* FREITAS, 2016 p.132.

<sup>23</sup> Não se olvide que a Resolução nº 20/2007, do CNMP dispõe que dentre as atividades de controle externo (não distinguindo se pela via difusa ou concentrada), incumbe ao Ministério Público ações que se defende nesta tese devam integrar o conteúdo do que se compreende por controle externo da atividade policial na modalidade difusa. Neste sentido, em especial, se encontram as ações dos incisos II (examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade) e V (verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário) do seu artigo 4º. Não obstante, na prática, tais atividades acabam sendo realizadas pela via concentrada, ou seja, pontualmente quando das visitas às unidades policiais, sendo que deveriam estar vinculadas a atividade de controle externo na modalidade difusa (ao órgão do MP encarregado da persecução penal daquela investigação), contando com o apoio de um órgão especializado do Ministério Público para tanto, conforme se verá adiante.

Institucional.<sup>24</sup>

### PARTE III

(a) **Aspecto objetivo: as ações de controle externo da atividade policial na modalidade difusa.**

O controle externo da atividade policial na modalidade difusa deve ser compreendido como corolário do perfil constitucional do Ministério Público brasileiro. A Constituição Federal de 1988 incumbiu à Instituição a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (artigo 127, *caput*, CF) e, neste viés, atribuiu-lhe a responsabilidade pela fiscalização dos Poderes Públicos do Estado e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados pela Carta Magna, devendo promover as medidas necessárias a sua garantia (artigo 129, inciso II, CF).

Adicionalmente, o constituinte brasileiro traçou as linhas arquitetônicas de um processo penal em que o controle de toda a atividade policial ligada à persecução penal surge como corolário e deve ser interpretada a partir da própria titularidade exclusiva da ação penal pelo Ministério Público (artigo 129, inciso I, CF)<sup>25</sup>, conclusão que é reforçada pela via do comando expresso do artigo 129, inciso VII, da CF, dispositivos legais infraconstitucionais, doutrina e jurisprudência.

Todas as ações desenvolvidas pelo *Estado-polícia*, desde o registro na *notitia criminis* até a remessa do inquérito policial concluído e relatado ao Ministério Público, forma um conjunto de atividades instrumentais ao exercício da atribuição ministerial do artigo 129, inciso I, da CF.<sup>26</sup> Cuida-se de uma atividade-meio desempenhada para um fim: a decisão do Ministério Público em oferecer ou não a denúncia, concretizando

---

<sup>24</sup> Não obstante, como o conceito do qual se discorda é de natureza doutrinária, ainda que tenha sido encampado pela Resolução nº 20/2007, do CNMP, é desnecessária qualquer mudança de *lege lata* para migrar do atual estado de coisas, em que o controle externo da polícia na modalidade difusa corresponde tão somente à requisição tardia de diligências em inquéritos policiais, para um controle de objeto mais amplo.

<sup>25</sup> O E. Supremo Tribunal Federal entendeu assim ao julgar o Recurso Extraordinário 593727, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, em 14 de outubro de 2015, que inclusive reconheceu ser também consequência da titularidade exclusiva da ação penal a legitimidade de investigações diretas de infrações penais pelo Ministério Público.

<sup>26</sup> Reconhecendo que o inquérito policial é um procedimento destinado ao Ministério Público, vide a decisão do E. Supremo Tribunal Federal no HC nº 94173 - Rel. Min. Celso de Mello - 2ª T. - Dje-223, 27.11.2009.

na eficiência desta relação a proibição da proteção insuficiente.<sup>27</sup> Além disso, a atividade policial na primeira fase da persecução penal possui a função de filtro protetivo, para evitar acusações infundadas, destacando-se, aqui, o vetor da proibição de excesso.<sup>28</sup>

Ressalte-se que toda e qualquer atividade policial – e não apenas a investigação policial e muito menos somente a investigação formalmente materializada no inquérito policial – desempenhada por instituições públicas que atuem na área de segurança pública estão no âmbito de controle do Ministério Público por imposição da Constituição Federal de 1988, já que esta *não limitou essa atividade apenas à atividade de polícia judiciária, mas a toda a atividade policial e, onde não houve restrição, não cabe ao intérprete restringir*.<sup>29</sup>

Nesta conjuntura, o sistema constitucional brasileiro estabeleceu uma inegável *dependência funcional da investigação policial enquanto função de Estado ao Ministério Público*<sup>30</sup>, característica comum às democracias constitucionais modernas a partir do reconhecimento de que a fase de investigação e de prevenção da prática de crimes é momento de significativo incremento dos riscos à violação de direitos fundamentais.

No Direito comparado ÁVILA destaca sistemas em que a atividade de investigação policial está funcionalmente dependente ao Ministério Público, como Itália, Portugal e Alemanha.<sup>31</sup> No Brasil, da mesma ma-

27 Neste sentido, BADARÓ: (...) *não se pode perder de vista que o inquérito policial não tem um fim em si mesmo. Trata-se, em verdade, de um instrumento para viabilizar o futuro processo penal: seja para que através dele o promotor de justiça verifique se há justa causa para a ação penal, seja para que, no caso de oferecimento de denúncia, o juiz verifique se há viabilidade da acusação, receba a denúncia e permita o transcorrer do processo até a sentença final*. BADARÓ, 2016.

28 LOPES JÚNIOR identifica como uma das finalidades da investigação preliminar: *a função de evitar acusações infundadas é o principal fundamento da investigação preliminar, pois, em realidade, evitar acusações infundadas significa esclarecer o fato oculto (juízo provisório e de probabilidade) e, com isso, também assegurar à sociedade de que não haverá abusos por parte do poder persecutório estatal. Se a impunidade causa uma grande intranquilidade social, não menos grave é o mal causado por se processar um inocente*. JÚNIOR, 2014. p.107-108. No Brasil, este filtro é também exercido, em certa medida, pelo Poder Judiciário, no momento em que é apreciada a resposta à acusação, introduzida na reforma promovida pela Lei nº 11.719/2008 nos artigos 396 e 396-A do CPP. Esta tendência se verifica em outros sistemas processuais penais, como na Itália cujo *codice di procedura penale* de 1988 prevê como etapa procedimental a *udizenza preliminare*, ato cujo fundamento é aferir a presença de elementos sumários de prova produzidos pela *indagine preliminari* e admitir, ou não a acusação imputada pelo Ministério Público.

29 ÁVILA, Juruá, 2016, p.147.

30 ROXIN, 2000, *apud* ÁVILA, Juruá, 2016.

31 ÁVILA, Juruá, 2016, p.23-121.

neira, é possível que se extraia diretamente da Constituição Federal de 1988 a conclusão de que o limitado conjunto de ações comumente referidos como representativos do controle externo da atividade policial na modalidade difusa deva ser doravante compreendido como ações de controle processual mediato de toda a atividade policial com repercussões persecutórias penais.

Logo, uma compreensão constitucionalizada das ações de controle externo da atividade policial pelo Ministério Público deve necessariamente compreender, ao menos, as seguintes ações<sup>32</sup>:

#### i) Controle das ocorrências policiais.

De acordo com o conceito consolidado de controle externo da atividade policial na modalidade difusa, a seleção daquilo que é registrado formalmente e eventualmente investigado é realizada exclusivamente pelas polícias, sem o controle adequado por parte do Ministério Público.

O discurso político-criminal que busca justificar, e quiçá em alguma medida legitimar, essa realidade se escora na abismal distância que separa o vasto programa de criminalização primária<sup>33</sup> e o número de ocorrências noticiando infrações penais da estrutura que o Estado brasileiro disponibiliza aos órgãos de segurança pública.<sup>34</sup> Ou seja,

32 Deixa-se de incluir aqui, intencionalmente, o controle da atividade de inteligência policial como ação integrante do controle externo da atividade policial na modalidade difusa. A inteligência policial deve ser, também, controlada por ação do Ministério Público pela via difusa, mas a necessidade de abordar uma série de conceitos e premissas acerca do assunto impede sua abordagem no âmbito desta tese. Recomenda-se ao leitor interessado o artigo de CORRÊA, Marcos José Gomes; ARAÚJO, Márcio Schusterschütz da Silva. O controle externo e o trabalho de inteligência policial. In: Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. JUSPODVM: Salvador, 2013. p.193-208.

33 Para ZAFFARONI, a criminalização primária é o programa penal de determinado país através de suas leis criminalizadoras de condutas enquanto que criminalização secundária é entendida como a forma como o programa é levado a cabo pelas agências do Estado. ZAFFARONI, 2003, p.43-53.

34 *A criminalização primária é um programa tão imenso que nunca e em nenhum país se pretendeu levá-la a cabo em toda a sua extensão nem sequer em parcela considerável, porque é inimaginável. A disparidade entre a quantidade de conflitos criminalizados que realmente acontecem numa sociedade e aquela parcela que chega ao conhecimento das agências do sistema é tão grande e inevitável que seu escândalo não logra ocultar-se na referência tecnicista a uma cifra oculta. As agências de criminalização secundária têm limitada capacidade operacional e seu crescimento sem controle desemboca em uma utopia negativa. Por conseguinte, considera-se natural que o sistema penal leve a cabo a seleção de criminalização secundária apenas como realização de uma parte ínfima do programa primário*. (ZAFFARONI, 2003, p.44). No Estado do Paraná, o Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais aferiu, em julho de 2016, que apenas cerca de 15% de todas as

a polícia efetua, com exclusividade e num ambiente de descontrole, a filtragem que definirá o quê e como as investigações apontarão ao Ministério Público e eventualmente ao Poder Judiciário.

Um dos efeitos mais perversos dessa realidade é a concentração da atuação criminal do Ministério Público brasileiro na chamada *obra tosca da criminalidade*<sup>35</sup>, de fácil detecção e investigação. Nas palavras de BITTNER: *os casos são resolvidos (quando são resolvidos) ou no momento em que o crime acontece ou pouco depois de ter acontecido ou, então, de modo geral, nunca mais.*<sup>36</sup>

É evidente que a investigação criminal brasileira, assim como toda a atividade de persecução penal, precisa ser racionalizada, o que passa necessariamente por uma eleição de prioridades. No entanto, os fins não podem justificar os meios, ou seja, é fundamental ao nosso Estado Democrático de Direito fazer observar os espaços apropriados para se decidir como se daria essa atividade de seleção.

Assim é que, por imposição constitucional e legal, tais decisões devem necessariamente passar pelo crivo do legislador e a seleção policial não pode escapar ao controle do Ministério Público. Cada recusa em registrar uma *notitia criminis* (o que importa em infração do dever funcional do policial) e cada *notitia criminis* que deixa de ser investigada pelas agências policiais (com a presença de *elementos mínimos para tanto*) caracteriza usurpação da atribuição constitucional que confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva da ação penal pública (artigo 129, inciso I, da CF), além de violar o sistema normativo de controle da atividade policial (artigo 129, inciso VII, da CF e artigo 3º, alínea “d”, da Lei Complementar nº 75/93).

Ademais, o regime jurídico-constitucional conferiu ao Ministério Público o dever de defender os interesses indisponíveis do indivíduo e da sociedade, bem como de defesa da ordem jurídica e do próprio regime democrático, consagrando, para tanto, a autonomia institucional e independência funcional de seus órgãos.<sup>37</sup> Dentre estes direitos está o da prestação de um serviço de segurança pública adequado pelo Estado, não sendo possível *haver uma solicitação para se prestar um serviço público e simplesmente não ocorrer qualquer resposta* notícias-crimes registradas no Estado do Paraná são investigadas através de inquéritos policiais. Verificou-se, ainda, uma aparente falta de critérios, com crimes graves como roubos e homicídios não sendo investigados formalmente pela via do IP pela polícia civil paranaense (Informações colhidas no PA nº 0046.16.057863-2).

35 ZAFFARONI, 2003.

36 BITTNER, 2003, p.229-230, *apud* ÁVILA, Juruá, 2016, p.234.

37 MAZZILLI, 2001. p.94.

*concreta sobre se tal serviço público será ou não prestado.*<sup>38</sup>

O controle de ocorrências criminais pelo Ministério Público já é realidade em sistemas processuais penais que ao longo da história têm influenciado significativamente legislação, doutrina e jurisprudência brasileiras. Em Portugal, a comunicação da *notitia criminis* pela polícia ao Ministério Público é obrigatória (artigo 242.1.a, do CPP português); na Itália, não obstante a grande maioria das notícias-crimes serem endereçadas à polícia, entende-se que é o Ministério Público seu destinatário imediato, devendo a polícia encaminhá-la por escrito e sem retardo ao MP (artigo 347.1 do CPP italiano); na Alemanha, apesar da lei processual penal dispor que a notícia-crime recebida pela polícia deva ser encaminhada *sem demora* ao Ministério Público (§ 158.1, StPO), responsável por dirigir a fase investigativa, na prática apenas quando concluída a investigação pela polícia é ela encaminhada ao MP, de certa forma reproduzindo a prática brasileira.<sup>39</sup>

A proposta de controle das ocorrências policiais não é original<sup>40</sup>, mas enquanto não for devidamente localizada como ação atinente ao controle externo difuso da atividade policial, a tendência é que o Ministério Público brasileiro permaneça se omitindo nessa atividade.

Apesar de não ser este o espaço para uma incursão minuciosa sobre o grau de controle que pode e deve ser desempenhado pelo Ministério Público nessa atividade, é preciso deixar claro que não se está a defender a hipótese de que a *notitia criminis* deva sempre dar azo à instauração de um inquérito policial. **O controle deve ser legal.** Cabe ao Ministério Público aferir a presença, ou não, de justa causa para a instauração do inquérito policial, nos termos do que exige o artigo 5º, §3º, do CPP<sup>41</sup> e conforme jurisprudência do E. Supremo Tribunal Federal.<sup>42</sup>

38 ÁVILA, Juruá, 2016, p.244.

39 Há nestes sistemas jurídicos dispositivos que apresentam as circunstâncias extraordinárias nas quais poderá a polícia executar algumas espécies de atos investigatórios urgentes, para preservação da prova ou salvaguardar direitos fundamentais dos cidadãos. Para mais detalhes do seu funcionamento: ÁVILA, Juruá, 2016. p.24-59.

40 A proposta já constava do *Manual Nacional do controle externo da atividade policial*, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais, 2012.

41 Artigo 5º – Nos crimes de ação penal pública o inquérito policial será iniciado: I – de ofício; II – mediante requisição da autoridade judiciária ou do Ministério Público, ou a requerimento do ofendido ou de quem tiver qualidade para representá-lo. §3º – Qualquer pessoa do povo que tiver conhecimento da existência de infração penal em que caiba ação pública poderá, verbalmente ou por escrito, comunicá-la à autoridade policial, e esta, verificada a procedência das informações, mandará instaurar inquérito.

42 STF, HC 100.042, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 02/10/2009.

E a *justa causa* aqui possui um baixo nível de cognição, identificado pela doutrina como a possibilidade minimamente respaldada de verossimilhança da existência de um fato criminoso, ou seja, o exigido para a instauração do inquérito são os indícios sobre a existência do fato (materialidade), diretos ou indiretos, não sobre a sua autoria, a ser identificada durante a investigação policial no bojo de um inquérito policial.<sup>43</sup>

Enfim, além do latente aspecto de controle da legalidade dessa atividade, o controle de ocorrências criminais pelo Ministério Público concretiza os dois princípios centrais do processo penal brasileiro: (i) a proibição da proibição insuficiente, na medida em que a intervenção precoce do titular exclusivo da ação penal pública importa em uma investigação mais eficiente, pois possibilita a imediata indicação de diligências a serem executadas no bojo de inquérito policial, a fim de eventualmente assegurar a produção de provas relevantes ao esclarecimento da hipótese investigada<sup>44</sup>, evitando-se, também, a dispersão da investigação com a prática de atos inúteis; (ii) a proibição de excesso, pois o controle da *notitia criminis* em seu nascedouro reduz os riscos de desvios de condutas policiais (como a corrupção) e minimiza a natural tendência de violações a direitos individuais nesta fase embrionária da persecução penal; possibilita-se, inclusive, que o papel de filtro da investigação preliminar seja mais qualificado e menos inocentes sejam formalmente acusados pelo Ministério Público.

#### (ii) Controle dos “procedimentos de averiguação preliminar”.

Consequência natural da implementação do controle de ocorrências é a efetividade de mecanismos de controle sobre a ilegal rotina de diversas Delegacias de Polícia brasileiras em realizar investigações preliminares a partir do momento que a ocorrência chega ao seu conhecimento, para apenas depois decidir sobre a instauração de inquérito policial.

Como precisamente observado por ÁVILA, *essa prática acaba por condicionar a instauração do inquérito à viabilidade de solução do caso (e não o contrário, de se instaurar o inquérito exatamente para verificar a viabilidade de solução do caso). Em situações ainda mais graves, a Polícia realiza toda a investigação fora do IP, para depois simplesmente*

43 ÁVILA, Juruá, 2016, p.242/243. No mesmo sentido: STJ, AgRg na Sd 56/DF, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Corte Especial, j. em 04/02/2009.

44 Sob o ponto de vista da *dinâmica da investigação criminal* a atuação precoce do Ministério Público, na condição de órgão externo à polícia, é recomendada por pesquisas da psicologia experimental, pois o controle externo precoce, no momento da formação da hipótese investigatória, é capaz de reduzir os impactos negativos dos fatores cognitivos e motivacionais sempre presentes no “processo” investigatório. Neste sentido, a obra de SIMON, 2012, p.17-49.

*instaurá-lo, juntar todas as diligências anteriores já prontas e remetê-lo à Justiça.*<sup>45</sup>

Acrescente-se, ainda, o problema atinente a natureza informal desses procedimentos. Algumas Delegacias chegam a instaurar formalmente um procedimento que, caso não atenda aos critérios para instauração de inquérito, são arquivados diretamente pelo Delegado de Polícia, em nítida afronta ao artigo 129, inciso I, da CF. Por outro lado, há unidades que adotam práticas absolutamente informais, que não são registradas e escapam à qualquer espécie de controle, representando graves riscos à violação de direitos individuais e desvios de conduta dos policiais.

A própria Lei nº 12.830/2013, em seu artigo 2º, §1º, dispõe que a investigação policial conduzida pelo Delegado de Polícia ocorrerá no inquérito policial, **ou de outro procedimento previsto em lei**. E a legislação brasileira prevê apenas o inquérito policial como instrumento de investigação do Delegado de Polícia.<sup>46</sup>

Não se olvida que a prática encontra certo respaldo em parte da jurisprudência, que admite a realização de *procedimentos de averiguações preliminares* pela polícia e pelo Ministério Público. Esta construção jurisprudencial surgiu como uma maneira de buscar uma solução intermediária ao problema da *notitia criminis* anônima.<sup>47</sup>

Nesse contexto, é preciso reconhecer que o Ministério Público brasileiro tem – implicitamente, ou o que é ainda mais preocupante, explicitamente – admitido as práticas ilegais da instauração de *procedimentos de averiguações preliminares*, ou mesmo se valido delas, anuindo, assim, ao discurso político das polícias e admitindo que o Delegado de Polícia, **ou o membro do Ministério Público**, se sobreponham ao legislador.<sup>48</sup>

45 ÁVILA, Juruá, 2016, p.244.

46 A Resolução nº 13, do CNMP, que dispõe acerca da investigação direta de infrações penais pelo Ministério Público e prevê que o instrumento para esta atividade será o Procedimento Investigatório Criminal, determina que à *notitia criminis* deve ser dado encaminhamento no prazo de 30 (trinta) dias a contar de seu recebimento, sendo que tal prazo pode ser prorrogado por até 90 (noventa) dias, *nos casos em que sejam necessárias diligências preliminares para a investigação dos fatos para formar juízo de valor*. (artigo 3º, §5º)

47 Alguns poucos precedentes do STJ chegam a aceitar a legalidade do que se denomina procedimento de verificação de procedência das informações: STJ, 6ª Turma, HC 103.566/RJ, Rel. Min. Jane Silva, j. em 11/11/2008. O STF já aceitou, inclusive, a averiguação sumária aparentemente informal nos casos de notícias anônimas: STF, 2ª Turma, HC 109598, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/03/2016.

48 “Ainda que a taxa de não resolução de casos se elevasse com essa solução (que é a legal), isso seria produtivo para documentar a situação problemática e cobrar resultados efetivos das autoridades responsáveis pelo aparelhamento das forças policiais. Aliás, o excesso de burocracia na tramitação do IP poderia ser substancialmente

Imprescindível, assim, que se promova o efetivo controle de tais procedimentos. Apesar de se defender a sua ilegalidade, reconhece-se que pelo fato da jurisprudência amparar, em alguma medida, a realização dos procedimentos de averiguação preliminar<sup>49</sup>, a atuação do Ministério Público poderia se dar pela via de recomendação a Polícia Civil para que: (i) regulamente a sua prática, delimitando as hipóteses, fixando prazos e um mínimo procedimento para a sua execução; (ii) no bojo da regulamentação estabeleça ser imprescindível a comunicação de sua instauração (de preferência no próprio sistema eletrônico onde as atividades cartorárias da Polícia Civil são registradas) e o seu desfecho ao Ministério Público, a quem cabe a última palavra na hipótese de seu arquivamento (artigo 129, inciso I, CF).

### (iii) O pragmatismo com o qual o tema é tratado e a Integridade do Direito.

Não se olvida que os posicionamentos que defendem a discricionariedade policial na seleção das *notitias criminis* que serão investigadas e da utilização de procedimentos informais de investigação prévios ao inquérito policial acabaram surgindo e se impondo por razões pragmáticas. Em última análise, trata-se de um viés utilitarista que se alimenta da inércia do legislador, da escassez de investimentos na segurança pública por parte do Estado e da burocratização do modelo de investigação policial adotado no Brasil.

*Não obstante, a fim de manter a integridade do próprio Direito<sup>50</sup>, o Estado de Direito impõe limites à atividade do operador jurídico, como bem adverte STRECK: Juízes têm responsabilidade política, não no sentido vulgar, mas no sentido de accountability. Juízes devem julgar por princípio e não por moral ou política ou por análise econômica. Não é a sua função. É o Direito que deve filtrar a subjetividade, a moral, os desejos políticos e as idiosincrasias dos juízes e membros do MP. E não reduzido, como, por exemplo, ocorre com o procedimento dos Termos Circunstanciados previstos na Lei 9.099/1995, ou mesmo pela reinvenção da rotina administrativa das Delegacias de Polícia, preferencialmente orientada por profissionais de administração (e não do Direito)”. ÁVILA, Juruá, p.245.*

<sup>49</sup> De fato, a prática encontra certo respaldo em parte da jurisprudência, que admite a realização de *procedimentos de averiguações preliminares* pela polícia e pelo Ministério Público. Alguns poucos precedentes do STJ chegam a aceitar a legalidade do que se denomina *procedimento de verificação de procedência* das informações: STJ, 6ª Turma, HC 103.566/RJ, Rel. Min. Jane Silva, j. em 11/11/2008. O STF já aceitou, inclusive, a averiguação sumária aparentemente informal nos casos de notícias anônimas: STF, 2ª Turma, HC 109598, Rel. Min. Celso de Mello, j. em 15/03/2016. Esta construção jurisprudencial surgiu como uma maneira de buscar uma solução intermediária ao problema da *notitia criminis* anônima.

<sup>50</sup> DWORKIN, Capítulo 6, 1988.

*o contrário. Se a moral (o subjetivismo lato sensu ou o particularismo subjetivista, como bem diz Lorenz Puntel) pode corrigir o direito, então já não teremos direito. Teremos uma coisa que já não é ela mesma, mas outra bem diferente: a substituição das leis e da CF pela convicção pessoal do magistrado.<sup>51</sup>*

### (b) Plano subjetivo: os órgãos de controle externo da atividade policial na modalidade difusa.

O controle proposto seria, até pouco tempo atrás, impossível de ser colocado em prática. Atribuir a cada Promotor de Justiça responsável pelo controle externo da atividade policial na modalidade difusa o escrutínio de todas as ocorrências policiais lavradas em uma determinada Comarca seria inviável do ponto de vista operacional e funcional.

Justamente por isso essas ações estão atualmente sendo executadas no âmbito do controle concentrado, esporadicamente e de maneira deslocada da atividade de persecução penal. Nesta senda, necessário um primeiro aspecto corretivo: ações relacionadas ao controle da atividade investigativa policial - como as de controle das ocorrências e dos procedimentos de averiguação preliminar - devem ser compreendidas como parte do controle externo da atividade policial na modalidade difusa.

Portanto, integram as atribuições de execução das Promotorias de Justiça com função ordinária de atuação na primeira fase da persecução penal. E para torná-la factível a atividade deve contar com **apoio um órgão estadual ou regional, com acesso irrestrito e imediato aos sistemas gerenciados pelos órgãos de segurança pública do Estado**, nos quais se operem registros e atualizações em tempo real das informações sobre todas as ocorrências registradas pela polícia, procedimentos de averiguação preliminar e inquéritos policiais.

A viabilização das atividades deste órgão de apoio se dará a partir do registro eletrônico das ocorrências com pontos de referência (ou metadados) que permita racionalizar sua interpretação e categorização. A viabilidade de um órgão desta natureza no âmbito do Ministério Público passa pela definição de métodos e rotinas de trabalho que otimizem a “leitura inteligente” dos dados das ocorrências, separando-as em diferentes níveis para posterior repasse, já sistematizado, aos órgãos de execução.

<sup>51</sup> STRECK, texto disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>.

## Controle externo da atividade policial na modalidade difusa: estruturação do MP

### Órgão(s) de Apoio

- Análise de dados em tempo real
- Abrangência estadual ou regional

### Órgãos de Execução

- Controle da atividade policial investigativa
- Promotorias de Justiça criminais

Por meio desses acessos e de uma perene “auditoria inteligente” das ocorrências, procedimentos preliminares e inquéritos policiais, o Ministério Público será capaz de desenvolver sua própria base de dados e ter uma visão global não apenas sobre os índices de notícias de crime *versus* inquéritos policiais instaurados, mas sobre os índices da própria criminalidade numa determinada unidade federativa.

Além disso, a partir dessa visão global/estadual de cada Ministério Público, o órgão de apoio ora proposto poderá detectar deficiências da atividade policial investigativa e auxiliar o órgão de execução especializado pela tutela estadual da segurança pública (ou de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada) no âmbito de cada Ministério Público.

Assim, finalmente terá o Ministério Público a possibilidade de estabelecer uma política criminal Institucional, alicerçada em dados e direcionada ao controle da legalidade, verificando o que está e como está investigando a polícia em cada uma das Promotorias de Justiça criminal. Nas palavras de BRUSHI, tais controles se apresentam como verdadeiros pré-requisitos para a **emancipação do Ministério Público como órgão de política criminal**.<sup>52</sup>

## PARTE IV

Ao final, apresenta-se uma apertada síntese dos principais pontos sustentados na tese:

(i) o controle externo da atividade policial na modalidade difusa deve ser compreendido no bojo de um processo penal fundamentado na busca pelo equilíbrio entre a proibição da proteção insuficiente e a proibição do excesso;

(ii) o conceito de controle externo da atividade policial na modalidade difusa deve abarcar, dentre outras, as ações de controle da legalidade das *notitias criminis* que ensejam na instauração de inquéritos policiais

52 BRUSCHI, 2002, p.335, *apud* ÁVILA, Juruá, 2016, p.231.

e instauração, diligências e encerramento de procedimentos preliminares de averiguação (artigo 129, incisos I e VII, da CF; artigo 3º, “d”, da LC nº 75/93; artigo 57, XII, “a”, da Lei Orgânica Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná – LC 85/99);

(iii) a execução do controle externo da atividade policial na modalidade difusa ora proposto deve necessariamente ser atribuição das Promotorias de Justiça criminais atualmente responsáveis pela análise de inquéritos policiais (primeira fase da persecução penal);

(iv) a atividade de execução do controle externo da atividade policial na modalidade difusa deve contar com a existência de um órgão de apoio, estadual ou regional, responsável pelo desenvolvimento de um método de leitura e categorização dos dados de segurança pública, a fim de racionalizar e otimizar o exercício da atividade-fim.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D`Plácido, 2016.

\_\_\_\_\_, Thiago André Pierobom de. *Investigação criminal: o controle externo de direção mediata pelo Ministério Público*. Curitiba: Juruá, 2016.

BADARÓ, Gustavo. *O valor probatório do inquérito policial*. In: Polícia e investigação no Brasil. Coordenadores: Kai Ambos, Ezequiel Malarino, Eneas Romero de Vasconcelos. p.260. Gazeta Jurídica: Brasília/DF, 2016.

DAMASKA, Mirjan R. *The faces of justice and state authority*. Yale University Press, 1986.

DWORKIN, Ronald. *Law's Empire*. Harvard University Press, 1988.

FISCHER, Douglas. *O que é garantismo (penal) integral?* In: Garantismo penal integral. Org. Bruno Calabrich et al. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Enrico Resende de. *Modalidades e extensão do controle externo*. Org. Daniel de Resende Salgado, et al, Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 2ª. ed. São Paulo: RT, 1991.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Verdade real e verdade formal? Um falso problema*. In: Verdade e prova no processo penal: estudos em homenagem ao Professor Michele Taruffo. Coord. Flávio Cardoso Pereira. Brasília, DF: Gazeta Jurídica, 2016.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade poli-*



cial pelo Ministério Público. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_, Rodrigo Régner Chemim. *Desvinculando-se da dicotomia "inquisitório versus acusatório" e firmando-se o novo paradigma constitucional para Sistema Processual Penal Brasileiro, funcionalizado pela dupla baliza de proibição de excesso e proibição de proteção insuficiente*. In: Ministério Público e Princípio da Proteção Eficiente. Coord. Eduardo Cambi, Fábio André Guaragni. São Paulo: Almedina, 2016.

JÚNIOR, Aury Lopes. *Investigação preliminar no processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

*Manual Nacional do controle externo da atividade policial*, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais. 2. ed. Brasília, 2012.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *Regime jurídico do Ministério Público*. 5. ed. Saraiva: São Paulo, 2001.

NETO, Orlando Faccini; RAMIRES, Maurício. *Refutando a indiferença do ceticismo: a estrutura narrativa dos casos penais e a função do juiz na produção da prova*. In: A prova no enfrentamento à macrocriminalidade. Org. Daniel de Resende Salgado e Ronaldo Pinheiro de Queiroz. 2. ed. Salvador: Juspodvm, 2016.

ROLIM, Luciano. *Modalidades e extensão do controle externo*. In: Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. JUSPODVM: Salvador, 2013.

SALGADO, Daniel de Resende. *O controle externo, a seletividade e a (in) eficiência da investigação criminal*. In: Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público. JUSPODVM: Salvador, 2013.

\_\_\_\_\_, Daniel de Resende. *A elite do crime: discurso de resistência e laxismo penal*. In: Garantismo penal integral. Org. Bruno Calabrich et al. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

\_\_\_\_\_, Daniel de Resende. DALLAGNOL, Deltan Martinazzo; CHEKER, Monique. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. Belo Horizonte: Del Rey, 2016.

SIMON, Dan. *In doubt: the psychology of the criminal justice process*. Cambridge: Harvard University Press, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. *O Direito e três tipos de amor: o que isso tem a ver com subjetivismo?* Artigo disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-dez-15/senso-incomum-direito-tres-tipos-amor-isto-ver-subjetivismo>. Acesso em: 22 de março de 2017.

ZAFFARONI, Eugenio Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro e SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro – I*. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

## CONTROLE EXTERNO DA ATIVIDADE POLICIAL NA MODALIDADE CONCENTRADA: O ENFRENTAMENTO DO DESVIO DE CONDUTA POLICIAL COMO PRODUTO DA CULTURA ORGANIZACIONAL DAS INSTITUIÇÕES POLICIAIS<sup>1</sup>

André Tiago Pasternak Glitz

“A atividade policial possui peculiaridades que a tornam especialmente sensível à prática de desvios policiais, que não podem ser explicados exclusivamente no nível individual, mas necessariamente no nível organizacional, a exigir, portanto, soluções organizacionais de controle”.<sup>2</sup>

### 1. Introdução

Em suas 1.198 páginas o Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados, destinada a investigar o avanço e a impunidade do narcotráfico, dedicou espaço de destaque ao Estado do Paraná. De fato, ao término de uma pesquisa aprofundada e que se estendeu por diversos Estados da Federação, a investigação concluiu, em novembro do ano de 2000, que no Estado do Paraná havia elementos suficientes para se concluir pelo *envolvimento da alta cúpula da Secretaria de Segurança Pública do Estado e da Polícia Civil no tráfico de drogas e no roubo e desmanche de carros, além de ligações com extorsões, achaque, tortura, enriquecimento ilícito, loteamento de delegacias importantes (furto de veículos, Foz do Iguaçu) entre outros. Os dois personagens centrais, são: o ex-Delegado-Geral da Polícia Civil, Dr. João Ricardo Keppes de Noronha e o ex-Delegado-Chefe do COPE (Centro de Operações Policiais Especiais) Dr. Mário Ramos. Eles têm ligações diretas, recebendo propina mensal, com dois acusados de participar do esquema de roubo de carros e desmanche, juntamente com o narcotráfico, Paulo*

<sup>1</sup> A presente tese tem por base parte do trabalho apresentado pelo autor na obtenção de seu grau de Masters of Laws (LL.M.) na Columbia Law School, NY/USA, sob o título original, em inglês: *Police transparency: the case for a differentiated standard*. Parte da tese também foi objeto de encaminhamento de proposta por parte do Centro de Apoio das Promotorias Criminais, do Júri e de Execuções Penais à Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério do Estado do Paraná, no âmbito do PA n° 0046.16.117805-1. Para uma ampla visão do tema, no Brasil, imprescindível ver: ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

<sup>2</sup> ÁVILA, D'Plácido, 2016. p.35.

Mandelli e Juarez Costa França (vulgo “Caboclinho” ou “Kadu”). Participam diretamente desse esquema os policiais civis Mauro Canuto e Samir Skandar. Sobre o Ex-Secretário de Segurança Pública, Cândido Manuel Martins de Oliveira, pesam denúncias dando conta de participação direta no esquema e de conivência. O esquema tem ramificações por todo o estado, com a participação de delegados e superintendentes, além de investigadores e os chamados assistentes de segurança (vulgo “bate-pau”, “X-9”, “calça-curta”), que são cargos não concursados agindo nas delegacias de polícia. Os delegados pagam propina aos dirigentes para serem nomeados e removidos, na maioria dos casos com interferência direta de políticos regionais. Estes policiais fazem “vistas grossas” à passagem da droga. Estão envolvidos: Delegados Emilio Wzorek e Cássio Denis Wzorek, de Ponta Grossa, João Almir Troyber, Superintendente em Ponta Grossa, Delegado Luiz Carlos de Oliveira, ex-delegado em Foz do Iguaçu, Delegado Lino, em Toledo.<sup>3</sup>

No segundo semestre do ano de 2013, o Ministério Público do Estado do Paraná ofereceu denúncia imputando a prática de uma série de crimes, dentre eles associação criminosa, corrupção passiva e concussão, a 04 (quatro) delegados e 16 (dezesesseis) investigadores da polícia civil do Estado do Paraná. De acordo com a acusação, a investigação conhecida como *Operação Vortex* revelara uma organizada rede criminosa estruturada no bojo da Divisão de Crimes Contra o Patrimônio da Polícia Civil do Estado do Paraná, voltada à arrecadação sistemática de indevida vantagem econômica (*propinas*) recebidas de proprietários de estabelecimentos comerciais de autopeças, bem como, de indivíduos envolvidos com o desmanche de automóveis furtados e roubados em Curitiba e Região Metropolitana.<sup>4</sup>

Apesar de separadas por um hiato de 13 (treze) anos, ambas as investigações trouxeram à superfície indicativos de graves desvios de condutas por parte de pessoas posicionadas em cargos estratégicos no bojo do Departamento da Polícia Civil do Estado do Paraná.

O Ministério Público do Estado do Paraná tem apurado e adotado medidas de responsabilização individual em inúmeros outros casos de desvios de

3 Relatório integral disponível em: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/51-legislatura/cpinarco/relatoriofinal.pdf>. Acesso em: 03 de abril de 2017.

4 Sobre a investigação denominada *Operação Vortex* ver reportagem com resumo dos fatos noticiando o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado do Paraná: <http://www.gazetadopovo.com.br/conta/cadastre-se/?referrer=http://www.gazetadopovo.com.br/vida-e-cidadania/justica-aceita-denuncia-contr-policiais-indiciados-na-operacao-vortex-3lw9ulava5f24g4pd4yqve5>. Acesso em: 04 de abril de 2017.

conduta policial de menor capilaridade e de diminuta complexidade, quando comparados às duas investigações citadas.<sup>5</sup>

É frequente a atuação repressiva do Ministério Público, isso é, depois de ocorrido o ilícito, ou durante a sua execução, o que se dá naturalmente em razão da constante demanda representada pela rotina da prática de ilícitos por parte de membros das instituições policiais paranaenses, em particular envolvendo casos de corrupção e violência, ambas as expressões empregadas aqui em sentido lato. No entanto, cada nova prisão em flagrante delito pela prática de corrupção, ou cada nova denúncia de homicídio, tortura, lesões corporais, que é oferecida em desfavor de um policial, demonstra que a atuação voltada exclusivamente à responsabilização individual tem se mostrado insuficiente para identificar e atacar as causas dessas condutas desviantes.

Analogamente, é como se ao doente febril fosse ministrado apenas um medicamento para a febre e alívio de sua dor, sem que seja investigada pelo clínico a causa desses sintomas, provavelmente uma infecção. É apenas uma questão de tempo, portanto, para que a febre volte a se manifestar, ou que fatos semelhantes aos apurados pela *CPI do Narcotráfico* e na *Operação Vortex* venham novamente à tona.

O propósito da tese é introduzir o conceito de **culturas ocupacional e organizacional das agências policiais**, a fim de que o controle externo da atividade policial na modalidade concentrada pelo Ministério Público consista num conjunto de ações e num modelo estrutural resolutivo, ou seja, capaz de promover mudanças concretas nas instituições policiais.

As culturas ocupacional e organizacional das instituições policiais são fruto de pesquisas científicas que correspondem a uma investigação das causas do desvio de conduta policial. Cuida-se, de fato, de uma visão criminológica, semelhante àquela aquela proposta por CONDE e HASSEMER:

(...) não podemos dizer hoje que o objeto da Criminologia seja

5 Com o simples uso da ferramenta de buscas [www.google.com](http://www.google.com) é possível identificar uma série de recentes notícias envolvendo a prisão de policiais civis e militares em Curitiba e Região. Tão somente a título exemplificativo ver: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/02/policiais-civis-e-militares-sao-presos-suspeitos-de-roubo-e-desvio-de-cargas.html>; <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2017/02/policiais-sao-presos-suspeitos-de-cobrar-para-nao-registrar-crimes.html>; <http://www.tribunapr.com.br/noticias/seguranca/cinco-policiais-civis-sao-presos-por-extorsao/>; <https://www.bemparana.com.br/noticia/488199/policiais-civis-de-araucaria-sao-presos-pelo-gaeco>; <http://paranaportal.uol.com.br/policial/dois-policiais-civis-sao-suspeitos-de-integrar-quadrilha-e-viram-alvo-de-operacao-do-diep/>. Acesso em: 04 de abril de 2017.

somente o estudo empírico da criminalidade, tal como esta vem sendo definida nas normas penais de cada país. Melhor dizendo, isso pode ser afirmado, mas sempre que se diga ao mesmo tempo que a Criminologia também tem que se ocupar de muitos outros problemas que direta ou indiretamente estão relacionados à criminalidade, sua prevenção e controle.<sup>6</sup>

Nesse sentido, a criminologia do desvio de conduta policial identifica que muitas das suas causas estão localizadas nas estruturas ocupacional e organizacional das instituições policiais.<sup>7</sup> Um efetivo controle externo da atividade policial pelo Ministério Público não pode continuar prescindindo, portanto, de uma atuação voltada à identificação e enfrentamento dos fatores inerentes à própria profissão do policial no Brasil, bem como, dos fatores específicos de cada instituição, suas circunstâncias organizacionais.

É que tanto a cultura ocupacional como a organizacional criam condições, permitem (com ações ou omissões) e por vezes até fomentam ações individuais que violam diretamente Direitos e garantias individuais e afrontam indiretamente o direito fundamental à segurança dos brasileiros.

O impacto de uma determinada cultura organizacional nas ações individuais dos membros de uma dada instituição não é fenômeno exclusivo das polícias.<sup>8</sup> No entanto, as peculiaridades que marcam a atividade

6 CONDE e HASSEMER, Lumen Juris, 2008. p.11.

7 Para uma distinção dos conceitos de cultura ocupacional e cultura organizacional da instituição policial, a objetiva lição de ARMACOST: *é útil ressaltar a distinção com que a expressão "cultura organizacional" é usada no contexto policial. Por um lado, instituições policiais possuem uma cultura ocupacional própria, criada a partir do tipo de trabalho que os policiais executam e comum a de outros policiais e de outras instituições. Essa concepção da "cultura policial" inclui características conhecidas como próprias dos policiais que trabalham nas ruas, na chamada "linha de frente". A cultura ocupacional, como um conjunto de características que marcam toda as instituições policiais, pode ser distinguida daquilo que pesquisadores denominam de cultura organizacional, formada por valores formais e informais, regras e ideias que marcam e definem uma instituição em particular, por exemplo, o Departamento de Polícia da cidade de Los Angeles. Tradução livre do autor. Em inglês: it is useful to distinguish two ways in which the term "organizational culture" is used in the policing context. On the one hand, police organizations have a unique occupational culture, which is created by the kind of work that law enforcement officers do and is held in common with other officers no matter what police department they are in. This notion of police culture, (...), includes the features of the so-called "working personality" of the street level cop. Occupational culture, as a set of features that characterize all police agencies, can be distinguished from what organizational science scholars call organizational culture, by which they mean the formal and informal values, norms, and ideas that characterize and define a particular institution, for example, a particular police agency such as the LAPD. (ARMACOST, 2003-2004, p.494).*

8 Para um trabalho sobre a cultura organizacional de organizações públicas

policial tornam seus efeitos particularmente danosos no âmbito das instituições policiais e, portanto, demandam sistemas diferenciados de controle.

## PARTE I

À polícia são conferidos poderes extraordinários. Policiais são os agentes do Estado responsáveis pela primeira interpretação e aplicação de um vasto, e muitas vezes vago, universo de leis, exercendo essa atividade com considerável deferência por parte dos órgãos de controle, notadamente Ministério Público e Poder Judiciário.<sup>9</sup> No exercício de suas atividades, a polícia tem o potencial de interferir nos interesses mais caros aos cidadãos de um Estado que encontre sua legitimidade fundada em valores democráticos, como a vida, a liberdade e a propriedade. Ainda assim, o desempenho dessa função se dá com elevada carga de discricionariedade.

ÁVILA sintetiza bem a possibilidade de uso da força com relativa discricionariedade, duas características inerentes à atividade policial:

Mais que uma possibilidade, o uso da força pela Polícia constitui uma representação simbólica da própria relevância institucional da instituição policial, sua razão de existir. É a possibilidade de recorrer ao uso da força que faz com que a Polícia seja a instituição que é. Quando alguém chama a polícia (e não outra instituição pública) é porque antevê que na situação conflituosa concreta existe a possibilidade de eventualmente recorrer-se ao uso da força para se reestabelecer a ordem. Espera-se que a Polícia se imponha diante de uma situação conflituosa, usando eventualmente da força contra a pessoa que estiver em desacordo com o ordenamento jurídico, para reestabelecer a ordem. Nessa perspectiva, o uso da força pela polícia assume uma representação central no *ethos* profissional do policial, ainda que o dia-a-dia do policial não envolva usualmente o uso efetivo da força. E o uso dessa força é marcado por uma relativa discricionariedade que também é uma marca característica da atuação policial.<sup>10</sup>

Das características inerentes à profissão policial emerge uma cultura ocupacional comum aos policiais e às instituições policiais. A concepção de cultura ocupacional da polícia é dissecada por PUNCH ao explicar que, se em sua faceta positiva faz surgir sentimentos de lealdade e solidariedade que proporcionam aos policiais gestos de apoio e conforto no Brasil, ver: PIRES, José Calixto de Souza; MACEDO, Kátia Barbosa. Cultura organizacional em organizações públicas no Brasil, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v40n1/v40n1a05>, Acesso em: 31 de março de 2017.

9 LUNA, 1999-2000.

10 ÁVILA, D'Plácido, 2016. p.54.

mútuos, sua faceta negativa apresenta todas as condições para *um ambiente de tolerância, promoção e justificação de comportamentos desviantes*.<sup>11</sup>

O mesmo PUNCH cita dois exemplos dessa perspectiva negativa da cultura ocupacional da polícia, particularmente relacionados a criação e manutenção de uma “lei da polícia”: i) a sensação de que o trabalho policial é perigoso e requer sacrifícios pessoais distintos isola os policiais e potencializa o sentimento de que o seu trabalho não é devidamente valorizado por terceiros; ii) o “código do silêncio” (“the blue wall”) representa o lado negativo da solidariedade, em que mentir significa ser leal, podendo levar a fortes sanções informais quando violado.<sup>12</sup>

Interessante notar como no Brasil é comum que as próprias polícias identifiquem a sua cultura ocupacional como manifestação do que denominam pejorativamente de *subcultura policial*. Trata-se de verdadeiro “jogo de palavras”, uma estratégia de tentar afastar das regras de apresentação da instituição as regras de trabalho da polícia<sup>13</sup>, que muitas vezes importam em comportamentos desviantes.<sup>14</sup> De fato, a tentativa

11 Tradução livre do autor no corpo do texto. Em inglês: *police culture can present some positive features, such as solidarity and loyalty – providing comfort and support – but it also can serve as a blackcloth for accepting, promoting and justifying deviant behavior*. PUNCH, 2009. p.37.

12 PUNCH, 2009. p.37. Sobre a violação do “código do silêncio” ver a história de SERPICO, policial do New York Police Department (NYPD), retratada em livro e filme e que deu ensejo à instauração da Comissão Knapp. A Comissão Knapp identificou uma série de questões estruturais no NYPD, relacionadas a sua cultura organizacional, que facilitavam o desvio de conduta dos policiais.

13 De acordo com ÁVILA, *Reiner fala em três tipos de regras de ação da Polícia: regras de trabalho, regras inibidoras e regras de apresentação. As regras de trabalho são aquelas que estão efetivamente interiorizadas pelos policiais e que são realizadas na prática. As regras inibitórias são as regras externas de controle que incidem sobre os policiais (que podem ser diversas das regras de trabalho). E as regras de apresentação são as regras que os policiais utilizam para apresentarem ao público externo o resultado de seu trabalho, mesmo quando ele foi realizado em desconformidade com as regras inibitórias. E conclui que em algumas situações, as regras legais, por serem excessivamente lacônicas, acabam por serem meras regras de apresentação, uma fachada de legitimidade sob a qual se esconde um amplo espaço de arbitrariedade policial*. ÁVILA, D’Plácido, 2016. p.115.

14 A chamada “subcultura policial” integra, de fato, a cultura organizacional das agências policiais, podendo ser claramente identificada no fenômeno conhecido como “dupla mensagem”, conforme lição de ARMACOST: (...) *a fragmentação da informação é usada por líderes das organizações como uma estratégia para evitar responsabilização institucional. Uma característica significativa da chefia numa instituição burocrática é que “os detalhes são empurrados para os níveis inferiores, enquanto que os créditos para os níveis superiores da instituição”. A chefia específica os objetivos a serem buscados, sem identificar os detalhes acerca dos meios a serem empregados pelos subordinados para atingir a finalidade. Assim, evita-se o envolvi-*

de separar políticas institucionais formais das regras não escritas, que *mento dos escalões em decisões intermediárias, sobre os específicos, mas também os isola em relação à responsabilização por eventuais decisões equivocadas tomadas na base. Quando subordinados cometem erros na execução de tarefas genericamente delegadas, os superiores podem alegar desconhecimento e falta de autorização para a ação desviante e eventualmente danosa. Por outro lado, a mensagem que o escalão superior passa aos subordinados de atingir os resultados sem complicações cria pressões nos agentes intermediários da organização, que precisam proteger seus chefes, esconder seus próprios erros e comunicar somente boas notícias. O fenômeno da “dupla mensagem” de instituições burocratizadas tem sido amplamente reconhecido como uma face da cultura de diversas agências policiais. Como em todas as culturas organizacionais, a cultura policial é definida nem tanto pelas regras e objetivos oficialmente divulgados, como “slogans”, mas por mensagens distintas que circulam no nível operacional. A socialização policial envolve uma grande quantidade de mensagens complexas e conflitantes. Por exemplo, há a mensagem da organização enfatizando o combate ao crime e a pró-atividade da polícia, a mensagem de “vamos pegar os criminosos.” Ao mesmo tempo há a mensagem organizacional de “cumprimento do devido processo legal”, “não emprego do uso excessivo da força” e “não discriminação racial”. Na prática, essas mensagens são conflitantes. E mesmo que o comando da instituição tente manter o equilíbrio entre elas, as mensagens institucionais são afirmadas de modo seletivo ou menosprezadas por mensagens informais sobre os tipos de condutas que são toleradas ou premiadas. São essas expectativas informais que os policiais aprendem com seus companheiros no dia-a-dia das ruas que determinam a cultura institucional que será efetivamente a responsável por modelar e guiar a discricionariedade no processo de tomada de decisões pelos policiais. Tradução livre do autor. Em inglês, no original: (...) *information fragmentation can be used by organizational leaders as a way of avoiding responsibility for organizational harm. One significant feature of bureaucratic management is that “details are pushed down and credit is pushed up.” Managers specify the ends that they want to accomplish without identifying in any detail the means that their subordinates are to use to accomplish those ends. This allows managers to avoid becoming enmeshed in messy particulars, but it also serves to insulate them from any harms caused by low-level decisions. When subordinates make mistakes in furtherance of a broadly framed agenda, managers may be able to claim that they neither sanctioned, nor knew, of those harm-causing actions. Conversely, the message that managers send by broadly defined goals-“results without [any] messy complications”-creates pressure on middle-men to protect their bosses, hide their own mistakes, and convey only good news. The phenomenon of the bureaucratic “double message” has been widely recognized as a cultural feature of many police organizations. Like all organizational cultures, police culture is defined not so much by officially-proclaimed goals and rules, but by the sometimes very different messages that circulate at the operational level. Police socialization involves a whole range of complex and conflicting messages. For example, there is the “hard-nosed” organizational message that emphasizes crime-fighting and proactivity, the message that says, “Let’s go get ‘em.” But, there are also all kinds of “non-hard-nosed mandates” such as “observe due process,” avoid excessive force, and do not discriminate on the basis of race. In practice, these mandates often conflict. And while police management may purport to keep them in balance, the official organizational messages are selectively affirmed or undermined by informal messages about what kinds of conduct are actually tolerated or rewarded. It is these informal expectations-that officers learn from fellow officers on the street and in the locker rooms-that determine the institutional culture that ultimately governs and shapes the discretionary decisions of street level cops. ARMACOST, 2003-2004, p.515-516.**

formam a cultura organizacional de uma dada instituição policial é, por si só, uma manifestação visível da própria cultura ocupacional.

Tem-se, enfim, uma combinação explosiva de características do trabalho policial, com destaque para a possibilidade do uso da força e o elevado grau de discricionariedade que marca a atividade, que constrói uma cultura ocupacional bastante particular e potencialmente lesiva de um leque significativo de Direitos individuais e metaindividuais.

Surge, portanto, uma demanda por soluções de controle da atividade policial que leve em consideração a cultura organizacional da instituição policial, e não apenas o desvio de conduta como uma ação individual isolada. Neste exato sentido, a lição de ARMACOST:

É essencial que a cultura organizacional da instituição policial seja levada à sério, para imputar responsabilidades e para formular propostas de soluções ao fenômeno do desvio de conduta policial. Há pelo menos três boas razões para tanto. Em primeiro lugar, é faticamente impreciso focar nas ações individuais e ignorar a instituição na tentativa de identificar as razões pelas quais policiais se comportam de uma determinada maneira. Instituições policiais possuem regras culturais comuns, práticas sociais, expectativas e assunções que encorajam ou desencorajam certos valores, objetivos e comportamentos. Assim, essas instituições são culpáveis sempre que tolerem culturas que promovam condutas abjetas do ponto de vista moral e legal. Em segundo lugar, é injusto imputar toda a carga de responsabilidade moral pelo desvio de conduta apenas sobre os ombros dos policiais, individualmente. A literatura organizacional possui um arcabouço teórico para aquilo que os pesquisadores sobre o tema já sabem há algum tempo: policiais não podem ser vistos como indivíduos que tomam decisões isoladas do contexto organizacional no qual estão inseridos. Policiais estão imersos em organizações que os tornam mais propensos a tomar decisões com base nas obrigações derivadas do seu papel institucional e das expectativas que os outros têm em relação a eles. Seu julgamento não é, portanto, feito com base numa simples análise do custo-benefício de suas ações. Essa realidade explica por que sanções legais que assumem o modelo punitivo de um agente racional possuem menor sucesso na modificação de comportamentos policiais inadequados. Por fim, a tendência de isolar os indivíduos pela prática de atos ilícitos, rotulando-os interna e externamente, é essencialmente uma forma de procurar bodes-expiatórios. A punição apenas das “maças-podres” pode satisfazer um sentimento social de punição, mas acarreta no ofuscamento de importantes causas sistêmicas e organizacionais que contribuem para

desvios individuais de conduta. Isso não significa que indivíduos não devam suportar responsabilidades por suas ações e danos eventualmente causados a terceiros. O fato é que o policial enquanto indivíduo “funciona” no bojo de uma instituição cuja cultura organizacional impõe riscos especiais de que danos e ofensas sejam causados, demandando, portanto, a criação de mecanismos de controle correspondentes a essa realidade. Focar apenas no autor isolado acaba desviando a atenção de necessárias reformas institucionais.<sup>15</sup>

Ao Ministério Público não basta, portanto, apenas responsabilizar o indivíduo, sendo imprescindível voltar sua atenção à corporação policial, as quais devem ser **transparentes**, possuírem mecanismos eficientes de *accountability*<sup>16</sup> e ferramentas **de controle interno da discricionarie-**

15 Tradução livre do autor no corpo do texto. No original, em inglês: *It is essential that the police organization be taken seriously, both in fixing blame and in formulating solutions to police misconduct. There are at least three reasons why this is so. First, it is factually inaccurate to focus on individual deeds, and ignore the organization, in analyzing the causes of police conduct. Law enforcement organizations have cultures commonly held norms, social practices, expectations, and assumptions—that encourage or discourage certain values, goals, and behaviors. Police agencies are culpable if they tolerate cultures that promote conduct that is morally or legally objectionable. Second, it is unfair to lay the moral responsibility for police misconduct solely at the feet of individual officers. The organizational literature provides a theoretical framework for what police scholars have long known: law enforcement officers cannot be viewed as individual decision makers who function in isolation. They are embedded in an organization that makes them more likely to frame their judgments in terms of role-based obligations and expectations than according to a simple cost-benefit analysis of their potential actions. This explains why legal sanctions that assume an individual rational actor model are less than successful in curbing police misbehavior. Finally, the impulse to isolate misbehaving officers as “rogue cops” is, essentially, a search for scapegoats. While punishing individual miscreants may satisfy society’s thirst for someone to blame, it also causes us to miss important systemic and organizational causes that lie behind individual acts of brutality. This is not to say that individual officers bear no causal or moral responsibility for their own harm-causing deeds. Indeed, the fact that individuals function within an organizational framework poses special risks of unintended and inadvertent harms, and imposes corresponding obligations to guard against such harms. Focusing only on isolated actors, however, may divert attention away from needed institutional reform.* ARMACOST, 2003-2004, p.493-494.

16 WALKER sustenta que a moderna concepção de *accountability* das instituições policiais está assentada em quatro pilares: (i) imposição de mecanismos de controle interno, como obrigatoriedade de confecção de relatórios em todos os casos de incidentes críticos, sujeitos, sempre, a revisão do superior imediato; (ii) sistemas de intervenção antecipada, capazes de identificar, prematuramente, policiais cujas ações representem um padrão indicativo de um uturo desvio de conduta; (iii) controle externo das instituições policiais e novas ferramentas de auto controle, no âmbito interno; (iv) reconhecimento de que são necessárias mudanças institucionais, no sentido de orientar as ações policiais com base em dados. WALKER, 2014, p.56-57.

**dade policial.**<sup>17</sup> Sobre esse tripé devem ser orientadas parte das ações de controle da atividade policial pelo Ministério Público na modalidade concentrada.

## PARTE II

### i) Constituição e legislação infraconstitucional.

No Brasil, o controle externo da atividade policial foi previsto na Constituição Federal de 1988 como uma das funções institucionais do Ministério Público, na forma da lei complementar (artigo 129, inciso VII da CF). A Lei Complementar nº 75/93, por seu turno, dispôs as bases para o exercício do controle externo das polícias no âmbito do Ministério Público da União em seu artigo 3º<sup>18</sup>, indicando medidas judiciais e extrajudiciais para o desempenho da atividade em seu artigo 9º.<sup>19</sup>

<sup>17</sup> DAVIS já defendia, em sua obra de 1975, um modelo para controlar a discricionariedade das ações policiais, pela via de um processo escalonado em três passos: confinamento, estruturação e controle da discricionariedade. WALKER resume com precisão a proposta de DAVIS: *o confinamento da discricionariedade demanda uma normativa institucional escrita que defina com clareza aquilo que os policiais podem ou não fazer em uma determinada situação. Sua estruturação passa por uma certa complacência com a discricionariedade, deixando alguma liberdade de ação ao policial, mas ao mesmo tempo especificando fatores que devem necessariamente orientar o processo decisório. O controle se dá pela revisão de relatórios elaborados pelos policiais por parte dos supervisores, responsáveis por verificar a adequação da conduta à normativa escrita e aos fatores de orientação.* Tradução livre do autor. Em inglês, no original: *Confining discretion involves having a written policy that clearly defines what an officer can and cannot do in a particular situation. Discretion is structured by allowing a certain amount of discretion while specifying the factors that an officer should consider in making a decision. Discretion is checked, according to Davis, by having incidents reports reviewed by supervisors and other higher command officers.* WALKER, 2014, p.71.

A compelling argument in favor of the model is its recognition that, although some discretion is inevitable in policing, it can, first, be limited and guided; second, it can be checked and reviewed.

<sup>18</sup> Artigo 3º – O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial tendo em vista: a) o respeito aos fundamentos do Estado Democrático de Direito, aos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, aos princípios informadores das relações internacionais, bem como aos direitos assegurados na Constituição Federal e na lei; b) a preservação da ordem pública, da incolumidade das pessoas e do patrimônio público; c) a prevenção e a correção de ilegalidade ou de abuso de poder; d) a indisponibilidade da persecução penal; e) a competência dos órgãos incumbidos da segurança pública.

<sup>19</sup> Artigo 9º – O Ministério Público da União exercerá o controle externo da atividade policial por meio de medidas judiciais e extrajudiciais podendo: I – ter livre ingresso em estabelecimentos policiais ou prisionais; II – ter acesso a quaisquer documentos relativos à atividade-fim policial; III – representar à autoridade competente pela adoção de providências para sanar a omissão indevida, ou para prevenir ou corrigir ilegalidade ou abuso de poder; IV – requisitar à autoridade competente para

No entanto, ainda sob os efeitos das pressões corporativistas que marcaram as discussões em torno da expressão *controle externo da atividade policial* durante a Assembleia Nacional Constituinte<sup>20</sup>, o texto da Lei Complementar nº 75/93 tem como marca a indefinição concreta das ações a serem realizadas pelo Ministério Público da União na atividade de controle externo das polícias.

Idêntica indeterminação caracterizou tanto o texto da Lei nº 8.625/93, que estabelece normas gerais para regulamentação dos Ministérios Públicos estaduais,<sup>21</sup> como a redação da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Paraná (Lei Complementar Estadual nº 85/99).<sup>22</sup>

É essa legislação diluída e tímida uma das principais responsáveis pela constatação em recente estudo do Centro de Estudos de Segurança e Cidadania que o Ministério Público brasileiro *deixou em segundo plano*

---

instauração de inquérito policial sobre a omissão ou fato ilícito ocorrido no exercício da atividade policial; V – promover a ação penal por abuso de poder.

<sup>20</sup> GUIMARÃES recorda que, à época da Constituinte, *apesar de o Ministério Público também ter promovido seu lobby no Congresso Nacional, o mesmo mostrou-se insuficiente para combater o posicionamento contrário sustentado pela Polícia junto a boa parcela dos Legisladores. Este jogo de interesses corporativos resultou na aprovação de um dispositivo que não é o melhor para a aplicação da Justiça, mascarando-se a cessão às pressões com a alteração do texto proposto, para colocar onde se lia “supervisão e correção”, a expressão “controle externo da atividade policial”, de conotação genérica e que não se define de imediato. O temor da Polícia em ver-se vigiada por órgão externo e independente acabou prejudicando a Justiça como um todo, distanciando ainda mais o Brasil dos países desenvolvidos, onde a polícia está sempre, de uma forma ou de outra, vinculada ao Ministério Público, sob orientação e comando deste.* GUIMARÃES, 2008. p.75.

<sup>21</sup> A Lei nº 8.625/93 praticamente repete, em seu artigo 26, inciso IV, a redação do artigo 129, inciso VIII, da CF e em seu artigo 40, inciso VIII especifica a genérica referência do artigo 9º, inciso II, da LC 75/93, ao dispor que é uma prerrogativa dos membros dos Ministérios Públicos estaduais *examinar, em qualquer repartição policial, autos de flagrante ou inquérito, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos.*

<sup>22</sup> Além das funções previstas na Constituição Federal, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Constituição Estadual e em outras leis, incumbe, ainda, ao Ministério Público: XII – exercer o controle externo da atividade policial, civil e militar, instituído por ato do Procurador Geral de Justiça, por meio de medidas administrativas e judiciais, visando assegurar a indisponibilidade da persecução penal e a prevenção ou correção de ilegalidades ou abuso de poder, com a faculdade de: a) fiscalizar e acompanhar atividades investigatórias; b) requisitar providências visando sanar omissão, ilegalidade ou abuso de poder; c) recomendar à autoridade policial a observância de leis e princípios jurídicos; d) ter livre ingresso em estabelecimentos policiais e prisionais; e) ter acesso ou requisitar documentos relativos à atividade-fim policial; f) receber da autoridade policial comunicação sobre a prisão de qualquer pessoa, com a indicação do lugar onde se encontra preso; g) recomendar à autoridade competente a instauração de sindicância ou procedimento cabível.

a tarefa de controle externo da atividade policial.<sup>23</sup>

ii) Doutrina e Resolução nº 20/2007, do CNMP.

Se por um lado a Constituição Federal e a legislação infraconstitucional deixaram a desejar em termos de indicação de ações concretas para o controle externo das polícias pelo Ministério Público, a doutrina assumiu importante protagonismo. Numa das primeiras obras publicadas sobre o tema no país, o Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná RODRIGO RÉGNIER CHEMIM GUIMARÃES deu sinais indicativos de uma distinção que, em breve, ganharia notoriedade, ao conceituar o controle externo como:

um conjunto de normas que regulam a fiscalização exercida pelo Ministério Público em relação à Polícia, na **prevenção, apuração e investigação de fatos tidos como criminosos**, na preservação dos direitos e garantias constitucionais dos presos que estejam sob responsabilidade das autoridades policiais e na fiscalização do cumprimento das determinações judiciais.<sup>24</sup> (destaques nossos).

Foi a partir da doutrina, portanto, que se consolidou a reconhecida distinção entre duas espécies de atuação do Ministério Público no controle externo da atividade policial: a difusa e a concentrada.<sup>25</sup> No que tange à modalidade concentrada de controle, objeto da tese, a já citada indefinição normativa trouxe graves dificuldades à identificação das ações a serem executadas, já que o foco da dicotomia difuso/concentrado é o **plano subjetivo, ou seja, a identificação da atividade se dá a partir do órgão do Ministério Público responsável pela execução da atribuição, e não o contrário.**

Ganhou corpo o entendimento, construído a partir da textual redação do artigo 9º, incisos I e II, da LC nº 75/93 e dos artigos 26, inciso IV e 40, inciso VIII, estes últimos da Lei nº 8.625/93, no sentido de que o controle externo na modalidade concentrada corresponderia a uma espécie de **atividade correicional da atividade-fim das polícias, executado por meio de visitas periódicas às unidades policiais.**

A Resolução nº 20/2007, do Conselho Nacional do Ministério Público, consolidou a concepção de que o controle externo concentrado da atividade policial consistiria em um conjunto de ações desempenhadas em inspeções dos órgãos policiais pelo Ministério Público. Tornaram-se,

23 O estudo completo se encontra disponível em: <http://www.ucamcesec.com.br/2016/12/06/pesquisa-revela-perfil-elitizado-e-aponta-distorcoes-na-atuacao-do-ministerio-publico/>. Acesso em: 05 de abril de 2017.

24 GUIMARÃES, 2008. p.80.

25 FREITAS, 2013. p.113-136.

então, obrigatórias as visitas periódicas semestrais,<sup>26</sup> indicando o CNMP no artigo 4º do citado ato normativo as principais áreas de atuação policial a serem averiguadas.<sup>27</sup>

A Resolução nº 20/2007 do CNMP mescla em seu artigo 4º ações de controle externo da atividade policial, ou seja, há obrigação de fiscalizar atividades policiais próprias da investigação criminal durante as visitas periódicas (incisos II e V, do artigo 4º), portanto, ações típicas ações de controle difuso, realizadas por órgão ministerial com atribuições de controle concentrado.

Outrossim, não há ações de controle externo na modalidade concentrada referentes ao enfrentamento do fenômeno da criminologia do desvio policial. Ou seja, a Resolução nº 20/2007 não levou em consideração a cultura ocupacional da profissão policial para indicar ações e estruturar soluções institucionais do Ministério Público brasileiro neste sentido.

Ao lado das ações a serem desempenhadas no controle externo da atividade policial na modalidade concentrada, a Resolução nº 20/2007 fez referência, ainda, à maneira como cada Ministério Público deveria se estruturar para exercê-las, conferindo um certo espaço de discricionariedade às Instituições:

Art. 3º O controle externo da atividade policial será exercido: (...)  
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.**

Parágrafo único. **As atribuições de controle externo concentra-**

26 Das visitas será elaborado relatório pelo órgão do Ministério Público respectivo, a ser enviado à validação da Corregedoria-Geral da respectiva unidade do Ministério Público, mediante sistema informatizado disponível no sítio do CNMP, até o dia 5 (cinco) do mês subsequente à visita, consignando todas as constatações e ocorrências, bem como eventuais deficiências, irregularidades ou ilegalidades e as medidas requisitadas para saná-las, sem prejuízo de que, conforme estabelecido em atos normativos próprios, cópias sejam enviadas para outros órgãos com atuação no controle externo da atividade policial, para conhecimento e providências cabíveis no seu âmbito de atuação. (artigo 6º, da Resolução nº 20/2007).

27 II – examinar, em quaisquer dos órgãos referidos no inciso anterior, autos de inquérito policial, inquérito policial militar, autos de prisão em flagrante ou qualquer outro expediente ou documento de natureza persecutória penal, ainda que conclusos à autoridade, deles podendo extrair cópia ou tomar apontamentos, fiscalizando seu andamento e regularidade; III – fiscalizar a destinação de armas, valores, substâncias entorpecentes, veículos e objetos apreendidos; IV – fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, inclusive no que se refere aos prazos; V – verificar as cópias dos boletins de ocorrência ou sindicâncias que não geraram instauração de Inquérito Policial e a motivação do despacho da autoridade policial, podendo requisitar a instauração do inquérito, se julgar necessário.

**do da atividade policial civil ou militar estaduais poderão ser cumuladas entre um órgão ministerial central, de coordenação geral, e diversos órgãos ministeriais locais.** (grifos nossos)

Como em cada Estado da Federação há centenas de unidades policiais a serem visitadas semestralmente, impôs-se pragmaticamente aos Ministérios Públicos dos Estados a necessidade de diluição da atividade de visitação periódica para múltiplos órgãos de execução, com a ressalva da própria Resolução nº 20/2007 de que seria possível também a existência de um órgão central, de coordenação geral, com atribuições cumulativas as dos demais.

Tem-se então que, na prática, as inspeções de controle concentrado são realizadas por diversos órgãos ministeriais de execução, sendo facultativa a cada Ministério público a criação de um órgão central coordenador, com atribuições concorrentes àqueles.

iii) Ministério Público do Estado do Paraná e controle externo da atividade policial.

No âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná o controle externo concentrado da atividade policial vem sendo desempenhado, sob o aspecto subjetivo: i) diluidamente, por membros com atribuições específicas para o controle externo da atividade policial, nos termos do artigo 3º, inciso II, da Resolução nº 20/2007, do CNMP e pelos Núcleos Regionais dos GAECOs; ii) concentradamente, pela Coordenaria Estadual de Controle Externo da Atividade Policial e dos Grupos de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO).

Enquanto os Núcleos Regionais dos GAECOs e a Coordenadoria Estadual efetuam um controle repressivo do desvio policial, os demais membros com atribuições específicas realizam as visitas previstas na Resolução nº 20/2007, do CNMP.

Para melhor se compreender essa realidade impõe-se um resgate histórico acerca do nascimento e desenvolvimento dos GAECOs e da Coordenaria Estadual de Controle Externo da Atividade Policial e dos Grupos de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO). Assim, pode-se apreender suas atribuições mais adequadamente, bem como verificar as ações que têm de fato sido exercidas por esses órgãos ao longo de sua história.

No início desta tese se pôde perceber que o Ministério Público do Estado do Paraná atua fortemente na repressão aos desvios policiais.<sup>28</sup> Desde o

28 A Resolução nº 97/1994 instituiu a Promotoria de Investigação Criminal no âmbito do Ministério Público do Estado do Paraná, com atribuições para: a) propor ação penal pública; b) requerer o arquivamento de inquéritos policiais ou de peças

início da década de 90, o MP/PR desenvolveu em núcleos especializados a *expertise* de investigar e responsabilizar criminalmente policiais civis e militares pela prática de infrações penais atreladas, sobretudo, aos fenômenos da corrupção e violência policial. Esta atuação se deu, num primeiro momento, pelas Promotorias de Investigação Criminal (PICs) e atualmente é exercida pelos Núcleos Regionais de Atuação de Combate ao Crime Organizado (GAECOs).

A repressão aos desvios de conduta policial se encontra no DNA dos GAECOs. Atualmente, os GAECOs consistem em forças-tarefa<sup>29</sup> na forma de Núcleos Regionais de Combate ao Crime Organizado, vinculados a Coordenaria Estadual de Controle Externo da Atividade Policial e dos Grupos de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO).<sup>30</sup>

No âmbito de suas atribuições, definidas pela Resolução nº 1.801/2007, os GAECOs são incumbidos de exercer o controle externo da atividade policial<sup>31</sup>, nos seguintes termos:

O controle externo difuso e concentrado da atividade policial será exercido consoante disciplina a Resolução nº 20/2007, artigo 3º, incisos I e II, do Conselho Nacional do Ministério Público. §1º – **In-**

de informação; c) requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquéritos policiais; d) requisitar, para instruir os procedimentos em que atue, exames periciais, documentos, certidões e informações de qualquer repartição pública ou órgão federal, estadual ou municipal, da administração direta ou indireta, podendo dirigir-se diretamente a qualquer autoridade, ressalvando o disposto no art. 26, § 1º, da Lei 8.625/93; e) requisitar, para o mesmo fim, informações e documentos de entidades privadas, bem como expedir notificações visando a coleta de depoimentos, informações ou esclarecimentos, podendo, em caso de não comparecimento injustificado, requisitar condução coercitiva, inclusive pela Polícia Civil ou Militar, ressalvadas as prerrogativas previstas em lei; f) acompanhar atos investigatórios e inquéritos policiais, sempre que entender conveniente ou se designado pelo Procurador Geral; g) visitar unidades policiais, civis e militares, tendo acesso, em qualquer dia e horário, a indiciados presos, ainda que decretada sua incomunicabilidade, e a quaisquer autos, livros, papéis ou documentos relativos a procedimentos investigatórios que visem a apuração de ilícitos penais da competência da Justiça Estadual; h) fiscalizar o cumprimento dos mandados de prisão, das requisições e demais medidas determinadas pelo Juiz da Central e pelo Ministério Público; i) requerer medidas cautelares; j) atuar, mediante revezamento, junto ao Plantão Judiciário, nos casos e na forma estabelecida pela Resolução-PGJ nº 129/93.

29 O Decreto Estadual nº 10.294/2014 dispõe sobre a força-tarefa dos GAECOs no âmbito do Estado do Paraná.

30 Os GAECOs foram criados pela Resolução nº 1.801/2007, da Procuradoria-Geral de Justiça, a qual regulamentou e regionalizou a atuação do Ministério Público do Estado do Paraná na atividade de repressão a organizações criminosas e de controle externo da atividade policial, substituindo as então Promotorias de Investigação Criminal (PICs), Grupo Especial de Repressão ao Crime Organizado (GERCO) e Grupo Especial de Repressão ao Narcotráfico (GERNA) pelos GAECOs.

31 Artigo 7º, da Resolução nº 1.801/2007.



**cumbe aos GAECOs o controle externo concentrado nas hipóteses compreendidas no artigo 5º da presente Resolução, em que haja indícios de participação de policiais civis e/ou militares;** §2º – O controle externo difuso será exercido, concorrentemente, por todos os demais Promotores de Justiça com atribuições na esfera criminal.

Percebe-se pela leitura do dispositivo que o controle externo da atividade policial a ser exercido pelos GAECOs consiste na **atribuição de investigar e propor medidas judiciais com vistas à repressão à organizações criminosas (artigo 3º)**, entendidas como quaisquer associações constituídas para a prática de delitos que, mesmo indiciariamente, possuam características próprias de crime organizado.<sup>32</sup>

Quando da criação dos Núcleos Regionais dos GAECOs a orientação geral e coordenação da sua atuação estava a cargo da Coordenação do Centro de Apoio Operacional das Promotorias Criminais e de Execuções Penais do Ministério Público do Estado do Paraná (artigo 4º da Resolução nº 1.801/2007). A partir da Resolução nº 729/2008, a coordenação dos GAECOs foi deslocada do CAOP Criminal e unificada ao então Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Controle Externo da Atividade Policial (criado pelos Atos nº 159/00 e 04/2003), inclusive com um incremento do seu rol de atribuições, conferindo-lhe formalmente funções relacionadas ao combate do crime organizado e de controle externo das polícias civil e militar.<sup>33</sup>

<sup>32</sup> O artigo 3º da Resolução nº 1.801/2007 define o que seriam características de organização criminosa cuja presença deflagaria a possibilidade de atuação dos GAECOs: *I – delitos que apresentem ramificações junto a instâncias de poder, entendidos, para essa finalidade, crimes comuns que tenham indicativos de participação ou envolvimento de agentes públicos; II – delitos praticados por agentes públicos no exercício da função, quando presentes características típicas de grupo criminoso estruturado ou organizado; III – delitos que, sendo de competência da Justiça Estadual, correspondam, todavia, aos modelos relacionados na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto Federal nº 50.015, de 12 de março de 2004, e na Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; IV – associações de pessoas vinculadas ao narcotráfico.*

<sup>33</sup> Em relação a esse novel plexo de atribuições, interessante observar que as atribuições do então criado Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Controle Externo da Atividade Policial e dos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECOs) escaparam daquelas típicas dos demais Centros de Apoio Operacional, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça conferido ao órgão algumas funções próprias de um órgão ministerial de execução, como: a) a atuação em conjunto com os órgãos de execução do Ministério Público na instrução de procedimentos de investigação criminal, inquéritos civis e procedimentos correlatos, bem como na preparação, proposição e acompanhamento das medidas processuais e administrativas pertinentes, requisitando, quando for o caso, laudos, certidões, informações, exames e quaisquer outros documentos diretamente de órgãos públicos ou privados (inciso V); b) a expedição de notificações nos procedimentos de sua atuação, requisitando, se necessário, a condução coercitiva (inciso VI); c) noticiar às autoridades competentes,

Embora dotado de um diferenciado plexo de atribuições, as funções do CAOP de Controle Externo possui também íntima relação com a atividade investigatória de infrações penais praticadas por policiais, mantendo-se, assim, a fidelidade histórica à vocação dos núcleos especializados de repressão aos desvios de conduta de policiais sob sua coordenação. Mais recentemente, por meio da Resolução nº 1.357/2012, a Procuradoria-Geral de Justiça transformou o Centro de Apoio numa Coordenadoria de Controle Externo da Atividade Policial, a qual acumula a Coordenação dos Grupos de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (GAECOs), ambas diretamente vinculadas a PGJ.

Como visto, portanto, os GAECOs e a Coordenaria Estadual de Controle Externo da Atividade Policial e dos Grupos de Atuação Especializada de Combate ao Crime Organizado (GAECO) exercem, por razões históricas e normativas do Ministério Público do Estado do Paraná, atividades de controle externo da **atividade policial no âmbito da repressão aos desvios policiais**.

Portanto, apesar dos órgãos serem referências institucionais na atividade de controle externo da atividade policial, sua atuação ao longo dos anos e suas atribuições legais estão limitadas ao espectro repressivo/criminal do controle externo na modalidade concentrada.

E não há, na atual estrutura do Ministério Público do Estado do Paraná, um outro órgão com atribuições para o exercício das demais ações de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada, que abarque o enfrentamento das causas institucionais dos desvios de conduta policiais.

O deficit, sustenta-se nesta tese, é de graves consequências, já que a atuação repressiva, por si só, trata os desvios de conduta dos agentes policiais como produtos isolados de ações pessoais de maus profissionais, ou de policiais despreparados (*teoria das maçãs podres*), quando deveria haver, também, uma atuação voltada as suas causas, sob o viés das já explicadas culturas ocupacional e organizacional das Instituições.

### PARTE III

Conforme visto acima, a Resolução nº 20/2007 cria duas opções para a estruturação dos Ministérios Públicos no desempenho da atividade de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada, focado nas ações de visitas periódicas as unidades policiais.

a prática de irregularidades atribuídas a policiais que, em tese, possam configurar infrações administrativas e/ou penais, recomendando ou requisitando as providências cabíveis (inciso XIII).

A primeira corresponde a do Ministério Público do Estado do Paraná, que atua num modelo exclusivamente pulverizado. Nele, as visitas às unidades policiais são realizadas por múltiplos órgãos de execução distribuídos pelo território paranaense, sem que exista um órgão centralizador e de coordenação na estrutura do MP/PR responsável por aglutinar e analisar os dados das inspeções. É como se houvesse várias ilhas dentro de um mesmo Estado, orientando o exercício da atividade-fim tão somente para as carências locais, verificadas visivelmente durante as visitas de rotina.

O modelo, entende-se, enseja numa atuação desarticulada e intuitiva de controle externo, já que a sua multiplicação e acumulação com diversas outras atribuições por parte dos órgãos de execução obstaculiza a profissionalização do membro do Ministério Público no exercício da atividade.

Intervindo pontual e isoladamente, de modo não planejado, serão significativas as dificuldades para serem alavancadas ações que promovam as mudanças necessárias das instituições policiais.

O segundo modelo ocorre quando o Ministério Público exerce a faculdade de criar órgãos centrais e especializados, os quais acumulam atribuições com os demais órgãos responsáveis pela fiscalização das polícias (artigo 3º, parágrafo único, da Resolução nº 20/2007, do CNMP). Ocorre que um mero órgão de coordenação, como o proposto pela normativa do CNMP, é insuficiente, na medida em que as corporações policiais são Instituições que reproduzem sua forma de atuação por todo um território Estadual.

As causas dos desvios de conduta, portanto, quando decorrerem de falta de transparência ou de um sistema de controle (*accountability*) ineficiente terão reflexos por todo o território no qual atue a agência policial. Enfim, um mero órgão de coordenação não teria atribuições para propor medidas resolutivas dos problemas detectados.

Propõe-se, assim, que esse órgão do Ministério Público possua atribuições de execução, especializado no controle externo da atividade policial e responsável por coletar e aglutinar informações advindas de quatro fontes distintas: (i) eventualmente, de suas próprias visitas periódicas a unidades policiais num dado espaço territorial; (ii) das visitas periódicas realizadas por outros órgãos de execução da atividade de controle externo da atividade policial na modalidade concentrada; (iii) das investigações dos GAECOs nos casos de desvios de conduta policial; (iv) do controle externo difuso da atividade policial por parte dos diferentes órgãos de execução com atribuições para atuar na primeira fase

da persecução penal.

Esses dados, devidamente investigados e interpretados, representarão um conjunto de informações capazes de permitir a identificação das causas de uma determinada ilegalidade, ou deficiência, das instituições policiais. Logo, as consequentes ações extrajudiciais e judiciais do Ministério Público deixam de ser desarticuladas e localizadas, passando a representar uma estratégia de atuação estadual, com **efetivo potencial resolutivo**.<sup>34</sup>

Cuida-se, portanto, de um órgão com atribuições de execução especializado na tutela difusa da segurança pública. A Comissão Preparatória de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial, do Conselho Nacional dos Procuradores-Gerais de Justiça (CNPJ) recomenda justamente que haja núcleos, coordenações ou **promotorias especializadas especificamente com atribuições para propositura de eventuais ações civis públicas relacionadas ao controle externo concentrado da atividade policial, ou a temas afetos à segurança pública**.<sup>35</sup>

A tese pode, enfim, ser assim resumida: o controle externo da atividade policial como solução capaz de: (i) identificar e combater os desvios policiais, compreendidos como ações individuais produzidas por culturas institucionais das agências policiais (ocupacional e organizacional); (ii) identificar deficiências e articular ações estaduais a partir dos dados das visitas periódicas as unidades policiais; (iii) identificar deficiências na atividade de investigação policial, a partir do desempenho do controle externo da atividade policial na modalidade difusa, depende da **existência de um órgão de execução especializado no exercício da atividade pelo Ministério Público do Estado do Paraná, um órgão responsável pela tutela coletiva do direito fundamental à segurança pública**.

### Referências bibliográficas

ÁVILA, Thiago André Pierobom de. *Fundamentos do controle externo da atividade policial*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

34 Os seguintes Estados já possuem órgãos de execução com características similares, embora em nenhum deles tenha sido identificada a solução como sendo voltada ao enfrentamento das culturas ocupacional e organizacional das polícias: Acre, Amazonas, Bahia, Distrito Federal, Espírito Santo, Goiás, Maranhão, Mato Grosso do Sul, Minas Gerais, Pará, Paraíba, Rio de Janeiro, Rio Grande do Norte, Rio Grande do Sul, Rondônia, Roraima, Santa Catarina, São Paulo e Sergipe.

35 CNPJ (Conselho Nacional dos Procuradores Gerais). Comissão Preparatória de Efetivação do Controle Externo da Atividade Policial. *Estratégias de ação*. Brasília: CNPJ, 2008, item V.

ARMACOST, Barbara. *Organizational Culture and Police Misconduct*. 72 Geo. Wash. L. rev. 453 2003-2004.

CONDE, Francisco Muñoz; HASSEMER, Windfried. *Introdução à criminologia*. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2008.

FREITAS, Enrico Rodrigues de. *Modalidades e extensão do controle externo*. In: *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. JUSPODVM: Salvador, 2013.

GUIMARÃES, Rodrigo Régner Chemim. *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2008.

LUNA, Eric. *Transparent policing*, 85 Iowa L. Rev. 1107, 1141 (1999-2000)

PUNCH, Maurice. *Police corruption, deviance, accountability and reform in policing*. Routledge, 2009.

Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito da Câmara dos Deputados: o avanço e a impunidade do narcotráfico no Brasil, 2000.

SALGADO, Daniel de Resende. *O controle externo, a seletividade e a (in) eficiência da investigação criminal*. In: *Controle externo da atividade policial pelo Ministério Público*. JUSPODVM: Salvador, 2013.

WALKER, Samuel; ARCHBOLD, Carol A. *The New World of Police Accountability*. Sage Publications Inc. ed., 2d. ed. 2014.

## A CONSUNÇÃO COMO CRITÉRIO RESOLUTIVO DO CONFLITO APARENTE DE NORMAS ENTRE OS DELITOS DE POSSE/PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO

André Tiago Pasternak Glitz

Donizete de Arruda Gordiano

### INTRODUÇÃO

O presente trabalho sustenta a tese de que a utilização do critério da consunção não pode ser aplicado indistintamente para a solução do conflito aparente de normas entre os delitos de posse/porte de arma de fogo de uso permitido e/ou de uso restrito.

Assim, de maneira ampla, tem como objetivo analisar o enquadramento jurídico-penal da conduta daquele que, a um só tempo, possui/porta armas de fogo de uso permitido e/ou de uso restrito.

Quanto a metodologia, será realizada uma análise dos critérios empregados pela jurisprudência para solucionar o conflito aparente de normas e definir se a hipótese é de crime único ou de concurso de crimes.

