



**MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE RONDÔNIA**
em defesa da sociedade



REVISTA **JURÍDICA** do Ministério Público do Estado de Rondônia

ANO III, Nº 4, JAN-DEZ/2020

REVISTA
JURÍDICA
do Ministério Público do Estado de Rondônia

**COMPOSIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA**

**ALUILO DE OLIVEIRA LEITE
Procurador-Geral de Justiça**

**OSVALDO LUIZ DE ARAUJO
Subprocurador-Geral de Justiça**

**CLÁUDIO WOLFF HARGER
Corregedor-Geral do Ministério Público**

**ANA BRIGIDA XANDER WESSEL
Chefe de Gabinete da Procuradoria-Geral de Justiça**

**MARCOS VALERIO TESSILA DE MELO
Secretário-Geral do Ministério Público**

FICHA CATALOGRÁFICA

Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Rondônia / Escola Superior do
Ministério Público do Estado de Rondônia. - Ano 3, n.4 (jan./dez.2020) - Porto Velho : MPRO, 2020.

Annual

ISSN 2595-3265

1. Direito – Periódicos I. Rondônia (Estado) Ministério Público. Escola Superior do
Ministério Público do Estado de Rondônia.

CDD: 340.5
CDU: 340 (05)

 [mprooficial](#)  [mpro_oficial](#)  [mpro_oficial](#)  [mprobr](#)

www.mpro.mp.br

Rua Jamary, nº 1555 - Bairro Olaria
Fone: (69) 3216-3700 - CEP 76801-917 - Porto Velho/RO



MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE RONDÔNIA
em defesa da sociedade

REVISTA
JURÍDICA
do Ministério Público do Estado de Rondônia

MEMBROS DO CONSELHO EDITORIAL
REVISTA JURÍDICA DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA

4ª Edição

Aídee Maria Moser Torquato Luiz	Rogério Montai de Lima
Alexandre Matzenbacher	Samuel Alvarenga Gonçalves
Carolina Ribeiro Garcia Montai de Lima	Tâmera Padoin Marques Marin
Cláudio Wolff Harger	Tiago Cadore
Jorge Romcy Auad Filho	Vinícius Silva Lemos
Luciana Nicolau de Almeida	

Escola Superior do Ministério Público de Rondônia

Jorge Romcy Auad Filho
Diretor-Geral

Giselle Araújo Gadotti
Diretora-Executiva

Elineide Gomes da Silva
Técnica Administrativa

Karolina Gomes Nunes Pereira
Técnica Administrativa

Raquel de Aguiar Ydalgo
Assessora Técnica

Ana Paula Costa de Paula
MP-Residente de Administração

FICHA TÉCNICA

Presidente do Conselho Editorial: Dr. Jorge Romcy Auad Filho

Coordenação da publicação: Giselle Araújo Gadotti

Redação: Pedro Henrique Rocha Vilarim

Projeto WEB: Liluyoud Cury de Lacerda

Assessora Técnica: Karolina Gomes Nunes Pereira

Projeto Gráfico e Diagramação: DCI-MPRO

PREFÁCIO

Em meio a tempos tão desafiadores com o advento da pandemia da Covid-19, e que nos obrigou ao rearranjo e a introdução de novas dinâmicas na vida e no trabalho, publicamos a quarta edição da Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Rondônia.

Na presente edição, assuntos de grande alcance social e jurídico são tratados, tais como a análise do sistema prisional brasileiro, o funcionalismo público, o constitucionalismo durante e pós-pandemia da Covid-19 e o papel do Ministério Público, o *plea bargain* e a reincidência criminal no Brasil.

Os autores buscaram discutir os temas com profundidade acadêmica, contribuindo para que o leitor possa ter uma reflexão mais acurada sobre cada assunto abordado.

A quarta edição da revista é mais um passo deste *parquet*, para transformar-se em um celeiro de grandes discussões acadêmicas e, para isso, conta com a participação de membros e servidores deste Ministério Público do Estado de Rondônia, bem como de autores de outras instituições, prestigiando o estudo e a discussão de matérias jurídicas em nossas paragens.

Boa leitura!!!

JORGE ROMCY AUAD FILHO
PRESIDENTE DO CONSELHO EDITORIAL

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO:
UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**

Filipe Soriano Alvares Rocha
Henrique de Alencar Silva Gomes
Higo Martins Bezerra

11

**A EDUCAÇÃO QUE ESBARRA NAS GRADES DO SISTEMA PRISIONAL:
A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL ÀS PESSOAS
PRIVADAS DE LIBERDADE A PARTIR DA REALIDADE DOS ERGÁSTULOS
DO ESTADO DA PARAÍBA**

Antônio Alves Pontes Trigueiro da Silva

31

**A ESTABILIDADE NO FUNCIONALISMO PÚBLICO
COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO**

Hugo Rodrigo Saraiva da Costa

50

**A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO E AS LICITAÇÕES:
UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS
PELÁ LEI Nº 13.655/2018**

Tiago Berchior Carginin

64

**CARTÓRIO DO FUTURO:
UM PARADIGMA PARA OS CARTÓRIOS JUDICIAIS DE 1º GRAU**

Bruna de Sousa Lira
Jorge Henrique de Almeida Junior

86

**CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DURANTE
E PÓS-PANDEMIA DA COVID-19 E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO**

Elba Souza de Albuquerque e Silva Chiappetta

102

SUMÁRIO

- 122** | **MINISTÉRIO PÚBLICO E VIESES NA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS**
Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau
Samuel Alvarenga Gonçalves
- 141** | **O PLEA BARGAIN INTERESSA AO BRASIL?**
Luciana Nicolau de Almeida
- 172** | **O PODER PÚBLICO NA MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL**
Glenda Albuquerque Silva
- 193** | **O RETORNO DA SEPARAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO**
Gabriel Mac-Lins Soares Maia
Ihgor Jean Rego
- 206** | **REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL**
Gleisson de Aquino Rodrigues
Ivens dos Reis Fernandes

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO SISTEMA PRISIONAL
BRASILEIRO: UMA ANÁLISE À LUZ DA CONSTITUIÇÃO DE 1988**
**THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE BRAZILIAN
PRISON SYSTEM: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE 1988
CONSTITUTION**

Filipe Soriano Alvares Rocha¹
Henrique de Alencar Silva Gomes²
Higo Martins Bezerra³

RESUMO: O Princípio da Dignidade Humana, norma fundamental da Constituição Federal de 1988, estabeleceu o íntegro gozo de direitos e garantias que são inerentes à qualidade de vida do ser humano. Contudo, é frequente a transgressão desse princípio e sua improficuidade nos setores institucionais do Estado, principalmente no tocante ao sistema prisional do país, alvo de críticas internacionais de órgãos protetores dos direitos humanos pela forma desumana com que os presos são tratados, influenciando negativamente no processo de ressocialização do indivíduo. O presente artigo tem por objetivo analisar os avanços e retrocessos no aspecto da consagração dos direitos humanos no Brasil, em consonância com toda a projeção normativa da CFRB/88 aplicada ao sistema prisional.

Palavras-chave: Dignidade humana, Direitos, Ressocialização, Avanços, Retrocessos.

ABSTRACT: The Principle of Human Dignity, a fundamental norm of the Federal Constitution of 1988, established the full enjoyment of rights and guarantees that are inherent to the quality of life of human beings. However, this principle is often transgressed and its ineffectiveness in the institutional sectors of the State, especially with regard to the country's prison system, the target of international criticism from human rights protectors for the inhumane way in which prisoners are treated, negatively influencing the process resocialization of the individual. This article aims to analyze the advances and setbacks in the aspect of the consecration of human rights in Brazil, in line with the entire normative projection of the CFRB / 88 applied to the prison system.

Keywords: Human Dignity, Rights, Resocialization, Advances, Setbacks.

1 Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí, campus Torquato Neto. Estagiário do MPPI. E-mail: filiperocha1000@gmail.com.

2 Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí, campus Torquato Neto. Estagiário do MPF-PI. E-mail: henriquegomes671@gmail.com.

3 Graduando do curso de Direito da Universidade Estadual do Piauí, campus Torquato Neto. Estagiário de escritório de advocacia. E-mail: higemartins@hotmail.com.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como proposta temática a inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro, com destaque para os presos, os direitos garantidos a eles no artigo 5.º da Constituição Federal de 1988 e a forma como essas proteções são exercidas na prática. Por esse ângulo, o objetivo pretendido é explorar, ao longo de três capítulos, as conquistas adquiridas com os direitos fundamentais e a execução ineficiente dessas prerrogativas.

O primeiro capítulo é dedicado à história das punições nas sociedades humanas. Essa abordagem tem como intuito demonstrar o que levou a humanidade a adotar a privação de liberdade como expoente máximo do sistema punitivo e, em seguida, como o Brasil lidou com isso ao longo dos anos. Ademais, há ênfase nos direitos assegurados pela Carta Política que rege o Estado brasileiro. O capítulo seguinte, por sua vez, disserta sobre o cenário caótico vivido pelos encarcerados e realça os problemas institucionais das prisões, sob os prismas constitucional e legal. O terceiro capítulo, por fim, discute sobre a função da pena e a importância da ressocialização do presidiário para que ele não permaneça à margem da sociedade.

Por conseguinte, a finalidade deste artigo, o qual foi embasado em ampla pesquisa bibliográfica, de caráter dedutivo-expositivo, é retratar o desrespeito explícito dos direitos proporcionados aos presidiários brasileiros. Além disso, transparecer a situação precária das prisões e o desinteresse do governo em prover condições mínimas de dignidade aos enclausurados, o que reflete no seu descaso para com a Lei Maior e, principalmente, no que tange a propiciar um tratamento digno e que reinsira ao corpo social o agente infrator.

1 A ORIGEM DAS PENAS, DO SISTEMA PRISIONAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS GARANTIDOS AOS PRESOS NO BRASIL

A violação do direito à liberdade é vedada pelo artigo 5.º da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 1988. Todavia, a história brasileira, assim como a de toda a humanidade, é marcada por sanções penais que visam preservar a ordem pública. Nesse sentido, é importante fazer uma abordagem geral para se compreender a presente realidade do sistema prisional brasileiro e a sua relação para com os detentos.

Regras de convívio, historicamente, estão presentes em todos os povos e elas visam tanto regular a sociedade quanto punir os que vão de encontro aos seus ditames, tendo em vista que isso constitui questão de

sobrevivência. E, nesse enfoque, segue o entendimento do jurista italiano Giuseppe Maggiore:

A pena – como impulso que reage com um mal ante o mal do delito – é contemporânea do homem; por este aspecto de incoercível exigência ética, não tem nem princípio e nem fim na história. O homem, como ser dotado de consciência moral, teve e terá sempre, as noções de delito e pena (MAGGIORE, 1932 apud GRECO, 2017, p. 47).

A palavra “pena” é oriunda do latim *poena* e do grego *poine* e significa uma punição atribuída a quem cometeu um crime ou ato censurável. Portanto, é um sofrimento imposto pela sociedade humana sobre o infrator. A ideia de punição sempre se fez presente desde que o homem passou a viver em sociedade, uma vez que existe um sentimento inato de justiça quando há a prática de atos que lesam o indivíduo ou o coletivo. A punição, por sua vez, não era oriunda de um processo legislativo como nos moldes atuais, e sim da cultura e dos costumes. Além disso, havia uma disparidade entre o ato praticado e a penalidade prevista, o que evidenciava um caráter intimidador.