Em seguida, serão apresentadas algumas reflexões doutrinárias, com o propósito de dar a melhor resposta para o problema apresentado, do ponto de vista jurídico-penal.

### I. TIPOS PENAIIS SOB ANÁLISE

De início, conveniente que se apresente uma breve exposição sobre as principais características dos delitos em comento. Os tipos ora analisados estão descritos nos artigos 12, 14 e 16, todos da Lei nº 10.826/2003.

De acordo com a sistemática legal, enquanto em relação às **armas de fogo de uso permitido**, a conduta de “possuir” (art. 12) é tipificada em separado da conduta de portar (art. 14, que também prevê outros núcleos), o mesmo não se dá no que diz respeito às armas de fogo de uso restrito, já que, neste caso, todas as condutas proibidas (dentre elas as de possuir e portar) estão previstas no art. 16.

Importante destacar que a doutrina costuma classificar as figuras dos

três artigos citados como sendo delitos “*doloso, comum, unissubjetivo, de perigo abstrato, de mera conduta e vago (em que o sujeito passivo é a coletividade)*.”<sup>1</sup> Constituem, ainda, norma penal em branco, reclamando complementação de regulamentações infralegais.

Ao que aqui se faz mais relevante, as condutas de *possuir, deter, portar, ter em depósito, transportar, manter sob guarda e ocultar* constituem modalidade de crime permanente<sup>2</sup>. Por fim, quanto ao objeto jurídico da tutela penal, a doutrina majoritária define-o como sendo a incolumidade pública<sup>3</sup>.

## II. SITUAÇÕES FÁTICAS QUE ENSEJAM A DISCUSSÃO SOBRE A CONCUSSÃO

Rememorados os principais aspectos dos tipos penais em discussão, passemos a apresentar um caso concreto que bem retrata o problema a ser discutido, como exemplo daquelas situações fáticas em que o agente porta/possui, ao mesmo tempo, armas de fogo de uso permitido e de uso restrito.

No Rio de Janeiro, pessoas foram flagradas, por agentes da Polícia Militar, na posse de diversas armas de fogo, tanto de uso permitido como de uso restrito.

Em primeiro grau de jurisdição, os réus foram condenados como incurso tanto no art. 14, como no art. 16 da Lei n. 10.826/2003, decisão que foi mantida em sede de apelação pelo E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro.<sup>4</sup>

No entanto, conforme se verá adiante, o acórdão foi substituído por decisão do E. Superior Tribunal de Justiça em sede de *habeas corpus*,

1 MARCÃO, Renato. **Estatuto do Desarmamento**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 124.

2 MARCÃO, Renato Op. cit. p. 124, oportunidade em que acrescenta tratarem-se de tipos mistos alternativos, pelo que “*A prática de dois ou mais verbos descritos, em um só contexto, tipifica crime único*”. p. 65.

3 Assim para Renato MARCÃO (Op. cit.), que ainda aponta as opiniões concorrentes de Damásio de Jesus, César Dario Mariano da Silva. p. 124-125. Refere ainda a pequenas variantes como, por exemplo, Roberto Delmanto que indica “*a segurança e a incolumidade públicas*”, e Guilherme Souza Nucci que aponta somente a “*segurança pública*”.

4 PORTE DE ARMA DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO E DE MUNIÇÕES. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. CRIMES AUTÔNOMOS. ROBUSTEZ DA PROVA ORAL E PERICIAL A EMBASAR O DECRETO CONDENATÓRIO. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-RJ - APL: 00441140720098190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL 14 VARA CRIMINAL, Relator: GUARACI DE CAMPOS VIANNA, Data de Julgamento: 01/12/2009, QUARTA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/03/2010)

que entendeu haver um único crime no caso, conforme se verá adiante.

Casos assim têm sido frequentemente analisados pelo Poder Judiciário brasileiro, que os tem decidido de maneira bastante diversa, não havendo, portanto, uniformidade no enfrentamento da questão até o momento.

Sem embargo, interessa a análise de grupos de casos a fim de posterior confrontação dos critérios identificados nas decisões com os ensinamentos doutrinários sobre o tema.

## III. A JURISPRUDÊNCIA E SUA DIVERSIDADE DE CRITÉRIOS

Apesar de haver uma notável falta de homogeneidade nas decisões, convém verificar os diferentes critérios que têm sido considerados pela jurisprudência para decidir os casos de aparente conflito de normas entre os artigos 12, 14 e 16, da Lei nº 10.826/2003. Tal análise tomará por base, sobretudo, julgados do E. Tribunal de Justiça do Paraná, bem como do Superior Tribunal de Justiça, sem descuidar, no entanto, de arestos de outros tribunais, sempre que pertinente.

### III.1. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUÇÃO. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO

O primeiro grupo de casos analisados é aquele em que se reconhece, em razão da aplicação do princípio da consunção, a existência de crime único na hipótese em que se possui/porta armas de uso permitido e/ou de uso restrito em um mesmo contexto fático. Nesse sentido o seguinte julgado do E. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:

APELAÇÃO CRIME. DELITOS CONTRA A FAUNA, PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO, POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. ARTS. 29, § 1º, e 32, CAPUT, DA LEI N. 9.605/98, ART. 28 DA LEI 11.343/06, E ARTS. 12 E 16, DA LEI 10.826/03. CONDENAÇÃO. [...]. **APLICAÇÃO, EX OFFICIO, DO PRINCÍPIO DA CONSUÇÃO EM RELAÇÃO AOS CRIMES DE POSSE DE ARMAMENTOS. MESMO CONTEXTO FÁTICO.** REGIME ABERTO. CABIMENTO. RECURSO DESPROVIDO, COM A REDUÇÃO EX OFFICIO DA PENA IMPOSTA. I - [...] - A apreensão de arma de fogo de uso restrito e uso permitido, no mesmo contexto fático e **sem quaisquer peculiaridades fáticas ou temporais que indiciem a prática de condutas distintas com desígnios autônomos**, mas ao contrário sendo certa a ocorrência de uma única conduta, torna-se imperativa a compreensão de que no caso há efetivamente crime único, de modo que deve ser afastado o concurso material, adequando-se a classificação do tipo ao do artigo 16, inciso IV, da Lei 10.826/2003 (delito mais grave).

[...] Em análise das provas constantes nos autos, tem-se a necessidade, **de ofício**, de se aplicar o princípio da consunção em relação aos fatos narrados na exordial acusatória relativos aos crimes porte ilegal de arma de fogo de uso restrito absorver a pena relativa ao crime de posse de armamento de uso permitido, haja vista que nararam práticas que ocorreram exatamente no mesmo contexto fático.

Ora, perceba-se que se trata de **crime único** aqueles narrados que violam no mesmo momento o mesmo bem jurídico, acontecidos **no mesmo contexto fático**, porquanto tendo o réu sido preso em flagrante delito portando uma arma de fogo de uso permitido e um armamento de uso restrito, ocorridos no mesmo contexto, aplicando-se pois ao caso o princípio da consunção.

Assim, como se está a tratar de **uma única conduta, dentro do mesmo contexto fático**, figurando exatamente o mesmo dolo de portar a arma de fogo de uso permitido e uso restrito, e denotando o atingimento do mesmo bem jurídico no mesmo momento, não há pois como se afastar a aplicação do **princípio da consunção** entre os fatos capitulados que violam o mesmo bem jurídico e acontecidos exatamente no mesmo contexto fático.

Portanto, conforme forte corrente jurisprudencial, o porte e a posse ocorridos **no mesmo contexto fático**, na medida em que se lesiona apenas um único bem tutelado, não caracteriza concurso material de crimes, **mas crime único**, consoante precedentes do STJ: [...] (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1436326-1 - Jacarezinho - Rel.: Laertes Ferreira Gomes - Unânime - J. 14.04.2016 - destaque nosso)<sup>5</sup>

5 Ainda na mesma esteira as seguintes manifestações do TJPR: (a) 2ª CÂMARA CRIMINAL APELAÇÃO CRIME Nº 1.368.523-5 - [...] CRIME. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ARTIGOS 12 E 16, AMBOS DA LEI 10826/2003. CONDENAÇÃO. [...] CARACTERIZAÇÃO DO TIPO PENAL EM RAZÃO DE SE TRATAR DE ARMA DE USO RESTRITO. TÍPICIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. **CONDUTAS PRATICADAS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. ABSORÇÃO DO DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO PELO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (MAIS GRAVE)**. DOSIMETRIA. READEQUAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO E, DE OFÍCIO, APLICADO O PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. [...] Analisando os fatos, deve ser reconhecida a ocorrência de crime único, tendo em vista que as condutas ocorreram no **mesmo contexto fático**, devendo ser excluída a condenação imposta ao delito previsto no artigo 12 da Lei 10826/2003, mantida apenas a condenação quanto ao delito previsto no artigo 16 da Lei 10826/2003. E não cabe a aplicação de concurso material, pois em que pese os calibres de natureza diversa, o **bem jurídico tutelado é o mesmo**, qual seja, a incolumidade pública. [...] (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1368523-5 - Guaratuba - Rel.: Marcel Guimarães Rotoli de Macedo - Unânime - J. 05.11.2015 - destaque nosso); e (b) APELAÇÃO CRIME Nº 1.463.281-4, DE TEIXEIRA SOARES - [...]. **APELAÇÃO POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO (ARTIGOS 12 E 16 DA LEI 10.826/2003) SENTENÇA QUE APLICOU O CONCURSO DE CRIMES - PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO AOS DELITOS DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ARTIGO 12 DA LEI Nº 10.826/2003) E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RES-**

Além deste precedente, remetemos ainda ao já citado julgamento do HC 163.783/RJ, no qual o STJ também decidiu pela ocorrência de crime único em razão da apreensão dos armamentos ter ocorrido nas mesmas circunstâncias fáticas e de localidade, com afetação única ao bem jurídico protegido<sup>6</sup>:

No caso dos autos, pela leitura da inicial acusatória, as armas e munições foram apreendidas em poder dos pacientes nas **mesmas circunstâncias fáticas e localidade**, isto é, **só houve uma conduta**, produzindo, **portanto, apenas um resultado jurídico**, ou seja, **uma única ofensa ao bem protegido**.

À semelhança da hipótese em que o agente que transporta dois tipos de substâncias entorpecentes ilegais, na qual somente um crime de tráfico é caracterizado, o porte de duas armas de fogo não enseja

**TRITO (ARTIGO 16 DA LEI Nº 10.826/2003) - ALEGAÇÃO DE QUE AS CONDUTAS OCORRERAM NO MESMO CONTEXTO FÁTICO - ACOLHIMENTO - CONFIGURAÇÃO DE CRIME ÚNICO - NECESSÁRIA EXCLUSÃO DO CONCURSO MATERIAL. - SENTENÇA REFORMADA - ALEGAÇÃO DE ERRO DE PROIBIÇÃO - AGENTE COM POTENCIAL CONHECIMENTO DA ILICITUDE - NÃO ACOLHIMENTO - RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.** [...] Contudo, a posse ilegal de várias armas, de uso permitido e restrito, em um **mesmo contexto fático**, como ocorreu, não assinala a incidência de dois crimes distintos ou autônomos, caracteriza sim uma única transgressão. Com efeito, observa-se a ocorrência de **uma só ação**, que **infringe de uma só vez o objeto jurídico resguardado** pela normativa, neste caso a **incolumidade pública**. E, no caso em tela, o apelante possuía, em um mesmo contexto fático, armas de uso permitido (espingarda) e restrito, caracterizando crime único, motivo pelo qual deve ser afastada a incidência do concurso material. [...] (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1463281-4 - Teixeira Soares - Rel.: José Carlos Dalacqua - Unânime - J. 10.03.2016 - destaque nosso)

6 **HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMAS E MUNIÇÕES DE USO PERMITIDO E DE USO RESTRITO. 1. RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. MESMO CONTEXTO FÁTICO. APLICAÇÃO DA PENA DO DELITO MAIS GRAVE. DELITO MENOS GRAVE ABSORVIDO PELO MAIS AÚSTERO. 2. REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. CIRCUNSTÂNCIA EM QUE O CRIME FOI PRATICADO. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ARMAS E MUNIÇÕES APREENDIDAS. 3. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. É de se reconhecer a incidência de crime único no caso de apreensão de armas e munições apreendidas nas mesmas circunstâncias fáticas, em razão de única ofensa ao bem jurídico protegido, aplicando-se somente a reprimenda do delito mais grave, sob pena de bis in idem. 2. No caso, o regime mais gravoso se mostra adequado, de acordo com o que preceitua o artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, mesmo se tratando de pena inferior a 4 anos, levando em conta as circunstâncias do crime - pacientes presos em flagrante, em local conhecido como ponto de tráfico de drogas, após perseguição policial, bem como a grande quantidade e diversidade de armas e munições apreendidas, tanto de uso restrito quanto de uso permitido. 3. Pelos mesmos motivos ora expostos, não me parece viável a substituição da pena reclusiva por medidas restritivas de direitos. 4. Habeas corpus parcialmente concedido para, afastada a condenação no tocante ao delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, pela incidência de crime único, fixar as reprimendas dos pacientes em 3 anos e 6 meses de reclusão e 42 dias-multa, mantidos os demais termos do decreto condenatório. (HC 163.783/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 14/02/2012, DJe 12/03/2012)**

o reconhecimento do cúmulo material.

**Para que houvesse o concurso de tipos penais da Lei de Armas seria necessária a existência de diversos contextos fáticos**, isto é, as condutas deveriam **destacar-se no tempo** com relativa autonomia, o que não ocorreu no caso dos autos.

Assim, deverá o acusado ser punido somente pelo crime mais grave, *in casu*, o do artigo 16, sob pena de *bis in idem* (destaque nosso).

Como se pode notar, os critérios adotados para o reconhecimento de crime único em razão do princípio da consunção são **(a)** os armamentos de uso permitido e restrito terem sido apreendidos em idênticas circunstâncias fáticas, o que envolve uma dimensão espacial e uma temporal; **(b)** que a afetação do bem jurídico, incolumidade pública, tenha sido única.

Nota-se que tais julgados dependem da validade do pressuposto de que **os tipos penais analisados afligem o mesmo bem jurídico**.

Ademais, entende-se que a similaridade de circunstâncias fáticas em que se deu a apreensão, aí destacada a localidade em que se encontravam os armamentos, implicaria **numa unidade de ação**.

Somados estes dois fatores, haveria, portanto, a consunção do crime mais grave pelo menos grave, restando o crime único do artigo 16, da Lei nº 10.826/2003.

### III.2. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. RECONHECIMENTO DE CONCURSO DE CRIMES

Por outro lado, entre os julgados que consagraram o entendimento de inaplicabilidade do princípio da consunção, foram identificados três grupos de casos.

O **primeiro** mantém a validade das premissas de que a unidade de contexto fático somada a unidade de afetação ao bem jurídico geraria a ocorrência de um crime único. Contudo, ao se debruçar sobre o caso concreto, os julgados reconhecem algumas nuances que afastam a existência de um único “contexto fático”.

Assim, por exemplo, o E. Tribunal de Justiça do Paraná, já decidiu que:

[...] o apelante foi abordado na BR 116, em frente a empresa Portal Pneus, ocasião em que os policiais encontraram no console do veículo Parati, uma pistola calibre . Após esta abordagem, foi dada voz de prisão ao réu, ocasião em que este comunicou aos policiais a posse de mais duas armas: uma pistola calibre 45 localizada dentro de outro veículo de sua propriedade, uma Saveiro, e uma espingarda

calibre 22 encontrada na sua residência.

Portanto, **evidente que o porte da arma primeiramente apreendida não se mostra como crime-meio da posse das demais armas**, eis que encontradas em local diverso da abordagem policial, em **momento posterior**, resultando em nova ameaça de lesão ao bem jurídico.

Com isso, tenho que impossível a aplicação do princípio da consunção, como bem fez a r. sentença<sup>7</sup>. (destaque nosso)

Em outra oportunidade<sup>8</sup>, também levando em consideração a inexistência de unidade de contexto fático, a mesma corte se manifestou no seguinte sentido:

Destaca-se que, a aplicação do princípio da consunção entre os delitos de porte de arma de fogo e posse de munições, no caso em tela não é possível, **eis que tal princípio pressupõe um nexo de dependência entre as condutas**, que devem ser praticadas no mesmo contexto fático, **sendo que um crime é praticado para o cometimento ou em decorrência de outro crime, de natureza mais grave, o que efetivamente não ocorreu no caso em tela**.

Verifica-se que na data dos fatos o apelante foi abordado na Rua Casemiro de Abreu, frente ao nº 600, Bairro Uvaranas, comarca de Ponta Grossa/PR, ocasião em que os policiais encontraram no interior do veículo 01 (um) revólver, calibre 38, com marca e numeração prejudicada. Em ato contínuo, o apelante possuía no interior de sua residência 05 (cinco) munições de calibre 38, sendo 04 (quatro) aparentemente picotadas e 01 (uma) intacta. Ainda, possuía no interior de seu local de trabalho “Lanchonete Cantinho da Gerelis”, 01 (um) cartucho de calibre 32 intacto e 02 (dois) cartuchos de calibre 38 deflagrados.

Valem aqui algumas considerações sobre o posicionamento identificado

7 APELAÇÃO CRIME. SENTENÇA CONDENATÓRIA. CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. [...] PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CRIMES PRATICADOS EM CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. [...] RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1225071-0 - Curitiba - Rel.: José Carlos Dalacqua - Unânime - - J. 10.12.2015)

8 APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGOS 12 E 14, DA LEI Nº 10.826/2003. SENTENÇA JULGADA PROCEDENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. 1) DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 14, PARA A CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 12, DA LEI 10.826/2003. IMPOSSIBILIDADE. ARMA APREENDIDA NO INTERIOR DO VEÍCULO DO RÉU, O QUE EVIDENCIA UMA DAS CONDUTAS DESCRITAS NO TIPO PENAL, QUAL SEJA “PORTE”. 2) PLEITO PELA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. APREENSÃO DE ARMA E MUNIÇÕES EM CONTEXTO FÁTICO DIVERSO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJPR - 2ª C.Criminal - AC - 1593785-8 - Ponta Grossa - Rel.: Mauro Bley Pereira Junior - Unânime - - J. 08.12.2016)

nestes julgados.

Primeiramente, o critério de “*unidade de contexto fático*”, desde um ponto de vista espacial, não deixa de comportar alguma margem de indefinição. No último caso, por exemplo, tendo por base somente os termos em que foi redigida a denúncia, é possível se depreender que o veículo no qual foram apreendidos os primeiros armamentos estava posicionado junto à residência na qual foram apreendidos outros armamentos. Ainda assim, entendeu-se que as condutas não ocorreram no mesmo “contexto fático”, impossibilitando o reconhecimento de crime único<sup>9</sup>.

Já de um ponto de vista temporal, é preciso lembrar que as modalidades *possuir e portar* tratam de espécies de crimes permanentes, cujo momento de consumação se protraí no tempo enquanto perdurar a permanência. Deste modo, pode-se dizer que a única discrepância temporal que há, de fato, é aquela que se dá em relação ao tempo de apreensão dos armamentos, os quais já eram portados/possuídos de maneira permanente/contínua. É dizer, há *simultaneidade* entre as condutas de possuir armas de fogo de uso restrito e permitido. Ou seja, o que não é simultâneo é o momento de apreensão destes armamentos.

Note-se, ainda, que em ambos os casos foi utilizado como argumento o fato de que, inexistente a similaridade de contexto fático, a posse/porte de uma das armas não seria um crime-meio para a posse/porte das demais, não havendo nexos de dependência entre as condutas, de modo a obstar o reconhecimento de crime único em razão da consunção.

No entanto, e aqui já adentrando na apresentação de um **segundo grupo de casos**, lembramos o adrede mencionado entendimento do E. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, segundo o qual não há, mesmo abstratamente, qualquer relação de crime-meio e crime-fim entre os delitos descritos nos arts. 14 e 16 da Lei n. 10.826/03, não havendo, portanto, que se falar em consunção:

No caso em comento, observa-se que os Apelantes guardavam armas e munições diversas a fim de assegurar o tráfico local, portanto tratando-se de crimes autônomos. Inclusive tipificados em momentos diversos pelo legislador.

Cuida-se, pois, de crimes autônomos, **sem nexos de dependência entre as condutas ou subordinação**, razão pela qual entendo não poder incidir o princípio da consunção na espécie, até mesmo porque, **para a consumação do crime previsto no art. 14 da Lei**

<sup>9</sup> Os termos do acórdão, bem como da denúncia, não deixam claros qual era a relação de proximidade física destes fatos com o local de trabalho do réu.

**10826/03, não se afigura necessário e indispensável o porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, pelo contrário ambos são totalmente independentes, descaracterizando-se o crime-meio e o delito fim.** (destaque nosso)

Portanto, de acordo com este entendimento, a rigor a posse/porte de uma arma de uso permitido, em regra, não será *antecedente necessário ou regular* para a posse/porte de arma de uso restrito, ou vice-versa. E isso independe de eventual similaridade de contexto fático.

Por fim, a **terceira posição**, representada por alguns julgados do E. Superior Tribunal de Justiça, por um lado, não deixa de reconhecer que a similaridade de contexto fático aliada à afetação de um único bem jurídico configuraria efetivamente crime único.

Todavia, acrescenta uma premissa neste processo silogístico, qual seja, a definição de que o art. 16 da Lei nº 10.826/03 consagra a proteção de um bem jurídico extraordinário em relação àquele já protegido pelos artigos 12 e 14. Assim, ao julgar o AgRg no AgRg no REsp 1547489/MG, o Ministro Relator, Sebastião dos Reis Júnior, entendeu que: “*a conduta praticada pelo agravado se amolda a tipos penais diversos, sendo que um deles, o do artigo 16, além da paz e segurança públicas também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas, razão pela qual é inviável o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso material*”.

São os termos da ementa:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRA-VAGANTE. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRINCÍPIO DA CONSUNÇÃO. INAPLICABILIDADE. PLEITO DE RECONHECIMENTO DE CRIME ÚNICO. VÁRIAS ARMAS. IMPUTAÇÕES DIVERSAS: ARTS. 12 E 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI N. 10.826/1993. IMPOSSIBILIDADE. **BENS JURÍDICOS DISTINTOS.**

**1. Há precedentes desta Corte no sentido de que a apreensão de mais de uma arma, munição, acessório ou explosivo com o mesmo agente não caracteriza concurso de crimes, mas delito único, pois há apenas uma lesão ao bem jurídico tutelado.**  
**2. Na presente hipótese, não pode ser aplicado tal raciocínio, pois, no caso, a conduta praticada pelo agravante se amolda a tipos penais diversos, atingindo distintos bens jurídicos, o que inviabiliza o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso.**  
**3. Tem-se reconhecido a existência de crime único quando são apreendidos, no mesmo contexto fático, mais de uma arma ou munição, tendo em vista a ocorrência de uma única lesão ao bem jurídico protegido. Sucede que referido entendimento não pode ser**

aplicado no caso dos autos, porquanto a **conduta praticada pelo réu se amolda a tipos penais diversos, sendo que um deles, o do artigo 16, além da paz e segurança públicas também protege a seriedade dos cadastros do Sistema Nacional de Armas, razão pela qual é inviável o reconhecimento de crime único e o afastamento do concurso material** (HC n. 211.834/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 18/9/2013). 4. O STJ firmou entendimento de que é possível a unicidade de crimes, quando, no porte ilegal, há pluralidade de armas, equacionando-se a reprimenda na fixação da pena-base. Na espécie, contudo, a pretensão não se justifica, dado se buscar o reconhecimento de crime único diante de imputações distintas: arts. 14 e 16, párr. único, da Lei 10.8.26/03 (HC n. 130.797/SP, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 1º/2/2013). 5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AgRg no REsp 1547489/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 03/08/2016 – destaque nosso)

Portanto, de acordo com esta linha jurisprudencial, a diversidade de bens jurídicos protegidos pelos tipos penais em análise impede o reconhecimento de crime único na conduta. Note-se que tal entendimento já havia sido defendido no âmbito só próprio STJ<sup>10</sup>.

Importante notar, contudo, que – embora este argumento jamais tenha sido claramente invocado como critério central da distinção – os julgados que deram origem a este último entendimento tinham, diante do caso concreto, uma situação fática de confluência entre os artigos 12/14 com o art. 16, parágrafo único, inciso IV, que trata da posse/porte de arma de fogo “com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado”.

#### IV. CONSIDERAÇÕES DOUTRINÁRIAS

Em suma, pode-se afirmar que os critérios adotados pela jurisprudência para o reconhecimento ou não de crime único em casos de conflito aparente de normas são os seguintes:

**(a)** unidade de contexto fático, temporal e espacial<sup>11</sup>;

10 Neste mesmo sentido confira-se ainda (a) HC 130.797/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013; (b) AgRg no HC 288.476/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 18/06/2015, DJe 03/08/2015; (c) HC 211.834/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 18/09/2013; e (d) AgRg no REsp 1588298/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 12/05/2016.

11 Assim para César Dario Mariano da Silva, segundo o qual “ocorrendo a apreensão de armas, munições, e acessórios de uso permitido e restrito ao mesmo tempo,

**(b)** unidade de afetação ao mesmo bem jurídico, o que envolve **(b.1)** unidade de ação; **(b.2)** unidade de bem jurídico afetado;

Assim, ausentes, no caso concreto circunstâncias fáticas que indiquem esta unidade temporal e espacial, ou, considerando que um dos tipos penais protege bem jurídico diverso, os argumentos para o reconhecimento do crime único teriam suas premissas fragilizadas.

Feitas tais constatações, convém neste momento apreciar os argumentos doutrinários sobre o conflito aparente de normas, em especial no que toca ao princípio da consunção como forma de solucioná-los, invocado diversas vezes nos julgados analisados.

Embora a atividade legislativa deva sempre buscar os imperativos de harmonia e coerência dentro do ordenamento jurídico globalmente considerado, em algumas situações pode ocorrer de um mesmo fenômeno fático estar, aparentemente, e sob um mesmo aspecto, regulado por duas ou mais normas jurídicas.

Como já se ressaltou, tal conflito de normas será apenas aparente, já que cabe ao intérprete, valendo-se de instrumentos hermenêuticos, buscar a definição de qual seja a única norma aplicável ao caso.

Note-se que, no âmbito penal, este conflito aparente de normas pressupõe (a) a unidade de fato delituoso – já que a pluralidade de condutas poderá indicar a existência de concurso de crimes; e (b) a diversidade de normas que aparentemente se podem adequar ao fato delituoso<sup>12</sup>.

Em relação ao primeiro requisito, BUSATO anota que:

A situação de conflito aparente de normas penais incriminadoras é, portanto, a situação que ocorre quando um mesmo fato, constitutivo de uma só infração, encontra enquadramento em mais de uma norma incriminadora. Nesse caso, conquanto aparentemente vários dispositivos sejam aplicáveis, apenas um deles efetivamente o será. Evidentemente, havendo várias realizações delitivas, poderia surgir o chamado concurso de crimes, ou seja, a realização de vários sucessivos delitos. A hipótese de conflito aqui tratada, ao contrário, refere-se a um único fato, que, não obstante, encontra correspondência em mais de uma descrição jurídica<sup>13</sup>.

o sujeito deverá responder apenas pelo crime mais grave, haja vista que a conduta continua sendo única e a vítima é atingida apenas uma vez”. Cf. SILVA, César Dario Mariano da. **Estatuto do Desarmamento**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009. p. 102. No mesmo sentido Cf. FACCIOILLI, Ângelo Fernando. **Lei das armas de fogo**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2015. p. 257.

12 SILVA, César Dario Mariano da. *Op. cit.* p. 19.

13 BUSATO, Paulo César. **Direito penal: parte geral**. São Paulo: Atlas, 2013. p. 199.



Em seguida aponta o mesmo autor que, diante da situação concreta, o critério distintivo da existência de ação una ou múltipla será o desvalor de ação e do resultado abarcado no próprio *tipo de ação*:

É sabido que a interpretação do sentido de uma ação, porque composta de vários atos, nem sempre torna muito claro, no acontecimento, quando se está diante de um único crime ou de vários.

Para tal identidade, é necessário acudir como critério diferenciador ao desvalor (de ação e resultado) contido na situação analisada. Assim, quando haja um preceito capaz de corresponder à totalidade do desvalor do fato realizado, se está diante de um único crime e tem lugar a necessária aplicação do processo de solução do conflito aparente de normas. No concurso de crimes, ao contrário, o desvalor do fato (ou fatos) não se esgota com a aplicação de um único preceito legal. [...] <sup>14</sup>

Considerando tal critério, no caso sob análise somente será possível falar na aplicação do princípio da consunção, se o ato, visto de uma maneira holística, puder ser considerado uma ação <sup>15</sup> única, tendo em vista que um só dos tipos penais – em geral se aponta o do art. 16, porque mais grave – engloba todo o desvalor de ação e de resultado da conduta <sup>16</sup>. Conveniente ainda que esta análise de desvalor continente e contido leve em conta o núcleo do tipo imputado para cada uma das situações. Assim, por exemplo, se os verbos imputados em relação a arma de fogo de uso permitido e de uso restrito são diversos, a situação concreta poderá descaracterizar a unidade fática exigida.

Valem aqui, breves apontamentos sobre o tema da unidade de ação. De acordo com Paulo BUSATO:

No que se refere à unidade ou pluralidade de condutas, torna-se necessário definir que critérios utilizar para definir quando um conjunto de atos pode compor uma ou mais ações. [...]

Obviamente, a adoção de uma perspectiva significativa, no modelo proposto por Vives Antón, aqui também cobraría maior eficácia. Isso porque trata-se de um conceito mais fluído e capaz de abranger

<sup>14</sup> BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 199.

<sup>15</sup> Não se olvidam as dificuldades técnico-jurídicas de se vislumbrar a existência de uma ação quando o núcleo do tipo imputado envolver um delito de posse, tal como reiteradamente ocorre nos delitos analisados, os quais preveem as modalidades de possuir e ter em depósito, por exemplo.

<sup>16</sup> A solução desse aparente conflito de leis é conduzida pela seguinte ideia fundamental: “o conteúdo de injusto de um tipo legal compreende o conteúdo de injusto de outro tipo legal e, assim, o tipo legal primário exclui o tipo legal secundário, que não contribui para o injusto típico, nem para aplicação da pena.” Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 419.

todas as distintas situações, especialmente diante do fato de que a categoria básica de onde se parte é o tipo de ação, cuja unidade é já, por si, indissolúvel. Ademais, a ação significativa é considerada já, como resultado de um processo de comunicação, a expressão de um conjunto de circunstâncias que cercam o fato. <sup>17</sup>

Portanto, em um possível viés interpretativo, no caso específico da posse de arma de fogo de uso permitido/restrito, **a ação somente será una se o sentido por ela comunicado for único**, em relação ao desvalor global de resultado, tal como tem sido lido, aparentemente, pelo primeiro grupo de julgados analisados.

E é justamente neste contexto de leitura do sentido expresso na ação que será relevante considerar a similaridade das circunstâncias espaciais e temporais do fato.

Assim, o deslinde da análise depende da consideração da unidade da ação. Sendo una, poderemos passar ao estágio da análise dos critérios de resolução do conflito aparente de normas. Não sendo assim considerada, estaremos, via de regra <sup>18</sup>, diante de concurso de crimes.

<sup>17</sup> BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 920-921. Igualmente relevantes os apontamentos de Juarez Cirino dos SANTOS: O comportamento humano pode ser representado como um *continuum* de atividades e de passividades psicossomáticas, cuja delimitação em unidades de ações típicas pressupõe, simultaneamente, o conceito de ação e o conceito de tipo legal. Assim, o tema da unidade e da pluralidade de ações típicas deve ser estudado a partir de seus elementos estruturantes: a correlação entre ação como conteúdo determinante e tipo legal como forma determinada, na formação do conceito de ação típica. [...] Assim, a fórmula adequada estaria na fusão dos conceitos de ação e de tipo legal, integrados na unidade do conceito de ação típica: a divisão ou delimitação daquele *continuum* em unidades significativas de ações ou de omissões de ação, não pode ser realizada, isoladamente, nem pelo conceito de ação, nem pelo conceito de tipo legal, mas pelo conceito de ação típica, em que a ação aparece como portadora *do* e contida *no* tipo legal [...] Desse ponto de vista, existe unidade de ação típica (a) em tipos legais divisíveis em pluralidade de atos, como o aborto, (b) em tipos legais que pressupõem pluralidade de atos, como o estupro (violência e conjunção carnal) e o roubo (violência e subtração), (c) em tipos legais de duração, caracterizados pela criação ou manutenção de situações antijurídicas, como violação de domicílio, ou dirigir veículo automotor em via pública sem habilitação, ou em estado de embriaguez etc.; por outro lado, existe também unidade de ação típica em sentido amplo (d) em situações de repetição da ação típica em rápida sequência temporal prevista no tipo (moeda falsa, rixa, etc.) ou não prevista no tipo (remessa de escrito com várias injúrias, furto mediante pluralidade de ações de subtração etc.), desde que a repetição constitua simples aumento quantitativo do tipo de injusto (injusto unitário), realizada em situação de motivação unitária (culpabilidade unitária) – mas independente da natureza do bem jurídico, podendo atingir bens jurídicos personalíssimos de diferentes portadores, assim como, finalmente, (e) em situações de contínua realização da ação típica por atos sequenciais de aproximação progressiva do resultado, como o tráfico de drogas, por exemplo. Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 406-408.

<sup>18</sup> Ressalvadas justamente as situações em que, por uma ficção jurídica, várias

Diante da situação de conflito aparente, ao menos três mecanismos poderão ser utilizados pelo intérprete, a saber, **(a)** o princípio da especialidade; **(b)** o princípio da subsidiariedade; e **(c)** o princípio da consunção.

De acordo com o critério da **especialidade**, há, entre o tipo especial e o tipo geral, uma relação de continente e conteúdo: o tipo especial contém o tipo geral, mas o tipo geral não contém o tipo especial<sup>19</sup>, eis que o enunciado deste último contempla mais detalhadamente o caso, que encontra correspondência mais acabada e específica em relação àquele enunciado mais genérico<sup>20</sup>.

No tema em análise, referido critério parece não encontrar correta aplicação. Isto porque as normas incriminadoras dos artigos 12/14 e 16, todos da Lei nº10.826/03, embora façam referência a modalidades de ação idênticas, referem-se a objetos diversos. Assim, o âmbito de regulação de um artigo é diverso do âmbito de regulação de outro artigo, de modo que não se pode falar em sobreposição de normas a ensejar a aplicação do critério da especialidade<sup>21</sup>.

Já o critério da **subsidiariedade** resolve conflito aparente de normas

ações são punidas conjuntamente, como, por exemplo, no caso da aplicação do princípio da alternatividade. De outro lado, mesmo diante de unidade de ação, poderá ser caso de concurso formal de crimes sempre que o desvalor de resultado estiver abarcado por mais de um tipo penal.

Sobre o **princípio da alternatividade**, sem embargo da classificação tripartida proposta, há ainda alguns autores que vislumbram a existência do princípio da alternatividade, aplicável para fazer correta subsunção nos tipos de ação múltipla ou conteúdo variável, nos quais há previsão de vários verbos descritivos da conduta proibida. Assim, praticados tais atos em um mesmo contexto fático, a norma aplicável somente seria aplicada uma vez. (Cf. Fernando GALVÃO. **Direito penal**: parte geral. 7.ed. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2016. p. 190-191).

Aqui, ainda que seja mais fácil de visualizar uma pluralidade de condutas, a proibição será uma sempre que as ações estejam contidas no mesmo *tipo de ação*, referente ao mesmo objeto material, como ocorre, dentre tantos outros exemplos, no delito de tráfico de drogas.

19 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 420.

20 BUSATO, Paulo César. *Op. cit.* p. 200.

21 No particular, relevante transcrever o posicionamento da Coordenadoria de Recursos Criminais deste Ministério Público, que, na peça de interposição de Recurso Especial nos autos de Apelação Criminal n. 1.476.001/01, expôs que: [...] *"tudo isso ocorre por uma simples razão: os dois tipos penais – artigos 12 e 16 – exigem objetos materiais distintos. Por isso, jamais guardam entre si qualquer relação de minus a plus, demandada pelo princípio da consunção. Com efeito, a existência de objetos materiais distintos implica em que sequer exista, entre os dois tipos penais, um conflito aparente, a ser superado mediante os princípios de especialidade, subsidiariedade e/ou consunção."* - destaque nosso.

entre tipo subsidiário e tipo principal em favor do tipo principal. O tipo principal exclui o tipo subsidiário por uma relação de interferência lógica ou entrecruzamento estrutural, porque diferentes normas penais protegem iguais bens jurídicos em diferentes estágios de agressão<sup>22</sup>.

Esta regra de subsidiariedade, somente poderia encontrar aplicação no caso concreto caso se aceitasse que a norma do art. 16 protege de modo mais intenso o mesmo bem jurídico tutelado pelos demais dispositivos. Como já dissemos, a tal raciocínio pode ser objetada a circunstância de que as normas envolvidas têm âmbitos de regulação diversos, dirigidas, portanto, a objetos distintos.

Por fim, o critério da **consunção** estabelece que a norma que abarca todo o desvalor atribuído pelo ordenamento jurídico a um caso concreto tem precedência sobre outra que somente abriga parte deste desvalor. Assim, o preceito principal absorve os demais preceitos consumidos no processo de seu alcance. Nesse caso, a norma que define um determinado crime resulta **ser ato preparatório normal**<sup>23</sup> ou **meio necessário** para a realização de outro crime<sup>24</sup>.

Para Fernando GALVÃO:

O princípio da consunção, também denominado princípio da absorção, pode ser sintetizado na seguinte fórmula: a caracterização do crime-fim absorve a hipótese do crime-meio. Lamentavelmente, é comum observar a errônea de alguns operadores do direito em resumir o princípio na fórmula: o crime mais grave absorve o crime menos grave. Não é essa a essência do princípio. Jescheck esclarece que ocorre consunção quando o conteúdo de injusto e culpabilidade de uma ação típica alcança, incluindo-o, o de outro tipo penal, de sorte que a condenação baseada em um único tipo, já expressa, de forma exaustiva, o desvalor de todo o processo – *Lex consumens derogat legi consuetae*.<sup>25</sup>

Oportunamente ressaltamos que o critério da consunção tem sido largamente utilizado em julgados que se posicionam pela existência de crime único na hipótese analisada. Porém, para que tal ocorra, é preciso considerar que todo o desvalor da conduta, que é única, já está abarcado pela norma do art. 16.

É dizer, para considerar a existência de crime único, é preciso pressupor

22 SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 421.

23 Juarez Cirino dos Santos ressalta, ainda, que *"o tipo consumido constitui meio regular (não, porém, necessário) de realização do tipo consumidor."* Cf. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Op. cit.* p. 422.

24 BUSATO, Paulo César. *Op. Cit.* p. 201.

25 GALVÃO, Fernando. *Op. cit.* p. 188.

que todo o desvalor que o ordenamento jurídico dirige à conduta de portar/possuir arma de uso permitido, já está contido na norma do art. 16, mesmo quando há posse simultânea de mais de um armamento.

Além disso, para a correta incidência do princípio da consunção, seria necessário considerar que a posse/porte de arma de fogo de uso permitido é, de alguma forma, meio necessário – ou regular – de execução para a consumação do crime de posse/porte de arma de fogo de uso restrito<sup>26</sup>.

Também já tivemos a oportunidade de salientar que é justamente pela não aceitação deste argumento que alguns julgados têm reputado como impossível, mesmo em tese, a incidência da consunção no caso proposto<sup>27</sup>.

Por fim, num momento posterior, a regra de concurso de crimes a ser aplicada dependerá do preenchimento, no caso concreto, dos requisitos de cada um dos critérios dos artigos 69, 70 e 71, do Código Penal.

Assim, a título de exemplo, sendo apreendidos armamentos de uso permitido e restrito em um mesmo contexto fático de posse – na busca e apreensão realizada numa residência, v.g. – estar-se-á aparentemente diante de um concurso formal – entre crimes diversos –, já que uma mesma ação, nesse caso, deu origem a resultados jurídicos distintos, cujo desvalor vai abarcado em diferentes tipos penais.

Vislumbra-se, ainda, a possibilidade da existência de concurso material ou crime continuado, conforme as circunstâncias fáticas do caso concreto, o que ficará mais evidente, em geral, quando, mesmo em se tratando de objetos materiais de semelhante natureza nos termos da norma penal, a investigação revele a prática de condutas distintas pelo

<sup>26</sup> Sobre o tema, novamente remetemos ao posicionamento da Coordenadoria de Recursos Criminais do MP/PR: “Assim, a posse de arma de fogo de uso restrito – no caso, por equiparação, já que se trata de arma de uso permitido com numeração suprimida – não absorve a posse de munições de uso permitido: os tipos penais não acusam mesmo objeto material – muito ao contrário – e um não é passo necessário para o outro. A relação entre as penas previstas nos respectivos preceitos secundários para ambos pouco interessa – como apontado na lição de ROXIN – para a incidência do princípio da consunção. Afinal, o trabalhado princípio orienta-se à relação entre os preceitos primários dos tipos penais envolvidos.” - destaque nosso.

<sup>27</sup> Novamente, para a Coordenadoria de Recursos Criminais: “Na hipótese de flagrar-se alguém possuindo arma de fogo de uso restrito e munição de uso permitido, nenhuma das situações acima [progressão criminosa, crime progressivo e crimes complexos] se apresenta. Possuir munição para arma de fogo de uso permitido não é crime meio para o crime fim da posse de arma de fogo de uso restrito – ainda que por equiparação, como in casu. Também a mudança de deliberação, de manter-se uma espécie de objeto e, depois, outra, no marco da progressão criminosa, guarda relação de redação típica que obrigue a realizar o primeiro crime para, depois, chegar ao segundo. Assim, não há crime progressivo, nem progressão criminosa viável entre os dois tipos penais previstos no Estatuto do Desarmamento (artigos 12 e 16).”

agente, como, imagine-se, o cidadão que *fornece* uma arma de fogo de uso permitido e ao mesmo tempo *porta* uma segunda arma de fogo, também de uso permitido.

## V. CONCLUSÃO

Ante o exposto, pode se concluir que:

(a) Há um equívoco em se reconhecer indistintamente a aplicação do critério da consunção para solucionar o pretense conflito aparente de normas que há entre os delitos de posse/porte de arma de fogo de uso restrito e de uso permitido;

(b) Considerando que o âmbito de regulação das normas dos artigos 12/14 e 16 da Lei 10.826/03 é diverso, é inadequada a utilização dos critérios da subsidiariedade e da especialidade para dirimir o pretense conflito aparente de normas;

(c) Considerando que a incidência do critério da consunção tem como pressuposto (c.1) que todo o desvalor da conduta esteja abarcado na norma prevalente; (c.2) que o crime consunto seja meio regular ou necessário de execução do crime consuntivo, a princípio não haverá crime único no caso do agente portar/possuir armas de fogo de uso permitido e de uso restrito, ainda que num mesmo contexto fático.

(d) Afastada a consunção como critério resolutivo de conflito aparente de normas, o que revelará a existência de um concurso material, formal, ou de continuidade delitiva, serão as circunstâncias do caso concreto, bem como as respectivas regras dos artigos 69, 70 e 71, do Código Penal, não sendo possível estabelecer *a priori* a regra de concurso de crimes a ser aplicada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BUSATO, Paulo César. **Direito penal:** parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.

FACCIOLLI, Ângelo Fernando. **Lei das armas de fogo.** 9. ed. Curitiba: Juruá, 2015.

GALVÃO, Fernando. **Direito penal:** parte geral. 7.ed. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2016.

MARCÃO, Renato. **Estatuto do Desarmamento.** 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal:** parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

SILVA, César Dario Mariano da. **Estatuto do Desarmamento.** 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: GZ Editora, 2009.



**Nélio Kouji Onishi**

Auxiliar Administrativo atuante no Departamento de Gestão de Pessoas -  
Subprocuradoria Geral de Justiça para Assuntos Administrativos.

## A PARTICIPAÇÃO DO INDICIADO/RÉU EM PROCEDIMENTO CIRCULAR RESTAURATIVO COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA EM RESPEITO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA

Marcelo Augusto Ribeiro

O presente trabalho visa a enfrentar os efeitos jurídico-processuais que a participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo pode lhe propiciar, quando se trata de ilícito relacionado à violência doméstica e familiar contra a mulher, no âmbito da Lei nº 11.340/06, no que toca às consequências penais e especialmente à dosimetria da pena.

É oportuno destacar que as agressões e outros atos dolosos que constituem violência doméstica contra a mulher possuem nuances e particularidades próprias que lhes dão contorno específico em relação a outros ilícitos previstos no ordenamento penal, diante do enredo próprio das relações pessoais existentes entre o autor do fato e a vítima, o que demanda a necessidade de visão particularizada por parte do operador do Direito.

É nesse cenário que se insere esta proposta, sabendo-se de antemão do crescimento das discussões acerca das práticas restaurativas no Brasil, especialmente a partir da vigência da Resolução nº 225, de 31 de maio de 2016, do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Nacional de Justiça Restaurativa no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Todavia, desde logo, como premissa do raciocínio que se passa a expor, não se pretende aprofundar o debate sobre Justiça Restaurativa em seus diversos aspectos, princípios e fundamentos, teorias abolucionistas e temas correlatos, o que se reserva a outro momento dada a importância e profundidade do assunto.

O que se pretende, neste momento, é discorrer sobre as consequências jurídico-processuais da aplicação das técnicas restaurativas, especialmente dos círculos restaurativos, paralelamente à persecução penal, ante a necessidade de se realizar novas experiências e se experimentar novos caminhos e mecanismos juridicamente sustentáveis visando o

fim maior do processo (pacificação social), nem sempre alcançado no processo penal tradicional.

E tal análise se dá a partir da experiência vivida na Comarca de Ponta Grossa, no Estado do Paraná, cidade com cerca de 340.000 habitantes, a partir da rotina da 16ª Promotoria de Justiça que, dentre outras atribuições, atua em ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos da Lei nº 11.340/06, perante o Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher.

De plano, para delimitar e introduzir o tema, ainda que superficialmente, colaciona-se alguns aspectos fundamentais acerca das práticas restaurativas e da Justiça Restaurativa na visão de Oliveira:

“Assim, frustradas as expectativas dos sujeitos participantes no procedimento, passa-se a avaliar se a construção de um modelo ativo e, desde logo construtivo, seria razoável para justificar uma nova visão acerca do crime e das reações dele advindas. Para tal proposta, traz-se à colação a justiça restaurativa, que, de forma oposta, enfatiza a necessidade de se “reconhecerem os impactos sociais e de significativas injustiças decorrentes da aplicação puramente objetiva de dispositivos legais que frequentemente desconsideram as necessidades da vítima”, propiciando também ao autor dos fatos um lugar para sua fala. Assim, contra uma “visão vertical na definição do que é justo, ela (justiça restaurativa) dá vazão a um acerto horizontal e pluralista daquilo que pode ser considerado justo pelos envolvidos numa situação conflitiva”.<sup>1</sup>

Refere aludida autora que a ética da alteridade constitui o fundamento filosófico das práticas restaurativas:

“(…) a ética de alteridade encontra-se presente e, desde logo, enquanto fundamento filosófico, como poderia legitimar a inserção das práticas restaurativas no ordenamento: a partir do diálogo entre os participantes, que se encontram face a face, restará facilitada a abertura para o diferente, viabilizando a compreensão do sentido da ofensa, reatando a relação intersubjetiva rompida e a restauração da paz (individual e social) (...)”

Nessa linha de pensamento, o crime e a contravenção penal relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, para além de tão somente serem tomados como a lesão a um bem juridicamente tutelado e a conduta que viola a lei (norma) penal, necessitam também ser compreendidos na perspectiva de que, diferentemente da maioria dos ilícitos penais que ocorrem entre pessoas que não mantêm relações

1 OLIVEIRA, Cristina Rego. *Mediação Penal & Justiça: Da Ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas*. Curitiba: Juruá Editora, 2013, p. 37/38.

pessoais entre si (na maioria das vezes são desconhecidos), são fatos que acarretam, por vezes, a ruptura de uma relação preexistente entre agente e vítima e, via de consequência, afetam também a relação para com terceiros, tais como filhos e demais familiares.

Daí a necessidade da retomada de valores éticos na eventual reconstrução da relação entre vítima e agente, o que não significa, necessariamente, a retomada do relacionamento amoroso. Ao revés, o que se busca é alguma construção consensual, ainda que adstrita apenas a algum aspecto do conflito, e que decorra da própria vontade das partes envolvidas de modo a minimizar, ainda que parcialmente, os conflitos existentes e que se mostre hábil a permitir, no mínimo, uma relação respeitosa.

E o trabalho de apoio à família é fundamental para a pacificação social, pois, ainda que a relação amorosa tenha um fim, há vínculos que são eternos, na medida em que, como dito, os conflitos poderão envolver mães, filhos, avós etc. E sem a pacificação de tais relações, é enorme o potencial de novos conflitos e respectiva judicialização em diversas áreas.

Dessa maneira, tem-se que, muitas vezes, o mero compromisso formal de respeito mútuo a que as partes chegam de maneira consensual e voluntária por intermédio das práticas restaurativas pode ser extremamente significativo dentro do contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, posto que, conforme observado em diversos casos concretos ocorridos na Comarca de Ponta Grossa, após a aplicação do círculo restaurativo, muitas mulheres se sentem suficientemente seguras a ponto de, por exemplo, comparecerem espontaneamente em juízo e informarem que as medidas protetivas de urgência outrora deferidas não mais se fazem necessárias (e que, por vezes, segundo elas, passaram a ser até prejudiciais à nova relação (ainda que não amorosa) diante do novo cenário pós-círculo sobre o qual adiante se discorrerá) e, por essa razão, requerem a revogação de tais medidas para que possam estabelecer, por exemplo, uma relação mais livre e amistosa no que toca ao exercício do direito de visitas do agente aos filhos, exercício da guarda etc, o que se revela extremamente significativo, pois demonstra que aquele cenário de medo e pavor da vítima para com o autor do fato, antes presente, deixou de existir.

O que também, por outro lado, revela-se benéfico ao agente, na medida em que deixa de existir em desfavor dele o risco iminente da prisão preventiva na hipótese de eventual descumprimento das medidas protetivas de urgência que constituem efetivo cerceamento à liberdade de ir, vir e permanecer necessário para proteger a integridade psicofísica da

vítima. Além de afastar o autor do fato das mazelas do sistema carcerário brasileiro e de contribuir para o aumento da população carcerária.

Ademais, de se frisar que, por intermédio das práticas restaurativas, não se visa que vítima e agente retomem eventual relacionamento amoroso até então existente. Não é isso. O que se busca é a paz individual e social, finalidade última que também é almejada pelo Estado ao final da persecução penal, quando da solução do conflito de interesses entre ele e o agente (direito de punir X direito à liberdade), na qual, tradicionalmente, a vítima assume papel secundário e se vê muitas vezes frustrada com o resultado do processo.

Vale dizer, no contexto de violência doméstica e familiar contra a mulher, ainda que por uma questão emocional ou simbólica, oportunizar as práticas restaurativas poderá proporcionar à vítima e ao próprio agente algo que a persecução nem sempre alcança que é a paz individual e a possibilidade de, a par da responsabilização penal, estabelecerem um relacionamento, ao menos, respeitoso e amistoso, pois, como é cediço, independentemente da retomada de eventual relacionamento amoroso, quando preexistente, podem haver filhos em comum, por exemplo, o que demanda definições acerca de guarda, alimentos, direito de visitas, dentre outras questões. E se não houver uma relação, no mínimo, respeitosa entre os envolvidos, certamente isso se refletirá em novos conflitos com grande potencial de judicialização.

Ademais, ante os efeitos psicológicos decorrentes do ilícito, muitas vezes se revela importante proporcionar o encontro e o diálogo entre a vítima e o autor do fato, inclusive para que possam ter participação ativa na resolução de seus próprios problemas<sup>2</sup>:

“a “oportunidade para relatar os acontecimentos a partir do seu próprio ponto de vista, sendo que todos adquirem um claro entendimento do que aconteceu e das consequências do comportamento em questão e tomam consciência do que deve ser feito para que os danos sejam reparados”. A interação entre os participantes facilita a superação dos traumas sofridos, visto que possibilita a reconstrução de sua identidade à medida que expressa “o seu ponto de vista e os seus sentimentos acerca do crime: a vítima tem a oportunidade de confrontar o infrator com o impacto do seu acto, este tem por sua vez a oportunidade de assumir perante aquela a culpa pela sua conduta e de compreender o mal que esta provocou”, contando ao Outro sua história, quais os impactos sofridos em decorrência das suas ações.”<sup>3</sup>

2 Idem, p. 88.

3 “Assim sendo, o contato direto também oportuniza que a vítima exponha ao ofensor sua mensagem, “sensibilizando-o para as consequências de seus actos” e

Enfim, hodiernamente, não é mais possível relegar exclusivamente ao Estado o papel e a responsabilidade pela pacificação individual e social. Mesmo porque, em se tratando de ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, nem sempre se atinge tal desiderato, razão pela qual, ainda que paralelamente à persecução penal, deve-se conferir à vítima e ao autor do fato função ativa nessa busca, inclusive, como forma de empoderamento daquela.

Logo, não se olvida nos dias atuais da importância fundamental da aplicação de técnicas restaurativas paralelamente à persecução penal, inclusive, na busca pela almejada efetividade da prestação jurisdicional, no sentido de que tal prestação atenda ao seu principal desiderato que é a pacificação social, o que nem sempre é atingido com a sentença proferida na ação penal.

Nada obstante, não se prega aqui a implementação da Justiça Restaurativa e/ou do abolicionismo penal em detrimento do processo penal constitucional tradicional com a consequente responsabilização penal do agressor.

Não é isso.

O que se sustenta é que - especialmente em ilícitos penais de menor gravidade (a exemplo da perturbação da tranquilidade, vias de fato, ameaça, lesões corporais leves, crimes contra a honra, dentre outros) que constituem a maioria dos ilícitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, conforme preconiza a Lei nº 11.340/06 e que não apresentem particularidades que desaconselhem a prática res-

“confrontando-o em suas responsabilidades. Assim, através do contato direto com o agressor, passa a questionar-lhe sobre as razões, circunstâncias da prática do fato, situando-se, ainda, em todo o contexto no qual está inserido, para que, após, dê-se-lhe voz para expor o que seria uma solução justa para o conflito concreto, negociando-a de forma proporcional à parcela de sua corresponsabilidades.

O encontro ainda viabiliza que as partes sintam-se assistidas pela comunidade - enquanto manifestação de cuidado -, recebendo afeto e propiciando a recomposição da relação rompida sob a égide do perdão e do respeito. De acordo com Christie, “ser vítima é uma função psicológica e social. Uma pessoa nunca é uma vítima por definição, mas torna-se através de um processo de identificação. Essa identificação é geralmente reforçada e fortalecida por um feedback negativo do meio ambiente”. Assim, através da interação com a comunidade local, a etiqueta atribuída ao ofendido pode ser afastada, dissipando os efeitos nefastos de sua rotulação.

Analisando os efeitos da prática restaurativa sob a ótica do autor do ato ofensivo, a mediação penal também pode trazer-lhe respostas positivas. Isso porque, à medida que o coloca em contato direto com a vítima, faz com que tenha “necessariamente de atentar a perspectivas outras de avaliação que não as suas e, com isto, de reavaliar suas próprias condutas, de reavaliar a si mesmos”. Ibidem, p. 89.

taurativa ou que esta se mostre inviável - paralelamente à persecução penal voltada à responsabilização penal do agente, sejam implementadas aludidas práticas restaurativas tão somente se e quando houver interesse e voluntariedade das partes.

E mais, não se propõe que as práticas restaurativas constituam medidas despenalizadoras para evitar/afastar o processo (tal como ocorre com a transação penal e com a suspensão condicional do processo) ou como instrumento de barganha disponibilizado ao autor do fato para se escusar da responsabilização penal.

A responsabilização penal com a consequente imposição de sanção, quando o caso, deverá existir ainda que o autor do fato tenha se submetido às práticas restaurativas, seja em relação aos ilícitos penais passíveis de ação penal pública incondicionada, seja em relação aos ilícitos penais passíveis de ação penal pública condicionada à representação ou mesmo nos passíveis de ação penal privada, quando, nas últimas hipóteses, restarem superadas as fases da persecução penal cujo prosseguimento dependa exclusivamente da vontade da vítima (oferecimento de representação, retratação ou renúncia à representação, oferecimento de queixa-crime, perempção etc).

E, dentre as diversas práticas restaurativas disponíveis, merece destaque, mormente em conflitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, os denominados procedimentos circulares, conforme refere Pranis<sup>4</sup>.

4 “Os círculos se valem de uma estrutura para criar possibilidades de liberdade: liberdade para expressar a verdade pessoal, para deixar de lado as máscaras e defesas, para estar presente como um ser humano inteiro, para revelar nossas aspirações mais profundas, para conseguir reconhecer erros e temores e para agir segundo nossos valores mais fundamentais.

Os participantes se sentam nas cadeiras dispostas em roda, sem mesa ao centro. Às vezes se coloca no centro algum objeto que tenha significado especial para o grupo, como inspiração, algo que evoque nos participantes valores e bases comuns. O formato espacial do círculo simboliza liderança partilhada, igualdade, conexão e inclusão. Também promove foco, responsabilidade e participação de todos.

Usando elementos estruturais intencionais (cerimônia, um bastão de fala, um facilitador ou coordenador, orientações, e um processo decisório consensual), os Círculos objetivam criar um espaço onde os participantes se sentem seguros para serem totalmente autênticos e fiéis a si mesmos.

(...)

No círculo as decisões são tomadas por consenso. Isto não significa que todos terão entusiasmo em relação a determinada decisão ou plano, mas é necessário que cada um dos participantes esteja disposto a viver segundo aquela decisão, bem como apoiar sua implementação.

A título de ilustração, para que se possa divisar a dimensão e o alcance de tal prática restaurativa na Comarca de Ponta Grossa, especificamente na aplicação dos procedimentos circulares nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher, ao tomar conhecimento do fato, a Autoridade Policial, o Ministério Público ou o Judiciário, em qualquer momento da persecução penal, vislumbrando a possibilidade de aplicação da prática restaurativa, podem encaminhar o caso ao CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania).

No CEJUSC ocorre uma fase denominada pré-círculo na qual é lavrado o Termo de Abertura de Procedimento Circular de Justiça Restaurativa; as partes envolvidas são formalmente convidadas a participar; é lavrado Termo de Consentimento Livre e Esclarecido sobre as diretrizes e objetivos do procedimento; bem como a pessoa é cientificada sobre a possibilidade de desistir de participar do procedimento a qualquer tempo.

Nesta fase, os envolvidos são orientados sobre o funcionamento do procedimento; cientificados, dentre outros, de dois princípios basilares que são a voluntariedade (apenas participam se assim o desejarem) e da confidencialidade (tudo que ali é dito e tratado é confidencial); bem como são estimulados a contarem suas histórias e a exporem suas expectativas quanto ao procedimento.

Em seguida, passa-se à fase do círculo propriamente dito, na qual, em dia e hora previamente designados, as partes (autor do fato e vítima), acompanhados ou não de um apoiador, caso assim o desejem (pode ser um membro da família ou uma pessoa de sua confiança), submeter-se-ão à metodologia e às técnicas a serem aplicadas por dois facilitadores, procedimento que tem duração aproximada de três horas.

Ao final do círculo, aguarda-se que as partes construam e proponham

Antes de discutir a missão do grupo em si, é preciso conhecer todos os participantes e construir relacionamentos, independente da tarefa do grupo. Metade do tempo do encontro poderá ser gasto criando-se a base para um diálogo profundamente honesto em torno do conflito ou dificuldade que acontecerá na etapa seguintes. Discutir valores, criar linhas-mestras que orientem o trabalho, partilhar aspectos desconhecidos sobre si mesmo - tudo isto é parte da preparação do alicerce para um diálogo que mobilizará os participantes emocional e espiritualmente, além de intelectualmente.

Num Círculo, chega-se à sabedoria através das histórias pessoais. Ali a experiência vivida é mais valiosa do que conselhos. Seus integrantes partilham experiências pessoais de alegria e dor, luta e conquista, vulnerabilidade e força, a fim de compreender a questão que se apresenta. Quando alguém conta uma história, mobiliza as pessoas à sua volta em muitos níveis: emocional, espiritual, físico e mental. E os ouvintes absorvem as histórias de modo muito diferentes do que se estivessem ouvindo conselhos.” (PRANIS, Kay. Teoria e Prática: Processos Circulares. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010, p. 25/28)

por si mesmas alternativas consensuais que, respeitadas as particularidades de cada caso, contribuam para a minimização dos conflitos, ainda que de forma parcial. Ou seja, muitas vezes a construção em consenso a que chegam os envolvidos é simplesmente (e que, paradoxalmente, não é pouco) o compromisso formal de se respeitarem mutuamente. Por vezes, observa-se o compromisso de não telefonarem um para o outro, porque, naquele caso, tal ação constituía um dos principais motivos de conflito, sobretudo, quando cada qual já havia constituído nova família/relacionamento ou, por outro lado, o consenso se deu no sentido de tratarem os assuntos de comum interesse apenas por telefone, porque os conflitos decorriam dos encontros pessoais; o compromisso de simplesmente não se agredirem verbalmente ou, ainda, limitarem o contato apenas a mensagens por telefone ou, por outro lado, evitarem as mensagens para não ocorrer mal-entendidos; compromisso de estabelecerem mais diálogos; solução de consenso quanto à guarda dos filhos, regime de visitas e alimentos (devidamente homologados pelo juízo do CEJUSC, após parecer ministerial), pois são questões que contribuem fundamentalmente para os conflitos quando não existem regras claras a respeito.

De qualquer modo, sejam quais forem os pontos de consenso a que as partes cheguem, estes serão objetiva e sucintamente apontados em documento próprio (visando a preservar a confidencialidade) que será encartado aos autos do procedimento que será submetido à apreciação do órgão do Ministério Público designado para atuar junto ao CEJUSC e, em seguida, ao magistrado coordenador do CEJUSC para homologação. Após a homologação, os autos do procedimento são remetidos ao Juizado de Violência Doméstica e Familiar e apensados aos autos de inquérito policial/ação penal respectivos.

Por fim, existe a fase do pós-círculo na qual as partes são contatadas pelo CEJUSC em prazo razoável após o círculo (cerca de 45 dias) para informarem como a relação se encontra, avaliarem o procedimento e os resultados obtidos, declinarem se os compromissos assumidos estão sendo respeitados etc. Hipótese curiosa ocorrida na Comarca se deu quando, nesta fase, o autor do fato, quanto aos alimentos pactuados em favor dos filhos em construção em consenso ao longo do círculo, voluntária e espontaneamente informou ao CEJUSC que naquele momento poderia aumentar o valor dos alimentos em razão do novo emprego obtido e da melhor remuneração.

Oportuno consignar que, na Comarca de Ponta Grossa, até o momento, não se tem notícia de reincidência por parte daqueles que participaram

dos círculos restaurativos. Apenas a título de ilustração, ao longo do ano de 2016, foram realizados, em diversos momentos da persecução penal, 100 (cem) pré-círculos e 16 (dezesesseis) círculos, sendo que a justificativa apresentada pelos envolvidos para a não continuidade do procedimento circular restaurativo foi a de que o conflito já havia se resolvido entre eles.<sup>5</sup>

De se destacar ser também aplicável à matéria a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça, que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências, e a Resolução nº 02/2014, da 2ª Vice-Presidência do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que também trata do tema em âmbito estadual.

Frise-se tratar, como dito, de procedimento absolutamente voluntário e que demanda o desejo conjunto da vítima e do autor do fato, cuja participação não pode decorrer de ordem judicial ou como condição para liberdade provisória ou qualquer benesse, nem tampouco a recusa em participar acarretará qualquer tipo de consequência processual, sob pena de desvirtuar-se a finalidade do instituto.

Demonstrados, portanto, basicamente, os princípios e fundamentos dos círculos restaurativos relacionados aos ilícitos penais envolvendo violência doméstica e familiar contra a mulher, retoma-se a indagação inicial exposta no presente no sentido de perquirir quais são as consequências jurídico-processuais que a participação do indiciado/réu em procedimento circular restaurativo pode trazer em ações penais que envolvam ilícitos relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher no âmbito da Lei nº 11.340/06, mormente no que toca à dosimetria da pena eventualmente imposta.

Eventualmente se poderia sustentar que a participação do agente nos círculos restaurativos, a depender dos resultados alcançados e da espécie de ilícito penal cometido, poderia acarretar a falta de justa causa para a ação penal e/ou a perda superveniente do interesse processual por parte do titular da ação penal na perspectiva do Direito Penal mínimo, dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade, e por analogia “in bonam partem” a partir das escusas absolutórias previstas no art. 181, do Código Penal, e das razões de política criminal que as fundamentam, como forma de prestigiar a unidade familiar em detrimento da persecução penal em verdadeiro conflito de interesses e de valores solucionado a partir do princípio da proporcionalidade.

5 *Idem*, p. 27



Sobre as escusas absolutórias, discorre E. Magalhães Noronha:

“(…) Parece-nos certo que a predominância dos interesses da família, o alarma social de pequeno vulto, a menor periculosidade do agente, são circunstâncias que até certo ponto justificam as imunidades penais.

(…) Com efeito, a nós nos parece que o crime patrimonial entre parentes não deve ser perseguido de ofício. Não só em nome da paz e da concórdia que deve existir no seio da família, mas também por uma razão que, conquanto não invocada pelos doutos, é indicada pela prática. Os crimes patrimoniais, como os contra os costumes, são dos que não prescindem do concurso da vítima, na elaboração da prova. Cometidos quase sempre sem testemunhas, às ocultas, são a palavra daquela e os esclarecimentos seus que orientam o julgador na pesquisa da verdade. Por outro lado, é princípio de que não existe delito patrimonial com o consentimento do lesado. Disso, sem esforço, se vê a precariedade da ação, se se a quisesse conferir ao Ministério Público.”<sup>6</sup>

Todavia, salvo melhor entendimento, não nos parece adequada a aplicação da aludida fundamentação relacionada aos ilícitos penais de natureza patrimonial aos ilícitos penais relacionados à violência doméstica e familiar contra a mulher, na medida em que afastaria a responsabilização penal do agente, o que, sobretudo na atualidade e diante da histórica e cultural violência de gênero contra a mulher, não se mostra justo, razoável, adequado e proporcional, mormente por se tratar de odioso fato social decorrente, direta ou indiretamente, do preconceito que ainda persiste na sociedade em relação à mulher.

Não bastasse, tal entendimento parece estar em rota de colisão com o art. 226, §8º, da Constituição Federal<sup>7</sup>, bem como com os princípios e normas da Lei nº 11.340/06, mormente no que toca à necessidade de coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher e à necessidade de empoderá-la e de protegê-la sob diversos aspectos, em verdadeira discriminação positiva, razão pela qual não se olvida que a responsabilização penal exerce papel fundamental e pedagógico na prevenção e repressão de tais ilícitos, de forma geral e, em particular, sob pena de, inclusive, caracterizar-se proteção deficiente dos bens jurídicos elencados pela Lei nº 11.340/06.

6 NORONHA, E. Magalhães. Direito Penal. Vol. 2. São Saraiva.2000, p. 515.

7 “Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(…)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.”

Ademais, repise-se, não se pode admitir que as práticas restaurativas sejam vistas como instrumento de barganha por parte dos agentes, a ponto de enxergarem nos círculos restaurativos uma possibilidade de evitarem o processo, tal qual uma medida despenalizadora como a transação penal e a suspensão condicional do processo.

Trata-se de matéria absolutamente distinta que possui princípios e normas próprias que com aquelas não se confundem, sob pena de desvirtuar-se a aplicação das práticas restaurativas.

Porém, por outro lado, há necessidade de se reconhecer a atitude do autor do fato em participar de tais práticas e, por uma questão de equidade, outorgar a esta participação uma consequência jurídico-processual que, a um só tempo, valore/recompense sua iniciativa voluntária e, em retribuição, confira algum efeito concreto na dosimetria da pena, caso condenado.

Pois não se olvida que o indiciado/réu que participou dos círculos restaurativos deve ser tratado de forma diversa daquele não participou, pois, uma vez condenado, não se mostra equânime que receba a mesma pena que aquele que não participou, sob pena de tratar-se igualmente situações completamente desiguais, o que representa ofensa à Constituição Federal, mais precisamente ao princípio da individualização da pena previsto no art. 5º, XLVI.

Neste tocante, refere Bulos<sup>8</sup>:

“Pelo princípio constitucional criminal da individualização punitiva, a pena deve ser adaptada ao condenado, consideradas as características do sujeito ativo e do crime.

(…)

Tal vetor compactua-se com o ditame da personalidade, ou seja, imputa-se o crime, apenas, ao seu autor, sendo ele o único elemento suscetível de sofrer sanção.

Ao consagrar dito princípio, o constituinte levou em conta a dignidade da pessoa humana, tão enfatizado pela Carta das Nações Unidas, pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, pela Carta da Organização dos Estados Americanos, pela Declarações Americana dos Direitos e Deveres do Homem, dentre outros que erigiram a pessoa física à própria razão de ser da sociedade.”

Todavia, de outro turno, salvo melhor entendimento, não se concebe como suficiente e proporcional reconhecer tão somente a presença de

8 BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 501.

uma circunstância judicial favorável (art. 59, do Código Penal) quando da primeira fase da dosimetria da pena, a exemplo da conduta social ou da personalidade do agente, porque o *quantum* a ser conferido pelo juiz diante de uma circunstância judicial favorável será diminuto e eventualmente poderá ter por escopo tão somente se contrapor a uma circunstância judicial desfavorável, o que nos parece irrazoável e desproporcional a partir do significado e do que representa a efetiva participação do condenado no círculo restaurativo, o que, de alguma maneira deve ser recompensado e estimulado pelos benefícios sociais que traz.

Assim, tais entendimentos revelam dois extremos diametralmente opostos e injustificáveis quanto aos efeitos jurídicos que a participação do agente nas práticas restaurativas podem acarretar à persecução penal. De um lado, acarretar a extinção do processo diante da alegada perda superveniente de interesse processual parece-nos supervalorizar infundadamente o comportamento do agente (está além do razoável) e, por outro lado, relegar tal comportamento à análise favorável de uma mera circunstância judicial na primeira fase da dosimetria da pena implicaria em subvalorizar seu comportamento (está aquém do razoável).

Por essa razão é que se busca no presente trabalho propor uma solução intermediária e que melhor contemple a proporcionalidade.

Então, como atender ao princípio da individualização da pena e conferir de forma justa e razoável ao agente alguma consequência jurídica à sua iniciativa em participar dos círculos restaurativos diante da legislação vigente?

O que se propõe é que a participação do agente em procedimentos restaurativos caracterize uma circunstância atenuante inominada, com fulcro no art. 66, do Código Penal, posto que o rol das circunstâncias atenuantes mencionado no art. 65, do citado diploma é meramente exemplificativo.

Sobre a redação do aludido dispositivo, afirma Greco:

“O art. 66 do Código Penal, demonstrando a natureza exemplificativa do rol existente no art. 65, diz que a pena poderá ser ainda atenuada em razão de circunstância relevante, anterior ou posterior ao crime, embora não prevista expressamente em lei.

Assim, por exemplo, pode o juiz considerar o fato de que o ambiente no qual o agente cresceu e se desenvolveu psicologicamente o influenciou no cometimento do delito; pode, também, acreditar no seu sincero arrependimento, mesmo que, no caso concreto, em vir-

tude de sua condição pessoal, não tenha tido possibilidades, como diz a alínea b, do art. 65 do Código Penal, de logo após o crime evitar-lhe ou minorar-lhe as consequências, ou mesmo reparar o dano etc.”<sup>9</sup>

Para Mirabete:

“Visa o dispositivo uma possibilidade de flexível individualização da pena. A rigor, porém, o juiz já poderá levar em conta na fixação da pena qualquer circunstância do crime, diante do disposto no art. 59, orientador da escolha da pena base.

Podem ser apontados alguns exemplos de circunstâncias inominadas: a extrema penúria do autor de um crime contra o patrimônio, o arrependimento do agente, a confissão voluntária de crime imputado a outrem ou de autoria ignorada, a facilitação do trabalho da Justiça com a indicação do local onde se encontra o objeto do crime, a recuperação do agente após o cometimento do crime etc.”<sup>10</sup>

Assim, o reconhecimento de uma circunstância atenuante inominada, quando da segunda fase da dosimetria da pena do condenado, cujo critério jurisprudencial majoritário aponta para o *quantum* de um sexto da pena, parece-nos uma solução juridicamente sustentável, mais adequada e proporcional, em reconhecimento ao seu comportamento de participar dos círculos restaurativos após a prática do ilícito penal e que, a um só tempo, retribui proporcionalmente sua atitude de buscar as práticas restaurativas, bem como constitui medida justa de estímulo (e não barganha) para outros agentes.

Contudo, não se sustenta que a participação no círculo restaurativo “per se” constitua direito adquirido à circunstância atenuante inominada quando da prolação de eventual sentença condenatória. Ao revés, caso seja constatado no pós-círculo, ou a qualquer momento até a sentença, que o autor do fato praticou qualquer conduta incompatível com os fins da prática restaurativa, a despeito da participação dele no círculo, verificar-se-á que os fins pretendidos não foram alcançados e, portanto, a circunstância atenuante inominada não deve ser reconhecida.

Diante do exposto, conclui-se que:

a) considerando que ainda não se verifica posicionamento dos Tribunais Pátrios especificamente sobre o tema, a participação do indiciado/réu nos círculos restaurativos deve acarretar em benefício dele, no caso de condenação penal, alguma consequência jurídico-processual;

9 GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal – Parte Geral. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011, p. 575.

10 MIRABETE, Julio Fabbrini. Manual de Direito Penal. Parte Gral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010, p. 298.

b) tal participação deve ser valorada na sentença condenatória, quando da segunda fase da dosimetria da pena, como uma circunstância atenuante inominada (art. 66, do Código Penal), por se mostrar medida justa, razoável, proporcional e em sintonia com o art. art. 5º, XLVI, da Constituição Federal, com a ressalva do Enunciado nº 231, da Súmula do Superior Tribunal de Justiça<sup>11</sup>;

c) a participação no círculo restaurativo “per se” não constitui direito adquirido à circunstância atenuante inominada quando da prolação de eventual sentença condenatória e, caso seja constatado no pós-círculo, ou a qualquer momento até a sentença, que o autor do fato praticou qualquer conduta incompatível com os fins da prática restaurativa, a despeito da participação dele no círculo, não deve ser reconhecida a circunstância atenuante inominada.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Presidência da República. Código Penal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm)>. Acesso em 04 de março de 2017.

BRASIL. Presidência da República. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 04 de março de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Enunciado nº 231. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=SUMU&livre=@docn=%27000000231%27>>. Acesso em 04 de março de 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Vol. 1. Rio de Janeiro: Impetus, 2011

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de Direito Penal**. Parte Geral. Vol. I. São Paulo: Atlas, 2010.

NORONHA, E. Magalhães. **Direito Penal**. Vol. 2. São Saraiva.2000.

OLIVEIRA, Cristina Rego. **Mediação Penal & Justiça: Da Ética da Alteridade como Fundamento Filosófico para a adoção das Práticas Restaurativas**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

PRANIS, Kay. **Teoria e Prática: Processos Circulares**. Tradução de Tônia Van Acker. São Paulo: Palas Athena, 2010.

11 “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”

## TRÊS DÉCADAS DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O DESAFIO DE SE DEFINIR UM NOVO MODELO DE CONCURSO PÚBLICO PARA A SELEÇÃO DOS PROMOTORES DE JUSTIÇA DO SÉCULO XXI

Mateus Eduardo Siqueira Nunes Bertoncini<sup>1</sup>

### INTRODUÇÃO

Prevê o § 3º do artigo 129 da Constituição de 1988,<sup>2</sup> com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, que o ingresso na carreira do Ministério Público far-se-á mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em sua realização, exigindo-se do bacharel em Direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica e observando-se, nas nomeações, a ordem de classificação. Como não poderia deixar de ser, a legislação infraconstitucional repete os dizeres do Texto Maior no artigo 59 da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (Lei federal 8.625/1993),<sup>3</sup> e no artigo 91 da Lei Complementar do Estado do Paraná nº 85/1999.<sup>4</sup> Por sua vez, o artigo 92 da aludida Lei Estadual, atribui ao Conselho Superior do Ministério Público do Estado do Paraná a competência para baixar o regulamento do concurso. A Resolução nº 14, de 6 de dezembro de 2006, do Conselho Nacional do Ministério Público, dispõe sobre regras gerais regulamentares para o concurso de ingresso na carreira do Ministério Público.<sup>5</sup>

A específica imposição constitucional prevista no artigo 129, nada mais é do que reflexo das normas gerais constantes dos incisos I e II do artigo 37 da Constituição Federal, que contêm os princípios da acessi-

1 Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Membro do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná (2016/2017). Doutor em Direito do Estado pela UFPR. Pós-Doutor em Direito pela UFSC. Professor do Programa de Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania do UNICURITIBA. Professor de Direito Administrativo da FEMPAP.

2 BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Consulta em: 30/03/17.

3 BRASIL. Lei federal 8.625/1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Consulta em: 30/03/17.

4 PARANÁ. Lei Complementar do Estado do Paraná nº 85/1999. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8042&indice=1&totalRegistros=1&anoSpan=2005&anoSelecionado=1999&mesSelecionado=0&isPaginado=true>>. Consulta em: 30/03/17.

5 BRASIL. Resolução nº 14, de 06 de dezembro de 2006. Disponível em: <[http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res\\_cnmp\\_14\\_2006\\_11\\_06.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/Resolucoes/res_cnmp_14_2006_11_06.pdf)>. Consulta em: 30/03/17.

bilidade e do concurso público, assim explicados por Bandeira de Mello:

O que a Lei Magna visou com os princípios da acessibilidade e do concurso público foi, de um lado, ensejar a todos iguais oportunidades de disputar cargos ou empregos na *Administração direta e indireta*. De outro lado, propôs-se a impedir tanto o ingresso sem concurso, ressalvadas as exceções previstas na Constituição, quanto obstar a que o servidor habilitado por concurso para cargo ou emprego de determinada natureza viesse depois a ser agraciado com cargo ou emprego permanente de *outra natureza*, pois esta seria uma forma de fraudar a razão de ser do concurso público.<sup>6</sup>

Portanto – e não há qualquer dúvida nesse sentido –, o atendimento dos princípios constitucionais da acessibilidade e do concurso público é cogente também no âmbito do Ministério Público, só sendo possível o ingresso na carreira por essa via. Trata-se de um “processo administrativo de gestão”, segundo a lição de Odete Medauar, adotando o posicionamento de Sérgio de Andréa Ferreira e Ana Lúcia Berbert Fontes.<sup>7</sup>

No Estado do Paraná, esse processo administrativo de gestão possui três fases: a primeira, consistente numa prova objetiva, com cem questões de múltipla escolha, baseada em todo o programa do concurso; a segunda, representada por cinco provas escritas, cada uma delas correspondente a um grupo de matérias definidas no edital do concurso; e a terceira, uma prova oral realizada pelo candidato em face dos integrantes da banca examinadora.

A questão que se coloca diante desse padrão de concurso público é a seguinte: o modelo, largamente empregado pela Instituição nos últimos 28 anos, continua atual para selecionar os melhores profissionais para o Ministério Público do Estado do Paraná? Em caso negativo, quais as finalidades a serem alcançadas e como seria esse novo processo de avaliação?

A relevância do problema sob análise é indiscutível, porquanto esse processo de seleção de pessoal, à toda evidência, reflete-se diretamente na qualidade do profissional do Ministério Público, com naturais consequências no que tange ao exercício das funções ministeriais nas próximas décadas. Em outros termos, a qualidade e efetividade dos serviços da Instituição está diretamente ligada ao seu modo de selecionar os novos promotores de Justiça. Ademais, considerando o caráter nacional do Ministério Público, a discussão em tela também tem

6 MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014, p. 287-288.

7 MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, p. 140.

relevância para outros Ministérios Públicos, especialmente os estaduais.

Pretende-se responder à indagação ou às indagações formuladas (em caso de resposta negativa à primeira questão), mediante o uso do método dedutivo – e crítico –, a partir de pesquisa bibliográfica.

## JUSTIFICATIVA

### 1. Críticas ao atual modelo

Como cediço, não basta o cumprimento da legalidade para se fazer uma boa Administração Pública. A legalidade necessita ser aplicada tendo-se em conta outros princípios constitucionais, dentre os quais a impessoalidade, a moralidade, a publicidade e a eficiência. Se os princípios da legalidade e da eficiência devem ser conciliados, “buscando a Administração atuar com eficiência, dentro da legalidade”,<sup>8</sup> é evidente que o concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público deve se preocupar em selecionar os melhores profissionais para assumir o cargo de promotor de Justiça, pois incumbe a esses agentes o gravíssimo encargo de “defesa da Constituição e da democracia”.<sup>9</sup> Para tanto, é preciso que esse processo administrativo tenha foco nas habilidades que pretende encontrar no futuro promotor de Justiça, o que não está claro no atual modelo utilizado.

A resposta à inaugural questão suscitada na introdução, então, parece ser negativa, por uma série de razões. A primeira, porque desde o distante ano de 1989, muitas foram as alterações do Direito positivo brasileiro, que se ampliou e tornou-se muito mais complexo. Apesar das paulatinas mudanças realizadas nos programas dos concursos públicos do Ministério Público do Estado do Paraná durante as últimas três décadas, os acréscimos de novas matérias foram tamanhos, que tornaram a prova objetiva da primeira fase pequena em relação ao seu número de questões e o volume de matérias a serem avaliadas pela banca examinadora. Ou seja, não dispendo os avaliadores de um número razoável de questões para examinar os candidatos na primeira fase do concurso, não se tem certeza quanto à abrangência, consistência e qualidade dos conhecimentos dos avaliados e aprovados para a fase seguinte.

A segunda razão, é representada pela ausência de uma fase escrita no concurso público destinada a avaliar a capacidade técnica do futuro promotor de Justiça em resolver casos concretos, seja na área criminal

8 MEDAUAR, Odete. Obra citada, p. 98.

9 SOUZA, Luciano Machado. O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013, p. 68-69.

seja na área cível. Em outras palavras, os candidatos aprovados que ingressam na carreira do Ministério Público, para logo assumirem as suas Promotorias de Justiça, são nomeados sem terem demonstrado a capacidade de resolver problemas concretos ligados à atuação ministerial, mediante a elaboração de peças processuais relacionadas ao ofício. Não pode o concurso público deixar de avaliar a capacidade pragmática do futuro promotor de Justiça, de trazer para a realidade fática seus conhecimentos jurídicos e holísticos, solucionando problemas reais.

Um terceiro motivo a justificar a falta de atualidade do modelo de concurso público reside no fato de que a prova oral, no formato que atualmente possui, não avalia com adequação a capacidade oral do candidato. Em outros termos, responder perguntas em face da banca examinadora não avalia a capacidade de falar em público do candidato, instrumento de trabalho essencial de um promotor de Justiça.

A quarta razão indicativa de que o modelo precisa ser reformado ou substituído, consiste num dos aspectos mais tormentosos de se avaliar em um concurso público: o grau de comprometimento e de afinidade com as funções ministeriais. Nem de longe se tem uma solução para esse problema. Ocorre que, no momento histórico em que vivemos no Brasil, onde as carreiras públicas tornaram-se prestigiadas e bem remuneradas, há que se ter muito cuidado na seleção dos candidatos, para que se evite o ingresso na carreira de profissionais interessados exclusivamente nos benefícios oferecidos pelo Estado, sem qualquer comprometimento com o trabalho institucional. Como diz Mazzilli: “Não que seja um mal em si mesmo ser assim a carreira das mais atraentes no mercado de trabalho. Pelo contrário. O mal consiste em buscar a carreira apenas por esse motivo”.<sup>10</sup>

Por último, nota-se que a Instituição faz o concurso para ingresso na carreira, sem saber exatamente qual é o perfil de promotor de Justiça que deseja. Também não se tem de forma clara quais os objetivos da avaliação representada pelo concurso público. Em outros termos: quais as competências desejadas do futuro promotor de Justiça?

Não há dúvida que o atual modelo de concurso público empregado no Ministério Público do Paraná selecionou ótimos promotores e promotoras de Justiça durante essas três décadas. No entanto, a experiência do Conselho Superior do Ministério Público do Paraná revela que existem alguns problemas que poderiam ser evitados com o aperfeiçoamento do padrão de concurso, o que demanda a fixação de objetivos ou finalidades

<sup>10</sup> MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2007, p. 59.

a serem alcançados por esse processo administrativo de gestão. Com efeito, já que a resposta à primeira questão é negativa, passasse aos objetivos justificadores das mudanças.