Com o passar dos anos e, conseqüentemente, com o avanço das sociedades, atrelado a uma maior complexidade nas relações sociais, os clãs e outros agrupamentos de organização simples perderam espaço para os reinos, que tinham como característica o poder centralizado na figura de um monarca, o qual governava milhares de pessoas. Nesse contexto, regras costumeiras não satisfaziam mais as necessidades da população e, em virtude disso, com o intuito de estabelecer leis fixas e objetivas para evitar uma possível desordem, códigos escritos começaram a surgir, como o Código de Hamurabi. Ele trazia a Lei de Talião, a qual representou um progresso no que concerne à proporção penal, além de evitar que as pessoas fizessem justiça por conta própria. Contudo, o “olho por olho, dente por dente” ainda continha sanções cruéis e sem finalidade útil, apenas com o interesse de amenizar os ânimos do corpo social (LENZA, 2017).

Ademais, a histórica relação entre os poderes político e religioso corroborou para que o crime se tornasse sinônimo de pecado. A Idade Média é a que mais demonstra essa correspondência, onde a pena ainda era muito rígida, além de ser tida como castigo divino. Magalhães Noronha aborda sobre elo ao falar:

Já existe um poder social capaz de impor aos homens normas de conduta e castigo. O princípio que domina a repressão é a satisfação da divindade, ofendida pelo crime. Pune-se com rigor, antes com notória crueldade, pois o castigo deve estar em relação com a grandeza do deus ofendido (NORONHA, 2004, p. 20).

Consoante a afirmação do Direito nas sociedades politicamente organizadas, o cunho divino perde espaço e o poder central busca meios de se consolidar e preservar a coesão e a disciplina da coletividade. No entanto, a base dessa organização era a instituição de leis severas e o povo, por sua vez, sofria com as mortes e mutilações empregadas pelo Estado. É nítido, por fim, que a intimidação não cumpria mais o objetivo de garantir a segurança e o bom convívio social e, desse modo, outra forma de punição deveria ser instaurada.

Nesse cenário, a partir do final do século XVIII, as penas deixaram de visar ao sofrimento físico e mental do criminoso e passaram a focar na privação da sua liberdade. Esta, por seu turno, era empregada como medida cautelar, com o fim único de evitar que o acusado fugisse antes do seu julgamento, ou seja, antes da aplicação da pena, a qual tinha em vista um castigo corporal, ou a morte. Entretanto, as ideias provenientes do Iluminismo, que culminaram na Revolução Francesa de 1789, trouxeram valores marcadamente racionais e humanos. Anos mais tarde, a pena de privação de liberdade entrou em um contexto em que se discutia o princípio da dignidade da pessoa humana, que viria a ser um dos mais importantes da história humana.

O Marquês de Beccaria, Cesare Bonesana, nessa conjuntura, marcou a história do Direito Penal ao escrever o livro *Dos delitos e das penas*, em 1764. Sua obra possui um enorme valor humanitário e prega a prática de penas proporcionais aos crimes cometidos, sem as atrocidades até então praticadas pelo Estado. Ele defendeu a lei como fonte única das penalidades, sem margem interpretativa, a fim de evitar abusos, além de se posicionar contrário à tortura nas investigações criminais. Nessa ótica, para Cesare:

A fim de que o castigo surta o efeito que se deve esperar dele, basta que o mal causado vá além do bem que o culpado retirou do crime. Devem ser contados ainda como parte do castigo os terrores que antecedem a execução e a perda das vantagens que o delito devia produzir. Qualquer excesso de severidade torna-a supérflua e, portanto, tirânica (BECCARIA, 2000, p. 48).

Nessa perspectiva, a prisão protagonizou o quadro punitivo nos Estados ao redor do mundo. Entretanto, já continha diversos problemas, principalmente na infraestrutura. Eram ambientes úmidos, com ventilação ineficiente e insalubridade, um local perfeito para a proliferação de doenças, e sem outra utilidade a não ser a de confinar o criminoso.

Os primeiros registros históricos da privação de liberdade como punição são da Idade Média, quando clérigos e monges eram aprisionados em mosteiros e deviam meditar sobre a má ação cometida, com o escopo

de voltar à sociedade e não errar novamente. Porém, essa prática começou entre os países somente por volta do século XVII, firmando-se apenas no século XIX. Isso foi possibilitado por meio das prisões existentes nas colônias inglesas na América, que eram usadas com o fim de punir, não de preservar o infrator até o dia do julgamento, como mencionado anteriormente. William Penn, fundador da colônia da Pensilvânia, em 1681, cumprindo despacho do Rei Carlos II, deu início a essa prática, pois optou por abrandar o rigor da legislação penal inglesa. Além de punir com a expulsão temporária da sociedade, o confinamento possui, também, o propósito de ressocializar.

A partir disso, surgem dois modelos de sistema prisional, o pensilvânico e o auburniano. O primeiro foi marcado pelo isolamento do preso, o qual devia apenas rezar e, através da religião, ele se tornaria apto a voltar para a sociedade. O segundo sistema, por sua vez, caracterizou-se pela obediência do preso e a exploração da sua mão de obra barata, pois sequer poderia reivindicar direitos trabalhistas. Nota-se, por conseguinte, uma visão punitiva e retributiva da pena.

No Brasil, quando ainda era colônia portuguesa, as penas implicavam tortura, morte e banimento. A legislação de Portugal aqui instalada, inicialmente as Ordenações Afonsinas, depois as Ordenações Manuelinas e, por fim, as Ordenações Filipinas, não possuíam um caráter generoso. Essa última, por exemplo, vigorou entre os anos de 1603 e 1830, e dispunha de leis penais marcadamente sem proporção entre delito e punição. Somente com o advento do Código Criminal do Império, em 1830, o país passou a ter uma legislação mais branda e em conformidade com as mudanças que aconteciam no mundo. Posteriormente, no período republicano, em 1890, aprovaram um novo código, o qual foi substituído, em 1940, pelo Decreto-lei 2.848/40, e vigora até o presente, mesmo com intensas modificações.

O sistema prisional brasileiro é o progressivo, o qual está em compasso com humanização das penas e, teoricamente, com a ressocialização do infrator. O Estado visa à dignidade da pessoa humana, que é um princípio regulador do mínimo existencial para a sobrevivência apropriada, que deve ser garantida a todos. Ademais, no que concerne à atual Constituição Federal, inúmeros são os direitos garantidos à população, principalmente a respeito da privação de liberdade e do tratamento do agente durante todo o processo incriminador.

Nesse âmbito, a tortura, largamente utilizada na história da humanidade para conseguir a confissão de algum crime, é explicitamente vedada pela redação do inciso III, do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, assim como o tratamento desumano ou degradante, em sentido geral

(BRASIL, 1988). Além disso, o referido artigo será largamente analisado, uma vez que ele abarca os direitos e deveres individuais e coletivos, um componente dos Direitos Fundamentais assegurados pela Constituição e de fundamental importância para a sociedade.

A pena, conforme os incisos XLV e XLVI do artigo 5.º, respectivamente, será aplicada apenas no infrator, jamais podendo ser transferida para outra pessoa, e a lei adotará determinados tipos de punições, são elas: privação ou restrição de liberdade, perda de bens, multa, prestação social alternativa, suspensão ou interdição de direitos. Isso deve ser interpretado de modo que a pena não pode ser padronizada, e que para cada caso concreto há uma determinada punição. Esta, para ser aplicada, deve possuir fundamentação consistente e obedecer aos seguintes critérios: a fixação da quantidade da pena, o estabelecimento do seu regime de cumprimento e, por fim, a averiguação das opções de benefícios legais cabíveis (BRASIL, 1988).

Além do mais, o inciso XLVII versa sobre as penalidades proibidas. São elas: a pena de morte (exceto em caso de guerra declarada), a de caráter perpétuo, a de trabalhos forçados, a de banimento e as cruéis. É válido ressaltar, também, o princípio do devido processo legal, ratificado no art. 5.º, LIV, e que garante a proteção do direito de liberdade ao possibilitar a igualdade de condições do indivíduo perante o Estado, quando este tentar restringir a sua liberdade (BRASIL, 1988).

Os princípios do contraditório e da ampla defesa, art. 5.º, LV, são outras importantes garantias e estão em consonância com o devido processo legal. O primeiro princípio visa ao direito de resposta contrária a todo ato feito pela acusação. O segundo, no que lhe concerne, permite a apresentação de todas as provas lícitas obtidas, a fim de constatar a verdade, ou a omissão e o silêncio como meios de evitar a autoincriminação. Os dois, portanto, asseguram às partes os direitos de obterem informações sobre todos os atos praticados no processo, de manifestação oral ou escrita, e de terem seus argumentos considerados. O inquérito policial, entretanto, não garante o direito ao contraditório, tendo em vista ser uma fase investigatória e auxiliadora do titular da ação penal, o Ministério Público. O STF, porém, ao aprovar a Súmula Vinculante 14, viabilizou a máxima efetividade do referido direito, pois garante o acesso às provas já documentadas (BRASIL, 2009).

Em conformidade com o art. 5.º, LVI, as provas que forem apresentadas no processo são inadmissíveis, caso tenham sido obtidas por meios ilícitos (BRASIL, 1988). Nessa perspectiva, faz-se necessário o entendimento da aplicação da teoria dos frutos da árvore envenenada, a qual consiste no contágio de todas as outras provas obtidas a partir da ilícita. Por sua vez, o

princípio da presunção de inocência, previsto no art. 5.º, LVII, estabelece que cabe ao Estado provar que o indivíduo em questão é culpado e, até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ele será pressuposto inocente e, portanto, sua eventual prisão ocorrerá somente caso a ação punitiva proceda, ou nos casos de prisão preventiva, como a garantia das ordens pública e econômica, convivência da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal.

Ademais, os incisos LXI e LXVI, ambos do artigo 5.º, garantem às pessoas, respectivamente, prisão somente em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, tendo em vista o caráter excepcional que a privação de liberdade representa para os direitos fundamentais, e que nos casos em que a lei aceita liberdade provisória, com ou sem fiança, ninguém será mantido preso (BRASIL, 1988). A prisão em flagrante, além de uma obrigação para o policial, pode ser efetuada por qualquer pessoa e, além disso, veda a inviolabilidade do domicílio, que é outro direito fundamental, assegurado no art. 5.º, XI.

O inciso LXIII do artigo 5.º contém o famoso direito de permanecer calado, o qual visa evitar a autoincriminação. Além disso, com base na presunção de inocência, cabe puramente à acusação provar a culpa do suspeito. O acusado deve ser informado desse direito, caso contrário, o interrogatório será totalmente anulado. Em concordância com o inciso citado, no sentido de garantir outros direitos ao acusado em caso de prisão, seguem os demais, também presentes no mesmo artigo: LXII, o qual garante ao preso que o ato da sua prisão e o local em que se encontra seja comunicado imediatamente ao juiz competente e à sua família, ou pessoa indicada; LXIII, que além de garantir a informação dos direitos, permite a assistência da família e de advogado; LXIV, que assegura a identificação para o preso dos responsáveis por sua prisão e interrogatório; LXV, o qual assegura o relaxamento imediato da prisão ilegal pela autoridade judiciária (BRASIL, 1988).

É apropriado ressaltar, por fim, o procedimento de uma prisão quanto à utilização das algemas, que ficou décadas sem ter o seu uso regulamentado, tendo em vista a necessidade de um decreto federal exigido pela Lei de Execução Penal, em 1984 (BRASIL, 1984). O policial, ao executar uma prisão, deve usar as algemas em casos específicos, caso contrário configurará uso abusivo, muitas vezes com o intuito de expor o preso ao ridículo e de fomentar uma condenação sem julgamento por parte da população, conforme encontra-se preconizado na Súmula Vinculante 11/2008.

2 A SITUAÇÃO VIVENCIADA PELOS ENCARCERADOS NO BRASIL EM FACE DOS PRINCÍPIOS E GARANTIAS CONSTITUCIONAIS

A organização dos sistemas político e jurídico de um determinado país é exercido pelo Estado, representante superno de um povo residente em determinado território. Essa instituição "é uma pessoa jurídica soberana, constituída de um povo organizado sobre um território sob o comando de um poder supremo, para fins de defesa, ordem, bem-estar e progresso social." (GROPALLI, 1962 apud MELO, 2017, p. 131). A partir dessa definição, infere-se que a nação é o elemento com maior importância dentro do Estado, devendo portanto a proteção de seus bens jurídicos e valores sociais serem assegurados e resvalados por essa entidade.

Nesse ensejo, é adequado compreender que a salvaguarda da nação é dever do Estado, incumbência essa que justifica o poder que a instituição possui, tendo em vista que, segundo o texto constitucional, "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição." (BRASIL, 1988, p.10). Considerando este dispositivo, cabe ao Estado estabelecer normas que objetivem o bem-estar coletivo, dentre elas as que visem combater a prática de delitos no âmbito social, através do direito exclusivo de punir – *juspuniendi* – e, em respeito a isso, o implemento adequado de métodos e locais de confinamento do indivíduo transgressor, considerando invioláveis seus direitos assegurados pela Constituição Federal.

O princípio da dignidade da pessoa humana, conforme analisado no capítulo anterior, é incontestavelmente um dos princípios mais valorados no ordenamento jurídico brasileiro e que estabelece profícuas relações com o Direito Penal. Encontra-se expresso na Constituição Federal no artigo 1.º, inciso III, sendo este considerado um fundamento para a existência do Estado Democrático de Direito (BRASIL, 1988). A importância conferida a esta norma é de pertinência ética, moral e jurídica, pois o Estado brasileiro é consignatário de tratados e convenções internacionais que objetivam garantir a integridade do homem e o exercício pleno de seus direitos.

Nas palavras do professor e magistrado brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet, entende-se o conceito de dignidade como:

[...] qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma

vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos (SARLET, 2007, p. 62).

Sob essa perspectiva, afere-se que o exercício do direito punitivo do Estado encontra-se restrito a esse fundamento principiológico, tendo em vista que os direitos fundamentais basilares não devem ser suprimidos àqueles que se encontram privados de liberdade. Contudo, a partir do confronto do texto constitucional com a realidade vigente no Brasil, é irrefutável a percepção da disparidade existente entre as prerrogativas asseveradas na Lei Maior com o efetivo vivenciado pelos presos nas penitenciárias, evidenciando a notável inconstitucionalidade do sistema prisional brasileiro.

Segundo o relatório divulgado pelo Ministério da Justiça, através do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (BRASIL, 2017), o país conta com a terceira maior população carcerária do mundo, atrás somente dos Estados Unidos e da China. Isso representa um contingente de mais de 720 mil pessoas que estão em presídios instalados na federação, aproximadamente o dobro da quantidade máxima suportada pelos mesmos. Ademais desta questão, observa-se continuamente que os investimentos na área penitenciária são insuficientes para garantir ao aprisionado o mínimo essencial de vida que é disposto na Constituição, refletindo na deterioração das estruturas prisionais, bem como na ineficiência administrativa em recuperar socialmente o indivíduo.

Os reflexos dessa crise institucional ainda são constatadas no contexto pós-Constituição de 1988 de forma mais intensa, contrastando com o rol de prerrogativas legais que são dispostas em assistência ao apenado. Averigua-se que, além da superlotação, o indivíduo está exposto a condições precárias de higiene e saúde básica, o que facilita a transmissão de doenças contagiosas devido a insalubridade na manutenção dos espaços prisionais, bem como a rebeliões e fugas em massa, fruto de falhas no sistema carcerário. A carência de políticas públicas efetivas no combate a esses problemas, aliada à ineficácia real dos princípios constitucionais e legais inerentes à dignidade humana, contribui para a permanência deste entrave social (BULLOS, 2012).

Nesse supedâneo, a Lei nº 7.210/84, conhecida ordinariamente como Lei de Execução Penal (LEP), é um dispositivo nacional que veio para assegurar o cumprimento das decisões e sentenças judiciais, visando "proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (BRASIL, 1984, p. 19). Em referência à saúde do preso, a referida lei é considerada pioneira nesse aspecto, resvalando os direitos que estes possuem. Conforme é explicado em um estudo publicado pela

Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), por meio do Programa de Pós-Graduação em Saúde Coletiva, a LEP:

[...] foi precursora no estabelecimento legal dos direitos da população prisional do Brasil, o que representou um avanço no campo das políticas sociais no cárcere. Sobre a saúde, a Lei, em seu artigo 14, preconiza que 'a assistência à saúde do preso e do internado de caráter preventivo e curativo compreenderá atendimento médico, farmacêutico e odontológico' (BRASIL, 1984). Salientamos que a LEP prevê atendimento em saúde a toda a população prisional, seja ela provisória ou apenada. Quando o estabelecimento prisional não estiver preparado para prover a assistência necessária, esta deverá ser prestada em outro local, sendo necessária para isso a autorização da direção do estabelecimento (LERMEN et al, 2015, p. 5).

A referida norma infraconstitucional encontra fundamento no artigo 5.º da Lei Suprema do Estado, considerado por ilustres juristas como o marco introdutório de direitos e garantias fundamentais que repercutem no desenvolvimento do Estado Democrático de Direito. Seu mandamento aborda de forma icônica matérias relacionadas à proteção da integridade humana no território nacional, estendendo-se de modo a resguardar honradez ao indivíduo privado de liberdade, considerando que a sua condição penal não é de caráter perpétuo. É disposto no inciso III que "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" (BRASIL, 1988, p.11) e, supervenientemente, o inciso XLI estabelece que "a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais" (BRASIL, 1988, p.13).

Em contraposição ao declarado pelo regramento legal e constitucional, evidencia-se um abismo colossal entre o direito posto e a realidade. Um dos casos mais emblemáticos da história do sistema penitenciário brasileiro aconteceu na cidade de São Paulo, em um episódio conhecido como "massacre do Carandiru". Referido termo faz menção a uma Casa de Detenção que foi construída nas primeiras décadas do século XX, considerada pelas autoridades governamentais como presídio modelo. Todavia, a falta de investimentos e de fiscalização nos atos administrativos do presídio provocou o seu sucateamento, levando ao descontentamento dos presos com a situação a qual se encontravam.

Em 1992, com a quantidade máxima superada, houve uma rebelião entre os prisioneiros no pavilhão nove, sendo solicitada a intervenção da tropa de choque da polícia para conter o problema. Segundo dados oficiais, resultou desse confronto a morte de 111 detentos, o que representa o maior exemplo de fracasso de políticas públicas institucionais no Brasil. Tendo em

vista as inúmeras denúncias internacionais a este fato, a prisão foi desativada e implodida no ano de 2002.

Assevera-se, nas palavras de Drauzio Varella, que:

No dia 2 de outubro de 1992, morreram 111 homens no pavilhão nove, segundo versão a versão oficial. Os presos afirmam que foram mais de duzentos e cinquenta, contados os que saíram feridos e nunca retornaram. Nos números oficiais não há referência a feridos. Não houve mortes entre os policiais (VARELLA, 1999, p. 295).

Verifica-se, por sua vez, que o problema enfrentado pelo sistema carcerário no país não é de ordem legal, pois os preceitos normativos que regulamentam as condições essenciais ao correto funcionamento penitenciário são evidentes, todavia se relacionam à não aplicabilidade eficiente dos dispositivos no plano fático. Conforme é salientado pelo filósofo político Norberto Bobbio (2004), em consonância aos dispositivos assinalados em Tratados e Convenções Internacionais de Direitos Humanos, a questão enfrentada pelas nações mundiais não é a ausência da capacidade legiferante do Estado, mas sim, a provada ineficiência em executar o que fora preceituado, por negligência dos gestores da administração pública.

Considerando que a liberdade é um dos direitos fundamentais positivados que, teoricamente, é o mais coadunado com as leis relacionadas à punição do cidadão pelo desvio de conduta social, é de suprema importância compreender que o Brasil adota a progressão do regime de cumprimento de pena, propiciando ao detento a diminuição do grau condenatório pelo delito cometido. Há três tipos de regimes de penas, a saber, os regimes fechado, semiaberto e aberto, cada qual expressamente delineados pelo Código Penal, segundo a periculosidade do agente e o quantum da pena imposta, o que hipoteticamente deveria contribuir para o tratamento do agente recluso (EBRADI, 2016).

Destarte, é disciplinado no § 2.º do artigo 33º do Código Penal que:

Art. 33, § 2.º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso:

- a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;
- b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;
- c) o condenado não reincidente, cuja pena seja igual ou inferior a 4 (quatro) anos, poderá, desde o início, cumpri-la em regime aberto (BRASIL, 1940, p. 20).

A Lei Penal ainda considera os pressupostos objetivo e subjetivo do cumprimento da pena. O primeiro referencia-se à quantidade proporcional de pena já satisfeita que, para crimes comuns, é de 1/6 da pena imposta e, para crimes considerados hediondos, 2/5 para primários e 3/5 do período para reincidentes, enquanto que o segundo analisa o comportamento do apenado no tempo de encarceramento (EBRADI, 2016). O abrandamento da pena comina na ressocialização do indivíduo, viabilizando o retorno do mesmo ao convívio da sociedade.

3 A FUNÇÃO DA PENA E A IMPORTÂNCIA DA RESSOCIALIZAÇÃO DO INDIVÍDUO NA COMUNIDADE

Inicialmente, indaga-se qual seria a função de ser aplicada uma penalidade aos infratores da norma penal. Para isso, é necessário retomar que o direito é o elemento que estabelece laços entre as pessoas, que impõe limites para as ações e busca satisfazer o sentimento de justiça que se encontra no coração de cada homem, de forma a alcançar a paz social e a satisfação.

Dessa forma, a população não vê nas penas apenas uma forma de retirar o indivíduo da sociedade para que ele não perturbe a harmonia, mas também uma forma de concretizar o sentimento de justiça presente nas suas almas na medida necessária. Percebe-se, assim, a importância de ter leis que estejam em sintonia com os valores morais e espirituais das pessoas, caso contrário apenas ocorrerão descontentamento e revolta.