## 2. Objetivos a serem alcançados pelo concurso de ingresso na carreira do MP

Um novo modelo de concurso público para ingresso na carreira do Ministério Público paranaense - e de qualquer concurso de Ministério Público - deve definir previamente quais são as capacidades desejadas pela Instituição de seus profissionais. Dizendo de outro modo, é necessário que o Ministério Público, por intermédio do Conselho Superior do Ministério Público, elabore o regulamento do concurso público tendo em conta quais as habilidades desejadas do futuro promotor ou promotora de Justiça e como serão mensuradas essas capacidades.

Tratando especificamente dos objetivos da avaliação, se tem como essenciais os seguintes, sem prejuízo de outros:

1- amplo e sólido conhecimento jurídico das disciplinas formativas do Direito, especialmente aquelas afetas ao desempenho das funções ministeriais, quais sejam: Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; e Direito Civil, na parcela de interesse do Ministério Público. Naturalmente, não há sentido em se exigir do candidato conhecimentos nas áreas do Direito do Trabalho ou do Direito Processual do Trabalho, bem assim conhecimentos do Direito Civil, relacionados, por exemplo, aos contratos privados em espécie, pois esses temas não são afetos ao exercício das funções dos Ministérios Públicos dos Estados.

2- Amplo conhecimento jurídico das novas especialidades do Direito, em especial aquelas empregadas permanentemente pelos promotores de Justiça.

3- A capacidade do candidato expressar as suas ideias por escrito, de forma articulada e rica de conteúdo jurídico, sem se esquecer de outras áreas do conhecimento, como a filosofia e a sociologia (visão holística).

4- A capacidade do candidato em lidar com a prática de Ministério Público, elaborando peças processuais a partir de casos reais, como, por exemplo, denúncias, petições iniciais de ação civil pública, recursos, contrarrazões recursais, arquivamento de inquérito civil etc.

5- A capacidade de expressão oral do futuro promotor de Justiça, a ser demonstrada não pela via truncada de uma prova oral de questões

formuladas pela banca examinadora, mas de uma prova oral perante a banca, apresentando o candidato um determinado ponto do programa previamente selecionado, pelo prazo aproximado de 30 minutos, seguido de perguntas formuladas sobre o assunto pelos integrantes da banca.

6- Também é necessário se avaliar mediante estágio, o grau de envolvimento e desenvoltura do candidato a promotor de Justiça substituto em face do Ministério Público.

Tais objetivos a serem alcançados pela avaliação – o porquê da indagação formulada na introdução –, deve ter repercussão nas fases do concurso e nas provas correspondentes – o como fazer –, a exigir alterações do atual modelo de concurso público do Ministério Público do Estado do Paraná, que já prestou, como afirmado, bons serviços à Instituição.

Demais disso, os objetivos acima guardam absoluta pertinência com qualquer concurso no âmbito do Ministério Público brasileiro, pois as aludidas capacidades precisam estar presentes em qualquer promotor ou promotora de Justiça.

### 3. Um novo modelo de concurso público

O atual concurso para promotor de Justiça substituto vem se demonstrando desatualizado para enfrentar as alterações sofridas no ordenamento jurídico brasileiro nas últimas três décadas e para selecionar os melhores candidatos para a Instituição. Trata-se de um sistema de avaliação cujas finalidades não são claras e que tem prestigiado o “concurseiro” no lugar do profissional vocacionado para as funções ministeriais. Com efeito, alguém que nunca trabalhou e que teve uma experiência profissional meramente protocolar no triênio após a formatura, dedicando-se exclusivamente ao concurso, leva vantagem em relação ao verdadeiro profissional do Direito, em face do atual modelo de provas, essencialmente teórico e incapaz de mensurar outras habilidades.

Não são raros os casos de vitaliciamento de promotor de Justiça, de afastamento de membro da carreira ou mesmo de promoções e remoções por merecimento – quando o Conselho Superior do Ministério Público toma ciência das fichas funcionais –, indicativos de desempenho aquém do esperado, o que pode resvalar, inclusive, na moralidade administrativa,<sup>11</sup>

11 Sobre a moralidade administrativa, Coelho e Gonçalves asseveram: Uma construção hermenêutica de moralidade administrativa, para ser útil e ampla, deve abranger, além do contexto jurídico, o contexto da política e governança, devendo assentar que a discricionariedade administrativa é reduzida pelo princípio da moralidade, mas não é por ele eliminada. A escolha do administrador deve ser preserva-

sem falar da ausência de comprometimento institucional, em prejuízo do Ministério Público e dos destinatários dos serviços ministeriais, a população em geral, que tem o Direito subjetivo a um serviço público de qualidade.

Embora não se possa atribuir eventual deficiência dos serviços exclusivamente ao concurso público, esse fator pode interferir, sim, nessa prestação, o que recomenda o aperfeiçoamento do sistema, para se reduzir ao máximo a possibilidade de falhas de avaliação, visando a busca de níveis adequados de eficiência.<sup>12</sup>

O novo modelo teria 5 fases: 1ª fase, composta por duas provas objetivas; 2ª fase, composta de três provas teóricas; 3ª fase, baseada em duas provas práticas; 4ª fase, consistente em uma prova oral; e a 5ª fase, de estágio profissional. Naturalmente, o modelo não exclui as fases de exames de sanidade física e mental; sindicância; e de títulos.

De outra parte, a proposta harmoniza-se com a legislação que regula o concurso público de provas e títulos no âmbito do Ministério Público, referida na introdução.

Vejamos as fases do novo modelo.

#### 3.1 Primeira fase

A primeira fase seria composta de duas provas objetivas, cada uma delas com 100 questões de múltipla escolha. Essa fase teria por objetivo avaliar a amplitude dos conhecimentos jurídicos dos candidatos, em face da totalidade de áreas e temas previstos no programa do concurso público de promotor de Justiça substituto. A alteração se faz necessária, porque a ampliação do Direito brasileiro, a partir do advento da Constituição de 1988, como é fato notório, foi imensa, surgindo novas especialidades nas quais estão previstas a atuação do Ministério Público, que simplesmente inexistiam no passado. São exemplos: o Direito Sanitário, o Direito da Pessoa com Deficiência, o

da, mas deve se balizar aos limites preestabelecidos na lei, passando, doravante, a discricionariedade a ser feita entre as possibilidades compatíveis com o princípio da moralidade inserto nos contextos jurídicos, político, ético, e linguístico. (COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. Moralidade administrativa: uma construção hermenêutica. *In*: Revista Jurídica – UNICURITIBA, v. 4, n. 45 (2016). Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1794/1180>>. Consulta em: 30/03/17).

12 “Portanto, a compreensão do princípio da eficiência passa, necessariamente, pela eficiência de meios e de resultados, em consonância, evidentemente, com todo o conjunto de princípios e regras do regime jurídico administrativo” (BERTONCINI, Mateus. Princípios de Direito Administrativo brasileiro. São Paulo: Malheiros Editores, 2002, p. 122-123).

Direito do Idoso, Habitação e Urbanismo etc.

Essas novas áreas do Direito tornaram uma única prova preambular de 100 questões insuficiente para avaliar a amplitude do conhecimento do candidato. Diante da significativa expansão do Direito brasileiro nas últimas três décadas, a banca examinadora não consegue bem avaliar nem as disciplinas tradicionais nem as novas áreas do conhecimento jurídico. Daí a proposta de repartição das disciplinas em duas provas objetivas: a primeira, cuidando das disciplinas formativas do Direito; a segunda, das novas especialidades do Direito. Como lembra Mazzilli, “outro erro dos exames de concurso de ingresso ao Ministério Público é concentrá-los em uma ou outra pergunta para todo um campo da ciência jurídica”.<sup>13</sup> É exatamente esse erro que se quer evitar, ampliando-se o número de provas objetivas de uma para duas e dobrando-se o número de questões de 100 para 200, provas de cunho eliminatório, que seriam aplicadas em dois momentos distintos.

A primeira, com 100 questões de múltipla escolha, cuidando das tradicionais disciplinas formativas do Direito ligadas à atuação do Ministério Público, quais sejam: Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; e Direito Civil, na parcela de interesse do MP. Constitucional, Penal e Processo Penal contariam com 20 questões cada uma; Administrativo e Processo Civil com 15 questões respectivamente; e Civil, com 10 questões. Seriam selecionados nessa primeira prova 500 candidatos, algo em torno dos 10% dos inscritos nos concursos do Ministério Público do Paraná.

A segunda prova, também com 100 questões objetivas, avaliaria as especialidades do Direito, fruto da permanente produção legislativa, decorrente da dialética transformação da sociedade. Seriam elas, segundo o regulamento do concurso do MPPR: Direito Eleitoral; Legislação do Ministério Público; Execução Penal; Direito do Consumidor; Direito Sanitário e Saúde do Trabalhador; Direito da Infância e da Juventude; Proteção ao Patrimônio Público; Direito Ambiental; Processo Civil Coletivo; Procedimento Investigatório Criminal; Direitos da Pessoa com Deficiência; Direito do Idoso; Direitos Humanos; Habitação e Urbanismo; Terceiro Setor; Direito Previdenciário; e Direito Empresarial. As especialidades de Eleitoral, Execução Penal, Consumidor, Infância e Juventude, Patrimônio Público e Ambiental seriam contempladas com 10 questões cada. Legislação do MP, Sanitário e Saúde do Trabalhador, Processo Civil Coletivo, Procedimento Investigatório Criminal, Direitos da Pessoa com Deficiência, Idoso, Direitos Humanos, Habitação e

13 MAZZILLI, H. N. Obra citada, p. 62.

Urbanismo, Terceiro Setor e Direito Empresarial, com aproximadamente 4 questões cada, números que naturalmente poderiam sofrer ajustes.

Essa segunda prova objetiva – que daria oportunidade aos 500 profissionais aprovados na primeira avaliação – aprovaria 100 candidatos, com nota mínima 6.0. Já nesse momento, ter-se-iam atendidos os dois primeiros objetivos elencados nessa proposta.<sup>14</sup> Essa centena de profissionais passaria à segunda fase do certame.

### 3.2 Segunda fase

A segunda fase seria composta por três provas escritas, de natureza teórica, voltada a explorar a profundidade do conhecimento do candidato e o seu raciocínio jurídico. A primeira prova trataria do Direito Processual Penal, Direito Penal e Execução Penal, composta por 1 dissertação e 7 questões discursivas; a segunda prova, examinaria Direito Constitucional, Direito Administrativo, Direito Civil e Direito Processual Civil, sendo também composta por 1 dissertação e 7 questões discursivas; a terceira prova cuidaria das novas especialidades do Direito, composta por 20 questões discursivas.

Essa segunda fase, teórica, exigiria nota mínima 6,0 nas três provas e aprovaria até 50 candidatos para a fase seguinte.

Nessa fase, o terceiro objetivo dessa proposta seria atingido: a capacidade do candidato de expressar as suas ideias por escrito, de forma articulada e rica em conteúdo.

Visando a facilitar a correção, a Instituição forneceria a cada candidato o equipamento de informática necessário, previamente preparado e vistoriado para a elaboração das provas.

### 3.3 Terceira fase

O modelo atual conta com cinco provas teóricas; ocorre que ele praticamente ignora a parte prática. É isso que se quer resolver com essa fase. Ela teria duas provas práticas: primeira prova, voltada à elaboração de uma peça criminal, produzida a partir de um estudo de caso (processo findo ou em tramitação); e a segunda prova, uma peça cível, elaborada também a partir de caso concreto. Essas provas, igualmente, prestigiariam o raciocínio jurídico do candidato, além de sua capacidade de equacionar problemas reais do dia a dia de uma Promotoria de Justiça.

14 Primeiro, amplo e sólido conhecimento jurídico das disciplinas formativas do Direito, especialmente aquelas afetas ao desempenho das funções ministeriais; segundo, amplo conhecimento jurídico das novas especialidades do Direito, em especial aquelas empregadas permanentemente pelos promotores de justiça.

Nota mínima 6,0 e a aprovação de, no máximo, 40 candidatos. Essas provas poderiam ser com consulta e realizadas diretamente em computador da Instituição, facilitando o trabalho de correção dos membros da banca examinadora.

Nessa fase seria atingido o seguinte objetivo proposto: lidar com a prática de Ministério Público, demonstrando o candidato saber elaborar, a partir de um caso concreto, uma denúncia, uma petição inicial de ação civil pública, um recurso ou resposta a recurso *etc.*

#### 3.4 Quarta fase

Os aprovados na terceira fase seriam submetidos a uma prova oral perante a banca examinadora, com o objetivo de expor um determinado ponto do programa, previamente selecionado, pelo prazo de até 30 minutos, sendo, posteriormente, indagado publicamente pelos integrantes da banca examinadora, pelo prazo de até 30 minutos. Como ensina Mazzilli, “a expressão oral é fundamental para o bom trabalho do promotor de Justiça. Além de conhecimento, é preciso vitalidade e presença de espírito especialmente nas audiências e nos debates de júri”.<sup>15</sup>

Nessa fase ter-se-ia o atendimento do objetivo previamente traçado, de mensurar a capacidade de expressão oral do futuro promotor de Justiça, que o atual modelo de prova oral do concurso do Ministério Público do Estado do Paraná não prestigia.

#### 3.5 Quinta fase

A quinta fase, certamente, é a mais polêmica e difícil. Trata-se da fase de estágio profissional, incidente antes da aprovação final. Os candidatos aprovados seriam submetidos a estágio funcional pelo período de até 60 dias, já na qualidade de auxiliares do Ministério Público, ocasião em que trabalhariam junto às Promotorias de Justiça Criminal e Promotorias Especializadas, acompanhados por promotores de justiça tutores e assessores da Corregedoria-Geral do Ministério Público, que relatariam a atuação dos candidatos, reportando-se periodicamente à banca.

Nesse derradeiro momento, antes da aprovação final, a Instituição avaliaria o desempenho, o grau de comprometimento e a vocação do candidato, antecipando-se ao estágio probatório.

A banca, naturalmente, haveria de definir, organizar e avaliar as atividades, com a participação do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional – CEAF. Sobre esse órgão, ensina Sarrubo:

15 MAZZILLI, H. N. Obra citada, p. 62-63.

Com efeito, em seu art. 35, a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público pela primeira vez faz previsão do CEAF, órgão auxiliar do Ministério Público, destinado a realizar cursos, seminários, congressos, simpósios, pesquisas, atividades, estudos e publicações visando ao aprimoramento profissional e cultural dos membros da Instituição, de seus auxiliares e funcionários, bem como a melhor execução de seus serviços e a racionalização de seus recursos materiais.<sup>16</sup>

A Corregedoria-Geral do Ministério Público, paralelamente, realizaria a sindicância dos candidatos. Findo o período, ter-se-ia a aprovação final daqueles considerados aptos no período de estágio funcional.

Durante esse período, os candidatos seriam contratados temporariamente como estagiários especiais do Ministério Público – portanto, já auxiliares da Instituição, com remuneração correspondente a 50% do cargo de promotor de Justiça substituto, pagando, ainda, o Ministério Público, com os recursos oriundos das inscrições no concurso, as despesas com alimentação (vale alimentação), transporte (vale transporte) e moradia, em hotel estrategicamente localizado, próximo do local de trabalho.

Os candidatos considerados aptos nessa fase seriam aprovados no concurso para ingresso na carreira, tendo-se em conta não apenas os princípios constitucionais da acessibilidade e do concurso público, mas também os princípios do artigo 37, *caput*, da Constituição de 1988, especialmente o princípio da eficiência. Com esse novo modelo de concurso público, estar-se-ia criando as condições necessárias para se vencer o desafio de se definir um processo de seleção apto para a escolha do promotor de Justiça do século XXI, plenamente habilitado ao exercício das funções.

O modelo que ora se apresenta parece melhor adaptado à seleção de membros do Ministério Público do que o atual padrão de concurso do Ministério Público do Estado do Paraná. Por outro lado, nada impede que a sugestão seja aproveitada em outros Ministérios Públicos estaduais.

Com efeito, a proposição em mesa, data venia, parece mais precisa do que a formulada pelo Conselheiro Walter de Agra Júnior, com assento no Conselho Nacional do Ministério Público, que propôs revogar a Resolução nº 14/2006 CNMP e padronizar nacionalmente o concurso de ingresso nas carreiras do Ministério Público da União e dos Ministérios

16 SARRUBO, Mário Luiz. *O Ministério Público e o aperfeiçoamento funcional de seus membros*, p. 734. In: Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional; Walter Paulo Sabella, Antônio Araújo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho (Coordenadores). São Paulo: Malheiros Editores, p. 728-749.



Públicos dos Estados, para implantar modelo de concurso composto de uma prova objetiva, duas provas escritas e uma oral, processo administrativo de seleção de pessoal inadaptado à realidade e às necessidades do Ministério Público brasileiro, consoante demonstrado neste estudo, tendo em vista a experiência paranaense.

## CONCLUSÃO

A título de conclusão, a tese propõe:

I – no que tange à primeira pergunta constante da introdução, é possível se afirmar que o modelo de concurso do MPPR, aplicado há quase 30 anos, tem se demonstrado desatualizado para enfrentar as alterações sofridas no ordenamento jurídico brasileiro desde o advento da Constituição de 1988 e para selecionar os melhores candidatos para a Instituição.

II – No que se refere ao segundo questionamento proposto, se tem como certo que um novo modelo deve buscar nos profissionais interessados em ingressar na carreira do Ministério Público as seguintes competências:

1- amplo e sólido conhecimento jurídico das disciplinas formativas do Direito, especialmente aquelas afetas ao desempenho das funções ministeriais, quais sejam: Direito Constitucional; Direito Penal; Direito Processual Penal; Direito Administrativo; Direito Processual Civil; e Direito Civil, na parcela de interesse do Ministério Público.

2- Amplo conhecimento jurídico das novas especialidades do Direito, em especial aquelas empregadas permanentemente pelos promotores de Justiça, definidas no edital.

3- A capacidade do candidato expressar a suas ideias por escrito, de forma articulada e rica de conteúdo jurídico, sem se esquecer de outras áreas do conhecimento, como a filosofia e a sociologia.

4- A capacidade do candidato em lidar com a prática de Ministério Público, elaborando peças processuais a partir de casos reais, como, por exemplo, denúncias, petições iniciais de ação civil pública, recursos, contrarrazões recursais, arquivamento de inquérito civil etc.

5- A capacidade de expressão oral do futuro promotor de Justiça, a ser demonstrada não pela via truncada de uma prova oral de questões formuladas pela banca examinadora, mas de uma prova de oral perante a banca, apresentando um determinado ponto do programa previamente selecionados, pelo prazo de até 30 mi-

nutos, seguida de perguntas formuladas sobre o assunto pelos integrantes da banca, por igual período de tempo.

6- Também é necessário se avaliar mediante estágio, o grau de envolvimento e desenvoltura do candidato a promotor de Justiça substituto em face do Ministério Público.

III – Por fim, o novo concurso teria 5 fases: 1ª fase, composta por duas provas objetivas; 2ª fase, composta de três provas teóricas; 3ª fase, baseada em duas provas práticas; 4ª fase, consistente em uma prova oral; e a 5ª fase, de estágio profissional. Naturalmente, o modelo não exclui as fases de exames de sanidade física e mental; sindicância; e de títulos.

Com isso, o Ministério Público avançaria significativamente na seleção de seus membros, “indispensáveis à vitalidade do Estado”<sup>17</sup>, vitalidade essa essencial para a preservação da Instituição e de seus relevantes afazeres constitucionais, voltados à defesa e à implementação da Constituição de 1988, festejado Diploma Fundamental que está prestes a completar três décadas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

AGUIAR, Rui Rosado de. “O Ministério Público”. In: *Direito Constitucional: organização dos poderes do Estado*; Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1203-1216.

BERTONCINI, Mateus. *Princípios de Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

COELHO, Nuno Manoel Morgadinho dos Santos; GONÇALVES, Daniel Diniz. *Moralidade administrativa: uma construção hermenêutica*. In: *Revista Jurídica – UNICURITIBA*, v. 4, n. 45 (2016). Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1794/1180>>. Consulta em: 30/03/17.

BRASIL. Constituição de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Consulta em: 30/03/17.

BRASIL. Lei federal 8.625/1993. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8625.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm)>. Consulta em: 30/03/17.

BRASIL. Resolução nº 14, de 06 de dezembro de 2006. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/stories/Normas/>

<sup>17</sup> AGUIAR, Rui Rosado de. “O Ministério Público”. In: *Direito Constitucional: organização dos poderes do Estado*/ Clèmerson Merlin Clève, Luís Roberto Barroso organizadores. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 1203-1216.

Resolucoes/res\_cnmp\_14\_2006\_11\_06.pdf>. Consulta em: 30/03/17.

MAZZILLI, Hugo Nigro. Regime Jurídico do Ministério Público, 6ª edição revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Editora Saraiva, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo, 32ª edição. São Paulo: Editora Malheiros, 2014.

MEDAUAR, Odete. A Processualidade no Direito Administrativo, 2ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PARANÁ. Lei Complementar do Estado do Paraná nº 85/1999. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibir&codAto=8042&indice=1&totalRegistros=1&anoSpan=2005&anoSelecionado=1999&mesSelecionado=0&isPaginado=true>>. Consulta em: 30/03/17.

SARRUBO, Mário Luiz. “O Ministério Público e o aperfeiçoamento funcional de seus membros”. In: Ministério Público: vinte e cinco anos do novo perfil constitucional; Walter Paulo Sabella, Antônio Araújo Ferraz Dal Pozzo e José Emmanuel Burle Filho coordenadores. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 728-749.

SOUZA, Luciano Machado. O Ministério Público e a defesa da Constituição e da democracia. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2013.

## DAS CONSEQUÊNCIAS DO SILÊNCIO DO INVESTIGADO NA INVESTIGAÇÃO CÍVEL

Hugo Evo Magro Corrêa Urbano<sup>1</sup>

Ítalo João Chiodelli<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Na investigação de violações de direitos difusos, o principal instrumento investigatório do Ministério Público constitui o inquérito civil, servindo para a preparação do exercício das atribuições inerentes às funções institucionais (artigo 1º, *caput*, da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008).

Na instrução do inquérito civil, o membro do Ministério Público, para esclarecimento do fato objeto da investigação, tem o dever-poder de colher todas as provas permitidas pelo ordenamento jurídico (artigo 6º da Resolução 1.928-PGJ/MPPR, de 25 de setembro de 2008), tais como a juntada de documentos, requisição de informações, oitivas de testemunhas, realização de inspeções e perícias e, ainda, a colheita do depoimento pessoal do investigado.

Especificamente em relação à tomada do depoimento pessoal dos investigados, acontece em alguns casos de o investigado, antes de iniciar o seu depoimento ou no curso dele, passar a se recusar a responder perguntas a respeito dos fatos objeto do inquérito civil, principalmente, em situações em que possam resultar em sua responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa.

O fundamento jurídico invocado pelo investigado para se calar ou se recusar a responder sobre alguns pontos específicos, por decisão dele ou por orientação de advogado, é o direito constitucional de permanecer calado, conforme previsto no artigo 5º, inciso LXIII, da Constituição da República de 1988<sup>3</sup>.

1 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, Doutor (2013) e Mestre (2009) em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG.

2 Assessor de Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado do Paraná.

3 “Artigo 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:

Sustenta-se na presente tese que o investigado em inquérito civil por fatos que possam gerar responsabilidade única e exclusivamente na esfera cível, como a responsabilização pela prática de ato de improbidade administrativa, não tem direito a permanecer em silêncio. Consequência disso é que, caso decida permanecer em silêncio ou se recuse a responder uma ou algumas perguntas, essa circunstância poderá ser utilizada contra o investigado em eventual ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa. A recusa em responder as perguntas do Ministério Público, interpretada em conjunto com as demais provas eventualmente produzidas no caso, constitui forte elemento para comprovar o dolo pela prática de ato de improbidade administrativa, uma vez que, o gestor ou servidor público, no exercício das atividades administrativas no Poder Público, tem o dever de prestar contas de suas decisões e atos, por força dos princípios da legalidade e da transparência (artigo 37, *caput*, da Constituição da República de 1988).

Encontrando-se investido em cargo público, o servidor ou mandatário lida diuturnamente na gestão da coisa alheia, de titularidade da sociedade como um todo, e deve, portanto, prestar contas de seus atos e decisões, quer pelos meios ordinários (informações aos Tribunais de Contas e órgãos de fiscalização, publicações, respostas a petições, etc.) quer pelos meios extraordinários (procedimentos disciplinares, investigações cíveis promovidas pelo Ministério Público, tomadas de contas, etc.).

Para melhor demonstrar os fundamentos jurídicos dessa tese, passa-se à análise do assunto em dois tópicos: o primeiro sobre o direito constitucional ao silêncio e seus limites e o segundo sobre o tratamento dado ao silêncio do réu no processo civil.

## **2. DO DIREITO CONSTITUCIONAL AO SILÊNCIO E SEUS LIMITES**

No contexto histórico da concretização e expansão dos direitos fundamentais – especialmente no âmbito internacional, no que diz respeito aos assim chamados direitos humanos –, o direito ao silêncio, compreendido como a mais eloquente expressão do direito de não se autoincriminar, certamente ocupa um capítulo de notório destaque. A sua sedimentação como posição jurídica constitucionalmente tutelada representa uma das conquistas humanitárias de maior relevância, a despeito da sua já secular existência.

E isto muito se deve às circunstâncias do seu surgimento/reconheci-

LXIII - o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;”

mento, o qual ocorreu em meio a uma das passagens históricas mais obscuras da civilização medieval e moderna, que externava no processo de punição dos delitos a sua faceta mais tenebrosa, marcada pelo horror e pela desumanidade com que eram tratadas as pessoas responsabilizadas pela prática de um crime, fossem elas inocentes ou culpadas.

Naquela conjuntura, a responsabilização penal de uma pessoa acusada da prática de um delito não era tão somente um processo de resposta social ao fato indesejado, que deveria se concretizar com a aplicação de uma pena; tanto o processo de apuração do delito quanto a própria aplicação da punição eram tidos como um espetáculo de fervoroso apelo popular, no qual o ator principal era o acusado.

Ao longo daquele arcaico processo punitivo, o suspeito era submetido às mais pavorosas provações antes mesmo de se delinear a sua culpa, enquanto ainda se buscava a verdade dos fatos. Se a punição em si era algo temido – ressalta-se que, naquela época, as sanções penais consistiam nos suplícios do corpo, nas ordálias, nos duelos judiciais, etc. –, de igual modo, ou até mais, temiam-se os procedimentos utilizados na apuração da verdade dos fatos, ganhando destaque as funções cumpridas pela tortura, que, ao mesmo tempo, era tanto um elemento instrumental para obtenção da verdade quanto um elemento punitivo propriamente dito, de forma que a própria Ordenação Francesa de 1670 lhe classificava como sendo uma pena tão grave que ficava abaixo tão somente da pena de morte.

Como destaca Michel Foucault<sup>4</sup>, a tortura tinha um objetivo bastante claro, que era o de obter a verdade a partir da confissão do suspeito, de maneira que se mesclavam os atos de investigação com a própria punição, aí residindo a principal contradição daquele sistema punitivo, afinal, o processo de apuração da verdade que, futuramente, deveria legitimar a pena, culminava por se transformar ele mesmo na punição, independentemente do fato de ser inocente ou culpado o investigado. Ante tal contexto, conclui o autor que a “cerimônia penal” nada mais era do que um longo processo de confissão pública obtida a partir do cumprimento dos papéis dos atores daquele processo: o inquisidor, torturando o suspeito com vistas a obter a “verdade”; o acusado, relatando a prática do delito, tenha ele ocorrido ou não, satisfazendo a opinião pública e autorizando a superveniência da nova punição, agora propriamente dita.

Nesta senda, nota-se que o suspeito era considerado como um “meio-

4 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Rangel. 20a ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

culpado”, sendo, por tal razão, legítima a aplicação da tortura como “meia-pena” para a futura obtenção da “meia-verdade” restante para a elucidação do fato delituoso, que se consolidava com a confissão, a prova mais cabal da efetiva ocorrência do fato. Assim, concretizava-se aquilo que Foucault denominou de suplício do interrogatório, um temido instrumento de extorsão da verdade que adentrava na intimidade do pensamento do acusado e lhe arrancava aquilo que, para a sociedade, precisava ser dito a fim de completar o ritual punitivo.

Sucedo que, neste obtuso sistema punitivo, para além da sua assustadora e desmedida intervenção na vida e na dignidade dos membros daquela civilização, tornava-se impossível distinguir os inocentes dos culpados, haja vista que os mecanismos de apuração da verdade tornavam qualquer suspeito em criminoso. Daí a advertência de Cesare Beccaria<sup>5</sup>, segundo o qual a tortura é um meio seguro de condenar o inocente fraco e o de absolver o culpado resistente, haja vista que, entre dois homens igualmente inocentes ou igualmente culpados, aquele que for mais corajoso e aguentar a dor infligida pela tortura será absolvido; no entanto, o mais fraco, incapaz de aguentá-la, será condenado. A propósito, prossegue o célebre autor afirmando que, nestas circunstâncias, o inocente se encontra numa posição até mesmo pior que a do culpado: ou será condenado, confessando um crime que não cometeu, ou será absolvido após sofrer tormentos que não mereceu, que por si só já constituem uma severa punição.

Por certo, esse método perverso de apuração dos fatos consistente na exigência/obrigação da confissão do acusado não merece crédito algum, sendo um mecanismo voltado à sistemática deturpação da figura humana, usado em larga escala nas épocas inquisitoriais e pré-revolucionárias para produzir verdades de forma cruel, visando legitimar práticas punitivas ainda mais animalescas, banalizando a dignidade humana ao tratá-la como valor secundário e reservado a uma determinada classe (aos não-suspeitos).

Tal prática haveria, pois, de encontrar limites, os quais, de fato, começaram a se concretizar a partir da superveniência do Estado de Direito e da limitação do poder estatal; mormente quando do processo de constitucionalização dos direitos humanos nos mais variados ordenamentos jurídicos que daí decorreram, passando a constituírem direitos fundamentais exercitáveis pelos titulares em face do seu principal destinatário, que era o Estado.

5 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1ª ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

No plano histórico, ao menos no que diz respeito à Constituição em seu sentido material e moderno, pode-se dizer que a primeira manifestação constitucional do direito ao silêncio sobreveio com a aprovação da 5ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, adquirindo vigência no ano de 1791, aonde foi previsto o assim chamado *privilege against self-incrimination* (privilegio contra a autoincriminação), restando estabelecido que ninguém poderá ser compelido a depor contra si mesmo sobre fatos que possam lhe acarretar responsabilidade penal. Restava, pois, vedada a obtenção da confissão do acusado por meios que interferissem na sua voluntariedade.

Naquela mesma nação, a amplitude do direito ao silêncio ganhou contornos ainda mais rigorosos a partir do julgamento do caso *Miranda v. Arizona* (1966), no qual se reconheceu a invalidade de uma confissão obtida em interrogatório policial pelo fato de que o acusado, antes de ser questionado, não havia sido advertido pelas autoridades envolvidas acerca do seu direito constitucional de permanecer em silêncio (“to plead the fifth”; invocar a quinta emenda), caso este que ganhou bastante repercussão no direito comparado, influenciando os demais ordenamentos jurídicos, que, a partir de então, passaram a exigir expressamente o assim chamado “*Miranda warning*” ou “*Miranda rights*”, havendo a obrigatoriedade de se dar ciência ao acusado acerca do seu direito ao silêncio<sup>6</sup>.

Ainda no ano de 1966, no contexto internacional, sobreveio a aprovação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, um dos mais relevantes instrumentos jurídicos internacionais de proteção aos direitos humanos, restando nele previsto o direito ao silêncio (Artigo 14, Inciso III. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: Alínea “g” - De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada). De modo semelhante, no ano de 1969, a Convenção Americana de Direitos Humanos também dispôs acerca do aludido direito (Artigo 8º, Inciso II. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas; Alínea “g” - direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada).

Embora os aludidos documentos internacionais datem do ano de 1966

6 CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

e de 1969, o Brasil só se tornou signatário de ambos no ano de 1992, uma vez cumpridos os procedimentos formais. Contudo, apesar do considerável atraso na vigência dos aludidos tratados internacionais no plano nacional, a despeito da péssima técnica legislativa, o direito ao silêncio do acusado já havia sido finalmente previsto na Constituição da República de 1988, que dispôs, em seu artigo 5º, inciso LXIII, que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.

Dessa forma, no âmbito constitucional brasileiro, o direito ao silêncio possui *status* de direito/garantia fundamental, sendo dotado de amplo alcance normativo e de eficácia imediata, embora exista sua devida previsão e disciplina também no plano infraconstitucional<sup>7</sup>.

Quanto ao âmbito de proteção, o direito ao silêncio garante a toda e qualquer pessoa que, de maneira formal ou informal, ostente a qualidade de acusada/suspeita da prática de um delito – ou que, na sua convicção, a partir de então ou de outro momento futuro, assim poderá sê-la – o direito de permanecer calada sobre aquilo que lhe for perguntado acerca dos fatos objeto de apuração. E mais: o aludido direito fundamental garante que aquele que se manteve em silêncio não poderá sofrer nenhuma consequência jurídica negativa decorrente de tal conduta, não sendo a ele imposto nenhum gravame pelo fato de não ter colaborado com a apuração do fato tido como delituoso. Logo, do exercício do direito ao silêncio não poderá nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o acusado/suspeito<sup>8</sup>.

Como se infere, o direito ao silêncio é uma das facetas do direito de não se autoincriminar (*nemo tenetur se detegere*), o qual consiste na possibilidade de o acusado/suspeito não adotar nenhuma espécie de comportamento ativo ou passivo no sentido de colaborar com a elucidação da imputação penal que lhe é dirigida, tratando-se de um direito com intrínseca ligação com o princípio fundante da presunção de não-culpabilidade (inocência), também alçado ao *status* de direito fundamental.

Quanto aos limites do exercício de tal direito, estes vêm devidamente estabelecidos tanto na Constituição da República de 1988 quanto nos demais instrumentos normativos infraconstitucionais (Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, Convenção Americana de Direitos

7 Além da previsão expressa nos aludidos tratados internacionais dos quais o Brasil é signatário, que possuem hierarquia normativa supralegal, o direito ao silêncio também foi devidamente disciplinado no artigo 186 do Código de Processo Penal.

8 LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

Humanos, Código de Processo Penal, etc), restando delimitado que a sua incidência se restringe tão somente à apuração de fatos que possam ter repercussão penal. Ou seja, o silêncio de uma pessoa investigada só se demonstra legítimo com relação à apuração de fatos que possam implicar em sua responsabilidade penal, dada a suspeita da possível prática de um delito, cuja consequência poderá implicar no cerceamento de sua liberdade.

Ontologicamente, como já debatido, o direito ao silêncio foi reconhecido a partir dos abusos punitivos praticados na apuração e na responsabilização de pessoas acusadas da prática de delitos. Como o delito retrata a mais grave violação da ordem jurídica, dela decorrendo, por tal razão, a mais grave consequência, que é a pena, somente no âmbito da responsabilização penal se demonstra legítimo e necessário garantir ao acusado o direito de permanecer em silêncio e de não colaborar com apuração que, possivelmente, trar-lhe-á severas consequências.

Por ser expressão do direito de não se autoincriminar, o direito ao silêncio só diz respeito à confissão de fatos dotados de relevância penal. Do direito de não se autoincriminar não decorre um inusitado direito de não se autoafirmar responsável pela prática de outras espécies de ilícitos, tais como os relacionados a ilicitudes civis, administrativas, trabalhistas, fiscais; em suma, ilícitos sem repercussões penais, não relacionados a condutas penalmente relevantes. Pelo contrário, em casos tais, o silêncio do investigado não possui tutela constitucionalmente garantida, dele podendo decorrer consequências negativas autorizadas pelo ordenamento infraconstitucional, tais como a confissão ficta dos fatos silenciados (presunção de veracidade), a constatação da evidência para fins de tutela processual de um direito, etc<sup>9</sup>.

De fato, somente no âmbito da apuração penal é que se legitima o exercício do direito ao silêncio. Isto porque, quando da responsabilização penal, segundo o ensinamento de Luigi Ferrajoli<sup>10</sup>, o acusado/suspeito é a parte mais débil ou hipossuficiente, uma vez que se encontra pressionado pelo forte aparato social de repressão penal (leis severas de viés autoritário, opinião pública, sentimento de vingança, etiquetamento/seletividade penal, etc), ameaçado pela incidência de uma grave punição, devendo existir um sistema de garantias que lhe

9 Aprofundando o debate acerca da não incidência do direito ao silêncio no processo civil, Marcella Alves Mascarenhas Nardelli, em *“O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal”*, Revista de Processo, vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

10 FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

assegure contra eventuais excessos comumente praticados ao longo do processo de responsabilização penal (“lei do mais débil”). Neste contexto, o direito ao silêncio é um componente desse sistema de garantias, impedindo que o acusado pela prática de um delito seja instado a colaborar com o seu próprio declínio, com a sua própria destruição. Beccaria, com razão, já alertava que é um absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, tratando-se de algo que escapa à natureza humana<sup>11</sup>.

No entanto, quando a consequência da ausência de colaboração do acusado/suspeito envolver efeitos alheios à repercussão penal (condutas ilícitas, porém, não tipificadas em delitos), não há falar em hipossuficiência ou debilidade do investigado a exigir a incidência de um sistema de garantias diferenciadas, como o é o direito ao silêncio. Neste sentido, tanto a Constituição da República de 1988 quanto os demais tratados internacionais de direitos humanos são expressos no sentido de vincular o aludido direito fundamental ao âmbito penal, não se tendo notícias de que o direito ao silêncio possua uma amplitude diversa e mais acentuada em outras tradições jurídicas de viés humanitário.

Tal constatação possui relevantes repercussões de ordem prática no direito brasileiro; mormente quando se trata de investigações instauradas para apurar fatos que não abordam condutas penalmente relevantes, tais como aquelas conduzidas pelo Ministério Público para apurar ilícitos relacionados a direitos coletivos lato sensu, com especial destaque às apurações referentes à responsabilização de agentes públicos e terceiros beneficiados pela prática de atos de improbidade administrativa.

Nestes casos, inexistindo o direito fundamental ao silêncio, deve-se discutir quais seriam as consequências jurídicas que a não colaboração do investigado ocasionam ao deslinde da apuração, como se passa a fazer a seguir.

### **3. DO NÃO ALCANCE DO ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CR/1988 NO PROCESSO CIVIL E NA INVESTIGAÇÃO CÍVEL**

11 “Direi ainda que é monstruoso e absurdo exigir que um homem seja acusador de si mesmo, e procurar fazer nascer a verdade pelos tormentos, como se essa verdade residisse nos músculos e nas fibras do infeliz! A lei que autoriza a tortura é uma lei que diz: ‘Homens, resisti à dor. A natureza vos deu um amor invencível ao vosso ser, e o direito inalienável de vos defenderdes; mas, eu quero criar em vós um sentimento inteiramente contrário; quero inspirar-vos um ódio de vós mesmos; ordeno-vos que vos tomeis vossos próprios acusadores e digais enfim a verdade ao meio das torturas que vos quebrarão os ossos e vos dilacerarão os músculos...’”. (BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1a ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002).

Como visto no tópico anterior, o direito de permanecer calado é garantido constitucional e legalmente apenas na esfera penal. Por outro lado, na esfera cível, o depoimento pessoal da parte recebe tratamento legal diverso, o qual deve ser aplicado por analogia também na investigação, uma vez que o inquérito civil constitui a fase preparatória para se adotar medidas extrajudiciais para a solução do problema ou se deduzir a pretensão do Ministério Público em juízo, na defesa dos direitos difusos, especialmente, na proteção do patrimônio público.

Conceitualmente, o depoimento pessoal constitui “o meio de prova destinado a realizar o interrogatório da parte, no curso do processo”<sup>12</sup> e se encontra regulamentado pelo artigo 379, inciso I, e artigos 385 a 388 do Código de Processo Civil de 2015. Sua natureza jurídica não é de um dever, mas de ônus, pois as consequências jurídicas impostas por esses preceitos legais ao sujeito que se recusa a depor ou não comparece à audiência de instrução e julgamento são unicamente de seu interesse e não de interesse de terceiros.<sup>13</sup> O não cumprimento do ônus de depor ou de responder as perguntas que forem formuladas não acarreta, portanto, nenhuma sanção jurídica, mas acarreta apenas uma desvantagem para o sujeito: a confissão dos fatos.

Nesse sentido, o artigo 378 do CPC estabelece que ninguém se exime do dever de colaborar com o Poder Judiciário para o descobrimento da verdade. Em seguida, o artigo 379, *caput* c/c inciso I, dispõe que, preservado o direito de não produzir prova contra si própria, incumbe à parte comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado.

O artigo 385, § 1º, do CPC/2015 estabelece que a parte que for pessoalmente intimada para depor e advertida da pena de confissão, não comparecer em juízo no dia e hora marcados, o juiz deverá aplicar-lhe a pena de confissão. O mesmo vale para a parte que comparece perante Juízo, nas mesmas circunstâncias, mas se recusa a depor.

O artigo 386 vai mais adiante e prevê que, se a parte, sem motivo

12 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016, p. 1.909.

13 O ônus é consubstanciado por “um vínculo imposto à vontade do sujeito em razão do seu próprio interesse”. Em outras palavras, fala-se de “ônus quando o exercício de uma faculdade é definido como condição para a obtenção de uma certa vantagem; para tanto, o ônus é uma faculdade cujo exercício é necessário para a realização de um interesse”. Ele se distingue do dever, pois este consubstancia vínculo imposto à vontade do sujeito, mas no interesse de outra pessoa. (GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 77, p. 177-183, jan., p. 180-181. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 12 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v77i0p177-183>).

justificado, deixar de responder ao que lhe for perguntado ou utilizar-se de evasivas, o juiz, analisando o contexto do caso e os demais elementos de prova, poderá declarar em sentença que houve recusa da parte em depor e, assim, aplicar-lhe a pena de confesso. Essa pena consiste “em admitir o juiz como verdadeiros os fatos contrários ao interesse da parte faltosa e favoráveis ao adversário”.<sup>14</sup>

Como se pode observar da sistemática legal estabelecida para o depoimento pessoal da parte no processo civil, não existe a possibilidade de o sujeito se recusar a depor ou, aceitando depor, recusar-se a responder alguma ou algumas perguntas ou, ainda, valer-se de evasivas. Tanto é assim que, a consequência para a parte que não se desincumbe do ônus de depor é que o juiz pode considerar verdadeiros os fatos contrários ao seu interesse.

A ressalva do *caput* do artigo 379 do CPC no sentido de preservar o direito da parte de não produzir prova contra si própria se refere a outros meios de produção de prova. Isso porque, esta previsão legal encontra-se situada na Seção I – Disposições Gerais, do Capítulo XII – Das Provas, e, portanto, aplica-se a todos os meios de produção de prova. Acontece, que os incisos do próprio artigo 379 estabelecem uma exceção a essa ressalva, ao determinar que cumpre à parte “comparecer em juízo, respondendo ao que lhe for interrogado”.

Assim, a parte não tem o dever de confessar os fatos, pois do contrário produziria provas contra si própria, o que é vedado pelo artigo 379, *caput*, do CPC/2015. Porém, se a parte for intimada pessoalmente para comparecer em juízo para depor, com a advertência da pena de confesso, e deixar de comparecer ao ato ou, comparecendo ao ato, se recuse a depor, ela assume o ônus de sua conduta, cuja consequência é a aplicação da pena de confissão. Do mesmo modo, caso a parte pessoalmente intimada, compareça à audiência de instrução e julgamento e se recuse a responder alguma ou algumas perguntas ou empregue evasivas em suas respostas, sem motivo justificado, o juiz também pode aplicar-lhe a mesma consequência jurídica (artigo 385, § 1º, e artigo 386, ambos do CPC/2015).

Nestas duas últimas hipóteses, as justificativas que a parte pode apresentar para se recusar a responder alguma ou algumas perguntas ou empregar evasivas estão legalmente previstas nos incisos do artigo 388 do CPC/2015. Tratam-se das seguintes situações: depoimento sobre fatos (i) criminosos ou torpes que lhe forem imputados; (ii) a cujo respeito, por estado ou profissão, deva guardar sigilo; (iii) acerca dos quais não possa responder sem desonra própria, de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível; (iv) que coloquem em

<sup>14</sup> THEODORO JÚNIOR, Humberto. Op. cit., 2016, p. 1.910.

perigo a vida do depoente ou de seu cônjuge, de seu companheiro ou de parente em grau sucessível.

Em outras palavras, as hipóteses legais de escusa para não responder perguntas específicas amparam-se em situações criminosas próprias, de sigilo profissional, desonrosas ou de risco de vida. Como a investigação cível conduzida pelo Ministério Público constitui a preparação para a adoção de medidas judiciais ou extrajudiciais, no caso em que o investigado se recuse a responder perguntas ou empregue evasivas, sua conduta deve estar justificada em uma das hipóteses do artigo 388 do CPC/2015. Não havendo justificativa que se subsuma em alguma daquelas hipóteses, a recusa do investigado pode e deve ser interpretada em seu desfavor, principalmente, em casos envolvendo a proteção do patrimônio público para a comprovação do dolo do agente público.

Além de se tratar de aplicação analógica das disposições legais sobre o depoimento pessoal na esfera judicial, deduzida a pretensão do Ministério Público contra o investigado em juízo, tornando-o réu em processo civil, caso ele repita seu comportamento, ou seja, se recuse a depor ou a responder algumas perguntas ou, ainda, empregue evasivas, essa sua conduta irá apenas acarretar-lhe desvantagens processuais, pois o juiz poderá considerá-lo confesso.

Logo, no curso da investigação cível, havendo necessidade de se colher o depoimento pessoal do investigado, ele deve ser advertido de que tudo que ele disser pode ser usado contra ele, bem assim o fato de ele permanecer calado, empregar evasivas ou se recusar a responder qualquer pergunta, pois, caso adote novamente este comportamento em juízo, essas circunstâncias deverão ser consideradas pelo magistrado na solução do caso, principalmente, na comprovação dos fatos objeto do processo e que embasam a pretensão do Ministério Público, conforme previsão do artigo 385, § 1º, e do artigo 386, ambos do CPC/2015.

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 1. ed. São Paulo: Editora Martin Claret, 2002.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho. Comentário ao artigo 5º, inciso LXIII. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Trad.: Perfecto Andrés Ibáñez e Andrea Greppi. Madrid: Trotta, 1999.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhe. 20. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GRAU, Eros Roberto. Nota sobre a distinção entre obrigação, dever e ônus. *Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo*, v. 77, p. 177-183, jan. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/66950>>. Acesso em: 12 mar. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v77i0p177-183>.

LOPES JR, Aury. *Direito processual penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. O direito à prova e à não autoincriminação em uma perspectiva comparada entre os processos civil e penal. *Revista de Processo*, vol. 246. São Paulo: RT, 2015.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 56. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2016.

### Tomás Eon Barreiros

Analista de Comunicação atuante na Assessoria de Imprensa.



## SEGURANÇA VIÁRIA NO ENTORNO DAS INSTITUIÇÕES DE ENSINO CONSTITUI DEVER PRIORITÁRIO DAS GUARDAS MUNICIPAIS

Cássio Mattos Honorato<sup>1</sup>

### SÍNTESE DA PROPOSIÇÃO

Em defesa da vida e da integridade física das crianças e adolescentes no entorno das instituições de ensino, o Ministério Público deve recomendar, fomentar e promover ações para que as Guardas Municipais cumpram as *competências específicas* previstas na Lei Complementar n. 13.022/2014 (Estatuto das Guardas Municipais); em especial as atribuições previstas no artigo 5º, incisos III, VI e XVIII, que lhes confere o dever funcional de “atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno” das unidades de ensino municipal; de modo a garantir, com absoluta prioridade, segurança viária e prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes.

### EXPOSIÇÃO

Em julho de 2014, a Emenda Constitucional n. 82 promoveu um conjunto relevante de mudanças na Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), disciplinando o direito fundamental à Segurança Viária no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Sem ampliar o taxativo rol de instituições que exercem funções típicas de segurança pública,<sup>2</sup> o novo §10 do art. 144 da CR/88, estabeleceu competência comum aos Estados, Distrito Federal e Municípios para promoverem a segurança viária, por meio de seus respectivos órgãos, na forma da lei. Assim, com o advento da Lei Complementar n. 13.022/2014 (que dispõe sobre o Estatuto Geral das Guardas Municipais),<sup>3</sup> as Guardas Municipais passaram a configurar como órgãos de trânsito, ao lado dos

<sup>1</sup> Promotor de Justiça no Estado do Paraná

<sup>2</sup> “Conforme decidiu o STF, a enumeração constitucional dos órgãos policiais é taxativa: STF – Plano – Adin n. 236-8/RJ – Rel. Min. Octávio Galotti [...]. Conferir, ainda, no mesmo sentido: STF – Pleno – ADI 2828/RS – Rel. Min. Gilmar Mendes, decisão: 16-9-2010; STF – Pleno – ADI 3469/SC – rel. Min. Gilmar Mendes, 16-9-2010.” (MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2016. p. 856).

<sup>3</sup> A constitucionalidade da LC n. 13.022/2014 foi questionada por meio da ADI n. 5.156/DF, perante o STF.



órgãos executivos de trânsito dos municípios e das Polícias Militares.

A atribuição de poder de polícia de trânsito às Guardas Municipais já foi reconhecida pelo STF, em agosto de 2015, durante o julgamento do RE n. 688.570/MG; em que restou fixado, com repercussão geral, que “é constitucional a atribuição às guardas municipais do exercício de poder de polícia de trânsito, inclusive para imposição de sanções administrativas legalmente previstas”<sup>4</sup>. Dentre as *competências específicas* atribuídas às Guardas Municipais pelo art. 5º da LC n. 13.022/2014, merecem destaque:

“III - atuar, preventiva e permanentemente, no território do Município, para a proteção sistêmica da população que utiliza os bens, serviços e instalações municipais; [...]

VI - exercer as competências de trânsito que lhes forem conferidas, nas vias e logradouros municipais, nos termos da Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997 (Código de Trânsito Brasileiro), ou de forma concorrente, mediante convênio celebrado com órgão de trânsito estadual ou municipal; [...]

XVIII - atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local”.

Como se percebe, a proteção da população nas instalações municipais e a segurança viária no entorno das instituições de ensino, ora incluída a função de fiscalização de trânsito nesses locais, constituem atribuições das Guardas Municipais (sem exclusão das funções típicas dos órgãos de segurança pública e das atividades de fiscalização exercidas pelos órgãos do Sistema Nacional de Trânsito).<sup>5</sup>

O foco da presente exposição volta-se à segurança no entorno das escolas, em especial nos períodos de entrada e de saída dos discentes, com a finalidade de garantir a todos os alunos das instituições de ensino o exercício dos direitos fundamentais à Educação e à Segurança Viária, bem como prevenir a ocorrência de ameaças ou violação dos direitos da criança e do adolescente.

4 BRASIL. STF. RE 658.570/MG. Rel. Min Marco Aurélio. Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso. Julg. 06.08.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497> (Acesso em 06.Mar.2017).

5 As atribuições dos órgãos executivos do Sistema Nacional de Trânsito encontram-se previstas na Resolução n. 66/1998 (alterada pela Resolução n. 121/2001), do Conselho Nacional de Trânsito - CONTRAN. Disponível em: <http://www.denatran.gov.br/index.php/resolucoes> (Acesso em 13.Mar.2017).

Eis o ponto a ser abordado: a atribuição conferida pela Lei Complementar n. 13.022/2014 às Guardas Municipais, consistente em proporcionar, com absoluta prioridade (art. 227, da CR/88), segurança viária às crianças e adolescentes no entorno das instituições de ensino, nos períodos de entrada e saída dos discentes, em todo o território do município.

Para a compreensão do tema, faz-se necessário (i) promover breve regresso à doutrina da proteção integral à infância e juventude; (ii) identificar a Educação e o Trânsito Seguro como direitos fundamentais a serem garantidos pelo Estado; (iii) conhecer o projeto *Operação Escola*, desenvolvido (porém, não integralmente adotado) pelo Município de Curitiba, e (iv) perceber que as *competências específicas* atribuídas pela Lei Complementar n. 13.022/2014 às Guardas Municipais constituem deveres institucionais, cujo cumprimento não é facultativo, tampouco uma questão de conveniência ou oportunidade; mas sim, deveres funcionais a serem cumpridos sob pena de expor a perigo as crianças e adolescentes que diariamente deslocam-se de suas residências até as instituições de ensino.

## 1. BREVE REGRESSO À DOCTRINA DA PROTEÇÃO INTEGRAL

A doutrina ou princípio da proteção integral “significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa* e *indisponível* tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera [...]. A *proteção integral* é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. Possuem as crianças e adolescentes uma *hiperdignificação* da sua vida, superando quaisquer obstáculos eventualmente encontrados na legislação ordinária para regrar ou limitar o gozo de bens e direitos.”<sup>6</sup>

A Lei n. 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente) incorpora a doutrina da proteção integral desde seu artigo 1º: “Esta lei dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente”; e acrescenta (em seu art. 70) que “é dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”.

Em relação à *proteção integral* oferecida pela legislação pátria, esclarece OLYMPIO DE SÁ SOTTO MAIOR NETO que: “O Estatuto da Criança e do Ado-

6 NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 6.

lescente se encontra edificado sobre duas pilstras básicas: Uma delas [...] diz respeito à indicação de uma nova política de atendimento à infância e juventude, sendo que os seus componentes mais significativos têm sede na descentralização, municipalização e participação obrigatória da sociedade civil. Pretende-se, nesta nova linha, que o município seja o espaço adequado para a reflexão acerca dos problemas existentes e também o equacionador dos mesmos, apresentando os programas e ações a serem efetivados para superar as dificuldades [...]. A outra pilstra básica do Estatuto da Criança e do Adolescente consiste no desiderato de garantir à infância e juventude todos os direitos prometidos na Constituição Federal, impedindo transformem-se eles em letras mortas.”<sup>7</sup>

Dentre os direitos fundamentais a serem tutelados com prioridade absoluta, em favor das crianças e dos adolescentes, encontram-se o direito à Educação e o direito ao Trânsito Seguro. Cumpre, portanto, ao Município adotar programas que garantam segurança viária aos discentes, de modo que possam realizar o deslocamento entre suas residências e as instituições de ensino com segurança, prevenindo a ocorrência de ameaças à integridade física<sup>8</sup> das crianças e dos adolescentes. Um desses projetos foi desenvolvido pela Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba, na gestão 2013-2016, e denomina-se *Operação Escola*.

## 2. EDUCAÇÃO E TRÂNSITO SEGURO SÃO DIREITOS FUNDAMENTAIS

O direito à Educação encontra-se expressamente previsto nos artigos 6º e 205-214 da CR/88; e, “enquanto proposta de desenvolvimento pessoal, preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho, implica na igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”<sup>9</sup>. Precisamente quanto aos temas acesso físico e segurança no entorno das instituições de ensino, o direito à Educação aproxima-se do

7 SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude*. In: ARAUCÁRIA: Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, vol. 01, p. 233-234, Curitiba, 1998.

8 “[...] o direito à integridade física (corporal) e psíquica abarca a proteção da integridade externa pessoal, ou seja, a esfera corporal no sentido biológico, bem como a integridade pessoal interna no que diz respeito com o funcionamento da esfera psíquica, incluindo a sensibilidade à dor e ao sofrimento físico e psíquico.” (SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz G.; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. p. 423-424.)

9 SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude*. In: ARAUCÁRIA: Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, vol. 01, p. 235, Curitiba, 1998.

direito ao Trânsito Seguro.

Até a publicação da EC n. 82/2014, a Segurança Viária era considerada um *Direito Fundamental Implícito*, decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição. Nesse sentido, destaca-se a doutrina: “Da fusão entre a Liberdade de Circulação e o dever de o Estado proporcionar Segurança Viária extrai-se o verdadeiro conteúdo (ou significado) do Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão, implícito na Constituição da República de 1988 por decorrer do regime e dos princípios por ela adotados, que assume no Estado Democrático de Direito a função de garantia constitucional, com o objetivo de assegurar segurança viária e proteger a vida dos usuários das vias terrestres.”<sup>10</sup>

Atualmente, a Segurança Viária e seus três elementos essenciais (i.e., educação, engenharia e esforço legal para realização do trânsito em condições seguras, conhecidos como “3E” ou trinômio do trânsito)<sup>11</sup> encontram-se expressamente previstos no §10 do art. 144 da CR/88.

O Trânsito Seguro, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, consiste em um conjunto de deveres individuais que, se e somente se, forem observados por todos os participantes do trânsito, ter-se-á a concretização do direito coletivo à Segurança Viária. Interessante: um direito fundamental coletivo composto por deveres individuais!

## 3. OPERAÇÃO ESCOLA: PROJETO DESENVOLVIDO PELO MUNICÍPIO DE CURITIBA

A *Operação Escola* foi estruturada pela Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba (e pode ser conhecida no *site* da SETRAN);<sup>12</sup> encontrando-se regulamentada pelo Decreto n. 1172, de 25.11.2014,<sup>13</sup> que assim define o programa: “Entende-se como Operação Escola a autorização, a elaboração de projeto, a sinalização e o treinamento de monitores para a realização de operação de travessia de pedestres e embarque e desembarque de alunos no entorno dos estabelecimentos escolares, visando a segurança do trânsito.”

10 HONORATO, Cássio M. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 164-165, Set. 2011.

11 Em relação ao conteúdo da expressão Trânsito e seus “3E”, vale conferir HONORATO, Cássio M. *O Trânsito em Condições Seguras*. Campinas (SP): Millennium, 2009. p. 02-07.

12 Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba (SETRAN). Disponível em: <http://www.setran.curitiba.pr.gov.br/comunidade/educacao-transito/atuacao/4> (Acesso em 25.Jul.2016).

13 Decreto n. 1172/2014, do Município de Curitiba. Disponível em: <http://www.setran.curitiba.pr.gov.br/uploads/arquivos/fc5d54bcf4b4b4642cd498e01ba-d542e13f96435.pdf> (Acesso em 08.Jun.2016).

Segundo o *site* da SETRAN, a “organização do trânsito em escolas nos horários de entrada e de saída” dos alunos deve ser realizada de três formas, ou modalidades distintas: Primeira, por meio de “CONES NA VIA”, nos locais que não apresentam congestionamento, porém há risco para a segurança dos alunos. Nesta modalidade, “os cones são colocados no eixo da via, nos horários de entrada e de saída dos alunos, para alertar os motoristas sobre a necessidade de redução de velocidade”.

Na segunda modalidade, denominada “CORREDOR DE CONES”, os cones isolam a faixa que dá acesso aos portões da escola e formam um corredor para “separar o fluxo de passagem dos veículos particulares que executam o embarque e desembarque dos alunos”.

A terceira modalidade consiste na “execução de projeto específico de engenharia de tráfego”, visando a implantação de sinalização, “piscante amarelo” e/ou de meios de proteções para os pedestres. Exemplo interessante de *projeto específico de engenharia* foi localizado em frente à Escola Municipal Batel (situada na Rua Desembargador Motta, em Curitiba) e será objeto de destaque mais adiante.

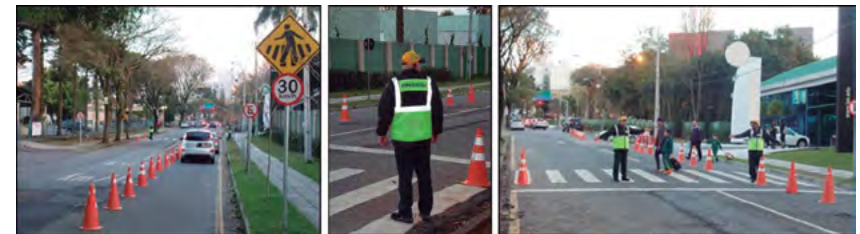
De acordo com o *site* da SETRAN, a Operação Escola deveria ser realizada em 276 instituições de ensino da capital; sendo 171 escolas públicas municipais, 35 estaduais e 70 instituições particulares de ensino.

Para aferir a veracidade dessa informação, foram realizadas (no período de 09 a 25 de Agosto de 2016) visitas a 05 (cinco) estabelecimentos de ensino situados em Curitiba (sendo um privado, três municipais e um estadual). Durante as visitas foram captadas imagens digitais e preenchidos Roteiros de Avaliação (previamente elaborados pelos coordenadores da pesquisa de campo).<sup>14</sup> Reunidas essas informações, pôde-se concluir que a *Operação Escola* somente é realizada em algumas instituições particulares; que a sinalização viária nas proximidades das instituições públicas é precária, e que a desorganização do trânsito em seu entorno constitui risco à integridade física e à saúde de professores, pais e alunos da rede pública de ensino.

#### As imagens captadas junto à instituição privada de ensino destacam (i)

<sup>14</sup> A pesquisa foi coordenada pela Dra. LAIS LATCHACOVSKI (Promotora de Justiça da 3ª Promotoria de Defesa da Criança e do Adolescente - Direitos Difusos e Coletivos, em Curitiba-PR), com apoio da Prof. Dra. ALESSANDRA BIANCHI (UFPR) e do Promotor de Justiça CÁSSIO HONORATO (MPPR). Os resultados foram expostos e debatidos durante o Seminário “Trânsito Seguro nas Escolas: workshop para promover a implantação da ‘Operação Escola’ e reduzir a velocidade nas proximidades das instituições de ensino (públicas e privadas)”, promovido pelo Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional do MPPR, em parceria com a Universidade Federal do Paraná e com a Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba, em 16.Set.2016.

a formação de um *corredor de cones* (que segrega a faixa de rolamento para acesso à instituição de ensino das demais faixas); (ii) a adequada sinalização vertical e horizontal (indicando a existência da “Escola”, a “Passagem Sinalizada de Pedestres” e a necessidade de reduzir a velocidade)<sup>15</sup>; bem como, (iii) a travessia na faixa de pedestres com orientação de *monitores*, devidamente identificados por meio de coletes refletivos. As imagens abaixo revelam como deveria ser implantada a *Operação Escola* em todas as instituições de ensino (públicas e privadas), em Curitiba e, por certo, em todos os municípios do Brasil.



16

Nas escolas públicas, após a realização de levantamento de campo, revelou-se um quadro muito distinto, em que se destacam (negativamente!) a ausência de sinalização adequada, o emprego de cones como barreira para que os condutores não estacionem os veículos sobre o passeio (junto ao acesso à escola), e a ausência de *monitores*. O resultado: desorganização do trânsito gerando risco à segurança das crianças.

Nas imagens abaixo colecionadas, percebe-se que veículos de transporte escolar promovem o embarque (ou desembarque) dos alunos pela contramão de direção, afastados das guias, ou em fila dupla; e que alguns pais permitem que seus filhos embarquem pelo lado esquerdo do veículo, deixando-os expostos em relação aos veículos que transitam pela via pública.

<sup>15</sup> A Organização Mundial da Saúde (OMS – órgão responsável por coordenar as questões de segurança viária no sistema das Nações Unidas) identificou a *velocidade* como um dos mais graves *fatores de risco à segurança viária* e recomenda seja fixado o limite máximo de 30 km/h nas vias em que há a possibilidade de conflito entre veículos e participantes vulneráveis (ou desprotegidos). A necessidade de reduzir a velocidade para 30 km/h nos locais em que “o trânsito motorizado mistura-se com pedestres” também mereceu destaque no Relatório Mundial sobre a Situação da Segurança Viária, divulgado pela OMS em 2015. Nesse sentido, vale conferir WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global status report on road safety 2015*. Geneva (Switzerland): WHO, 2015. p. 21. Disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/) (Acesso em 19.Out.2015).

<sup>16</sup> Imagens pessoais captadas na Rua Fioravante Dalla Stella, n. 90, Bairro Cristo Rei, em Curitiba-PR, no dia 09.Ago.2016.



17

Em relação à sinalização de trânsito, merecem destaque a suposta placa de “Proibido Estacionar” afixada no portão de acesso à Escola Municipal Enéas Marques dos Santos, que (segundo informações obtidas no local) foi feita e doada pelo pai de um dos alunos; e a placa de advertência A-33b (“Passagem Sinalizada de Escolares”) que, segundo o Manual Brasileiro de Sinalização de Trânsito, Volume II – Sinalização Vertical de Advertência (aprovado pela Resolução n. 243/2007, do CONTRAN), deveria ser utilizada “quando a faixa de travessia de pedestre [...] for de difícil percepção pelo condutor ou possa comprometer a segurança dos usuários da via”. As imagens revelam que não há faixa de pedestres na Rua Osmário de Lima, onde se encontra a escola municipal acima nominada.



18

A *Operação Escola* constitui iniciativa louvável da Secretaria Municipal de Trânsito de Curitiba que também precisa ser aplicada em favor das crianças e adolescentes que frequentam as instituições públicas de ensino. A omissão do Município em relação à segurança viária no entorno das instituições públicas de ensino constitui grave violação ao direito à igualdade de condições de acesso e permanência nas escolas (acima mencionado), com evidente risco à integridade física dos discentes.

Daí a necessidade de implantar a *Operação Escola* em todas as instituições de ensino (públicas e privadas), no Município de Curitiba; bem como, incentivar a criação de programas semelhantes nos demais municípios.

17 Imagens pessoais captadas (a primeira) na Rua Ivo Leão. Alto da Glória, Curitiba-PR, em 16.Ago.2016, e (as demais) na Rua Osmário de Lima, n. 100. Capão da Imbuia, Curitiba-PR, em 11.Ago.2016.

18 Imagens pessoais captadas na Rua Osmário de Lima, n. 100. Capão da Imbuia, Curitiba-PR, em 11.Ago.2016.

O Monitor de Trânsito constitui o cerne de toda a execução da Operação Escola; cabendo-lhe (i) promover ações educativas com os corpos discente e docente das instituições de ensino; (ii) posicionar a sinalização, por meio de cones e placas, nos horários de entrada e de saída dos discentes, conforme modalidade prevista na Autorização; (iii) verificar as condições de segurança da via e a adequação da sinalização viária; (iv) orientar a travessia de pedestres com segurança e o respeito à faixa de segurança; (v) orientar os condutores de veículos para que não estacionem ao lado de outro veículo em fila dupla, ou em local não permitido; bem como, orientar os pais ou responsáveis, para que o embarque e o desembarque das crianças e dos adolescentes ocorra sempre pelo lado da calçada; e (vi) acionar os agentes municipais de trânsito, em casos de desrespeito à legislação de trânsito e/ou às orientações transmitidas pelo Monitor.

Observa-se que o projeto elaborado pela SETRAN prevê que o Monitor nas escolas da rede municipal de ensino é o Guarda Municipal; e nas escolas estaduais, a função será exercida pela Polícia Militar. O Decreto Municipal n. 1.172/2014, no entanto, limitou o projeto da SETRAN; tornando facultativa a participação da Guarda Municipal e não previu a fiscalização pelos Agentes Municipais de Trânsito.

O resultado dessa omissão pode ser visto nas imagens captadas nos locais de entrada e saída de alunos das instituições públicas de ensino: *caos total*, em que se destacam (negativamente!) veículos estacionados na contramão de direção; outros em fila dupla; ausência de sinalização adequada e de faixas de segurança para pedestres; bem como, pais realizando embarque de seus filhos pelo lado voltado para a faixa de rolamento. Consta, aliás, do parágrafo único do art. 49 do CTB que “O embarque e o desembarque (de passageiros) devem ocorrer sempre do lado da calçada, exceto para o condutor”.

Até mesmo os *projetos específicos de engenharia* perderão eficácia se não houver monitores e fiscais de trânsito para organizar os locais de entrada e saída dos alunos; para exigir a observância das regras de segurança, e para prevenir a realização de infrações de trânsito.

19



19 Imagens pessoais captadas na Rua Des. Motta, n. 2082. Bairro Batel, Curitiba-PR, em 25.Ago.2016.

Essas imagens, por exemplo, destacam um bom *projeto específico de engenharia*, em que foi criado um *refúgio* para embarque e desembarque dos alunos, próximo ao portão de acesso à Escola Municipal Batel. O *refúgio*, porém, precisa ser complementado com o emprego de cones, sinalização adequada e a presença do *monitor* para garantir a travessia segura na faixa de pedestres e inibir a prática de infrações graves e gravíssimas,<sup>20</sup> que colocam em risco a segurança de todos os participantes do fenômeno trânsito.

Nesse sentido, aliás, o art. 5, inc. XVIII, da LC n. 13.022/2014, atribui expressamente às Guardas Municipais o dever de “atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno e participando de ações educativas com o corpo discente e docente das unidades de ensino municipal, de forma a colaborar com a implantação da cultura de paz na comunidade local”.

Segurança Viária é dever de todos os entes da Federação. Por isso, os Municípios devem adotar programas de segurança no entorno das escolas, a exemplo do projeto idealizado pela SETRAN (em Curitiba), e tornar obrigatória a participação das Guardas Municipais e dos Agentes Municipais de Trânsito, durante a realização da *Operação Escola*, de modo que todas as escolas municipais possam contar com a presença física e constante de monitores, organizando e promovendo ações para aumentar a segurança das crianças e dos adolescentes nas vias de acesso às instituições de ensino.

O mesmo pode ser dito em relação aos Estados, que deverão manter Policiais Militares exercendo a função de monitor de trânsito junto às instituições estaduais de ensino.

Importante destacar que a função de *monitor*, a ser desempenhada pelas Guardas Municipais junto às instituições de ensino, não é novidade e já se encontra prevista junto às *competências específicas* descritas no art. 5o, inc. III, VI e XVIII, da Lei Complementar n. 13.022/2014 (previamente transcrita).

Como se percebe, a implantação de monitores junto às escolas municipais não exige introdução ou alteração legislativa, e sim cumprimento

20 CTB. “Art. 181. Estacionar o veículo: [...] VIII - no passeio ou sobre faixa destinada a pedestre, sobre ciclovia ou ciclofaixa, bem como nas ilhas, refúgios, ao lado ou sobre canteiros centrais, divisores de pista de rolamento, marcas de canalização, gramados ou jardim público: Infração – grave. Penalidade – multa.” CTB. “Art. 193. Transitar com o veículo em calçadas, passeios, passarelas, ciclovias, ciclofaixas, ilhas, refúgios, ajardinamentos, canteiros centrais e divisores de pista de rolamento, acostamentos, marcas de canalização, gramados e jardins públicos: Infração – gravíssima. Penalidade – multa (três vezes)”.

de norma complementar à Constituição da República de 1988, que atribuiu às Guardas Municipais *competências específicas* diretamente relacionadas ao Trânsito Seguro nas Escolas e no entorno das instituições de ensino. O exercício dessa função, portanto, constitui dever funcional cogente e indispensável à garantia do direito à Educação e à Segurança Viária das crianças e dos adolescentes.

Para corrigir essa omissão dos municípios e assegurar que as funções previstas na Lei Complementar n. 13.022/2014 sejam, de fato, cumpridas em favor da segurança dos alunos no entorno das escolas, faz-se necessária a intervenção do Ministério Público.

## CONCLUSÃO

TRÂNSITO é coisa muito séria. Constitui *epidemia* em nível mundial que causa a morte de mais de 1,2 milhão de pessoas por ano. Quanto é isso? Muito...pouco?

Quando se ouve que “X” pessoas morreram em um único final de semana prolongado, é muito ou pouco?

Esse número só faz *sentido* quando a pessoa *sente* na carne ou no sangue da família esse fardo. E no fenômeno trânsito isso ocorre com ricos e pobres, plebeus e nobres.

Daí a necessidade de resgatar o discurso proferido por ZOLEKA MANDELA (neta de Nelson Mandela), cuja filha de 13 anos de idade morreu atropelada (por um veículo conduzido por pessoa sob influência de álcool) às vésperas da abertura da Copa do Mundo na África do Sul, em 10 de Junho de 2010.<sup>21</sup> A mensagem dessa jovem, que aprendeu pela dor os riscos do Trânsito, é simples: *NO EXCUSES!*<sup>22</sup>

É exatamente isso que peço a todos os membros do Ministério Público no Brasil: SEM MAIS DESCULPAS!

**A)** Chega do “Discurso do Infrator”, que mata e mutila terceiros no trânsito e, depois, chega às portas do Judiciário ou à Audiência Preliminar no Juizado Especial Criminal fazendo-se de vítima. NO EXCUSE!

**B)** Chega de desculpas em relação ao estado das vias e dos passeios. Se

21 Informação disponível em: <https://www.theguardian.com/world/2010/jun/11/nelson-mandela-great-granddaughter-killed> (Acesso em 25.Jul.2016).

22 MANDELA, Zoleka. Discurso de abertura da *Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito: Tempo de Resultados*, realizada em Brasília, nos dias 18-19 de Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.fiafoundation.org/blog/2015/november/zoleka-mandela-opens-brasilia-conference> (Acesso em 25.Jul.2016).

não bastassem os impostos (IPI, ICMS, IPVA), seguro obrigatório, cartões de estacionamento e pedágios, ainda enfrentamos vias terrestres em péssimo estado de conservação. SEM MAIS DESCULPAS!

**C)** Chega de desculpas em relação à qualidade dos sistemas de retenção para crianças produzidos no Brasil.<sup>23</sup> São equipamentos caros e precisam oferecer o mesmo grau de segurança exigido nos Países do Primeiro Mundo. NO EXCUSE!

**D)** Chega de desculpas em relação aos limites de velocidade nas proximidades das escolas. Não é necessária uma nova lei ou decreto, basta o estudo técnico de engenharia, o ato administrativo (ex.: Portaria), a implantação concreta da sinalização e de radares. Como sustenta o Comandante JULYVER MODESTO DE ARAÚJO (Oficial da Polícia Militar do Estado de São Paulo): “A Multa também Educa!” E, ... de minha parte, SEM MAIS DESCULPAS!

**E)** Chega de desculpas em relação às dificuldades para implantar a *Operação Escola*. Segurança nas Escolas não é atividade facultativa. Segurança no trânsito é dever do Estado (art. 60 e 144, CR/88), responsabilidade de todos e função específica das Guardas Municipais (art. 5, inc. III, VI e XVIII, da LC 13.022/14). Então, NO EXCUSE!

Dever do Estado, e aqui o Estado é com letra maiúscula, logo é dever que se impõe a todas as esferas da Federação (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Por isso, cabe aos Municípios disciplinarem a utilização da via, permitir ou não a instalação de instituições de ensino em determinados locais e exigir, sob pena de revogação das licenças de instalação e de operação, a realização plena da *Operação Escola* em todas as instituições de ensino. SEM MAIS DESCULPAS!

**F)** Chega de desculpas quanto à falta de efetivo das Guardas Municipais e da Polícia Militar, para realizarem a *Operação Escola* nas instituições públicas de ensino. A Lei Complementar n. 13.022/2014 atribuiu competências específicas às Guardas Municipais diretamente relacionadas à segurança escolar. Assim, a Segurança Viária no entorno das instituições públicas de ensino constitui dever prioritário das Guardas Municipais. Por isso, o Decreto Municipal n. n. 1172/2014 (de Curitiba)

<sup>23</sup> Em relação ao tema, vale conferir os resultados “NÃO CONFORME” constantes do *Relatório sobre Análise em Cadeiras Infantis para Automóveis*, emitido pelo INMETRO em dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/cadeirainfantil.pdf> (Acesso em 08.Fev.2017). O questionamento sobre a eficácia dos sistemas de retenção para criança vendidos no Brasil encontra-se em HONORATO, Cássio M. *Segurança Viária sob influência da Curva de Kuznets*. RT 979, ano 106, p. 307-347, Maio 2017.

deve ser ampliado, de modo a acolher na íntegra o projeto da Secretaria Municipal de Trânsito e prever que a *Operação Escola*, nas instituições públicas municipais, será realizada com a presença de Guardas Municipais (na função de *monitores de trânsito*); e nas instituições estaduais, por Policiais Militares. Logo, NO EXCUSE!

**G)** Cabe também ao Ministério Público, como instituição vocacionada à defesa dos direitos sociais e coletivos, hoje em destaque os Direitos à Educação e à Segurança das crianças e adolescentes que participam do fenômeno trânsito, reconhecer e assumir seu papel de catalisador do Esforço Legal para a realização do Trânsito Seguro (conhecido como *Enforcement*),<sup>24</sup> promovendo e fomentando ações visando assegurar os múltiplos direitos inerentes aos seres humanos que são colocados em risco durante a utilização das vias terrestres do território nacional. Tudo isso ... SEM MAIS DESCULPAS!

Diante do exposto, em defesa da vida e da integridade física das crianças e adolescentes no entorno das instituições de ensino, o Ministério Público deve recomendar, fomentar e promover ações para que as Guardas Municipais cumpram as *competências específicas* previstas na Lei Complementar n. 13.022/2014; em especial as atribuições previstas no artigo 5º, incisos III, VI e XVIII, que lhes confere o dever funcional de “atuar mediante ações preventivas na segurança escolar, zelando pelo entorno” das unidades de ensino municipal; de modo a garantir, com absoluta prioridade (art. 227, da CR/88), segurança viária e prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos das crianças e dos adolescentes (art. 70, da Lei n. 8.069/90).

## REFERÊNCIA BIBLIOGRÁFICA

BRASIL. INMETRO. *Relatório sobre Análise em Cadeiras Infantis para Automóvel*. Dez. 2014. Disponível em: <http://www.inmetro.gov.br/consumidor/produtos/cadeirainfantil.pdf> (Acesso em 08.Fev.2017).

BRASIL. STF. RE 658.570/MG. Rel. Min Marco Aurélio. Rel. do Acórdão Min. Roberto Barroso. Julg. 06.08.2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9486497> (Acesso em 06.Mar.2017).

HONORATO, Cássio M. *O Trânsito em Condições Seguras*. Campinas (SP): Millennium, 2009. 259 p.

<sup>24</sup> HONORATO, Cássio M. *O Ministério Público como agente de Enforcement e a garantia do direito fundamental ao Trânsito Seguro*. Anais do XIX Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102

HONORATO, Cássio M. *Trânsito Seguro: Direito Fundamental de Segunda Dimensão*. RT 911, ano 100, p. 107-169, Set. 2011.

HONORATO, Cássio M. *O Ministério Público como agente de Enforcement e a garantia do direito fundamental ao Trânsito Seguro*. Anais do XIX Congresso Nacional do Ministério Público: Amazônia, direitos humanos e sustentabilidade. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 91-102. (Tese defendida e aprovada por unanimidade durante o Encontro Estado do Ministério Público do Paraná, em 29.Out.2011, bem como no XIX Congresso Nacional do Ministério Público, realizado em Belém (do Pará), no período de 23 a 26 Nov. 2011.)

HONORATO, Cássio M. *Segurança Viária sob influência da Curva de Kuznets*. RT 979, ano 106, p. 307-347, Maio 2017.

MANDELA, Zoleka. Discurso de abertura da Segunda Conferência Global de Alto Nível sobre Segurança no Trânsito: Tempo de Resultados, realizada em Brasília, nos dias 18-19 de Novembro de 2015. Disponível em: <https://www.fiafoundation.org/blog/2015/november/zoleka-mandela-opens-brasil-ia-conference> (Acesso em 25.Jul.2016).

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 32. ed., São Paulo: Atlas, 2016. 970 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado: em busca da Constituição Federal das Crianças e dos Adolescentes*. 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2015. 958 p.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed., São Paulo: Saraiva, 2016. 1440 p.

SOTTO MAIOR NETO, Olympio de Sá. *O Ministério Público e a proteção dos interesses individuais, coletivos e difusos relacionados à infância e juventude*. In: ARAUCÁRIA: Revista Jurídica do Ministério Público do Paraná, ano 1, vol. 01, p. 229-242, Curitiba, 1998.

WORLD HEALTH ORGANIZATION. *Global status report on road safety 2015*. Geneva (Switzerland): WHO, 2015. 323 p. Disponível em: [http://www.who.int/violence\\_injury\\_prevention/road\\_safety\\_status/2015/en/](http://www.who.int/violence_injury_prevention/road_safety_status/2015/en/) (Acesso em 19.Out.2015).

## **DIRETRIZES PARA A CEDÊNCIA DE SERVIDORES PÚBLICOS**

Leonardo Dumke Busatto<sup>1</sup>

### **1. JUSTIFICATIVA**

Uma das demandas frequentes de atuação do Ministério Público na seara de defesa do patrimônio público e combate à improbidade administrativa está seguramente relacionada aos inúmeros ilícitos que ainda permeiam a conformação do quadro de pessoal da Administração Pública em suas diferentes esferas, não obstante o regramento que lhe foi conferido há mais de vinte anos pela Constituição Federal vigente.

O plano regional de atuação do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) do Litoral para o ano de 2017, a par dessa situação, veicula proposta específica para verificação e correção de ilicitudes envolvendo diferentes temas afetos aos agentes públicos integrantes do Poder Executivo e do Poder Legislativo dos Municípios de Antonina, Guaraqueçaba, Guaratuba, Matinhos, Morretes, Paranaguá e Pontal do Paraná.

Dentre as ilicitudes comumente verificadas nesse aspecto, ao menos nas estruturas municipais da Administração Pública, está a desconformidade de cessão de agentes públicos entre os mais diferentes órgãos estatais, a qual não raras vezes é realizada para solver situações de mero interesse pessoal dos próprios agentes beneficiários da cedência materializada, e não propriamente para atender ao interesse público que, a priori, deveria nortear a prática de todo e qualquer ato administrativo.

Urge, portanto, a adoção de critérios objetivos e parâmetros calcados nas diretrizes constitucionais para o enfrentamento do tema, os quais serão objeto deste trabalho, sobretudo com a finalidade de contribuir para o desempenho da missão institucional do Ministério Público em sede extrajudicial.

### **2. A CESSÃO DE AGENTES PÚBLICOS E OS CRITÉRIOS PARA A SUA REALIZAÇÃO**

Conceitualmente, a cessão pode ser definida como ato administrativo

<sup>1</sup> Promotor de Justiça titular da 4ª Promotoria de Justiça de Paranaguá e Coordenador do Grupo Especializado na Proteção do Patrimônio Público e no Combate à Improbidade Administrativa (GEPATRIA) do Litoral.

que permite o afastamento temporário de servidor público, compreendido este como o titular de cargo ou emprego público, e possibilita o exercício de atividades por este em órgão ou entidade (inclusive privada) distinta da origem.

Como todo ato administrativo, a cessão está submetida aos princípios norteadores da Administração Pública, dentre eles o princípio da legalidade, o qual, como um dos alicerces do Estado Democrático de Direito consagrado no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, impõe aos agentes públicos, e àqueles que com a Administração Pública se relacionar, a completa submissão às leis.

Sob esse prisma, necessária a transcrição da consagrada lição de HELY LOPES MEIRELLES<sup>2</sup> a respeito do princípio da legalidade:

A legalidade, como princípio de administração (CF, art. 37, *caput*) significa que o administrador público está, em toda sua atividade funcional, sujeito aos mandamentos da lei e às exigências do bem-comum, e deles não se pode afastar ou desviar, sob pena de praticar ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

A eficácia de toda a atividade administrativa está condicionada ao atendimento da lei.

Na Administração Pública não há liberdade nem vontade pessoal. Enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.

A lei para o particular significa “pode fazer assim”; para o administrador público significa “deve fazer assim”.

De fato, a lei é a razão e a finalidade do administrador público, dela não sendo possível se afastar sob nenhum pretexto, assim como os particulares que com a Administração Pública mantiverem relações jurídicas, sob pena de responder pela sua recusa em receber os mandamentos legais.

Partindo-se dessa premissa, infere-se inicialmente que qualquer ato de cessão de agentes públicos envolvendo os entes interessados (órgãos cedente e cessionário) deve necessariamente encontrar prévio respaldo normativo para que possa ser efetivado. Em âmbito municipal, comumente a matéria é tratada na legislação que disciplina o estatuto dos servidores públicos municipais ou na Lei Orgânica do Município. Na esfera estadual, por seu turno, encontra previsão no artigo 43 da

2 Direito Administrativo Brasileiro. 20ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995, p. 82-83.

Constituição do Estado do Paraná<sup>3</sup> e artigo 158, inciso III, da Lei Estadual n.º 6.174/70<sup>4</sup> e regulamentação no Decreto n.º 8.466/2013.<sup>5</sup> Já em sede federal, é objeto do artigo 93 da Lei n.º 8.112/90<sup>6</sup> e disciplina no Decreto n.º 4.050/2001.<sup>7</sup>

Registre-se que a previsão normativa deve estar veiculada em lei, aprovada pelo Poder Legislativo, salvo em relação aos cargos ou empregos públicos cuja criação dependa da iniciativa do próprio órgão legislativo, não cabendo sua substituição por ato do Poder Executivo, que neste caso estará adstrito unicamente à possibilidade de regulamentar a autorização legal (via Decreto, por exemplo). Isso porque a cessão de servidor implica alteração temporária em requisito de acessibilidade de cargo ou emprego público, vale dizer, seu órgão de origem, local de lotação e desempenho de atribuições, de modo a ensejar a necessidade de observância da regra prevista pelo artigo 37, inciso I, da Constituição Federal, a qual estabelece que “os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei”, e que foi reproduzida pelo artigo 27, inciso I, da Constituição do Estado do Paraná.