Por outro lado, também não se admite que o direito implemente estruturas que satisfaçam a vontade popular mas desrespeitem a Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB/88). Com a promulgação da Carta Magna, foram consagrados inúmeros direitos e garantias de suma importância para toda a sociedade, inclusive para as pessoas que passaram pelo regime penitenciário, respeitando a dignidade humana, consagrada na CRFB no art. 1.º, III (BRASIL, 1988), como o vetor axiológico de todo o ordenamento jurídico. Logo, é necessário que haja um movimento constante na sociedade para humanizar cada vez mais a justiça penal.

O Estado, por sua vez, segundo a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, também conhecida como Lei de Execução Penal (LEP), afirma no seu art. 1.º que:

A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado (BRASIL, 1984, p. 19).

Dessa norma, extrai-se que existe um interesse em reeducar o

condenado para conviver harmoniosamente com a sociedade, em outros termos, ressocializar. Porém, não existe estrutura, desde o sistema educacional até o sistema prisional, para possibilitar tal reintegração como regra.

A ressocialização e a educação tornam-se as formas mais eficientes de melhoria do quadro penitenciário brasileiro. Esta, tema de debate amplo, por conta não só da qualidade educacional do Brasil, mas também pelo sistema educacional de vários países ser duramente criticado por estudiosos, mostra-se um importante fator do nível de criminalidade, podendo ser apontado como método de prevenção e influenciador também de todos os outros métodos.

O art. 6.º da CRFB a consolida como direito social, de tamanha importância que compete privativamente à União legislar sobre diretrizes e bases da educação nacional. Não somente isso, mas a União, juntamente aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios, deve proporcionar meios de acesso à educação, conforme expõe o art. 23, V, CRFB (BRASIL, 1988). Isso revela que o Estado, como um todo, tem o dever de assegurar, juntamente com a família, a instrução de todos, aumentando assim a possibilidade de um ensino eficiente. Logo, aliado ao art. 205 da Magna Carta, que diz que:

A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (BRASIL, 1988, p. 109).

Destaca, assim, a finalidade do instrumento educacional, que deve possibilitar o desenvolvimento pessoal, o pleno exercício da cidadania e chance de exercer atividade remunerada. Dessa forma, há a possibilidade de, se efetivamente aplicada, impossibilitar a reincidência do apenado e reinseri-lo na comunidade para que ele ocupe um lugar de importância.

Além disso, o terrorismo fez com que os países europeus realizassem contrarreformas, que, segundo Alessandro Baratta (1990, p. 1), “tornaram inoperantes os instrumentos que deveriam facilitar a integração social do sentenciado”. Os presídios de segurança máxima mostraram a total indiferença do Estado para reinserir o indivíduo na sociedade. Estes presídios, a prisão perpétua e a pena de morte somente servem para cumprir a função mais básica e primitiva, retirar da comunidade aquele que está desequilibrando a paz social, neutralizá-lo como se fosse um agente externo à mesma.

Somente com a crise do *Welfare State* a reintegração voltou a ser visada (BARATTA, 1990). Ou seja, quando se tornou evidente que a prisão não diminui a ocorrência de crimes, que não há verba o suficiente para

construir inúmeras instituições carcerárias, e que, se não for alterado o foco para prevenção e reinserção, o sistema penitenciário estará fadado ao colapso. Para melhor compreensão, a ressocialização necessita de ser analisada sob duas ordens de considerações expostas pelo referido autor.

A primeira se relaciona com o conceito sociológico de reintegração social. É visto que as penas não são o meio efetivo de se ressocializar um indivíduo, mas elas também não podem ser extintas, são um mal necessário. Como forma de mantê-las e não deixar o detento negligenciado, busca-se a evolução para prisões com ambientes propícios para este trabalho. Busca-se, portanto, minimizar qualquer iniciativa ou condição dolorosa e prejudicial à vida nas prisões, que fira os direitos e garantias, diminuir o tempo das penas.

Fato este que está exposto no art. 4.º da LEP, que afirma que “O Estado deverá recorrer à cooperação da comunidade nas atividades de execução da pena e da medida de segurança” (BRASIL, 1984, p. 20). A grande maioria dos presos já sofrem o isolamento social antes de cometer um crime. Exemplos são o isolamento para a periferia, a dificuldade em ter boas condições de estudo e, conseqüentemente, em adentrar no mercado de trabalho, seja por motivos econômicos, biológicos, sociais ou de qualquer natureza, evidenciados pelo autor (BARATTA, 1990).

O Brasil já possui normas que auxiliam o processo de integração, como: visitas (art. 41, X, LEP); progressão de pena (art. 112, LEP); serviço comunitário (art. 148, LEP); sistema educacional (art. 17, LEP); possibilidade de trabalho (art. 28, LEP; art. 5.º, XIII, CF); direitos fundamentais que impedem a imposição de condições degradantes, guardando sempre a dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III). O problema é que se ausenta de tais normas a eficácia material, visto que há uma infinidade de falhas, brechas e corrupção, desde a ausência de fiscalização, à imposição de situação sub-humana como a superlotação, a letargia em impor formas de educar, até a existência de gerenciamento de tráfico de drogas, prostituição e formação de grupos criminosos.

A segunda ordem de considerações relaciona-se com o aspecto jurídico. Entende-se que, observando a ressocialização como um método de dominação do preso, não só inexistente uma chance de sucesso como inexistente legitimidade jurídica. Além disso, o sujeito é visto como um objeto, como um ser a quem deve ser impostas medidas para que ele não volte a interferir na harmonia social. Logo, necessita-se que haja uma visão geral que seja, como afirma o autor, a “reintegração, não ‘por meio da’ prisão, mas ‘ainda que’ de sua existência” (BARATTA, 1990, p. 3). Ou seja, ter sempre em vista os direitos do apenado e a importância de reinseri-lo na sociedade, através da

instrução educacional, profissional, além da assistência social.

Um dos fatos que mostram as péssimas medidas de reintegração é a reincidência que, pelo seu conceito legal, pode ser definida como a condenação judicial, no país ou no estrangeiro, por novo crime se, entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior, não tiver decorrido mais de cinco anos, computado o período da prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação (BRASIL, 1940).

Este conceito foi adotado pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) na pesquisa sobre reincidência criminal no Brasil, que apontou uma taxa de 24,4% de reincidência nos estados de Alagoas, Minas Gerais, Pernambuco, Paraná e Rio de Janeiro. Porém, a proporção entre os estados é diferenciada, impossibilitando comparação entre eles (BRASIL, 2015). Também não revela a taxa real nacional, serve como um meio de desconstruir os discursos sensacionalistas e de formar mais uma base e um indicativo do que um número exato.

Dessa forma, observa-se o papel fundamental do Estado para investir em meios que possam tanto evitar os crimes quanto reprimi-los eficientemente. A educação é uma dessas ferramentas. Conforme afirma o estudo *The effect of education on crime - evidence from prison inmates*:

Há razões para acreditar que a maior instrução pode reduzir a criminalidade: a maior possibilidade de exercer um emprego regulamentado, o que faz o tempo preso ser um prejuízo econômico; a noção da desvantagem financeira e psíquica do próprio delito; a mudança de perspectivas em diversos aspectos, como a paciência e a percepção de risco ou perigo (LOCHNER; MORETTI, 2003, p. 2, tradução nossa).

Em alusão a isso, o Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN) realizada pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) revela que:

Maior escolaridade é um forte fator protetivo. Manter os jovens na escola pelo menos até o término do fundamental pode ser uma das políticas de prevenção mais eficientes para a redução da criminalidade e, por conseguinte, da população prisional (BRASIL, 2017, p. 46).

Fortalece tal argumento ao mostrar que as pessoas analfabetas, alfabetizadas informalmente e aquelas que têm até o ensino fundamental completo compõem 75,08% da população prisional, enquanto 24,92% são pessoas com ensino médio completo ou incompleto, ensino superior completo ou incompleto e acima de ensino superior completo (BRASIL, 2017).

Não apenas isso, como também do número total de reincidentes entre pessoas analfabetas, que sabem ler e escrever, com ensino fundamental incompleto e completo corresponde a 91,2%, contra 8,8% de reincidentes com ensino médio incompleto e completo e com ensino superior incompleto, completo ou pós-graduado (BRASIL, 2017). Já afirmava Beccaria (2000, p. 100) que “a maneira mais segura, porém ao mesmo tempo mais difícil de tornar os homens menos propensos à prática do mal, é aperfeiçoar a educação”.

Apesar disso, não se pode confirmar em uma pesquisa empírica a atuação visível dessas razões, pois há mais um grande número de variáveis (LOCHNER; MORETTI, 2003). Por este motivo, também é importante investir na educação nos presídios, como meios de reintegração.

Como um fator importante também é visto o trabalho, declarando o art. 28 da LEP que “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”, auxiliado pelo art. 31 que proclama que “O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade” (BRASIL, 1984, p. 26-27). Contudo, o trabalho é visto não só como um dever e também como um direito, exposto no art. 41, II, que, aliado ao estudo, constituem opções de remissão de parte do tempo da pena, exposto no art. 126 da LEP (BRASIL, 1984).

Com base na INFOPEN, apenas um quinto da população prisional brasileira trabalha. Alguns estados que se destacam positivamente são Amapá, Mato Grosso do Sul, Santa Catarina, Rio Grande do Sul e Roraima, com, respectivamente, 35%, 37%, 32%, 31% e 30%; em contrapartida com estados como Sergipe, Rio de Janeiro, Paraíba, Rio Grande do Norte e Ceará, com 6%, 6%, 5%, 3% e 8% (BRASIL, 2017).

Como exposto por Oliveira (2007, p. 42), esta atividade “deve ser reconhecida como um valor intrinsecamente social”, que melhora a autoestima, o orgulho, a satisfação, a possibilidade de conseguir exercer algo fora da prisão, mantém os detentos distantes da ociosidade e de tentativas de fuga e possibilita arrecadar algum dinheiro para suas necessidades e de sua família.

Um conjunto de técnicas ou concepções deve ser utilizado, segundo Baratta, para um programa de ressocialização. Há dez pontos analisados pelo autor, dos quais apenas alguns serão expostos a seguir.

Primeiro, a semelhança funcional entre programas dirigidos a

sentenciados e ex-sentenciados e os orientados ao ambiente e à estrutura social. Esta questão visa tornar mais adequadas as condições de vida para o local onde o apenado retorna, reinserir os indivíduos e buscar qualificá-los profissionalmente, além de programas de formação e eventos culturais que incluem ex-detentos para maior reintegração na comunidade. Em seguida, a presunção de normalidade do preso, que é entender que a única anomalia específica comum, a toda população carcerária, é o estar preso. Não existem características específicas de presos (BARATTA, 1990).