Assim também a orientação consolidada pelo Tribunal de Contas deste Estado:

Consulta. Possibilidade de cessão de servidores públicos municipais

3 Art. 43. É vedada a cessão de servidores públicos da administração direta ou indireta do Estado a empresas ou entidades privadas.

4 Art. 158. Perderá o vencimento ou remuneração do cargo efetivo o funcionário: III - à disposição de outro Poder, ou de órgão público, de administração direta ou indireta, inclusive sociedade de economia mista, da União, ou de qualquer outra unidade da Federação, ou designado para servir em qualquer desses órgãos ou entidades, salvo quando se tratar de requisição da Presidência da República ou, a juízo do Chefe do Poder Executivo, de interesse do Estado do Paraná.

5 Regulamenta a disposição funcional, a remoção, a designação de servidores da Administração Direta e Autárquica do Poder Executivo do Paraná e a cessão de empregados públicos estaduais, para outros órgãos ou entidades do mesmo Poder, outros Poderes do Estado e para outras esferas de Governo - SEAP.

6 Art. 93. O servidor poderá ser cedido para ter exercício em outro órgão ou entidade dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios ou em serviço social autônomo instituído pela União que exerça atividades de cooperação com a administração pública federal, nas seguintes hipóteses: I - para exercício de cargo em comissão, função de confiança ou, no caso de serviço social autônomo, para o exercício de cargo de direção ou de gerência; II - em casos previstos em leis específicas.

7 Regulamenta o art. 93 da Lei no 8.112, de 11 de dezembro de 1990, que dispõe sobre a cessão de servidores de órgãos e entidades da Administração Pública Federal, direta, autárquica e fundacional, e dá outras providências.



a outros órgãos somente quando houver Lei no âmbito municipal que regule tal matéria.

(Protocolo n.º 214242/97, Resolução n.º 12180/1997, Tribunal Pleno, Relator Auditor Oscar Felipe Loureiro do Amaral, julgado em 07.11.1997).

Consulta. Possibilidade do município repassar recursos financeiros para entidades privadas, sem fins lucrativos, que desenvolvam atividades de utilidade pública, voltadas à educação, saúde, e assistência social, relacionadas com as atribuições constitucionais a cargo do município. Possibilidade de cessão de servidores, inclusive para entidades privadas, desde que haja lei que regule tal matéria.

(Procolo n.º 176508/01, Resolução n.º 1921/2004, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Nestor Baptista, julgado em 13.04.2004).

A existência de lei para que ocorra a cessão também decorre do regramento constante da Lei Complementar n.º 101/2000, que estipula a necessidade de prévia autorização na lei de diretrizes orçamentárias e/ou na lei orçamentária anual, quando o ônus de custeio do servidor cedido a outro ente da Federação recai sob a responsabilidade dos Municípios cedentes:

Art. 62. Os Municípios só contribuirão para o custeio de despesas de competência de outros entes da Federação se houver:

I - autorização na lei de diretrizes orçamentárias e na lei orçamentária anual;

II - convênio, acordo, ajuste ou congênere, conforme sua legislação.

Outro requisito ou pressuposto para que a cessão seja realizada é a existência de comprovada vantagem na realização da cooperação entre os órgãos cedente e cessionário, de modo que o ato administrativo atenda à supremacia do interesse público na sua materialização.

Leciona DIÓGENES GASPARINI<sup>8</sup> que, segundo o princípio da indisponibilidade do interesse público, não se acham os bens, direitos, interesses e serviços públicos à livre disposição dos órgãos públicos, a quem apenas cabe curá-los, ou do agente público, mero gestor da coisa pública. Aqueles e este não são senhores ou seus donos, cabendo-lhes por isso tão-só o dever de guardá-los e aprimorá-los para a finalidade a que estão vinculados. O detentor dessa disponibilidade é o Estado. Por essa razão, há necessidade de lei para alienar bens, para outorgar concessão de serviço público, para transigir, para renunciar, para confessar, para revelar a prescrição e para tantas outras atividades a cargos dos órgãos e agentes da Administração Pública.

Significa dizer que a cessão não poderá ser realizada se não for possível

8 Direito Administrativo. 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 18.

a aferição de vantagem à Administração Pública, ou mesmo quando se verificar a existência de manifesto prejuízo em desfavor de um dos órgãos envolvidos, cedente ou cessionário. Imagine-se, por exemplo, determinado Município que tenha conhecida deficiência na oferta de serviços médicos à população junto ao Sistema Único de Saúde (SUS) e resolva ceder um de seus médicos para outro ente federativo, para atendimento de interesse pessoal do servidor cedido, que pretende residir mais próximo de sua família. Evidentemente que tal ato administrativo não atende aos anseios da comunidade daquela localidade e, por essa razão, não deve ser efetivado.

O interesse público que justificar a cessão do servidor deve ser explicitado previamente à sua realização em procedimento administrativo concebido para esse fim, ou mesmo constar do instrumento jurídico que o formalizar, porquanto o motivo constitui pressuposto ou elemento de todo ato administrativo, ensejando, para além de sua melhor fiscalização, que a “validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade”, como anota MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO,<sup>9</sup> em observância à teoria dos motivos determinantes.

Também constitui requisito da cessão ter ela caráter temporário. Isso porque se destina à concretização de cooperação entre os órgãos cedente e cessionário durante período certo e determinado, e que, à luz do princípio da razoabilidade, não pode representar a eternização de situações funcionais,<sup>10</sup> cuja execução deve sempre se dar em caráter excepcional, precário e transitório.

Do contrário, a cessão de agentes públicos por prazo indeterminado ou demasiadamente longo representaria permissivo para a prática de possíveis desvios nas atribuições originárias dos cargos ou empregos públicos envolvidos e, pior, verdadeira burla à regra do concurso público que anima a estrutura da Administração Pública, infringindo-se a diretriz do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, a qual estabelece que a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

9 Direito Administrativo. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 211.

10 Situações funcionais que ainda demandarão questionamentos nesse aspecto são aquelas relacionadas a órgãos públicos que, em razão de sua atual estrutura e natureza das atribuições, trabalham preponderantemente com agentes cedidos em muitas funções, como o CNJ e o CNMP, por exemplo.

A transitoriedade integra o próprio conceito de cessão de servidores públicos perfilhado por JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO:<sup>11</sup>

Cessão de servidores é o fato funcional por meio do qual determinada pessoa administrativa ou órgão público cede, sempre em caráter temporário, servidor integrante de seu quadro para atuar em outra pessoa ou órgão, com o objetivo de cooperação entre as administrações e de exercício funcional integrado das atividades administrativas. Trata-se, na verdade, de empréstimo temporário de servidor, numa forma de parceria entre as esferas governamentais. Avulta notar, porém, que tal ajuste decorre do poder discricionário de ambos os órgãos e do interesse que tenham na cessão; sendo assim, não há falar em direito subjetivo do servidor à cessão.

Atenta a esse posicionamento doutrinário, a jurisprudência também reconhece o caráter apenas transitório da cessão de servidores, consoante arestos a seguir transcritos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DECLARATÓRIA E MANDAMENTAL. DECISÃO QUE INDEFERIU A LIMINAR PLEITEADA NO SENTIDO DE SUSPENDER O CONCURSO PÚBLICO PARA PROFESSORES DA UENP (UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ). SERVIDORES PÚBLICOS MUNICIPAIS CEDIDOS AO ESTADO DO PARANÁ. TAC FIRMADO COM O MINISTÉRIO PÚBLICO PARA QUE OS CARGOS FOSSEM PREENCHIDOS ATRAVÉS DE CONCURSO PÚBLICO. SUSPENSÃO DO CERTAME REGULADO PELO EDITAL N. 74/2013. PEDIDO PREJUDICADO EM RAZÃO DE JULGAMENTO PELA CÂMARA DO AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.200.290-9, A CONFIGURAR “FATO NOVO” (ART. 462, CPC). CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO QUE POSSUI CARÁTER PRECÁRIO, NÃO SENDO FORMA DE PROVIMENTO EM CARGO PÚBLICO, SOB PENA DE AFRONTA AOS DITAMES CONSTITUCIONAIS. INTERESSE PARTICULAR DOS AGRAVANTES QUE NÃO PODE SE SOBREPOR AO INTERESSE PÚBLICO. POR OUTRO LADO, NECESSÁRIA A INSTAURAÇÃO DE PROCESSO ADMINISTRATIVO EM NOME DOS AGRAVANTES, PARA APURAR A SITUAÇÃO FUNCIONAL DE CADA UM. ATO DISCRICIONÁRIO DE REVERSÃO DA CESSÃO DE SERVIDOR PÚBLICO QUE DEVE SER MINIMAMENTE MOTIVADO, POSSIBILITANDO A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO (...).

(TJPR - 5ª C. Cível - AI - 1215561-6 - Jacarezinho - Rel.: Rogério Ribas - Unânime - J. 04.11.2014).

APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA - SERVIDOR PÚBLICO ESTADUAL - REVOGAÇÃO DA CESSÃO. ATO DE CESSÃO PRECÁRIO E PROVISÓRIO. ATO DISCRICIONÁRIO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, QUE SE DEU POR MOTIVOS DE CONVENIÊNCIA, OPORTUNIDADE E INTERESSE PÚBLICO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUALQUER ILEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Sendo o

11 Manual de Direito Administrativo. 24ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 571-572.

instituto da cessão de servidor sempre precário e provisório, bem como sendo um ato discricionário da Administração Pública, pode o mesmo ser revogado a qualquer momento, segundo os critérios de oportunidade, conveniência e interesse público.

(TJPR - 5ª C. Cível - AC - 719992-6 - Jaguariaíva - Rel.: Luiz Mateus de Lima - Unânime - - J. 15.02.2011).

Em regra, a legislação não fixa prazos objetivos para a vigência e prorrogação da cessão de servidores públicos. Porém, como dito anteriormente, há a necessidade de que o respectivo lapso atenda ao princípio da razoabilidade e observe o caráter sempre temporário que deve ser conferido à medida.

A 4ª Promotoria de Justiça da Comarca de Paranaguá, levadas essas circunstâncias em consideração e também a regra de validade dos concursos públicos de que trata o artigo 37, inciso III, da Constituição Federal,<sup>12</sup> em agosto de 2014 firmou, no âmbito de suas atribuições em matéria de proteção ao patrimônio público, Compromisso de Ajustamento de Conduta com o Município de Paranaguá para solver diversas situações ilegais envolvendo a cessão de servidores públicos municipais, avençando prazo máximo de 2 (dois) anos para a vigência dessas cedências, ressalvadas situações excepcionais justificadas no curso de fiscalização das obrigações estipuladas (Inquérito Civil n.º MPPR-0103.09.000048-2).

A incompatibilidade entre a natureza e as atribuições dos cargos ou empregos públicos de provimento efetivo e os comissionados, apta a ensejar desvios funcionais e violação à regra do concurso público como acesso ao quadro de pessoal da Administração Pública, é também a causa que lastreia a viabilidade de a cessão de servidores envolver apenas agentes ocupantes de cargos ou empregos de provimento efetivo junto à origem, não sendo extensível aos ocupantes de cargos comissionados ou funções temporárias.

Nesse mesmo sentido, o Estatuto dos Servidores do Paraná, que admite apenas a cessão de servidor público efetivo (artigo 158, inciso III, da Lei Estadual n.º 6.174/70), diferentemente da disciplina em âmbito federal, que não especifica que espécie de servidor pode ser cedido (artigo 93 da Lei n.º 8.112/90).

O posicionamento do Tribunal de Contas do Estado do Paraná seguiu essa mesma orientação, ao analisar cessão de servidor comissionado realizada pelo Município de Foz do Iguaçu:

12 Art. 37. (...): III - o prazo de validade do concurso público será de até dois anos, prorrogável uma vez, por igual período;

As considerações mais significativas ao propósito lembram que os cargos comissionados são uma exceção aos dispositivos constitucionais de exigibilidade de concurso público para prover pessoal para as funções de direção, chefia e assessoramento. Não são de sua natureza a prestação continuada de serviços de atendimento ao público e de natureza executiva permanente. Por isso lhes é característica essencial a demissibilidade “ad nuttum”, isto é, a provisoriedade da função, ou quando se esvaia a necessidade do assessoramento, da chefia ou da direção.

A ordem lógica e a ordem jurídica que justifica a instituição dos cargos comissionados é a necessidade do Órgão. Não a de outros Órgãos.

O provimento de pessoal administrativo junto a outros Órgãos com titularidade de cargos comissionados originários de Entidades Públicas é uma burla ao que estabelece o Artigo 37 da CF. (...) (Acórdão nº 163/06-Tribunal Pleno).

(Processo n.º 645975/15, Acórdão n.º 6287/15, Tribunal Pleno, Relator Conselheiro Artagaão de Mattos Leão, julgado em 17.12.2015).

Ainda, revela-se imprescindível que a cessão de servidores seja formalizada pela Administração Pública por meio de instrumento jurídico, no qual deverão constar ao menos os fundamentos de interesse público que justificam a sua celebração, o ônus pelo pagamento da remuneração do servidor cedido e o respectivo tempo de vigência da cessão.

Até o advento da Lei n.º 13.019/2014, o instrumento jurídico adequado para esse fim seria, em regra, o convênio, definido como forma de ajuste entre o Poder Público e entidades públicas ou privadas para a realização de objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração.<sup>13</sup> Para CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO,<sup>14</sup> seria uma modalidade de contrato em que as partes têm interesses e finalidades comuns, diferindo-se da generalidade dos contratos administrativos, em que as partes se compõem para atender a interesses contrapostos e que são satisfeitos pela ação recíproca delas.

Após a vigência da nova legislação, a definição de convênio é alterada, passando a se caracterizar como o ajuste cabível apenas entre órgãos ou entidades de natureza pública. Para os casos envolvendo entidades privadas, foi prevista a utilização do termo de cooperação, quando há interesse coletivo comum e não há previsão de transferência de recurso; e, para os casos envolvendo o repasse de verbas, o termo de colaboração e o termo de fomento – o primeiro quando a parceria é proposta

13 DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22ª ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 336.

14 Curso de Direito Administrativo. 25ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 653.

pela Administração Pública e o segundo quando a proposição se originar da Organização da Sociedade Civil.

Importante também destacar que o artigo 116 da Lei n.º 8.666/93 estabelece que “aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração” (*caput*), elencando ainda uma série de informações que devem constar do ajuste celebrado entre as partes, dentre elas o pressuposto da temporariedade (que é inerente às cessões), ao referir que a “previsão de início e fim da execução do objeto, bem assim da conclusão das etapas ou fases programadas” deve estar aprovada no plano de trabalho que anteceder a celebração do convênio (§ 1º, inciso VI).

Já o artigo 241 da Constituição Federal diz que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos. A esse respeito, UADI LAMMÊGO BULOS<sup>15</sup> pontua que a distinção entre os consórcios públicos e os convênios reside no fato de que os consórcios pressupõem competências iguais aos pactuantes e os convênios competências diferentes.

A não observância desses requisitos ou pressupostos enseja a possibilidade de anulação da cedência, em virtude de vício que lhe inquina de nulidade, sem prejuízo das medidas que devem ser previamente adotadas para tentativa de resolução do ilícito na via extrajudicial, se a ilegalidade for de alguma forma sanável, ou, de qualquer modo, mostrar-se pertinente ajustar a matéria para evitar situações similares no futuro, esfera em que se mostra fundamental a atuação do Ministério Público, especialmente mediante o manejo de Recomendação Administrativa ou celebração de Termo de Ajustamento de Conduta.

Caso não seja possível o saneamento do vício, a invalidação da cedência poderá ocorrer de ofício pela própria Administração, valendo-se do seu poder de autotutela,<sup>16</sup> por provocação do Ministério Público

15 Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1358.

16 Do princípio constitucional da legalidade decorre o princípio da autotutela, que se trata de poder-dever da Administração Pública em controlar seus próprios atos, anulando-os quando eivados de ilegalidade, na forma do artigo 53 da Lei n.º 9.784/99 (A Administração deve anular seus próprios atos, quando eivados de vício de legalidade, e pode revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos) e Súmula 473 do Supremo Tribunal Federal (A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam

na esfera extrajudicial – seara em que, para a defesa do patrimônio público, a Recomendação Administrativa e o Termo de Ajustamento de Conduta também se mostram instrumentos adequados –, ou ainda na via judicial, para acolhimento de pedido anulatório formulado pela parte interessada, notadamente em ação civil pública, ação popular ou mandado de segurança, por exemplo.

Nesse espeque, o artigo 185, combinado com o artigo 166, ambos do Código Civil,<sup>17</sup> disciplina que o ato jurídico é nulo, dentre outras hipóteses, quando for ilícito o seu objeto; o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; não revestir a forma prescrita em lei; for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; tiver por objetivo fraudar lei imperativa; ou quando a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

O artigo 2º da Lei n.º 4.717/65 (Lei de Ação Popular), por seu turno, consagra como nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos ou desvio de finalidade.

Para além disso, o vício que inquina de nulidade o ato poderá sujeitar os seus beneficiários, e os agentes que concorrerem para essa situação de ilicitude, à possibilidade de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, guardadas as devidas peculiaridades de cada situação, que requer análise casuística, especialmente para se aferir o elemento volitivo da conduta ilícita.

Nesse caso, as condutas mais comumente amoldar-se-ão, em tese, às figuras típicas aptas a implicar prejuízo ao erário e/ou violação de princípios norteadores da Administração Pública, nos moldes dos artigos 10 e 11 da Lei n.º 8.429/92. Lembre-se que a improbidade é a ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente, e como tal, admite dolo ou culpa em relação à tipologia do citado artigo 10, e apenas o dolo em relação ao artigo 11. Assim defendem

---

ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial).

17 Art. 185. Aos atos jurídicos lícitos, que não sejam negócios jurídicos, aplicam-se, no que couber, as disposições do Título anterior.

Art. 166. É nulo o negócio jurídico quando: I - celebrado por pessoa absolutamente incapaz; II - for ilícito, impossível ou indeterminável o seu objeto; III - o motivo determinante, comum a ambas as partes, for ilícito; IV - não revestir a forma prescrita em lei; V - for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para a sua validade; VI - tiver por objetivo fraudar lei imperativa; VII - a lei taxativamente o declarar nulo, ou proibir-lhe a prática, sem cominar sanção.

EMERSON GARCIA e ROGÉRIO PACHECO ALVES<sup>18</sup> e se posiciona a jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça.<sup>19</sup>

### 3. CONCLUSÃO

Observados os fundamentos que se relacionam à cessão de agentes do quadro de pessoal da Administração Pública em suas diferentes esferas, conclui-se que esta deve atender às seguintes diretrizes para que tenha conformação com a Constituição Federal e demais regras do ordenamento jurídico em vigor: I) estar prevista e autorizada em lei; II) revestir-se de interesse público para a sua materialização, o qual deverá ser previamente motivado; III) ter caráter temporário, de modo a ocorrer por prazo fixo e pré-definido, atendido o princípio da razoabilidade; IV) envolver apenas servidores ocupantes de cargo ou emprego público de provimento efetivo junto à origem; V) estar formalizada mediante instrumento jurídico.

A não observância desses requisitos ou pressupostos enseja a possibilidade de anulação da cedência do servidor público, em razão de vício que lhe inquina de nulidade, sem prejuízo das medidas que devem ser previamente adotadas para tentativa de resolução do ilícito na via extrajudicial, se a ilegalidade for de alguma forma sanável, ou, de qualquer modo, mostrar-se pertinente ajustar a matéria para evitar situações similares no futuro, esfera em que se mostra fundamental a atuação do Ministério Público, especialmente mediante o manejo de Recomendação Administrativa ou celebração de Termo de Ajustamento de Conduta, além de sujeitar os agentes que concorrerem para a prática do ilícito e/ou dele se beneficiaram, guardadas as devidas peculiaridades de cada situação, que requer análise casuística, à possibilidade de responsabilização pela prática de atos de improbidade administrativa, nos moldes dos dispositivos veiculados pela Lei n.º 8.429/92.

---

18 Improbidade Administrativa. 6ª ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011, p. 328-329.

19 A propósito: “Em se tratando de improbidade administrativa, é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que ‘a improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo da conduta do agente. Por isso mesmo, a jurisprudência do STJ considera indispensável, para a caracterização de improbidade, que a conduta do agente seja dolosa, para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei 8.429/92, ou pelo menos eivada de culpa grave, nas do artigo 10’ (STJ, AIA 30/AM, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, CORTE ESPECIAL, DJe de 28/09/2011)” (REsp 1635846/SP, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/12/2016, DJe 19/12/2016).

#### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp n. 1635846/SP. Relatora Ministra Assusete Magalhães. Brasília, 13 de dezembro de 2016. *Diário da Justiça Eletrônico*, n. 2115, 19 dez. 2016. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=1635846&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Curso de Direito Constitucional*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade Administrativa*. 6 ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2011.

GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 25 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Acórdão n. 6287/15. Relator Conselheiro Artagão de Mattos Leão. Curitiba, 17 de dezembro de 2015. *Diário Eletrônico*, n. 1281, p. 3, 19 jan. 2016. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2016/1/pdf/00288066.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Resolução n. 12180/1997, Relator Auditor Oscar Felipe Loureiro do Amaral. Curitiba, 7 de novembro de 1997. *Revista do TCE-PR*, n. 124, p. 161. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/1997/11/txt/00005505.txt>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Contas. Resolução n. 1921/2004. Relator Conselheiro Nestor Baptista. Curitiba, 13 de abril de 2004. *Diário Oficial do Estado*, n. 6729, 14 maio 2004. Disponível em: <<http://www1.tce.pr.gov.br/multimedia/2004/5/txt/00001934.txt>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. AC n.º 71992-6. Relator Desembargador

Luiz Mateus de Lima. Curitiba, 15 de fevereiro de 2011. *Diário da Justiça*, n. 580, 28 fev. 2011. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11064767/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-719992-6>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

PARANÁ. Tribunal de Justiça. AI n.º 1215561-6. Relator Juiz Rogério Ribas. Curitiba, 4 de novembro de 2014. *Diário da Justiça*, n. 1159, 20 nov. 2014. Disponível em: <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/11788048/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1215561-6>>. Acesso em: 05 mar. 2017.

## UMA DISCUSSÃO SOBRE OS CUIDADOS EM SAÚDE MENTAL NA CENA CONTEMPORÂNEA: O “DES”CASO DE LONDRINA - PR

Paulo Cesar Vieira Tavares<sup>1</sup>

Marco Antonio da Rocha<sup>2</sup>

### INTRODUÇÃO

A Constituição Federal estabelece, em seu artigo 196, que a saúde é direito de todos e dever do Estado, sustentando-se no tripé da descentralização, integralidade e participação popular (art. 198).

O debate contemporâneo em torno da saúde a considera numa perspectiva mais ampla que aquela restrita à ideia da ausência de doenças, passando a vê-la como “um processo social e político, não somente incluindo ações direcionadas ao fortalecimento das capacidades e habilidades dos indivíduos, mas também ações direcionadas a mudanças das condições sociais, ambientais e econômicas para minimizar seu impacto na saúde individual e pública” (HPA, 2004).

A previsão da saúde como direito e a inserção de uma concepção mais ampla de saúde como um princípio norteador do Sistema Único de Saúde deu-se como resultado de lutas sociais em movimentos de avanços e recuos no decorrer da história brasileira.

Há que se considerar, ainda, que a previsão legal do direito à saúde não tem sido suficiente para a plena garantia desse direito no cotidiano das pessoas, o que faz com que se atribua ainda mais importância ao papel do Ministério Público como instituição incumbida da defesa dos interesses sociais e individuais indisponíveis, cuja atuação deve ser suficiente para garantir o efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados legalmente, conforme mandamento constitucional (arts. 127 e 129, II da CF).

Neste universo causa preocupação aos autores, enquanto integrantes do Ministério Público que atuam numa Promotoria Especializada na Defesa da Saúde Pública, a problemática representada pelos serviços de

1 Promotor de Justiça Titular da 24<sup>a</sup> Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina.

2 Assistente Social da Unidade de Serviço Social da 11<sup>a</sup> URATE – NATE/CAEX, com sede em Londrina.



### Clarice Metzner

Assistente Social atuante no Núcleo de Apoio Técnico Especializado -  
Centro de Apoio Técnico à Execução.

atenção à saúde mental na Comarca de Londrina: reconhece-se os avanços garantidos pela Reforma Psiquiátrica, que mudou o foco da hospitalização/segregação como única possibilidade de tratamento às pessoas com transtornos mentais e decorrentes do uso de álcool e drogas, para um modelo de cuidados voltados para a reinserção social, a reabilitação e a promoção dos direitos humanos. Questiona-se, no entanto, até que ponto a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), destinada ao acolhimento e cuidado das pessoas portadoras de transtorno mental de qualquer natureza (inclusive decorrente do uso abusivo de substâncias psicoativas), tem sido suficiente (em termos quantitativos e qualitativos) para atender à demanda existente e prevenir o surgimento de novos casos.

O tema será abordado a partir de uma perspectiva descritiva e qualitativa, apoiada em pesquisa bibliográfica e documental, dialogando criticamente com os dados da realidade do município de Londrina, no tocante à oferta de cuidados no campo da saúde mental.

Objetiva-se com esta tese provocar a discussão da temática e propor-se ao final diretrizes para a atuação do Ministério Público na defesa de um sistema de saúde que responda a contento às demandas relacionadas à saúde mental.

### **1. A saúde mental no Brasil: do isolamento nos grandes hospitais psiquiátricos à reforma psiquiátrica**

Segundo Birman (1992), desde o final do século XVIII a assistência à “loucura” no Ocidente teve no modelo manicomial sua principal referência. Esse modelo se apoiava na exclusividade do discurso médico no tratamento dos pacientes psiquiátricos, no isolamento social dos “loucos”, na internação em instituições totais e no padrão disciplinar da assistência, entre outros elementos.

A partir de meados do século XX, inaugura-se, no entanto, um período de questionamento, levando à emergência de diversas propostas de reforma psiquiátrica pelo mundo. Surge então a chamada reforma psiquiátrica “como um movimento cultural mais amplo que percebe o indivíduo como um ser essencialmente social, em um ambiente comunicativo. Nesse contexto, o diagnóstico, o processo terapêutico e a cura devem garantir, necessariamente, a promoção e a integração do paciente com a sua família e a comunidade.” (QUEIROZ, DELAMUTA, 2011).

Além de propostas de inclusão familiar e social do paciente, este movimento vem procurando dissolver a barreira entre assistentes e assistidos, abolir a reclusão e a repressão imposta ao paciente e promover sua liberdade, com responsabilidade. (idem, *ibidem*).

Os ecos da reforma psiquiátrica internacional começaram a reverberar com mais força no Brasil na década de 1970. Tal movimento opunha-se ao modelo hospitalocêntrico hegemônico e criticava sua ineficiência, alto custo e precariedade.

Desde então a reforma psiquiátrica brasileira promoveu importantes mudanças na assistência aos pacientes com sofrimento mental, entre as quais a diminuição radical das internações psiquiátricas e o desenvolvimento de uma rede de serviços em saúde mental na comunidade, composta por equipes interdisciplinares, capazes de responder às demandas dos pacientes, de suas famílias e da comunidade.

A Organização Mundial da Saúde (OMS) chancelou tais propostas através da promoção teórica e prática de um sistema de saúde centrado na autonomia da comunidade e do indivíduo.

O Sistema Único de Saúde – SUS, estruturado a partir da Constituição Federal de 1988, contemplou em suas ações os princípios da Reforma Psiquiátrica, incluindo o processo de desospitalização e a garantia dos direitos de cidadania dos pacientes. Em 2001, com o advento da Lei Federal nº 10.216, teve início a extinção progressiva do modelo psiquiátrico clássico, inclusive de hospitais especializados, com sua substituição por outras modalidades assistenciais.

Com o processo de desospitalização, surgiu um novo modelo de tratamento do sofrimento mental, com a inclusão de serviços como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e os Hospitais-Dia. Tais serviços têm por objetivo oferecer atenção integral, que incentiva a desospitalização e a desmedicalização; ao mesmo tempo em que procura promover, por meio de uma clínica interdisciplinar ampliada, o resgate da cidadania e a integração social do paciente. (QUEIROZ, DELAMUTA, 2011).

Os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) foram criados a partir das portarias GM 189/91 e GM 224/92, constituindo-se na principal estratégia da Reforma Psiquiátrica, incorporando ações de saúde não hospitalar ao custeio da rede de cuidados e da regulamentação do funcionamento dos hospitais psiquiátricos (BRASIL, 2004). Tais serviços substitutivos consolidam a rede de atenção psicossocial, tendo como missão acolher e atender pessoas com sofrimento psíquico grave e seu modelo baseado em uma rede diversificada de serviços na comunidade, atuando de forma integrada, descentralizada e intersetorial. (CUMIOTO, et. all., 2013)

O primeiro Centro de Atenção Psicossocial (CAPS Prof. Luiz da Rocha

Cerqueira) surgiu em março de 1987, na cidade de São Paulo. Em seguida outros serviços foram sendo criados, baseados na concepção de território, cuidado, acolhimento e inclusão.

## **2. A Política Nacional de Saúde Mental e a estruturação das redes de atenção em saúde mental**

A Lei Federal nº 10.216, de 6 de abril de 2001, em seu artigo 3º, caput, considera ser: “responsabilidade do Estado o desenvolvimento da política de saúde mental, assistência e a promoção de ações de saúde aos portadores de transtornos mentais, com a devida participação da sociedade e da família, a qual será prestada em estabelecimento de saúde mental, assim entendidas as instituições ou unidades que ofereçam assistência em saúde aos portadores de transtornos mentais”.

Portanto, a assistência à saúde aos portadores de transtorno mental deve se dar no Sistema Único de Saúde, a partir de suas portas de entrada previstas no art. 9, inciso I a III, do Decreto nº 7508/2011:

“Art. 9º – São Portas de Entrada às ações e aos serviços de saúde nas Redes de Atenção à Saúde os serviços:

I – de atenção primária;

II – de atenção de urgência e emergência;

III – de atenção psicossocial e

V- especiais de acesso aberto.”

Assim a Política Nacional de Saúde Mental, baseada no art. 198 da Constituição Federal e nas Leis n. 8.080/90 e n. 10216/01, e desenvolvida pelo Ministério da Saúde, tem por objetivo consolidar esse modelo de atenção à saúde mental aberto e de base comunitária, promovendo a liberdade e os direitos das pessoas com transtornos mentais cuidadas pelos serviços na comunidade, e compreende a inserção do portador de transtorno mental na rede de atenção à saúde (UBS, ESF e CAPS), com todo o tratamento necessário, inclusive em âmbito hospitalar, em face do que está previsto no art. 6º da Lei n. 10.216/01, que prevê os tipos de internação psiquiátrica: a voluntária, a involuntária e a compulsória (obtida por via judicial).

Em consonância com a Reforma Psiquiátrica (Lei 10.216/2001), o governo federal impulsionou a construção de um novo modelo, mudando o foco da hospitalização/segregação como única possibilidade de tratamento às pessoas com transtornos mentais e decorrentes do uso de álcool e drogas, para um modelo de cuidados voltados para a reinserção social, a reabilitação e a promoção dos direitos humanos.

Segundo o Ministério da Saúde, de fato, os hospitais psiquiátricos vêm sendo gradativamente fechados, em conformidade com a lei, e substituídos pela Rede de Atenção psicossocial (RAPS), que prevê a criação, ampliação e articulação de pontos de atenção à saúde para essa população no Sistema Único de Saúde (SUS), incluindo leitos em Hospitais Gerais.

A publicação da Portaria Ministerial nº 3.088, de 26 de dezembro de 2011, veio regulamentar de forma detalhada a Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), instituída pelo Decreto Presidencial nº 7.508/2011. Nela estão descritos os principais serviços que devem oferecer atenção psicossocial no país para as pessoas com sofrimento ou transtornos mentais, incluindo aqueles decorrentes do uso de substâncias psicoativas. O surgimento da RAPS é fruto da necessidade de se ampliar e diversificar os serviços do SUS para a atenção às pessoas com necessidades decorrentes de algum transtorno mental ou do consumo de álcool, crack e outras drogas, bem como às suas famílias.

Segundo essas normativas federais, que passaram a estimular e regular a rede de serviços de base territorial, tal rede deve ser integrada, articulada e efetiva nos diferentes pontos de atenção, visando atender essa demanda da saúde mental.

São componentes da RAPS no território:

### **Atenção Básica em Saúde:**

Estratégia Saúde da Família (ESF): deve desenvolver ações de promoção de saúde mental, prevenção e cuidado dos transtornos mentais, redução de danos e cuidado para pessoas com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas. Tais ações devem ser realizadas em pontos de atenção compartilhados, sempre que necessário, com os demais integrantes da rede;

Núcleo de Apoio à Saúde da Família – NASF: na atenção à saúde mental, os profissionais devem potencializar as ações de saúde já desenvolvidas pela Atenção Básica, através de apoio especializado, favorecendo a inclusão dos usuários com problemas de saúde mental nessas práticas. Além disso, as equipes do NASF devem atuar de forma conjunta com as equipes da atenção básica, desenvolvendo ações de saúde mental para a população, como grupos terapêuticos, intervenções familiares, bem como o apoio e suporte nas proposições de projetos terapêuticos construídos junto aos adolescentes e sua família.

Equipe de Consultório na Rua: ofertam ações e cuidados de saúde



para a população em situação de rua, considerando suas diferentes necessidades e prestando atenção integral à saúde dessa população, trabalhando junto a usuários de álcool, crack e outras drogas, com estratégias como a Redução de Danos. Sua atuação deve ser itinerante e in loco, articulada com as unidades básicas, CAPS, serviços de urgência e emergência e outros serviços.

Centro de Convivência e Cultura: trabalha na lógica da inclusão social da população em geral, em especial junto às pessoas com transtornos mentais que fazem ou não uso de álcool, crack e outras drogas, garantindo o direito à diferença na comunidade. Também desenvolvem ações que extrapolam o campo da saúde e articulam intervenções culturais, com estímulo à descoberta de novas habilidades e ao convívio social, agregando as mais diferentes pessoas a partir de interesses comuns.

#### Atenção Psicossocial Estratégica:

Centro de Atenção Psicossocial – CAPS: o cuidado a ser ofertado deverá ser previsto em Projetos Terapêuticos Singulares, envolvendo em sua construção usuários, famílias e seus contextos, requerendo constantes mediações dos profissionais em abordagens territoriais. Deve prestar apoio matricial a outros pontos de atenção, garantindo sustentação qualificada tanto nos acompanhamentos longitudinais quanto nas ações de urgência e emergência.

#### Atenção Residencial de Caráter Transitório:

Unidades de Acolhimento: atendem em regime residencial pessoas que requeiram, temporariamente, moradia. Deve articular junto aos demais serviços de atenção a operacionalização dos Projetos Terapêuticos Singulares etc.;

Serviços de Atenção em Regime Residencial (comunidades terapêuticas): garantem cuidado residencial transitório a pessoas que requeiram, temporariamente, afastamento de seus contextos. Também devem atuar de forma articulada juntos aos demais serviços de atenção na operacionalização dos Projetos Terapêuticos Singulares construídos junto aos CAPS e UBS;

#### Atenção Hospitalar:

Serviço de Atendimento Móvel de Urgência – SAMU;

Unidade de Pronto Atendimento – UPA;

Serviço Hospitalar ou Enfermaria Especializada em Hospital Geral: deve disponibilizar leitos para oferecer internação hospitalar de saúde men-

tal em Hospital Geral. O acesso aos leitos nesses pontos de atenção deve ser regulado a partir de critérios clínicos, respeitados os arranjos locais de gestão: central regulatória ou por intermédio do CAPS de referência. Tal serviço deve prover intervenção de curta ou curtíssima duração no restabelecimento de condições clínicas ou na investigação de comorbidades;

#### Estratégia de Desinstitucionalização:

Serviço Residencial Terapêutico: deve oferecer acolhida, em ambiente residencial, a grupo de pessoas egressas de longas internações, favorecendo-lhes a retomada da gestão do cotidiano e de novos projetos de vida, a partir do apoio de profissionais e de outros pontos de atenção. O acesso a esse serviço é regulado e vinculado ao fechamento de leitos em instituições de caráter asilar. Os CAPS são referências desse serviço e, junto com as UBS's, responsáveis pelo acompanhamento longitudinal das pessoas que nele habitam. Não haverá limitação do tempo de permanência nesses serviços;

Programa de Volta para Casa: provê mensalmente auxílio-reabilitação, de caráter indenizatório, para pessoas com transtorno mental egressas de internações de longa permanência (mais de 2 anos ininterruptos);

Estratégia de Reabilitação Psicossocial: operam na criação de novas oportunidades para as pessoas que, por questões diversas, não acessam espaços formais de qualificação, trabalho e habitação. Possibilita a experiência de formas mais solidárias de inclusão a populações de extrema vulnerabilidade.

Nessa reorganização da Rede de Atenção Psicossocial no SUS, pela citada Portaria GM/MS nº 3.088/2011, a garantia de acesso em cuidado integral, com organização dos serviços em rede de atenção, foi alçada à condição de diretriz, sendo os objetivos gerais dessa Rede, segundo o art. 3º:

**I – ampliar o acesso** à atenção psicossocial da população em geral;

**II – promover o acesso** das pessoas com transtornos mentais e com necessidades decorrentes do uso de crack, álcool e outras drogas e suas famílias aos pontos de atenção; e

**III – garantir a articulação e integração** dos pontos de atenção das redes de saúde no território, qualificando o cuidado por meio do acolhimento, do acompanhamento contínuo e da atenção às urgências.

Com a instituição da Rede de Atenção Psicossocial (RAPS), a partir de

2011, como uma das principais estratégias no reordenamento das ações e serviços do SUS, o Hospital Psiquiátrico deixou de ser considerado um ponto de atenção em saúde mental, sendo que as internações necessárias devem ocorrer em Hospitais Gerais, que deverão dispor de recursos e de tecnologias de suporte adequado aos comprometimentos e/ou comorbidades clínicas, agravantes nos transtornos mentais.

O Conselho Federal de Medicina (CFM)<sup>3</sup> divulgou recentemente levantamento que evidencia que o Sistema Único de Saúde (SUS) fechou 85 hospitais e quase 16 mil leitos psiquiátricos nos últimos 11 anos. Segundo a entidade, dos 40.942 leitos existentes em 2005, restavam 25.097 em dezembro de 2016, o que representa redução de 38,7% na oferta de leitos psiquiátricos.

O documento citado na matéria jornalística indicada, aponta que houve redução de 37% no número de estabelecimentos que prestam serviços especializados em saúde mental. De 228 locais existentes em 2005, restaram 143 em dezembro de 2016. O levantamento foi baseado em informações do Cadastro Nacional de Estabelecimentos de Saúde (CNES), que reúne os dados sobre estrutura física instalada nos Estados e Municípios, além de serviços disponíveis e profissionais vinculados ao sistema de saúde em todo o país.

Segundo o CFM<sup>4</sup>, o movimento de redução dos leitos psiquiátricos gera uma lacuna assistencial, já que aponta redução num contexto de tendência de aumento populacional, registrada em 12% nos dois últimos anos. Essa lacuna assistencial não favorece o atendimento da demanda crescente de pacientes com transtornos mentais, principalmente em decorrência do uso abusivo de álcool e drogas.

A reforma psiquiátrica foi construída a partir de críticas às práticas de isolamento e exclusão e como resposta às denúncias de maus-tratos ocorridos contra pacientes psiquiátricos internados de forma permanente e involuntária em diversas unidades manicomiais do país. No entanto, o CFM<sup>5</sup> destaca que o ritmo da instalação dos serviços alternativos não acompanha a proporção do fechamento dos leitos.

3 Disponível em <http://www.bonde.com.br/saude/saude-e-ambiente/cfm-oferta-de-leitos-psiQuiatricos-no-sus-diminuiu-quase-40-em-11-anos-437895.html>. Acesso em 30 de março de 2017.

4 Disponível em [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26791:2017-03-20-15-30-48&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26791:2017-03-20-15-30-48&catid=3) Acesso em 22 de março de 2017.

5 Disponível em [http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com\\_content&view=article&id=26791:2017-03-20-15-30-48&catid=3](http://portal.cfm.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=26791:2017-03-20-15-30-48&catid=3) Acesso em 22 de março de 2017.

Segundo o Ministério da Saúde<sup>6</sup>, cerca de 3% da população brasileira possui algum tipo de transtorno mental severo e persistente e outros 6% apresentam gravidade em decorrência do uso de álcool e drogas. Esse grande contingente populacional que necessita de atenção em saúde mental também pressiona a frágil estrutura de atendimento presente na maioria dos municípios brasileiros.

Eis o dilema: o modelo hospitalocêntrico precisava ser superado e a estratégia de fechamento de leitos em hospitais psiquiátricos demonstrou ser a mais correta. A questão é que a implantação dos serviços de atenção que devem compor a RAPS não está acontecendo com a mesma velocidade e intensidade com que se fecham os leitos psiquiátricos. No lugar dos leitos psiquiátricos fechados, instala-se uma grande lacuna, que tem resultado no abandono de grandes contingentes populacionais que buscam o poder público para o tratamento de sofrimento ou transtorno mental.

Além da estruturação dos serviços que compõe a RAPS e que, como se demonstrou, vão muito além dos CAPS, há que se investir também em capacitação permanente das equipes técnicas para manejo dos casos de sofrimento mental, em especial pelo uso de álcool e outras drogas. Isso porque os profissionais atuam em espaços permeados por concepções reformistas que podem estar em conflito com concepções mais tradicionais sobre a saúde mental. Pode-se dizer que alguns dos resquícios do modelo hospitalocêntrico ainda estão presentes no interior dos serviços substitutivos, convivendo de maneira contraditória e ambígua no espaço subjetivo dos profissionais (BARBOSA, 2012)

Alverga e Dimenstein (2006) destacam que a reforma psiquiátrica requer rupturas radicais com os paradigmas tradicionais e não apenas superações que aparecem como promotoras de pactos entre o que é aparentemente novo e as articulações de manutenção de séculos de exclusão e dominação. A literatura questiona, portanto, se a reforma psiquiátrica brasileira não estaria reproduzindo aquilo que foi criticado no modelo asilar (OLIVEIRA, 2003; VIERA FILHO E NOBRÉGA, 2004).

Nem sempre os executivos municipais estão dispostos a investir os recursos necessários para a implementação de todos os serviços que devem compor a RAPS, realizando concursos públicos, por exemplo, visando à contratação dos servidores públicos, e também capacitações permanentes de sua equipe, de modo que se possa ofertar à população uma rede de atenção em saúde mental que seja suficiente numérica e

6 Disponível em [http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano\\_de\\_saude\\_e\\_Operadoras/Area\\_do\\_consumidor/](http://www.ans.gov.br/images/stories/Plano_de_saude_e_Operadoras/Area_do_consumidor/) Acesso em 23 de março de 2017.

qualitativamente para o alcance dos objetivos da Política Nacional de Saúde Mental.

### **3. O cuidado com a saúde mental na contemporaneidade: o “des”caso de Londrina – PR**

Londrina é um importante polo de desenvolvimento estadual e regional, ligando o Sul ao Sudeste do país, constituindo um importante centro urbano, econômico, industrial, financeiro, administrativo e cultural da região norte do Paraná. Sede da Região Metropolitana de Londrina (RML), tem uma população estimada de 553.393 habitantes, sendo a segunda cidade mais populosa do estado e a quarta da Região Sul. Exerce significativa influência econômica, comercial e política no Paraná e na Região Sul brasileira. Segundo dados de 2012, possui um Produto Interno Bruto (PIB) nominal estimado em R\$ 12,826 bilhões, sendo o mais rico município do norte paranaense.<sup>7</sup>

A Rede de Atenção em Saúde Mental do Município de Londrina é organizada a partir dos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), contando com 01 CAPS AD, 01 CAPS I e 01 CAPS III, sendo utilizada como rede de suporte complementar às 02 UPA's (Unidade de Pronto Atendimento), ao Consultório na Rua, aos serviços ambulatoriais e hospitalares. Além destes, atua em conjunto a Clínica Psiquiátrica de Londrina – com 200 leitos para internação de pacientes com transtornos psiquiátricos e dependentes químicos (feminino), 6 (seis) leitos para adolescentes (3 masculinos e 3 femininos) e a Clínica Vila Normanda, que oferta 68 leitos masculinos para tratamento de dependência química.

Considerando que os Centros de Atenção Psicossocial – CAPS's são principais pontos de atenção da RAPS de Londrina, far-se-á uma breve apresentação destes Centros:

#### **3.1. Centro de Atenção Psicossocial Álcool e Drogas – CAPS AD**

Foi implantado em 2005 e é referência para usuários de substâncias psicoativas (SPA). Segundo Relatório Anual de Gestão da Saúde – 2016 (Londrina, 2016), o serviço consolidou critérios e objetivos para avaliação e conduta e deu sequência ao trabalho de matriciamento das UBS's para fortalecimento da RAPS, mantendo a parceria com as unidades de acolhimento institucional infantil e adulto, bem como com o Centro POP. Realizou diversas ações de capacitação sobre manejo com usuários de álcool e outras drogas. Realizou Assembleias entre equipe, usuários e familiares. Sua equipe técnica participou das reuniões do

<sup>7</sup> Síntese elaborada a partir de informações disponíveis em <https://pt.wikipedia.org/wiki/Londrina> Acesso em 27 de março de 2017

Grupo de Trabalho em Saúde Mental mantido pelo MP-PR e das reuniões do Conselho Municipal Anti Drogas (COMAD), bem como do Grupo de Trabalho Cenas de Uso, ligado ao Plano “Crack, é possível vencer”. O relatório citado dá conta de que o serviço, entre outras ações, realizou 3.666 atendimentos em grupo, 2.902 atendimentos individuais e 333 atendimentos em situação de crise.

Em visita realizada pela equipe da 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina e pelos profissionais da Unidade de Serviço Social da 11ª Unidade Regional de Apoio Técnico Especializado do MP-PR, em março de 2017, constatou-se que o edifício onde funciona o CAPS é antigo e apresenta sérios problemas estruturais, como goteiras, infiltrações, quantidade insuficiente de banheiros e salas inadequadas para realização de atividades em grupo. A pintura do imóvel é antiga, com muitas pichações. Há pouca iluminação e falta roçada no entorno da Unidade.

A localização da sede do serviço dificulta o acesso da população pois é distante do centro da cidade. Além disso, tem proximidade com bares em que se vendem bebidas alcoólicas e com locais identificados como cena de uso de substâncias psicoativas.

Existem poucos equipamentos de informática na Unidade, que são antigos e em mal estado de conservação.

A equipe técnica é formada por 05 psicólogos, 02 assistentes sociais, 02 enfermeiros, 02 auxiliares de enfermagem, 01 médico clínico geral, 01 médico psiquiatra, 01 educador físico, 01 terapeuta ocupacional, 04 instrutores de oficinas, 03 auxiliares administrativos e 02 auxiliares de serviços gerais. Para estar completa é necessária a contratação de 01 psicólogo, 01 enfermeiro, 01 terapeuta ocupacional, 01 educador físico e 01 médico.

Como o combustível disponibilizado à unidade é limitado a 50 litros por mês, não é feita busca ativa de pacientes, pois as visitas são priorizadas apenas para os casos mais graves. Em função disso e da existência de lacunas na equipe de trabalho, o trabalho preventivo, apesar de ter sua importância considerada, também não vem sendo realizado.

#### **3.2. Centro de Atenção Psicossocial Infantil – CAPS I**

É referência para o tratamento de crianças e adolescentes com transtornos mentais ou em uso de substâncias psicoativas. Atende em regime de acolhimento diurno possibilitando a permanência da criança ou adolescente durante o dia; presta atendimento em grupo ou individual; realiza atividades lúdicas e terapêuticas.

Segundo o Relatório Anual de Gestão da Saúde – 2016 (Londrina, 2016), os servidores da unidade participaram ativamente do processo de implantação do novo fluxo para as crianças com suspeita de Transtorno de Déficit de Atenção e Hiperatividade – TDAH. Também fortaleceu as parcerias com CRAS, CREAS, Unidades de Acolhimento Infantil, Secretaria de Educação e UBS's, realizando 30 ações de Matriciamento e 23 ações de Fortalecimento da Rede. A coordenadora participou das reuniões do Grupo de Trabalho em Saúde Mental mantido pelo MP-PR. A equipe realizou ações culturais em parceria com o SESC Cadeião e também ações de capacitação de profissionais da rede, sobre saúde mental infanto juvenil e acerca do TDAH.

O relatório citado evidencia que o serviço, entre outras ações, realizou 4.895 atendimentos em grupo, 2.574 atendimentos individuais e 273 atendimentos em situação de crise.

Em visita realizada pela equipe da 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina e pelos profissionais da Unidade de Serviço Social da 11ª Unidade Regional de Apoio Técnico Especializado do MP-PR, em março de 2017, verificou-se que o edifício onde funciona o serviço está em condições precárias, exigindo nova pintura e acabamentos. Os vidros das janelas e da porta de entrada encontravam-se quebrados. O interior da unidade é pintado com uma tinta muito escura, que escurece o ambiente. Existe mato alto nos jardins de inverno da unidade, exigindo serviço de roçada. Não há lâmpadas na área externa, sendo que pessoas em situação de rua tem pulado o muro e se abrigado no lado externo do prédio para passar a noite e fazer o uso de substâncias psicoativas.

As salas da unidade são pequenas, dificultando a realização de trabalho com grupos.

O veículo institucional é antigo e necessita de reparos. Essa situação tem limitado a busca ativa e a realização das visitas domiciliares, já que nesta unidade é observada a mesma restrição ao uso de combustível registrado nas demais. Em função disso e da existência de lacunas na equipe de trabalho, o trabalho preventivo não vem sendo realizado com a frequência desejada.

A equipe técnica do serviço é composta por 02 médicos psiquiatras (20 horas semanais), 02 enfermeiros, 04 psicólogos, 02 assistentes sociais, 01 psicopedagogo, 01 terapeuta ocupacional, 01 fonoaudiólogo, 01 educador artístico, 01 educador físico, 03 auxiliares administrativos e 01 auxiliar de serviços gerais.

Para completar a equipe estariam faltando 02 psicólogos, 01 instrutor

de oficina, 01 terapeuta ocupacional, 01 educador físico e 01 fonoaudiólogo. No entanto a atual estrutura física do serviço não comporta esses profissionais, fazendo-se necessária a instalação de mais um Centro de Atendimento Psicossocial Infantil no município para que toda a demanda possa ser atendida.

A equipe não tem dado conta de atender as crianças menores de 05 anos e as estão encaminhando para o Centro Ocupacional de Londrina (COL) e para o Espaço Escuta.

Soube-se que a equipe técnica do CAPS I tem apresentado problemas relacionados ao estresse, motivados pelas precárias condições de trabalho.

### 3.3. Centro de Atenção Psicossocial – CAPS III

Foi implantado em 1996 e é referência para usuários com transtornos mentais, com oferta de 06 leitos para acolhimento noturno e de curta permanência.

Segundo Relatório Anual de Gestão da Saúde – 2016 (Londrina, 2016), para comemorar os 20 anos de inauguração do serviço, a equipe técnica organizou, em parceria com a Universidade Estadual de Londrina, o "I Encontro de CAPS da Região de Londrina" e o "I Encontro de Políticas de Drogas do Norte do Paraná".

O mesmo Relatório dá conta de que foram mantidas as parcerias com os CRAS, CREAS, Unidades de Acolhimento, Secretaria do Idoso e outros. Foram realizadas oficinas de teatro, de jornal, grupos terapêuticos, passeios, atividades com familiares, comemoração de datas festivas, como Natal, Páscoa, Dia das Mães, Dia dos Pais, entre outras. Realizou-se regularmente Assembleias envolvendo usuários, familiares, comunidade e equipe do CAPS, buscando melhorar a autoestima dos usuários e favorecer o controle social.

Foi assegurada a continuidade do Programa de Medicação de Depósito, para pacientes que não aderem ao tratamento com medicamentos a serem ingeridos por via oral.

Foram realizadas capacitações com equipes da Secretaria Municipal do Idoso, CREAS IV e Cáritas, além de terem sido realizadas reuniões inter-setoriais de trabalho com equipes do Hospital da Zona Sul, assegurando o fluxo de atendimento aos usuários.

Segundo o citado relatório, o serviço realizou, entre outras ações, 2.716 atendimentos em grupo, 7.062 atendimentos individuais e 267

atendimentos em situação de crise. Segundo a coordenadora o CAPS III atende um número superior de pacientes do que as unidades de Curitiba e Cascavel. No entanto tais números não aparecem, pois muitos servidores não registram adequadamente seus atendimentos.

A equipe da 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina e os profissionais da Unidade de Serviço Social da 11ª Unidade Regional de Apoio Técnico Especializado do MP-PR, realizaram visita ao CAPS III em março de 2017, quando constatou-se que a equipe é formada por 03 psicólogos, 02 assistentes sociais, 04 enfermeiros, 02 auxiliares de enfermagem, 03 médicos, 01 educador físico, 01 terapeuta ocupacional, 05 auxiliares administrativos, 04 auxiliares de serviços gerais, 01 farmacêutico e 02 porteiros. Na Unidade de Pronto Atendimento atuam 02 auxiliares de enfermagem, 02 enfermeiros e 02 psicólogos e 08 médicos plantonistas. Para estar completa é necessária a contratação de 01 psicólogo, 01 terapeuta ocupacional, 02 auxiliares de enfermagem e 01 educador físico.

O edifício onde funciona o CAPS encontra-se em melhores condições do que aqueles em que se situam as demais unidades. Das três unidades do município, é o único CAPS que funciona numa edificação que foi projetada para abrigar um Centro de Atenção Psicossocial. No entanto há problemas como infiltrações, ausência de uma porta de vidro e vaso sanitário entupido. Existem 07 equipamentos de informática usados e 02 equipamentos novos. O edifício não conta com aparelhos de ar condicionado. Ainda que a unidade também disponha de combustível limitado a 50 litros por mês, a coordenadora afirma que é realizado trabalho preventivo e busca ativa por pacientes.

Deve-se observar que parte significativa dos recursos humanos que compõe as equipes técnicas dos CAPS's são contratados por meio do Consórcio Intermunicipal de Saúde do Médio Paranapanema – CISMEPAR<sup>8</sup>, com salários, benefícios e cargas horárias diferentes daqueles pertinentes aos servidores concursados pelo município de Londrina, o que pode resultar em desmotivação para tais profissionais.

Esse quadro revela, ao mesmo tempo, o empenho das equipes dos CAPS's para dar conta das demandas e propiciar o melhor atendimento possível à população que apresenta sofrimento e transtorno psíquico e também a insuficiência de recursos humanos e a inadequação / estado de abandono das sedes de 02 CAPS's do Município, frutos da omissão do gestor municipal, além de que o terceiro CAPS não dispõe de recursos

<sup>8</sup> Formado por 21 municípios da Região do Médio Paranapanema, inclusive Londrina.

humanos suficientes.

A 24ª Promotoria de Justiça da Comarca de Londrina tem em andamento 16 (dezesseis) procedimentos administrativos que tratam de questões relacionadas à saúde mental, que dizem respeito à falta de leitos psiquiátricos, dificuldade para se garantir a adesão ao tratamento por pessoas em situação de vulnerabilidade e problemas para se garantir o adequado tratamento psiquiátrico diante das deficiências na rede municipal e falta de medicamentos psiquiátricos nas farmácias públicas.

Parte considerável da demanda atendida pela Promotoria é constituída por familiares de pessoas com sofrimento ou transtorno psíquico, provocado pelo uso de substância psicoativa ou por outras causas, visando à obtenção de internamento involuntário ou compulsório, na esperança de que por esta via o tratamento de saúde mental possa viabilizar-se.

A atuação da Promotoria nesses casos considera que as pessoas com transtornos mentais têm direito ao melhor tratamento, consentâneo às suas necessidades e de serem tratadas em ambiente terapêutico pelos meios menos invasivos possíveis (art. 2º, parágrafo único, I e VIII, da Lei Lei nº 10.216/2001). Assim, a internação psiquiátrica somente será viável quando os recursos extra-hospitalares forem insuficientes (art. 4º) e sempre mediante indicação médica circunstanciada que caracterize seus motivos (art. 6º). Não se pode admitir, por exemplo, que se busque a internação psiquiátrica de um paciente em virtude das lacunas existentes nos serviços componentes da RAPS do município.

Visando superar a atuação exclusiva em casos individuais, que dão corpo à judicialização do direito à saúde, a 24ª Promotoria de Justiça criou, em junho de 2013, o Grupo de Trabalho (GT) de Saúde Mental, que congrega representantes da gestão municipal, do sistema de justiça e da sociedade civil, além dos profissionais dessa área, tendo como objetivo discutir os principais problemas existentes na rede de saúde mental do município, identificando e viabilizando soluções, além de provocar a integração entre os serviços, facilitando assim o fluxo de atendimento.

O GT reúne-se mensalmente na sede do Ministério Público em Londrina, para tratar, por exemplo, do processo de regulação dos leitos psiquiátricos no âmbito do SUS; da criação das vagas necessárias para suprir o déficit de pessoal, visando fortalecer a rede de saúde mental existente e aumentar a cobertura dos CAPS; das obras de construção dos CAPS AD III e Infante-Juvenil; das ações integradas e articuladas que devem nortear os serviços de saúde mental, inclusive com outras instituições,

associações, cooperativas e variados espaços da cidade etc.

A atuação do Ministério Público, portanto, procura congrega ações que promovam acolhida a pacientes e familiares que buscam atendimento digno e de qualidade pela rede pública de atenção à saúde mental, com outras iniciativas que visam fortalecer uma perspectiva coletiva para a luta por melhores condições de tratamento para agravos em saúde mental no município.

#### **4. Conclusão objetiva e recomendações para a atuação institucional do MP na área de saúde mental**

Diante do que se expôs neste trabalho, entende-se que a atuação do Ministério Público na defesa da saúde pública e dos direitos das pessoas com sofrimento ou transtorno mental deva se dar, de um lado, com o objetivo de provocar a gestão municipal do SUS para que estruture e ofereça as condições necessárias para o efetivo funcionamento da RAPS e também para que garanta a capacitação permanente das equipes técnicas para manejo dos casos de sofrimento mental, em especial pelo uso de álcool e outras drogas.

Devem ser priorizadas pelo Ministério Público, portanto, as ações que garantam a instituição e o efetivo funcionamento dos equipamentos previstos na RAPS, interligados e com conectividade com os serviços de assistência social e educação (articulação intersetorial), que constituem interesse difuso da comunidade local. O órgão ministerial deve ser o mais resolutivo possível, esgotando todos os instrumentos extrajudiciais existentes, deixando-se a via judicial como último recurso.

Por outro lado, deve o Ministério Público receber e acolher as pessoas que buscam individualmente a instituição à procura de tratamento no âmbito da saúde mental para si ou seus familiares, atuando para exigir dos serviços da RAPS o atendimento necessário, conforme previsão legal. Tais atendimentos devem ser registrados, de modo que os dados estatísticos resultantes possam ensejar ações coletivas visando à ampliação quantitativa e qualitativa dos serviços de saúde mental.

A atuação ministerial deve fortalecer também os movimentos sociais que lutam por políticas públicas de atendimento à saúde mental, criando espaços para a discussão dessa problemática com os órgãos gestores e o sistema de justiça, na perspectiva de fortalecer o entendimento de que o diálogo é um instrumento fundamental para a construção de consensos que favoreçam a solução dos graves problemas que assolam a atenção em saúde mental em nosso país.

#### **REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS**

ALVERGA, A. R.; DIMENSTEIN M. **A Reforma Psiquiátrica e os Desafios de Desinstitucionalização da Loucura**. Interface – Comunicação, Saúde, educação. Botucatu, vol. 10; n. julho/dec. 2006.

BARBOSA, J. **Reforma Psiquiátrica e Interdisciplinaridade: construindo um olhar sobre o trabalho em equipe nos serviços substitutivos em saúde mental da cidade do Recife**. 2012. Disponível em [http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais\\_XVENABRAPSO/409.%20reforma%20psiqui%C1trica%20e%20interdisciplinaridade.pdf](http://www.abrapso.org.br/siteprincipal/images/Anais_XVENABRAPSO/409.%20reforma%20psiqui%C1trica%20e%20interdisciplinaridade.pdf) Acesso em 24 de março de 2017.

BIRMAN, J. **A cidadania tresloucada**. In: B. Bezerra & P. Amarante (orgs.) *Psiquiatria sem hospício: contribuições ao estudo da reforma psiquiátrica*. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1992.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. 292 p.

\_\_\_\_\_. Ministério da Saúde. **Secretaria de Atenção à Saúde**. Saúde mental no SUS: os Centros de Atenção Psicossocial. Brasília; 2004.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 10.2016**, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Diário Oficial da União. Brasília DF, 06 de abril de 2001.

\_\_\_\_\_. **Decreto nº 7.508**, ne 28 de junho de 2011. Regulamenta a Lei no 8.080, de 19 de setembro de 1990, para dispor sobre a organização do Sistema Único de Saúde - SUS, o planejamento da saúde, a assistência à saúde e a articulação interfederativa, e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília DF, 28 de junho de 2011

CUMIOTTO, C. R. et. All. **Saúde Mental e Interdisciplinaridade**. 2013. Disponível em <http://ppgich.ufsc.br/2013/09/23/simposio-internacional-de-interdisciplinaridade-no-ensino-na-pesquisa-e-na-extensao-siepe-sul/> Acesso em 27 de março de 2017.

HPA - HEALTH PROMOTION AGENCY FOR NORTHERN IRELAND. **What is HealthPromotion**, 2004. In: <http://www.espacoacademico.com.br/062/62neves.htm>. Acesso em 30 de março de 2017.

LONDRINA. **Administração Municipal**. Relatório Anual de Gestão da Saúde – 2016. Mimeo. Londrina, 2016.

OLIVEIRA A. G. B. **A reforma psiquiátrica em Cuiabá/MT: análise do**

**processo de trabalho das equipes de saúde mental.** (2003) Disponível em: [www.periodicos.capes.gov.br](http://www.periodicos.capes.gov.br). Acessado em 27 de julho de 2008.

VIERA FILHO, N. G.; NOBRÉGA, S. M. **Atenção Psicossocial em Saúde Mental: contribuição teórica para o trabalho terapêutico em rede social.** Estudos de Psicologia (Natal). Natal, vol. 9 n.2 maio/ago. 2004

QUEIROZ, M. S. DELAMUTA, L. A. **Saúde mental e trabalho interdisciplinar: a experiência do “Cândido Ferreira” em Campinas.** Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1413-81232011000900028](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232011000900028) Acesso em 28 de março de 2017.

#### Viviane Waleria Bahia dos Santos

Assessora Jurídica atuante no 3º Grupo da Procuradoria de Justiça Criminal



## ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL NA PROMOÇÃO E DEFESA DE DIREITOS DOS POVOS DE TERREIRO\*

Paulo César Vieira Tavares<sup>1</sup>

Mariana Seifert Bazzo<sup>2</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

O Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010) define a discriminação racial ou étnico-racial como *“toda distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por objeto anular ou restringir o reconhecimento, gozo ou exercício, em igualdade de condições, de direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro campo da vida pública ou privada e a desigualdade racial como toda situação injustificada de diferenciação de acesso e fruição de bens, serviços e oportunidades, nas esferas pública e privada, em virtude de raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica”* (art. 1º, parágrafo único). A população negra é a principal vítima da desigualdade étnico-racial no Brasil. Tal conclusão está baseada em dados estatísticos que apontam, por exemplo, para sua pequena representação política e para seus baixos salários com relação à população branca.

Os praticantes da religião afro-brasileira, por conseguinte, são as principais vítimas de crimes de racismo fundamentados na intolerância religiosa, bem como de práticas de racismo institucional que ignoram o princípio de laicidade do Estado Brasileiro.

O Ministério Público, na esfera estadual e federal, deve atuar no sentido de evitar tais violações de direitos.

### 2. IGUALDADE ÉTNICO-RACIAL ENQUANTO DIREITO A SER GARANTIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

A Constituição Federal de 1988 prevê, em seu art. 3º, que *“constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: (...) IV*

<sup>1</sup> Paulo César Vieira Tavares, é Promotor de Justiça da Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos Humanos, Saúde Pública e Saúde do Trabalhador, e da Habitação e Urbanismo da Comarca de Londrina.

<sup>2</sup> Promotora de Justiça Designada para coordenar o Núcleo de Promoção de Igualdade Étnico-Racial do MPPR, e para atuar como integrante do Grupo de Trabalho de Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural (GT-4), da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP.

*Promover o bem estar de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (...).*

No art. 4º, tem-se que. “A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: II - prevalência dos direitos humanos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo.

No importantíssimo art. 5º, afirma-se 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, a liberdade, a igualdade, a segurança e a prosperidade...(...), sendo ressaltado no inciso XLII que “a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito de reclusão nos termos da lei” e, no inciso XLI, que a lei punirá a qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.*

Ainda, o Estado Brasileiro é signatário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, Convenção Americana de Direitos Humanos e da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (todas promulgadas por Decreto). No âmbito do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, o Brasil assinou recentemente a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Conexas de Intolerância e a Convenção Interamericana contra toda forma de Discriminação e Intolerância.

Finalmente, enquanto diplomas infraconstitucionais, temos a Lei 7.716/1989 (que prevê crimes de racismo), a Lei 9.459/97 (que prevê o crime de injúria racial), a Lei 10.639/2003 (que prevê a obrigatoriedade de ensino de cultura e história afro-brasileiras nos currículos oficiais), o próprio Estatuto da Igualdade Racial já citado, Estatutos Raciais de âmbito estadual, como se tem no Estado na Bahia a Lei 20785/2014, além das diversas legislações que preveem o sistema de cotas em âmbito federal e estadual.

Destarte, leis não faltam no sentido de obrigar o Estado e a sociedade a promoverem a efetiva igualdade étnico-racial, direito principalmente da população negra brasileira.

De acordo com a Carta Magna, *o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127). Entre suas funções encontram-se diversas formas de atuação que garantem o cumprimento da legislação supracitada.

Assim disserta o art. 129 da Constituição da República: “São funções

*institucionais do Ministério Público:*

*I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;*

Nesse primeiro caso, o combate ao racismo se dá da forma mais elementar. Principalmente após a reforma legislativa de 2009, o MP se tornou o único órgão a processar criminalmente alguém que comete o crime de racismo propriamente dito ou enquanto injúria racial, uma vez que a lei obriga o processamento de todos os crimes raciais por meio da ação penal pública (condicionada no caso da injúria racial).

*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;*

O MP deve fiscalizar os demais poderes quanto à aplicação da Constituição Federal e leis dela decorrentes, quanto tratam do tema da promoção da igualdade étnico-racial, a partir da exigência de que os agentes públicos implementem políticas públicas previstas no Estatuto da Igualdade Racial e leis que o regulamentam.

*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;*

Talvez aí resida o maior poder de transformação do Ministério Público quanto à promoção da igualdade étnico-racial. Necessário ressaltar que, recentemente, no ano de 2014, houve alteração da lei de ação civil pública que incluiu em seu art. 1º o inciso VII, senão vejamos:

*“Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados: (...)*

*(...) VII – à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos. (Incluído pela Lei nº 12.966, de 2014)”.*

Destarte, o Ministério Público é o principal autor de ação civil pública para a defesa de tais direitos, sendo que, em caso de ser iniciado o processo por outros legitimados a proporem (Defensoria Pública, Associações, etc.), o órgão ministerial sempre atuará como interveniente, opinando sobre o deslinde do feito. Ressalte-se que, no Estatuto da Igualdade Racial, há o mecanismo da propositura de ação civil pública para a concretização do que ali vem previsto (art. 55 da lei 12.288/2010).

*V - defender judicialmente os direitos e interesses das populações indígenas;*



No inciso V houve priorização da proteção à população indígena, pelo mesmo fundamento que determina a especial proteção à população negra e outros grupos étnicos.

*VI - expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da lei complementar respectiva;*

Nesse inciso, torna-se possível a investigação direta em procedimentos administrativos, os quais, por vezes, impulsionam o poder público a trazer prioridade à questão da igualdade racial, conforme ordena a lei, sem que se torne necessária, muitas vezes, a própria inclusão da questão junto ao Poder Judiciário.

*VII - exercer o controle externo da atividade policial, na forma da lei complementar mencionada no artigo anterior;*

*VIII - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais;*

Aqui, novamente, entra-se no papel do MP de bem impulsionar as investigações criminais que envolvem as questões raciais, bem como punir eventuais policiais que pratiquem, no âmbito de suas funções, condutas racistas, ainda que no âmbito do racismo institucional<sup>3</sup>, ou seja, deixando de registrar ou apurar condutas que se enquadram como crimes raciais ou realizando abordagens e mesmo agindo com violência física contra a população negra estigmatizada.

Nítida, portanto, é a obrigação do Ministério Público de intervir em toda e qualquer causa que implique violação dos direitos relacionados à promoção da igualdade étnico-racial no Brasil.

<sup>3</sup> O racismo institucional é o fracasso coletivo de uma organização em fornecer um serviço adequado e profissional às pessoas por causa de sua cor, cultura ou origem étnica. Uma das principais expressões do racismo institucional é o fenômeno da subnotificação de crimes raciais. Assim, deve o promotor de justiça, da área criminal e/ou com atuação em direitos humanos, zelar pelo correto registro de tais crimes desde sua formalização junto à Delegacia de Polícia local, garantindo que não sejam capitulados como injúria comum (art. 140, caput, do CP) e erroneamente processáveis pela via do Juizado Especial Criminal. Ainda, deve ser garantida que sua investigação judicial se inicie por meio de ação pública (condicionada, no caso de injúria racial). No caso Simone Diniz (Relatório Nº 66/06, de 21 de outubro de 2006, Caso 12.001), o Brasil já foi condenado pela Corte Interamericana da OEA, por não trazer respostas criminais eficazes aos crimes raciais. Entre as Recomendações impostas ao Estado brasileiro, houve justamente a de que se adotassem e instrumentalizassem medidas de educação dos funcionários de justiça e da polícia a fim de evitar ações que impliquem discriminação nas investigações, no processo ou na condenação civil ou penal das denúncias de discriminação racial e racismo.

### **3. DADOS QUE REVELAM O PROBLEMA DE INTOLERÂNCIA RELIGIOSA CONTRA POVOS DE TERREIRO**

Em média, a cada três dias, uma denúncia de intolerância religiosa chega à Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Entre 2011 e 2014, 504 queixas desse tipo foram relatadas à pasta pelo Disque 100 – canal de denúncias para violações dos direitos humanos, que são repassadas à Polícia e ao Ministério Público. Reconhece-se que a intolerância religiosa, na prática, tende a ser maior do que aquela denunciada, e que situações como a da menina de 11 anos agredida em junho de 2015 com uma pedrada na cabeça, ao sair de um terreiro de candomblé na Vila da Penha, zona norte do Rio, estão muito longe de ser casos isolados. Essa garota foi atacada na ocasião por dois homens, que gritaram “Sai demônio, vão queimar no inferno, macumbeiros”.<sup>4</sup>

De acordo com a Ouvidoria da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial e dos Direitos Humanos, em 2015 houve um aumento no número total de denúncias de violação de discriminação religiosa em relação a 2014. Em 2014, a Ouvidoria recebeu 149 denúncias. Já em 2015, houve um aumento de 69,13%, com 252 denúncias recebidas.<sup>5</sup>

Apenas em 2013, nada menos que 45 episódios relatados de intolerância religiosa envolveram violência física (20% dos casos do ano). Até julho de 2014, outros 18 haviam sido registrados (12%). Fiéis de religiões de matriz africana (candomblé e umbanda) constituem-se nos alvos mais comuns dos relatos de intolerância recebidos pelo serviço, o que equivale a um terço dos episódios em que há esse detalhamento.<sup>6</sup>

De acordo com reportagem do jornal alemão Deutsche Welle, há fortes evidências desse aumento da intolerância religiosa no Brasil. Foram registrados, em 2013, um total de 231 denúncias por discriminação religiosa, mais que o dobro do ano anterior. O “Coletivo de Entidades Negras”, entidade nacional do Movimento Negro, representando várias comunidades religiosas afro-brasileiras, estando presente em 17 (dezesseis) estados brasileiros e 23 (vinte e três) municípios baianos, fundado em 2005, pediu ao Ministério Público, em março de 2015, que fos-

<sup>4</sup> <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1648607-a-cada-3-dias-governo-recebe-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa.shtml>. Acesso em 16.06.2016.

<sup>5</sup> <http://www.seppir.gov.br/21-de-janeiro-2013-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa>. Acesso em 27.3.2017

<sup>6</sup> <http://www.brasil247.com/pt/247/favela247/175932/intoler%C3%A2ncia-religiosa-cresce-no-Brasil.htm>. Acesso em 16.06.2016.

sem adotadas providências em relação a casos de intolerância religiosa ocorridos em 26 dos 27 Estados do Brasil.<sup>7</sup>

A gota d'água dessa iniciativa foi a criação dos "Gladiadores do altar", organização de militantes da Igreja Universal do Reino de Deus, cujos membros podem ser vistos, pela internet, marchando em sincronia, e saudando como soldados em grande estilo e entoando orações e frases em uníssono.<sup>8</sup>

Além disso, dados levantados pela Comissão de Combate à Intolerância Religiosa do Rio de Janeiro (CCIR) evidenciam que mais de 70% dos 1.014 casos de ofensas, abusos e atos violentos registrados no Estado, entre 2012 e 2015, são contra praticantes de religiões de matriz africana. Essa estatística confirma que os seguidores da umbanda e do candomblé, e suas variações, ainda são os mais atacados por conta de sua religião.<sup>9</sup>

Em 2015, no mês de novembro, um terreiro de candomblé foi incendiado em Brasília, sem deixar feridos. Na época, a imprensa local já registrara 12 incêndios semelhantes desde o início daquele ano somente no Distrito Federal.<sup>10</sup>

A propósito, a BBC Brasil ouviu especialistas sobre os motivos da hostilidade contra as religiões de origem africana e que medidas podem ser adotadas para combater essa onda de violência. Para eles, há duas explicações. Por um lado o racismo e a discriminação que remontam à escravidão e que desde o Brasil Colônia rotulam tais religiões pelo simples fato de serem de origem africana, e, pelo outro, a ação de movimentos neopentecostais que, nos últimos anos, teriam se utilizado de mitos e preconceitos para "demonizar" e insuflar a perseguição a umbandistas e candomblecistas.<sup>11</sup>

Os entrevistados destacam que, pela primeira vez, a CCIR, criada em 2008, aliou os dados estaduais a números nacionais, informações de outros institutos e relatos de três diferentes pesquisas acadêmicas.<sup>12</sup>

Os dados do Disque 100, criado pela Secretaria Nacional de Direitos

7 <http://www1.folha.uol.com.br/cotidiano/2015/06/1648607-a-cada-3-dias-governo-recebe-uma-denuncia-de-intolerancia-religiosa.shtml>. Acesso em 16.06.2016.

8 Idem.

9 [http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120\\_intolerancia\\_religioes\\_africanas\\_jp\\_rm](http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/01/160120_intolerancia_religioes_africanas_jp_rm)

10 Idem.

11 Idem.

12 Idem.

Humanos, apontam nada menos que 697 casos de intolerância religiosa entre 2011 e dezembro de 2015, sendo que a maioria desses casos foi registrada nos Estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais. No Estado do Rio, o Centro de Promoção da Liberdade Religiosa e Direitos Humanos (CEPLIR), criado em 2012, registrou 1.014 casos entre julho de 2012 e agosto de 2015, sendo 71% contra adeptos de religiões de matrizes africanas, 7,7% contra evangélicos, 3,8% contra católicos, 3,8% contra judeus e sem religião e 3,8% de ataques contra a liberdade religiosa de forma geral.<sup>13</sup>

Dentre essas pesquisas, um estudo da PUC-Rio sugere que há subnotificação no tema. Foram ouvidas lideranças de 847 terreiros, que revelaram 430 relatos de intolerância, sendo que apenas 160 foram legalizados com notificação. Do total, somente 58 levaram a algum tipo de ação judicial.<sup>14</sup>

Para Francisco Rivas Neto, sacerdote e fundador da Faculdade de Teologia com Ênfase em Religiões Afro-Brasileiras (FTU), baseada em São Paulo e a única reconhecida pelo Ministério da Educação como formadora de bacharéis no tema, é impossível dissociar a intolerância do preconceito contra o africano, o escravo e o negro.<sup>15</sup>

"Os afro-brasileiros são discriminados, tratados com preconceito, para não dizer demonizados, por sermos de uma tradição africana/afrodescendente. Logo, estamos afirmando que o racismo é causa fundamental do preconceito ao candomblé e demais religiões afro-brasileiras", afirma.

<sup>16</sup>Por outro lado, a pesquisadora Denise Pini Fonseca, historiadora, ex-professora da PUC-Rio e coautora do estudo que visitou os mais de 800 terreiros fluminenses, acredita que a origem da intolerância esteja muito mais conectada à crescente influência de alguns grupos neopentecostais no país.<sup>17</sup>

"É claro que o racismo tem influência, mas acredito que é muito mais forte o discurso de alguns movimentos neopentecostais que são na realidade um projeto teopolítico, que se apropria de símbolos muito poderosos para atingir seus interesses, e que elegeram as religiões de matrizes africanas como alvo", diz.<sup>18</sup>

Por sua vez, João Luiz Carneiro, doutor em ciências da religião pela

13 Idem.

14 Idem.

15 Idem.

16 Idem.

17 Idem.

18 Idem.

PUC-SP, especialista em teologia afro-brasileira pela FTU e autor do livro *Religiões Afro-brasileiras: Uma construção teológica* (Editora Vozes), defende que os dois fatores estariam completamente conectados: “A ligação entre esses dois fatores está muito bem resolvida na academia. As razões profundas na questão racial e o discurso neopentecostal, que reforça no imaginário popular que é o macumbeiro, o sujo, o que faz o mal”, observa.<sup>19</sup>

Para ele, é evidente que o processo histórico em que boa parte do que é produzido pelo negro brasileiro é desumanizado, desvalorizado ou considerado estranho, exótico, folclórico, e que a ascensão do discurso de alguns neopentecostais estimula a visão da religião africana como ligada ao culto ao demônio, diabo, satanás, rituais satânicos, macumba ou que fazem o mal.<sup>20</sup>

Em relação a casos de intolerância, Luiz Fernando Barros, de 52 anos, já experimentou diversos exemplos de intolerância ao longo dos 37 anos em que atua como religioso da umbanda.<sup>21</sup>

“Já coloquei minha roupa branca religiosa no trabalho e vi que as pessoas queriam caçoar, fazer pouco dos meus valores espirituais. Temos filhos que frequentam escola pública e não podem usar as contas (colares religiosos). Já tive estátuas quebradas no meu templo, tentativas de invasão. Uma irmã nossa foi demitida de um hotel na Zona Sul do Rio quando a gerente descobriu que ela era de umbanda. Não foi o argumento oficial, mas ficou nítido para ela”, conta.<sup>22</sup>

Ele foi um dos vários pais de santo que revelaram à BBC Brasil que se viu forçado a aumentar a segurança de seus terreiro após repetidas invasões. Um deles, Pai Costa, de 63 anos e há 45 atuando como líder religioso, já tinha sofrido três invasões na época e teve de gastar R\$ 4.500 em sistemas de vigilância.<sup>23</sup>

Outro exemplo é o de Pai Márcio de Jangun, babalorixá, advogado e escritor iniciado há 36 anos no candomblé e com terreiro aberto há 15 anos. Ele diz que a intolerância pode ser sutil e parte do cotidiano, o que também configura discriminação e crime, apesar de não envolver violência física.<sup>24</sup>

“Já me recusaram vender flores quando perceberam que seriam usadas

- 19 Idem.  
20 Idem.  
21 Idem.  
22 Idem.  
23 Idem.  
24 Idem.

em terreiro de candomblé. No transporte público, a pessoa se levanta por não querer ficar sentada do seu lado, se benze. É algo que infelizmente faz parte do cotidiano e que os praticantes de religiões africanas lidam todos os dias no Brasil”, afirma.<sup>25</sup>

No relatório da CCIR há casos como a invasão e depredação do centro de umbanda “A Caminho da Paz”, no Cachambi, na Zona Norte do Rio, em fevereiro de 2015, assim como incêndios e destruição de estátuas no Distrito Federal.<sup>26</sup>

Mais recentemente, no dia 16 de março de 2017, vândalos depredaram um Centro de Umbanda e Candomblé na cidade de São José do Rio Preto/SP, que funciona no local há 22 anos, quebrando oferendas e objetos utilizados nos rituais religiosos.<sup>27</sup>

Diante desse quadro de violência e de intolerância aos seguidores das religiões de matriz africana, conclui-se que a situação continua praticamente a mesma de quatro séculos atrás, principalmente no caso do Candomblé, verdadeiro sistema politeísta de origem africana, constituindo-se numa forma de resistência histórica no Brasil, e que sobreviveu, com seu legado, mesmo não sendo permitido (no período colonial ou imperial) ou sofrendo perseguição pelas polícias ou elites políticas durante o período republicano, a partir do século XIX.<sup>28</sup>

Como ensina Maria Nilza da Silva<sup>29</sup>, “a religião é um dos instrumentos que o negro utiliza para sentir-se melhor aceito na sociedade brasileira, sobretudo nos espaços dos terreiros de candomblés e umbanda. Esses espaços são de resistência, mas também locais em que o negro pode sentir-se prestigiado”. Para a autora, esses espaços dos terreiros sempre foram perseguidos ao longo da história, o que explica o estigma que os envolvem perante a sociedade.

Para Fabiana Moraes<sup>30</sup>, apesar dos avanços em relação aos povos de terreiros, há uma contínua produção de velhos preconceitos que expõem os praticantes à violência verbal e física – e institucional.

Segundo ela, dois exemplos dessa intolerância aconteceram em Per-

25 Idem.

26 Idem.

27 <http://www.diariodaregiao.com.br/cidades/vandalos-depredam-centro-de-candomblé>. Acesso em 27.3.2017.

28 (in Yá Mukumby: a vida de Vilma Santos de Oliveira/Fábio Lanza... [et al.], Londrina: UEL, 2010, Coleção Presença Negra em Londrina, pág. 25).

29 (in Nem para todos é a cidade: segregação urbana e racial em São Paulo, 1a. Edição – Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2006, pág. 187)

30 (“No país do racismo institucional: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE”, Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, 2013)

nambuco no ano de 2012: o assassinato de uma criança em Brejo da Madre de Deus (agreste) motivou ataques a terreiros, num total de sete, e outro em Olinda, no Bairro do Varadouro.

Os primeiros aconteceram em julho daquele ano, logo após o crime, ocasião em que moradores do Bairro de São Domingos invadiram e destruíram sete terreiros de umbanda e um centro espírita. Não fosse a intervenção policial, o último local teria sido incendiado. Dias depois, o terreiro de Pai Jairo de Iemanjá Sabá, em Olinda, recebeu dezenas de evangélicos portando faixas evocando o nome de Deus e repudiando as atividades do terreiro.

De acordo com Fabiana, *“o fato é que estes locais são ainda confundidos como espaços onde ocorre “magia negra” (um termo que pode perigosamente abarcar tudo aquilo que simplesmente foge à nossa compreensão) e sacrifícios humanos, uma “confusão” muitas vezes instrumentalizada no sentido de deslegitimar as religiões de base africana e torná-las menos simpáticas aos olhos do outro”*<sup>31</sup>.

Para Maria Bernadete Figueiroa, Coordenadora do GT Racismo do Ministério Público Estadual de Pernambuco <sup>32</sup>, o combate ao preconceito em relação às casas de matriz africana é uma constante. *“É um assunto de enorme complexidade, já que envolve práticas seculares que muitas vezes são vistas simplesmente como anacrônicas, e não como algo que diz respeito à cultura de um povo, de um grupo”*.

#### 4. PREVISÕES LEGAIS ESPECÍFICAS SOBRE LAICIDADE DO ESTADO E DIREITOS DE POVOS DE TERREIRO

As intervenções ministeriais pela busca da garantia do direito de crença, e de não crença, são fundamentadas pelo disposto na Constituição da República, em seus arts. 127, 129, III (atribuições ministeriais já mencionadas) e também enquanto guardião de alguns princípios constitucionais a seguir elencados.

Isonomia significa igualdade de todos perante a lei. Refere-se ao princípio da igualdade previsto no art. 5º, “caput”, da Constituição Federal, segundo o qual todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza. O princípio da isonomia *“impõe ao legislador e à Administração Pública o dever de dispensar tratamento igual a administrados que se encontram em situação equivalentes”*<sup>33</sup>. O dever estatal de tratamento isonômico, como advertiu o Supremo Tribunal Federal, proíbe

31 (idem)

32 (idem)

33 (MAZZA, 2013, p. 198).

que o Estado *“assuma determinada concepção religiosa como a oficial ou a correta, que beneficie um grupo religioso em detrimento dos demais ou conceda privilégios”* (Ag. Reg. Suspensão de Tutela Antecipada 389/MG, Rel. Min. Gilmar Mendes, j. 03/12/2009). Tendo como prisma o princípio da isonomia, *“não devem ser excluídas de representatividade no Estado todas as outras etnias e minorias religiosas, cuja relevância pode ser substancial para todo indivíduo que delas fazem parte”*<sup>34</sup>. A neutralidade do espaço público, transfigurada na não-predileção por crenças religiosas, é a única possibilidade de trato isonômico aos diversos grupos religiosos que compõem a sociedade. Cabe ao Estado o dever de assegurar e proteger todas as manifestações religiosas, sem que realize uma opção qualquer delas.