Um terceiro ponto é os critérios de realinhamento e diferenciação dos programas, independentemente das classificações tradicionais e de diagnoses “criminológicas” de origem positivista. Esta posição defende que tais critérios devem se alinhar por quatro objetivos: facilitar a interação do ex-detento com as pessoas de seu convívio e a comunidade; reduzir as assimetrias nas relações entre os detidos; otimizar as relações pessoais e possibilitar uma diferenciação dos programas e benefícios de acordo com o apenado (BARATTA, 1990).

Pontos assim mostram-se de extrema importância para várias formas de ressocialização, pois revelam-se mais efetivas do que os métodos anteriormente usados que mais visualizavam o indivíduo como um ser completamente distante da sociedade e que deveria ser o alvo de penas com teor vingativo do que tentava verdadeiramente reinseri-los na comunidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O ser humano é considerado um ser social por natureza e que, através dessa característica, relaciona-se intimamente com seus semelhantes e com o ambiente que o cerca. Sua capacidade cognoscente o distingue dos outros animais, evidenciadas precipuamente a racionalidade e a sociabilidade como qualidades inerentes ao homem. Entretanto, apesar desses atributos serem símbolos da humanidade por excelência, são recorrentes os desvios de conduta que as pessoas podem desenvolver em seus vínculos afetivos e, para coibir a prática reiterada de tais comportamentos, faz-se necessária a aplicação de penas e sanções restritivas ao infrator, vistas sob o prisma de ser "um mal necessário" à harmonia social.

A partir do momento em que o indivíduo é submetido à privação de sua liberdade, ele deve cumprir sua sentença em um presídio que assegure a proteção de seus direitos, objetivando o mínimo existencial que é preceituado na Constituição Federal. Infelizmente, a realidade é bem diferente do ideal positivado, no qual é possível visualizar péssimas condições no confinamento, advindas de fatores como superlotação, insalubridade, falta de higiene básica, dentre outros, os quais inviabilizam o processo recuperativo do sujeito.

Somado a esses fatores, há o sistema educacional ineficiente, que gerará um adulto sem capacitação e sem chance de disputar o mercado de trabalho. Ademais, a inexistência de métodos e políticas para reintegrar o apenado na sociedade a que pertence acarreta o aumento do número de reincidências e, também, na superlotação dos presídios. Tal quadro permanece por ainda existir o pensamento de que o detento deve sofrer as consequências de seus atos, através da expressão de um sentimento de vingança legalizada. A população esquece que este indivíduo é, antes de tudo, um ser humano, e que esse isolamento social apenas contribuirá para o agravamento da situação.

Além da legislação penal, a Constituição Federal aborda, de forma explícita, o tratamento e os direitos que as pessoas privadas de liberdade possuem. Nesse sentido, o Poder Judiciário, principalmente no que concerne à atuação do Supremo Tribunal Federal, já deveria ter feito uma avaliação das péssimas condições carcerárias e impedido a frequente violação dos direitos fundamentais. A dignidade humana dentro do cárcere, por conseguinte, estará assegurada apenas quando o Estado fizer o óbvio, que é cumprir a lei.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Ressocialização ou controle social:** uma abordagem crítica da “reintegração social” do sentenciado. Alemanha. 1990. 9 p. Disponível em: <http://www.eap.sp.gov.br/pdf/ressocializacao.pdf>. Acesso em: 24 maio 2018.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Tradução de Carlos Nelson Coutinho. 10. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 232 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil:** texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, compilado até a Emenda Constitucional nº 106/2020. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. 401 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/571739/CF88_EC106_livro.pdf. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940.** Código Penal. Diário Oficial da União. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2020. 142 p. Disponível em: https://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/569701/codigo_penal_3ed.pdf. Acesso em: 09 jun. 2018.

BRASIL. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). **Reincidência Criminal no Brasil.** Brasília: Livraria Ipea, 2015. 162 p. Disponível em: http://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/7510/1/RP_

Reincid%C3%Aancia_2015.pdf. Acesso em: 23 maio 2018.

BRASIL. Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União**. 1. ed. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, Coordenação de Publicação, 13 jul. 1984. 125 p.

BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (INFOPEN)**. In: SANTOS, Thandara. (Org.). Atualização - Junho de 2016. 2017. 64p. Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em: 10 jun. 2018.

BULLOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 7ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 1686 p.

ESCOLA BRASILEIRA DE DIREITO - EBRADI (São Paulo) (Org.). **Como se dá a progressão e regressão do regime de cumprimento da pena?**. 2017. Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/447444472/como-se-da-a-progressao-e-regressao-do-regime-de-cumprimento-da-pena>. Acesso em: 10 jun. 2018.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: parte geral**. 19. ed. Niterói: Impetus, 2017. 984 p.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. 1592 p.

LOCHNER, Lance; MORETTI, Enrico. The Effect of Education on Crime: evidence from prison inmates, arrests, and self-reports. **American Economic Review**, [S.I.], v. 94, n. 1, p. 155-189, 1 fev. 2004. American Economic Association. <http://dx.doi.org/10.1257/000282804322970751>. Disponível em: <https://eml.berkeley.edu/~moretti/lm46.pdf>. Acesso em: 07 jun. 2018.

MELO, José Octávio de Castro. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Teresina: Dinâmica Jurídica, 2017. 274 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva. 2015. 1472 p.

NORONHA, Edgard Magalhães. **Direito Penal**. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v 1. 408 p.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal**. 12. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. 1304 p.

OLIVEIRA, A. **O trabalho como forma de ressocialização do presidiário.** Fortaleza, 2007. Monografia (Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal). Orientador: Msc. Emerson Castelo Branco. Coordenadoria de Pós-Graduação, Universidade Estadual de Fortaleza. 62 p. Disponível em: [http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario\[2007\].pdf](http://tmp.mpce.mp.br/esmp/biblioteca/monografias/d.penal-d.proc.penal/o.trabalho.como.forma.de.ressocializacao.do.presidiario[2007].pdf). Acesso em: 14 jun. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 5 ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 192 p.

VARELLA, Drauzio. **Estação Carandiru.** São Paulo: Companhia das Letras, 1999, 368 p.

A EDUCAÇÃO QUE ESBARRA NAS GRADES DO SISTEMA PRISIONAL: A EFETIVAÇÃO DO DIREITO À ASSISTÊNCIA EDUCACIONAL ÀS PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE A PARTIR DA REALIDADE DOS ERGÁSTULOS DO ESTADO DA PARAÍBA

EDUCATION THAT STRIKES IN PRISON SYSTEMS: THE EFFECTIVENESS OF THE RIGHT TO EDUCATIONAL ASSISTANCE FOR ARRESTED PEOPLE FROM REALITY OF PRISONS IN THE STATE OF PARAÍBA

Antônio Alves Pontes Trigueiro da Silva¹

RESUMO: A ressocialização é um dos objetivos da pena, conforme preleciona a Lei de Execução Penal, e a educação faz parte de um dos elementos protegidos pelas normas voltadas para regulamentar a execução das penas, porém, assim como outros direitos previstos, encontra dificuldades em sua plena efetivação no sistema prisional. Esta pesquisa tomou por base a realidade do Estado da Paraíba, analisando os contrassensos entre os universos legislativos e a prática encontrada nos ergástulos. Para isso, fez-se uma revisão bibliográfica e normativa sobre o tema, e uma análise qualitativa de dados do sistema prisional brasileiro. Observou-se, ainda, o Plano Estadual de Educação nas Prisões do Estado da Paraíba e os dados inerentes aos anos seguintes de sua execução.

Palavras-chave: Prisões, Universalidade, Ensino, Conhecimento, Barreiras.

ABSTRACT: Resocialization is one of the objectives of the sentence, as prescribed by the Penal Execution Law, and education is part of one of the elements protected by the rules aimed at regulating the execution of sentences. This research based on the reality of the State of Paraíba, analyzing the controls between the legislative universes and the practices found in the United States. To this end, it carried out a bibliographic and normative review on the subject and a qualitative analysis of data from the Brazilian prison system. Observe also the State Education Plan in the Prisons of the State of Paraíba and the data inherent to the years following its execution.

Keywords: Prisons, Universality, Teaching, Knowledge, Boundaries.

¹ Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Programa de Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba. Assessor da 17ª Promotoria de Justiça de João Pessoa, com atribuições na tutela coletiva do sistema prisional e direitos humanos. Membro do grupo de Pesquisa Filosofia do Direito e Pensamento Político. E-mail: antoniotrigueirosilva@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Ao falar-se em educação, é comum observarmos nos debates a compreensão de que aquela é salutar em transformar realidades, sendo quase considerada um dogma social, seja nos discursos políticos durante os processos eleitorais, ou nos espaços acadêmicos e até nos diálogos mais informais. Enquanto é discutida nos livres espaços, por trás das muralhas das “comunidades” criadas em espaços de cumprimento de pena no Brasil, nem sempre a educação é uma realidade universal.

O presente estudo propõe uma discussão acerca do distanciamento entre o idealismo proposto pelos dispositivos legais e o enfrentamento disto no âmbito dos estabelecimentos prisionais. O tolhimento da liberdade pelo Estado, como mecanismo punitivo e de caráter ressocializador deve encontrar guarida na educação para buscar a reinserção daquelas pessoas na sociedade. Buscar-se-á debater, portanto, as causas que levam à discrepância entre o elevado número de pessoas presas e o baixo índice de jovens e adultos que participam de atividades educacionais e culturais naqueles espaços.

Para tanto, será feito um debate teórico inicial, por meio de uma revisão bibliográfica sobre o papel da educação como elemento essencial na transformação de paradigmas, bem como a participação desta nos espaços de privação de liberdade no Brasil.

Em seguida, realizar-se-á uma análise dos dispositivos normativos do Brasil e de organizações internacionais que tratam sobre a importância da educação enquanto mecanismo de ressocialização para as pessoas privadas de liberdade, para, posteriormente, realizarmos uma análise de caráter qualitativa acerca dos dados gerais do sistema prisional brasileiro.

Posteriormente, far-se-á uma revisão de abordagem dedutiva acerca do Plano Estadual de Educação nas Prisões do Estado da Paraíba, elaborado em 2014, comparando este com dados de 2017 do sistema prisional paraibano sobre a educação nos presídios. Informações sobre quantitativo de pessoas participando de atividades educacionais, além de dados gerais do sistema que impactam diretamente nas limitações da efetivação ao acesso à educação foram levados em consideração na análise.

Tem-se por objetivo principal com esse estudo buscar compreender as razões que dificultam a implementação de políticas educacionais nos ergástulos e a relação disso com os índices de reincidência criminal. Nesse processo, utilizaremos a abordagem indutiva, a fim de estabelecer um raciocínio a partir da realidade específica do Estado da Paraíba, para

compreender as dificuldades da efetivação do direito à educação nas prisões brasileiras.

1 O PROCESSO DA EDUCAÇÃO COMO UMENTE RESSOCIALIZADOR E PROMOTOR DE TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS

A busca pelo conhecimento exerce função salutar no desenvolvimento humano. Desde os primeiros momentos da infância, os humanos são submetidos a fatos, imagens, sons e, no processo de desenvolvimento psíquico e isto refletirá no comportamento social do indivíduo. Segundo Piaget (2011 *apud* GOMES e GHEDIN, 2012), o desenvolvimento está atrelado, necessariamente, ao equilíbrio estabelecido entre fatores externos e internos, ou, entre assimilação e acomodação. Desse modo, a construção do indivíduo não seria atrelada a uma mera predisposição, mas daquilo que o envolve, as experiências e aprendizados aos quais é exposto.