A Constituição Brasileira apresenta o caráter Laico do Brasil no artigo 19, I, ao descaracterizar o caráter Teocrático, já que não permite a subvenção, a aliança ou a dependência, via de regra, do Brasil com qualquer instituição religiosa. Adotada na maioria das democracias ocidentais contemporâneas, a **laicidade** é um princípio que opera em duas direções. Por um lado, ela salvaguarda as diversas confissões religiosas do risco de intervenções abusivas do Estado nas suas questões internas, concernentes a aspectos como os valores e doutrinas professados, a forma de cultuá-los, a sua organização institucional, os seus processos de tomada de decisões, a forma e o critério de seleção dos seus sacerdotes e membros etc. Mas, do outro lado, pode-se dizer que a laicidade também protege o Estado de influências indevidas provenientes da seara religiosa, impedindo todo o tipo de confusão entre o poder secular e democrático, em que estão investidas as autoridades públicas, e qualquer confissão religiosa, inclusive a majoritária<sup>35</sup>.

Nesta perspectiva, a laicidade estatal não pode ser confundida com o laicismo, que envolve uma certa animosidade contra a expressão pública da religiosidade por indivíduos e grupos, e que busca valer-se do Direito para diminuir a importância da religião na esfera social<sup>36</sup>. O laicismo, diferentemente da laicidade, não envolve neutralidade, mas

34 NUTO, João Vianney Cavalcanti e ALCÂNTARA, Pedro Ivo Souza de. O uso de Símbolos Religioso em Repartições Públicas: uma Análise Histórica sobre o Alcance da Laicidade. Disponível em: [http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO\\_LAICO\\_volume\\_1\\_web.PDF](http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO_LAICO_volume_1_web.PDF)

35 SARMENTO, Daniel. O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado. Revista Eletrônica PRPE. Maio de 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/0-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em: 09/11/2015.

36 LOREA, Roberto Arriada. Em Defesa das Liberdades Laicas. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

hostilidade diante da religião, e tende a resvalar para posições autoritárias, de restrição a liberdades religiosas individuais.

No que tange ao dever de neutralidade, destaca-se que, “*não está em discussão a conduta de qualquer indivíduo, mas sim a postura que deve ser assumida pelo Estado em matéria religiosa – que só pode ser de neutralidade, tendo em vista o princípio constitucional da laicidade*”<sup>37</sup>

A **liberdade de crença** também possui no Brasil status constitucional, conforme se vê do art. 5º, VI, da Constituição Federal, *in verbis*: “*é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias.*”

Trata-se de liberdade pública, que se estabelece num aspecto positivo, assegurando que o indivíduo possa escolher a própria religião e noutro negativo, consubstanciado no direito de não escolher religião nenhuma (v.g., agnósticos e ateus)<sup>38</sup>.

Não por outro motivo, o censo demográfico realizado em 2010, pelo IBGE, apontou a seguinte diversidade religiosa no Brasil: 64,6% dos brasileiros (cerca de 123 milhões) declaram-se católicos; 22,2% (cerca de 42,3 milhões) declaram-se protestantes (evangélicos tradicionais, pentecostais e neopentecostais); 8,0% (cerca de 15,3 milhões) declaram-se irreligiosos: ateus, agnósticos, ou deístas; 2,0% (cerca de 3,8 milhões) declaram-se espíritas; 0,7% (1,4 milhão) declaram-se as testemunhas de Jeová; 0,3% (588 mil) declaram-se seguidores do animismo afro-brasileiro como o Candomblé, o Tambor-de-mina, além da Umbanda; 1,6% (3,1 milhões) declaram-se seguidores de outras religiões, tais como: os budistas (243 mil), os judeus (107 mil), os messiânicos (103 mil), os esotéricos (74 mil), os espiritualistas (62 mil), os islâmicos (35 mil) e os hoasqueiros (35 mil).

Para se contemplar todos os credos, em um contexto de pluralismo religioso, como o brasileiro, diz-se que todo litígio que envolve o princípio liberdade de crença “*não deve ser resolvido segundo o princípio majoritário na medida em que o direito fundamental à liberdade de crença visa a proteção, de maneira especial, das minorias*”<sup>39</sup>.

No âmbito do Direito Internacional, o Pacto Internacional dos Direitos Civis

37 SARMENTO, idem, *ibidem*, p. 11.

38 BULOS, Uadi Lammêgo; Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, P. 433.

39 VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. Tomemos a sério o princípio do Estado laico. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico/2>. Acesso em: 11 nov. 2015.

e Políticos, aprovado pelo Brasil em 12/12/91, ratificado em 24/01/92 e promulgado em 06/07/92, veda, em seu artigo 2º, primeiro parágrafo, a discriminação por motivo de religião. Mais adiante, no art. 18, preceitua:

#### ARTIGO 18

1. Toda pessoa terá direito a liberdade de pensamento, de consciência e de religião. Esse direito implicará a liberdade de ter ou adotar uma religião ou uma crença de sua escolha e a liberdade de professar sua religião ou crença, individual ou coletivamente, tanto pública como privadamente, por meio do culto, da celebração de ritos, de práticas e do ensino. 2. Ninguém poderá ser submetido a medidas coercitivas que possam restringir sua liberdade de ter ou de adotar uma religião ou crença de sua escolha. 3. A liberdade de manifestar a própria religião ou crença estará sujeita apenas a limitações previstas em lei e que se façam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos e as liberdades das demais pessoas. 4. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade dos países e, quando for o caso, dos tutores legais de assegurar a educação religiosa e moral dos filhos que esteja de acordo com suas próprias convicções.

No dia 27 de dezembro de 2007 foi sancionada a Lei nº 11.635, a qual prevê o dia 21 de Janeiro com o Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa. A data rememora o dia do falecimento da Iyalorixá Mãe Gilda, do terreiro Axé Abassá de Ogum (BA), vítima de intolerância por ser praticante de religião de matriz africana. A sacerdotisa foi acusada de charlatanismo, sua casa foi atacada e pessoas da comunidade foram agredidas. Ela faleceu no dia 21 de janeiro 2000, vítima de infarto.<sup>40</sup>

Finalmente, a já citada Lei nº 12.288/2010 (Estatuto da Igualdade Racial), buscando proteger cultos religiosos de matriz africana, previu, em seus arts. 24 e 26:

Art. 24. O direito à liberdade de consciência e de crença e ao livre exercício dos cultos religiosos de matriz africana compreende:

I - a prática de cultos, a celebração de reuniões relacionadas à religiosidade e a fundação e manutenção, por iniciativa privada, de lugares reservados para tais fins; II - a celebração de festividades e cerimônias de acordo com preceitos das respectivas religiões; III - a fundação e a manutenção, por iniciativa privada, de instituições beneficentes ligadas às respectivas convicções religiosas; IV - a produção, a comercialização, a aquisição e o uso de artigos e materiais religiosos adequados

40 <http://www.seppir.gov.br/21-de-janeiro-2013-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa>. Acesso em 27.3.2017.

aos costumes e às práticas fundadas na respectiva religiosidade, ressalvadas as condutas vedadas por legislação específica;V - a produção e a divulgação de publicações relacionadas ao exercício e à difusão das religiões de matriz africana;VI - a coleta de contribuições financeiras de pessoas naturais e jurídicas de natureza privada para a manutenção das atividades religiosas e sociais das respectivas religiões;VII - o acesso aos órgãos e aos meios de comunicação para divulgação das respectivas religiões;VIII - a comunicação ao Ministério Público para abertura de ação penal em face de atitudes e práticas de intolerância religiosa nos meios de comunicação e em quaisquer outros locais.

(...)

Art. 26. O poder público adotará as medidas necessárias para o combate à intolerância com as religiões de matrizes africanas e à discriminação de seus seguidores, especialmente com o objetivo de:

I - coibir a utilização dos meios de comunicação social para a difusão de proposições, imagens ou abordagens que exponham pessoa ou grupo ao ódio ou ao desprezo por motivos fundados na religiosidade de matrizes africanas;II - inventariar, restaurar e proteger os documentos, obras e outros bens de valor artístico e cultural, os monumentos, mananciais, flora e sítios arqueológicos vinculados às religiões de matrizes africanas;III - assegurar a participação proporcional de representantes das religiões de matrizes africanas, ao lado da representação das demais religiões, em comissões, conselhos, órgãos e outras instâncias de deliberação vinculadas ao poder público.

Desse modo, o Ministério Público, também enquanto Estado, deve se pautar pelo respeito e garantia da laicidade, da liberdade de crença e especialmente da proteção aos povos de terreiros.

## **5. CASOS CONCRETOS DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DO PARANÁ**

Na noite do dia 3 de agosto de 2013, na cidade de Londrina/PR, ocorreu uma tragédia que abalou não somente essa cidade, mas todo o Brasil. A pessoa de Diego Ramos Quirino invadiu a casa onde moravam Vilma Santos de Oliveira (63 anos), Olívia Santos de Oliveira (10 anos) e Allial de Oliveira dos Santos (86 anos), e, demonstrando brutalidade incomum, desferiu-lhes vários golpes de faca, matando-as. Na denúncia oferecida pelo Ministério Público, ficou consignado que o assassino cometeu os homicídios por motivo torpe, impelido por fanatismo religioso cristão e intolerância relativamente a crenças diferentes, uma vez que

as vítimas eram notórias adeptas do Candomblé, sendo que a primeira (Yá Mukumby<sup>41</sup>) destacava-se por sua ativa e engajada militância nas lutas pela promoção da igualdade racial e da tolerância religiosa, dentre outras causas de nobre e vultosa importância<sup>42 43</sup>.

O referido GT de Combate ao Racismo, juntamente com a Câmara de Vereadores de Londrina, promoveu, no dia 22 de novembro de 2014, Audiência Pública para discutir o “Genocídio da Juventude Negra”, na qual foram discutidas todas as formas de violência sofrida pelos jovens negros da cidade, que vem aumentando a cada ano, principalmente nas periferias.

Também em Londrina, o Grupo de Trabalho de Combate ao Racismo, sob a coordenação da Promotoria de Justiça dos Direitos Humanos, no dia 26 de novembro de 2015, realizou reunião histórica com 72 (setenta e duas) pessoas, com destaque para a presença de vários representantes de terreiros e do Delegado Chefe da Polícia Civil e representante da Guarda Municipal, ocasião em que os religiosos puderam expressar a violência, inclusive a institucional, sofrida pelos praticantes das religiões de base africana. No encontro, o representante da Associação de Ogãs de Londrina<sup>44</sup> mencionou algumas situações envolvendo os praticantes dessas religiões, como assassinatos, intolerância e racismo, somente pelo fato das vítimas seguirem uma religião diferente da maioria da população, e sustentou que a violência e negligência por parte da polícia é generalizada e que há muitas casas procurando ajuda, devido a uma série de ameaças. Além disso, abordou a questão educacional, no que tange ao despreparo das escolas para o atendimento e recebimento de pessoas de religiões de base africana. Os representantes da Polícia Civil e da Guarda Municipal se comprometeram a adotar providências no

41 Yá: Mãe de Santo (ou como ela gostava de ser chamada: Zeladora de Santo); Mukumby: nome único dado a uma pessoa que incorpora o Orixá Ogum. Ela estava no Candomblé há 49 anos, incorporava o Orixá Ogum (Deus do Ferro e do Caminho) e foi assassinada no seu Terreiro.

42 O réu, entretanto, foi absolvido de forma imprópria, já que, à época dos fatos, exame psiquiátrico e psicológico concluiu que o mesmo era totalmente incapaz de entender o caráter ilícito de sua conduta; sendo-lhe aplicada medida de segurança, consistente em internação no Manicômio Judiciário do Estado, onde permanece.

43 Ressalte-se que, na fase de elaboração do inquérito policial sobre esses homicídios, o Grupo de Trabalho (GT) de Combate ao Racismo de Londrina, sob coordenação do Ministério Público e do qual fazem parte representantes do movimento negro, das universidades e da sociedade civil, convidou o então Promotor de Justiça que atuava junto à 1a.

44 Organização dos homens do Candomblé; os órgãos de várias casas de Candomblé e Umbanda que se reúnem para decidir alguns pontos relacionados à religião.

sentido de capacitar melhor seus agentes nas questões étnico-raciais<sup>45</sup>

No ano de 2013, O Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos, na área de Direitos Constitucionais, através do seu Núcleo de Promoção da Igualdade Étnico-Racial – NUPIER instaurou Procedimento Administrativo, para acompanhamento e monitoramento de provável caso de Injúria Racial e/ou Racismo, em que foi vítima a Senhora Iara de tal. Na ocasião, um abaixo-assinado, elaborado e assinado por um grupo de moradores vizinhos, continha termos de injúria racial, bem como de intolerância religiosa, além de solicitar a retirada da Sra. Iara da sua própria residência pelo motivo que é seguidora de religião de matriz africana.

Em 11 de setembro de 2013, a Sra. Iara confeccionou Boletim de Ocorrência, no qual está capitulada como natureza do crime “calúnia” e “difamação”, tendo sido gerado, em decorrência, o Termo Circunstanciado e encaminhado ao Juizado Especial Criminal de Curitiba. Trata-se de exemplo evidente do racismo institucional que se manifesta pelo fenômeno do erro de capitulação e consequente subnotificação. Ainda que motivado pelo preconceito religioso, o crime foi considerado comum e não especializado (crime racial). A partir de intervenção do Ministério Público, o 4º Juizado Especial Criminal da Capital entendeu pela declinação de competência para processar e julgar o com remessa dos autos à Promotoria de Justiça Criminal e, posterior encaminhamento à Corregedoria Geral da Polícia Civil do Estado do Paraná, para instauração de Inquérito Policial pelo crime corretamente capitulado.

Em 07 de outubro de 2015, o referido núcleo também realizou atendimento de uma adolescente que, no dia 31 de agosto de 2015, dentro da sala de aula da sexta série A, de um Colégio Estadual de Curitiba, sofreu agressão física em virtude de discussão anterior com uma outra aluna que dizia que a vítima deveria ter vergonha por cultivar o candomblé, uma *coisa do diabo*. Ressalte-se que houve muita dificuldade por parte da genitora da adolescente de registrar ocorrência de crime de preconceito, razão pela qual houve instauração de Notícia de Fato, encaminhada à 1ª Promotoria do Adolescente em Conflito com a Lei para instauração de Inquérito Policial.

Em 19 de abril de 2016, o referido Núcleo recebeu solicitação de atendimento para suposta vítima de preconceito que se viu impedida de alugar um barracão, após declinar à imobiliária que o objetivo da loca-

45 O GT de Combate ao Racismo de Londrina vem participando da formação dos novos policiais militares e guardas municipais, proferindo palestras nesses cursos, com ênfase nos malefícios do racismo institucional.

ção seria para um Terreiro de Umbanda, instituição religiosa. Tendo em vista a possível ocorrência de crime previsto no art. 5º da Lei 7716/89, o CAOP instaurou a Notícia de Fato e encaminhou às Promotorias de Justiça Junto às Varas Criminais para instauração de Inquérito Policial, para apuração de crime especializado.

Em 1º de abril de 2016, Jhonatan Rodrigues Monteiro compareceu ao Centro de Apoio Operacional, especialmente no NUPIER, para prestar termo de declaração sobre a ocorrência de suposto crime de preconceito religioso, ocorrido na data de 26 de março de 2016, em relação à sua pessoa e ao terreiro localizado no município de Araucária/PR, em que é babalorixá. Relatou que durante um ritual religioso, sofreu ameaça de morte e lesão corporal por parte de vizinhos, por não concordar com a retirada de oferenda colocada na esquina da rua em que está localizado o Terreiro. Na sequência, cerca de 30 (trinta) homens foram ao local com pedaços de pau, tijolos e quebraram o seu carro que afirmando que se tratava de “AC” se referindo a anticristo e “coisa do demônio, nunca mais vão tocar saravá aqui, nós vamos matar vocês”. Nesse episódio, vários Filhos de Santo do Terreiro sofreram lesões corporais sérias e precisaram ser atendidos no hospital, sendo até hoje constantes as ameaças de morte por parte da vizinhança.

Apesar de nítida motivação preconceituosa, em 28 de março de 2016, Jhonatan realizou o Boletim de Ocorrência nº 2016/333853, junto à Delegacia de Polícia de Araucária, no qual está capitulada como natureza do crime apenas “lesão corporal – constatada - crimes contra a pessoa”. Por esse motivo, mais uma vez, o Ministério Público Estadual teve de instaurar procedimento para acompanhamento e monitoramento dos fatos, de forma a adequar a tipicidade do crime erroneamente registrado.

Além de intervenções especializadas na seara criminal em tais casos emblemáticos<sup>46</sup>, o Ministério Público do Estado participa das discussões do Conselho Estadual de Promoção da Igualdade Racial do Estado do Paraná, criado pela Lei 17.726/2013, onde se deliberam políticas públicas de promoção de direitos de povos de terreiros.

46 Os quais não são, por óbvio, os únicos atendidos pelo MPPR para fins de apuração de intolerância religiosa, sendo que, a partir de pesquisa realizada no ano de 2014 pelo NUPIER, mais de metade dos registros de ocorrência policiais nessa temática apresentavam-se incorretos tecnicamente e encaminhados ao Juizado Especial Criminal, razão pela qual, houve elaboração de notas técnicas pelas Corregedorias das Polícias Civil e Militar, bem como do próprio Ministério Público no sentido de correção de tal problemática. O resultado do trabalho foi um aumento de mais de 500 por cento de notificações envolvendo crimes raciais no Estado nos anos seguintes. <https://www.bemparana.com.br/noticia/413714/denuncias-de-racismo-no-parana-crescem-511-em-dois-anos>.

Finalmente, todas as promotorias de justiça com atribuições nas áreas de educação e/ou direitos humanos do Estado do Paraná devem fiscalizar a concreta aplicação da Lei Federal nº 10.639/2003, a qual prevê, no currículo oficial da Rede de Ensino (fundamental e médio), a obrigatoriedade do estudo da temática “História e Cultura Afro-Brasileira”, sendo essa política pública essencial para que, a partir da educação, seja desconstruído o preconceito que afeta as religiões de matriz africana.

## 6. CONCLUSÕES

As constantes violações de direitos de povos de terreiros estão diretamente relacionadas às práticas racistas que afetam de forma inquestionável a população negra, representante de mais da metade da população brasileira atual.

A legislação nacional e internacional preveem que uma das missões do Ministério Público é o enfrentamento ao racismo e a fiscalização de políticas públicas que, efetivamente, promovam uma igualdade étnico-racial ainda bastante distante da realidade de nosso país. Ainda, os órgãos ministeriais devem se pautar pelos princípios de laicidade do Estado e liberdade de crença da população, garantindo, assim, que, nos serviços públicos, não exista supremacia ou privilégio de uma religião sobre outra.

Pesquisas demonstram que as religiões de base africana são alvo de crimes que envolvem violência verbal e física em índices completamente desproporcionais a eventuais discriminações contra demais religiões cultuadas no Brasil. Nesse sentido, o Ministério Público deve estar atento para priorizar a proteção aos povos de terreiro, os quais, muitas vezes, têm suas pretensões obstadas no Sistema de Justiça, a partir de manifestações do próprio racismo institucional.

Casos concretos ocorridos no Paraná, nos últimos anos, demonstram que há dificuldade de correto registro e adequada investigação de crimes de preconceito, quando as vítimas são adeptas de religiões afro-brasileiras. Ainda, a lei 10.639/2003 e outras políticas públicas de promoção da igualdade étnico-racial não vêm sendo devidamente implementadas, o que demanda a fiscalização e consequente ajuizamento de ação pelo Ministério Público do Estado para a cobrança de tais mudanças na realidade.

## 7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BULOS, Uadi Lammêgo; Curso de direito constitucional. 1. ed. São Paulo : Saraiva, 2007, P. 433.

LANZA, Fábio e outros. *Yá Mukumby: a vida de Vilma Santos de Oliveira*. Londrina: UEL, 2010, Coleção Presença Negra em Londrina.

LOREA, Roberto Arriada. *Em Defesa das Liberdades Laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

MORAES, Fabiana. *No país do racismo institucional: dez anos de ações do GT Racismo no MPPE*, Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, 2013.

NUTO, João Vianney Cavalcanti e ALCÂNTARA, Pedro Ivo Souza de. *O uso de Símbolos Religioso em Repartições Públicas: uma Análise Histórica sobre o Alcance da Laicidade*. Disponível em: [http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO\\_LAICO\\_volume\\_1\\_web.PDF](http://www.cnmp.gov.br/portal/images/stories/Destaques/Publicacoes/ESTADO_LAICO_volume_1_web.PDF)

SARMENTO, Daniel. *O crucifixo nos Tribunais e a Laicidade do Estado*. Revista Eletrônica PRPE. Maio de 2007. Disponível em: <http://www.prpe.mpf.mp.br/internet/Legislacao-e-Revista-Eletronica/Revista-Eletronica/2007-ano-5/0-Crucifixo-nos-Tribunais-e-a-Laicidade-do-Estado>. Acesso em: 09/11/2015.

SILVA, Maria Nilza da. *Nem para todos é a cidade: segregação urbana e racial em São Paulo, 1ª*. Edição – Brasília, DF: Fundação Cultural Palmares, 2006.

VECCHIATTI, Paulo Roberto Iotti. *Tomemos a sério o princípio do Estado laico*. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/11457/tomemos-a-serio-o-principio-do-estado-laico/2>. Acesso em: 11 nov. 2015.





**Mário Augusto Jaceguay Zamataro**

Auditor atuante no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Cíveis, Falimentares, de Liquidações Extrajudiciais, das Fundações e do Terceiro Setor.

**PERDA DO CARGO DE MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM DECORRÊNCIA DA PRÁTICA DE CRIME E DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

Cláudio Smirne Diniz<sup>1</sup>

**1. EXPOSIÇÃO DO TEMA**

Três entendimentos, relacionados à perda do cargo de membro do Ministério Público, despertam a preocupação que motiva o presente ensaio.

O primeiro deles diz respeito à possibilidade de ajuizamento da ação de perda do cargo, anteriormente ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, prolatada em ação penal para a apuração dos mesmos fatos. Com esse entendimento, o Conselho Nacional do Ministério Público proferiu decisão no sentido da desnecessidade do trânsito em julgado da sentença penal condenatória para se ajuizar ação civil de perda do cargo de membro do Ministério Público (CNMP. Procedimento de Controle Administrativo n. 1.00266/2016-11. Rel. Cons. Fábio George Cruz da Nóbrega. J. 13.09.2016).

Nesse mesmo sentido, a Ministra Cármen Lúcia, ao apreciar pedido de liminar (STF. MS 30.338-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 25.03.2014), consignou bastar ao Colégio de Procuradores de Justiça, para a decisão quanto ao ajuizamento da ação de perda do cargo, a conclusão da fase instrutória da ação penal, a partir do que poderia haurir os elementos necessários à sua decisão:

7. Depreende-se dos fundamentos postos no ato questionado que o condicionamento determinado para o exame da autorização necessária ao ajuizamento da ação civil de perda do cargo (trânsito em julgado das ações penais) mostra-se destituído de razões suficientes, pelo menos neste exame prefacial, para o que se propõe (suprir aquele exame com elementos aptos a formação do convencimento do Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça).

[...]

8. Tem-se, portanto, que, além de a matéria já ter sido objeto de apreciação por órgão disciplinar do Ministério Público fluminense (devendo-se presumir, assim, pela existência de elementos sufi-

<sup>1</sup> Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Designado para a Assessoria de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça. Doutor em Direito. Professor de Direito Administrativo.

cientes para a realização do juízo administrativo exigido, seja ele negativo ou positivo), bastaria a conclusão da fase instrutória na esfera penal para a obtenção dos elementos necessários à atuação do Colégio de Procuradores.

O segundo entendimento consiste na possibilidade de perda do cargo, como sanção aplicada diretamente, por meio de sentença condenatória, proferida em ação de improbidade administrativa ou ação penal, dispensando-se o ajuizamento da ação civil específica, de atribuição do Procurador-Geral.

Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já reconheceu a possibilidade de que o Promotor de Justiça possa perder o cargo por condenação apenas em ação por ato de improbidade administrativa, dispensando-se o ajuizamento de ação civil própria, já que, em tal hipótese, a determinação para a perda do cargo decorre da própria Constituição (STJ. REsp. 1.191.613/MG. Rel. Min. Benedito Gonçalves. J. 19.05.2015).

O terceiro e último entendimento assegura a competência do Conselho Nacional do Ministério Público para determinar, em sede de procedimento administrativo disciplinar, o ajuizamento, pelo Procurador-Geral, da ação civil de perda do cargo. Exemplifica-se a prevalência desse entendimento nos seguintes casos já julgados: 1. PCA nº 137/2017-40. Rel. Conselheiro Esdras Dantas. J. 23.05.2017; 2. PCA nº 1.00998/2016-44. Rel. Conselheiro Walter de Agra. J. 25.04.2017.

Não obstante os relevantes fundamentos que embasaram os três entendimentos acima referidos, sustenta-se posicionamento diverso, conforme se passa a expor.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1. O procedimento de perda do cargo do membro do Ministério Público

Há duas fases relativas à perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público: i) a primeira, de natureza administrativa, envolve o procedimento administrativo disciplinar e a deliberação do colegiado para o ajuizamento da ação civil de perda do cargo; e, ii) a segunda, que se consubstancia no exercício de atividade-fim, diz respeito à propositura da ação judicial<sup>2</sup> pelo Procurador-Geral, perante o respectivo Tribunal.

<sup>2</sup> Observe-se que as leis orgânicas fazem previsão à ação de perda do cargo, porém não estabelecem o rito procedimental, aplicando-se, portanto, o procedimento comum, previsto nos arts. 319 e ss. do NCPC, nos termos do art. 318 do mesmo Código: “Aplica-se a todas as causas o procedimento comum, salvo disposição em contrário deste Código ou de lei”.

No Ministério Público da União, compete ao Conselho Superior, por maioria absoluta de seus membros, autorizar o Procurador-Geral da República a ajuizar a ação de perda do cargo (LC 75/93, art. 57, XX). No Ministério Público dos Estados, compete ao Colégio de Procuradores, deliberar, por iniciativa de um quarto de seus integrantes ou do Procurador-Geral de Justiça, que este ajuíze ação cível de decretação de perda do cargo de membro vitalício do Ministério Público.

A autorização para o ajuizamento da ação civil de perda do cargo constitui-se em procedimento voltado à proteção da vitaliciedade do membro do Ministério Público, evitando-se sua fragilização, na medida em que se propõe a impedir que eventuais posturas, por parte do Procurador-Geral, na hipótese de se distanciarem de suas finalidades públicas, possam atentar contra a mencionada garantia.

A ação civil de perda de cargo ocupado por membro vitalício do Ministério Público da União tem previsão no art. 208 da Lei Complementar 75/1993:

Art. 208. Os membros do Ministério Público da União, após dois anos de efetivo exercício, só poderão ser demitidos por decisão judicial transitada em julgado.

Parágrafo único. A propositura de ação para perda de cargo, quando decorrente de proposta do Conselho Superior depois de apreciado o processo administrativo, acarretará o afastamento do membro do Ministério Público da União do exercício de suas funções, com a perda dos vencimentos e das vantagens pecuniárias do respectivo cargo.

No Ministério Público da União as hipóteses de perda do cargo são elencadas no inc. V do art. 240 da Lei Complementar 75/1993:

Art. 240. As sanções previstas no artigo anterior serão aplicadas: [...]

V - as de demissão, nos casos de:

- a) lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional ou de bens confiados à sua guarda;
- b) improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º, da Constituição Federal;
- c) condenação por crime praticado com abuso de poder ou violação de dever para com a Administração Pública, quando a pena aplicada for igual ou superior a dois anos;
- d) incontinência pública e escandalosa que comprometa gravemente, por sua habitualidade, a dignidade da Instituição
- e) abandono de cargo;

- f) revelação de assunto de caráter sigiloso, que conheça em razão do cargo ou função, comprometendo a dignidade de suas funções ou da justiça;
- g) aceitação ilegal de cargo ou função pública;
- h) reincidência no descumprimento do dever legal, anteriormente punido com a suspensão prevista no inciso anterior;

No âmbito do Ministério Público dos Estados, a perda do cargo está prevista nos §§ 1º e 2º da Lei 8.625/1993:

Art. 38. Os membros do Ministério Público sujeitam-se a regime jurídico especial e têm as seguintes garantias:

[...]

§ 1º O membro vitalício do Ministério Público somente perderá o cargo por sentença judicial transitada em julgado, proferida em ação civil própria, nos seguintes casos:

I - prática de crime incompatível com o exercício do cargo, após decisão judicial transitada em julgado;

II - exercício da advocacia;

III - abandono do cargo por prazo superior a trinta dias corridos.

§ 2º A ação civil para a decretação da perda do cargo será proposta pelo Procurador-Geral de Justiça perante o Tribunal de Justiça local, após autorização do Colégio de Procuradores, na forma da Lei Orgânica.

Em decorrência do princípio da especialidade, o membro do Ministério Público somente perde o cargo por ação civil própria, ajuizada pelo respectivo Procurador-Geral, nos termos das Leis Orgânicas do Ministério Público da União e dos Estados (STJ. Resp 1.251.621/AM. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 16.10.2014).

## 2.2. Perda do cargo em decorrência da prática de crime

A ação penal, por si só, não pode resultar na perda do cargo de membro do Ministério Público, em razão da garantia da vitaliciedade, a qual somente pode ser flexibilizada em função de ação civil proposta para este fim.

A análise quanto à perda do cargo de membro do Ministério Público, quando da prática de crime, não se dará pela análise do *quantum* da pena aplicada, como sucede com os agentes públicos em geral (CP, art. 91), mas em razão de o crime praticado mostrar-se ou não incompatível com o exercício do cargo. Tal verificação é feita pelo Colegiado, ao qual incumbe autorizar o Procurador-Geral a ajuizar a ação civil para a perda do cargo.

É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. CONDENAÇÃO. PENA DE PERDA DO CARGO DE PROMOTOR DE JUSTIÇA. INCIDÊNCIA DA LEI N.º 8.625/93. NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO CIVIL PELO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA.

1. Em relação ao art. 92 do Código Penal, o art. 38 da Lei n. 8.625/1993 é norma especial, razão pela qual deve esta última prevalecer, por trazer forma particular da perda do cargo de membro do Ministério Público.

2. A teor do art. 38, § 1.º, inciso I, e § 2.º da Lei n.º 8.625/93, a perda do cargo de membro do Ministério Público somente pode ocorrer após o trânsito em julgado de ação civil proposta para esse fim. E, ainda, essa ação somente pode ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, quando previamente autorizado pelo Colégio de Procuradores, o que constitui condição de procedibilidade, juntamente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. (Resp n. 1251621/AM, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 16/10/2014, DJe 12/11/2014).

3. Para que possa ocorrer a perda do cargo do membro do Ministério Público, são necessárias duas decisões. A primeira, condenando-o pela prática do crime e a segunda, em ação promovida pelo Procurador-Geral de Justiça, reconhecendo que o referido crime é incompatível com o exercício de suas funções, ou seja, deve existir condenação criminal transitada em julgado, para que possa ser promovida a ação civil para a decretação da perda do cargo (art. 38, §2º, da Lei n. 8.625/1993).

4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp. nº 1.409.692-SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 23.05.2017)

Assim já havia reconhecido, de fato, o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial 1.251.621-AM. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 16.10.2014:

[...]

6. A teor do art. 38, § 1.º, inciso I, e § 2.º da Lei n.º 8.625/93, a perda do cargo de membro do Ministério Público somente pode ocorrer após o trânsito em julgado de ação civil proposta para esse fim. E, ainda, essa ação somente pode ser ajuizada pelo Procurador-Geral de Justiça, quando previamente autorizado pelo Colégio de Procuradores, o que constitui condição de procedibilidade, juntamente com o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

7. Em se tratando de normas legais de mesma hierarquia, o fato de a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público prever regras específicas e diferenciadas das do Código Penal para a perda de cargo, em atenção ao princípio da especialidade - *lex specialis derogat generali* -,

deve prevalecer o que dispõe a referida lei orgânica.

8. Recurso especial parcialmente provido, tão somente para afastar a determinação de perda de cargo exarada no acórdão recorrido.

No mesmo sentido: STJ. REsp. 1.428.833/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 13.09.2016.

A lei dispõe que a perda do cargo, em razão da prática de crime, pressupõe o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Entretanto, poder-se-ia aventar a possibilidade de ajuizamento da ação civil de perda do cargo, na pendência da ação penal, condicionando-se apenas seu julgamento ao prévio trânsito em julgado da sentença penal.

Entretanto, não se vislumbra motivos para assim se proceder. A ação civil de perda do cargo constitui-se em medida extrema, devendo, por ser mais recomendável, aguardar o posicionamento judicial definitivo, no crime, para a propositura da ação civil, pois, por evidente, se o fundamento da ação civil de perda do cargo for a prática de crime e, na respectiva ação penal, for proferida sentença absolutória, tem-se situação que obsta o ajuizamento da ação civil, independentemente do fundamento utilizado para a absolvição.

Pondera-se, ainda, na mesma linha de argumentação, que a declaração de extinção da punibilidade não deve produzir efeitos jurídicos em desfavor do réu e, portanto, em tal hipótese, resta inviabilizada a ação civil de perda do cargo ou de cassação da aposentadoria<sup>3</sup>. Observa-se que, caso sobrevenha a prescrição, não há, nem mesmo, interesse recursal do réu (STJ. REsp. 1.315.619-RJ. Rel. Min. Gurgel de Faria. J. 17.11.2015). Desta forma, negar ao réu o direito de recorrer e, ainda assim, extrair efeitos da decisão de extinção da punibilidade, afrontaria o devido processo legal.

Por outro lado, não há previsão de incidência da prescrição para o ajuizamento da ação civil, razão pela qual se mostra de todo razoável que se aguarde a solução definitiva da questão criminal.

Por fim, considere-se que a ação civil de perda do cargo deve, naturalmente, ser célere, pois a instrução poderá se dar mediante o compartilhamento das provas produzidas na ação penal, consoante expressa

<sup>3</sup> Não se desconhece entendimento contrário do Superior Tribunal de Justiça, em relação ao qual se discorda pelas razões acima declinadas: “A condição disposta no art. 38, § 1º, I, da Lei 8.625/93 impõe que o recorrente haja praticado um crime e não que ele haja sido punido por este crime. Consequências diversas estas que, no presente caso, levam a compreender que o recorrente de fato praticou um crime e, portanto, nenhum óbice há que a demissão deste fosse levada a cabo” (STJ. REsp. 1.535.222-MA. Rel. Og Fernandes. J. 28.03.2017).

previsão do art. 372 do Novo Código de Processo Civil: “O juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório”. Assim, por mais esta razão, não haveria prejuízo em se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal condenatória para a propositura da ação civil.

### 2.3. Perda do cargo pela prática de ato de improbidade administrativa

Dentre as sanções previstas ao autor do ato de improbidade administrativa encontra-se a perda do cargo, sem que haja qualquer restrição em relação à sua aplicação aos membros do Ministério Público.

Nesse sentido, dispõe o § 4º do art. 37 da Constituição Federal: “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”. Também prevê a perda do cargo o art. 12 da Lei 8.429, de 02.06.1992.

Todavia, os membros do Ministério Público vitalícios somente perdem o cargo mediante ação própria, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelo Procurador-Geral da República.

Assim, embora a improbidade seja fundamento para o pedido de perda do cargo, esta não se opera na própria ação de improbidade administrativa, proposta em primeiro grau de jurisdição, mas, a partir dela, mediante ação específica, proposta pelo respectivo Procurador-Geral, perante o Tribunal. Trata-se da harmonização entre a Lei Orgânica do Ministério Público e a Lei de Improbidade Administrativa, considerando, sempre, o caráter especial da primeira (“*Lex specialis derogat generalis*”).

Pondera-se que posição diversa representaria enorme vulnerabilidade à garantia da vitaliciedade, mesmo porque a ação de improbidade administrativa não é de legitimidade exclusiva do Ministério Público e, nessa medida, pode ser proposta pela própria Administração Pública, em relação à qual, não raras vezes, o membro do Ministério Público experimenta desgastes decorrentes do exercício de suas funções. Pensar que essa mesma Administração Pública possa postular pela perda do cargo, seria admitir inegável fragilização da independência do Ministério Público.

### 2.4. Independência funcional do Procurador-Geral

É defeso ao Conselho Nacional do Ministério Público determinar o ajuizamento da ação civil de perda do cargo, pois assegura-se ao Procu-

rador-Geral, sem ressalvas, a independência funcional, uma vez que, em situações tais, age o Chefe da Instituição no exercício das funções de execução a ele confiadas, nos termos da lei, hipótese que obsta a atuação direta do Conselho Nacional, exatamente conforme previsão do Enunciado nº 06 do próprio CNMP: “Os atos relativos à atividade-fim do Ministério Público são insuscetíveis de revisão ou desconstituição pelo Conselho Nacional do Ministério Público”.

### 3. CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo posicionamento no sentido de que: i) a propositura da ação civil de perda de cargo de membro do Ministério Público, em razão da prática de crime, exige o prévio trânsito em julgado da sentença penal condenatória, constituindo-se, portanto, em condição de procedibilidade daquela ação; ii) a perda do cargo de membro do Ministério Público, em razão da prática de ato de improbidade administrativa, opera-se apenas por sentença judicial, com trânsito em julgado, prolatada em processo decorrente de ação específica, proposta pelo Procurador-Geral de Justiça ou pelo Procurador-Geral da República, perante o respectivo Tribunal; e, iii) é defeso ao Conselho Nacional do Ministério Público determinar o ajuizamento da ação civil de perda do cargo, pois assegura-se ao Procurador-Geral, sem ressalvas, a independência funcional.

### 4. REFERÊNCIAS

CNMP. Procedimento de Controle Administrativo nº 137/2017-40. Rel. Conselheiro Esdras Dantas. J. 23.05.2017.

CNMP. Procedimento de Controle Administrativo nº 1.00998/2016-44. Rel. Conselheiro Walter de Agra. J. 25.04.2017.

CNMP. Procedimento de Controle Administrativo n. 1.00266/2016-11. Rel. Cons. Fábio George Cruz da Nóbrega. J. 13.09.2016.

STF. MS 30.338-DF. Rel. Min. Cármen Lúcia. J. 25.03.2014.

STJ. Resp. 1.251.621/AM. Rel. Min. Laurita Vaz. J. 16.10.2014.

STJ. Resp. 1.191.613/MG. Rel. Min. Benedito Gonçalves. J. 19.05.2015.

STJ. AgRg no Resp. 1.409.692-SP. Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca. J. 23.05.2017.

STJ. Resp. 1.428.833/SP. Rel. Min. Sebastião Reis Júnior. J. 13.09.2016.

STJ. Resp. 1.535.222-MA. Rel. Og Fernandes. J. 28.03.2017.

STJ. Resp. 1.315.619-RJ. Rel. Min. Gurgel de Faria. J. 17.11.2015.

## A INOPONIBILIDADE DA GARANTIA DA INDEPENDÊNCIA FUNCIONAL ÀS DIRETRIZES DO PLANEJAMENTO ESTRATÉGICO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz<sup>1</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO DO TEMA

Para o eficiente cumprimento de seus deveres constitucionais, deve o Ministério Público definir Planos e Programas de Atuação Institucional, com a fixação de metas prioritárias que orientem a atuação dos órgãos de execução e, até mesmo, da Administração Superior.

Ocorre que referidos projetos mostram-se, de certa forma, rarefeitos, em virtude da baixa adesão ou ausência de priorização pelos membros, situação que se aperfeiçoa mediante a questionável invocação do princípio da independência funcional.

Sustenta-se que a melhor interpretação do princípio da independência funcional não autoriza a recusa de atuação dos membros nos projetos estratégicos, legitimamente aprovados pela Instituição.

### 2. FUNDAMENTAÇÃO

#### 2.1. O Planejamento estratégico no âmbito do Ministério Público Brasileiro e o Princípio da Proteção Eficiente

O Ministério Público recebe do texto constitucional a missão de concretizar certos objetivos, dentre os quais “a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais indisponíveis” (CF, art. 127).

Consta da denominada Carta de Brasília, elaborada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público e publicada em 22.09.2016, que a defesa do regime democrático impõe ao Ministério Público o “desenvolvimento de planejamento estratégico funcional devidamente voltado para a efetivação, via tutela dos direitos e das garantias fundamentais, do princípio da transformação social, delineado no art. 3º da CR/1988”.

Em seguida, recomenda a atuação “pautada no Planejamento Estratégico

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Atua no Centro de Apoio e na Promotoria de Proteção à Educação. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda em Educação (UFPR).

aprovado democraticamente com a participação tanto dos membros e servidores quanto da sociedade” e “com base em Planos de Atuação, em Programas Institucionais e em Projetos Executivos que estejam em sintonia com o Planejamento Estratégico Institucional”.

Desta forma, os meios pelos quais os objetivos constitucionais serão atingidos estão consubstanciados na identificação de metas prioritárias, contempladas nos Planos e Programas de Atuação. “As metas, prioridades e ações definidas nos Planos e Programas de Atuação decorrem da necessidade de o Ministério Público cumprir, por força de imposição constitucional genérica, os seus objetivos estratégicos”<sup>2</sup>.

Tanto quanto possível, a atividade de planejamento de que se trata deve decorrer da participação efetiva dos membros, servidores e da comunidade em geral, o que lhe confere, não somente maior probabilidade de êxito, mas também, sobretudo, legitimidade.

Em suma, apresenta-se o planejamento estratégico como instrumento capaz de conferir racionalidade e coerência à atuação ministerial, atribuindo-lhe eficiência na realização dos objetivos institucionais, constitucionalmente estabelecidos, considerando-se que a tutela dos direitos fundamentais exige a proteção eficiente.

Reporta-se, com isso, à submissão do moderno sistema de proteção de direitos ao princípio da proporcionalidade, do que se extrai a vedação dos excessos estatais, ou seja, a proibição de se valer de mais poder, em detrimento do particular, do que o estritamente necessário para a tutela do interesse público, pois as prerrogativas da Administração alcançam seus limites nos direitos dos administrados.

O inverso disso, mantendo-se a mesma ordem de ideias, encontra-se no dever estatal em dispensar a devida proteção aos bens jurídicos fundamentais. Vale dizer, o Estado corre o risco de faltar com o seu dever de proteção quando atua de modo insuficiente, o que ocorrerá naquelas hipóteses em que de sua atuação resultar níveis de proteção inferiores ao mínimo constitucionalmente projetado. É exatamente esse dever de zelo que se denomina princípio da proteção eficiente. Para Lênio Luiz Streck:

Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção

<sup>2</sup> GOULART, Marcelo Pedroso. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013, p. 137.

insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador<sup>3</sup>.

É também por isso que a independência funcional deve se harmonizar com a unidade institucional, sob pena de não se despender a proteção eficiente aos bens jurídicos, cuja tutela foi confiada ao Ministério Público. Em síntese, a exacerbação da independência funcional, em prejuízo da unidade e da atuação estratégica, representa violação à proteção eficiente.

## 2.2. Princípio da independência funcional vs. Princípio da unidade institucional

Uma vez definidas as prioridades institucionais, mediante a legítima elaboração do planejamento estratégico, o dever de adesão e efetiva atuação por parte dos membros deixa a esfera da independência funcional, para se inserir no âmbito da unidade institucional.

É bem verdade que o princípio da independência funcional (CF, art. 127, § 1o; Lei 8.625/93, art.1o) assegura liberdade no exercício das atribuições, ao permitir que o membro atue segundo suas convicções, a partir de interpretação razoável da ordem e dos fatos jurídicos, ainda que, naturalmente, ocorram tentativas de interferência, quer no plano externo, quer no próprio âmbito interno.

Contudo, isto não significa dizer, em absoluto, que o membro do Ministério Público possa pautar sua atuação por priorizações de ordem subjetiva, as quais eventualmente se contraponham aos objetivos institucionais ou simplesmente não convirjam com eles. Para Emerson Garcia:

[...] o princípio da independência funcional não é um fim em si mesmo. Não é, igualmente, uma prerrogativa que se incorpora à pessoa dos membros do Ministério Público no momento em que tomam posse em seus cargos. Trata-se de mero instrumento disponibilizado aos agentes ministeriais com vistas à consecução de um fim: a satisfação do interesse público, sendo esta a razão de ser do Ministério Público, a exemplo do que se verifica em relação a qualquer órgão estatal<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Unter-massverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180.

<sup>4</sup> GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 146.

Trata-se, portanto, de garantia ao livre exercício das atividades confiadas ao Ministério Público, com largo reconhecimento da jurisprudência. No próprio Supremo Tribunal Federal a aplicação do princípio da independência funcional vem sendo reiteradamente associada à própria autonomia da Instituição: a “garantia da independência funcional, viabilizada, entre outras, pela prerrogativa de inamovibilidade, reveste-se de caráter tutelar. É de ordem institucional (CF, art. 127, § 1.º) e, nesse plano, acentua a posição autônoma do Ministério Público em face dos Poderes da República, com os quais não mantém vínculo de qualquer subordinação hierárquico-administrativa” (STF. AgRg no HC 102.147. Rel. Min. Celso de Mello. J. 01.03.2011).

Em última *ratio*, a independência funcional é mais uma garantia da própria sociedade, no sentido de que as decisões que lhes atinja diretamente serão tomadas com isenção, do que propriamente uma prerrogativa dos membros em terem assegurada sua liberdade de convicção intelectual.

Ao referido princípio, acresce-se o da unidade (CF, art. 127, § 1º), o qual orienta a atuação institucional do Ministério Público de forma tal que todos devam estar coesos na consecução do que se reputa, em determinado contexto, como estratégico. Apresenta-se, portanto, o princípio da unidade, em uma de suas acepções, como contraponto ao princípio da independência funcional.

Abre-se parênteses para o resgate teórico quanto ao método interpretativo dos princípios. Sabe-se que a aplicação dos princípios submetem-se à lógica da ponderação de valores, por meio da qual se concebe a incidência de mais de um princípio em relação ao mesmo fato jurídico, de tal forma que os efeitos de cada qual pode se dar em uma extensão maior ou menor, pois sua plasticidade propicia-lhe a cedência recíproca na aplicação.

É por isso que, na hipótese de colisão entre os princípios, eles não se excluem. Deverá ser verificado qual deles merece maior relevância no caso concreto, pois inexistente, em abstrato, prévia hierarquização. Trata-se de raciocínio natural que decorre do fato de a aplicação do princípio sempre envolver juízo de valor.

Nessa orientação, observa-se que o Conselho Nacional do Ministério Público já se pronunciou quanto a existência de limitação ao princípio da independência funcional, ponderando, no caso concreto, especialmente à luz dos deveres funcionais inerentes ao cargo de membro de Ministério Público, que:

A independência funcional comporta limites. Se da atuação do promotor no Tribunal do Júri, ainda que no exercício de sua atividade-fim, resulta violação a deveres funcionais, é possível a análise da conduta no campo disciplinar. – A insistência na oitiva de testemunhas ausentes, causando sucessivos adiamentos, e o posterior pedido de desistência de sua ouvida quando de seu comparecimento, requerendo a absolvição do réu, suprime a autonomia do Conselho de Sentença e viola o dever de atuar com zelo e presteza. Sucessivas ausências falsamente justificadas, com pedidos de adiamento de Sessões do Júri sem qualquer respaldo documental caracteriza violação a dever funcional. Condenação confirmada. [...]. (CNMP. Pedido de revisão de processo disciplinar nº 631/2008-94. J. 05.12.2008)

Em outra situação, o Conselho Nacional do Ministério Público, em razão do quanto disposto na Lei n. 12.594/2012 (Lei do SINASE), que torna obrigatória a elaboração e a implementação dos denominados Planos Decenais de Atendimento Socioeducativo, realizou verificação de quais municípios ainda não dispunham dos referidos instrumentos de planejamento. Em momento posterior, constatada a omissão do Ministério Público em adotar as providências necessárias a compelir as respectivas municipalidades a atenderem o comandado legal, encaminhou comunicação à Corregedoria Nacional para os devidos fins, em nítida e correta flexibilização à independência funcional (CNMP. Procedimento Interno de Comissão n. 0.00.000.000255/2016-48. Rel. Cons. Walter de Agra Júnior. J. 13.06.2017).

O princípio da unidade implica em dizer que os membros do Ministério Público, no exercício de suas respectivas atribuições funcionais, “não devem ser concebidos em sua individualidade, mas como presentantes e integrantes de um só organismo”<sup>5</sup>. Assim, para Emerson Garcia:

[...] fixar a atribuição não guarda similitude com a conduta de interferir no exercício das atribuições. Aquela é admissível, esta não. Fixada a atribuição do agente, somente poderá ele se escusar a atuar nas hipóteses previstas em lei, que são o impedimento e a suspeição, as quais em nada se confundem com a negativa de exercer suas atribuições ante a ausência de interesse público que o justifique. Esta encontra-se relacionada ao cargo e à própria Instituição, enquanto o impedimento e a suspeição estão vinculados à pessoa do agente.<sup>6</sup>

Do quanto foi posto, constata-se a inoponibilidade de se levantar a independência funcional como defesa para não aderir aos projetos

5 GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 130.

6 GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 153.

estratégicos institucionais. Ao assim proceder, o membro do Ministério Público estaria a violar o princípio da unidade da atuação e, conseqüentemente, estaria a omitir-se em relação aos seus deveres funcionais.

Para Eduardo Cambi, “não existe independência funcional para violar a lei, os deveres éticos do Ministério Público e o planejamento estratégico que permite, de forma organizada, otimizar os recursos públicos para que a instituição possua efetividade mínima necessária para ser reconhecida como essencial à defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”<sup>7</sup>.

Marcelo Goulart sintetiza: “O membro do Ministério Público que deixa de observar as metas, prioridades e ações estabelecidas nos Planos e Programas de Atuação não pode invocar, em sua defesa, o princípio da independência funcional, pois esse princípio não pode servir de escudo àqueles que deixam de cumprir objetivos institucionais constitucional e democraticamente definidos”<sup>8</sup>.

Para Rodrigo Leite Ferreira Cabral:

[...] é de se consignar que não parece existir dúvidas de que a melhor forma de suprir a lacuna que o princípio da independência funcional gera no princípio da unidade é a construção coletiva de planos de atuação, em que se deve definir publicamente as linhas mestras a serem seguidas pela Instituição.

Além disso, é de se ter claro que não é admissível que o membro do Ministério Público invoque, como escudo de proteção para situações de omissão, o princípio da independência funcional<sup>9</sup>.

Assim, a devida harmonização entre o princípio da independência funcional e o princípio da unidade levam à conclusão de que os “Planos e Programas contemplam, necessariamente, hipóteses de atuação obrigatória e vinculam os membros do Ministério Público”<sup>10</sup>.

### 3. CONCLUSÃO

7 CAMBI, Eduardo. Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público. Revista dos Tribunais. Vol. 955/2015, p. 93-139, maio/2015.

8 GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013, p. 137.

9 CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. In: Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol. I. Brasília: CNMP, 2016.

10 GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013, p. 137.

Do que precede, define-se pelo posicionamento segundo o qual o planejamento estratégico vincula todos os órgãos do Ministério Público e, assim, tem-se por inoponível a garantia da independência funcional ao planejamento estratégico, como escusa para a não adesão ou não atuação prioritária em relação aos planos e programas que o integram.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira. Corregedoria e os princípios institucionais do Ministério Público. In: Revista Jurídica Corregedoria Nacional: o papel constitucional das Corregedorias do Ministério Público, vol. I. Brasília: CNMP, 2016.

CAMBI, Eduardo. Princípio da Independência Funcional e Planejamento Estratégico do Ministério Público. Revista dos Tribunais. Vol. 955/2015, p. 93-139, maio/2015.

GARCIA, Emerson. Ministério Público: organização, atribuições e regime jurídico. São Paulo: Saraiva, 2015.

GOULART, Marcelo Pedrosa. Elementos para uma teoria geral do Ministério Público. Belo Horizonte: 2013.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180.



**Carla Moretto Maccarini**

Procuradora de Justiça atuante no 4º Grupo da Procuradoria de Justiça Criminal.



## AUDIÊNCIA PÚBLICA: INSTRUMENTO DE EFICIÊNCIA E DE FORTALECIMENTO DA LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz<sup>1</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO DO TEMA

O Ministério Público, não raras vezes, depara-se com limitações de conhecimento no manejo de questões marcadas pela mais elevada complexidade.

Por outro lado, há situações que envolvem interesses contrapostos, de intensa conflituosidade, ainda que todos de relevância pública. Esta litigiosidade, muitas vezes, importa em difíceis ponderações entre valores de grande significado social e, por isso, dirige-se ao Ministério Público a crítica acertada de não se mostrar suficientemente legitimado para tomar certas decisões, considerando-se, para tanto, que o membro do Ministério Público não é eleito e, portanto, em tese, não está legitimado a assumir, como representante da sociedade, dadas posições<sup>2</sup>.

Sustenta-se que em ambas as situações as audiências públicas, “realizadas na forma de reuniões organizadas, abertas a qualquer cidadão, representantes dos setores público, privado, da sociedade civil organizada e da comunidade” (Res. CNMP 82/2012, art. 1º), podem se mostrar adequadas na perspectiva de conferir ao Ministério Público maior domínio dos fatos para a formação de sua convicção, tornando a atuação mais eficiente e, ao mesmo tempo, porque submetida ao

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Atua no Centro de Apoio e na Promotoria de Proteção à Educação. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda em Educação (UFPR).

<sup>2</sup> Boaventura de Sousa Santos descreve a origem cultural do Estado brasileiro em relação à rejeição à participação popular: “O Brasil é uma sociedade com uma longa tradição de política autoritária. A predominância de um modelo de dominação oligárquico, patrimonialista e burocrático resultou em uma formação de Estado, um sistema político e uma cultura caracterizados pelos seguintes aspectos: a marginalização, política e social, das classes populares, ou a sua integração através do populismo e do clientelismo; a restrição da esfera pública e a sua privatização pelas elites patrimonialistas; a “artificialidade” do jogo democrático e da ideologia liberal, originando uma imensa discrepância entre o “país legal” e o “país real”. A sociedade e a política brasileiras são, em suma, caracterizadas pela total predominância do Estado sobre a sociedade civil e pelos obstáculos enormes à construção da cidadania, ao exercício dos direitos e à participação popular autônoma” (SANTOS, Boaventura de Sousa. Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva. In: \_\_\_\_ (Org.). Democratizar a democracia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 458).

debate, mais legítima e, na mesma medida, receptiva à comunidade.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1. Dos fundamentos da audiência pública

A audiência pública encontra-se fundamentada no princípio constitucional segundo o qual todo o poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (CF, art. 1º, parágrafo único)<sup>3</sup>.

Sabe-se que o poder é conferido pelo povo. Portanto, a concretização dos ideais republicanos e democráticos exige que a atuação estatal esteja pautada pelo viés democrático, dialógico e controlado. Afinal,

[...] é o suporte do povo que produz o poder das instituições de um país, e esse suporte é nada além do que a continuação do consentimento que produziu o surgimento das leis. Todas as instituições políticas são manifestações e materializações de poder; elas se petrificam e entram em decadência tão logo o poder existente do povo cessar de dar-lhes suporte<sup>4</sup>.

Segundo Paulo Bonavides: *“Por um certo prisma, governar é legislar; governo é legislativo; governa quem legisla. Em se tratando, porém, de democracia, há que atender a este requisito fundamental: legisla quem tem legitimidade. E legitimidade quem a tem é o povo”*<sup>5</sup>.

Em razão do princípio democrático<sup>6</sup>, as decisões governamentais devem se submeter a certos mecanismos de verificação perante os cidadãos, o que ocorre mediante múltiplos meios de participação, relacionados à interferência no próprio processo decisório, assim como de controle social, comprometido com a fiscalização do quanto decidido e de seu respectivo cumprimento<sup>7</sup>.

Assim, cada cidadão, individual ou coletivamente, exercerá seu papel de su-

3 O art. 58, § 2º, da CF/1988, prevê a realização de audiências públicas pelas comissões do Congresso Nacional.

4 ARENDT, Hannah. *On Violence*, San Diego; New York; London: Harcourt Brace & Company, 1970, p. 41. Tradução livre.

5 BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 435.

6 Quando se aborda a legitimação da atividade pública pela participação social, ou a insuficiência dela, é sempre oportuna a remissão ao trabalho de Sérgio Buarque de Holanda, quando afirma que: “[...] a democracia no Brasil foi sempre um lamentável mal-entendido” (HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995. p. 160).

7 Desenvolve-se no âmbito do Direito Administrativo, um modelo de governo participativo que recebe diferentes denominações, a exemplo de Administração Pública Democrática, Administração Consensual, Administração Concertada, Administração Paritária, Administração Dialógica, Administração Pluricêntrica.

jeito no planejamento, na gestão, no controle das políticas públicas e nas decisões estatais amplamente consideradas. Para Boaventura de Sousa Santos:

Não existe motivo para a democracia assumir uma só forma. Pelo contrário, o multiculturalismo e as experiências recentes de participação, apontam no sentido da deliberação pública ampliada e do adensamento da participação. O primeiro elemento importante da democracia participativa seria o aprofundamento dos casos nos quais o sistema político abre mão de prerrogativas de decisão em favor de instâncias participativas<sup>8</sup>.

É nesse sentido que as audiências públicas permitem a interlocução do Ministério Público com a sociedade civil<sup>9</sup>. A partir do que se ouve, o que inclui reivindicações, posições técnicas, críticas e propostas, o Ministério Público, após o indispensável tratamento das informações colhidas, disporá de rico material para a formulação de seu plano de atuação, não somente relacionado ao caso concreto, como também, de forma mais ampla, inspirando o próprio planejamento estratégico.

Constituem-se em mecanismo de exercício da soberania popular, pois o cidadão, diretamente ou por seus entes representativos, é convidado a apresentar propostas, reivindicar direitos, exigir a observância de deveres constitucionais e infraconstitucionais, bem como a tomar ciência de fatos ou medidas adotadas ou a serem adotadas pelo Ministério Público.

A denominada Carta de Brasília, elaborada no âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, recomenda a realização “periódica de audiências públicas para permitir ao cidadão o acesso ao Ministério Público para o exercício direto da soberania popular, nos termos do parágrafo único do art. 1º da CR/1988, de modo a viabilizar a participação e a deliberação social sobre prioridades que devam ser objeto da atuação da Instituição, assim como para prestar contas do trabalho ao cidadão interessado”.

Na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público dos Estados<sup>10</sup>, é estabelecida como atribuição do Ministério Público a promoção de audiências públicas e a emissão de relatórios (Lei 8.625/1993, art. 27, parágrafo único, IV):

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002, p. 77.

9 Para Bobbio: “a sociedade civil é o lugar onde surgem e se desenvolvem os conflitos econômicos, sociais, ideológicos, religiosos, que as instituições estatais têm o dever de resolver ou através da mediação ou através da repressão” (BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007, p. 33).

10 O inc. XIV do art. 6º da Lei Complementar nº 75/93 (Lei Orgânica do MPU) estabelece como atribuição do Ministério Público da União a promoção de outras ações necessárias ao exercício de suas funções institucionais, em defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 27. Cabe ao Ministério Público exercer a defesa dos direitos assegurados nas Constituições Federal e Estadual, sempre que se cuidar de garantir-lhe o respeito:

[...]

Parágrafo único. No exercício das atribuições a que se refere este artigo, cabe ao Ministério Público, entre outras providências:

[...]

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.

O § 1º do art. 1º da Resolução CNMP 82/2012 amplia o rol de participantes das audiências públicas, fazendo constar expressamente a presença de “representantes dos setores público, privado, sociedade civil organizada e da comunidade”, previsão esta perfeitamente adequada ao caráter democrático da atuação ministerial e aos próprios objetivos buscados por meio das audiências públicas.

## 2.2. Finalidades das audiências públicas

As audiências públicas facilitam a obtenção de informações, pois “terão por finalidade coletar, junto à sociedade e ao Poder Público, elementos que embasem a decisão do órgão do Ministério Público” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º). Tal situação também é válida nas hipóteses em se depara com múltiplas áreas de atuação do Ministério Público, já que se “o objeto da audiência pública consistir em fato que possa ensejar providências por parte de mais de um membro do Ministério Público, aquele que teve a iniciativa do ato participará sua realização aos demais membros, com antecedência mínima de 10 (dez) dias úteis, podendo a audiência pública ser realizada em conjunto” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 5º).

Considera-se que na sociedade civil há a formação das demandas sociais e, portanto, a interlocução com ela possibilita a “identificação de demandas sociais” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º, *caput*). Transcreve-se o posicionamento de Pedro Roberto Decomain:

[...] as audiências públicas revelaram-se mecanismos eficientes de equacionamento de problemas ligados a direitos e interesses difusos e coletivos de modo geral, como aqueles relacionados ao meio ambiente, ao consumidor, etc. Também são eficazes em matéria de serviços públicos, porque permitem um debate amplo em torno da atuação da Administração Pública, que tem sua eficiência analisada e questionada publicamente pelos destinatários dela, ou seja, pelas pessoas da coletividade de modo geral. Cabe ao Ministério Público

então promover referidas audiências, conduzindo durante elas os debates. Com isso toma plena ciência daquilo que a coletividade realmente deseja em determinado assunto, informando-se e formando um juízo mais próximo dos verdadeiros interesses comunitários, antes de empreender quaisquer providências<sup>11</sup>

As audiências públicas viabilizam também a participação da sociedade civil organizada por meio dos conselhos de políticas públicas. Trata-se de estrutura de composição híbrida, que inclui integrantes da sociedade civil e de representantes do Poder Público, constituindo “uma esfera que comporta a interação entre grupos organizados da sociedade, originários das mais diversas entidades, organizações, associações, movimentos sociais, etc.”<sup>12</sup>.

É evidente a pertinência de o Ministério Público abrir canais de diálogo com referidos Conselhos, além de zelar pelo seu adequado funcionamento, o que se evidencia, dentre outros exemplos que também poderiam ser trazidos, na área da educação, em relação à qual foi expedida a Recomendação CNMP nº 44, de 27.09.2016, que dispõe sobre a atuação do Ministério Público no controle do dever de gasto mínimo na educação, fazendo alusão ao “regular e autônomo funcionamento dos conselhos e fóruns (municipais, estaduais e nacional) de acompanhamento e controle social da área de educação, para que lhes sejam garantidas condições materiais e finalísticas de cumprir tempestivamente seu papel institucional [...]” (art. 4º, inc. XIX).

As audiências públicas prestam-se, também, a permitir a participação da sociedade na elaboração dos seus Programas de Atuação Funcional, identificando-se as necessidades coletivas, bem como torna possível esclarecer os cidadãos sobre as medidas adotadas pela Instituição. Daí a previsão constante do art. 1º da Resolução CNMP nº 82/2012, alterada pela Resolução CNMP nº 159, de 14.02.2017, de realização de audiências públicas para “elaboração e execução de Planos de Ação e Projetos Estratégicos Institucionais”, disposição aplicável aos órgãos de apoio: “As audiências públicas poderão ser realizadas também no âmbito das Câmaras de Coordenação e Revisão e dos Centros de Apoio Operacional, no âmbito de suas atribuições, sem prejuízo da observância das demais disposições desta Resolução” (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1º, § 3º).

Ressalta-se, em relação a este ponto, que se mostram frequentes as situações em que se exige ação coordenada do Ministério Público,

11 DECOMAIN, Pedro Roberto. Comentários à Lei Orgânica do Ministério Público. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994, p. 27.

12 GOHN, Maria da Glória. Conselhos gestores e participação sociopolítica. São Paulo: Cortez, 2001, p. 26.

naquelas lesões a direitos que extrapolam o âmbito de uma Comarca, fazendo-se necessário que o Centro de Apoio afeto à área, embora desprovido de funções de execução, articule com os órgãos de execução soluções conjuntas, hipótese em que poderá valer-se das audiências públicas como instrumento para tais fins.

Por outro lado, a realização de audiências públicas para a apresentação de resultados de trabalhos desenvolvidos pelo Ministério Público (Res. CNMP nº 82/2012, alterada pela Res. CNMP nº 159, de 14.02.2017, art. 1o) confere à Instituição um viés altamente republicano, pois, a partir desse instrumento, é colocada em prova a eficiência da Instituição.

### 3. CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo posicionamento segundo o qual as audiências públicas mostram-se adequadas a conferir ao Ministério Público maior domínio dos fatos para a formação de sua convicção, tornando a atuação mais eficiente e, ao mesmo tempo, porque submetida ao debate, mais legítima e, por estas razões, devem ser intensificadas, passando a integrar a rotina das atividades ministeriais, com o propósito de facilitar a obtenção de informações, permitir ações articuladas entre diversos segmentos, assim como apresentar resultados de atuação.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDR, Hannah. *On Violence*, San Diego; New York; London: Harcourt Brace & Company, 1970. Tradução livre.

BOBBIO, Norberto. *Estado, Governo, Sociedade: para uma Teoria Geral da Política*. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria constitucional da democracia participativa*. São Paulo: Malheiros, 2003.

DECOMAIN, Pedro Roberto. *Comentários à Lei Orgânica do Ministério Público*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1994.

GOHN, Maria da Glória. *Conselhos gestores e participação sociopolítica*. São Paulo: Cortez, 2001.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *Orçamento participativo em Porto Alegre: para uma democracia redistributiva*. In: \_\_\_\_ (Org.). *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 457-559.

\_\_\_\_. *Democratizar a democracia: os caminhos da democracia participativa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

## RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO DECORRENTE DA NÃO OFERTA DE VAGA NO ENSINO OBRIGATÓRIO

Hirmínia Dorigan de Matos Diniz<sup>1</sup>

### 1. EXPOSIÇÃO DO TEMA

A educação é direito de todos e dever do Estado (CF, art. 6º e 205), norma que se justifica pelo fato de o acesso ao ensino, em condições adequadas, constituir-se em pressuposto para o atingimento das finalidades do Estado Brasileiro (CF, arts. 1º e 3º). Por isso, o acesso à educação básica obrigatória e gratuita (CF, art. 208, I) é tido como direito público subjetivo (CF, art. 208, § 1º).

Não obstante, dentre outros indicadores igualmente idôneos, o “Programme for International Student Assessment”, desenvolvido pela Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), coordenado no Brasil pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (INEP), produziu Relatório de abrangência nacional, denominado PISA 2012 – Resultados Brasileiros, apontando que mais de 60% (sessenta por cento) dos alunos brasileiros, acima de 15 (quinze) anos de idade, apresentavam insuficiência de letramento e baixo nível de proficiência em matemática.

Por outro lado, dados do “Observatório do PNE”, divulgados pelo Todos pela Educação, dão conta de que 2,5 milhões de crianças e adolescentes ainda permanecem fora do sistema de ensino. Destas, 600 mil são crianças de 04 e 05 anos de idade<sup>2</sup>.

Tal quadro desperta enorme preocupação, pois ausência da proteção eficiente da política pública voltada à oferta da educação obrigatória, para além de violar direitos elementares, proporciona danos irreparáveis às crianças e adolescentes, trazendo-lhes consequências negativas nos aspectos neurológico, social, pedagógico e econômico.

Constatado o nexo entre a conduta estatal e os danos suportados, exsurge o dever do Estado de reparar este dano, inclusive em sua acepção moral. É o que se passa a demonstrar.

1 Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. Atua no Centro de Apoio e na Promotoria de Proteção à Educação. Mestre em Direito (PUC/PR). Doutoranda em Educação (UFPR).

2 Dados disponíveis em: <http://www.observatoriodopne.org.br/>. Acesso em 05.04.2017.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1. Do dever do Estado ofertar serviços educacionais

O art. 227 da Constituição Federal assegura, à criança e ao adolescente, inúmeros direitos, dentre os quais a educação. Por outro lado, estabelece o dever de se conferir prioridade absoluta na implantação de políticas públicas voltadas à sua efetividade. Vale ressaltar que esta norma constitucional, por tratar de direitos fundamentais, tem aplicação imediata, consoante a determinação do § 1º do art. 5º da Constituição Federal e, portanto, independe de regulamentação: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional reforça os deveres constitucionais: “O dever do Estado com educação escolar pública será efetivado mediante a garantia de: I - educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, organizada da seguinte forma: a) pré-escola; b) ensino fundamental; c) ensino médio;” (art. 4º).

O art. 1º do ECA institui a doutrina da proteção integral, concebida a partir de um sistema de proteção prioritário dos direitos fundamentais das crianças e adolescentes, oponíveis ao Estado, à família e à sociedade. Determina a atuação conjunta, para que seja disponibilizada à população infanto-juvenil toda assistência necessária para o seu completo desenvolvimento. Dentre os direitos que compõem este sistema inclui-se, por óbvio, o direito à educação.

Em decorrência da posição doutrinária assumida, o ECA elenca a obrigatoriedade em se assegurar todas as oportunidades e facilidades para o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social das crianças, em condições de liberdade e de dignidade (art. 3º).

Ressalva-se ser inviável a invocação de razões de ordem financeira para a negativa à efetivação de tal direito, diante da determinação constitucional de que a área possui tratamento prioritário, e não somente isto, de forma absoluta. É o que sustenta o Min. Herman Benjamin:

No campo dos direitos individuais e sociais de absoluta prioridade, o juiz não deve se impressionar nem se sensibilizar com alegações de conveniência e oportunidade trazidas pelo administrador relapso. A ser diferente, estaria o Judiciário a fazer juízo de valor ou político em esfera na qual o legislador não lhe deixou outra possibilidade de decidir que não seja a de exigir o imediato e cabal cumprimento dos deveres, completamente vinculados, da Administração Pública.

Se um direito é qualificado pelo legislador como absoluta priorida-

de, deixa de integrar o universo de incidência da reserva do possível, já que a sua possibilidade é, preambular e obrigatoriamente, fixada pela Constituição e pela lei. (STJ. REsp. 440.502/SP. Rel. Min. Herman Benjamin. J. 15.12.2009)

Importa a menção de que a reserva do possível encontra limitação insuperável no conjunto de direitos fundamentais que integram o núcleo do denominado mínimo existencial. Insere-se nesse conceito:

[...] um complexo de prerrogativas **cuja concretização** revela-se **capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadas da plena fruição** de direitos sociais básicos, tais como **o direito** à educação, **o direito** à proteção integral da criança e do adolescente, **o direito** à saúde, o direito à assistência social, **o direito** à moradia, **o direito** à alimentação e **o direito** à segurança. (STF. AgReg. no RE com Agravo 639.337-SP. Rel. Min. Celso de Mello. J. 23.08.2011)

Especificamente sobre a política pública para a educação, Ana Paula de Barcellos posiciona a reserva do possível, em face de políticas voltadas à concretização de direitos de tal envergadura:

Prosseguindo no exemplo da educação, é certo que todos os recursos previstos nos arts. 195, 198, par. 2º e 212 da Constituição terão de ser investidos em serviços de educação pelos diferentes entes federativos. Se esse investimento, porém, não for suficiente para produzir o resultado esperado – a oferta de educação fundamental<sup>3</sup> gratuita para toda a população –, outros recursos além desse mínimo terão de ser aplicados em políticas públicas até que a meta seja alcançada. Por outro lado, se o resultado em questão for atingido com um investimento menor do que o mínimo previsto constitucionalmente, o restante dos recursos continuará a ser aplicado em educação, agora na realização de outras metas previstas pelo texto constitucional, como, e.g., a progressiva universalização do ensino médio etc.<sup>4</sup>

Perfeitamente delineado no ordenamento jurídico, portanto, o dever do Estado em ofertar o ensino obrigatório.

### 2.2. Dos danos suportados por aqueles que não têm acesso à educação obrigatória

Sob o enfoque pedagógico, estudos indicam que a educação infantil produz reflexos positivos no aproveitamento do ensino fundamental, tanto no que diz respeito ao nível de aprendizagem, quanto ao combate à evasão escolar.

<sup>3</sup> Faz-se a ressalva de que o texto é anterior à EC 59/2009 e, por isso, a ausência de menção à obrigatoriedade da educação na fase pré-escolar.

<sup>4</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. Revista Diálogo Jurídico, n. 15, jan.-mar./2007, Salvador, p. 21.

Ademais, há que se destacar o caso das famílias que não dispõem de condições financeiras para contratar os serviços de pessoas habilitadas a cuidar de seus filhos, considerando a hipótese bastante comum de tanto o pai, quanto a mãe exercerem atividades laborais. Em circunstâncias como tais, as crianças acabam por permanecer em casa, sozinhas, sem a assistência de quem quer que seja ou, quando muito, na companhia de irmãos mais velhos ou de pessoas absolutamente desqualificadas para as assistirem. Este quadro, além do prejuízo para a formação intelectual, expõe a criança ao estado de notória vulnerabilidade, caracterizando a situação de risco, a que todos estão obrigados a prevenir (ECA, art. 70).

A relevância da educação infantil, em seus diversos aspectos, tem sido objeto de pesquisas, inclusive na área econômica, sendo de se destacar os estudos desenvolvidos pelo economista James Heckman, ganhador do Prêmio Nobel. Segundo o pesquisador, crianças que frequentaram a educação infantil obtiveram rendas mais elevadas na fase adulta, estiveram menos suscetíveis à prisão, gravidez precoce e à dependência de programas governamentais de transferência de renda. Conclui ser a educação infantil o melhor investimento social existente e, além disso, quanto menor for a idade da criança destinatária da alocação dos recursos públicos, maior será o retorno para ela e para a sociedade<sup>5</sup>.

Observa-se que o dano pode atingir o patrimônio da pessoa, sendo ele material, assim como pode reunir feição moral, hipótese em que *“atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., como se infere dos art. 1º, III, e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação”*<sup>6</sup>.

Para Yussef Said Cahali:

Tudo aquilo que molesta gravemente a alma humana, ferindo-lhe gravemente os valores fundamentais inerentes a sua personalidade ou reconhecidos pela sociedade em que está integrado, qualifica-se, em linha de princípio como dano moral; não há como enumerá-los exaustivamente, evidenciando-se na dor, na angústia, no sofrimento, na tristeza pela ausência de um ente querido falecido; no desprestígio, na desconsideração social, no descrédito à reputação, na humilhação pública, no devassamento da privacidade;

5 Referência constante de pesquisa da Fundação Getúlio Vargas a respeito da educação infantil. Disponível em [http://cps.fgv.br/edu\\_infancia](http://cps.fgv.br/edu_infancia). Acesso em 26.05.2014.

6 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV, p. 359.

no desequilíbrio da normalidade psíquica, nos traumatismos emocionais, na depressão ou nos desgastes psicológico, nas situações de constrangimento moral<sup>7</sup>.

É preciso, ainda, distinguir os danos morais coletivos (gênero) em danos morais de natureza difusa e danos morais de natureza individual homogênea (espécies). Os danos morais de natureza difusa consubstanciam-se em verdadeira sanção pecuniária, ou seja, possuem natureza punitiva. Seria, nesse sentido, a admissão do caráter punitivo da responsabilidade civil, como uma técnica do valor de desestímulo. Decorre da violação dos valores fundamentais compartilhados pela coletividade, tendo em vista o abalo, a indignação, a diminuição da estima, apreendidos em sua dimensão coletiva, o que ocorre, por exemplo, nas hipóteses de descumprimento da política pública traçada pelo Constituinte. Dada a indeterminabilidade dos titulares de tal direito, os valores resarcidos serão revertidos aos fundos dos direitos difusos (LACP, art. 13).

Para Carlos Alberto Bittar Filho: *“Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial”*<sup>8</sup>.

Os danos morais coletivos de natureza individual homogênea, por sua vez, guardam natureza individual e surge, exatamente, do abalo psíquico individual. Verifica-se, portanto, que não se confunde com o dano coletivo, como aliás, é ressaltado pelo Código de Defesa do Consumidor, aplicável ao microsistema das tutelas coletivas (LACP, art. 21), quando excepciona o “dano individualmente sofrido” (CDC, art. 91).

Faz-se essa distinção para concluir que a não oferta de vagas pelo Estado, na educação obrigatória, provoca danos morais tanto de ordem coletiva, como também de ordem individual homogênea.

### 2.3. Da responsabilidade civil do Estado

A responsabilidade civil do Estado consiste na obrigação de responder pelos danos, até mesmo morais, causados por ação ou omissão de seus agentes (CF, art. 37, § 6º). Trata-se de preceito normativo autoaplicável, que não se sujeita a intermediação legislativa ou a providência administrativa de qualquer espécie. Ocorrido o dano e estabelecido o

7 CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-23.

8 BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. Revista de Direito do Consumidor n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994, p. 55.

seu nexos causal com a atuação da Administração ou dos seus agentes, nasce a responsabilidade civil do Estado.

Transcreve-se a jurisprudência:

Agravo regimental no recurso extraordinário com agravo. Administrativo. Estabelecimento de ensino. Ingresso de aluno portando arma branca. Agressão. Omissão do Poder Público. Responsabilidade objetiva. Elementos da responsabilidade civil estatal demonstrados na origem. Reexame de fatos e provas. Impossibilidade. Precedentes.

1. A jurisprudência da Corte firmou-se no sentido de que as pessoas jurídicas de direito público respondem objetivamente pelos danos que causarem a terceiros, com fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal, tanto por atos comissivos quanto por omissivos, desde que demonstrado o nexos causal entre o dano e a omissão do Poder Público.

2. O Tribunal de origem concluiu, com base nos fatos e nas provas dos autos, que restaram devidamente demonstrados os pressupostos necessários à configuração da responsabilidade extracontratual do Estado.

3. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame de fatos e provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.

4. Agravo regimental não provido. (STF. ARE 697326 AgR. Rel. Min. Dias Toffoli. J. 05.03.2013)

Quanto ao resultado da omissão estatal, para os fins do presente trabalho, ressalta-se ter o dano moral previsão constitucional (CF, art. 5º, V e X). De igual forma, o Código Civil de 2002 refere-se explicitamente ao dano moral: “Aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito” (art. 186).

Ressalta-se, como paradigma à tese que ora se sustenta, recente precedente do Supremo Tribunal Federal, em que se reputou como dever do Estado, imposto pelo sistema normativo, a observância, em seus presídios, de padrões mínimos de humanidade previstos no ordenamento jurídico, concluindo pela existência da obrigação de ressarcir os danos, inclusive morais, comprovadamente causados aos detentos em decorrência da falta ou insuficiência das condições legais de encarceramento.

Ponderou-se que a criação de subterfúgios teóricos, como a separação dos Poderes, a reserva do possível e a natureza coletiva dos danos sofridos, para afastar a responsabilidade estatal pelas calamitosas condições da carceragem, afronta não apenas o quanto assegurado pelo § 6º do art. 37 da Constituição Federal, como também traduz-se no esvaziamento de inúmeras cláusulas constitucionais e convencionais.

O descumprimento reiterado dessas cláusulas se transforma em mero e inconsequente ato de fatalidade, o que não pode ser tolerado (STF. RE 580.252/MS. Rel. Min. Gilmar Mendes. J. 16.02.2017).

Verifica-se ser o reconhecimento do dano moral, inclusive no campo das tutelas coletivas, matéria já sedimentada nos Tribunais (STJ. AgInt no AREsp 1.004.637/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 14/02/2017, DJe 20/02/2017).

A mesma ordem de raciocínio deve ser desenvolvida em relação às pessoas que suportam danos decorrentes da não obtenção de acesso à educação obrigatória, pois se está diante de dever inescusável do Estado, sendo que, na hipótese de sua omissão, danos materiais e morais bastante significativos são verificados.

### 3. CONCLUSÃO

Do que precede, define-se pelo reconhecimento da responsabilidade civil do Estado, inclusive por danos morais, individuais e coletivos, decorrente da insuficiência da oferta da educação obrigatória, consubstanciada na negativa de acesso ao sistema público de ensino, o que poderá ser tutelado, no campo das tutelas difusas, pelos legitimados para a ação civil pública, dentre os quais se destaca o Ministério Público; como também no plano individual, diretamente pelo interessado.

### 4. REFERÊNCIAS

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

BITTAR FILHO, Carlos Alberto. Dano moral coletivo no atual contexto brasileiro. *Revista de Direito do Consumidor* n. 12. São Paulo: Revista dos Tribunais, out-dez, 1994.

CAHALI, Yussef Said. Dano moral. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 22-23.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

SILVA, Almiro do Couto e. Notas sobre o dano moral no Direito Administrativo. *Revista Brasileira de Direito Público – RBDP*, Belo Horizonte, ano 7, n. 25, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www.bidforum.com.br/bid/PDI0006.aspx?pdicntd=58004>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

**Tomás Eon Barreiros**

Analista de Comunicação atuante na Assessoria de Imprensa.



## **AÇÕES POSSESSÓRIAS E CONFLITOS AGRÁRIOS COLETIVOS NA JUSTIÇA ESTADUAL: O PAPEL DA UNIÃO**

Olympio de Sá Sotto Maior Neto<sup>1</sup>Mariana Seifert Bazzo<sup>2</sup>Jefferson de Oliveira Salles<sup>3</sup>

### **1. REFORMA AGRÁRIA, CAPITALISMO E ORIGENS AGRÁRIAS DO BRASIL**

A reforma agrária é uma questão emblemática para o desenvolvimento capitalista. As economias capitalistas procuraram regular e limitar a propriedade agrária, buscando transformar a estrutura fundiária quando esta não atendeu ao desenvolvimento econômico, promovendo reformas agrárias radicais em razão da estrutura fundiária concentrada, como se deu na Revolução Inglesa (1640-50), Americana (1775-83 e Guerra Civil, 1861-65) e Francesa (1789-99). Não obstante as singularidades, os frutos das reformas na estrutura fundiária possibilitaram o desenvolvimento do capitalismo (ALMEIDA, SARDAGNA, 2002, p. 229-235, em estudo publicado na Revista Legislativa da Câmara dos Deputados).

Situação mais complexa ocorreu em países colonizados, como o Brasil, onde a propriedade fundiária originou-se, dialeticamente, de fatores como as formas históricas pelas quais populações autóctones apropriaram-se do território e o projeto de nação hegemônica pelos colonizadores. A relação destes elementos revela-se na estrutura fundiária, nas relações trabalhistas no campo, na produção agrícola, etc., sendo que, no Judiciário, um dos aspectos mais visíveis é o conflito fundiário

1 Procurador-Geral de Justiça do Paraná quatro vezes; ex-Presidente do Grupo Nacional de Direitos Humanos do Ministério Público; ex-Presidente do Conselho Nacional de Procuradores de Justiça; professor licenciado de Direito da UNIBRASIL. Coordenador do Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos do MP-PR (CAOP-Direitos Humanos).

2 Promotora de Justiça, coordenadora do Núcleo de Promoção da Igualdade de Gênero do MP-PR. Representante da COPEVID-GNDH-CNPG no Paraná. Pós-Graduada em Direitos Humanos pela Faculdade de Direito de Coimbra. Mestranda em “Estudos Sobre Mulheres” pela Universidade Aberta de Portugal. Integrante do GT Enfrentamento ao Racismo e Respeito à Diversidade Étnica e Cultural da Comissão de Defesa dos Direitos Fundamentais do CNMP. Responsável pelo eixo de Política Agrária no CAOP.

3 Historiador, mestre em sociologia, assessor dos eixos Política Agrária e Núcleo de Povos e Comunidades Tradicionais no CAOP.



coletivo (MARÉS, 2003).

A primeira lei fundiária do Brasil, Lei de Terras de 1850, definiu que todas as terras seriam devolutas, sendo competência do poder central promover a transferência do patrimônio público para os particulares. A intenção era transferir terras de forma parcelada, ampliando o mercado interno com instalação de pequenos proprietários, sem, contudo, enfrentar a questão dos grandes latifúndios e da grilagem (SILVA, 2008). A inovação trazida com a Constituição da República de 1891, transferindo a propriedade das terras devolutas para os Estados, não alterou a estrutura fundiária, ao inverso, repassou atribuições sobre a legislação de terras diretamente para o poder oligárquico regional que, no caso paranaense, adotou legislação que basicamente reeditou a Lei de Terras de 1850 (COSTA, 1992). A reificação deste quadro – da pouca eficácia dos modelos legais em enfrentar a exacerbada concentração fundiária – determinou a ocorrência de conflitos fundiários coletivos na sociedade nacional, em áreas de expansão onde havia maior autonomia da população rural estabelecida como agricultores autônomos. No relatório “Violações de Direitos Humanos dos Camponeses, da Comissão Nacional da Verdade (1946-1988)”, são citadas a Revolta de Porecatu e a Revolta do Colonos, ocorridas no Paraná respectivamente em 1945 a 51 e 1955 a 60, entre outras que levaram Brasil Pinheiro Machado (Chefe de Polícia à época e Procurador-Geral de Justiça no Paraná, professor do Departamento de História da UFPR) a afirmar que, na década de cinquenta, a polícia paranaense esteve “*mobilizada exclusivamente a serviço das grandes questões de terra*” (COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE, 2015 s. p.; COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE DO PARANÁ, 2014, s. p). De comum nesses casos, há a ação de grandes empreendimentos (empresas imobiliárias denominadas “colonizadoras”) avançando sobre terras ocupadas por diferentes categorias de pequenos produtores denominados como “caboclos”, “posseiros”, “pequenos agricultores”, “trabalhadores rurais” etc. A tais grupos somam-se, recentemente, outros identificados pela bibliografia especializada (antropológica e jurídica) como “povos e comunidades tradicionais” por possuírem formas específicas de uso da terra, denominada *de uso comum ou terras tradicionalmente ocupadas* (ITCG, 2008 e CAMPOS, 2011).