Partindo desses pressupostos, tem-se a compreensão de que o fenômeno educacional possui importância fundamental na construção do indivíduo. E isso impacta, principalmente, na formação de uma sociedade que tem para si os ideais de democracia, pluralidade e inclusão. Assim, os debates sociais em torno desta temática costumam partir do pressuposto de que a educação é a saída universal para as mazelas sociais, isso acaba tornando um ideal a ser atingido. E, obviamente, tal visão não se encontra errada.

Mas se a educação, enquanto direito social e objetivo universal, é tratada como chave para o sucesso do desenvolvimento, sua efetivação plena parece um tanto distante, principalmente no caso do Brasil, que se encontra em 37º lugar (de quarenta países avaliados) no *ranking* estabelecido pelo Programa “Índice para uma vida melhor”, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2019). Na última edição do Programa internacional de Avaliação de Estudantes – PISA –, realizada em 2015, o Brasil ficou na 63ª colocação, numa prova aplicada em 70 países (OECD, 2016).

Construindo uma análise mais profunda deste processo, Soares, Matias e Viana (2016, p.81) trazem a construção da colonialidade do ser como um processo de inferiorização e subalternação do ser humano. Este então seria compreendido como incapaz e reduzido em sua condição social e humana. Nesse sentido, as prisões colaboram fortemente para as inúmeras violações do ser. Impõe-se um domínio que favorece a mortificação do eu.

Ampliando a discussão, temos a visão de Freire (1979, p.18), quando

trata a sociedade latino-americana como fechada, que “se caracteriza pela conservação do *status* ou privilégio e por desenvolver um sistema educacional para manter este *status*”. Assim, na visão de Freire, tal sociedade confirma a repetição de padrões de servidão. Aqueles “consideram o trabalho manual degradante; os intelectuais são dignos e os que trabalham com as mãos são indignos” (FREIRE, 1979, p.18).

Dessa forma, o discurso não reverencia as práticas sociais, e se os índices que tratam da educação no país não são nada animadores, o que podemos dizer, então, da qualidade da educação dentro do sistema prisional desse mesmo país? Se fora das grades os resultados são frustrantes, dentro das prisões, a partir desta mortificação do indivíduo para a sociedade e a repetição de padrões que revelam um mero reflexo daquela, a luta por uma educação de qualidade e que tenha por objetivo buscar a reinserção daquele ser no meio social parece distante de ser efetivada, sendo notória a tendência de apresentar resultados tão frustrantes quanto aos dos testes gerais.

Sobre o conteúdo, a visão de Foucault (2014, p.300) sobre as prisões revela como tal instituto sólido e desacreditado desde sua gênese, falha quando foge de sua precípua missão de punir e eliminar: “(...) Se ela tivesse sido apenas um instrumento para eliminar ou esmagar a serviço de um aparelho estatal, teria sido mais fácil modificar suas formas evidentes demais ou encontrar para ela um substituto mais aceitável.” (FOUCAULT, 2014).

Ou seja, se há uma dificuldade na efetivação das unidades prisionais enquanto institutos que preparam a pessoa presa para o novo convívio social a partir dali, não é plausível vislumbrar índices saltares de ressocialização. E se dentro das salas de aula sem grades, a emancipação do homem por meio das ideias e do crescimento psíquico revela extrema importância, tem-se nas salas de aula por trás das grades uma necessidade ainda maior: emancipação atrelada à recuperação do indivíduo.

Ao falar da educação como mecanismo para liberdade, Freire nos revela a necessidade deste fenômeno levar ao indivíduo a participar das questões do seu tempo.

Daí a necessidade de uma educação corajosa, que enfrentasse a discussão com o homem comum, de seu direito àquela participação. De uma educação que levasse o homem a uma nova postura diante dos problemas de seu tempo e de seu espaço. A da intimidade com eles. A da pesquisa ao invés da mera, perigosa e enfadonha repetição de trechos e de afirmações desconectadas das suas condições mesmas de vida. A educação do “eu me maravilho” e não apenas do “eu fabrico” (...) a educação teria de ser, acima de tudo, uma

tentativa constante de mudança de atitude. De criação de disposições democráticas através da qual se substituísem no brasileiro, antigos e culturológicos hábitos de passividade, por novos hábitos de participação e ingerência, de acordo com o novo clima da fase de transição. (FREIRE, 1967, p.93-94)

A emancipação, nesse contexto, está atrelada a uma educação que leva o indivíduo a questionar, aprender, pesquisar. Mudar o comportamento em relação a uma educação que, para Freire (1967, p.94), só fazia meros comunicados. Este comportamento participativo, indubitavelmente, leva o indivíduo a levantar-se contra as amarras invisíveis, porém perceptíveis, que o conduzem e determinam seus atos.

É preponderante também que a mudança parta do próprio indivíduo. Mas se este não se encontra consciente desta necessária mudança, tal objetivo dificilmente será alcançado. A educação deve atrair como um caminho viável. E emancipação só assim o será, se ela for apresentada como tal, não como um mero discurso.

Quando voltamos os olhares para os espaços educacionais nos ergástulos, é indiscutível a necessidade da sala de aula refletir esta emancipação. Ser um primeiro caminho para liberdade não apenas no diálogo. Mesmo havendo limitações de espaço, ou de profissionais que temem lecionar nestes espaços, ou até mesmo de segurança *stricto sensu*, há que se discutir o impacto e incentivar o processo educacional nas prisões brasileiras como um mecanismo impulsionador da liberdade – e, conseqüente, melhoria nos índices da segurança pública.

Trazendo para o debate ora aqui proposto, podemos abordar ainda a ideia de Bourdieu (1983 apud BORGES, 2018, p.86-87) sobre o *habitus*. Para o autor, as estruturas constitutivas de um tipo de meio produzirão o *habitus*, um sistema de disposições duráveis, predispostas a funcionar de forma autônoma, sem ser produto da obediência a regras. Seria então, conforme Borges (2018, p.86) analisa, um princípio responsável pela “geração de percepções, expectativas e práticas” e que também é “coagido pelas condições da estrutura social”.

Assim, o *habitus* bourdiesiano traz consigo a concepção a maneira como os seres irão reagir e (re)conhecer o ambiente social que os circunda. Estes moldes definiriam, portanto, as ações sociais do tempo presente, bebendo na fonte de experiências do tempo passado, condicionando de forma mediada os fatores externos e a subjetividade dos indivíduos. Brandão (2011, p.72), ao relacionar o *habitus* ao sistema prisional, observa-o como uma espécie de campo, identificando que a dominação simbólica efetiva um

tipo precário de *habitus*. Borges (2018, p.91) alerta que o campo é constituído como um espaço relativamente autônomo, dotado de leis específicas, mas que mantém uma dependência quanto às questões externas.

Nesse contexto, tem-se nos ambientes prisionais brasileiros a reprodução vã daquilo que se desenha na sociedade fora das grades: a não efetivação de valores sociais outrora definidos pelo mundo ocidental, que remonta a um fetichismo pelos conceitos advindos dos pensamentos europeus – ainda do sentimento colonialista – que reproduz na sociedade atual uma repetição de padrões. Apesar do campo das prisões possuírem sua relativa autonomia social (tais como códigos de conduta específicos, disciplina, regras de convivência), é dependente das influências externas, que definirão quem serão os indivíduos ora ali abrigados. Brandão (2011, p. 80) afirma que:

A modernidade brasileira é pautada na aceitação dos valores modernos e ocidentais como únicos e legítimos. A questão é que, se de um lado esses são os valores dominantes; de outro as práticas sociais são destoantes e terminam por manter um processo de exclusão pautado em valores tradicionais.

Assim, a educação, como já mencionado neste trabalho, por mais que deva romper com a cultura de repetição de padrões, buscando a “maravilha” do aprender (FREIRE, 1967, p.93), acaba sendo rechaçado pelo *habitus* cotidiano da história das prisões brasileiras. Importa ressaltar, no entanto, que a complexidade do sistema penitenciário e todas as suas vicissitudes não excluem singelos resultados positivos, ou seja, casos de pessoas que se ressocializam e rompem com os padrões. Mas a singeleza destes índices revela o quanto ainda é preciso tratar a educação como um caminho viável, e não um “valor” distante de ser plenamente atingível.

A transformação do indivíduo estará, portanto, quando o sistema externo passar a valorizar a ressocialização como um caminho viável para reinserção das pessoas privadas de liberdade no meio social. E isto não somente em garantir, por exemplo, a alfabetização ou o ensino fundamental. A compreensão de que isto não constitui mero custo para o Estado é o primeiro passo.

Talvez a transformação pretendida pelos professores em salas de aula ao longo de cada unidade prisional do Brasil devesse ser observada para além do sonho de capacitar um indivíduo que, possivelmente, teve seu primeiro contato com a educação tão somente depois de adentrar numa cadeia. Não abandonando o lado louvável desta questão, mas é necessária a transformação deste conceito, passando a compreender, de fato, que o desenvolvimento

humano também passa pela capacitação profissional e pela emancipação pessoal daqueles indivíduos² que cotidianamente se amontoam em celas.

A universalidade da educação no Brasil, por vezes, não consegue ultrapassar os espaços entre os ferros ligados que formam as grades do sistema prisional. Ainda é necessário, em muitos casos, que haja desconstrução de preconceitos, capacitação dos profissionais que irão atuar nestes locais e também a construção de uma cultura voltada para compreender a ressocialização de fato como um elemento de integração social do condenado e do internado – pela sociedade e também pelos Poderes.

2 O IDEALISMO DAS NORMAS E A PRETENSA UNIVERSALIDADE DA EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

Neste tópico, trabalharemos os diversos dispositivos normativos que tem por objetivo garantir a universalidade da educação, bem como as leis e regulamentos específicos voltados para o sistema prisional. O intuito deste estudo é estabelecer uma conexão entre estas normas e a realidade encontrada em unidades prisionais, sendo primordial buscar compreender em quais aspectos é possível encontrar espaço para mudança de paradigmas.

O primeiro aspecto importante nesta análise guarda compatibilidade com a visão de Bobbio (2004, p.31) sobre o tema da efetivação de determinados direitos:

Finalmente, descendo do plano ideal ao plano real, uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Sobre isso, é oportuna ainda a seguinte consideração: à medida que as pretensões aumentam, a satisfação delas torna-se cada vez mais difícil. Os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os direitos de liberdade. Mas sabemos todos, igualmente, que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado, particularmente no interior de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações solenes e sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações.

Tais contrastes contemplados por Bobbio serão verificados

2 Para reforçar este argumento, trazemos a reflexão feita no International Panel on Social Progress, sobre como a educação pode promover o progresso social: “28 When we think about the relationship between education and justice, we reach two additional conclusions.²⁹ First, justice demands that every individual be afforded equitable educational opportunities.³⁰ Second, the provision of educational opportunity, across all four goals, is essential to social progress and the advancement of justice. This includes access to education, experiences within it, and outcomes from it.” Disponível em: https://comment.ipsp.org/sites/default/files/pdf/chapter_19__how_can_education_promote_social_progress_ipsp_commenting_platform992016.pdf Acesso em 26/09/2019.

neste tópico de estudo. Declarações, encontros internacionais, normas, regulamentos se multiplicam e quanto mais assim são feitos, o que se nota é um afastamento ainda maior de sua efetivação, pois as práticas não acompanham a mesma velocidade dos discursos.