Em nível nacional, a partir da década de cinquenta, surgiram vários movimentos sociais defendendo a reforma agrária, como as Ligas Camponesas (1950) e a CONTAG (1960), o que vai ocorrer com maior intensidade nas décadas de setenta e oitenta devido à denominada “modernização conservadora” (associando técnicas modernas de cultivo com a manutenção de uma estrutura fundiária arcaica) que propiciou, por

meio de incentivos fiscais dirigidos a grupos industriais e financeiros (cite-se Bradesco, Bamerindus, Wokswagen) a implementação de “grandes projetos” de pecuária, agricultura e mineração, e ao mesmo tempo provocou o endividamento de pequenos proprietários, bem como determinou significativo êxodo rural (GRAZIANO DA SILVA, 1982, atual diretor da FAO- *Food and Agriculture Organization*, da ONU).

Aliás, diante de situações semelhantes em diversas partes do mundo, a FAO passou a defender a realização da reforma agrária como estratégia para promover o “desenvolvimento sustentável”, “direitos humanos”, “fortalecimento da justiça social”, convocando a Conferência Mundial sobre Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural em 1979, à qual seguiram-se diversos outros eventos como a conferência homônima de 2006. Nessas Conferências, a organização reconheceu que “conflitos baseados na posse de recursos” tem causado “instabilidade política e degradação ambiental” afetando principalmente “indígenas”, “mulheres”, “comunidades tradicionais” e “populações pobres”. A declaração final da Conferência em 2006 enfatizou o papel do Direito, tratando da legislação e judiciário nacionais, destacando a necessidade da existência de procedimentos “administrativos e judiciários de decisão” capazes de promover e assegurar o acesso e “uso sustentável e equitativo à terra”, salientando ainda a necessidade de “estruturas” e “infraestruturas legais, institucionais” para promover reforma agrária (FAO, 2006).

Em 1975, no Brasil, a Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) passou a atuar no mesmo rumo, tendo por base a Doutrina Social do Vaticano enunciada na Encíclica *Rerum Novarum*, escrita pelo Papa João XXII em 1891. O documento tratou de temas como “Posse e uso das riquezas”, “prosperidade nacional”, “economia como meio de conciliação das classes” objetivando reverter o quadro de “violência das revoluções políticas” que opunham “proletariado e capital”. Essa teologia, associada ao quadro nacional descrito acima, subsidiou a CNBB para a criação da “Comissões de Terras” (posteriormente Comissão Pastoral da Terra, CPT), definindo que cada “Diocese e Prelazia” deveria se comprometer com a reforma agrária “*dando cumprimento ao espírito e letra do Estatuto da Terra*” com “*especial atenção ao Estatuto da Terra e à Legislação Trabalhista Rural*”, organizando “assessoria jurídica” para tratar destes temas (CPT, 2015).

No Paraná, onde ocorre a fundação do Movimento de Trabalhadores Sem Terra (MST) em 1984, tem-se que os principais conflitos fundiários advêm da inexistência de uma eficiente política agrária e, na região oeste, da anterior ocorrência de grilagem, entendida aqui, a partir da

definição do INCRA, como qualquer

ação ilegal que objetiva a transferência de terras públicas para o patrimônio de terceiros [...] acontece normalmente com a conivência de serventuários de Cartórios de Registro Imobiliário que, muitas vezes, registram áreas sobrepostas umas às outras – ou seja, elas só existem no papel. Há também a conivência direta e indireta de órgãos governamentais, que admitem a titulação de terras devolutas estaduais ou federais a correligionários do poder, a laranjas ou mesmo a fantasmas [...]. Depois de obter o registro no cartório de títulos de imóveis, o fraudador repetia o mesmo procedimento no Instituto de Terras do Estado, no Cadastro do INCRA e junto à Receita Federal (INCRA, 2000).

Para exemplificar a situação, no Paraná, em 2015, na faixa de fronteira com Paraguai e Argentina, havia cerca de 500 ações de desapropriação movidas pelo INCRA contra particulares, sendo relacionadas a muitas áreas já destinadas à reforma agrária. O tópico “Histórico das desapropriações”, da sentença do Juiz Federal Rony Ferreira, estima em vinte bilhões de dólares as indenizações pretendidas contra a União em decorrência da ação de grileiros e emissão de títulos ilegais. Situação análoga há nos Estados do Amazonas, Pará e Tocantins, onde terras griladas chegam a milhões de hectares, abarcando parques nacionais, terras indígenas, etc. (TRIBUNAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO, 2015; INCRA, 2000). Tais acontecimentos estão ainda associados ao assassinato de lideranças como Chico Mendes, da freira Dorothy Stang e ao massacre de Eldorado do Carajás<sup>4</sup>.

## **2. CONSTITUINTES E O PAPEL DA UNIÃO NA REALIZAÇÃO DA REFORMA AGRÁRIA**

Com o avanço do poder centralizador da União, ocorreram limitações ao direito da propriedade, sendo que a Constituição de 1934 condicionou-a à “utilidade pública” (art. 113, 17), enquanto que a Constituição de 1946 (art. 141, § 16) ao “interesse social” (JELINEK, 2006, p. 17 e ss.). Décadas depois, devido a intensa mobilização social, a Lei nº 4504/64 (Estatuto da Terra), assegurou a garantia propriedade da terra, condicionada entretanto à sua função social :

Art. 2º, § 1º A propriedade da terra desempenha integralmente a sua função social quando, simultaneamente [...]: a) favorece o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores que nela labutam, assim como de suas famílias; b) mantém níveis satisfatórios de

<sup>4</sup> Detalhes destes fatos, condenações da OEA impostas ao Brasil e Paraná em relação a conflitos fundiários, breve histórico da questão agrária no Paraná e atuação do MP-PR são disponibilizados no sítio do CAOPDH (vide bibliografia).

produtividade; c) assegura a conservação dos recursos naturais; d) observa as disposições legais que regulam as justas relações de trabalho entre os que a possuem e a cultivem. [...] § 3º A todo agricultor assiste o direito de permanecer na terra que cultive, dentro dos termos e limitações desta Lei, observadas sempre que for o caso, as normas dos contratos de trabalho [...].

O Estatuto da Terra previu também a exigência da realização da reforma agrária, que

visa a estabelecer um sistema de relações entre o homem, a propriedade rural e o uso da terra, capaz de promover a justiça social, o progresso e o bem-estar do trabalhador rural e o desenvolvimento econômico do país, com a gradual extinção do minifúndio e do latifúndio (art. 16).

Na Constituinte de 1988, o tema da função social da terra foi explosivo, como demonstra o relatório final da Subcomissão responsável, descrevendo “tumultos” e “violação” do regimento interno na votação final, que aprovou texto condicionando a propriedade à sua função social. Assim, o art. 5º, inc. XXIII, da Constituição Federal, prevê que a propriedade deve atender a sua função social, enquanto que o seu art. 186 apresenta os requisitos para se considerar cumprida a função social da propriedade rural. Ainda, o seu art. 184 estabelece comando no sentido da União realizar desapropriação, por interesse social, para fins de reforma agrária.

Por sua vez, o art. 9º, da Lei nº 8.629/93, explicita a definição constitucional de função social da propriedade rural:

“A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo graus e critérios estabelecidos nesta lei, os seguintes requisitos: I - aproveitamento racional e adequado; II - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; III - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; IV - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. § 1º Considera-se racional e adequado o aproveitamento que atinja os graus de utilização da terra e de eficiência na exploração especificados nos §§ 1º a 7º do art. 6º desta lei. § 2º Considera-se adequada a utilização dos recursos naturais disponíveis quando a exploração se faz respeitando a vocação natural da terra, de modo a manter o potencial produtivo da propriedade. § 3º Considera-se preservação do meio ambiente a manutenção das características próprias do meio natural e da qualidade dos recursos ambientais, na medida adequada à manutenção do equilíbrio ecológico da propriedade e da saúde e qualidade de vida das comunidades vizinhas. § 4º A observância das disposições que regulam as relações de trabalho implica tanto

o respeito às leis trabalhistas e aos contratos coletivos de trabalho, como às disposições que disciplinam os contratos de arrendamento e parceria rurais. § 5º A exploração que favorece o bem-estar dos proprietários e trabalhadores rurais é a que objetiva o atendimento das necessidades básicas dos que trabalham a terra, observa as normas de segurança do trabalho e não provoca conflitos e tensões sociais no imóvel.

Não obstante a antiguidade dos dispositivos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais que tratam da reforma agrária, verifica-se, na prática, sua diminuta efetivação. Dados disponibilizados pelo INCRA de 2015, analisando o território nacional, demonstram que “130 mil grandes imóveis rurais concentram 47,23% de toda a área cadastrada e 3,75 milhões de minifúndios equivalem, somados, a 10,2%”. O panorama da má distribuição torna-se mais revelador se adicionado o critério “produtividade” porquanto, segundo trabalho coordenado pela USP/CNPq, “66 mil imóveis (classificados como “grandes propriedades privadas e públicas”) são improdutivo, não atendendo a “função social da terra”, ocupando 175,9 milhões de ha (O GLOBO, 09/01/15).

Tal quadro se contrapõe à obrigação da União de implementar a política de reforma agrária e realizar o ordenamento fundiário nacional, contribuindo para o desenvolvimento rural sustentável, conforme inclusive comando constitucional:

Art. 184. Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

### **3. A AUSÊNCIA DA REFORMA AGRÁRIA E OS CONFLITOS POSSESSÓRIOS EM TRAMITAÇÃO NA JUSTIÇA ESTADUAL**

Atualmente, o número expressivo de famílias envolvidas em conflitos fundiários coletivos interfere diariamente na atuação do Ministério Público e Judiciário nos Estados, já que se está a tratar de populações em situação de pobreza extrema, privadas de direitos elementares (moradia, saúde, alimentação, etc.), agravado pelo fato de que a criação de assentamentos recuou desde 2006, com decréscimo acentuado do número de famílias atendidas e áreas destinadas à reforma agrária (O GLOBO, 30/01/14).

Nesse contexto, potencialmente conflituoso, é que se compreende a obrigatória intervenção do Ministério Público nas ações possessórias

que se relacionam com conflitos coletivos pela terra, determinação essa expressamente prevista no novo Código de Processo Civil:

Art. 178. O Ministério Público será intimado para, no prazo de 30 (trinta) dias, intervir como fiscal da ordem jurídica nas hipóteses previstas em lei ou na Constituição Federal e nos processos que envolvam: [...] III – litígios coletivos pela posse de terra rural ou urbana.

Art. 565. No litígio coletivo pela posse de imóvel, quando o esbulho ou a turbação afirmado na petição inicial houver ocorrido há mais de ano e dia, o juiz, antes de apreciar o pedido de concessão da medida liminar, deverá designar audiência de mediação, a realizar-se em até 30 (trinta) dias, que observará o disposto nos §§ 2º e 4º. [...] § 4º Os órgãos responsáveis pela política agrária e pela política urbana da União, de Estado ou do Distrito Federal e de Município onde se situe a área objeto do litígio poderão ser intimados para a audiência, a fim de se manifestarem sobre seu interesse no processo e sobre a existência de possibilidade de solução para o conflito possessório.

Em consonância com o que determina a legislação processual civil, a Recomendação nº 01/12, da Procuradoria-Geral de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná, tem como uma de suas diretrizes a promoção da audiência de mediação entre todas as partes envolvidas, quais sejam, a população alvo da desocupação, os titulares do domínio ou posse e autoridades da União, Estado e Municípios, por meio dos órgãos responsáveis pelas políticas públicas agrárias, em especial, o INCRA. Trata-se de estímulo a uma solução alternativa e pacífica, que evite ações violentas e provoque a interferência positiva dos órgãos responsáveis pela efetivação das políticas públicas agrárias. Assim, o Ministério Público atua não apenas para averiguar a existência do direito à posse ou à propriedade, mas também na promoção de outros direitos coletivos e sociais ligados à terra, tendo “qualidade de interveniente em razão da natureza da lide, reveladora do interesse público primário da República Federativa do Brasil de incrementar, em conformidade com a Constituição e com as leis, a reforma agrária” (GARRIDO, 1997, p.10). No mesmo sentido, registra o Promotor de Justiça Marcelo Pedroso Goulart:

Cabe ao Ministério Público defender o projeto de democracia participativa, econômica e social delineado na Constituição. No atual momento histórico, é necessário frisar que, mais do que defender, o Ministério Público deve colocar-se como parceiro privilegiado de todos os setores da sociedade civil comprometidos com a construção da democracia de massas, difundindo e defendendo os valores democráticos, fazendo atuar os direitos sociais, coletivos e difu-

... Assim, impõe-se a intervenção do Ministério Público na questão agrária, seja para cobrar administrativa ou judicialmente a implementação da política agrária definida na Constituição, seja para intervir nos processos que versam sobre conflitos fundiários (GOULART, 2012, n.p.).

Ademais, a realização de despejos forçados, mesmo os determinados por autoridade judicial competente e seguindo o devido processo legal, não podem resultar em pessoas desabrigadas ou expostas a violações de direitos humanos, conforme ressalta o Comentário Geral 7, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, em consonância com diversos artigos da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), ratificada no Brasil pelo Decreto 678/1992.

Tendo como exemplo o Paraná, de acordo com INCRA há, atualmente, cerca de dez mil famílias acampadas em áreas que, na sua maioria, já está com reintegração de posse determinadas pela Justiça Estadual, podendo o despejo ocorrer a qualquer momento. Partindo do raciocínio até agora desenvolvido, seriam somente os entes municipais e estaduais responsáveis pela resolução de tal situação?

A tese aqui defendida se pauta justamente pelo necessário alargamento do grupo de atores a serem envolvidos nas ações possessórias dos conflitos agrários na esfera estadual.

Deve, em razão das previsões de nosso ordenamento jurídico, ser a União sempre chamada formalmente a intervir nos autos, em obediência ao art. 565, par. 4o, do novo CPC, já que, nos termos da lei, o *órgão responsável pela política agrária* é uma autarquia federal. O INCRA tem essa incumbência, conforme prevê o art. 16, par. Único, da Lei nº 4504/64 e, diz-se mais, o Ministério Público Federal pode/deve exigir a resposta positiva quando de eventual deficiência na prestação institucional da referida autarquia.

Repisa-se que, desde meados do século XX, organizações sociais foram criadas na defesa de territórios ocupados por várias categorias de pequenos agricultores ante a expansão de grileiros e do latifúndio e, nos últimos cinquenta anos, reivindicando reforma agrária. Em regra, mencionadas organizações, a exemplo do Movimento dos Trabalhadores Sem Terra (MST), acabam por ocupar áreas entendidas como “improdutivas” ou “descumpridoras de sua função social”, ou seja, sua ação aparentemente ilícita, configurada como esbulho possessório, fundamenta-se no princípio de que aquela propriedade deveria ter sido afetada por uma eficaz reforma agrária promovida pela União.

Dados quantitativos, analisados pelo núcleo de pesquisa multidisciplinar da UNESP (Universidade Estadual Paulista), indicam que, de regra, as ocupações possuem três motivações:

a) recuperação ou terras de trabalho reconquistadas – que estavam ocupadas há décadas por camponeses, mas se encontram em litígio por causa da territorialização do capital na expropriação das famílias camponesas; b) terras devolutas, quando os camponeses ocupam terras pertencentes ao Estado, em áreas de fronteira, e cujas terras passam a ser griladas por latifundiários, e c) ocupação de latifúndios (FERNANDES, 2001, p. 07).

Demonstra-se na pesquisa que, nos últimos vinte anos, aproximadamente 77% dos assentamentos implantados pelo INCRA – em cumprimento da lei e de suas atribuições institucionais – originaram-se de ocupações de terra (FERNANDES, 2001, p.14).

Nesse sentido manifesta-se o ex-Procurador do Estado do Rio Grande do Sul, Jacques Távora Alfonsin, para quem

se uma determinada função é gravada como social, e deixa de funcionar como tal, isso afeta toda a sociedade para quem a dita função existe e é legalmente válida. Ela não se esgota numa relação interindividual apenas. Levado a juízo, um conflito relacionado com qualquer disfunção, como ocorre frequentemente em questões de terra, muito raramente uma tal obviedade é ponderada [...] Assim, qualquer desvio ilegal do direito de propriedade lesa uma porção de gente indeterminada, titulada por um interesse capaz de legitimá-la para agir materialmente em sentido contrário (ALFONSIN, 2015, s. p.).

A Procuradoria Federal Especializada do INCRA (PFE-INCRA), na obra “Lei 8629/93 Comentada por Procuradores Federais”, reconhece disfunções existentes entre a atuação do órgão e o protagonismo da sociedade civil organizada. O Procurador Valdez Adriani Farias, ex-chefe da PFE-INCRA, tratando do art. 2º da lei, salienta que o órgão, durante longo período, não atuou em relação a diversos aspectos da desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária,

deixando de desapropriar propriedades que degradavam o meio ambiente, assim como aquelas nas quais se violava a legislação trabalhista e não contribuía para o bem-estar dos trabalhadores. Portanto, por um lado a autarquia agrária não se desincumbia das suas atribuições institucionais, e por outro lado restavam sem efetividade os incisos II a IV do art. 186 da CF/88, art. 2º e art. 9º, II a IV da Lei nº 8.629/93 (INCRA, 2011, p. 31).

Não raro, portanto, é o caso em que a terra ocupada pode ser reavida

pela União por meio de ações que se tornaram padrão nos últimos anos: I) Recuperação de terras devolutas; II) Verificação de cumprimento de função social; III) Recuperação de grandes dívidas tributárias federais em que possa haver a compensação por meio da entrega do bem imóvel.

Nesses casos, o conflito, que aparenta ser meramente possessório e no âmbito da Justiça Estadual, pode ser resolvido sem o despejo de famílias distantes do mínimo existencial e também sem a necessidade de gastos do Estado para a realização de uma grande operação policial de despejo, geralmente permeada de atos de violência, gerando graves violações de direitos humanos.

No sentido de se evitar a mera determinação de reintegração de posse com uso da força policial, devem ser implementadas ações positivas do ente federado que é, por excelência, responsável pela implementação da política cuja ausência, de fato, foi que ensejou a “invasão”.

A jurisprudência pátria já estabeleceu ser essencial a chamada da União ao processo para que, nos termos da Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça (*“Compete a Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas Autarquias ou Empresas Públicas”*) afirme, categoricamente, que não possui qualquer interesse no feito. Ainda, diante de eventual negativa do INCRA, apresenta-se adequada a comunicação ao Ministério Público Federal a fim de seja avaliada o cabimento de exigir da União o atendimento das famílias alijadas de uma devida política nacional, plenamente identificadas num processo de reintegração de posse que tramita na Justiça Estadual.

Nesse sentido, colacionam-se:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO CÍVEL E JUÍZO FEDERAL. AÇÃO DE INTERDITO PROIBITÓRIO. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DO INCRA. DECLARAÇÃO, PELO JUÍZO FEDERAL, DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DA AUTARQUIA. PROPOSITURA DE AÇÃO DE OPOSIÇÃO, QUE NÃO FORA CONSIDERADA NA DECISÃO PROFERIDA PELO JUÍZO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA DA JUSTIÇA ESTADUAL. CONFLITO CONHECIDO. – A existência, conexa à ação possessória, de ação de oposição ajuizada por Autarquia Federal, torna o Juízo Estadual absolutamente incompetente para decidir toda questão. – A decisão do Juízo Federal que não tomou em consideração a existência da referida oposição, é passível de revisão, não se aplicando, à hipótese, as orientações contidas nas Súmulas 150 e 254/STJ. Conflito conhecido e provido, para o fim de declarar a competência do Juízo Federal, ora suscitado (STJ. Ação de Interdito Proibitório 85115 RR 2007/0103237-7. Relatora: Ministra Nancy Adrighi, 2008).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. REINTEGRAÇÃO DE POSSE. NULIDADE. AUSÊNCIA. PEDIDO DE INTERVENÇÃO DO INCRA. INTERESSE JURÍDICO. SÚMULA nº 150 DO STJ. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. – 1. A ausência de sua intimação do órgão ministerial para se manifestar com fiscal da lei na primeira instância não acarreta nulidade, pois ela foi suprida com sua manifestação nesta sede recursal e por não ter havido prejuízo. 2. O interesse imediato do INCRA é a posse das terras onde promove projeto de assentamento, de sorte que a posse/desavença dos agravados é obstáculo à atividade do INCRA. Registre-se que, conquanto tenha dado nome de assistência à sua intervenção de terceiros, o INCRA, de fato, pretende definir a posse das terras objeto da possessória para dar-lhe destino social. 3. “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula nº 150 do STJ). 4. Estando presente o interesse do INCRA na lide, devendo ingressar no processo na qualidade de assistente, afigura-se competente, portanto, a Justiça Federal para conhecer e julgar a ação de origem. 5. Agravo de instrumento do INCRA provido. (TRF-1. Agravo de Instrumento 200901000423018 MT 2009.01.00.042301-8, Relator: Desembargadora Federal: Selene Maria de Almeida, 26/02/14).

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE. DECISÃO QUE DECLINA COMPETÊNCIA PARA A JUSTIÇA FEDERAL. PRECLUSÃO PRO JUDICATO. INOCORRÊNCIA. EXCEÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DECIDIDA EM MOMENTO ANTERIOR À MANIFESTAÇÃO DO INTERESSE DO INCRA EM INGRESSAR NA LIDE, EM RAZÃO DA CONSOLIDAÇÃO DO “PROJETO DE ASSENTAMENTO PONTAL DO TIGRE” NA ÁREA LITIGIOSA. ADEMAIS, QUESTÃO RELACIONADA À COMPETÊNCIA ABSOLUTA (RATIONE PERSONAE) NÃO SUJEITA À PRECLUSÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA DECIDIR SE HÁ OU NÃO INTERESSE DA UNIÃO OU SUAS AUTARQUIAS. EXEGESE DA SÚMULA 150/STF. DECISÃO MANTIDA. RECURSO DESPROVIDO. – 1. Não há que se falar em preclusão pro judicato quando as decisões que rejeitaram os incidentes de exceção de incompetência foram proferidas em momento anterior à manifestação de interesse do INCRA na causa; ademais, tratando-se de questão relacionada à competência absoluta (em razão da pessoa - art. 109, I, CF), não há preclusão em eventual reexame da matéria. 2. “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150/STF). [Voto Relator] “Além disso, há tempos foi sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, no sentido de que “Compete à Justiça Federal decidir sobre a existência de interesse jurídico que justifique a presença, no processo, da União, suas autarquias ou empresas públicas” (Súmula 150). A propósito: “Quando é a União, sua autarquia ou empresa que vem a juízo afirmar seu interesse na causa, razoavelmente fundamentado, a competência para decidir tal questão

é da Justiça Federal (Súm. 150) (REsp nº 92.052/RJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. em 26.08.96)". Destarte, porque falece competência a Corte Estadual decidir acerca do interesse da União e suas autarquias, não há como acolher a pretensão ora esboçada, sendo certo que dirimir-se, previamente, a respeito do interesse jurídico ou não do INCRA, opera em benefício dos próprios Agravantes, prevenindo eventual reconhecimento de nulidade em razão de julgamento por juízo absolutamente incompetente". (TJPR. Agravo de Instrumento 13669953 PR 1366995-3 (Acórdão). Relator: Luiz Espíndola. 02/12/15).

AGRAVO DE INSTRUMENTO - REINTEGRAÇÃO DE POSSE - LIMINAR - PROJETO DE ASSENTAMENTO - ÁREA DESAPROPRIADA PELO INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA) - INTERESSE DA AUTARQUIA FEDERAL A JUSTIFICAR A REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA ESPECIALIZADA PARA VERIFICAÇÃO DA QUESTÃO. - Havendo possibilidade latente de interesse do INCRA no feito, mormente em razão da área objeto do litígio pertencer à União, sendo utilizada para fins de reforma agrária, imperativo o reconhecimento da incompetência da Justiça Comum, sendo de se determinar a remessa dos autos à Justiça Federal para o exame da questão. (TJMG. Agravo de Instrumento 10111120005629001 MG. Relator: Otávio Portes. Publicação: 08/03/13).

#### 4. CONCLUSÃO

A) Apesar de prevista na Constituição da República de 1988, assim como em outras leis infraconstitucionais, não houve satisfatória implementação de política de reforma agrária no Brasil. Por conta disso, populações expropriadas ou privadas do direito à terra (e a radicar), principalmente pequenos agricultores, desde meados do século 20, reuniram-se em organizações que hoje pleiteiam, enquanto movimento social, o cumprimento por parte do Estado de seu dever institucional e indelegável do asseguramento de direitos fundamentais.

B) A autarquia federal INCRA é, por lei, responsável pela implementação de política agrária das quais estão alijadas as famílias que compõem os referidos movimentos sociais, que ocupam imóveis compreendidos como destináveis à reforma agrária, ensejando a propositura de ações possessórias (reintegração de posse, interdito proibitório, entre outros) no âmbito da Justiça Estadual.

C) Em cumprimento ao novo art. 565, par. 40, do Código de Processo Civil, e a diversos outros dispositivos internacionais, constitucionais e infraconstitucionais de prevenção a violação de direitos humanos, deve ser chamada pelo Ministério Público Estadual (na função de *custus*

*legis*) a União, para integrar os processos de ações possessórias que envolvem conflitos coletivos de terra em área rural, em tramitação na Justiça Estadual.

D) Nos termos da Súmula 150, do Superior Tribunal de Justiça, caso a União entenda por ausência de interesse no feito, sem prejuízo de se buscar o atendimento a direitos fundamentais por intervenção do Ministério Público Estadual, deve ser comunicada tal negativa ao Ministério Público Federal para que demande eficaz política de reforma agrária que venha atender as famílias de pequenos agricultores sem-terra em áreas de ocupação, sempre na perspectiva da construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

#### 5. BIBLIOGRAFIA E JURISPRUDÊNCIA

ALFONSIN, Jacques T. A. A legitimidade popular para cobrar função social à propriedade. Rev. Instituto Humanitas, Universidade Unisinos, 13/05/15. In: <http://www.ihu.unisinos.br/noticias/542538-a-legitimidade-popular-para-cobrar-funcao-social-a-propriedade>. Acesso em 16/03/17.

ALMEIDA, Élcio e SARDAGNA, Crysthian. Reformismo agrário nos países democráticos. Rev. Informação Legislativa do Senado. Brasília, v. 39, p.229-35, 2002. In: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/782>, acesso em 04/04/17.

ADVOGACIA GERAL DA UNIÃO. STJ decide controvérsia sobre ações de desapropriação de imóveis rurais em faixa de fronteira no Paraná. 17/08/09. In: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/91659](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/91659), acesso em 15/03/17.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Assembleia Nacional Constituinte. Subcomissão da Política Agrícola e Agrária e da Reforma Agrária. Brasília, 1988. In: <http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes-Brasileiras/constituicao-cidada/o-processo-constituente/comissoes-e-subcomissoes/comissao6/subcomissao6c>, acessado em 15/03/17.

COMISSÃO ESTADUAL DA VERDADE DO PARANÁ (preliminar). Violações de Direitos Humanos no Campo. <http://www.dedihc.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=102>, acessado em 15/03/17.

COMISSÃO NACIONAL DA VERDADE. Violações de Direitos Humanos dos Camponeses. In: <http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/Volume%202%20-%20Texto%203.pdf>, acesso 17/03/15.

COMISSÃO PASTORAL DA TERRA. Há 40 anos nascia a CPT. In: <https://www.cptnacional.org.br/index.php/publicacoes/noticias/cpt-40-anos/2605->

ha-40-anos-nascia-a-cpt. acesso em 09/03/17.

\_\_\_\_\_. Conflitos no Campo 2015. GO, 2016.

CAMPOS, José N. Terras de Uso Comum no Brasil. EDUFSC, Florianópolis-SC, 2011.

COSTA, Odah R. Constituição de 1891. Rev. Informação Legislativa do Senado, n. 113, Brasília, 1992.

FERNANDES, Bernardo. A ocupação como forma de acesso à terra. XXIII Congresso Internacional da Associação de Estudos Latino-Americanos. Washington –DC, 2001. In:

<http://lasa.international.pitt.edu/Lasa2001/FernandesBernardoPort.pdf>, acesso em 15/03/17

GARRIDO DE PAULA, Paulo. Intervenção do Ministério Público nas ações possessórias envolvendo conflitos coletivos pela posse da terra rural. In: Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo. 1997.

GOULART, Marcelo P. O Ministério Público e a Questão Agrária. Grupo Nacional de Membros do Ministério Público em 05/04/12. In: <http://www.gnmp.com.br/publicacao/100/>, acessado em 17/03/17.

GRAZIANO DA SILVA, José. A modernização dolorosa. Ed. Zahar. RJ, 1982.

INSTITUTO NACIONAL DE COLONIZAÇÃO E REFORMA AGRÁRIA (INCRA). Procuradoria Federal Especializada junto ao Incra. Lei 8629/93 comentada por procuradores federais. Brasília, 2011.

\_\_\_\_\_. Livro Branco da Grilagem de Terra no Brasil. DF, 2000.

JELINEK, Rochelle. O princípio da função social da propriedade e sua repercussão sobre o sistema do Código Civil. Ministério Público do Rio Grande do Sul. RS, 2006. In: <http://www.mprs.mp.br/areas/urbanistico/arquivos/rochelle.pdf>, acessado em 12/03/17.

MARÉS, Carlos Frederico. A Função Social da Terra. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre-RS. 2003.

MEDEIROS, Leonilde S. História dos movimentos sociais no campo. FASE, Rio de Janeiro, 1989.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARANÁ. Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Direitos Humanos. Apresentação – Política Agrária. In: <http://www.direito.mppr.mp.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=137em> 17/03/17, acesso, 18/03/17.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE MINAS GERAIS. Manual de Atuação Funcional do

Ministério Público de Minas Gerais. Ministério Público: atuação especializada nos conflitos agrários/fundiários.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Compilação de Instrumentos Internacionais de Direitos Humanos. In: <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/06/Compilation-of-HR-instruments-and-general-comments-2009-PDHJTimor-Leste-portugues.pdf>, acesso 06/04/17.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A ALIMENTAÇÃO E A AGRICULTURA (FAO). Conferência Internacional sobre Reforma Agrária e Desenvolvimento Rural. RS, 2006.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Ação de Interdito Proibitório. CC: 85115 RR 2007/0103237-7. Rel.: Min. Nancy Adrighi. DJe 01/08/08. In: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/791443/conflito-de-competencia-cc-85115-rr-2007-0103237-7/inteiro-teor-13713604>, acesso, 18/03/17.

TRIBUNAL FEDERAL DA PRIMEIRA REGIÃO. Agravo de Instrumento. AG: 200901000423018 MT 2009.01.00.042301-8. Rel: Des. Federal Selenne Maria de Almeida. e-DJF1, p.127 de 11/03/14. In: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24995884/agravo-de-instrumento-ag-200901000423018-mt-20090100042301-8-trf1>. Publicado em 01/08/08, acesso em 06/07/16.

TRIBUNAL FEDERAL DA QUARTA REGIÃO. Ação de Desapropriação nº 98.10.10948-2/PR. Juiz Federal Rony Ferreira. e-DJF4, em 08/10/15. In: [http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica\\_Agraria/2acaode\\_desapropriaocaotr4.pdf](http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/Politica_Agraria/2acaode_desapropriaocaotr4.pdf), acesso 06/07/16.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS. Agravo de Instrumento. AI: 10111120005629001. Des. Otávio Portes. 08/03/13. In: <https://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/114782733/agravo-de-instrumento-cv-ai-10111120005629001-mg>, acesso, 18/03/17.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. Agravo de Instrumento. AI: 13669953 PR 1366995-3. Des. Luiz Espíndola. Curitiba, DJ: 1725 22/01/16. In: <https://trf-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24995884/agravo-de-instrumento-ag-200901000423018-mt-20090100042301-8-trf1>, acesso, 18/03/17.

INSTITUTO DE TERRAS CARTOGRAFIA E GEOCIÊNCIAS. Encontro de comunidades tradicionais tem apoio do Governo do Estado. ITCG, 23/05/08. In: <http://www.itcg.pr.gov.br/modules/noticias/print.php?storyid=37>, acesso em 8/03/17.

O GLOBO. Concentração de terra cresce e latifúndios equivalem a quase três estados do Sergipe. In: <http://oglobo.globo.com/brasil/concentra>

[cao-de-terra-cresce-latifundios-equivalem-quase-tres-estados-de-sergi-pe-15004053#ixzz4K8sMPtL9](http://cao-de-terra-cresce-latifundios-equivalem-quase-tres-estados-de-sergi-pe-15004053#ixzz4K8sMPtL9). Publ. 09/01/15, acesso em 01/06/16.

\_\_\_\_\_. Número de famílias assentadas sobe, mas é menor que de anos FHC e Lula. Publ. 30/01/14, In: <http://g1.globo.com/brasil/noticia/2014/01/numero-de-familias-assentadas-sobe-mas-e-menor-que-de-anos-fhc-e-lula.html>, acesso em 04/04/17.

SILVA, Ligia O. Terras devolutas e latifúndio. Ed. UNICAMP, Campinas-SP, 2008.

**Alessandra Fatima de Lara Onishi**

Auxiliar Técnica atuante no Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional - CEAF



## **POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO NOS DELITOS EM SITUAÇÃO DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR E REVISÃO DE ENTENDIMENTO VINCULANTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA ADC Nº 19/DF**

Caroline Chiamulera

### **1. EXPOSIÇÃO/JUSTIFICATIVA**

Justifica-se a escolha do tema devido à existência de posicionamento vinculante do Supremo Tribunal Federal acerca da impossibilidade de aplicação do instituto despenalizador da suspensão condicional do processo nos delitos relativos à violência doméstica e familiar e a inviabilidade prática de cristalização dos entendimentos vinculantes ante as mudanças fáticas do contexto social, que ensejam a mutação constitucional por meio hermenêutico e interpretativo.

### **2. CONCLUSÃO OBJETIVA COM OS FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE EMBASAM**

O Supremo Tribunal Federal já declarou a constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha), na ADC nº 19/DF, julgamento ementado nos seguintes termos:

**VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – GÊNEROS MASCULINO E FEMININO – TRATAMENTO DIFERENCIADO.** O artigo 1º da Lei nº 11.340/06 surge, sob o ângulo do tratamento diferenciado entre os gêneros – mulher e homem –, harmônica com a Constituição Federal, no que necessária a proteção ante as peculiaridades física e moral da mulher e a cultura brasileira. **COMPETÊNCIA – VIOLÊNCIA DOMÉSTICA – LEI Nº 11.340/06 – JUIZADOS DE VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER.** O artigo 33 da Lei nº 11.340/06, no que revela a conveniência de criação dos juizados de violência doméstica e familiar contra a mulher, não implica usurpação da competência normativa dos estados quanto à própria organização judiciária. **VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER – REGÊNCIA – LEI Nº 9.099/95 – AFASTAMENTO. O artigo 41 da Lei nº 11.340/06, a afastar, nos crimes de violência doméstica contra a mulher, a Lei nº 9.099/95, mostra-se em consonância com o disposto no § 8º do artigo 226 da Carta da República, a prever a obrigatoriedade de o Estado adotar mecanismos**



**que coíbam a violência no âmbito das relações familiares.** (ADC 19, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, **Tribunal Pleno, julgado em 09/02/2012**, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-080 DIVULG 28-04-2014 **PUBLIC 29-04-2014**) – grifou-se

Ou seja, restou pacificado, pela leitura do Art. 41 da Lei Maria da Penha<sup>1</sup>, seria impossível aplicar a Lei nº 9.099/95 aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher. É o que se extrai inclusive do fundamento da decisão do Supremo Tribunal Federal, em decisão em que se discutia a pretensão de aplicação do rito dos juizados especiais aos delitos, ainda que em situação de violência doméstica, utilizando-se do critério de definição de competência (Art. 60, da Lei nº 9.099/95)<sup>2</sup>, consistente na caracterização dos delitos de menor potencial ofensivo, do Art. 61, da Lei dos Juizados Especiais<sup>3</sup>.

A doutrina também compreende da mesma forma:

*“A despeito de inúmeras críticas que foram lançadas, não há dúvida que a opção do legislador foi a mais franca possível no sentido de afastar, peremptoriamente, do âmbito do JECrim o julgamento dos crimes perpetrados com violência doméstica e familiar contra a mulher. O principal argumento para essa postura se funda, em síntese, na banalização do crime praticado contra a mulher, decorrente da brandura da resposta penal proposta pela Lei 9.099/95.*

(...)

*Na mesma linha de raciocínio é o artigo publicado por Flávia Piovesan que deixa clara **a inadequação dos juizados para tratar da violência contra a mulher, quando salienta que ‘o grau de ineficácia da referida lei revela o paradoxo do Estado: romper com a clássica dicotomia público-privado, de forma a dar visibilidade a violações que ocorrem no domínio privado, para, então, devolvê-las a este mesmo domínio, sob o manto da banalização, em que o agressor é condenado a pagar a vítima uma cesta básica ou meio fogão ou meia geladeira... Os casos de violência doméstica contra a mulher ora são vistos como mera ‘querela doméstica’, ora como reflexo de ato de ‘vingança ou implicância da vítima’, ora decorrentes da culpabilidade da própria vítima, no perverso jogo de que a mulher teria merecido, por seu comportamento, a resposta violenta. Isto culmina com a***

1 Art. 41. Aos crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, independentemente da pena prevista, não se aplica a Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995.

2 Art. 60. O Juizado Especial Criminal, provido por juízes togados ou togados e leigos, tem competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência.

3 Art. 61. Consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.

*conseqüente falta de credibilidade no aparato da justiça. No Brasil, apenas 2% dos acusados em casos de violência contra a mulher são condenados.’*

(...)

*Daí concordamos com as conclusões de Marcelo Lessa bastos, em artigo intitulado **Violência doméstica e familiar contra a mulher, no sentido de que ‘não se aplicam, portanto, os institutos despenalizadores da Lei 9.099/95 em caso de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste modo, em se configurando a violência doméstica e familiar contra a mulher, qualquer que seja o crime e sua pena, não cabe transação penal nem suspensão condicional do processo, nem composição civil dos danos extintiva de punibilidade, não se lavra termo circunstanciado (em caso de prisão em flagrante, deve ser lavrado auto de prisão em flagrante e, se for o caso, arbitrada fiança), deve ser instaurado inquérito policial (com a medida paralela prevista no art. 12, III, e §§ 1º e 2º, da Lei 11.340/2006), a denúncia deverá vir por escrito, o procedimento será o previsto no Código de Processo Penal (...).’** (CUNHA, Rogério Sanches. *Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 190/197) – grifou-se*

Ocorre que a decisão vinculante mencionada tem como principal fundamento **o princípio da proibição da proteção ineficiente da mulher em situação de violência de gênero, em suas relações domésticas, familiares e íntimas**, em interpretação constitucional do Art. 226, §8º da Constituição Federal<sup>4</sup>, em cumprimento ao princípio da proporcionalidade, no binômio proibição do excesso contra liberdade x proibição da proteção ineficiente/infraproteção.

Não se olvida, destarte, a existência do Art. 28, parágrafo único, da Lei nº 9.868/99, o qual indica que a declaração de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade, inclusive interpretação conforme a Constituição e declaração parcial de inconstitucionalidade sem redução de texto, têm eficácia contra todos e **efeito vinculante** em relação aos órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública federal, estadual e municipal.

Nada obstante, é necessário que se faça um parêntese no que se refere à aplicação do instituto capitulado no Art. 89, da Lei nº 9.099/95, no

4 Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

(...)

§ 8º O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, **criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.** (grifou-se)

que atine aos delitos de ameaça, lesões corporais e vias de fato, mesmo em situação de violência doméstica e familiar, haja vista as características de tal instituto.

A um, porque a vedação existente no Art. 41, da Lei nº 11.340/06 não abrange **expressamente** o referido instituto, de aplicação extraordinária aos delitos não inseridos no microsistema do Juizado Especial Criminal.

A dois, porque o instituto da suspensão condicional do processo não está atrelado aos Juizados Especiais Criminais e aos crimes de menor potencial ofensivo, em que pese ter vindo estampado na referida Lei nº 9.099/95. Veja-se, inclusive que o referido instituto passou a integrar o atual Projeto de Lei nº 8045/2010, que institui o Novo Código de Processo Penal, no Art. 266<sup>5</sup>, como parte do rito de todos os processos criminais.

A três, por questões de interpretação racional e teleológica, visando, inclusive, os fins visados pela própria Lei Maria da Penha – e declarados constitucionais na ADC nº 19/DF –, conforme anotado em seu Art. 4º, notadamente aos fins sociais a que ela se destina e, especialmente, às condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Assim, percebe-se que do cotejo das vedações do Art. 41, da Lei Maria da Penha e do Microsistema do Juizado Especial Criminal, o que pretendeu o Supremo Tribunal Federal foi afastar o rito dos Juizados Especiais, declarando constitucional esse afastamento por meio da referida ação direta.

Percebe-se, ademais, que o legislador ordinário ao editar a Lei dos Juizados, o fez sob a égide principiológica de que neste sistema dos Juizados o Estado não estaria intervindo diretamente nas relações entre os sujeitos de direito, relegando a estes a solução de seus problemas, por meio de institutos como a composição civil com extinção da punibilidade e a transação penal com extinção da punibilidade (institutos despenalizadores), institutos que facilitam a resolução de conflitos como técnicas de autocomposição. Em contrapartida, quando da edição da Lei Maria da Penha, contrapôs-se a esta sistemática, evitando-se que vítima e agressor pudessem afastar a não intervenção estatal (o que geraria a institucionalização da violência doméstica, da “surra” e das agressões psicológicas). Isto é, esta última lei exigiu que nesses casos **específicos de violência doméstica e familiar contra a mulher, o Estado,**

5 Disponível no site: [http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mos\\_trarintegra.jsessionid=6829D2815DE3B3615C061A949255377F.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mos_trarintegra.jsessionid=6829D2815DE3B3615C061A949255377F.proposicoesWebExterno1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010)

efetivamente, se fizesse presente exatamente ante a condição peculiar da mulher vítima de tais situações.

De outro lado, convém esclarecer que a Lei nº 9.099/95 disciplinou a questão dos crimes de menor potencial ofensivo e as normas de competência e procedimento para o processamento e julgamento desses delitos, indicando que em relação os delitos previstos no Código Penal ou em outras leis extraordinárias, cuja pena máxima não ultrapassasse 02 (dois) anos, se pudesse aplicar os referidos institutos despenalizadores. Note-se, todo esse conjunto de delitos, ainda que previstos em legislação extraordinária ao próprio microsistema do JECRim, está a ele atrelado, em decorrência da definição dos delitos de menor potencial ofensivo, prevista no Art. 61.

A referida Lei nº 9.099/95 foi além e inseriu, em tal contexto normativo, o Art. 89, o qual instituiu o benefício da suspensão condicional do processo aos delitos cuja pena mínima cominada seja inferior ou igual a 01 (um) ano. Neste ponto, é de se gizar que tal benefício não se restringe àqueles delitos considerados de menor potencial ofensivo (cuja pena máxima é de 02 anos), mas amplia-se a todos, desde que a pena mínima seja igual ou inferior a 01 (um) ano<sup>6</sup>.

Percebe-se, assim, que o Art. 89 da Lei nº 9.099/95, trata-se de uma regra geral, que incide sobre todos os tipos de delitos e procedimentos e ritos criminais. Em verdade, trata-se de um dispositivo de caráter geral, o qual, inclusive, deveria ser veiculado em outro diploma, igualmente de caráter geral, porquanto não tange somente os delitos considerados de menor potencial ofensivo do Juizado Especial Criminal. A rigor, embora apresentado juridicamente pela Lei 9.099/95, a suspensão condicional do processo não guarda específica ligação com esta lei. Tanto é este o entendimento, que houve sua inclusão no referido Projeto de Lei nº 8045/2010, que institui o Novo Código de Processo Penal, no Art. 266.

O questionamento que deve ser feito e que baliza a decisão vinculante do Supremo Tribunal Federal é: **a inaplicabilidade do instituto da suspensão condicional** do processo atende ao Art. 41, da Lei Maria da Penha e **acarreta maior proteção ou proteção mais eficiente à vítima?** Dito de outra forma: **aplicando-se a suspensão condicional do processo há proteção ineficiente da vítima?**

6 Art. 89. Nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano, **abrangidas ou não por esta Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo**, por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (Art. 77 do Código Penal). – grifou-se

Ao se interpretar a Lei Maria da Penha, entendendo-se vedada a aplicação da suspensão condicional do processo, está-se a fazer com que, não raras vezes – para não dizer, comumente – a família e a própria vítima retem prejudicados pela condenação do agressor pelos delitos de vias de fato, ameaça e lesões corporais, inclusive, o torne reincidente, em tal prática, de modo que a **geração de condenações por tais delitos em nada solucionam a causa principal das agressões domésticas**, servindo a Lei, deste modo, apenas para “responder paliativamente” as contendas familiares. Isto porque as vítimas, no mais das vezes, tornam a conviver com seus agressores, com os quais já convivem há reiterados anos. Por outro lado, são extremamente dependentes, não só economicamente, mas, o que é pior, **psicologicamente**, deles.

Demais disso, as penas para tais delitos variam entre quinze dias a três meses de prisão simples (vias de fato); de 01 (um) mês a 06 (seis) meses de detenção (ameaça); ou de 03 (três) meses a 03 (três) anos (lesões leves), acabando por fazer com que **não haja a eficácia pedagógica ou protetiva** que se pretende com a pena. Mesmo porque não haverá punição prisional, mas tão-somente em cumprimento de pena em regime aberto.

Deve ser destacado quanto a tais penas que, considerando que há situação de grave ameaça ou violência contra pessoa, não poderão ser substituídas por penas restritivas de direitos, de modo que resta ao Judiciário a aplicação da suspensão condicional da pena, nos termos do que prevê o Art. 77, do Código Penal. Nota-se, neste ponto, que, em verdade, o Art. 89, da Lei dos Juizados, prevê que o instituto da suspensão condicional do processo somente poderá ser aplicado quando “presentes os demais requisitos que autorizariam a suspensão condicional da pena (art. 77, do Código Penal)”.

Ou seja, ao contrário do que se pensa, o instituto da suspensão condicional do processo funcionaria, nos casos de violência doméstica e familiar como uma antecipação dos feitos da tutela penal condenatória, fazendo com que o ônus do tempo do processo fosse redirecionado ao ofensor e não à ofendida, o qual ficaria sob regime de prova durante o período, oportunidade em que também poderia ser direcionado a participar de grupos de conscientização.

Explica-se, o resultado final da reprimenda, em relação a tais delitos (ameaça, vias de fato e lesões corporais leves), poderia, isto sim, ser antecipado por meio do instituto da suspensão condicional do processo, já que ao final, nas condenações haverá a aplicação do próprio Art. 77, do Código Penal.

O que se busca é eficiência na proteção da vítima e a resposta estatal, quando vem<sup>7</sup>, por meio da decisão condenatória, após novo constrangimento da ofendida em ser ouvida em juízo, muitas vezes sem outros elementos de prova da ocorrência (sendo comum ocorrer de haver somente sua versão contra a versão do ofensor e muitas vezes sendo obrigada a mentir – seja porque foi intimidada pelo ofensor, seja porque já restabeleceu o relacionamento conjugal e não quer prejudicá-lo, podendo vir a responder por denúncia caluniosa), em verdade somente corrobora o que já poderia ser realizado por meio da suspensão condicional do processo.

Nem se fale que as penas a tais delitos são insignificantes e geram a sensação inversa de impunidade, ao contrário o que se pretendia inicialmente com a não aplicação do princípio da suspensão condicional do processo. Ao se aplicar a suspensão condicional do processo haverá proteção mais eficiente da vítima porque durante o período de prova (de dois a quatro anos), antecipar-se-á os efeitos finais de eventual condenação, ressaltando-se o benefício para o ofensor quanto a extinção da punibilidade, caso venha a cumprir adequadamente as condições.

Veja-se que, por esse viés, a questão da suspensão condicional do processo não teve sua aplicação restringida ou proibida expressamente pelo Art. 41, da Lei nº 11.340/06. A finalidade do mencionado artigo foi afastar única e exclusivamente a conclusão de que os crimes de violência doméstica e familiar contra mulheres seriam de menor potencial ofensivo, incidindo as regras transacionais e o procedimento no JECRim. Não vedou a suspensão condicional do processo, instituto jurídico diverso – que não tem a natureza transacional – e aplicado de maneira geral, observados seus requisitos legais, a todos os tipos de crimes em todos os processos criminais, inclusive sob pena de afronta ao princípio constitucional da igualdade e isonomia.

Corrobora ainda para sua aplicação nos delitos em situação de violência doméstica ou familiar contra a mulher, a interpretação de que o referido instituto alcança a finalidade prevista no Art. 4<sup>o</sup><sup>8</sup>, da Lei Maria da Penha, no sentido de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, **bem como equaciona a questão da proteção à mulher, a preservação da**

<sup>7</sup> Vale observar que vários juízes vêm aplicando a pena sem observância do Art. 77, do Código Penal por entenderem que seria situação mais prejudicial ao réu do que a própria pena em meio aberto, além do que, há decisões que vem aplicando o princípio da bagatela imprópria (irrelevância penal do fato no que atine ao desvalor do resultado e não no desvalor da conduta).

<sup>8</sup> Art. 4<sup>o</sup> Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

família e o estado de dignidade do acusado. Mesmo porque o §8º, do Art. 226, da Constituição não pode ser interpretado isoladamente sem o próprio *caput*, segundo o qual se deve preservar a família.

Nesse diapasão, em se tratando de tais delitos, ainda que o Art. 41, da Lei nº 11.340/06 determine de modo expresso a não aplicação da Lei nº 9.099/95, há que ser feita interpretação conforme a Constituição Federal de modo a tornar possível a suspensão do processo criminal, mediante a aplicação de determinadas condições, porque se trata mesmo de instituto inerente à justiça restaurativa, em cumprimento mesmo à Recomendação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de:

“c) O estabelecimento de **formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares**, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera;”<sup>9</sup>

Em voto esposado pelo Ministro Celso Limongi em seu voto, no HC 154801/MS, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2010, DJe 03/11/2011, houve entendimento nesse sentido:

“A interpretação literal do artigo 41 da Lei Maria da Penha, no entanto, não é pacífica.

Em matéria intitulada “A aplicabilidade das Leis nºs. 11.340/06 e 9.099/95 relativamente à suspensão condicional do processo, sob o prisma da Constituição Federal, Carlos Eduardo Contar, em “Estudos contemporâneos de Direito Público em homenagem ao Ministro César Asfor Rocha”, editora Pillares, 2010, vários autores, pág. 295 e seguintes, deixou assentado que: (...) Os primeiros embates jurídicos se concentraram na busca da declaração incidental de inconstitucionalidade da referida lei, especialmente no que diz respeito ao Art. 41, porque esse dispositivo estabeleceu a vedação – absoluta – quanto à aplicabilidade da Lei nº 9.099/95 às ações penais em que estiver sendo apurada alguma forma de violência doméstica contra a mulher. No tocante à inconstitucionalidade do Art. 41, da Lei nº 11.340/06, pode-se afirmar que não há posicionamento definitivo e uniforme sobre a questão. **Entretanto, o objetivo do presente trabalho não é discutir sobre a inconstitucionalidade da Lei Maria da Penha, mas sim de explorar outras hipóteses de fundamentação para a aplicação harmônica de ambos os institutos, especialmente no que diz respeito à possibilidade de suspensão condicional do processo.** Mister se faz esclarecer que as Leis nºs. 11.340/06 e 9.099/95 não são totalmente incompatíveis – semântica e tecnicamente – porque ambas são constitucionais e, portanto, válidas. Trata-se de um problema no âmbito da eficácia do

<sup>9</sup> O relatório completo pode ser consultado em: <http://www.cidh.oas.org/annualrep/2000port/12051.htm>.

plano infraconstitucional – de aplicabilidade, portanto – e não de validade perante o ordenamento jurídico, que será resolvido no momento em que se descobrir qual o alcance da restrição criada pelo Art. 41 da Lei Maria da Penha. A INTERPRETAÇÃO CONFORME A CONSTITUIÇÃO COMO SOLUÇÃO INICIAL PARA POSSIBILITAR A APLICAÇÃO DO Art. 89, DA LEI Nº 9.099/95. Em um primeiro momento, constata-se que a norma do Art. 41, da Lei nº 11.340/06 não possibilitaria outras interpretações senão aquela expressa em seu texto, no sentido de ser inaplicável a Lei nº 9.099/95 às hipóteses de violência doméstica contra a mulher. Utilizando-se dos critérios tradicionais de interpretação para a resolução de conflito aparente de normas; tem-se que a Lei Maria da Penha é mais recente e especial em relação à Lei dos Juizados Especiais – sendo ambas da mesma hierarquia – levando os intérpretes, em geral, à solução mais óbvia e literal quanto ao tema, que é a completa inviabilização da suspensão condicional do processo prevista no Art. 89 da aludida lei. O viés interpretativo cabível para a melhor adequação da norma do Art. 41, da Lei nº 11.340/06, à Constituição, especialmente quanto ao seu Art. 226, § 8º, que diz respeito à proteção da família como célula-mater da sociedade, é a inexistência de ofensa da medida de natureza processual, que nenhuma proteção retira da mulher ofendida no âmbito das relações domésticas. Se o principal fundamento constitucional para a elaboração da Lei nº 11.340/06 – além da isonomia material ou substancial – é a proteção a um dos membros da família, em razão da sua desvantagem no âmbito doméstico, esse mesmo alicerce deve ser levado em consideração pelo intérprete para delimitar a aplicabilidade de um dos dispositivos da lei supracitada. (...) **A relativização da norma do Art. 41, da Lei nº 11.340/06, não pode ser implementada por intermédio de métodos tradicionais de resolução de conflitos aparentes de normas, e por isso a melhor solução para o impasse é utilizar a técnica denominada interpretação conforme a Constituição (...) (...) Desse modo, eventual reconhecimento da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06 não significa que a referida legislação vede todos os mecanismos processuais previstos na Lei nº 9.099/95, como é o caso da suspensão condicional do processo, prevista no seu Art. 89. Isso porque a razão de ser da constitucionalidade da Lei nº 11.340/06, especialmente quanto ao seu artigo 41, é que a Lei nº 9.099/95 significaria o atendimento aos princípios da isonomia e ao Art. 226, § 8º, da Constituição Federal, por inviabilizar a proteção da parte fraca das relações domésticas, no âmbito processual e material. Na verdade, o que não se fez até o momento foi analisar se todos os mecanismos processuais contidos na Lei nº 9.099/95 são materialmente contrários à proteção resguardada pelo Art. 226, § 8º, da Carta Magna. É justamente nesse ponto que as interpretações dadas a casos de violência doméstica apresentavam um equívoco grave, baseado**

**na generalização quanto à vedação conferida pelo Art. 41 da Lei Maria da Penha.** Assim, mesmo se considerando constitucional algum dispositivo específico ou a integralidade da Lei nº 11.340/06, **é certo que ainda restaria aos Tribunais a hipótese de se manifestar não mais sobre o plano de validade da norma questionada, mas sim a respeito do plano de eficácia** da mesma, ou seja, a respeito de qual o limite concreto da restrição criada por uma norma infraconstitucional em face de outra, da mesma hierarquia. Há vedação quanto aos institutos despenalizadores ou benéficos da Lei nº 9.099/95, de acordo com a nova legislação, sendo certo que normas jurídicas que possuem caráter absoluto são excepcionais, devendo ser justificada a referida excepcionalidade. **Ao vedar todo o conteúdo da Lei nº 9.099/95 – sem especificar um ou outro dispositivo que atentasse contra a segurança da mulher no âmbito da família – a cognominada “Lei Maria da Penha” acabou por atingir até mesmo o mecanismo processual que nenhuma relação tem com o respeito à isonomia ou à segurança da mulher no ambiente doméstico, conhecido como sursis processual.** Ora, tanto a Lei nº 11.340/06 quanto à Lei nº 9.099/95 são constitucionais. Entretanto, o julgador tem o dever de esclarecer e determinar qual o limite da vedação contida na “Lei Maria da Penha” – em obediência ao princípio da proporcionalidade – ao invés de simplesmente adotar uma interpretação literal e automática quanto à sobredita restrição. **Desse modo, é evidente que o Art. 89, da Lei nº 9.099/95, que possibilita a suspensão condicional do processo, não ofende os princípios da isonomia e da proteção da família, pois estabelece uma regra processual que não fragiliza a mulher no âmbito doméstico, nem possibilita que a conduta praticada pelo acusado resulte no pagamento de cestas básicas ou em prestação de serviços à comunidade. (...) Portanto, ao contrário do que se tem alardeado contra a aplicação da Lei nº 9.099/95, a suspensão condicional do processo é medida terminativa do processo e possui nítido cunho pedagógico e intimidador em relação ao agressor. Quando não cumpridas as condições determinadas pelo juízo após o oferecimento da proposta pelo representante do “Parquet”, a ação penal transcorrerá normalmente até a sentença, e não será possível outra oportunidade de concessão de sursis ao mesmo acusado. E ainda há que se considerar o fator da efemeridade da (sic) sursis processual, porque não será permitida a repetição do benefício ao infrator renitente na violência doméstica contra a mulher; uma vez utilizado o benefício, o Art. 89 da Lei 9.099/95 veda àqueles que praticarem novo delito a concessão da benesse processual.** Portanto, muito embora tenha que se reconhecer como constitucional a Lei nº 11.340/06, a sua eficácia restritiva em relação à Lei nº 9.099/95 não atinge todos os benefícios instituídos nesta última norma, devendo ser excluída da vedação o seu Art. 89, que possibilita a sua

suspensão condicional do processo, **eis que esse mecanismo processual não limita ou afasta as medidas protetivas trazidas pela Lei nova.** (...) No caso em exame, o paciente fora denunciado e condenado, porque, na data dos fatos, ofendera a integridade corporal de sua companheira, Mari Cleiri Yule de Rezende, apertando seu pescoço, tentando sufocá-la. Não restam dúvidas, pois, de que o delito foi praticado no âmbito familiar, contra mulher. **Em que pese o entendimento desta e. Sexta Turma, no sentido de que o artigo 89 da Lei nº 9.099/95 não se aplica aos casos de violência doméstica contra a mulher, ouso divergir desse entendimento, considerando as peculiaridades do caso concreto, adotando, em especial, o entendimento aceito por parte da doutrina, e transcrito acima, de que a suspensão condicional do processo não resulta em afastamento ou diminuição das medidas protetivas impostas à mulher, pelo legislador. E isto, porque, se o agente descumprir as condições impostas, o benefício pode ser revogado. E se reincidir na conduta, não poderá contar, uma segunda vez, com o “sursis” processual.** Em suma, contrariando o entendimento da E. Turma e afastando a interpretação literal do artigo 41 da Lei nº 11.340/2006, concedo a ordem, para cassar o v. acórdão e a r. sentença, determinando a realização de nova audiência, para que o paciente se manifeste sobre a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público Estadual.” (grifou-se)

Com todo respeito ao Sodalício Supremo, os casos de violência doméstica e familiar contra a mulher são, em regra, gerados em decorrência de conflitos deflagrados pelo uso de bebidas alcoólicas ou dependência química de outras substâncias entorpecentes pelo agressor, para além de outras tantas origens do problema da violência familiar (machismo, alto nível de exigência social quanto ao papel masculino e também feminino, misoginia, agressividade mais intensificada, baixo nível cultural e tantas outras).

Ao se permitir a suspensão condicional do processo, obviamente nos casos em que o Art. 89 autoriza (requisitos objetivos e subjetivos), até mesmo com possibilidade de anuência da vítima, não se está negando a ela a tutela jurisdicional, ou o socorro de que necessita, tampouco fazendo com que o processo se transforme num balcão de negócios em que se negocia “pena de cesta básica”, como pretende evitar o Art. 17, da Lei Maria da Penha, mas, efetivamente, propiciando que o agressor, que a vítima e que a família possam ser restaurados, com efetiva intervenção do Poder Público, especialmente, quando as condições da suspensão condicional são estabelecidas visando o acompanhamento da família, do casal, por meio dos equipamentos da assistência social

ou de equipe técnica específica de apoio às situações de violência doméstica.

“Acima de tudo, o escopo da suspensão condicional do processo é evitar a estigmatização derivada do próprio processo. Como consequência, acaba evitando também a estigmatização que traz a sentença condenatória. O processo em si já é penoso para o acusado. Participar dos seus rituais (a citação em sua casa, o interrogatório, oitiva de testemunhas etc.) configura um gravame incomensurável. A suspensão condicional, dentre outras, tem a virtude de evitar as denominadas ‘cerimônias degradantes’ (GRINOVER, Ada Pellegrini [ET all], 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 263)

Isto porque o acusado terá seu processo suspenso sob prova, por dois a quatro anos, devendo cumprir condições legais e judiciais diferenciadas (sugeridas, quase que como regra, pelo Ministério Público) previamente estabelecidas, dentre as quais aquelas previstas no Art. 22 e no Art. 23, inciso I em concurso com o que define o Art. 29 e Art. 30, da própria Lei nº 11.340/06 e **frequência a grupos de orientação e conscientização.**

“Art. 22. Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras:

I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei no 10.826, de 22 de dezembro de 2003;

II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida;

III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:

a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;

b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;

c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida;

IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar;

V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios.

**§ 1º As medidas referidas neste artigo não impedem a aplicação de outras previstas na legislação em vigor, sempre que a segurança da ofendida ou as circunstâncias o exigirem, devendo a providência ser comunicada ao Ministério Público.**

(...)

Art. 23. Poderá o juiz, quando necessário, sem prejuízo de outras medidas:

I – encaminhar a ofendida e seus dependentes a programa oficial ou comunitário de proteção ou de atendimento;

(...)

Art. 29. Os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher que vierem a ser criados – e cuja criação foi declarada constitucionalmente como facultativa – poderão contar com uma equipe de atendimento multidisciplinar, a ser integrada por profissionais especializados nas áreas psicossocial, jurídica e de saúde.

Art. 30. Compete à equipe de atendimento multidisciplinar, entre outras atribuições, que lhe forem reservadas pela legislação local, fornecer subsídios por escrito ao Juiz, ao Ministério Público e à Defensoria Pública, mediante laudos ou verbalmente em audiência, e **desenvolver trabalhos de orientação, encaminhamento, prevenção e outras medidas, voltados para a ofendida, o agressor e os familiares, com especial atenção às crianças e aos adolescentes.**” (grifou-se)

Veja-se, que o acusado ficará, durante esse tempo, submetido à constante patrulhamento estatal e da própria vítima, tendo a oportunidade de demonstrar senso de responsabilidade e provar à vítima que é pessoa de bem. Qualquer desvio de conduta ou descumprimento das condições ensejará a revogação do benefício e retomada do curso processual.

**“Um conjunto articulado de ações entre União, Estados, Distrito Federal, Municípios e entes não governamentais, efetivará as obrigações assumidas pelo Brasil** quando da ratificação da Convenção de Belém do Pará (Art. 8º), tais como adotar programas para: ‘a) fomentar o conhecimento e a observância do direito da mulher a uma vida livre de violência e o direito da mulher a que se respeitem e protejam seus direitos humanos; b) modificar os padrões socio-culturais de conduta de homens e mulheres, incluindo a construção de programas de educação formais e não-formais apropriados a todo nível de processo educativo, para contrabalançar preconceitos e costumes e todo outro tipo de práticas que se baseiem na premissa da inferioridade ou superioridade de qualquer dos gêneros ou nos papéis estereotipados para o homem e a mulher que legitimam ou exacerbam a violência contra a mulher; **c) fomentar a educação e a capacitação do pessoal na administração da justiça, policial e demais funcionários encarregados da aplicação da lei, assim como do pessoal encarregado das políticas de prevenção, sanção e eliminação da violência contra a mulher;** d) **aplicar os serviços especializados apropriados para o atendimento necessário à mulher objeto de violência, por meio de entidades dos setores**

**público e privado, inclusive abrigos, serviços de orientação para toda a família, quando for o caso, e cuidado e custódia dos membros afetados; e) fomentar e apoiar programas de educação governamentais do setor privado destinados a conscientizar o público sobre os problemas relacionados com a violência contra a mulher, os recursos jurídicos e a reparação correspondente; f) oferecer à mulher, objeto de violência, acesso a programas eficazes de reabilitação e capacitação que lhe permitam participar plenamente da vida pública, privada e social; g) estimular os meios de comunicação a elaborar diretrizes adequadas de difusão que contribuam para a erradicação da violência contra a mulher em todas as suas formas e a realçar o respeito à dignidade da mulher; h) garantir a investigação e recompilação de estatísticas e demais informações pertinentes sobre as causas, conseqüências e frequência da violência contra a mulher, com o objetivo de avaliar a eficácia das medidas para prevenir, punir e eliminar a violência contra mulher e de formular e aplicar as mudanças que sejam necessárias; e i) promover a cooperação internacional para o intercâmbio de idéias e experiências e a execução de programas destinados a proteger a mulher objeto de violência.**

(...)

O Promotor de Justiça do Distrito Federal, Fausto Rodrigues de Lima narra sua experiência em projeto desenvolvido na cidade de Samambaia, que bem ilustra a forma pela qual, na prática se desenvolve a atuação de grupos multidisciplinares. Assim, em parceria com a Universidade Católica do Distrito Federal, criaram-se grupos de reflexão para usuários de drogas e para pessoas envolvidas com maus tratos de crianças e de adolescentes. Também os Alcoólicos Anônimos e os Narcóticos Anônimos participaram do projeto, na medida que a gênese de várias agressões se encontra no uso abusivo de álcool e drogas. Há, ainda, a participação dos Grupos Familiares Al-Anon (surgiu em Nova York, em 1951, existindo no Brasil desde 1965, com sede em São Paulo), que se constitui em uma entidade voltada para os familiares e amigos dos alcoólicos. São grupos de reflexão, semelhantes ao AA, mas voltados às pessoas cujas vidas foram afetadas pelo abuso de álcool de algum familiar ou conhecido. Estabeleceu-se, ainda, parceria com o CDM-Conselho dos Direitos da Mulher/DF, que criou um Núcleo de Violência Doméstica Permanente no Fórum de Samambaia, para atendimento em grupo e individual de agressores e vítimas." (CUNHA, Rogério Sanches, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 67/68 e p. 172/173)

Ressalta-se que a violência doméstica tem retratado, no aspecto criminal, fatores e circunstâncias sociais que precedem à tipificação penal. Isto é, as situações de violência doméstica chegam a conhecimento antes do Delegado, Promotor de Justiça e Juiz do que de equipamentos

de assistência e promoção social, invertendo postulados de fragmentariedade e subsidiariedade do direito penal.

Por este aspecto, por que não se utilizar do instituto da suspensão condicional do processo para remeter, como válvula de reenvio, aos mecanismos e equipamentos do poder público a tarefa primordial que lhes compete de prevenção da violência? Por que o Estado, por meio do Poder Judiciário não pode atuar na tarefa repressiva e preventiva da violência doméstica, que é inclusive pauta da Lei Maria da Penha, em seu Art. 8º<sup>10</sup>, já que ao responder ao processo suspenso o denunciado estaria obrigado a evitar a reiteração delitiva, muito comum em se tratando de violência doméstica e familiar?

Deste modo, por meio do instituto da suspensão condicional do processo<sup>11</sup>, pode-se estabelecer condições como a frequência a determinados programas, em consonância com o que já prevê a Lei Maria da Penha, de modo obrigatório, extraíndo-se que o instituto bem atende aos anseios da vítima e da família.

Ademais, o denunciado terá a oportunidade de demonstrar senso de responsabilidade, ao Estado e à família, bem como não sofrerá anotação criminal em sua folha de antecedentes, o que apenas prejudica o seu futuro e até da sua família, pois poderia ser impedido de conseguir trabalho remunerado, o que não é incomum acontecer.

A prática vem demonstrando que, habitualmente, processos dessa natureza, sem a aplicação do instituto da suspensão condicional do processo, é que culminam em impunidade. Os fatos normalmente ocorrem no recôndito do lar, sem testemunhas presenciais, alicerçados apenas nas declarações da vítima. Esta, encontrando-se no paradoxo acima

10 "Art. 8º A **política pública que visa coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher far-se-á por meio de um conjunto articulado de ações** da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios e de ações não-governamentais, tendo por **diretrizes**:

I - a **integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação**;

(...)

VI - a **celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;**" (grifou-se)

11 Art. 89, §2º, da Lei nº 9.099/95: "§ 2º O Juiz poderá especificar **outras condições** a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado." (grifou-se)

(processar e ver condenado seu marido e pai dos filhos), em juízo, traz versões antagônicas inocentando o réu e gerando, até mesmo, responsabilização da vítima que vem a juízo falsear com a verdade. A aplicação de tal instituto, como medida de política criminal, apenas viria a fortalecer a tutela das mulheres em situação de violência doméstica e familiar, portanto, em nítido caráter de Justiça Restaurativa.

Assim, considerando a interpretação conforme à Constituição, já que as decisões do Supremo Tribunal Federal embora possuam força vinculante são passíveis de revisão, haja vista a necessidade de mutação constitucional, é forçosa a análise da suspensão condicional do processo nos processos criminais instaurados para apurar prática de violência contra a mulher ainda que em situação familiar e doméstica, como medida de política criminal e de Justiça Restaurativa, em que, se inicia a intervenção estatal na seara criminal, mas evita-se a reiteração e o ciclo de violência com a abertura que o processo punitivo confere, por meio de tal instituto, a outras instâncias, as quais deveriam ser a primeira mão na intervenção e prevenção/repressão da violência doméstica e familiar, nos moldes do que prevê o Art. 226, §8º da Constituição Federal.

Estar-se-ia, desta forma, impulsionando o fortalecimento de outros mecanismos estatais para prevenção da violência em outras searas da incidência do Sistema de Justiça, fortalecimento empoderamento/emancipação psicossocial inclusive para a vítima, já que dados do IBGE demonstram que em torno de 40% das famílias brasileiras são chefiadas por mulheres<sup>12</sup>.

Quanto à possibilidade de revisão dos julgamentos vinculantes, percebe-se que seria possível a revisão do entendimento firmado por necessidade de atualização dos precedentes judiciais, a fim de evitar a fossilização do entendimento constitucional. Trata-se do fenômeno chamado *overruling*.

A propósito:

“A vocação de permanência da Constituição exige uma aptidão modificativa. Se a permanência constitucional é ‘ideia inspiradora do constitucionalismo moderno’, exigem-se procedimentos para que a Constituição possa se adaptar, como processo público, aos acontecimentos de sua época, sem detrimento da integridade do seu sentido. Uma Constituição que proíba sua própria alteração está fadada ao fracasso. A previsão de instrumentos para reforma constitucional funciona como mecanismo de longevidade constitucional.

(...)

A mutação constitucional está ligada à alteração da realidade. Esse

<sup>12</sup> Disponível em <http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/12/1714906-proporcao-de-familias-chefiadas-por-mulheres-chega-a-40-em-2014.shtml>.

fenômeno envolve dois fatores: o temporal, consistente no reconhecimento da historicidade do ordenamento, e o social, decorrente da outorga de relevância interpretativa a elementos externos ao enunciado normativo, sejam econômicos, ideológicos ou políticos. Afinal, nenhuma Constituição se apresenta como uma obra terminada. (...)

A mutação somente pode ser entendida como uma modificação do conteúdo da norma no seu próprio interior, não como resultado de transformações efetuadas à margem das disposições constitucionais. A mudança no conteúdo da norma não é consequência de um ato de coordenação entre normalidade e normatividade. A mutação ocorre porque as realidades capturadas pelo âmbito normativo estão sujeitas a mudanças históricas por meio do processo de concretização, sem que o programa normativo seja modificado.

(...)

A mutação constitucional é admissível em face da ordem jurídica, enquanto manifestação do poder constituinte difuso, desde que decorrente da própria Constituição, como resultado do desenvolvimento social, político e econômico, para dar-lhe efetiva aplicação.” (DIAS, Cibele Fernandes. Mutação constitucional. In: Direito constitucional brasileiro. v. 1. CLÈVE, Clèmerson Merlin, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63/79)

Podem ser citados exemplos desse processo de mutação constitucional por meio de reinterpretação do Supremo Tribunal Federal (*overruling*) em julgados como HC nº 82.959/2006 e o atual HC nº 118533/2016<sup>13</sup>, ADI nº 1.851 x RE 593849 de 05/04/2017<sup>14</sup> e ADI nº 2663/RS, julgada

<sup>13</sup> Tratando em 2006 sobre a hediondez do delito de tráfico de drogas e progressão de regime, inclusive para o tráfico privilegiado do art. 33, §4º, da Lei de Drogas, com efeito vinculante, e atualmente revendo a desarmonia de manter o tráfico privilegiado como sendo de caráter hediondo.

<sup>14</sup> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS - ICMS. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA PROGRESSIVA OU PARA FRENTE. CLÁUSULA DE RESTITUIÇÃO DO EXCESSO. BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA. BASE DE CÁLCULO REAL. RESTITUIÇÃO DA DIFERENÇA. ART. 150, §7º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. REVOGAÇÃO PARCIAL DE PRECEDENTE. ADI 1.851. 1. Fixação de tese jurídica ao Tema 201 da sistemática da repercussão geral: “É devida a restituição da diferença do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços – ICMS pago a mais no regime de substituição tributária para frente se a base de cálculo efetiva da operação for inferior à presumida”. 2. A garantia do direito à restituição do excesso não inviabiliza a substituição tributária progressiva, à luz da manutenção das vantagens pragmáticas hauridas do sistema de cobrança de impostos e contribuições. 3. O princípio da praticidade tributária não prepondera na hipótese de violação de direitos e garantias dos contribuintes, notadamente os princípios da igualdade, capacidade contributiva e vedação ao confisco, bem como a arquitetura de neutralidade fiscal do ICMS. 4. O modo de raciocinar “tipificante” na seara tributária não deve ser alheio à narrativa extraída da realidade do



em 08/03/2017<sup>15</sup>.

Por fim, deve ser ressaltado que já há vozes na doutrina balizando a possi-

processo econômico, de maneira a transformar uma ficção jurídica em uma presunção absoluta. 5. De acordo com o art. 150, §7º, in fine, da Constituição da República, a cláusula de restituição do excesso e respectivo direito à restituição se aplicam a todos os casos em que o fato gerador presumido não se concretize empiricamente da forma como antecipadamente tributado. 6. **Altera-se parcialmente o precedente firmado na ADI 1.851, de relatoria do Ministro Ilmar Galvão, de modo que os efeitos jurídicos desse novo entendimento orientam apenas os litígios judiciais futuros e os pendentes submetidos à sistemática da repercussão geral.** 7. Declaração incidental de inconstitucionalidade dos artigos 22, §10, da Lei 6.763/1975, e 21 do Decreto 43.080/2002, ambos do Estado de Minas Gerais, e fixação de interpretação conforme à Constituição em relação aos arts. 22, §11, do referido diploma legal, e 22 do decreto indigitado. 8. Recurso extraordinário a que se dá provimento. (RE 593849, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 19/10/2016, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-065 DIVULG 30-03-2017 PUBLIC 31-03-2017 REPUBLICAÇÃO: DJe-068 DIVULG 04-04-2017 PUBLIC 05-04-2017).

15 O Tribunal, por maioria, julgou parcialmente procedente ação direta para declarar a inconstitucionalidade do art. 3º da Lei 11.743/2002 do Estado do Rio Grande do Sul, conferindo à decisão efeitos “ex nunc”, a partir da publicação da ata deste julgamento. A lei impugnada assegura às empresas patrocinadoras de bolsas de estudo para professores que ingressam em curso superior a possibilidade de exigir dos beneficiários serviços para implementação de projetos de alfabetização ou aperfeiçoamento de empregados dessas empresas, bem como outras atividades compatíveis com a sua formação profissional. O art. 3º da lei impugnada autoriza o Poder Executivo a conceder à empresa patrocinadora incentivo equivalente a 50% do valor da bolsa, a ser deduzido do ICMS. De um lado, a Corte entendeu que o princípio federativo reclama o abandono de qualquer leitura inflacionada centralizadora das competências normativas da União, bem como sugere novas searas normativas que possam ser trilhadas pelos Estados-Membros, Municípios e Distrito Federal. **A “prospective overruling”, antídoto ao engessamento do pensamento jurídico, possibilita ao STF rever sua postura em casos de litígios constitucionais** em matéria de competência legislativa, viabilizando o prestígio das iniciativas regionais e locais, ressaltadas as hipóteses de ofensa expressa e inequívoca a norma da Constituição. Dessa forma, a competência legislativa de Estado-Membro para dispor sobre educação e ensino, prevista no art. 24, IX, da CF, autoriza a fixação, por lei local, da possibilidade de concessão de bolsas de estudo a professores em aprimoramento do sistema regional de ensino. Por outro lado, considerou que o pacto federativo reclama, para preservação do equilíbrio horizontal na tributação, a prévia deliberação dos Estados-Membros para concessão de benefícios fiscais relativamente ao ICMS, na forma prevista no art. 155, § 2º, XII, “g”, da CF e como disciplinado pela LC 24/1975, recepcionada pela atual ordem constitucional. Por esse motivo, o art. 3º da Lei 11.743/2002 padece de inconstitucionalidade. Ao conceder benefício fiscal de ICMS sem a antecedente deliberação dos Estados-Membros e do Distrito Federal, caracteriza-se hipótese típica de exoneração conducente à guerra fiscal, em desarmonia com a Constituição. Vencido, em parte, o ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente o pedido. Para o magistrado, não se trataria, no caso concreto, de guerra fiscal, por não ter havido implemento de um benefício fiscal propriamente dito, mas simples contrapartida para as empresas que resolvessem adentrar esse campo e financiar o aprimoramento da classe dos professores. **ADI 2663/RS, rel. Min. Luiz Fux, julgamento em 8.3.2017. (ADI-2663)**

bilidade de aplicação do instituto da suspensão condicional do processo:

“A conclusão, cujos fundamentos serão trazidos adiante, é no sentido de total compatibilidade, razão pela qual a apropriada revisão legislativa há que ser colocada em marcha, com o fito de, textualmente, incluir a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo aos processos cujos crimes são objeto da Lei Maria da Penha. A necessidade de alteração legislativa reside no fato de que o STF, ao tratar do art. 41 (na ADI 4424), declarou-o constitucional e, dando interpretação literal ao seu conteúdo, entendeu de afastar a aplicação de todos os institutos despenalizadores previstos na Lei 9.099/95 (incluindo a suspensão condicional do processo).” (BIANCHINI, Alice. A decisão político-criminal de afastar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo é a mais adequada para melhor responder aos objetivos da Lei Maria da Penha? Parecer elaborado para o Fórum Nacional de Juízes da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (**FONAVID**), juiz Álvaro Kalix Ferro, sobre a conveniência, ou não, em termos de política criminal, da aplicação da suspensão condicional do processo a casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Março, 2015).

Em conclusão, quer parecer que a resposta ao questionamento é de que seria mais eficiente a proteção da mulher, vítima de violência doméstica e familiar, quando aplicado o instituto da suspensão condicional do processo em posicionamento diverso do atual entendimento vinculante do Supremo Tribunal Federal, mantendo-se o ciclo de violência com aplicação das penas insignificantes para os delitos de ameaça, vias de fato e lesões corporais leves.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS E JURISPRUDENCIAIS

ADC nº 19/DF

BIANCHINI, Alice. A decisão político-criminal de afastar a possibilidade de aplicação da suspensão condicional do processo é a mais adequada para melhor responder aos objetivos da Lei Maria da Penha? Parecer elaborado para o Fórum Nacional de Juízes da Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher (FONAVID), juiz Álvaro Kalix Ferro, sobre a conveniência, ou não, em termos de política criminal, da aplicação da suspensão condicional do processo a casos que envolvam violência doméstica e familiar contra a mulher. Março, 2015

CUNHA, Rogério Sanches. Violência doméstica: Lei Maria da Penha (Lei 11.340/2006) comentada artigo por artigo. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DIAS, Cibele Fernandes. Mutação constitucional. In: Direito constitucional brasileiro. v. 1. CL VE, Cl merson Merlin, coord. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 63/79

GRINOVER, Ada Pellegrini [et. all], 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

HC 154801/MS, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2010, DJe 03/11/2011

HC 185.930/MS, Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 14/12/2010, DJe 23/05/2011

LIMA, Renato Brasileiro de. Legisla o criminal especial comentada. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penas e processuais penais comentadas. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

RHC 54.493/SP, Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgado em 24/02/2015, DJe 03/03/2015.

## **DE OPERADOR DO DIREITO A GESTOR PÚBLICO – REFLEXÃO SOBRE OS DESAFIOS DOS INTEGRANTES DO MINISTÉRIO PÚBLICO DIANTE DA ALTA DOSE DE INFORMAÇOES, RESPONSABILIDADES E BUSCA POR RESOLUTIVIDADE**

Murilo Cezar Soares e Silva<sup>1</sup>

### **1. INTRODU O**

A demanda social por transparência e serviços públicos de qualidade impõe ao Ministério Público mais do que perfil combativo e boa-fé, mas atua o resolutiva, que passa a ser cobrada, monitorada, avaliada e criticada em tempo real, não apenas pelos órgãos formais de controle, mas também diretamente pela própria sociedade<sup>2</sup>, inclusive em m dias sociais.

Assim sendo, o Ministério Público contemporâneo desenvolve suas atividades sob novo paradigma tecnológico organizado em torno da informa o, perceptível para muito além dos sistemas informatizados de processamento de a oes judiciais e registro de procedimentos extrajudiciais, perpassando pela penetrabilidade das novas tecnologias de comunica o em toda a sociedade<sup>3</sup>.

O desafio de se aliar o cumprimento aos encargos formais dos integrantes do Ministério Público (prazos processuais e procedimentais, relatórios e registros funcionais)  s nov is cobranças por resolutividade<sup>3</sup> exigirá o desenvolvimento de competências gerenciais, capazes de organizar as atividades da unidade para essa produ o de resultados sem perder a necessidade de atendimento às a oes formais.

O objetivo da presente tese   expor como esse novo paradigma

1 Promotor de Justiça do MP-PR, Assessor da Procuradoria-Geral de Justiça no Núcleo de Assessoramento da Subprocuradoria-Geral de Justiça para Assuntos de Planejamento Institucional (SUBPLAN).

2 Conforme se pode observar em <http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/institucional/sociedade-cobra-do-mpf-intervencao-mais-efetiva-em-prol-da-transformacao-social> e em <http://www.conjur.com.br/2010-mai-01/cnmp-cobra-foco-procuradoria-aco-es-interesse-efetivo-sociedade> Acesso dia 30 mar. 2017.

3 Ex vi da Carta de Brasília emitida pela Corregedoria Nacional do Ministério Público em 2016, acessível em <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9713-congresso-de-gestao-do-mp-corregedorias-do-ministerio-publico-aprovam-a-carta-de-brasilia> Acesso dia 31 mar. 2017.

tecnológico informacional pode amparar o gestor da unidade ministerial<sup>4</sup>, tal como o membro do Ministério Público que atua em uma Promotoria ou Procuradoria de Justiça, coordena Centro de Apoio ou estrutura regional, a encaminhar suas atividades rotineiras, priorizando ações e refletindo sobre a consequência de suas atuações de forma a produzir resultados. Destaca-se que o escopo do presente trabalho é o planejamento em nível operacional, assim compreendido como a organização das atividades mais elementares da unidade, sem embargo de que solução semelhante possa servir de suporte para o desenvolvimento de ações nos níveis táticos e estratégicos<sup>5</sup> de toda a instituição.