Iniciaremos então com a Declaração Universal dos Direitos Humanos (OHCHR, 1948, p.6), que em seu art. 26 estabelece que toda pessoa tem direito à educação, bem como deve visar a expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do homem e das liberdades fundamentais. Ao se compreender “todos” neste dispositivo, a educação traz consigo toda carga de universalidade pretendida pela declaração. Além disso, o art. 27 da mesma carta trata sobre o direito da pessoa tomar parte da vida cultural da comunidade, fruir as artes e participar do progresso científico.

A Organização das Nações Unidas, em 1990, estabeleceu nos princípios básicos de tratamento de prisioneiros (OHCHR, 1990, item 6) que deve ser garantido a todos os prisioneiros a participação em atividades culturais e educação, como forma de proporcionar o pleno desenvolvimento da personalidade humana. Em 2005, o Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos publicou um guia para treinamento de oficiais que atuam em prisões (OHCHR, 2005, p.110), o qual evidencia que as autoridades prisionais devem dar ao aspecto educacional alta prioridade, bem como a comunidade fora dos estabelecimentos prisionais deve ser envolvida em atividades culturais e educacionais, quando possível, nas prisões.

As Regras de Mandela – Regras Mínimas das Nações Unidas para o Tratamento de Reclusos (UNODC, 2015, p.4) enunciam que as administrações prisionais e demais autoridades devem buscar proporcionar a educação, formação profissional e o trabalho, de acordo com as necessidades individuais de tratamento dos reclusos. Ainda traz, na regra 64, que cada estabelecimento prisional deve ter uma biblioteca para uso de todas as categorias de reclusos, devendo estes serem incentivados a utilizá-la plenamente. Há o tópico dedicado à educação e ao lazer, no qual estabelece a necessidade de melhorar a educação, especial atenção com analfabetos e jovens, e buscar integração com o sistema educacional do país, para proporcionar a continuidade dos estudos quando em liberdade.

Em consonância com estes discursos, a legislação brasileira garante, no texto da Lei de Execução Penal (BRASIL, 1984) – anterior à Constituição Federal de 1988, que garante a educação como um direito social em seu art. 6º, e um direito de todos e dever do Estado em seu art. 205 (BRASIL, 1988) – como um dever do Estado, cujo objetivo deva ser a prevenção do crime e o

retorno do preso à convivência em sociedade, a assistência educacional. Esta deverá compreender a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado, conforme o art. 17 da lei.

Em 2011, por meio da lei nº 12.433 (BRASIL, 2011) a inserção da remição da pena pelo estudo permitiu mais um direito e um incentivo aos presos e presas a participarem do processo educacional. Assim, um dia de pena será remida a cada doze horas de frequência escolar, divididas em, no mínimo, três dias. Apesar de não prevista expressamente, por analogia, o Conselho Nacional de Justiça, por meio da recomendação nº44, de 2013, estabelece a possibilidade da remição pela leitura e os critérios para concessão da remição.

A Lei Federal nº 13.163 (BRASIL, 2015) reparou, ainda, uma inconsistência da Lei de Execução Penal que, anteriormente, previa apenas a obrigatoriedade do ensino do 1º grau nas prisões. Tal norma instituiu o ensino médio, regular ou supletivo, em respeito à universalização da educação. Outro fator importante foi a instituição do censo penitenciário, com o objetivo de apurar o nível de escolaridade dos presos e presas, existência de cursos, número de pessoas atendidas, implementação de cursos profissionais, existência de bibliotecas e outros dados para o aprimoramento educacional.

Ao menos no discurso as normas brasileiras caminham no sentido de efetivar os direitos previstos nos discursos. Não se pode estabelecer, contudo, a que velocidade. Apesar de termos 35 anos de um conjunto de normas que, expressamente, garante o direito à assistência educacional às pessoas privadas de liberdade, e posteriores alterações legislativas, veremos, no próximo tópico, a que distância ainda estamos de índices razoáveis de educação em presídios. Aqui não nos propomos a avaliar a qualidade deste ensino, mas especificamente sua implementação efetiva nos mais distantes rincões do Brasil.

3 FÁBRICAS NÃO MODIFICATIVAS: COMO O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO TENTA UNIVERSALIZAR A EDUCAÇÃO – DADOS SOBRE A EDUCAÇÃO NOS ESPAÇOS DE PRIVAÇÃO DE LIBERDADE

Foucault (2014, p.225) estabelece que a prisão não foi, necessariamente, no início, uma mera privação de liberdade a que se teria dado uma posterior função técnica de correção. Assim, para o autor, desde o princípio, esta teria um caráter de modificação dos indivíduos. Não deve, portanto, ser vista como uma instituição inerte, pois sempre teria feito parte de um campo ativo de abundantes projetos, os discursos teóricos, as experiências (FOUCAULT, 2014, p.227). É a prisão “um lugar para as transformações individuais que

devolverão ao Estado os indivíduos que esta perdera”. (FOUCAULT, 2014, p.121).

Neste processo, a transformação social pretendida pelo instituto da pena e sua função corretiva apresenta uma repetição de meros discursos quando nos deparamos com os índices de reincidência criminal. Inicialmente, importa ressaltar que para os fins do Código Penal, a reincidência, conforme o artigo 63, ocorrerá quando o agente comete novo crime, depois de transitada em julgado a sentença que tenha o condenado por crime anterior, no país ou no estrangeiro.

Isso impacta, por exemplo, numa possível leitura errônea dos dados, como alerta o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (2015, p.7):

O termo reincidência criminal é geralmente utilizado de forma indiscriminada, às vezes até para descrever fenômenos bastante distintos. Aponta, na verdade, para o fenômeno mais amplo da reiteração em atos criminosos e da construção de carreiras no mundo do crime.

(...)

Esta pesquisa ocupa-se da reincidência em sua concepção estritamente legal, aplicável apenas aos casos em que há condenações de um indivíduo em diferentes ações penais, ocasionadas por fatos diversos, desde que a diferença entre o cumprimento de uma pena e a determinação de uma nova sentença seja inferior a cinco anos – Código Penal (CP), artigos 63 e 64.

Segundo a pesquisa realizada pelo instituto supracitado, e utilizando este conceito, no espectro estabelecido, a reincidência criminal chegou a um número relativamente baixo ao que se anuncia – inclusive por autoridades -, perfazendo um total de 24,4%. Contudo, tal resultado, apesar de ligeiramente positivo, usa como parâmetro uma situação bastante específica, conforme supracitado.

A partir de estudos desenvolvidos por Saporì, Santos e Maas (2017, p.8), membros da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, foram analisados dados individuais de egressos do sistema prisional de Minas Gerais e chegaram à conclusão de que a reincidência criminal naquele Estado seria de 51,4%. Como parâmetro, utilizaram dados de indiciamento de investigação criminal de indivíduos após o cumprimento de pena de prisão.

No que se refere às variáveis sociodemográficas, o estudo evidencia que a taxa de reincidência criminal é muito afetada pelo sexo do egresso e por sua idade quando da liberação da prisão. Em sendo assim, os homens têm maior probabilidade/chance de reincidência em relação às mulheres e, principalmente, quanto mais avançado na idade em que

se encontra ao final do cumprimento da pena, menor é a probabilidade/chance de reincidência. Em outras palavras, homens tendem a reincidir mais do que as mulheres e os mais velhos tendem a reincidir menos do que os mais jovens. (SAPORI, SANTOS, MAAS, 2017, p.15-16)

Esses dados revelam que as pesquisas sobre reincidência, apesar de possuírem diferentes parâmetros, indicam que o sistema prisional não recupera na mesma velocidade com que cresce a população de pessoas dentro dos ergástulos. E importa ressaltar que aos mais jovens, a chance de reincidirem no mundo do crime é ainda maior. Este quadro reforça a necessidade de um sistema prisional que tenha por objetivo a implementação de medidas que busquem a recuperação do preso.

Sobre o assunto, Rodrigues (2014, p. 111) aponta que “o indivíduo ressocializado se torna produtivo ao reingressar na sociedade, rendendo benefícios. E não representará mais um custo social, uma vez distanciado da criminalidade.” Porém, ao contrário do que resta previsto, a educação universal outrora sonhada pelas declarações e normas esbarra nas grades do sistema penitenciário brasileiro não se efetiva. E enquanto isso, índices de 2019 do Conselho Nacional de Justiça apontam que a população prisional do Brasil cresce 8,3% ao ano, tendo, em julho/2019, ao menos 812.564 pessoas privadas de liberdade dentro dos estabelecimentos prisionais do país (BARBIERI, 2019).

Segundo dados do DEPEN (2017, p.53), a partir de um levantamento feito em 2016, cerca de 12% da população prisional do Brasil estariam envolvidos em algum tipo de atividade educacional. Dados publicados pelo mesmo departamento, em 2019, indicam que apenas 10,58% da população prisional no Brasil estavam envolvidos em atividades educacionais, tendo como referência o mês de junho de 2017 (DEPEN, 2019, p.56). E assim o sistema penitenciário brasileiro “tenta” universalizar a educação.

Tais índices paradoxais à universalização trazem consigo o seguinte questionamento: por que a realidade pretendida se encontra tão distante? Em tese, a instituição de salas de aula em ergástulos – espaços controlados pelo Estado – não pode parecer algo tão difícil de se concretizar. A partir de então, passaremos a analisar a realidade do Estado da Paraíba, para então buscar compreender as dificuldades em torno da efetivação do acesso à educação no contexto daquele sistema analisado, para, em seguida, estabelecer uma conexão com o universo brasileiro.

4 A REALIDADE DO ESTADO DA PARAÍBA QUANTO À EDUCAÇÃO NO SISTEMA PRISIONAL

Em abril de 1923, na Casa de Detenção da Parahyba, localizada na atual cidade de João Pessoa, capital do Estado, havia um total de 166 presos. Na escola da mencionada unidade prisional havia um total de 37 presos matriculados, à época, Lemos Britto (1924, p. 248) considerou um baixo percentual de pessoas frequentando as aulas que ali eram ministradas.

Hoje, quase cem anos depois, o que diria o jurista ao visitar a Penitenciária Desembargador Silvio Porto, localizada na zona sul da capital paraibana, cuja população prisional gira em torno de 1.600 presos condenados ao regime fechado. Os dados ora aqui obtidos estão disponíveis no Carcerem Data, projeto do Ministério Público do Estado da Paraíba que veicula os dados obtidos em suas inspeções nas unidades prisionais de todo o Estado. Também conforme dados obtidos via SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional –, nesta unidade prisional, em 2018, havia um total de 149 presos envolvidos em atividades educacionais. Assim, apenas 9,3% dos presos seriam contemplados com a “universal” educação outrora pretendida.