## 2. CAPTURA E GESTÃO DE INFORMAÇÕES NO MINISTÉRIO PÚBLICO DO PARANÁ

A evolução dos recursos tecnológicos no Poder Judiciário do Estado do Paraná permitiram a introdução do processo judicial eletrônico em todas as competências da Justiça Estadual no primeiro grau de jurisdição (sistema Projudi) desde meados do ano de 2015, bem como em algumas competências em segundo grau de jurisdição (sistema PJe). De igual modo, o Ministério Público do Paraná ajustou seu sistema de registro de atividades finalísticas (PRO-MP) para capturar sua atuação funcional extrajudicial, assim como em audiências judiciais e em processos físicos.

Esse estado tecnológico criou condições para a automatização do relatório de atividades funcionais (RAF) enviado mensalmente ao Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP)<sup>6</sup>, bem como possibilita a produção de conteúdo analítico que subsidie o desenvolvimento

4 Para os fins do presente artigo, conceitua-se gestor como o responsável pelo planejamento, desenvolvimento, execução e monitoramento das atividades de sua unidade a fim de atingir os objetivos que a Constituição Federal incumbiu o Ministério Público.

5 O planejamento estratégico, conforme lecionam Chiavenato e Sapiro, está relacionado com os objetivos “de médio e longo prazo que afetam a direção ou a viabilidade da empresa” (CHIAVENATO, Idalberto; SAPIRO, Arão *apud* Elias, Jorge José. Planejamento Estratégico Organizacional: comentários e apontamentos metodológicos) e o planejamento tático, conforme afirmam Kaplan e Norton, “tem como objetivo otimizar determinada área de resultado e não a empresa como um todo, trabalhando com decomposições dos objetivos, estratégias e políticas estabelecidas no planejamento estratégico” (KAPLAN, Robert; NORTON, David *apud* RUSSO, P. T.; PARISI, C.; MEGLIORINI, E.; ALMEIDA, C. B. Evidências de elementos de institucionalização do Balanced Scorecard na obra “A estratégia em ação”: um olhar baseado na teoria institucional, 2012), enquanto o planejamento operacional direciona esforços para cada processo da organização, sendo aplicado em setores específicos, apresentando impactos limitados e tempo de planejamento de curto prazo.

6 Cf. <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/cgmp/2016/ofcircular-232016cgmp.pdf> Acesso dia 30 mar. 2017.

organizacional e a atuação das unidades ministeriais<sup>7</sup>.



## 3. NOVAS POSSIBILIDADES PARA A GESTÃO DE PROMOTORIA DE JUSTIÇA SUSTENTADA POR TECNOLOGIA DA INFORMAÇÃO


Em uma gestão de Promotoria de Justiça tradicional, sem produção, captura e análise de informações organizadas, leva-se muito tempo para conhecer o perfil e as principais demandas da unidade ministerial, pois estas são apreendidas quase que exclusivamente através da percepção e da experiência. Essa concepção manual de monitoramento e controle da Promotoria dificulta sobremaneira a atuação de Promotor de Justiça, mesmo com experiência em sua unidade, além de atrasar esse ganho de controle por novos titulares e praticamente impedir uma atuação resolutiva por parte de substitutos.

Ademais, mesmo após a familiarização com as atividades da Promotoria de Justiça, sem dados informacionais organizados, não raro se desenvolve atuação desequilibrada entre as dezenas de encargos assumidos por uma unidade ministerial. Pode-se, por exemplo, manter os processos judiciais absolutamente em dia, inclusive com respostas bem anteriores ao prazo processual concedido (e até prévias à abertura do prazo processual), enquanto não se imprime a mesma velocidade em inquéritos policiais e procedimentos extrajudiciais. Exemplifica-se com unidade ministerial de entrância inicial<sup>8</sup>:

### Judiciais

Quantidade de Processos Devolvidos pelo MP (por faixa temporal)	Média de Tempo do Processo no MP por Promotor (em dias)
---	---

<= 10 dias  2.281  2,28

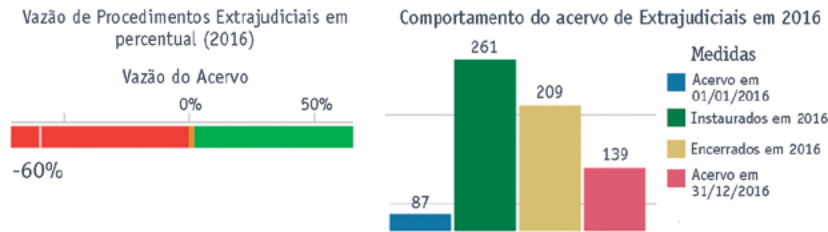
10 a 30 dias  89

IC Atrasado	NF Atrasado	PA Atrasado	PIC Atrasado
10	4	9	1

7 Cf. <http://www.mppr.mp.br/arquivos/File/cgmp/2017/ofcircularcon-j012017cgmpsubplan.pdf> Acesso dia 30 mar. 2017.

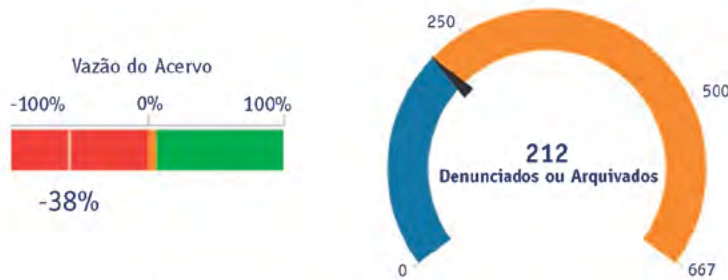
8 Não identificada para fins de preservação da atuação funcional na unidade.

### Extrajudiciais

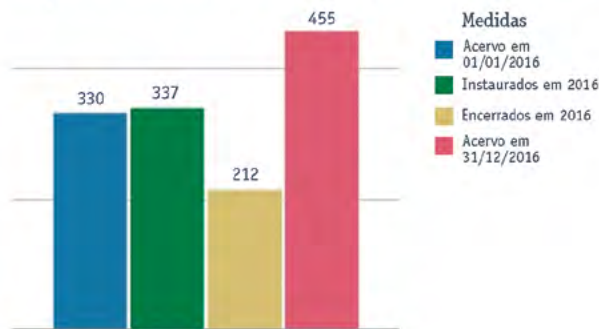


### Inquéritos Policiais

Vazão de inquéritos policiais (2016) Quantidade de inquéritos policiais movimentados



Comportamento do acervo de Inquéritos Policiais em 2016



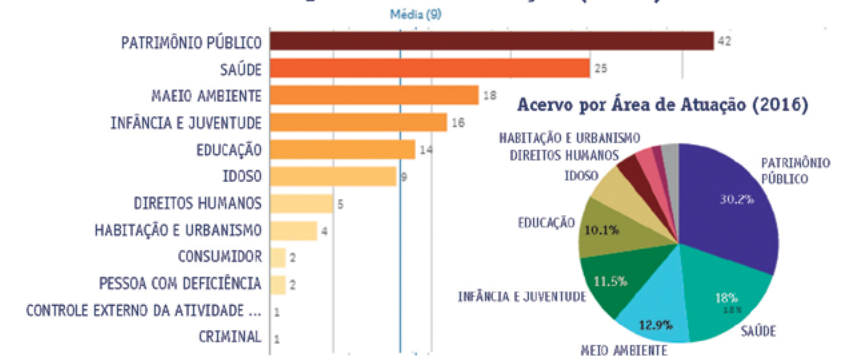
Nota-se que a unidade ministerial acima referida analisou 97% dos processos judiciais encaminhados antes dos 10 dias previstos pela Lei do Processo Eletrônico para abertura automática do prazo processual, equivalente a mais de 2.200 processos judiciais, indicando atuação processual judicial extremamente tempestiva.

Por outro lado, 10 inquéritos civis estavam atrasados, há mais de um ano sem receber registros de análises pela Promotoria de Justiça, bem como o acervo de procedimentos extrajudiciais cresceu 60% no mesmo período. De modo semelhante, o acervo de inquéritos policiais cresceu

38% no período analisado, indicando possível descompasso entre a atuação judicial e extrajudicial. Esses indicadores podem auxiliar o gestor da unidade a adotar medidas corretivas, equilibrando os esforços dos integrantes da unidade voltados a uma maior resolutividade extrajudicial.

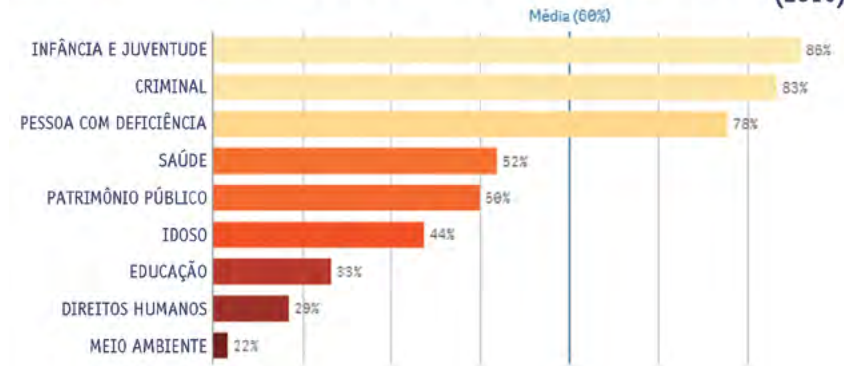
No mesmo sentido, embora a prática diária sinalize aos integrantes da unidade quais são as atribuições de maior volume, trata-se de percepção suscetível a falhas e que exige razoável tempo para familiarização. Com a obtenção de informações organizadas, permite-se a visualização desse cenário de forma mais rápida e objetiva. Exemplifica-se com o acervo de procedimentos extrajudiciais da Promotoria de Justiça:

### Acervo por área de Atuação (2016)



Cotejando-se esse acervo remanescente com o volume de procedimentos extrajudiciais analisados por área de atuação, pode-se perceber a tendência que a unidade ministerial possui de finalizar um objeto de investigação extrajudicial de acordo com cada matéria, permitindo que o gestor adote providências corretivas capazes de entregar melhores resultados:

### Relação entre Encerramentos e Total de autos extrajudiciais por área de atuação (2016)

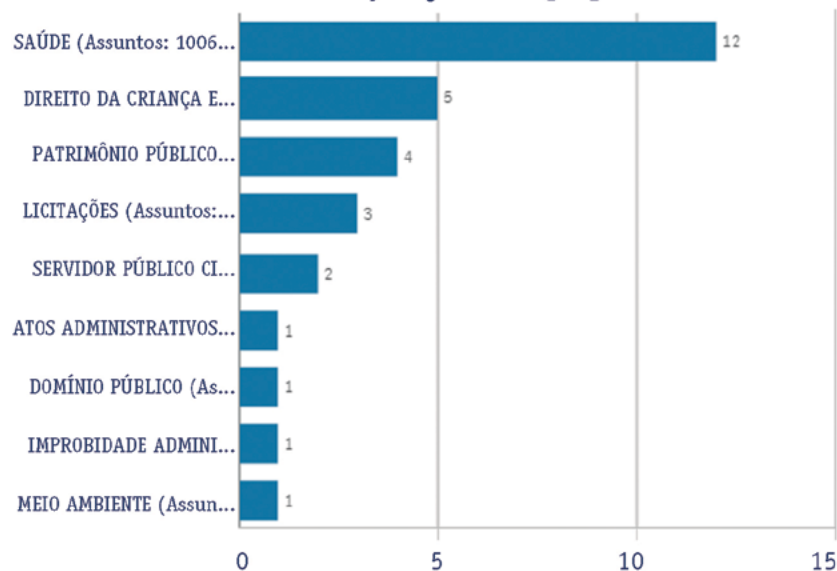


Desse gráfico infere-se que, enquanto em algumas matérias como proteção da criança, do adolescente e da pessoa com deficiência, essa unidade ministerial conseguiu concluir mais de 75% dos procedimentos extrajudiciais instaurados, em outras áreas não se obteve o mesmo êxito.

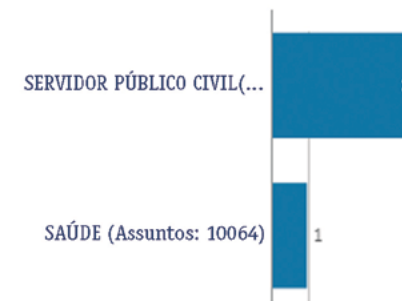
Não se olvida que a complexidade de procedimentos extrajudiciais como os de proteção do patrimônio público e do meio ambiente dificulta a conclusão de parcela considerável dos procedimentos até que se obtenha laudos periciais ou análises técnicas. No entanto, os dados acima referidos podem ensejar providências pelo gestor da unidade, tais como: a) deslocar para a análise de procedimentos extrajudiciais parte dos esforços atuais da equipe para manter a análise de processos judiciais na média constatada (2,28 dias contados a partir do envio dos autos pelo TJ, antes mesmo da abertura do prazo processual), concluindo número maior de procedimentos extrajudiciais do que o atual e equilibrando a atuação judicial e extrajudicial; b) aumentar o controle de demandas autogeradas, como notícias de fato que são convertidas em procedimento preparatório ou inquérito civil por decurso de prazo sem análise mais efetiva da viabilidade da investigação ou da suficiência de elementos para a instauração de procedimentos extrajudiciais dessa natureza.

Outra análise relacional importante é verificar como este acervo extrajudicial se traduz em soluções extrajudiciais diversas de arquivamentos (como TACs e recomendações) e ações judiciais propostas pela Promotoria de Justiça. Exemplifica-se:

#### Assuntos das ações judiciais propostas



#### Assuntos das Recomendações Expedidas



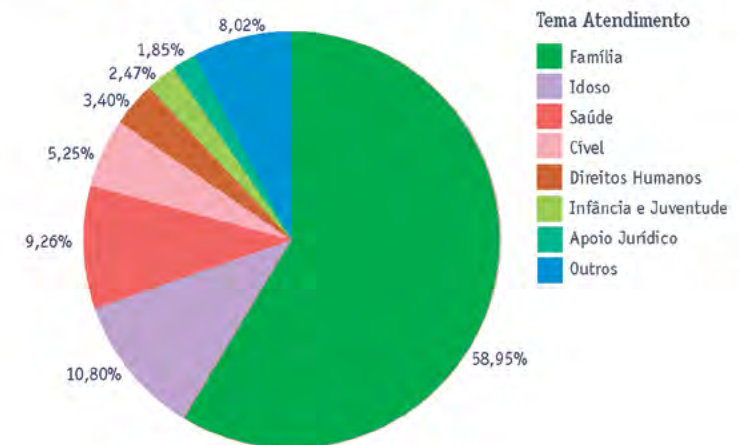
#### Assuntos dos TACs



Pode-se constatar a partir dos dados acima referidos que essa unidade ministerial tende, por exemplo, a solucionar assuntos em matéria de saúde preponderantemente por meio do ajuizamento de ações (12 ações judiciais propostas) do que por instrumentos extrajudiciais (1 recomendação expedida), permitindo-se ao Promotor de Justiça refletir sobre possibilidades de melhorar a solução extrajudicial destas demandas, em especial em caráter coletivo.

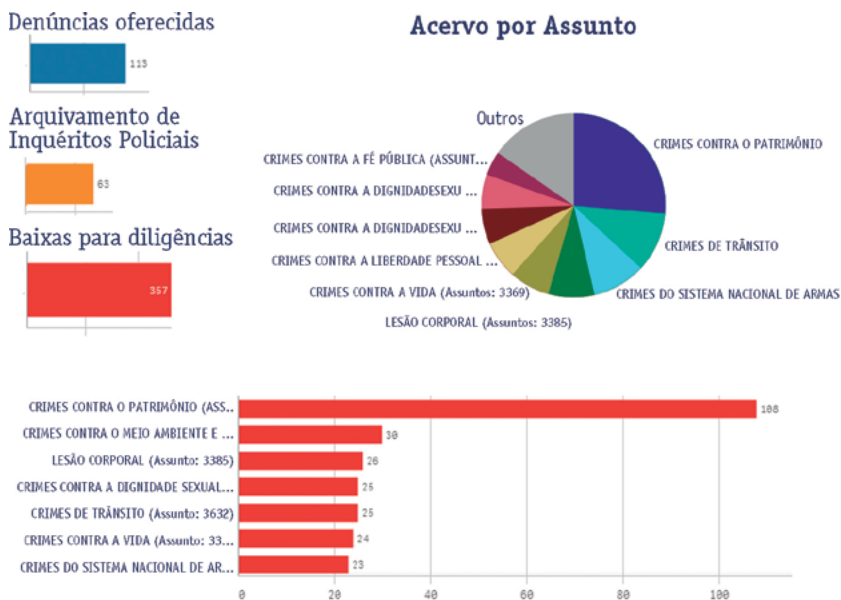
Outro aspecto interessante da atuação extrajudicial que pode ser melhor gerida por meio de informações organizadas, é o atendimento ao público da unidade ministerial:

#### Volume de Atendimento x Tema Atendimento



Temas de Atendimento	Família	Idoso	Saúde
Atendimentos	58,95%	10,80%	9,26%
Quantidade	191	35	30

Dos registros acima referidos percebe-se que a unidade ministerial em comento possui grande demanda de atendimento ao público relacionada com conflitos familiares. Possibilita-se, assim, ao gestor dessa Promotoria de Justiça correlacionar esses elementos com as demandas judiciais e extrajudiciais em matérias como proteção da criança e do adolescente e em família, inclusive avaliando a necessidade de gestionar para garantir a representação processual de pessoas sem condições de arcar com os custos de advogado, tal como, na falta de defensoria pública na Comarca, o apoio de escritórios modelo ou advocacia dativa. De modo semelhante pode-se proceder em relação à gestão dos inquéritos policiais, conforme dados dessa unidade ministerial:



Da análise dos dados ora referidos, constata-se que os crimes contra o patrimônio, tais como furto e roubo, não só constituem o maior acervo, quanto número relevante deles são devolvidos à delegacia de polícia com novas solicitações de diligência.

Nesse sentido, o gestor poderia canalizar os esforços de seus colaboradores para os inquéritos policiais que versam sobre este assunto, estabelecendo critérios para minutas de denúncia ou arquivamento que pudessem ser construídas e analisadas com maior rapidez, bem como avaliar modo mais orientado e sistemático do encaminhamento ao Poder Judiciário de casos semelhantes (mesmo fundamento de arquivamento, por exemplo) e de eventual reavaliação pela Procuradoria-Geral do Jus-

tiça em virtude da aplicação do artigo 28 do CPP em alguma situação de promoção de arquivamento não homologada pelo Poder Judiciário.

De todo o exposto infere-se que, por meio destas análises informacionais, poder-se-ia formular conjunto de atividades voltado para a distribuição homogênea dos esforços judiciais e extrajudiciais, bem como focar essa atuação de acordo com matérias priorizadas de forma a gerar melhores resultados.

A despeito da apresentação gráfica utilizada para amparar as informações organizadas supramencionadas, tem-se que o sistema PRO-MP permite aos integrantes do MP-PR obter os dados de sua Promotoria de Justiça, tanto judiciais quanto extrajudiciais, por meio de relatórios que geram essas informações mensalmente. Além disso, trabalha-se para potencializar essa capacidade analítica através de ferramentas de Business Intelligence (BI) que sirvam a toda a instituição.

#### 4. CONCLUSÃO

As atribuições e responsabilidades dos integrantes do Ministério Público, outrora focadas em dar resposta como operador do direito a processos e procedimentos formais, somam-se hodiernamente à cobrança por resultados concretos, perceptíveis pela sociedade e capazes de justificar o esforço exigido para a manutenção de suas estruturas. De igual modo, a imensa quantidade de informações produzidas e dirigidas interna e externamente ao Ministério Público amplia as responsabilidades para além da análise do direito. Induz-se, assim, mutação na forma de se conduzir uma unidade ministerial, que necessita cada vez mais de gestor público capaz de priorizar ações e encaminhar providências voltadas à resolutividade das suas atuações ao mesmo tempo em que garante aderência às exigências formais e de transparência de suas atividades e legitima-se constantemente perante a sociedade.

O novo paradigma tecnológico informacional pode amparar o gestor público a encaminhar suas atividades rotineiras, priorizando ações e refletindo sobre a consequência de sua atuação de forma a produzir resultados tendentes ao cumprimento de sua missão constitucional. Assim sendo, sustenta-se:

a) a necessidade de se modificar o perfil de atuação funcional para além da operação do direito, formando-se membros do Ministério Público com competências típicas de gestor público, capazes de priorizar ações e encaminhar providências voltadas à resolutividade da atuação ministerial, inclusive em órgãos colegiados e da administração superior

(Conselho Superior, por exemplo); e

b) a superação dos registros funcionais como mera formalidade voltada à medição burocrática do trabalho, com a premente necessidade de se aliar os dados informacionais coletados à prática da atuação ministerial, fornecendo-se a todos os membros do Ministério Público informações capazes de subsidiar esses gestores em suas atividades ordinárias.

## 5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

CORREGEDORIA NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Carta de Brasília emitida em 2016, disponível na internet em <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/9713-congresso-de-gestao-do-mp-corregedorias-do-ministerio-publico-aprovam-a-carta-de-brasilia> Acesso dia 31 mar. 2017.

ELIAS, Jorge José. Planejamento Estratégico Organizacional: comentários e apontamentos metodológicos. Capivari-SP: 2012.

JORNAL O ESTADO DE SÃO PAULO. [online]. Disponível na internet via <http://www.conjur.com.br/2010-mai-01/cnmp-cobra-foco-procuradoria-aco-es-interesse-efetivo-sociedade> Acesso dia 30 mar. 2017.

PROCURADORIA DA REPÚBLICA EM MINAS GERAIS. [online] Disponível na Internet via <http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/institucional/sociedade-cobra-do-mpf-intervencao-mais-efetiva-em-prol-da-transformacao-social> Acesso dia 30 mar. 2017.

REGIS, Josiana Florêncio Vieira; CAMPOS, Ana Célia Cavalcanti Fernandes. O paradigma tecnológico e a revolução informacional: fundamentos da sociedade da informação. In: CONGRESSO INTERNACIONAL EM SISTEMAS DE INFORMAÇÃO E GESTÃO DA TECNOLOGIA, 6., 2009. São Paulo. Anais eletrônicos... São Paulo: FEA/USP, 2009.

RUSSO, P. T.; PARISI, C.; MEGLIORINI, E.; ALMEIDA, C. B. Evidências de elementos de institucionalização do Balanced Scorecard na obra “A estratégia em ação”: um olhar baseado na teoria institucional, 2012, disponível na internet em <http://www.congressousp.fipecafi.org/anais/artigos102010/112.pdf> Acesso dia 19 jun. 2017.

## SMART CITIES PMO

Priscila da Mata Cavalcante<sup>1</sup>

### I. INTRODUÇÃO

“A excessiva dificuldade que havia nas populações primitivas para fundarem sociedades regulares. Não é fácil estabelecer um vínculo social entre criaturas humanas tão diversas, tão livres, tão inconsistentes. Para dar-lhes regras comuns, para instituir decretos, e fazer aceitar a obediência, para fazer ceder a paixão à razão, e a razão individual à razão pública, é necessário certamente algo mais forte que a força material, algo mais respeitável que o interesse, mais seguro que uma teoria filosófica, mais imutável que uma convenção; algo que esteja igualmente no fundo de todos os corações, algo que se imponha aos mesmos. Isso é a crença. Não há nada mais poderoso sobre a alma”<sup>2</sup>

Fustel de Coulanges, em sua obra, *A Cidade Antiga*, reflete sobre a formação da cidade, espaço no qual “várias famílias formaram a fratria, várias fratrias formaram a tribo, várias tribos formaram a cidade. Família, fraturai, tribo, cidade, são, portanto, sociedades exatamente semelhantes entre si, nascidas uma da outra, uma série de federações.”<sup>3</sup>

Em Ática, centenas de pequenas sociedades viviam em territórios isolados, sem laço político ou religioso e guerreando entre si. No entanto, as *necessidades* e os sentimentos as aproximaram, e, com o tempo, as centenas foram reduzidas a doze confederações, cada qual com seu deus protetor, altar, fogo sagrado e chefe, como Cécrops, que reinou em *Atenas*. No rochedo dos Cécropidas, onde se desenvolveu o culto da deusa Atena, a cidade, que adotou o seu nome, tornou-se suprema sobre as demais e governada pelo herdeiro dos Cécropidas, Teseu, que reuniu as doze tribos em uma cidade, adotou o culto comum à deusa Atenas Polias e o pitaneu de Atenas como centro religioso da Ática.

Após séculos, a cidade experimentou a liberdade iluminista e, depois,

<sup>1</sup> Promotora de Justiça do Ministério Público do Paraná. Coordenadora Regional da Bacia Litorânea. Graduação: Universidade de São Paulo. Mestrado em Direito Público (UFBA): O Sistema Internacional de Cooperação para o Desenvolvimento.

<sup>2</sup> COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Frederico Ozonam Pessoa de Barros (2006). São Paulo: Editora das Américas S.A, 1961, p. 195. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acesso em: 01.11.2016.

<sup>3</sup> Idem. *Ibidem*.

o paradigma pós-moderno. A civilização trouxe o domínio sobre a natureza, consequência da revolução científica e tecnológica e conferiu à humanidade os instrumentos de sua própria destruição. O sentimento de potencial extermínio gerou inquietação e ansiedade, o *mal-estar moderno*.<sup>4</sup> A inquietação moderna permeou a controversa pós-modernidade.

Pós-modernas são as grandes cidades e suas profundas assimetrias. Estas, contudo, não são privilégios de megalópoles; em municípios menores, poluição atmosférica e hídrica, degradação de áreas verdes, ausência de saneamento básico, contaminação do solo, morte da fauna e moradia precária são desafios abissais.

A Constituição Federal de 1988 declarou *direitos*, já previstos em tratados internacionais, que exigem recursos e cuja implementação depende de políticas, executadas através de planos e programas de governo.

Diante deste quadro conflituoso, algumas cidades iniciaram a execução de projetos de tecnologia com o objetivo de conectar melhor os espaços e as pessoas e revitalizar antigas áreas abandonadas. Buscaram utilizar o *planejamento inteligente* para melhor gerir a cidade. Portos foram modernizados, a partir de conceitos como Green Port<sup>5</sup> e EcoPorts<sup>6</sup>.

Neste espectro, a proposta deste trabalho é a implementação de um Escritório de Projetos – Project Management Office – PMO, para gestão de projetos de Cidades Inteligentes e Sustentáveis – Smart Cities<sup>7</sup>, no

4 FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira, v. XXI. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996, p. 87 p. 143-147.

5 O Porto de Long Beach, na Califórnia se considera um “Green Port”, comprometido em melhorar o meio ambiente, através de programas de proteção ambiental, há 20 anos. A “Green Port Policy”, que o Conselho adotou em janeiro de 2005, serve como guia para tomada de decisão e estabeleceu um quadro de operações portuárias comprometidas com o meio ambiente, a partir de cinco princípios: proteção da comunidade, dos impactos danosos das operações portuárias; distinção do porto como líder em administração (stewardship) e conformidade (compliance); promoção de sustentabilidade (sustainability); emprego da melhor tecnologia disponível para evitar ou reduzir os impactos ambientais e engajamento e educação da comunidade. Port of Long Beach - Green Port Policy. Disponível em: [http://www.polb.com/environment/green\\_port\\_policy.asp](http://www.polb.com/environment/green_port_policy.asp). Acesso em: 15.12.16.

6 A “EcoPorts” é uma rede através da qual opera a ESPO (European Sea Ports Organization) que oferece a oportunidade aos portos membros de acessar e usar as versões atualizadas do “EcoPorts tools”, “Self Diagnosis Method (SDM)” and “The Port Environmental Review System (PERS)”. EcoPorts Network. Disponível em: <http://www.ecoport.com/>. Acesso em: 15.12.2016.

7 O substrato criativo por trás dos projetos de cidades inteligentes é impossível de mapear, mas algumas áreas podem ser destacadas: Árvores (etiqueta eletrônica e controle de podas); Lixeiras/Çaçambas/Veículos (etiquetas eletrônicas e controle de coleta); Água (sensores em tubulações e vazamentos); Transporte Público

Litoral do Paraná, a partir do aprofundamento da interlocução entre os diversos *stakeholders*<sup>8</sup> envolvidos, em uma região, em contínuo conflito na relação desigual Porto-Cidade. O escritório, portanto, poderia catalisar diversos projetos, especialmente aqueles focados em inovação tecnológica, a partir de uma plataforma interativa, com maior conexão entre as pessoas e o seu espaço.

Considerando os graves problemas de gestão que imperam nos governos municipais, para não mencionar a própria *corrupção*, e a ausência de boa governança (audiências públicas, controle social e transparência), a implementação de um escritório de projetos regional interinstitucional<sup>9</sup> (GPS e horários exatos); Fluxo de Pessoas (utilização de celulares para planejamento de praças, transporte e hospitais; Táxis (aplicativos); Bicicletas (compartilhamento); Trânsito (chips em veículos e vagas); Semáforos (veículos com preferência com chips); Caronas; Compartilhamento de Carros; Pontos Turísticos Falantes (QR Code), Urbanismo colaborativo (informações enviadas pela comunidade e mapas colaborativos) (Disponível em: [http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/0810c\\_1349708725.pdf](http://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/upload/chamadas/0810c_1349708725.pdf). Acesso em: 04.04.2017). O evento “Connected Smart Cities” envolve empresas, entidades e governos, cuja missão é encontrar o “DNA de inovação”, bem como melhorias para cidades mais inteligentes e conectadas, pequenas ou metrópoles. São abordadas áreas como: urbanismo sustentável nas cidades, mobilidade e acessibilidade, cidades conectadas, cidades participativas e engajadas, cidades empreendedoras, cidades prósperas e cidades humanas, resilientes e inclusivas (Disponível em: <http://www.connectedsmartcities.com.br/index.php/o-que-e/>. Acesso em: 04.04.2017). O Projeto Nearbee classificou-se em 1º lugar, no Prêmio CSC 2016, com um aplicativo para melhorar a *segurança* na cidade de Campinas. Em Santos, foram desenvolvidos semáforos inteligentes, para reduzir congestionamentos e tomar decisões remotas sem intervenção humana. (Disponível em: <http://www.santos.sp.gov.br/?q=noticia/888129/servi-os-de-sem-foro-em-tempo-real-est-o-concentrados-na-av-ana-costa>. Acesso em: 04.04.2017). Um dos exemplos de projetos desenvolvidos, no Litoral do Paraná, é a plataforma LARUS, da IFPR, de monitoramento participativo de enclaves de animais marinhos (Disponível em: [http://paranagua.ifpr.edu.br/wp-content/uploads/2016/09/INFORMATIVO\\_01-TRABALHOS-CLASSIFICADOS-V-SE%C2%B2PIN.pdf](http://paranagua.ifpr.edu.br/wp-content/uploads/2016/09/INFORMATIVO_01-TRABALHOS-CLASSIFICADOS-V-SE%C2%B2PIN.pdf). Acesso em: 04.04.2017). A Fapesp/Finep selecionou dez empresas paulistas para desenvolver tecnologias e produtos com aplicações em cidades inteligentes e sustentáveis, por meio de chamada de propostas, no âmbito do Programa PIPE/PAPPE Subvenção, por 24 meses. (Disponível em: [http://agencia.fapesp.br/inovacoes\\_para\\_cidades\\_inteligentes/25192/](http://agencia.fapesp.br/inovacoes_para_cidades_inteligentes/25192/). Acesso em: 04.04.2017).

8 “Segundo o guia PMBOK, *stakeholders* podem ser pessoas ou organizações ativamente envolvidas em projetos ou cujos interesses podem ser positiva ou negativamente afetados pela execução ou término do projeto. Elas também podem exercer influência sobre o projeto, suas entregas e sobre os membros da equipe do projeto” (BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 326).

9 Os projetos poderiam envolver diversas instituições públicas e privadas, do setor público federal, estadual, municipal, empresas, entidades religiosas, organizações não governamentais, academia e a própria comunidade. Uma das propostas é a criação de um *consórcio intermunicipal*, entre os sete municípios da Bacia Litorânea (Antonina, Guaraqueçaba, Guaratuba, Matinhos, Morretes, Paranaguá e Pontal do



pode contribuir com a coordenação e o acompanhamento de projetos, especificamente que tenham como escopo o desenvolvimento de cidades sustentáveis no litoral do Paraná, que se estende desde a Vila do Ararapira ao norte até a barra do Saí-Guaçu, ao sul, que compreende a Serra do Mar, a Planície Costeira e as Baías de Paranaguá e Guaratuba, com rios percorrendo a área serrana e desembocando na planície costeira, um cenário de beleza ímpar.

O Escritório de Projetos (EP) ou PMO (*Project Management Office*) é uma área organizacional que possui como responsabilidade o gerenciamento centralizado e coordenado dos projetos institucionais sob seu domínio, podendo gerenciar diretamente, fornecer suporte ou mobilizar recursos ao gerenciamento de projetos. A forma, função e estrutura do escritório depende do funcionamento e das necessidades de cada instituição. O escritório pode auxiliar no sentido de: (i) elaborar um *Plano Regional de Ação da respectiva Bacia Hidrográfica*, alinhado aos objetivos de desenvolvimento sustentáveis e relacionado ao diagnóstico dos principais problemas da região; (ii) identificar os projetos tecnológicos que podem ser desenvolvidos de forma regional, a partir de uma atuação integrada e intercâmbio com os órgãos públicos, universidades e organizações não governamentais; (iii) propor a elaboração de convênios e/ou termos de acordo de cooperação técnica com instituições públicas ou privadas, visando à obtenção de subsídios técnicos para a implementação dos projetos; (iv) promover reuniões periódicas, oficinas, reuniões e audiências públicas; (v) promover a integração da sociedade local no processo de construção de *smart cities*; (vi) manter registro e controle sobre os documentos e atividades realizadas; (vii) desenvolver um sistema de informações regionais no PMO; (viii) apresentar os relatórios das atividades desenvolvidas em fóruns nacionais e internacionais de *smart cities*, como a Conferência Internacional de Cidades Inovadoras (CICI); (ix) proceder ao *mapeamento* dos projetos, respectivos resultados e a sua efetividade; (x) realizar a *análise crítica* dos projetos, com apoio interdisciplinar de profissionais, possibilitando o intercâmbio de conhecimentos no seio da própria bacia litorânea e a construção de modelos de atuação conjunta.

## II. EXPOSIÇÃO

### 1. Escritório de Projetos (Project Management Office – PMO)

A estruturação<sup>10</sup> de um Escritório de Projetos nas organizações é uma das Paraná).

<sup>10</sup> Em síntese, o escritório tem como atribuições: (i) Custo: o gerenciamento de recursos financeiros, físicos e humanos compartilhados entre todos os projetos,

formas de aumentar a maturidade<sup>11</sup> em gerência de projetos, a partir da canalização de recursos financeiros e humanos, suporte metodológico e organização de esforços e resultados.<sup>12</sup> Diversas *funções* importantes são atribuídas ao PMO, como: (i) suporte e otimização do portfólio de projetos<sup>13</sup>; (ii) treinamento, consultoria e gerenciamento de recursos; (iii) implementação e manutenção metodológica; (iv) padronização de processos; (v) suporte a ferramentas e (vi) estabelecimento de políticas e interfaces funcionais.<sup>14</sup>

O Escritório de Projetos, ao conectar o planejamento estratégico com

---

administrados pelo escritório; (ii) Qualidade: a identificação, desenvolvimento, estruturação e mapeamento de metodologia, melhores práticas, métricas, padrões uniformes, processos e riscos de gerenciamento de projetos; (iii) Recursos Humanos: a capacitação, orientação técnica, supervisão e treinamento da equipe; (iv) Tempo: o monitoramento e a auditoria de cronograma, custo, escopo, orçamento, prazos, progresso, riscos e sucesso dos projetos (indicadores de desempenho); (v) Integração: a integração com as demais áreas da organização; (vi) Comunicação: a centralização das informações e coordenação da comunicação do desenvolvimento dos projetos e (vii) Escopo: o alinhamento dos projetos ao planejamento estratégico da instituição ou das instituições.

<sup>11</sup> “O conceito de maturidade é bastante intuitivo e tem aplicação em muitos aspectos do nosso dia a dia. No caso do gerenciamento de projetos, a maturidade é ligada a quão capaz está uma organização em gerenciar seus projetos com sucesso. Um modelo de maturidade seria, então, um mecanismo capaz de quantificar numericamente a capacidade de uma organização gerenciar projetos com sucesso. Por outro lado, espera-se também de um modelo de maturidade em gerenciamento de projetos que ele seja capaz de auxiliar no estabelecimento de um plano de crescimento para a organização” (BARCAUI, André (Org.). PMO. Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática. Rio de Janeiro: Brasport, 2012).

<sup>12</sup> O PMI define o Escritório de Projetos como sendo: “(...) uma unidade organizacional que centraliza e coordena o gerenciamento de projetos sob seu domínio. Um PMO também pode ser chamado de ‘escritório de gerenciamento de programas’, ‘escritório de gerenciamento de projetos’ ou ‘escritório de programas’. Um PMO supervisiona o gerenciamento de projetos, programas ou uma combinação dos dois.” (BARCAUI, André (Org.). PMO. Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 11).

<sup>13</sup> Neste contexto, a gestão pública se organiza em: (i) projetos: que é uma entrega de produto ou serviço exclusivo, de forma clara, planejada e controlada, limitada a fatores críticos, como tempo, custo e recursos; (ii) programas: que é um conjunto de projetos articulados e integrados por desmembramento ou agregação; (iii) portfólio: que significa o conjunto de programas e projetos, desenvolvidos de acordo com o planejamento estratégico da entidade, que permite uma visão ampla dos projetos, com definição de prioridades, melhoria da alocação de recursos e eficiência dos resultados. O papel de gerir o portfólio é do PMO (Project Management Office) ou Escritório de Projetos. (BIESEK, Ana Solange. Indicadores dos ativos intangíveis na gestão de portfólio projetos e processo. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016, p. 31).

<sup>14</sup> BARCAUI, André (Org.). PMO. Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 21.

a atuação tática operacional, apresenta diversos aspectos *vantajosos* para o negócio da empresa, como a melhoria da performance do portfólio de projetos, o desenvolvimento e aprimoramento da metodologia, o aumento da lucratividade, o maior respeito ao escopo (especificações), cronograma e orçamento, a melhor satisfação da equipe e dos clientes, a mais efetiva organização e controle das informações, auditoria dos projetos, treinamento e capacitação dos recursos humanos, padronização das operações, melhor comunicação, decisões corporativas e priorização de projetos, ou seja, *benefícios* relacionados à infraestrutura, conhecimento, técnicas e ferramentas de gerência de projetos, que podem ser utilizados como padronização na gestão de projetos.<sup>15</sup>

Destarte, o Escritório de Projetos planeja, acompanha, controla e reporta os resultados consolidados dos projetos da organização e, por isso, precisa realizar, primeiro, o alinhamento estratégico dos projetos. O escritório, então, consolida as informações e verifica inconsistências. Depois, correlaciona as propostas aos objetivos do planejamento estratégico da organização e encaminha à administração estratégica.<sup>16</sup>

Normalmente, novos projetos, segundo o PMBOK<sup>17</sup>, surgem da demanda do mercado, necessidade da organização, pedido do cliente, avanço tecnológico, exigência legal, necessidade social e impacto ecológico.<sup>18</sup>

## 2. PMO no Setor Público

A criação de Escritório de Programas e Projeto é recente no setor público, não obstante a semelhança em benefícios e desafios ao setor privado. A “tendência do setor público em se reinventar e em buscar práticas de gestão compatíveis às utilizadas no setor privado tem sido denominada nas duas últimas décadas de NPM (*New Public Management*), ou NGP (Nova Gestão Pública).”<sup>19</sup> Em resumo, trata-se da utilização, pelo Poder Público, de melhores práticas de gestão privada.

Com o objetivo de garantir a conformidade com a lei e evitar a corrupção, o Estado deve aprimorar seu controle interno, sem prejuízo do controle externo realizado, especialmente, pelos Tribunais de

15 Idem. Ibidem, p. 23.

16 Idem. Ibidem, p. 73.

17 O PMBOK é um guia sobre o conhecimento em gerenciamento de projetos e processos de trabalho, consoante os padrões mundiais do PMI (Project Management Institute).

18 PMI – Project Management Institute. *Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos*. 5ª edição. Newton Square, 2013, p. 808-811.

19 BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012, p. 105.

Contas. Por isso, deve cumprir a Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar no 101/2000), Transparência (Lei Complementar no 131/2009) e Acesso à Informação (Lei no 12.527/2011), bem como os gestores públicos e contratantes privados devem observar a Lei de Improbidade Administrativa (Lei no 8.429/92), Lei Anticorrupção (Lei no 12.846/2013) e Lei de Licitações (Lei no 8.666/93).

Adverte-se que a implementação de um PMO no setor público naturalmente encontrará resistências culturais e, por isso, o escritório deve focalizar no engajamento dos stakeholders e intensa comunicação. Há diversos exemplos de PMO estruturados pelo Poder Público, em instituições como, Banco Central, Tribunal de Contas da União, Ministério do Planejamento, Receita Federal, Governo dos Estados, Ministérios Públicos, e empresas como Petrobras, Caixa Econômica Federal e Banco do Brasil.

## 3. Smart Cities

O século XIX foi o séculos dos *impérios*; XX, das *nações*; XXI, das *ciudades*. No contexto de propostas de cidades inteligentes, alguns exemplos são trazidos pela literatura, como Barcelona, São Francisco, Singapura (Índice de Biodiversidade Urbana), e recentemente o Projeto de Inovação Urbana – Porto Maravilha/RJ.<sup>20</sup>

O artigo 5o, XXIII, da Constituição Federal, determina que “a propriedade atenderá a sua função social” e o artigo 170, que trata dos princípios da ordem econômica, dispõe como bases a função social, o meio ambiente e a redução das desigualdades. O artigo 182 estatui a política de desenvolvimento urbano.

A cidade inteligente surge como uma forma de aliar tecnologia e qualidade de vida, valorizando o meio ambiente e ocupando espaços públicos, muitos deles, outrora vazios e devastados. Emerge ainda dentro do contraste entre pobreza e abundância; entre condomínios luxuosos e favelas; entre a urbanização cartesiana e a anti-urbanização. Os espaços habitados, por grande parcela da população nas grandes cidades, são degradados, sem as condições mínimas de habitação digna, saneamento básico, áreas de lazer, segurança, saúde e educação, onde a paisagem reflete externamente as dores internas. A injustiça social tem como reflexo a utilização, por poucos, dos benefícios do “desenvolvimento” e a marginalização da maioria.”<sup>21</sup>

20 LEITE, Carlos e AWAD, Juliana di Cesare Marques Awad. *Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento Sustentável Num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012, p. 4.

21 NIGRO, Carlos Domingos. (In)Sustentabilidade Urbana. Curitiba: Ibpx, 2007 (Prefácio de Jorge Bernardi, p. XVI).

Cidades inteligentes caracterizam-se como espaços que utilizam a tecnologia e a comunicação (TI, logística e energia) para planejar, integrar e monitorar “todos os componentes críticos de sua infraestrutura, tais como: rodovias, pontes, túneis, redes ferroviárias, portos, plantas energéticas, edificações, sistemas de comunicação, redes de abastecimento de água, entre outros”.<sup>22</sup> Desta forma, otimizam seus recursos e melhoraram o planejamento, a segurança e os serviços para os cidadãos. Um outro aspecto é o investimento em capital humano e boa governança.<sup>23</sup>

22 DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod\\_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 15.12.2016.

23 Alguns atributos comumente relacionados às cidades inteligentes: 1. Utilização da tecnologia da informação e comunicação (serviços disponíveis na Internet, smartphones, redes de telecomunicações etc.) para melhorar a eficiência político-econômica e possibilitar o desenvolvimento social, cultural e urbano; 2. Ênfase no desenvolvimento urbano orientado aos negócios, ou seja, favorecimento de espaços urbanos neoliberais que fomentem a atração de novos negócios; 3. Disponibilização de serviços públicos que se beneficiam do uso da TIC e inclusão social dos cidadãos para que todos tenham acesso aos mesmos; 4. Enfoque no setor de alta tecnologia e nas empresas criativas para estimular o crescimento urbano de longo prazo. Segundo os autores, a presença de uma força de trabalho criativa e competente nas economias globalizadas e intensivas no uso de conhecimentos, pode ser um dos fatores determinantes para o sucesso das cidades; 5. Atenção ao papel do capital social e relacional no desenvolvimento urbano, pois as pessoas precisam ser capazes de utilizar a tecnologia e se beneficiar dela; 6. Promoção da sustentabilidade social e ambiental, assegurando que a exploração dos recursos ocorra de forma segura e que permita a renovação da herança natural (DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod\\_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 15.12.2016.). A cidade inteligente é, assim “uma área política e geograficamente bem definida, que utiliza recursos e inovações tecnológicas (redes de telecomunicações, sensores, dispositivos móveis, big data, ferramentas da área logística e das diversas engenharias, entre outras) de forma integrada e sinérgica aos serviços públicos providos aos cidadãos, aprimorando sua eficiência, eficácia e competitividade com a finalidade de melhorar a qualidade de vida da população em geral, fomentando inclusão social, colaboração e participação em todas as atividades desenvolvidas. Para tanto, possui um planejamento com objetivos e metas específicas, mensuráveis, atingíveis, relevantes e com prazos definidos, controladas e avaliadas por um processo rígido de governança.” (DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod\\_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 15.12.2016). Isso porque a inteligência na gestão pode ser um instrumento democrático: “A democratização das informações territoriais com novos sistemas de tecnologia de informação e comunicação deve favorecer a formação de comunidades participativas, além de *e-governance*: serviços de governo inteligente mais ágeis, transparentes e eficientes, pelo compartilhamento de informações. Ou seja, as cidades inteligentes, *smart cities*, podem e devem alavancar a otimização da vida urbana, seja com serviços avançados na cidade formal, seja nas novas oportunidades nos

#### 4. Planejamento Estratégico e Smart Cities

Segundo o IBGE 2010<sup>24</sup>, 160 milhões de pessoas vivem na área urbana e 30 milhões na área rural das cidades brasileiras e os gestores enfrentam o desafio de prover, de forma eficiente, os serviços públicos de energia, saneamento básico, abastecimento de água, infraestrutura, transporte, mobilidade, segurança e moradia, que atendam às necessidades da população.

Uma cidade que valoriza o planejamento pode fomentar e incentivar parceiros a implementar projetos inovadores, que se refletirão no melhor gerenciamento do setor público e na sua relação com a sociedade civil. A sustentabilidade, contudo, precisa integrar a própria mentalidade do planejamento estratégico, permeando todas as áreas da gestão pública e privada, inclusive, ambiental, financeira e social. Deve-se equilibrar a escassez de recursos com projetos inteligentes e sustentáveis.<sup>25</sup>

O conceito de cidade inteligente surge na década de noventa, visando à implantação de políticas urbanas inovadoras.<sup>26</sup> Inteligente é uma cidade que “consegue integrar bem 3 aspectos: infraestrutura, planejamento/gerenciamento (por parte do governo) e a inteligência humana (por parte dos trabalhadores, empreendedores e iniciativa privada).”<sup>27</sup> Segundo a empresa IBM<sup>28</sup>, cidades inteligentes se sustentam em um tripé: infraestrutura, operações e pessoas. Desta forma, a tecnologia pode auxiliar os governos a construir cidades realmente sustentáveis e melhorar a qualidade de vida da população, a partir de pilares como: economia inteligente (*smart economy*), pessoas inteligentes (*smart people*), governança inteligente (*smart governance*), mobilidade inteligente (*smart mobility*), ambiente inteligente (*smart environment*) e modo de vida inteligente (*smart living*).

Há três premissas do planejamento estratégico da cidade inteligente: **(i)** os recursos (orçamento público), **(ii)** o zoneamento (Plano Diretor, Zoneamento Ecológico Econômico, Zoneamento Costeiro) e o territórios informais.” (DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod\\_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 15.12.2016., p. 09).

24 IBGE 2010. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 29.07.2016.

25 POSTAL, Mateus; ANJOS, Patrícia de Macedo; BRENNER, Rafael; SILVA, Wanderley Marinho da. Gestão de Portfólio de Projetos, para Implantação de Smart Cities. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016, p. 34.

26 Idem. Ibidem, p. 34 (BOLLIER, apud WEISS, 2013, p. 6).

27 Idem. Ibidem, p. 34-35.

28 Idem. Ibidem, p. 35 (IBM, 2012).

(iii) licenciamento integrado (ambiental, urbanístico, sanitário e de segurança).<sup>29</sup>

### 5. Dialética Porto-Cidade em Paranaguá

O Pacto Global da ONU é uma iniciativa política estratégica para empresas, entidades civis e governos que estão empenhados em alinhar suas operações e estratégias aos dez princípios universalmente aceitos nas áreas de direitos humanos, trabalho, meio ambiente e combate à corrupção, com vistas à implementação de práticas de sustentabilidade e catalisação de ações de apoio a objetivos mais amplos da ONU, incluindo os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio (ODM) e os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável.

O Programa Cidades, por sua vez, é o componente urbano do Pacto Global da ONU, que reconhece que cidades, em particular, têm o potencial de fazer grandes avanços na criação de sociedades sustentáveis – nas quais questões econômicas, ecológicas, políticas e culturais são integradas e trabalhadas em conjunto, com todos os níveis de governo, empresas e sociedade civil para aumentar a sustentabilidade, resiliência, diversidade e adaptação das cidades em face dos complexos desafios urbanos. O Estado do Paraná e os Municípios de Antonina, Morretes e Paranaguá aderiram ao Programa das Cidades e, por consequência, possuem o dever de pautar suas políticas públicas nos objetivos de desenvolvimento sustentável e nos dez princípios universalmente aceitos, inclusive a preservação ambiental e o combate à corrupção.

A 2ª Promotoria de Justiça, da Comarca de Paranaguá e a Coordenadoria Regional da Bacia Litorânea, do Ministério Público do Paraná expediram a Recomendação Administrativa no 003/2015, com o objetivo de regularizar a situação dos licenciamentos integrados dos Terminais de Cargas, Públicos ou Privados, Operadores Portuários e Transportadores, que atuam na Poligonal Portuária, especialmente nos aspectos ambiental, urbanístico, sanitário e de segurança; fomentar a estruturação do “Portal da Comunidade”, com a disponibilização das informações acima e a implementação do Sistema de Identificação, Rastreamento e Auten-

<sup>29</sup> O orçamento público divide-se em Plano Plurianual (PPA), Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA) e traça as previsões de receita e despesa para os anos subsequentes, respeitando-se a lei de responsabilidade fiscal. O Plano Diretor é o instrumento de fixação de diretrizes da política de desenvolvimento urbano. O licenciamento é o procedimento administrativo, pelo qual a autoridade autoriza a localização, instalação, ampliação e a operação de um empreendimento nas esferas ambiental, sanitária, segurança e urbanística. A *tecnologia* é uma ferramenta importante de unificação e harmonização das três questões supra referidas.

ticação de Mercadorias, denominado Brasil-ID<sup>30</sup>, baseado no emprego da tecnologia de Identificação por Radiofrequência (RFID), e outras acessórias integradas para realizar, dentro de um padrão único, a Identificação, Rastreamento e Autenticação de mercadorias em produção e circulação nos Portos de Paranaguá e Antonina, fornecendo a regulação e a orientação necessárias a integralidade da comunidade portuária.<sup>31</sup>

No complexo portuário da APPA, existem 11 (onze) terminais, sendo 01 (um) público e 10 (dez), entre arrendados e privados, 06 (seis) berços de atracação, com capacidade de ensilagem de 1.426.500 toneladas estáticas e 10 (dez) *ship loaders*, com capacidade de movimentação variando entre 800 e 1.500 t/h.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Brasil ID. A Lei Complementar nº 121/2006 criou o Sistema Nacional de Prevenção, Fiscalização e Repressão ao Furto e Roubo de Veículos e Cargas, a partir do qual se verificou a possibilidade de utilização de tecnologia para o controle mais eficiente destes aspectos, padronizada e aprovada, junto a órgãos governamentais, que buscam a efetiva fiscalização do movimento de cargas, bem como uma melhor gestão e controle do tráfego de veículos, propiciando a agilidade dos processos logísticos, reduzindo os tempos de espera, carga, transporte e descarga de mercadorias e os custos operacionais, bem como ampliando a fiscalização pública. O Sistema de Identificação, Rastreamento e Autenticação de Mercadorias, denominado Brasil-ID, foi instituído através do Convênio ICMS no 12/2013, e do acordo de cooperação técnica, firmado em 31 de agosto de 2009, entre o Ministério da Ciência e Tecnologia, a Receita Federal e os Estados da União, por intermédio de suas Secretarias de Fazenda, que se baseia no emprego da tecnologia de Identificação por Radiofrequência (RFID), e outras acessórias integradas para realizar, dentro de um padrão único, a Identificação, Rastreamento e Autenticação de mercadorias em produção e circulação pelo país, projeto coordenado pelo Centro de Pesquisas Avançadas Wernher von Braun, em conjunto com o ENCAT. Firmou-se, então, o Convênio ICMS no 12/2013, que implementou o Sistema de Identificação, Rastreamento e Autenticação de Mercadorias, ou Sistema Brasil-ID, criado com a finalidade de desenvolver e implantar uma infraestrutura tecnológica que garanta a identificação, o rastreamento e a autenticação de mercadorias em circulação no país, com o intuito de padronizar, unificar, integrar, simplificar, desburocratizar e acelerar o processo de produção, logística e de fiscalização de mercadorias. Publicou-se ainda a Nota Técnica nº 2013/001.

<sup>31</sup> Ademais, no que tange especificamente à implementação de projetos inteligentes, a APPA, então, abriu procedimento licitatório, o pregão presencial no 186/2016, para contratação de empresa especializada para o fornecimento e implantação de solução de OCR (Optical Character Recognition), automação das vias de acesso (cancelas, displays alfanuméricos, semáforos) aos recintos alfandegados da APPA, antenas leitoras de dispositivos RFID (Radio-Frequency Identification) para atendimento do Programa Nacional de Identificação (Brasil ID), incluindo toda a infraestrutura elétrica e lógica, manutenção preventiva e corretiva, treinamento, assistência e suporte técnico durante o prazo de vigência do contrato. A cidade de Paranaguá recebeu doação de um projeto israelense de Cidade Inteligente e de modernização da segurança pública (Projeto Conceitual de Gestão e Monitoramento de Segurança Inteligente). Disponível em:: <http://www.paranagua.pr.gov.br/noticias/noticia9846.html>. Acesso em: 18.06.17.

<sup>32</sup> DELIBERADOR, Lucas Rodrigues (RESUP /UFGD), REIS, João Gilberto Mendes

Anualmente, observa-se um movimento crescente de veículos de carga, transitando no município de Paranaguá, tendo procedências diversas, de todo o território nacional, em decorrência da infraestrutura portuária, para despacho e recepção de mercadorias, verificando-se um imenso tráfego de veículos, dentro do município, que causa impactos diretos ao meio ambiente e à sociedade da região, cujos cidadãos vulneráveis, convivem com a insuficiência de segurança pública, insalubridade sanitária e graves riscos ambientais, face aos tipos de mercadorias transitadas, a seus poluentes e resíduos, que se espalham de forma descontrolada pela região.

A Autoridade Portuária, por conseguinte, possui um papel fundamental de contribuição na melhoria da gestão da cidade e de prevenção, mitigação e compensação dos impactos ambientais e urbanísticos.

Este projeto é piloto de tecnificação de portos no Brasil e visa trazer benefícios como a diminuição do ciclo do tempo da descarga, aumento do número de viagens do caminhão, melhoria do controle e da confiabilidade dessa cadeia. Desta forma, a Autoridade Portuária pode organizar o fluxo de caminhões por saber a sua localização exata, o que permite a redução do tempo na fila de entrada e saída do porto, o que congestiona a cidade. Posteriormente, deve-se desenhar uma *plataforma* modelo sobre rastreamento e controle na descarga de produtos, o que melhora a operação do porto, reduz o tempo e o impacto negativo na mobilidade municipal. O projeto, contudo, exige a atuação ética da comunidade portuária e a colaboração de todos aqueles que possuem negócios ou trabalho no porto, para sua adequada implementação e fiscalização.

Em síntese, o programa, ao aliar tecnologia, mobilidade e administração fiscal corrobora os *princípios da eficiência, publicidade e transparência* (art. 37, da CF), ao observar a necessidade de melhorias nos processos de planejamento, controle e fiscalização das operações portuárias e da melhoria da qualidade dos dados e informações prestadas pelos operadores portuários (Lei de Acesso à Informação – Lei nº 12.527/2011).<sup>33</sup>

Tendo em vista as discussões acerca da Revisão do Plano Diretor de 2017, o Ministério Público do Paraná firmou termo de ajustamento de conduta com o Município de Paranaguá com o objetivo de organizar a

dos (RESUP/UFGD), MACHADO, Sivanilza Teixeira Machado (RESUP/UFGD), OLIVEIRA, Rone Vieira Oliveira (RESUP/UFGD). Análise para eliminação das perdas no transporte de soja. IX Congresso Nacional de Excelência em Gestão. Disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=161>. Acesso em: 23.04.2014.

<sup>33</sup> Brasil ID. Disponível em: <http://www.brasil-id.org.br/index.php/home>. Acesso em: 15.12.2016.

revisão do Plano Diretor e a sua interligação com o planejamento estratégico municipal.

Neste espectro, o Município comprometeu-se a implantar e manter para uso contínuo e permanente, o *Sistema de Informações Geográficas Municipais de Paranaguá* (SIG Paranaguá)<sup>34</sup>, assim entendido como a principal base de dados georreferenciados para a Gestão Pública Municipal, nos termos da Portaria no 511/2009, do Ministério das Cidades, e contendo, no mínimo, arquivos *shapefiles* (dados espaciais vetoriais e alfanuméricos), imagens de satélite, e aerofotos, e outros geodados de interesse, dos referidos temas de interesse público e Gestão Eletrônica de Documentos (GED), das seguintes áreas: fundiária; ambiental; sistema de mobilidade e transporte; patrimonial; licenciamento integrado e documental.

O termo de ajustamento de conduta prevê ainda a criação de Setor de Planejamento Estratégico para atuar como Escritório de Projetos (Project Management Office – PMO) do Município de Paranaguá e gerenciar o planejamento estratégico e as informações das diferentes secretarias do município, tendo como escopo contribuir com o planejamento, execução, controle e monitoramento dos projetos estratégicos municipais, por intermédio de uma estrutura matricial, que vise à melhor alocação de recursos para prestação dos serviços públicos, ao menos, em quatro segmentos: (i) gestão de receitas (IPTU, ISS, ITBI, dívida ativa, multas, licenças, alvarás, autorizações e reestruturação de processos de trabalho); (ii) gestão de pessoas (despesas correntes das secretarias, reestruturação do processo de compras e custos, capacitação da equipe e plano de carreira); (iii) gestão de geoinformações e (iv) gestão de projetos estratégicos, visando à melhoria da eficácia da gestão pública.<sup>35</sup>

## 6. Smart Cities PMO

O texto apresentou a *dialética* entre a cidade real insustentável e a cidade inteligente, que pode ser construída como forma de melhor articulação interinstitucional, melhoria da participação popular e utilização dos benefícios da tecnologia para o aumento da qualidade de vida dos cidadãos. As políticas públicas são geridas pelo Estado que, por sua vez, deve conduzir sua atuação através das leis e planos orçamentários.

Neste sentido, propõe-se a criação de um Escritório de Projetos (PMO)

<sup>34</sup> Lei Municipal no. 060/2007, artigos 124 a 127.

<sup>35</sup> A cidade de Paranaguá recebeu doação de um projeto israelense de Cidade Inteligente e de modernização da segurança pública (Projeto Conceitual de Gestão e Monitoramento de Segurança Inteligente). Disponível em: <http://www.paranaguapr.gov.br/noticias/noticia9846.html>. Acesso em: 18.06.17.

para implementação de projetos de Smart Cities, cujos objetivos são: (i) fornecer as condições tecnológicas da cidade; (ii) dar suporte às cidades para se envolver como uma cidade inteligente e compartilhar necessidades e interesses; (iii) catalogar e viabilizar soluções tecnológicas; (iv) assegurar reconhecimento nacional e internacional; (v) assegurar a sustentabilidade das iniciativas inteligentes; (vi) articular as entidades públicas e privadas; (vii) encorajar e engajar negócios e (viii) divulgar os projetos.

Desta forma, o Escritório de Projetos de Cidades Sustentáveis e Inteligentes, embora gerido pelo Poder Público, regional ou (inter)municipal, tem como substrato a articulação entre instituições do governo e da sociedade civil, a partir da realização de termos de cooperação, convênios e consórcio.<sup>36</sup>

A fonte dos recursos e dos projetos poderia vir de investimentos públicos e privados, bem como a partir de medidas preventivas, mitigadoras e compensatórias dos licenciamentos ambientais e urbanísticos. Nada impede, contudo, a estruturação do escritório por uma organização da sociedade civil, que trabalharia em parceria com o Poder Público. Em razão do escopo, do interesse e dos recursos públicos, o trabalho seria fiscalizado pelo Ministério Público e Tribunal de Contas.

O escritório precisaria contar com uma Secretaria e uma equipe fixa mínima de trabalho, com contratações de recursos humanos variando de acordo com os projetos a serem desenvolvidos. Indispensável o desenho, estruturação e aquisição de uma plataforma padronizada tecnológica de planejamento, monitoramento, condução, controle e integração das atividades necessárias ao alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável.

No caso do litoral paranaense, o escritório poderia ser localizado no Município de Paranaguá, em razão de sua confluência regional e gerido, regionalmente, pelo *pool* dos Municípios ou pela Autoridade Portuária, especialmente por conta do imenso impacto da atividade portuária na região costeira e da necessidade de união de esforços da comunidade empresarial portuária para melhoria das cidades, tendo em vista a assimetria entre o

<sup>36</sup> Em Santa Catarina, criou-se o Consórcio Intermunicipal Catarinense – CIMCATARINA é um Consórcio Público (Lei Federal no 11.107/2005), constituído na forma de Associação Pública, com personalidade jurídica de direito público e natureza autárquica interfederativa, que desenvolve programas como: Programa Intermunicipal de Gestão de Recursos Hídricos – PROHIDRO, Programa Integrado de Ações de Proteção e Gestão do Meio Ambiente – PROAMA, Programa de Gestão do Sistema de Iluminação Pública – PROILUMINA, Programa de Licitações Compartilhadas – PROLICITA. Disponível em: [http://www.cimcatarina.sc.gov.br/cms/upload-imagens/documentos/648\\_1.pdf](http://www.cimcatarina.sc.gov.br/cms/upload-imagens/documentos/648_1.pdf). Acesso em: 18.06.17.

PIB per capita gerado, a renda real da sociedade e a péssima qualidade de vida dos cidadãos.

O escritório precisaria desenvolver uma metodologia de gestão de portfólio de projetos de Smart Cities, articulada pelos Municípios do Litoral do Paraná, com a necessária capacitação dos recursos humanos. Além disso, importante a aquisição de tecnologia de gerenciamento de projetos utilizada em comum pelos Municípios, uma plataforma de acervo, organização e transparência dos documentos, projetos e resultados e um painel gerencial de projetos por meio, por exemplo, de ferramenta de Business Intelligence.

Dois blocos de *desafios* se apresentam, todavia: (i) *gestão*: a gestão ineficaz, má alocação de recursos, improbidade administrativa e *corrupção*, o grande câncer do país e (ii) *cultura*: a inexistência da cultura de planejamento e gestão de projetos, nos Municípios do Litoral do Paraná.

O escritório, assim, seria responsável pelo Planejamento Estratégico Regional, desenvolvimento da metodologia de escolha dos projetos, busca de mecanismos de financiamento dos projetos, definição de projetos estratégicos regionais e/ou municipais e implementação da *Plataforma BE Smart*, com articulação entre negócios (*business*) e governança ambiental (*environmental governance*) inteligente.

### III. CONCLUSÕES

“Ó caminho de vida nunca certo: Que aonde a gente põe sua esperança,  
Tenha a vida tão pouca segurança! No mar tanta tormenta, e tanto dano,  
Tantas vezes a morte apercebida! Na terra tanta guerra, tanto engano,  
Tanta necessidade aborrecida! Onde pode acolher-se um fraco humano,  
Onde terá segura a curta vida, Que não se arme, e se indigne o Céu sereno  
Contra um bicho da terra tão pequeno?”

(Luiz de Camões. Os Lusíadas, Poema Épico, CVI)

Indagou-se, inicialmente, acerca da possibilidade de se implementar um PMO para o desenvolvimento de projetos de Smart Cities no Litoral do Paraná e observou-se diversos *desafios*, como a inexistência de uma plataforma padronizada de planejamento, monitoramento, condução, controle e integração das atividades necessárias ao alcance dos objetivos de desenvolvimento sustentável e de uma cultura de planejamento e gestão de projetos, nos Municípios do Litoral do Paraná.

O suporte dos governos municipais e regionais, inclusive dos conselhos paritários, e da sociedade civil é fundamental para a execução do projeto. Embora os recursos financeiros sejam um desafio, a riqueza produzida em Paranaguá, se *legalmente utilizada*, aliada ao monitoramento das condicionantes dos licenciamentos ambientais e urbanísticos tornam

possível e exequível a implantação de um Escritório de Projetos, o que, inclusive, economizaria recursos, pois se verifica a sobreposição de iniciativas de diversos setores públicos e empresariais e a absoluta ausência de uma memória tecnológica capaz de armazenar todo o planejamento e todos os estudos, relatórios, planos e programas, já financiados e realizados no litoral do Paraná.

Portanto, ao invés de despender recursos com os mesmos serviços, estes podem ser rateados entre os diversos entes municipais e regionais, especialmente considerando o impacto sinérgico dos danos ambientais na Bacia Hidrográfica Litorânea, desenhada entre a Serra do Mar e a zona costeira.

O PMO tem ainda uma função de prestar contas (*accountability*) e fornecer transparência aos projetos desenvolvidos, além, é claro, da realização de auditorias e fiscalização pelo Tribunal de Contas e Ministério Público. Podem contribuir sobremaneira com a melhoria da comunicação e integração entre os municípios, o Comitê de Bacia Hidrográfica, Conselhos Regionais, Conselhos Municipais e Conselhos Gestores de Unidades de Conservação.

Conclui-se, portanto, que embora *seja* possível a implementação de um Escritório de Projetos – PMO, para o desenvolvimento de projetos de Smart Cities, no Litoral do Paraná, isto exige uma transformação cultural e a profunda união de esforços institucionais, organizando-se a sociedade civil, as organizações não governamentais, a comunidade empresarial e acadêmica, bem como percebendo-se as necessidades da população, inclusive das comunidades tradicionais e tribos indígenas e adotando-se uma postura ética de combate à corrupção.

O trabalho tratou acerca da implementação, desafios, benefícios e melhores práticas de um Escritório de Projetos (PMO) para o desenvolvimento de projetos de Smart Cities no Litoral do Paraná, indagando qual seria a metodologia de instituição e as fontes de recurso, assim como a responsabilidade sobre a sua gestão. Reflete sobre de que forma a tecnologia poderia melhorar a qualidade de vida da população e, por conseguinte como os projetos do PMO poderiam contribuir com a governança sustentável das cidades, a partir dos diagnósticos, dificuldades e possibilidades de cada município e da articulação dos *stakeholders* envolvidos no processo. Em seguida, trata do conceito de Smart Cities e a perspectiva de sua implementação, por intermédio do Escritório de Projetos, no Litoral do Paraná, com articulação entre negócios e governança ambiental inteligente.

#### IV. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCAUI, André (Org.). PMO. *Escritório de Projetos, Programas e Portfólio na Prática*. Rio de Janeiro: Brasport, 2012.

BIESEK, Ana Solange. Indicadores dos ativos intangíveis na gestão de portfólio, projetos e processo. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016.

BRASIL ID. Disponível em: <http://www.brasil-id.org.br/index.php/home>. Acesso em: 15.12.2016.

COULANGES, Numa-Denys Fustel de. *A Cidade Antiga*. Tradução: Frederico Ozonam Pessoa de Barros (2006). São Paulo: Editora das Américas S.A, 1961, p. 195. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/cidadeantiga.pdf>. Acesso em: 01.11.2016.

DA SILVA, André Koide. Cidades Inteligentes e sua Relação com a Mobilidade Inteligente. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod\\_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/1918002/mod_folder/content/0/Artigo%20-%20Mobilidade%20Inteligente.pdf?forcedownload=1). Acesso em: 15.12.2016.

DELIBERADOR, Lucas Rodrigues (RESUP /UFGD), REIS, João Gilberto Mendes dos (RESUP/UFGD), MACHADO, Sivanilza Teixeira Machado (RESUP/UFGD), OLIVEIRA, Rone Vieira Oliveira (RESUP/UFGD). Análise para eliminação das perdas no transporte de soja. IX Congresso Nacional de Excelência em Gestão. Disponível em: <http://www.portosdoparana.pr.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=161>. Acesso em: 23.04.2014.

ECOPORTS Network. Disponível em: <http://www.ecoport.com/>. Acesso em: 15.12.2016.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. In: *Obras psicológicas completas de Sigmund Freud*: edição standard brasileira, v. XXI. Trad. Jayme Salomão. Rio de Janeiro: Imago, 1996.

IBGE 2010. Disponível em: <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao.html>. Acesso em: 29.07.2016.

LEITE, Carlos e AWAD, Juliana di Cesare Marques Awad. *Cidades Sustentáveis, Cidades Inteligentes: Desenvolvimento Sustentável Num Planeta Urbano*. Porto Alegre: Bookman, 2012.

NIGRO, Carlos Domingos. *(In)Sustentabilidade Urbana*. Curitiba: Ibpx, 2007.

PMI – Project Management Institute. *Um Guia do Conhecimento em Gerenciamento de Projetos*. 5ª edição. Newton Square, 2013.

PORT OF LONG BEACH - Green Port Policy. Disponível em: [http://www.polb.com/environment/green\\_port\\_policy.asp](http://www.polb.com/environment/green_port_policy.asp). Acesso em: 15.12.16.

POSTAL, Mateus; ANJOS, Patrícia de Macedo; BRENNER, Rafael; SILVA, Wanderley Marinho da. Gestão de Portfólio de Projetos, para Implantação de Smart Cities. *Mundo Project Management*. Ano 12, no 67, fev e mar, 2016.

**Vanessa Milene de Santana**

Assessora de Promotor atuante no Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção aos Direitos Humanos



## ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006 – NATUREZA JURÍDICA E CONSEQUÊNCIAS PROCESSUAIS

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

Com o advento da Lei 11.343/2006 “quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” fica sujeito às medidas diversas da prisão. A saber: advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

A Lei colocou o artigo 28, que tipifica esta conduta e suas consequências, no Capítulo III – Dos crimes e das penas – do Título III – Das atividades de Prevenção do Uso Indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas. Todavia, de crime parece não se tratar (estes estão no Capítulo II – Dos Crimes – do Título IV – Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas).

Um passeio histórico mostra que nem mesmo as consequências do descumprimento do artigo 28 são penas. No PL 7134/2002<sup>2</sup> originado do PLS 115/2002, encerrado com a edição da Lei 11.353/2006, na Seção II – Do Tratamento –, no art. 11 o “dependente ou o usuário de substâncias ou produtos que causem dependência física ou psíquica, relacionados pelo Ministério da Saúde” ficavam sujeitos “às medidas previstas neste Capítulo e Seção”, basicamente o tratamento ambulatorial ou hospitalar, com o destaque para os dependentes ou usuários em cumprimento de pena privativa de liberdade ou medida de segurança pela prática de qualquer infração penal que *obrigatoriamente* (o verbo usado foi o “deverá”) seriam submetidos a tratamento em ambulatório interno do sistema penitenciário respectivo (art. 13 – PL 7134/2002).

A posse para consumo próprio estava no artigo 22 (adquirir, guardar, ter em depósito ou trazer consigo para consumo pessoal, em pequena quantidade, substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), com “medidas de caráter educativo” previstas ao usuário.

<sup>1</sup> Promotora de Justiça de entrância final titular da 9ª Promotoria de Justiça da Comarca de Ponta Grossa. Graduada em Direito na UEPG e Mestre em Direito Penal Econômico pela PUC-PR.

<sup>2</sup> A íntegra da tramitação do PL 7134/2002, originado do PLS 115/2002 está disponível em [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).



A saber: prestação de serviços à comunidade; comparecimento a programa ou curso educativo, proibição de frequência a determinados locais e submissão a tratamento. Em caso de não cumprimento, a mesma solução da lei atual: admoestação verbal ou multa. Detalhe: (1) expressamente se dizia que as “medidas de caráter educativo” poderiam ser cumuladas entre si, mas “não serão consideradas para fins de reincidência”, (2) se falava em prescrição da “imposição e execução das medidas educativas” no prazo de dois anos (art. 32) e o oferecimento da denúncia, no caso do artigo 23, era para propor “oportunidade a adoção das medidas educativas pertinentes” (art. 39, § 1º, I), que poderiam ser aceitas de plano pela defesa (art. 40, § 1º, II), independentemente do histórico do denunciado. As medidas aplicadas poderiam ser revistas judicialmente, a qualquer tempo, mediante requerimento do interessado (art. 50) e, no art. 52, falava-se da criação de “juizados especializados para processo e julgamento dos crimes definidos nesta Lei, vedada a atribuição da competência dos Juizados Especiais Criminais”. Ou seja, ficou muito claro que a droga para uso próprio não era criminalizada, porque sem pena e sem o efeito da reincidência a aplicação de medida educativa.

No parecer da Comissão de Constituição e Justiça e de Redação, de 10 de fevereiro de 2004, relatoria do Deputado Paulo Pimenta, ignorou-se a “descriminalização/despenalização” do uso de drogas, voltando a falar da conduta da posse para uso como crime sujeito a “penas restritivas de direitos”. Para tanto, apresentou-se um Substitutivo Integral que se propunha, dentre outros, a (1) superar “equivocos conceituais e metodológicas” unificando o conceito de drogas, da qual o entorpecente é apenas parte, (2) deixar evidente a separação entre usuário ou dependente e o traficante, (3) prever que o álcool e outras substâncias lícitas que causem dependência terão legislação própria<sup>3</sup>.

Deliberadamente, na Câmara, voltou a tratar-se como crime o uso de drogas. No Voto do Relator ao tratar do Título III, expressamente diz ter optado “... trazer para este título o crime do usuário...”, destacando “... a grande virtude da proposta é a eliminação da possibilidade de prisão para usuário ou dependente<sup>4</sup>” - em termos, diga-se ... Neste Substitutivo, tal qual hoje, o “adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar” ganha o número 28 de artigo e as consequências são as “... seguintes penas: advertência sobre os efeitos da droga; prestação de serviços e medida educativa

3 v. Diário da Câmara dos Deputados, de 12.02.2004, p 05400 a 5405

4 Ou seja, por mais que se diga que é crime, desde aqui não se tem pena privativa de liberdade para o usuário de drogas.

de comparecimento a programa ou curso educativo”. Foram equiparadas ao porte para uso próprio as condutas de “semear, cultivar ou colher plantas destinadas à preparação de drogas” e “fornecer, eventualmente, sem objetivo de lucro” drogas a pessoa de seu relacionamento para consumirem juntos (art. 28, § 1º, I e II), hoje colocados no art. 33, § 1º, II e § 3º, da Lei 11.343/2006, com penas mais severas. Afastava-se, expressamente, no artigo 28, § 5º, a reincidência (“não serão consideradas para fins de reincidência” - o que retira o caráter de crime, v. art 63, CP). Mas, vejam só, se o uso de drogas, diretamente não levava à prisão ... o “desatendimento” às penas de prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo pode levar à aplicação das penas restritivas de direitos do art. 43 do CP (art. 28, § 7º) que, se descumpridas “sujeitará o agente às penas do art. 330 do Decreto Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal” (art. 28, § 10º, CP) -; quer dizer, neste Substitutivo, o usuário, pela “desobediência”, eventualmente, poderia ser condenado à pena de prisão.

Segue a discussão do Projeto de Lei 7.134/2002, e estamos em fevereiro de 2004, quando em Sessão Plenária, registrada no Diário da Câmara dos Deputados 05840, percebe-se a preocupação dos integrantes da Casa em dar o rótulo de “crime” ao uso de drogas, sem que cientificamente se construísse a figura penal. A título de exemplo, a fala do Deputado Carlos Willian – (PSC – MG): “Este projeto discrimina os usuários de drogas de maconha. Essa imposição da lei é um dos poucos argumentos que restam aos pais de família ... de mostrarem ao adolescente que se trata de crime, cuja consequência é ir para a cadeia. Estamos retirando isto do texto ... apelo para as bancadas evangélica e católica, para os cristãos e pais de família, no sentido de que venham ao plenário discutir a matéria ... Alguns países desenvolvidos já se anteciparam sobre o tema, mas o Brasil não está preparado para isto.” Do mesmo partido, o Cabo Júlio (PSC – MG) esclarece ao colega que “não estamos dizendo que usar droga deixará de ser crime ... estamos estabelecendo ao usuário 3 penalidades ... se negar a cumprir ... incorrerá em crime de desobediência ... criamos um dispositivo de segurança estabelecendo nova pena”. No mesmo jaez, Jefferson Campos (PMDB – SP): “... as penas já estão previstas ... existe também a previsão de prisão para descumprimento das penas previstas e impostas pelo Juiz. ... apelo para que haja maior discussão deste projeto ... que afetará a vida principalmente dos adolescentes de nossa Nação”.

O projeto ainda voltaria ao Senado e, nessa sessão de votação, os discursos se sucederam falando em pena e prevenção, totalmente

divorciados da teoria do direito penal – mera retórica, exercício argumentativo.

O PT, representado pelo *Deputado Antonio Carlos Bisciaia*, votou favorável ao Substitutivo, alegando: “... *Jamais colocaria com qualquer projeto que pudesse significar a liberação do uso de drogas no País ... apresenta-se uma adequada separação entre a condição de usuário e a de dependente, este vítima do narcotráfico crescente ... Não adotamos a descriminalização do uso, muito menos liberando a droga no Brasil. Estamos apenas aprimorando a lei, buscando a prevenção adequada e não imposição de qualquer pena privativa de liberdade ou pecuniária ao usuário ... aquele que for preso com droga será levado ao lugar adequado para a lavratura do termo circunstanciado ...*”. Da parte do PSDB, *João Campos*, também favorável: “... *o projeto não descriminaliza o uso de drogas no País. Quem está descriminalizando são alguns setores da mídia ... o que a Casa está fazendo – ... embora continue sendo crime o uso de drogas no País – é dar tratamento diferente ao usuário e ao dependente. ... Minha posição, quer como delegado, quer como pastor, pai de família e cidadão, sempre foi a favor da criminalização do uso da droga*”<sup>5</sup>.

Destaca-se como fala mais afeiçoada ao Direito (lembrando que os Senhores Deputados estavam fazendo uma Lei e não defendendo suas posições pessoais), de *Moroni Torgan* do PFL – CE: “... *não houve liberação nem condenação ... um meio termo ... se não for cumprida nenhuma daquelas medidas, a pessoa ficará sujeita ao crime de desobediência ... há uma sanção ... a possibilidade de detenção por crime de desobediência ... o que o projeto está fazendo com relação ao usuário e ao viciado já é prática comum na Justiça – é o que chamamos de Justiça Terapêutica ... O Judiciário não manda usuários e dependentes para a Cadeia, mas, sim, os condena à prestação de serviços à comunidade os priva de certos direitos...*”. Também, *Fernando Gabeira*: “*Se a sociedade brasileira tem como único argumento contra o consumo de drogas a cadeia, estamos moralmente falidos. Existem outros.*”

Aprovada a redação final do Substitutivo da Câmara dos Deputados ao PL 7134B, de 2002 (do Senado Federal – PLS 115/02 na Casa de Origem), voltou para o Senado em 17 de fevereiro de 2014. Recebeu parecer 847, de relatoria do Senador Romeu Tuma, em 31.05.2006, no qual

5 O PMDB representado por Roberto Jefferson votou contrário: “... *este projeto ... afetará a vida principalmente dos adolescentes da nossa Nação*”, assim como o Enéas (de saudosa memória), pelo PRONA. Integram a lista dos votos favoráveis Osmar Serraglio pelo PMDB, Dr Hélio pelo PDT, Colbert Martins pelo PPS, Marcelo Ortzi pelo PV, Jamil Murad pelo PCdoB, Nelson Meurer pelo PP, Pastor Reinaldo pelo PTB.

o usuário volta a ser considerado como merecedor de “*medidas educativas*” e não penas. Sobre o crime de desobediência como remédio para fazer cumprir o artigo 28: “... *reportar-se ao crime de desobediência traz problemas incontornáveis ... o descumprimento de sentenças condenatórias ou executivas pode gerar medidas coercitivas como a prisão e a busca e apreensão, mas tal descumprimento nunca foi considerado um crime autônomo. Receamos seja criado um perigoso precedente legal ... No limite, um único fato (trazer consigo drogas para consumo pessoal) seria objeto de dupla incriminação, ferindo o princípio do non bis in idem.*” Rejeitaram-se, assim, os §§ 7º, 8º, 9º e 10º do Substitutivo, restabelecendo parte do texto original. E, no Texto Consolidado que saiu em 31 de maio de 2006, da Sala da Comissão de Constituição e Justiça e Cidadania, o artigo 28, *caput*, I, II e III previa “*penas*” ao usuário (as mesmas de hoje), no § 3º, falava da duração das “*penas*” de, no máximo, cinco meses, no § 4º, para casos de reincidência, aumentava para dez meses; e, no § 6º, para caso de descumprimento das “*medidas educativas a que se refere o caput, I, II e III*”, sem mais, nem menos, no inciso IV - “*detenção de seis meses a dois anos*”. Quer dizer, tiraram a previsão anterior do § 10, de aplicação subsidiária do artigo 330 do CP (porque, segundo o parecer, importaria num segundo processo para apurar a desobediência) e lascaram a pena privativa de liberdade como último recurso, porque, sucessivamente, o juiz deve lançar mão de admoestação verbal, multa e penas restritivas de direitos.

Aqui sim, com a previsão expressa de pena de detenção, de 06 meses a 02 anos, o porte para uso próprio foi criminalizado (art. 1º, Lei 3.914/1941<sup>6</sup> – LICP) e tratado como infração de menor potencial ofensivo (art. 48). Encaminhado para votação, ainda recebeu alterações – dentre outras, a retirada dos incisos III e IV, do § 6º, do art. 28 – culminando no texto encaminhado para sanção presidencial – que vetou alguns artigos referentes ao SISNAD e da cumulação, por Varas Especializadas das atribuições de Juizado Especial Criminal sobre drogas<sup>7</sup>.

Voilà, veio ao mundo em 23 de agosto de 2006, com prazo de 45 dias

6 **Art 1º** Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente. (disponível em [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del3914.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3914.htm) – sem grifo no original).

7 Todo histórico de tramitação dos projetos que deram corpo à Lei 11.343/2006 encontram-se nos sites do Senado Federal e da Câmara dos Deputados, bastando lançar os números aqui apontados para se ter acesso ao inteiro teor das discussões aqui reproduzidas.

para vigência a Lei 11.343/2006, revogando expressamente as Lei 6.368<sup>8</sup>, de 21.10.1976 e 10409<sup>9</sup>, de 11.01.2002. Detalhe, totalmente confusa em seu texto quanto à natureza jurídica da resposta dada ao usuário: o caput fala de “penas;” no § 1º, são as “mesmas medidas”; no § 3º, a prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo são tratadas como “penas”; no § 6º, são “medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III” e mesmo a multa, usada como garantia para cumprimento das medidas educativas (art. 28, § 6º, II), no artigo 29 é tratada como “medida educativa a que se refere o inciso II, do § 6º do art 28”. E, ao dizer da possibilidade de aplicação isolada ou cumulativa e da substituição pelo Juízo, no art. 27, fala de “penas”.

Mesmo assim, a compra, guarda, depósito, transporte ou porte de droga para uso próprio, na 11.343, não sujeita seu autor à pena de detenção ou reclusão quer isolada, quer alternativa ou cumulativamente à pena de multa. Portanto, não se trata de crime, nos exatos termos do art. 1º, da Lei 3.914, de 09.12.1941 – a Lei de Introdução do Código Penal. Se muito, para dar o tratamento jurídico preconizado na 11.343, poderia dizer tratar-se de contravenção, se for considerada a multa derradeira (art 28, § 6º, II), como pena em sentido jurídico-penal - e não medida educativa como tratada no art 29 da Lei 11.343/2006 (Mas, nem este raciocínio vingará, frente ao artigo 5º do DL 3688, de 02.10.1941: “Art. 5º. As penas principais são: I – prisão simples; II – multa” - e aqui, na

8 Aqui o art 16 criminalizava o uso: “Art. 16. adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa”.

9 Embora posterior, esta Lei teve o “Capítulo III – dos crimes e das penas” integralmente vetado porque “em que pese a louvável intenção do legislador ao tentar conferir tratamento diferenciado ao consumidor de drogas, há vício de inconstitucionalidade no art. 21, que contamina a íntegra de vários outros artigos do capítulo em questão”. Para o usuário de drogas (art. 20) eram previstas as “penas e medidas aplicáveis: as previstas no art. 21” que tinha a seguinte redação: “Art. 21. As medidas aplicáveis são as seguintes: I – prestação de serviços à comunidade; II – internação e tratamento para usuários e dependentes de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, em regime ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar ou psiquiátrico; III – comparecimento a programa de reeducação, curso ou atendimento psicológico; IV suspensão temporária de habilitação para conduzir qualquer espécie de veículo; V – cassação de licença para dirigir veículos; VI – cassação de licença para porte de arma; VII – multa; VIII – interdição judicial; IX – suspensão da licença para exercer função ou profissão. Mas, como foi vetado o capítulo inteiro, tivemos uma nova Lei de Drogas em 2002, que previa, no art. 27, o procedimento “relativo aos processos por crimes definidos nesta Lei ...” e não tinha crimes em seu texto. Solução ? (re)apropriar-se da tipificação legal da Lei 6.368/76.

Lei 11.343/2006, a multa não é pena principal e sim substitutiva (?) para caso de não cumprimento da medida originária).

Pode-se continuar a discussão da natureza das consequências de violação do art. 28, exercitar argumentos na tentativa de chegar a uma resposta jurídico-penal. Só para ilustrar, porque se quer seguir com o objetivo do trabalho, a advertência sobre os efeitos da droga não encontra molde em qualquer das classes de penas<sup>10</sup>. A prestação de serviços à comunidade e a medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo poderiam ser tomadas como penas restritivas de direitos (art. 32, II c/c 43, III e IV, CP), mas não são passíveis de conversão por falta de pena principal (art. 44, § 4º, CP). Melhor concluir que se tratam de “medidas educativas” como previstas em sua gênese, sem caráter penal, mas com processamento para aplicação no Juizado Especial Criminal, por falta de uma “administrativização” regulamentada da matéria como fez Portugal com a Lei 30/2000<sup>11</sup>; lá, no artigo 29, foi declarada a “descriminalização” objeto da Lei e criado o Instituto da Droga e Toxicodependência – IDT para manter o registro central dos processos de contraordenações<sup>12</sup> (primas das nossas contravenções) desta natureza.

O usuário flagrado de posse de droga, em Portugal, perde a substância em favor do Estado; feito um auto de ocorrência (art. 4º, I), é encaminhado para a “Comissão para a Dissuasão da Toxicodependência” de seu distrito para aplicação das respectivas sanções (art. 5º, I). Esta Comissão, composta de cinco membros (art. 7º), ouve o consumidor sobre o fato e, sendo ele primário e sem registros anteriores, não dependente da droga, suspende-se o processo; se toxicodependente, para não ser processado, o usuário carece de aceitar e submeter-se a tratamento (art. 11). A suspensão do processo pode ser de 02 (dois) anos, prorrogável por mais 01 (um), e será arquivado definitivamente se não houver reincidência no período e o tratamento tiver sido cumprido (art. 13).

Para o consumidor não dependente é aplicada multa ou, alternativamente, sanção não pecuniária de interdição de frequência a certos lugares; proibição de acompanhar, alojar ou receber certas pessoas; interdição

10 “corporais, privativas de liberdade, restritivas de liberdade, pecuniárias e privativas e restritivas de direitos”, cf. MIRABETE, Julio F. **Manual de Direito Penal**, v I, 15a ed., São Paulo : Atlas, 1999, p. 246

11 Define o regime jurídico aplicável ao consumo de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, bem como a protecção sanitária e social das pessoas que consomem tais substâncias sem prescrição médica.

12 Constitui contra-ordenação todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima – Decreto-Lei 433/82, de 27 de Outubro – “Regime Geral das Contra-Ordenações”.

de ausência para o estrangeiro sem autorização; apresentação periódica em local designado pela Comissão; cassação ou proibição de concessão ou renovação de licença de uso e porte de arma de defesa, caça, precisão ou recreio; apreensão de objetos de pertencem ao usuário e representem um risco para este ou para a comunidade ou favoreçam a prática de um crime ou de outra contraordenação e privação da gestão de subsídio ou benefício atribuído a título pessoal por entidades ou serviços públicos; entrega a instituições públicas ou particulares de uma contribuição monetária ou a prestação de serviços gratuitos a favor da comunidade, no regime do Código Penal. Aos dependentes, aplicam-se apenas as sanções não pecuniárias (art. 15 e 17). Há, ainda, para todos, a admoestação que “*consiste numa censura oral, sendo o consumidor alertado para as consequências do seu comportamento e instado a abster-se a consumi*” (art 18). As sanções não pecuniárias têm duração mínima de 01 (um) mês e máxima de 03 (três) anos (art. 24).

Se aplicada a sanção, tratando-se de dependente em tratamento, o processo poderá ficar suspenso por até 03 (três) anos a contar do trânsito em julgado da decisão (art. 20), determinando ao usuário que se apresente regularmente no serviço de saúde designado (art. 21). Toda decisão que aplique sanção ao consumidor é comunicada à polícia para que colabore na execução (art. 25).

Portugal foi claro ao dizer, no art 29 da lei 30/2000 que “descriminalizou” o uso da droga – mas não legalizou; estabeleceu um processo e foro próprio, mas não despenalizou, nem liberou geral. Aqui no Brasil, insiste-se em falar de criminalização, acredita-se que fruto do discurso dos pais da 11.343, quando de crime não se trata, porque afastada a pena de detenção ou reclusão para o usuário. E, se de crime não se trata, os efeitos da prática são menores. Por exemplo, não gera reincidência<sup>13</sup> (art. 63, CP) e não impede transação (art. 76, § 2º, I, Lei 9099/95).

(Sabe-se que, quanto à reincidência, o STJ disse o contrário no HC 350.317 – SP 2016/0055483-0, relatado pelo Min Antonio Saldanha Palheiro, julgado em 07.11.2016. Mas ali, não se enfrentou a teoria do tipo penal, resumindo-se à análise, em nosso sentir, à localização topográfica do artigo – o que não é o suficiente em termos jurídico-penais; talvez possa ser em termos de política criminal ou opção interpretativa. No mesmo sentido o STF, reconhecendo a despenalização operada com

13 A reincidência mencionada no art 28, § 4º, da Lei 11.343/2006 só pode ser específica, para aumento do prazo da prestação de serviços à comunidade ou do prazo de comparecimento a programa ou curso educativo, depois que o usuário já se submeteu, uma primeira vez a qualquer destas medidas por até 05 (cinco) meses e voltou a ser flagrado de posse da droga.

o art 28, privilegia a localização do artigo para dizer que é crime – vale a leitura e reflexão<sup>14</sup>. Lembro aqui de uma comparação feita num julgado, que não encontro para transcrever, para dizer da impropriedade legislativa do artigo 10, § 1º, II, da Lei 9.437/97, que usou esta expressão: “um urso de pelúcia perdido na floresta não se transforma num urso selvagem”. Esta insistência dos Tribunais Superiores em elasticar o conceito de crime para abarcar o art. 28 só pode soar uma adesão ao discurso dos criadores da Lei – a necessidade de ter o usuário de drogas como “criminoso”)

A técnica usada para criar o artigo 28 e dar as respostas aos usuários, cientificamente *descriminalizou* as condutas ali previstas (tipo múltiplo), mas não as liberou. Faltou regradar melhor e mais claramente, para que não fosse necessário toda essa falação insistindo em criminalizar a conduta do usuário. Desde a discussão da Lei, vê-se a *moralização do problema*: “... nós necessitamos do Direito Penal ... quando menos, como meio de desqualificar as drogas aos olhos da população; e: não se pode excluir que precisamente a ameaça de pena retire um ou outro indivíduo do caminho das drogas<sup>15</sup>...”.

14 EMENTA: I. Posse de droga para consumo pessoal: (art. 28 da L. 11.343/06 - nova lei de drogas): natureza jurídica de crime. 1. O art. 1º da LICP - que se limita a estabelecer um critério que permite distinguir quando se está diante de um crime ou de uma contravenção - não obsta a que lei ordinária superveniente adote outros critérios gerais de distinção, ou estabeleça para determinado crime - como o fez o art. 28 da L. 11.343/06 - pena diversa da privação ou restrição da liberdade, a qual constitui somente uma das opções constitucionais passíveis de adoção pela lei incriminadora (CF/88, art. 5º, XLVI e XLVII). 2. Não se pode, na interpretação da L. 11.343/06, partir de um pressuposto despreço do legislador pelo “rigor técnico”, que o teria levado inadvertidamente a incluir as infrações relativas ao usuário de drogas em um capítulo denominado “Dos Crimes e das Penas”, só a ele referentes. (L. 11.343/06, Título III, Capítulo III, arts. 27/30). 3. Ao uso da expressão “reincidência”, também não se pode emprestar um sentido “popular”, especialmente porque, em linha de princípio, somente disposição expressa em contrário na L. 11.343/06 afastaria a regra geral do C. Penal (C. Penal, art. 12). 4. Soma-se a tudo a previsão, como regra geral, ao processo de infrações atribuídas ao usuário de drogas, do rito estabelecido para os crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando até mesmo a proposta de aplicação imediata da pena de que trata o art. 76 da L. 9.099/95 (art. 48, §§ 1º e 5º), bem como a disciplina da prescrição segundo as regras do art. 107 e seguintes do C. Penal (L. 11.343, art. 30). 6. Ocorrência, pois, de “despenalização”, entendida como exclusão, para o tipo, das penas privativas de liberdade. 7. Questão de ordem resolvida no sentido de que a L. 11.343/06 não implicou abolição criminis (C. Penal, art. 107). II. Prescrição: consumação, à vista do art. 30 da L. 11.343/06, pelo decurso de mais de 2 anos dos fatos, sem qualquer causa interruptiva. III. Recurso extraordinário julgado prejudicado. (RE 430105 QO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 13/02/2007, DJe-004 DIVULG 26-04-2007 PUBLIC 27-04-2007 DJ 27-04-2007 PP-00069 EMENT VOL-02273-04 PP-00729 RB v. 19, n. 523, 2007, p. 17-21 RT v. 96, n. 863, 2007, p. 516-523)

15 HASSEMER, W. **Direito Penal – fundamentos, estrutura, política**. Porto

Sugere aqui que o legislador quis fazer o que Portugal fez com todas as letras em 2000 – descriminalizou, mas não despenalizou, e administrativizou. Ou seja, a matéria está mais para o Direito de Intervenção de Hassemer<sup>16</sup>, do que para o Direito Penal. Mas, na falta de uma regulamentação exaustiva como fez Portugal, continua-se a buscar justificativa para tratar como crime a conduta que está perdida num Capítulo com este Título, apenas para *manter a cara de mau* a quem se atrever a praticá-la.

Não se tratando de crime o artigo 28, nem de contravenção (tecnicamente falando), nem de infração administrativa (como fez Portugal), mas “tendo que” estar dentro do conceito de infração de menor potencial ofensivo para ser processado no J.E.Criminal, tem-se como melhor caminho tratar este dispositivo como fez Luiz Flávio Gomes<sup>17</sup>: uma infração penal *sui generis* submetida ao procedimento estabelecido na Lei 9099/95<sup>18</sup>.

Para nós, ao contrário, houve descriminalização formal (acabou o caráter criminoso do fato) e, ao mesmo tempo, despenalização (evitou-se a pena de prisão para o usuário de droga). O fato (posse de droga para consumo pessoal) deixou de ser crime (formalmente) porque já não é punido com reclusão ou detenção (art. 1º da LICP). Tampouco é uma infração administrativa (porque as sanções

Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2008, p. 331.

16 OLIVEIRA, Ana C. **Hassemer e o direito penal brasileiro: direito de intervenção, sanção penal e sanção administrativa**. 1 ed., São Paulo : IBCCRIM, 2013, p. 61-63: “2.1 A proposta modernizadora de Hassemer ... Na verdade, o que pouco se menciona é que o próprio Hassemer apresenta a sua proposta para a modernização do Direito Penal, o *Direito de Intervenção* ... encaminha-se no sentido de um Direito Penal sem a imposição da pena privativa de liberdade, através do Direito de Intervenção ... integrariam o Direito de Intervenção regras provenientes de diferentes normas sancionadoras, conjugando o Direito Penal, ilícitos civis, as contravenções penais, o Direito de polícia e o Direito Tributário ... a não imposição de penas privativas de liberdade seria a principal característica deste Direito de Intervenção ... esse novo ramo poderia se voltar para a atuação preventiva ... tem o objetivo principal permitir a atuação do Direito Penal somente em relação aos tipos tradicionais, ao *núcleo duro* ... seria possível esvaziar o Direito Penal dos tipos abertos e das demandas por flexibilização do processo ... teria ainda, como consequência, livrar o Direito Penal de um uso instrumental e aleatório, eminentemente simbólico”.

17 No mesmo sentido: LEAL, João José, *Política Criminal e a Lei 11.343/2006: Descriminalização da Conduta de Porte para Consumo Pessoas de Drogas?* Disponível em [http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34066653/Lei\\_Antidrogas.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1491600343&Signature=FiEmsbq4fw7EclFQjbALJQy96og%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLei\\_Antidrogas.pdf](http://s3.amazonaws.com/academia.edu.documents/34066653/Lei_Antidrogas.pdf?AWSAccessKeyId=AKIAIWOWYYGZ2Y53UL3A&Expires=1491600343&Signature=FiEmsbq4fw7EclFQjbALJQy96og%3D&response-content-disposition=inline%3B%20filename%3DLei_Antidrogas.pdf), acesso em 07 abr 2017

18 embora isto não esteja expresso na Lei 9099/95, o art 71, vetado por invasão de competência legislativa, previa: “Art. 71. Nas comarcas em que haja vara especializada para julgamento de crimes que envolvam drogas, esta acumulará as atribuições de juizado especial criminal sobre drogas, para efeitos desta Lei”

cominadas devem ser aplicadas pelo juiz dos juizados criminais). Se não se trata de um crime nem de uma contravenção penal (mesmo porque não há cominação de qualquer pena de prisão), se não se pode admitir tampouco uma infração administrativa, só resta concluir que estamos diante de infração penal sui generis. Essa é a nossa posição, que se encontra ancorada nos seguintes argumentos: (...)

A todos os argumentos lembrados cabe ainda agregar um último: conceber o art. 28 como “crime” significa qualificar o possuidor de droga para consumo pessoal como “criminoso”. Tudo que a nova lei não quer (em relação ao usuário) é precisamente isso. Pensar o contrário retrataria um grave retrocesso punitivista (ideologicamente incompatível com o novo texto legal). Em conclusão: a infração contemplada no art. 28 da Lei 11.343/2006 é penal e *sui generis*. Ao lado do crime e das contravenções agora temos que também admitir a existência de uma infração penal *sui generis*<sup>19</sup>.

Em assim sendo (e, mesmo se desenvolver o raciocínio como um tipo contravencional, mas não criminoso), afastada a hipótese de arquivamento, reunidos os requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95, o MINISTÉRIO PÚBLICO deverá propor a transação com as medidas educativas do artigo 28 da Lei 11.343/2006 (e não com as penas restritivas de direitos do artigo 43 do CP, como manda o *caput* do art. 76).

Todavia, se o autor do fato deixar de vir à audiência preliminar ou não reunir os requisitos do artigo 76, em tese, com olhos somente na Lei 9099/95, deveria ser oferecida a denúncia oral (art. 77), para entrega de cópia ao infrator cientificando-o da data designada para a audiência de instrução e julgamento (art. 78), quando, depois da defesa, recebe-se a denúncia, produz-se a prova, debate-se o processo e vem a sentença (art. 81).

Fica claro que, em termos gerais, só se oferece denúncia no Juizado Especial Criminal, para que seja possível a *aplicação da pena privativa de liberdade* prevista no tipo violado, que não pode ser aceita voluntariamente (vez que, o infrator não tem mais direito às penas restritivas de direitos passíveis de aceitação na fase do artigo 76 da Lei 9099/95). Esta é a primeira afirmação – a denúncia como peça essencial para deflagrar o processo penal visando a aplicação da pena corporal prevista no tipo – que encontra as seguintes questões no tema em debate: (1) e no caso de não ter pena a ser aplicada, em tese? E, (2) no caso de, ao

19 GOMES, Luiz F e SANCHES, Rogério C. **Posse de drogas para consumo pessoal: crime, infração penal “sui generis” ou infração administrativa?**, 19.01.2007, disponível em <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI34439,41046--Posse+de+drogas+para+consumo+pessoal+crime+infracao+penal+sui+generis>, acesso em 31 mar 2017 – sem grifo no original.

final de um processo penal a ser instaurado – exceto em caso de absolvição –, a pena a ser aplicada ser a mesma que se teria com a transação (nunca privativa de liberdade), nem mais, nem menos? Adiante, e (3) se o infrator, mesmo sem os requisitos para transacionar (condenação definitiva anterior por crime), aceitar a proposta de aplicação antecipada de qualquer das medidas previstas no artigo 28 da Lei 11.323/2006, (4) pode ser oferecida denúncia?

Admitindo que se possa processar penalmente o usuário, dado que a denúncia ou queixa será rejeita quando, dentre outras hipóteses, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal (art. 395, II, CPP), (5) estaria presente o interesse de agir no oferecimento da denúncia das infrações do artigo 28 da Lei 11/343/2006 quando o infrator adere à proposta antecipada de cumprimento de uma das medidas educativas?

Tratando do interesse processual, invoca-se o binômio “interesse-necessidade e interesse-utilidade”. O primeiro para dizer que o processo penal poderá ser manejado porque é “*necessária a utilização das vias processuais, para a aplicação da sanção penal, ao lado da impossibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva (...) mesmo nos casos de transação penal (...) a aceitação da sanção penal pelo acusado só pode vir mediante processo (...) não havendo possibilidade de satisfação voluntária da pretensão punitiva fora do processo*”<sup>20</sup>. Já o “interesse-utilidade” estaria no resultado prático gerado pelo movimento da máquina judiciária; do manejo de um processo que, ao final, será útil (e indispensável) para seu fim – a aplicação da sanção. Se não tiver esta finalidade – de necessário para aplicar a pena – o processo perde o caráter instrumental, passando a ser o fim em si.

Ao contrário do que se passa com outras infrações de menor potencial ofensivo, o porte de droga para uso próprio não tem pena corporal prevista (como dito à exaustão). São medidas educativas que se impõe ao violador do preceito primário. Medidas estas que visam, antes de retribuição pelo uso da droga (uso este não punível) a “*prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas*” (Título III) e que podem ser aceitas, voluntariamente, pelo infrator.

Assim, mesmo constatada a ausência dos requisitos para a transação penal, dado o caráter da infração e das consequências a ela cominadas (medidas educativas), carece de interesse a movimentação da máquina estatal para dar corpo ao previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

20 GRINOVER, Ada P. et alli, As nulidades do processo penal. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2011, p., p. 65-66

Havendo a proposta nos moldes das do artigo 76 da Lei 9099/95, acompanhado o infrator de advogado para auxílio na análise da proposta, e sendo a medida a ser aplicada uma daquelas constantes no preceito secundário do mesmo artigo 28 da Lei 11.343/2006, totalmente desnecessário o processo penal tradicional (iniciado com a denúncia), valendo a adesão do infrator, assistido por seu advogado, como bastante para se cumprir o devido processo legal.

Estando no sistema da Justiça Penal, somente será admissível a propositura do processo em duas situações. Primeiro, se o infrator recusar a transação, visando provar sua inocência; teremos aqui o interesse de agir presente, porque a absolvição só pode vir de uma sentença penal transitada em julgado ou, se o infrator não for localizado, quando se depende de uma denúncia para remessa dos autos ao Juízo Comum, onde possa ser aplicado o artigo 366 do CPP.

Por fim, respeitando a localização do artigo 28 no Título das “atividades de prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas” de nada adianta reconhecer a descriminalização e dispensar o processo penal sem retaguarda para aplicação das medidas educativas. Assim é que se impõe a existência de Programas para encaminhamento dos infratores, sejam os educativos do inciso III ou para a prestação de serviços à comunidade. Neste sentido, tem-se na comarca de Ponta Grossa o “P.A.R.E.!” e o OPUD – Oficina de Prevenção de Uso de Drogas, tanto para a advertência (inciso I), que é feita por equipe multidisciplinar, como para programas e cursos educativos (inciso III), de modo a cumprir com a finalidade da Lei.

Diante disto, conclui-se:

- a) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 não descreve crime nem contravenção; trata-se de infração de menor potencial ofensivo *sui generis*;
- b) o artigo 28 da Lei 11.343/2006 permanece como crime no imaginário popular por força do discurso, desde a discussão do Projeto de Lei até mesmo a chegada do tema no STF; mas, tecnicamente não é crime nem contravenção.
- c) ao usuário encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sempre é de ser proposta a transação, independente dos requisitos do artigo 76, § 2º, da Lei 9099/95;
- d) para aplicação antecipada da medida educativa, mister a criação e manutenção de Programas próprios para este fim em cada comarca;
- e) em caso de descumprimento da medida transacionada, nova audiência

é de ser designada para fins de admoestação verbal e, em último caso, imposição de multa (art. 28, § 6º, Lei 11.343/2006);

f) somente é admissível o processo penal nas infrações do artigo 28 da Lei 11.343/2006 no caso do usuário recusar a transação, visando o reconhecimento da inocência ou, se não encontrado, para os fins do artigo 66, parágrafo único, da Lei 9099/95.

**Roberto Pilotto**

Arquiteto atuante no Departamento de Engenharia e Arquitetura -  
Subprocuradoria Geral de Justiça para Assuntos Administrativos.



**REFLETINDO SOBRE O ART. 244B, LEI 8069/1990  
– APURAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO E  
OUVIDA DO INIMPUTÁVEL COAUTOR DO DELITO NO  
JUÍZO COMUM**

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

Incomodada sobremaneira com o trato destinado ao crime de corrupção de menores, inserto no ECA com a Lei 12015, de 07 de agosto de 2009 (artigo 244b da Lei 8069/90), mas vigente desde 01 de julho de 1954, com a Lei 2.252/54, por ser o mesmo *presença obrigatória* em todas as peças processuais nas quais tenha havido a participação de pessoa menor de 18 anos na prática de delito em companhia de imputável, sem que se apure de forma segura a presença de todos os elementos do tipo, resolveu-se escrever estas linhas para levantar a questão: não estamos a fazer com este tipo penal uma verdadeira responsabilização objetiva? À discussão.

Já se disse que o Direito Penal, dentre os ramos do direito, é particularmente destacado no cenário jurídico por seu caráter sancionador e garantidor. Ao tempo que prevê sanções para o caso de violação de suas normas, garante o cidadão contra o arbítrio do Estado. Sua interpretação dá-se fincada em cânones pré-estabelecidos (literal, histórico, sistemático, teleológico) e a decisão há de ser racional e fundamentada, observadas as regras de argumentação (art. 93, IX<sup>2</sup>, CF).

Num necessário diálogo da teoria com a prática, a análise de decisões de Tribunais Superiores e, em especial, do Superior do Tribunal de Justiça – quando não mais se discute matéria de fato – mostra que, no delito de corrupção de menores em particular, a fundamentação para condenar tem-se resumido à natureza do crime, reconhecida como formal. Daí para diante, presente um menor de 18 anos na prática do crime,

1 Promotora de Justiça de entrância final

2 **Art. 93.** Lei complementar, de iniciativa do Supremo Tribunal Federal, disporá sobre o Estatuto da Magistratura, observados os seguintes princípios: (...)

X – todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

condena-se o coautor imputável nas sanções do (agora) artigo o244b, *caput*, do ECA, sem questionar a prévia condição do sujeito passivo (isto é pecado mortal segundo a jurisprudência majoritária), ou mesmo a intenção do agente quanto ao caráter de seu companheiro de cena, ainda inimputável.

Uma breve passada na teoria do tipo, faz lembrar que não se trata de mera subsunção do comportamento externado pelo agente com a descrição da conduta na lei penal, que faz ser crime o ato praticado. No dizer de TOLEDO<sup>3</sup>, “para ser agente de um crime não basta, pois, figurar fisicamente na cadeia causal como natureza morta. É preciso contribuir para o resultado como pessoa humana, dotada de vontade, mal utilizada (nos crimes de ação)”. É preciso ter a intenção de preencher a descrição típica, a fim de que se possa dizer tenha havido um crime.

Nada mais é a afirmação anterior do que o reconhecimento dos elementos do tipo legal de crime. No artigo 244b da Lei 8.069/90, a parte objetiva trata-se da norma incriminadora composta de “dois momentos ou dois preceitos: o denominado *preceptum juris*, ou comando principal, no qual vem descrita a conduta ilícita e o *preceito secundário*, ou *sancitio juris*, no qual vem explícita a penalidade que resulta da prática do ato penalmente ilícito (...) contém uma ordem ou norma de conduta, e a respectiva sanção, como garantia para seu cumprimento e eficácia<sup>4</sup>”.

**Art. 244-B.** Corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la: (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 1º Incorre nas penas previstas no caput deste artigo quem pratica as condutas ali tipificadas utilizando-se de quaisquer meios eletrônicos, inclusive salas de bate-papo da internet. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

§ 2º As penas previstas no caput deste artigo são aumentadas de um terço no caso de a infração cometida ou induzida estar incluída no rol do art. 1o da Lei no 8.072, de 25 de julho de 1990. (Incluído pela Lei nº 12.015, de 2009)

Vale dizer, sendo a descrição positiva “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, com ele praticando infração penal ou induzindo a praticá-la”, o imperativo legal é a proibição deste fazer. Para

3 TOLEDO, Francisco de A. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo : Sasraiva, 1999, p. 138.

4 MARQUES, José F. **Tratado de Direito Penal**, v. I, Campinas : Bookseller, 1997, p. 157-58.

manter-se nos limites da licitude, “não se deve corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos; não se deve praticar infração penal em companhia de menor de 18 anos, nem induzi-los a praticar este tipo de ação ” sob pena de ser condenado ao cumprimento de 01 a 04 anos de reclusão.

*Pari passu* com a descrição objetiva do tipo penal, está o elemento subjetivo do tipo. Superada a teoria causal da ação, que tinha a conduta causadora do resultado típico analisada sob o prisma naturalístico, sem valorar a intenção do sujeito, “o finalismo ... crendo que a conduta deve ser valorada, porque se trata de um juízo de realidade, e não ficção, deslocou o dolo e a culpa da culpabilidade para o fato típico. Assim, a conduta sob o prisma finalístico, é a ação ou omissão voluntária e consciente, que se volta a uma finalidade<sup>5</sup>”

Nos exatos termos do artigo 18, I<sup>6</sup>, do CP, tem-se preenchido o elemento subjetivo do artigo 244b da Lei 8.069/90, quando o agente *quiser corromper* ou facilitar a corrupção de menor de 18 anos, *ou assumir o risco* de fazê-lo. Segue a construção deste tipo, é preciso que a *corrupção ou facilitação da corrupção* [do caráter] do menor de 18 anos, se dê através da prática conjunta de infração penal ou de induzimento para fazê-lo. Fechou – em tese.

Notadamente a partir de 2008, a jurisprudência passou a considerar o artigo 244b da Lei 8.069/90 no todo – o corromper e o facilitar a corrupção – um crime formal (sem necessidade de prova da corrupção anterior), no qual a simples presença de menor de 18 anos como coautor implica na condenação pelo crime previsto no ECA (praticamente uma responsabilização objetiva). Não se questiona se as condutas proibidas têm natureza e exigência de resultado, no mundo naturalístico, diferentes (corromper vai além de facilitar a corrupção), e muito menos se o agente tinha a intenção de *corromper ou facilitar a corrupção* de seu colega de empreitada criminosa. Assim é que foi editada a Súmula 500 do STJ, em 23.10.2013: “a configuração do crime do art. 244b do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por tratar-se de delito material”.

(não se vai aqui ater aos cânones interpretativos do artigo de lei, para

5 NUCCI, Guilherme de S. **Código Penal Comentado**. 8a ed., São Paulo : RT, 2008, p. 120.

6 **Art. 18** - Diz-se o crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) Crime doloso (Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - doloso, quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo;(Incluído pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)



concluir pela natureza de cada qual das ações. Corromper, exigindo o resultado naturalístico e prova dele; e o facilitar a corrupção sem necessidade de tanto. Ou ainda, o questionamento em caso de menor de 18 anos já corrompido, com extensa lista de antecedentes de ato infracional, da possibilidade de ser sujeito passivo deste delito, seja numa ou noutra modalidade de ação)

A grande preocupação dos Tribunais para dar por preenchido o tipo penal é a prova da idade do sujeito passivo. Nesse sentido, a 1ª Turma Supremo Tribunal Federal, No HC 123779/MG, Relatora: Min Rosa Weber, julgamento em 03.03.2015, DJU 043, de 19.03.2015 e também a 2ª Turma, no HC 132204, Relator: Min Teori Zavascki, julgamento em 24.06.2016, DJU 094, de 11.05.2016:

**Ementa:** HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSO PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. ART. 244-B DA LEI 8.069/1990. COMPROVAÇÃO DA MENORIDADE. ART. 155, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CPP. PROVA ESPECÍFICA. INEXISTÊNCIA. 1. Para efeitos penais, a comprovação da idade, como as outras situações quanto ao estado das pessoas, há de ser realizada mediante prova documental hábil, de acordo com as restrições estabelecidas na lei civil. Inteligência do parágrafo único do art. 155 do CPP. Precedentes. 2. No caso, os pacientes foram condenados por corromper menor de 18 anos (art. 244-B da Lei 8.069/1990), cuja idade, no entanto, derivou de declarações prestadas perante a Delegacia da Criança e do Adolescente, desacompanhadas de qualquer documento civil de identificação. 3. Assim, por se tratar de circunstância elementar do tipo, a ausência de base probatória idônea impede o juízo condenatório, que deve sempre estar calcado em elementos de certeza e em consonância com as regras processuais próprias. 4. Ordem concedida para restabelecer a sentença absolutória.

(HC 132204, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Segunda Turma, julgado em 26/04/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-094 DIVULG 10-05-2016 PUBLIC 11-05-2016<sup>7</sup>)

Depois deste quesito – prova da idade – vem a prova do delito praticado em conjunto com o inimputável penalmente, como indispensável. Afinal, a corrupção de menores é dependente da existência do crime anterior.

**APELAÇÃO. FURTO. CORRUPÇÃO DE MENORES, ABSOLVIÇÃO CONFIR-**

7 Disponível em <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crime+e+corrup%7%E3o+e+menores%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/jmok42o>, acesso em 18 jul 2016 – sem grifo no original.

**MADA.** A versão verossímil dos acusados se sobrepõe a prova duvidosa da autoria e encaminha à absolvição. Absolvidos do delito principal, não podem os acusados serem responsabilizados pelo delito de corrupção de menores em face do mesmo fato. RECURSO IMPROVIDO. (Apelação Crime Nº 70035661768, Quinta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Aramis Nassif, Julgado em 09/06/2010<sup>8</sup>)

Afora isto – a prova da idade e da existência do crime praticado em concurso com o menor de 18 anos ou do crime que este foi induzido a praticar – não se permite outro questionamento sobre o tipo. Aparece na denúncia descrita a conduta e enquadrada no artigo 244 da Lei 8.069/90, passa a integrar a condenação e, em sede recursal, a manutenção das decisões se dá com base na tese de ser um crime formal.

Dos Tribunais Estaduais, pode-se destacar:

(1) Tribunal de Justiça do Estado do Paraná:“. **EMENTA: APELAÇÃO CRIME - ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E CONCURSO DE PESSOAS(...) - PLEITO ABSOLUTÓRIO DO CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 244-B, DA LEI Nº 8.069/90) - INVIABILIDADE - CRIME FORMAL - APLICAÇÃO DA SÚMULA 500, STJ - COMPROVADA A PARTICIPAÇÃO DO ADOLESCENTE NA PRÁTICA DE CRIME EM CONJUNTO COM AGENTES MAIORES DE 18 ANOS, RECAI SOBRE ELES A RESPONSABILIDADE PENAL POR CONSTRANGER O ADOLESCENTE A NOVA PRÁTICA DELITUOSA DE FORMA A CONFIGURAR O CRIME DE CORRUPÇÃO DE MENORES - CONDENAÇÕES MANTIDA - RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.** Apelação Crime nº 1.349.837-2 fls. 2/14 1) Sólido o conjunto probatório, bem como presente a confissão do apelante da prática delitiva, escorregada a condenação pelo crime de roubo majorado.2) Consoante o disposto na Súmula nº 500, do Superior Tribunal de Justiça, “a configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal”. (TJPR - 3ª C.Criminal - AC - 1291909-4 - Curitiba - Rel.: Rogério Kanayama - Unânime - - J. 26.02.2015).”

No corpo do Acórdão está a justificativa de ser este um crime formal, mas não se atenta para a direção volitiva do agir (se para atingir o patrimônio alheio tão somente; ou se, com desígnio autônomo, colocar em risco a integridade do adolescente): “Outrossim, diversamente do sustentado pela Defesa, o apelante agiu em união de desígnios e acordo de vontades com os demais agentes na prática da subtração, em perfeita divisão de tarefas, sendo a figura no condutor responsável por levar a

8 Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br), acesso em 18 jul 2016 – sem grifo no original.

res furtiva e dar fuga a um dos agentes do roubo, de grande importância para o êxito da empreitada criminoso. (...) No que tange ao pedido de absolvição quanto ao crime de corrupção de menores, melhor sorte não assiste ao apelante. O argumento de não ter ficado comprovado que o envolvimento do menor na ação delitiva o tenha corrompido de tal forma que pudesse alterar suas características morais, ou seja, que o adolescente não foi corrompido pelo apelante não merece prosperar (...) o delito de corrupção de menores tem natureza formal, ou seja, prescinde da demonstração de efetiva e posterior corrupção. Nesse sentido é o teor da Súmula nº 500 do egrégio Superior Tribunal de Justiça: (...). O delito de corrupção de menores tampouco pode ser excluído se antes dos fatos o adolescente já era corrompido, na medida em que tanto a contribuição à marginalização do adolescente quanto à prévia inocência moral deste são circunstâncias que devem ser presumidas. É suficiente que a prática delitiva tenha sido realizada juntamente com um adolescente, de maneira que não se pode exigir qualquer pressuposto adicional para sua tipificação. Vale dizer, o crime de corrupção de menores é de perigo presumido, não havendo necessidade de prova efetiva da corrupção ou da idoneidade moral anterior da vítima, bastando indicativos do envolvimento de menor na companhia do agente imputável. (...). Em função de ter o apelante praticado ato criminoso, em concurso com o adolescente, isso demonstra o ingresso do jovem em ambiente danoso ao seu desenvolvimento sadio ou, ao menos, sua manutenção neste universo prejudicial.<sup>9</sup>

(2) Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul no mesmo sentido, questionando somente o dolo do crime principal: “APELAÇÃO-CRIME. ART. 180, CAPUT, DO CP. ART. 14, DA LEI 10.826/03. ART. 244-B, CAPUT, DA LEI Nº 8.069/90. RECEPÇÃO ARMA DE FOGO. CONSUNÇÃO. (...). CONTEXTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA POR TODOS OS FATOS. I - (...). V - Tratando-se a receptação dolosa de crime que exige o dolo direto, impõe-se a demonstração de que o agente, ao praticar o ato, sabia da origem ilícita do bem. O réu estava em poder de veículo automotor que constava de situação de roubo e, embora alegasse a sua boa-fé, deixou de trazer qualquer prova de tê-lo adquirido regularmente, ou que realmente estava apenas de carona com os dois menores que encontravam-se junto no momento dos fatos. VI - Materialidade e autoria delitiva do porte ilegal de arma de fogo restaram consubstanciadas (...). VII - O Superior Tribunal de Justiça consolidou posição de que o delito de corrupção de menores tem natureza formal (Súmula n. 500,

9 Disponível em [www.tjpr.jus.br](http://www.tjpr.jus.br), acesso em 18 jul 2016 0- sem grifo no original.

do STJ, decorrente do recurso especial representativo de controvérsia 1.127.954/DF, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, de 01.02.2012). (...). (Apelação Crime Nº 70069314102, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Mauro Evely Vieira de Borba, Julgado em 30/06/2016)<sup>10</sup>. Também: “A corrupção de menores é crime formal, sendo desnecessária a demonstração de que os menores tenham sido corrompidos (Súmula nº 500 do STJ). Os menores se encontravam no local onde estava o réu, juntamente com drogas e balanças de precisão. Condenação pelo crime do artigo 244-B do ECA, sendo aplicada a pena em seu patamar mínimo. APELO DEFENSIVO IMPROVIDO. APELO MINISTERIAL PROVIDO. (Apelação Crime Nº 70068952076, Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 14/07/2016)”

Outro julgado, tomando a ação conjunta do adolescente para o êxito do crime como fundamento bastante para a condenação, com análise somente do dolo do crime anterior: “ROUBO E RECEPÇÃO. Prova amplamente incriminatória. (...) Dolo de receptação de difícil comprovação, justamente por se tratar de elemento subjetivo do tipo, de difícil percepção. Circunstâncias da prisão, indicadoras da ciência da origem espúria do veículo, seja porque os imputados não possuíam a documentação pertinente, seja porque estavam utilizando o veículo para praticar outro roubo. Prova segura CORRUPÇÃO DE MENORES. Sumulado entendimento, no âmbito do E. STJ (Súmula 500) no sentido de que o crime de corrupção de menores, porque delito formal, prescinde da prova da efetiva corrupção do menor, bastando que tenha participado da prática delitiva, o que em consonância com o entendimento proclamado pelo E. STF. Hipótese em que demonstrado, à saciedade, que a conduta delitiva teve o envolvimento de adolescente, o qual foi reconhecido pelas vítimas como autor do roubo, em consonância com a confissão que ele fez, em procedimento para apuração de ato infracional. Condenação mantida. (...) PRELIMINARES REJEITADAS. IMPROVIDOS OS APELOS, NO MÉRITO. (Apelação Crime Nº 70067735795, Oitava Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/06/2016)”

(3) Tribunal de Justiça de São Paulo: “FURTO QUALIFICADO, DANO QUALIFICADO e CORRUPÇÃO DE MENORES – Autoria e materialidade comprovados nos autos – Qualificadora do furto escorreitamente reconhecida – Corrupção de menores – Crime formal e autônomo – (...) Recurso improvido”.

10 Disponível em [www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br), acesso em 18 jul 2016 – sem grifo no original.

Do corpo do Acórdão, sequer o desconhecimento da idade do menor foi considerado: “Não há dúvidas, portanto, a respeito da subtração levada cabo por IGOR, que contou com a participação do adolescente Andrei (...) o reconhecimento da autoria dos crimes, nesse contexto, era mesmo de rigor (...) A corrupção de menores efetivamente se operou, e foi corretamente reconhecido o concurso material entre esse crime e os de dano qualificado e furto qualificado, eis que o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em apreço é a formação da personalidade e o desenvolvimento moral das crianças e dos adolescentes; e o ato de praticar crimes com menor repercute na estruturação ainda incompleta da personalidade do jovem. O caso está em concorrer para que este passe a ter o cometimento de crimes como parte do horizonte normal de suas ações – corrompendo-o por este modo. Esse bem jurídico é absolutamente diverso daqueles ofendidos pelos demais delitos praticados, e enquanto o furto resulta de ação praticada pelo maior e pelo menor, em coautoria, a corrupção tem no jovem a sua vítima – processando-se em ação de exclusiva responsabilidade do réu, no âmbito psíquico do jovem, concluída antes dos atos exteriores tendentes à prática do crime material (...) para a caracterização do crime de corrupção de menores é indiferente que o crime material dela tributário atinja a consumação; a rigor, a possibilidade de se tratar o crime de corrupção como **formal**, endossada pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula nº 500, deriva da percepção que esse resultado é **inevitável**, sobre tudo quando se trata de caráter cujas disposições ainda não estão completamente definidas: a prática de um crime **nunca** deixa de influir nessas disposições; e concorrer para distorcê-las, participando dessa prática, ainda que alegue o corruptor desconhecer a sua idade, já é corromper o menor<sup>11</sup>”

Do Superior Tribunal de Justiça, assim como do Supremo Tribunal Federal, não se pode esperar a análise da situação fática – se o menor aparentava ser menor; de quem partiu a iniciativa da ação criminosa; se o imputável ganhou a adesão voluntária do menor de 18 anos, aliciou-o ou foi por ele convidado para o crime; a vida pregressa do adolescente, etc. Cinge-se à prova dos elementos objetivos do tipo (aqui, em especial, da idade do menor de 18 anos).

**EMENTA:** PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO E CORRUPÇÃO DE MENORES (CP, ART. 155, § 4º, I E IV, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 1º LEI N. 2.252/54, ART. 1º). DOLO. REEXAME DE FATOS. CRIME FORMAL, NÃO SE EXIGINDO, PARA SUA CONFIGURAÇÃO, A ANTERIOR CONDIÇÃO DE CORROMPIDO DO

11 Disponível em [www.tjstj.jus.br](http://www.tjstj.jus.br), acesso em 18 jul 2016 – os negritos estão no original.

MENOR. PRECEDENTES. 1. O elemento subjetivo do tipo, in casu, é o dolo e sua eventual ausência não pode ser examinada na via estreita do writ. Conseqüentemente, não há como concluir-se sobre se os menores foram, ou não, induzidos à prática do crime de furto pelo paciente sem o aprofundado reexame de fatos e provas, no afã de aferir-se a tipificação do fato ao crime de corrupção de menores. 2. (...). 3. A mens legis da norma inculpada no art. 1º da Lei n. 2.252/54 é a integridade moral do menor de dezoito anos e a preservação dos padrões éticos da sociedade. O argumento simplista de que o crime não se consuma caso o menor já se encontre corrompido, por ter praticado algum crime, não pode prosperar, sob pena de desvirtuamento dos escopos consubstanciadores do direito penal na recuperação e na reinserção do infrator na sociedade do menor de dezoito anos, cuja integridade moral é bem jurídico tutelado pelo artigo 1º da Lei n. 2.252/54. 4. A configuração do crime de corrupção de menores prescinde de prévia condição de corrompido do menor, uma vez que o anseio social é a sua recuperação. 5. O crime de corrupção de menores é formal, bastando, para sua configuração, que o maior pratique com o menor a infração penal ou o induza a praticá-la. Precedentes: HC 92.014/SP, Rel. originário Min. Ricardo Lewandowski, Rel. p/ o acórdão Min. Menezes de Direito, Primeira Turma, DJe de 21/11/2008 e HC 97.197/PR, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 04/12/2009. (RHC 103354, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 21/06/2011, DJe-152 DIVULG 08-08-2011 PUBLIC 09-08-2011 EMENT VOL-02562-01 PP-00118<sup>12</sup>)

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. DELITO DE NATUREZA FORMAL. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.127.954/DF, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Bellizze (DJe 1º/2/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal uniformizou o entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, basta que haja evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, porquanto se trata de

12 Disponível em [www.tjstj.jus.br](http://www.tjstj.jus.br), acesso em 18 jul 2016 -sem grifo no original.

delito de natureza formal.

2. Tendo sido comprovado que os recorridos (um deles, o ora agravante), quando do cometimento do delito de roubo, agiram em unidade de desígnios com o adolescente C. H. L. D., mostra-se inviável a sua absolvição em relação ao crime descrito no art. 244-B do ECA.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1491069/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/04/2015, DJe 23/04/2015)<sup>13</sup>)

Não se vai aqui aprofundar a discussão para a natureza do crime tendo em conta o verbo praticado – se formal (facilitar a corrupção) ou material (corromper) – mas é preciso questionar, tomando por ponto de partida este último julgado transcrito: qual o desígnio que moveu o recorrido? Se foi em unidade de desígnio com o adolescente, decerto que se está afirmando quanto à violação do bem jurídico do crime principal. Mas, e em relação à corrupção de menores, havia, se não a intenção de corromper ou facilitar a corrupção, ao menos a assunção do risco de fazê-lo?

É possível quando o imputável atrai o menor de 18 anos para a prática do crime, seja em concurso, seja induzindo-o a fazê-lo sozinho, *assumir o risco* de facilitar sua corrupção, se corrupto ainda não é (pode-se tratar adiante, como no caso em que a iniciativa da prática delitiva parte do menor). Mas, esta categoria de dolo deve estar descrita na inicial para que se permita uma condenação nesse sentido (princípio da congruência, ou correlação, da sentença) e também o pleno exercício da defesa<sup>14</sup>.

Uma luz no final do túnel, encontra-se em julgado de relatoria do Min Félix Fischer sobre este delito – REsp 1043849/PR, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2008, DJe 29/09/2008 –, no corpo do Acórdão, ao afirmar que a situação de corrupção ou não do menor é uma presunção *juris tantum*. Todavia, não deixa de decidir com a maioria.

Sobre a inocência moral do menor anterior à prática do delito, segundo o Ministro, “esta se presume *iuris tantum* (e aí, não *iuris et de iure*)

<sup>13</sup> Disponível em <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores+e+absolvi%E7%E3o&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO>, acesso em 18 jul 2016. <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28crime+e+corrup%E7%E3o+e+menores+e+dolo%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/j88ee7d>

<sup>14</sup> LOPES Jr. Aury. Direito Processual Penal, 9a ed., São Paulo : Saraiva, 2012, p. 1087/1088.

como pressuposto fático do tipo. Quem já foi corrompido, por óbvio, não pode ser vítima do delito sob exame. Todavia, é de difícil aceitação que o réu, adulto, tenha a seu favor a presunção de inocência e o menor envolvido tenha contra si uma presunção oposta”. Continua, a falar do elemento subjetivo do tipo, mas sem exigir a sua análise no caso concreto: “por outro lado, o tipo inculcado no art 1º da Lei 22.52/54 deixa nítida sua condição de congruente (...) ou de congruente simétrico (...) esgotando-se o tipo subjetivo no dolo e sendo prescindível qualquer outro elemento subjetivo (...)”. Arremata trazendo à baila a *firme orientação* do Tribunal, de que basta a participação de menor de 18 anos na infração penal para que se tenha o tipo perfectibilizado.

No fundamento de outro acórdão, de relatoria do mesmo Ministro (REsp 822977/RJ, 5ª T, DJU 30.10.2006), também se evolui para questionar a prova para condenação pelo crime do artigo 244b da Lei 8.069/90 (ainda assim a prova de elemento objetivo do tipo): “*in casu*, restou cabalmente demonstrado, através de documentos, conforme reconhecido na sentença condenatória quanto no v.acórdão guerreado, que os menores que participaram da conduta delituosa já contavam com diversas passagens pelo Juízo da Infância e da Juventude pela prática de atos infracionais graves, inclusive com a aplicação de várias medidas sócio-educativas (...) não se verifica a prática do delito previsto no artigo 1º da Lei 2.252/54<sup>15</sup>”.

Por fim, é de se questionar em termos processuais penais a necessidade de repetição do depoimento do menor de 18 anos envolvido, no crime principal apurado, no Juízo Comum. Sabido que a prática de ato infracional gera procedimento próprio, que no processo penal o menor de 18 anos é vítima, dois são os argumentos que permitiriam o traslado da prova produzida na Vara da Infância e da Juventude para o processo penal. Primeiro, a não (re)vitimização do menor de 18 anos – destaque-se que se está a caminhar para inserção do “depoimento sem dano”, como consta do anteprojeto do CPP trâmite; depois, por ter sido produzido sob o crivo do contraditório na Vara Especial, a cópia do depoimento juntado no processo penal, se não contestado pelas partes, passa a fazer parte integrante do processo como *documento* e assim será considerado para fins de fundamentação da sentença (não se está a falar em *prova emprestada* pura). Também, pode-se invocar economia processual (uma intimação a menos, um ato processual a menos, porque a prova já foi produzida no outro Juízo), o que não impede de, se fundamentado o

<sup>15</sup> Disponível em [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/medio/?componente=ATC&sequencial=3964184&num\\_registro=200800656434&data=20080929&tipo=91&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/medio/?componente=ATC&sequencial=3964184&num_registro=200800656434&data=20080929&tipo=91&formato=PDF), acesso em 18 jul 2016.

pedido de repetição no Juízo Comum, este vir a acontecer.

APELAÇÃO CRIME. CRIMES CONTRA O PATRIMÔNIO. ROUBO MAJORADO. PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA. Não há falar em ofensa ao contraditório com a juntada do depoimento prestado perante o Juizado da Infância e da Juventude pelo menor participante do roubo. De salientar que este documento não teve valor fundamental para o decreto condenatório, tratando-se de prova complementar, de sorte que não há falar sequer em prejuízo ao condenado. (...). Preliminar de nulidade afastada. (...). PRELIMINAR AFASTADA. APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE E, NESTA, PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Crime Nº 70041144387, Sétima Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Naele Ochoa Piazzeta, Julgado em 17/03/2011<sup>16</sup>)

## CONCLUSÕES

- (a) o crime de corrupção de menores é autônomo e dependente da infração praticada em concurso com o menor de 18 anos;
- (b) há necessidade da prova documental comprobatória da condição de menor de 18 anos do coautor do crime principal;
- (c) ao descrever o crime de corrupção de menores na denúncia é preciso especificar se a prática se deu por dolo direto (de forma consciente e deliberada) ou dolo eventual (assumiu o risco de produzir o resultado) e em qual modalidade de conduta (corromper ou facilitar a corrupção);
- (d) a instrução processual deve perquirir se o imputável tinha ciência da condição do menor e se laborou no sentido de, ao menos, correr o risco de corrompê-lo ou facilitar sua corrupção.
- (e) é aconselhável trasladar o depoimento do menor de 18 anos da Vara da Infância e da Juventude para o processo no Juízo Comum, que passa a integrar o processo como documento, evitando a revitimização deste, que aqui figura como ofendido,
- (f) da forma como se tem posicionado a jurisprudência, a prática de crime em concurso com menor de 18 anos está praticamente a gerar responsabilidade objetiva.

16 Disponível em [!\[\]\(3aefb4bb01d8996db40b9d1354604efd\_img.jpg\)](http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+depoimento+e+inf%C3%A2ncia&proxystylesheet=tjrs_index&getfields=* &entsp=a politica-site&wc=200&wc mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&lr=lang_pt&client=tjrs_index&filter=0&aba=juris&sort=date%3AD%3A%3Ad1&as qj=crime+corrup%C3%A7%C3%A3o+e+menores+e+absolvi%C3%A7%C3%A3o&site=ementario&as epq=&as oq=&as eq=&as q=#main res juris, acesso em 19 jul 2016.</a></p></div><div data-bbox=)

## PENNA DE PRISÃO, DE BECCARIA A FOUCAULT, UM MAL NECESSÁRIO

Cláudia Rodrigues de Moraes Piovezan<sup>1</sup>

O fim do Direito é a paz; o meio de atingi-lo, a luta. O Direito não é uma simples ideia, é força viva. Por isso a justiça sustenta, em uma das mãos, a balança, com que pesa o Direito, enquanto na outra segura a espada, por meio da qual se defende. A espada sem a balança é a força bruta, a balança sem a espada é a impotência do Direito. Uma completa a outra. O verdadeiro Estado de Direito só pode existir quando a justiça bradir a espada com a mesma habilidade com que manipula a balança. Rudolf Von Ihering – A Luta pelo Direito.

Com cada vez mais frequência, os noticiários gastam muitos dos seus preciosos minutos e os jornais gastam muita tinta e papel para tratar de assuntos relacionados às precárias condições das carceragens brasileiras. O conforto ou o desconforto de presos passou a fazer parte das conversas cotidianas dos brasileiros, que diariamente são bombardeados com (des) informações sobre o assunto.

Na maioria dos órgãos de imprensa, jornalistas fazem jorrar o discurso *pietatis causam*, cobrando do Estado e, portanto, do contribuinte e do espectador/leitor, mais investimentos nas prisões, a fim de garantir “condições dignas” aos criminosos. E sempre aparecem os “experts” para defender a liberdade para condenados.

O site globo.com noticiou, em letras garrafais, no dia 04 de janeiro de 2017, que **“O Brasil teve quase 400 mortes violentas nos presídios em 2016”**<sup>2</sup>. Ao longo do texto, o jornalista esclareceu que foram 379 mortes, numa evidente tática de arredondar para cima para impressionar mais, mas como já afirmou Samuel Johnson “Números redondos são sempre falsos”.

O mesmo site noticiou, em 28 de outubro de 2016, que **“Número de homicídios no Brasil é maior do que o de países em guerra”**, esclarecendo que, no ano de 2015, 58.000 pessoas foram assassinadas<sup>3</sup>, dando destaque, todavia, à responsabilidade da polícia pelo aumento

1 19ª Promotoria de Justiça de Londrina

2 <http://g1.globo.com/politica/noticia/brasil-teve-mais-de-370-mortes-violentas-nos-presidios-em-2016.ghtml>

3 <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/10/numero-de-homicidios-no-brasil-e-maior-do-que-o-de-paises-em-guerra.html>

das estatísticas, com cerca de 09 mortes por dia. Contudo, num cálculo grosseiro, verifica-se que a grande responsável pelos “assassinatos em massa”, a **polícia**, teria matado 3.285 pessoas desse total. Assim, constata-se, por conseguinte, que mais de 54.000 morreram pelas mãos e armas de criminosos civis e, dentre as vítimas, também há policiais. Entretanto, os destaques são para a violência da polícia e, ao mesmo tempo, ao “excessivo encarceramento”, e ainda se explora à exaustão que a população carcerária brasileira chegou a mais de 622 mil detentos em 2014<sup>4</sup> (esses dados estão ao alcance de poucos cliques na web).

Diante desse quadro catastrófico, não faltam “especialistas” nas redes sociais, nos blogs, nas revistas jurídicas e nos noticiários para pregar, do alto de sua autoridade e sentimentalismo, que o autoritário Estado Brasileiro encarcera em demasia e injustamente, sugerindo soluções absurdas como liberação imediata dos encarcerados, essas vítimas da sociedade capitalista e burguesa; prisão domiciliar geral e irrestrita; legalização das drogas; abolição penal; etc. Enfim, cada um com uma sugestão de panaceia para sensibilizar a opinião pública. Assim, a prisão vai se tornando, no imaginário popular, o castigo inaceitável, inadmissível e opressor. E cada palpiteiro vai avocando para si o papel do novo Beccaria, como se fosse simples criar um novo paradigma para tratar do criminoso e da pena.

Esse modesto texto não objetiva tratar de estatísticas para desconstruir essas falácias, afinal, já afirmou Disraeli que “*existem três tipos de mentira: as mentiras, as mentiras deslavadas e as estatísticas*”. Ademais, outros já o fizeram com brilhantismo. O Procurador de Justiça paranaense, Rodrigo Régner Chemim Guimarães, em 06 de janeiro de 2017, em seu perfil na rede social facebook<sup>5</sup>, numa análise sobre o tema, chegou a citar a seguinte cifra: *Só no Paraná, portanto, e levando em conta só e tão somente estes quatro crimes (homicídio doloso, estupro, roubo e tráfico de drogas) são 81.000 crimes ao ano; ou 810.000 ao longo dos últimos dez anos*. Daí se pode inferir que se levássemos em conta todas as ocorrências criminais registradas e não registradas, poder-se-ia alcançar um número altíssimo de crimes, demonstrando a falaciosa alegação de que todo crime, ainda que de menor potencial ofensivo, gera prisão<sup>6</sup>.

4 <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>

5 <https://www.facebook.com/rodrigo.regnierchemimguimaraes/posts/1302445566478551>

6 No Estado do Paraná, alguns dados podem ser obtidos no site da Secretaria Estadual da Segurança Pública e Administração Penitenciária- [http://www.seguranca.pr.gov.br/arquivos/File/Relatorio\\_Estatistico\\_3Trimestre\\_2016.pdf](http://www.seguranca.pr.gov.br/arquivos/File/Relatorio_Estatistico_3Trimestre_2016.pdf)

Todavia, fazer um levantamento, ainda que grosseiro, acerca do número de crimes registrados anualmente no Brasil não é tão simples quanto obter o número de encarcerados ou o número de homicídios, em especial, aqueles praticados por agentes do Estado, incumbidos da segurança pública, e tratar do número de presos sem apresentar os números da criminalidade; dizer que 40% dos presos são provisórios, sem apresentar a porcentagem desses que são reincidentes e habituais, parece mais um artifício de mentir com estatísticas, tema abordado com profundidade e humor na obra “Como mentir com estatísticas”, de Darrell Huff.

*“A linguagem secreta da estatística, tão atraente em uma cultura voltada para os fatos, é empregada para apelar, inflar, confundir e levar a simplificações exageradas. Métodos e termos estatísticos são necessários para relatar dados de tendências sociais e econômicas, condições de negócios, pesquisas de opinião e censos. No entanto, sem redatores que usem as palavras com honestidade e conhecimento, e sem leitores que saibam o que elas significam, o resultado só pode ser um absurdo semântico.... Uma estatística bem-arrumada é melhor do que a “grande mentira” de Hitler: ela engana, mas a culpa não pode ser atribuída a você.”*

A questão, como tem sido colocada, é basicamente decidir se chegamos ao ponto em que a pena de prisão deve ser abolida, já que tem sido exaustivamente defendido por parcela dos “especialistas” que sua manutenção ofende direitos fundamentais.

Pelo menos desde o Iluminismo, a civilização ocidental vem se debatendo em busca de uma solução para o crime e a correspondente pena, entre elas, a pena de prisão. O jovem Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, em 1764, ao 26 anos de idade, lançou ao mundo a sua obra *Dei delitti e delle pene*, na qual aborda entre outros temas: a origem das penas e do direito de punir, o crime, o processo, e as penas, destacando a insensatez de penas corporais ou verdadeiros suplícios impostos por monarquias absolutistas. Um marco do Direito Penal moderno, os princípios ali contidos são, em grande parte, os princípios do Código Penal e da Constituição Brasileira. No entanto, a despeito de todo o humanismo que permeia essa obra paradigmática, Beccaria reconhece como válida a pena de prisão que deve estar alicerçada em indícios que apontem para a culpabilidade do autor do crime, bem como esses indícios devem estar especificados na lei: *“A voz pública, a fuga, as confissões particulares, o depoimento prestado por um cúmplice no crime, as ameaças que foram feitas pelo acusado, seu ódio sem limites ao*

7 HUFF, Darrell. How to lie with statistics – Como mentir com estatísticas. 1954. Ed. Intrínseca. Rio de Janeiro. 2016, p. 16 e segs.

ofendido, um corpo de delito palpável, outras presunções idênticas, são suficientes para permitir a prisão do cidadão”<sup>8</sup>.

Beccaria chegou a defender hipóteses em que a própria pena de morte seria defensável, algumas das quais se enquadrariam perfeitamente à situação brasileira atual, e nem é o que se defende aqui:

*“A morte de um cidadão apenas pode ser tida como precisa por razões: nos instantes confusos em que a nação está na dependência de recuperar ou perder a sua liberdade, nos períodos de confusão quando se substituem as leis pela desordem, e quando um cidadão, embora sem a sua liberdade, pode ainda, graças às suas relações e ao seu crédito, atentar contra a segurança pública, a sua existência, podendo acarretar uma revolução perigosa no governo estabelecido.”*<sup>9</sup>

Não seria, por exemplo, o caso de alguns chefes de facções criminosas que criam o caos nas cidades brasileiras mesmo estando custodiados no sistema penitenciário? Não estaríamos em um período em que as leis estão sendo substituídas pela desordem? Basta lembrar o ocorrido no Estado do Espírito Santo quando da “greve” de policiais militares ou mesmo da barbárie das mencionadas dezenas de milhares de homicídios a cada ano.

Pois bem, não se milita aqui em prol da pena de morte, o que é vedado pela nossa Constituição Federal. O que se defende é, pelo menos, o estrito cumprimento da lei, a qual já é bastante complacente com o criminoso. Transação penal, suspensão condicional do processo, pena restritiva de direitos em substituição à pena privativa de liberdade, regime aberto, progressão de regime, remição de pena até por leitura, livramento condicional, indultos, etc. Mas ainda assim, os “modernos penalistas” querem mais laxismo! O que mais se quer? Aparentemente, apenas o caos e a desordem absoluta.

Louk Hulsman, professor holandês de Direito Penal, em sua obra PENAS PERDIDAS, O SISTEMA PENAL EM QUESTÃO, defende o abolicionismo penal e, sem entrar nas minúcias de suas ideias e ideologia, o fato é que Hulsman, não querendo se colocar apenas na condição de crítico do sistema, o que sabe fazer muito bem, propõe-se a apresentar alternativas ao sistema criminal. Assim, ele traz 3 alternativas que considera relevantes e paradigmáticas para provar a sua tese de que há outro caminho. Dentre elas, cita-se a primeira apenas para ilustração, a qual é baseada em sua experiência como vítima de 3 furtos em sua residência, em curto período, nos quais poucos objetos de pequeno valor foram

8 BECCARIA, Dos delitos e das penas. Hemus Editora Ltda. 1983. pág. 21.

9 Obra cit. pág. 45 e seg.

subtraídos. Segundo ele, os ladrões quebravam ovos pela casa e deixavam bitucas de cigarro no chão, a polícia era chamada, processava o local do crime, mas não lhe dava esperanças de que os autores seriam identificados. Narra ele os seus sentimentos angustiantes de vítima, até chegar ao alívio pela conclusão de que nada mais grave tinha lhe acontecido ou à sua família. Após algum tempo, os autores, 3 adolescentes, foram identificados pela polícia, e ele iniciou uma espécie de amizade com os pequenos infratores e suas respectivas famílias. Compuseram-se. O processo criminal foi levado a efeito contra a sua vontade, contudo, sem maiores danos à vida e ao futuro dos jovens. Terminaram todos felizes e amigos. Mas, a despeito da crítica radical ao aparato criminal, ele reconhece que o trabalho da polícia foi fundamental para que ele pudesse sair satisfeito de sua condição de vítima de crimes, conciliado com os pequenos delinquentes<sup>10</sup>.

Uma narrativa poética e fascinante. Mas voltando ao mundo real, é de se convir que se o sistema penal fosse abolido, não haveria polícia a quem recorrer. Seguindo ainda dentro da realidade, nem todos os delitos são praticados por jovens que possuem famílias que ainda mantêm algum senso moral e ético. Nem todos os crimes são praticados sem violência. Nem todas as vítimas estão dispostas a se tornarem amigas de seus algozes. Qual seria a alternativa nesses casos? A lei de Talião ou a mera aceitação da violência em prol da “justiça social”? Seria fascinante ver a narrativa do Sr. Hulsman caso ele ou alguém de sua família fosse barbaramente agredida, estuprada, assassinada e despedaçada, ou mesmo corrompida pelo tráfico de drogas, o que é mais próximo da realidade brasileira nos dias atuais, do que singelos furtos por adolescentes bem-criados e entediados.

Uma questão que tem sido afastada do debate é sobre o tipo de criminosos que têm sido levados ao cárcere, pois o assunto tem sido debatido como se todos os presos fossem indivíduos inocentes e puros, aquele bom selvagem de Rousseau, que não possui livre arbítrio, e é apenas um feixe de reflexos, pois não dispõe de inteligência e nem vontade, e não o pecador que precisa de freios para poder viver em sociedade.

*“Na visão de mundo psicoterapêutica adotada por todo bom progressista, o mal simplesmente não existe; temos apenas a vitimização. O ladrão e o roubado, o assassino e o assassinado são todos vítimas das circunstâncias, subjugados e unidos pelos acontecimentos. As futuras gerações (espero) acharão curioso como, justamente no século de Stalin e Hitler, pudemos ser tão veementes em nossa obstinada*

10 HULSMAN, Louk. Celis, Jacqueline Bernat de. Penas perdidas. O sistema penal em questão. Niterói. Luam Editora. 1993. pág.164 e segs.

negação quanto à capacidade do homem para o mal.<sup>11</sup>

Franz Von Liszt, um jurista “à moda antiga”, defendia a existência de três tipos de delinquentes e que para cada um desses tipos era necessário se estabelecer uma pena diferente, haja vista que “a pena correta, vale dizer, a pena justa, é a pena necessária”, dizia ele. Aos delinquentes ocasionais, “isto é, aqueles para quem o delito em que incorreram constitui um episódio, ou uma aberração atribuível principalmente a influências exteriores”, ele defendia que a mera intimidação seria pena suficiente para restaurar a autoridade da norma violada. Para os delinquentes necessitados de correção, isto é, “aqueles com disposição hereditária ou hábito adquirido de propensão ao crime, mas ainda não irremediavelmente perdidos”, afirmava ele que esses principiantes do crime, frequentemente podem se salvar, sempre e quando forem submetidos a uma disciplina séria e contínua: “Por isso, o mínimo da pena não deveria baixar, em meu conceito, a menos de um ano de reclusão. Não há nada mais desmoralizante e insensato dos que nossas penas de privação de liberdade por tempo curto, aplicadas ao aprendiz no caminho do delito. É aí, exatamente, onde a sociedade arca com a parte leonina da culpa a cujo peso deve sucumbir o futuro criminoso habitual. Pelo lado prático teria de se proceder assim: por motivo do primeiro e do segundo cometimento de um dos delitos acima enumerados, o tribunal deve decretar a internação em um estabelecimento de correção”<sup>12</sup>.

Para Von Liszt, o grupo que mereceu maior destaque foi o grupo dos incorrigíveis, exatamente o grupo que preocupa a todos nós, que se encontra encarcerado, ainda que seja por furto, por ser um criminoso habitual, totalmente corrompido e que representa um grande risco para a sociedade, a esses, ele defendeu a **inocuidade**:

*“A enérgica luta contra a criminalidade habitual constitui uma das mais urgentes tarefas a ser levada a cabo na atualidade. Assim como um órgão doente contamina todo o organismo, o câncer da rapidamente crescente criminalidade habitual vai destruindo cada vez mais profundamente nossa vida social. O doutrinário que impera na esfera do direito penal tomou a si uma grave culpa ao permanecer até agora – salvo raras exceções – indiferente a esse fato, por estar arraigado em construções puramente conceituais. ... Dos incorrigíveis deve-se defender a sociedade. E como não queremos nem o machado e nem a forca, nem podemos deportá-los, somente nos resta o*

11 ALRYMPLE, Theodoro. Nossa cultura... ou o que restou dela. São Paulo. É Realizações. 2015, pág. 307.

12 LISZT, Franz Von. A ideia do fim do direito penal. Editora Rideel. São Paulo, trad. Hiltomar Martins Vieira – 1ª edição. Pág. 58 e segs.

encarceramento (perpétuo ou por tempo indefinido)<sup>13</sup>.

Numa rápida leitura, poderíamos situar o “delinquente que necessita de correção”, de Von Liszt, ao lado do “direito penal de primeira velocidade”, de Jesús Maria Silva Sánchez, representado pelo Direito Penal “da prisão”<sup>14</sup>.

Os incorrigíveis de Von Liszt, de certo modo, identificam-se com o direito penal do inimigo de Jakobs, ou o direito penal de terceira velocidade, citado por Jesús Maria Silva Sánchez, que “é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta esse déficit por meio de sua conduta. ... A transição do “cidadão” ao “inimigo” iria sendo produzida mediante a reincidência, a habitualidade, a delinquência profissional e, finalmente, a integração em organizações delitivas estruturadas. Em tais situações extremas, em que a “conduta delitiva não somente desestabiliza uma norma em concreto, mas todo o Direito Penal como tal, o próprio Sanchez admite que se possa discutir a questão do incremento das penas de prisão concomitantemente a da relativização das garantias substantivas e processuais”<sup>15</sup>.

O criminoso, entretanto, tem sido romantizado e idealizado há muito tempo, tanto que a imagem do bom ladrão já contaminou uma parcela da sociedade e atualmente, há quem ouse defender o “bom terrorista”. Esse entorpecimento moral não ocorreu ao acaso e também não é ao acaso que o goleiro Bruno, ao ser colocado em liberdade, passou a figurar em “selfies”, inclusive, infantis, nas redes sociais, felizmente, causando indignação em uma parte da população. Olavo de Carvalho já denunciou a contaminação intelectual e moral proporcionada pelos artistas e intelectuais brasileiros há mais de 20 anos, e fora do Brasil também ocorre fenômeno idêntico.

*Entre as causas do banditismo carioca, há uma que todo o mundo conhece mas que jamais é mencionada, porque se tornou tabu: há sessenta anos os nossos escritores e artistas produzem uma cultura de idealização da malandragem, do vício e do crime. Como isto poderia deixar de contribuir, ao menos a longo prazo, para criar uma*

13 LISZT. Obra cit. Pág. 58 e segs.

14 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2002. pág. 144 e segs.

15 SILVA SANCHEZ. Obra cit. pág. 144 e segs.



*atmosfera favorável à propagação do banditismo?*

De Capitães da areia até a novela Guerra sem fim, passando pelas obras de Amando Fontes, Marques Rebelo, João Antônio, Ledo Ivo, pelo teatro de Nelson Rodrigues e Chico Buarque, pelos filmes de Roberto Farias, Nelson Pereira dos Santos, Carlos Diegues, Rogério Sgarzela e não-sei-mais-quantos, a palavra de ordem é uma só, repetida em coro de geração em geração: ladrões e assassinos são essencialmente bons ou pelo menos neutros, a polícia e as classes superiores a que ela serve são essencialmente más<sup>16</sup>.

Como dito anteriormente, esse pensamento não é uma jabuticaba, pois o importamos de terras distantes. Também outros países padecem do mesmo mal, ou seja, um aumento assustador da criminalidade, um entorpecimento moral, um relativismo extremado levando a uma aceitação do crime como fato normal e a uma aparente incompreensão para o fenômeno. No entanto, há explicação. A intelligentsia, como já dito por Dalrymple, tem exaustivamente trabalhado para alcançar esse objetivo:

*“Os acadêmicos utilizaram dois argumentos intimamente ligados para estabelecer a estatística da normalidade moral do crime e a consequente ilegitimidade das penas do sistema judiciário criminal. Primeiro alegam que, em todo caso, somos todos criminosos; e quando todos são culpados, todos são inocentes. O segundo argumento, marxista de inspiração, é que a lei não tem conteúdo moral, sendo simplesmente a expressão do poder de certos grupos de interesse – do rico contra o pobre, por exemplo, ou do capitalista contra o trabalhador. Uma vez que a lei é uma expressão de força bruta, não há distinção moral essencial entre o comportamento criminoso. É apenas uma questão de qual pé calça a bota”<sup>17</sup>.*

Desta forma, a ideologia e o relativismo têm corrompido o Direito, em especial o Direito Penal. As escusas servem para alguns e não servem para outros, de acordo com as conveniências, e a Justiça vai ficando esquecida num canto qualquer da memória de quem viveu em outros tempos, enterrada sob um discurso sobre “novos valores” e pela defesa de uma “verdade” meramente formal.

*“Quando um habitante da favela comete um crime de morte, deve ser tratado com clemência porque pertence à classe dos inocentes. Quando um diretor de empresa sonega impostos, deve ser punido com rigor, porque pertence à classe culpada. Os mesmos que pedem cadeia*

16 CARVALHO, Olavo de. A nova era e a revolução cultural. Campinas. Editora Vide. 2016, 1ª Edição, pág. 122 e segs.

17 DALRYMPLE, Theodore. A vida na sarjeta. São Paulo. É Realizações. 2014, pág. 226.

*para deputados corruptos fazem campanha para a libertação do chefe do Comando Vermelho”<sup>18</sup>.*

Vivemos tempos de LAVA-JATO, o discurso até então usado para absolver o bandido pobre agora também é usado para defesa do bandido rico. Prisão não resolve, prisão não ressocializa, prisão é um porão sujo e desumano. Pelo menos, os novos tempos servem para demonstrar as inverdades do discurso de que a prisão é para pobre e que o sistema é injusto porque os crimes são construções do poder político e econômico e que atinge apenas os Três Pês. Mas essa falácia já foi desmascarada por Volney Correia.

*“OS FAMOSOS TRÊS PÊS - Difama-se a pena reclusiva e brada-se por sua extinção, afirmando que é imposta somente a pobres, pretos e prostitutas (mais um lugar-comum de orador medíocre para uma assembleia de beócios).*

*Supondo haver muito de verdade nisso (e há), o problema da preservação do princípio da igualdade de todos perante a Lei não se resolve, abrindo-se as portas dos presídios para a saída dos que lá foram ter, após devido processo legal. Antes, abrindo-se aquelas portas para a entrada também de brancos culpados, amarelos culpados, ricos culpados, virgens culpadas e quem mais, aos olhos imparciais da Justiça, deva estar dentro e fora.”<sup>19</sup>*

Poder-se ia alegar que Beccaria e Von Lizst representam o passado e, segundo alguns, o passado deve ser ignorado. Entretanto, tem-se, por outro lado Sánchez e Jakobs, que pertencem ao mundo contemporâneo, mas que ainda assim sustentam a necessidade de pena de prisão. Portanto, não se trata de defender um passado remoto que contraria a modernidade, mas sim da defesa da lógica. Sobre essa paixão dos laxistas pela modernidade, Volney Correia já profetizou:

*TEMPUS EDAX RERUM – Meditem sobre essa verdade os que se julgam dispensados de justificar seus títulos e brasões, simplesmente porque suas posições obedecem às diretrizes do direito penal “moderno”. Esse direito penal moderno não será moderno in aeternum. A modernidade só hoje é modernidade. Cedo, talvez mais cedo do que imaginam, o seu direito penal envelhecerá. Virá o pós-moderno, quando (alguns psicopatas anunciam esses tempos) a lobotomia a laser, a castração química, a intervenção genética, com grande alívio orçamentário, trarão a esperada abolição da prisão. Nessa hora, o que farão os modernos? Aderirão ao pós-moderno, elaborando fundamentação humanística para tais métodos? Ou recuarão ao hoje execrado*

18 CARVALHO. Obra cit. pág. 124 e seg.

19 DIP, Ricardo. Crime e castigo/Ricardo Dip, Volney Corrêa Leite de Moraes Jr. Campinas. Editora Millennium. 2002. pág. 102.

*conservadorismo e defenderão a prisão como um mal menor? Uma coisa é certa: essa hora chegando, terão que aposentar a catatonia do direito penal moderno e terão que começar a pensar.”<sup>20</sup>*

Michel Foucault, que se dedicou a questionar toda forma de poder e todas as instituições, também deu a sua contribuição para o sistema punitivo e pode ser considerado um dos baluartes do discurso abolicionista penal, pois, segundo ele, a criação do crime é mera forma de opressão da classe dominante. Segundo Roger Scrouton, em 1968, numa discussão com um grupo de maoístas, Foucault inferiu algumas das morais políticas de sua análise do direito, como outro modo de poder capilar, de “introduzir contradições entre as massas”<sup>21</sup>. *“A revolução só pode ocorrer pela eliminação radical do aparato jurídico, e qualquer coisa que possa reintroduzir o aparato penal, qualquer coisa que possa reintroduzir a ideologia e permitir esta ideologia sub-repticiamente imiscuir-se em práticas populares deve ser banida”<sup>22</sup>*

No entanto, o próprio Foucault, em sua obra *Vigiar e Punir*, que não deixa de atacar o Estado, reconhece a necessidade da pena de prisão: *“Pode-se compreender o caráter de obviedade que a prisão castigo muito cedo assumiu. Desde os primeiros anos do século XIX, ter-se-á ainda consciência de sua novidade; e entretanto, ela surgiu ligada, e em profundidade, com o próprio funcionamento da sociedade, que relegou ao esquecimento todas as outras punições que os reformadores do século XVIII haviam imaginado. Pareceu sem alternativa, e levada pelo próprio movimento da história: [Não foi o acaso, não foi o capricho do legislador que fizeram do encarceramento a base e o edifício quase inteiro de nossa escala penal atual: foi o progresso das ideias e a educação dos costumes.] E se, em pouco mais de um século, o clima de obviedade se transformou, não desapareceu. Conhecem-se todos os inconvenientes da prisão, e sabe-se que é perigosa, quando não inútil. E entretanto, não “vemos” o que por em seu lugar. Ela é a detestável solução, de que não se pode abrir mão.”<sup>23</sup>*

Independentemente da linha ideológica do grupo dominante do poder estatal, o fato é que a segurança é direito fundamental do cidadão, como tal, está previsto no artigo 5º, da Constituição Federal:

20 DIP. Obra cit. pág. 138.

21 SCROUTON, Roger. Os pensadores da nova esquerda. São Paulo. Ed. É Realizações. 2014. pág. 71.

22 COLIN Gordon (org.), *Power/Knowledge: Selected Interviews and Other Writings, 1972-1977*. Brighton, 1980. pág. 14.

23 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: nascimento da prisão*. Petrópolis, RJ: Vozes, 42ª ed. 2014. pág. 224.

*“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.”*

Ademais, o mesmo art. 5º, em seu inciso XLVI dispõe que:

*“A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes: a) privação ou restrição da liberdade.”*

Diante disso, qualquer discussão acerca de abolição penal ou extinção de pena restritiva de liberdade é no mínimo inútil e falaciosa, viola princípio constitucional. Não passa de discurso retórico e populista, sentimental e simplista, mas que tem um tal poder de encantamento, que pode seduzir até mesmo o agente do Ministério Público, a quem incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e que tem privativamente a função de promover ações penais que, podendo se deixar levar pelo modismo do ativismo ministerial, passa a descumprir a ordem jurídica, abandonando a defesa da sociedade-vítima de uma criminalidade crescente, esquecendo-se de que o Ministério Público, na defesa da Lei penal, é a última barreira entre o indivíduo e a barbárie. Nas sábias palavras de Tobias Barreto *“O direito penal é o rosto do Direito, no qual se manifesta toda a individualidade de um povo, seu pensar, seu sentir, seu coração e suas paixões, sua cultura e sua rudeza. Nele se espelha a sua alma. O direito penal é o povo mesmo, a história do direito penal dos povos é um pedaço da humanidade”*.

Tem-se de visto que alguns agentes do Estado, incumbidos da aplicação do direito penal, por vezes, têm se colocado contra o próprio sistema político e penal, com crítica radical a todo o status quo em nome do sonho de um mundo ideal e perfeito, mas não apresentam soluções que se adequem à realidade dura e cruel dos crimes violentos de rua, questionando até o próprio direito de punir do Estado. Agindo em contrariedade com a lei, igualam-se à advocacia criminal que tem apenas um cliente, na maioria das vezes, por óbvio, o próprio criminoso, deixando sem defesa os seus verdadeiros “clientes” que são a sociedade e a vítima.

*“O direito de punir é um conceito científico, isto é, uma fórmula, uma espécie de notação algébrica, por meio da qual a ciência designa o fato geral e quase cotidiano da imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social. Pôr em dúvida, ou perguntar simplesmente, se existe tal direito, importa perguntar: 1º, se há com efeito crimes ou ações perturbadoras da harmonia pública, e se o homem é realmente capaz de as praticar;*

2º, se a sociedade empregando medidas repressivas contra o crime, procede de um modo racional e adaptado ao seu destino, se satisfaz assim uma necessidade que lhe é imposta pela mesma lei da sua existência. (...) Podem frases teóricas encobrir a verdadeira feição da coisa, mas no fundo o que resta é o fato incontestável de que punir é sacrificar, sacrificar em todo ou em parte, o indivíduo a bem da comunhão social, sacrifício mais ou menos cruel conforme o grau de civilização deste ou daquele povo nesta ou naquela época dada, mas sacrifício necessário, que, se por um lado não se acomoda à rigorosa medida jurídica, por outro lado também não pode se abolir por efeito de um sentimentalismo pretendido humanitário, que não raras vezes quer ver extintas, por amor da humanidade, coisas sem as quais a humanidade não poderia talvez existir”.<sup>24</sup>

É de se perquirir se humanidade sobrevive sem um direito penal que protege os bens mais importantes ou mesmo a própria norma, definidos pelo legítimo representante da sociedade, escolhido por meio de sufrágio. É de se perquirir se age corretamente o servidor da justiça penal ao contrariar a lei meramente em defesa de suas próprias convicções pessoais. O Ministro Francisco Resek Campos em Campos do Jordão-SP, setembro/95, citado por Mougénou Bonfim, faz algumas ponderações sobre “esse mundo” : “as tendências alternativas do direito nos atemorizam pelo fato de que se o juiz, se o promotor têm o direito de em nome da sua concepção de interesse social usurpar a função legislativa e ler a regra como deseja lê-la e não como se estampou pela pena de eleitos pelo povo; se o juiz, se o promotor podem fazê-lo, vem à cena a pergunta do professor Celso Bastos: “Por que os militares não poderiam fazê-lo também e com muita mais eficácia operacional”? O Estado de Direito vai por água abaixo se admite que o legislador brasileiro é confuso o bastante, para que, caso se queira decidir de uma ou outra forma, sequer haja necessidade de afrontar-se a legislação: o “justo”- conceito até pessoal – pode ser buscado na própria letra da lei, ou em outra, ou em um parêntese, sem a quebra ou ruptura do direito positivo”<sup>25</sup>

Neste aspecto, tem-se que o Promotor de Justiça deve defender o estado democrático de direito, inclusive defendendo a manutenção das penas de prisão, ainda que confronte com todo um discurso poético de ordem sentimentalista, ideológico e midiático, tendo em vista que nada de melhor foi criado apesar de séculos de discussões acadêmicas, por ser incumbido constitucionalmente para tal função e para garantir

24 TOBIAS BARRETO. Estudos de Direito. Bookseller, 2000, 1ª Edição, págs. 166 e 173.

25 BONFIM, Edilson Mougénou. Direito penal da sociedade. São Paulo. Editora Mendes, 1998, 2ª edição, pág. 245.

o direito fundamental à segurança e porque deixar a sociedade à mercê da delinquência viola o princípio da proibição da proteção deficiente<sup>26</sup>.

*“Para Canaris, o dever de proteção impõe ao Estado uma atuação mínima de proteção jurídica constitucionalmente exigida, não sendo possível descer abaixo desse limiar mínimo. O princípio da proibição do déficit, contudo, exige a eficiência da proteção, bem como que os bens jurídicos e interesses contrapostos não sejam sobreavaliados 3. Ao enunciar um direito fundamental, incumbe ao Poder Público não somente respeitá-lo, evitando, desse modo, por ação, ferir o direito fundamental do cidadão, considerado em sua dimensão subjetiva, mas também imprescindível que o defenda de ataques de terceiros, sob pena de incorrer em omissão inconstitucional.”<sup>27</sup>*

As tantas falácias que envolvem o tema devem ser deixadas para aqueles que não têm compromisso em defender a ordem jurídica e o estado democrático de direito, àqueles que não precisam dar respostas às vítimas nos momentos mais tomentosos de sua existência e tampouco devem estar diante de criminosos cruéis em seus gabinetes e em salas de audiência, espaços onde só vale a VERDADE e a utopia não encontra lugar.

*“É preciso que o direito penal tutele os valores da família, que proteja o homem dela integrante, que se respeite a mulher, o velho e a criança, que volte seus olhos à “agremiação do bem”, e que embora respeitando o delinquente, respeite igualmente/mais a vítima, por que vítima, visando a sua tutela enquanto potencialmente vítima, buscando a reparação do dano se já ocorrido o processo de “vitimização”, salvaguardando-se, desse modo, o direito social.”<sup>28</sup>*

Assim, se a prisão é uma pena para a qual ainda não se encontrou uma alternativa melhor, se não proporciona condições adequadas ao preso enquanto indivíduo, por omissão do Estado, deve-se buscar meios para que seja melhorada, a fim de garantir dignidade ao preso, sem se deixar cair na armadilha de defender a sua abolição, colocando em risco o devido equilíbrio da vida social.

Portanto, em conformidade com as funções constitucionais outorgadas pela Constituição Federal ao Ministério Público, cabe-nos, diante do cenário que se apresenta, buscar condições de salubridade para os presos em cumprimento de pena e em prisão cautelar, seja por meio de medidas extrajudiciais, seja por meio de medidas judiciais, consoante **artigo 129, II e III, da Constituição Federal.**

26 <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=629960>

27 [http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014\\_09\\_07029\\_07072.pdf](http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/ridb/2014/09/2014_09_07029_07072.pdf)

28 BONFIM. Obra cit., pág. 49.

## CONCLUSÕES

- 1) A prisão, detestável solução, é um mal necessário, para o qual ainda não se apresentou alternativa que defenda satisfatoriamente a sociedade;
- 2) O Ministério Público, enquanto órgão incumbido da defesa da ordem jurídica e do regime democrático de direito, e enquanto detentor privativo da função de promover a ação penal e fiscalizar a esmerada aplicação da pena, deve defender a pena de prisão, tal como prevista no ordenamento jurídico, a fim de garantir o direito fundamental à segurança, conforme artigo 5º, da Constituição Federal, sob pena de violar o princípio da proibição da proteção deficiente.
- 3) A fim de assegurar a correta e devida aplicação da pena de prisão, o Ministério Público deve exigir do Estado, exclusivo detentor do *jus puniendi*, o fornecimento de instalações adequadas para a permanência de presos definitivos e provisórios, no efetivo exercício de suas funções previstas no artigo 129, II e III, da Constituição Federal.

### Clarice Metzner

Assistente Social atuante no Núcleo de Apoio Técnico Especializado -  
Centro de Apoio Técnico à Execução.