O Estado da Paraíba conta hoje com 79 unidades prisionais por todo o Estado, e uma população prisional em torno de 13 mil pessoas. As maiores concentrações de presos e presas se encontram abrigadas nos ergástulos da capital João Pessoa, correspondendo a um total de 37% da população.

Os dados publicados pelo próprio DEPEN (2019, p.56-57) usando como referência junho/2017, não fogem muito dessa realidade: no Estado da Paraíba, apenas 8,68% do corpo prisional estão envolvidos em ações educacionais. Desse total, 31,08% do público correspondem à alfabetização; 54,37% dedicados ao ensino fundamental; 14,26% voltados para conclusão do ensino médio; e apenas 0,19% no ensino superior. Não houve alunos participando de cursos de formação continuada para capacitação profissional. Em relação a cursos técnicos, apenas uma pessoa participou naquele período.

O Plano Estadual de Educação nas Prisões (DEPEN, 2015, p.28), estabelecido em 2015 pela Secretaria de Administração Penitenciária e a Secretaria de Educação do Estado da Paraíba, previa em 2017 ter cerca de 50 salas de aula e 2.203 vagas de ensino (oferta) para todas as unidades prisionais do ente federativo. Assim, observando os dados de 2017 outrora mencionados e o projeto sobredito, pode-se considerar que há um déficit de 1.152 de pessoas participando do processo educacional nas prisões da Paraíba.

As questões ora aqui propostas evidenciam o quanto a universalização da educação está distante. As causas podem ser as mais diversas possíveis. Inicialmente, observa-se que o intuito do Poder Executivo em efetivar políticas para o sistema apresenta um programa que provavelmente já parte, em sua gênese, de índices baixos de oferta de vagas e salas de aula. Como se não bastasse, há o condicionamento da estrutura física das unidades prisionais para que o direito à educação seja efetivado, diante do elevado número da população carcerária com baixo índice de escolaridade (DEPEN, 2015, p.24). Como se não bastassem tais limitações, há outro preocupante índice: se a oferta de vagas para participação de aulas para o ensino básico é considerada baixa, quase que inexistentes são os índices de capacitação profissional.

Assim, observando tais dados, é possível contemplar questões nevrálgicas que interferem no processo de reinserção social das pessoas em cumprimento de pena. Se a educação é colocada como um incentivo para remição da pena, bem como um mecanismo emancipador e capaz de reinserir o preso no contexto social, esta mesma esbarra no fenômeno da ausência de uma plena e efetiva oferta.

Outro fator a se considerar é até que ponto a educação, para aquele indivíduo que está mergulhado no sistema criminal, será capaz de recuperá-lo. Há que se ressaltar que quando falamos em crimes contra o patrimônio ou que estejam ligados ao tráfico de drogas, invariavelmente estes acabam movimentando somas de dinheiro muito superiores àquilo que as oportunidades ali apresentadas por meio da educação podem oferecer. Um ótimo exemplo que confirma isso são os índices de participação de presos da Penitenciária de Segurança Máxima Dr. Romeu Gonçalves Abrantes (PB1/PB2), localizada em João Pessoa/PB, onde num universo de 690 presos, apenas 10 estão envolvidos em atividades educacionais (alfabetização), conforme dados da plataforma SISDEPEN.

As informações listadas acima são de unidades prisionais que ficam na cidade mais importante do Estado. Quando migramos tal análise para os estabelecimentos de menor porte, como as cadeias públicas, onde é comum encontrar presos condenados ao regime fechado, em desconformidade com a Lei de Execução Penal, o quadro é ainda mais desanimador.

É corriqueiro transformar as celas que são destinadas aos presos do regime semiaberto e aberto em salas de aula, devido à falta de espaço nos estabelecimentos. Outras problemáticas dizem respeito à segurança das unidades, graças ao baixo quantitativo de agentes penitenciários atuando nesse processo, bem como profissionais capacitados para lecionar nas unidades prisionais. Isso leva, inclusive, a um desinteresse por parte dos

próprios detentos em participar das atividades educacionais, ante a baixa perspectiva de mudança das realidades diante do pouco que é ofertado.

Assim, ainda que haja incursões positivas, como no caso da própria Penitenciária Des. Sílvio Porto, que, embora com baixo quantitativo de vagas para a dimensão da unidade, é a única que possui uma Escola Estadual implantada dentro das muralhas do presídio e, também, possui uma biblioteca de boa qualidade, muito ainda precisar se modificar para que sejam atingidos bons índices educacionais nos ergástulos.

Por fim, temos o Relatório de Inspeção do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária em unidades prisionais da Paraíba, realizada em 2017, que ressalta estas informações:

Percebem-se esforços para dotar parte das unidades de estrutura educacional. Embora o alcance da população carcerária estudando ainda seja bastante limitado, havendo poucas vagas, há esforço para ampliação, merecendo especial registro as instalações existentes e os profissionais da educação que atuam, com visível abnegação, na Penitenciária Sílvio Porto.

(...)

A oportunidade de educação é ainda escassa, variando bastante a proporção de vagas entre as unidades. Há necessidade de se oportunizar mais vagas para os internos em todas elas. O Diretor do Presídio do Roger informou sobre o impacto negativo que teve para a unidade o encerramento do PRONATEC que era voltado para a população carcerária. Um grande número de presos estava podendo ser qualificado profissionalmente através do referido programa. São pouquíssimas as oportunidades de profissionalização. Nas unidades as oportunidades de trabalho são apenas relacionados aos serviços internos, voltados à própria manutenção dos serviços do presídio, e envolvem pouquíssimos detentos. (CNPCP, 2017, p. 13-15)

Desse modo, importa ressaltar que a educação nas unidades prisionais na Paraíba não é, de modo algum, um campo abandonado, ou a ressocialização um total desinteresse do aparelho estatal. Mas as propostas do aparelho estatal para a modificação das realidades encontram, no próprio discurso, limitações. Juntam-se a estas todas as comuns dificuldades e resistências que o ambiente do crime oferta, e, assim, o processo educacional perde força.

O objetivo ora aqui proposto foi evidenciar as causas que limitam a universalização do acesso à educação no mais diversos rincões do Brasil. Os casos da Paraíba demonstram o quanto o sistema penitenciário brasileiro não consegue implementar tudo aquilo que propõe em seus dispositivos

normativos e reconhece na esfera internacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Enquanto houver práticas de discursos fora dos estabelecimentos prisionais que reforçam um regime prisional mais fechado e rigoroso (RODRIGUES, 2014, p.115), os índices de crescimento populacional nos ergástulos só tendem a crescer. É inevitável que, diante do processo ora vivenciado pela segurança pública no Brasil, a população prisional irá crescer, mas, este sistema precisa – urgentemente – buscar alternativas para esta situação. É planejar-se, observar as capacidades que se encontram ociosas em celas. Presas não só pelas grades, mas pela segunda ausência de oportunidades.

Inicialmente partimos de uma análise sociológica, a partir da qual compreendemos a importância da educação no processo de transformação social. Se na sociedade em geral ainda observamos traços de colonialidade e uma educação voltada para manter a sociedade fechada, e que ainda privilegia a servidão, conforme a visão de Freire (1979, p.18). Do mesmo modo, isso se aplica à construção de uma educação dentro das prisões que não privilegia a emancipação do indivíduo.

Ainda que haja limitações orçamentárias e burocracias que impedem a construção rápida de uma rede de atividades profissionalizantes, que possibilite ao reeducando ir além do ensino básico, é necessária a construção de caminhos emancipadores e isso deve ser iniciado no cerne das políticas públicas voltadas para o processo de reinserção dos indivíduos ora aprisionados.

As práticas precisam se adequar aos discursos, mas buscando um olhar humanizado e realista. Se a população brasileira ainda sofre com altos índices de desemprego e baixa capacitação, mais grave ainda é a realidade da maioria das pessoas que se encontram privadas de suas liberdades, que ao deixarem o cárcere, precisam postular uma vida diferente da que tinham antes, sem ter tido suporte suficiente do Estado para tal.

A ressocialização é um trabalho árduo e que encontra dificuldades diversas. Mas é possível buscar alternativas viáveis e sólidas, parcerias público-privadas e, até mesmo, facilitar o diálogo entre instituições do próprio aparelho estatal. Enquanto a educação esbarra nas grades do sistema prisional, novas realidades deixam de ser construídas e mais presídios precisarão surgir para abarcar mais pessoas.

A política criminal, portanto, deve caminhar pensando não só

nos mecanismos de repressão, mas buscando compreender as razões que levam as pessoas a reincidirem no universo do crime e buscar empoderar estes indivíduos para que os mesmos conheçam outras realidades. Assim, a ressocialização precisa deixar o *status* de coadjuvante do sistema prisional, e assumir um papel principal, desde a entrada daquelas pessoas na unidade. O cerne da questão está no tratamento dado pelas políticas de governo ao papel dos mecanismos ressocializadores. Estes existem, mas ainda são insuficientes.

REFERÊNCIAS

BARBIÉRI, Luiz Felipe. **CNJ registra pelo menos 812 mil presos no país; 41,5% não têm condenação.** Notícia veiculada no Portal G1 em 17 de julho de 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/07/17/cnj-registra-pelo-menos-812-mil-presos-no-pais-415percent-nao-tem-condenacao.ghtml> > Acesso em 27/09/2019.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos.** Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. Disponível em: < https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297730/mod_resource/content/0/norberto-bobbio-a-era-dos-direitos.pdf > Acesso em 26/09/2019.

BORGES, Maria Creusa de Araújo. **A educação como um direito fundamental, um bem público e um serviço comercializável.** Campina Grande: EDUEPB, 2018.

BRANDÃO, Thadeu de Sousa. **Atrás das grades: redes sociais, habitus e interação social no sistema carcerário do RN.** 2011. 189 f. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Regional; Cultura e Representações) - Universidade Federal do Rio Grande do Norte, Natal, 2011. Disponível em: https://repositorio.ufrn.br/jspui/bitstream/123456789/13775/1/Atr%c3%a1sGradesRedes_Brand%c3%a3o_2011.pdf > Acesso em 25/09/2019

BRASIL. Congresso Nacional. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.** Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em 26/09/2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm > Acesso em 26/09/2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 12.433, de 29 de junho de 2011.** Altera a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), para dispor sobre a remição de parte do tempo de execução da pena por estudo ou por trabalho. Brasília, 2011. Disponível em: < <http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12433.htm> Acesso em 26/09/2019.

BRASIL. Congresso Nacional. **Lei nº 13.163, de 09 de setembro de 2015.** Modifica a Lei nº 7.210 de 11 de julho de 1984 para instituir o ensino médio nas penitenciárias. Brasília, 2015. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm> Acesso em 26/09/2019.

BRITTO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil.** Rio de Janeiro: Imprensa Nacional. 03v. 1924. Disponível em: <<http://bd.camara.leg.br/bd/handle/bdcamara/20419#>>. Acesso em 26/09/2019.

BUSEMEYER, M. CLOETE, N. DRORI, G. LASSNIGG, L. SCHOBER, B. SCHWATZMAN, S. SCHWEISFURTH, M. VERMA, S. **How can education promote social progress.** International Panel on Social Progress. Paris, 2016. <https://comment.ipsp.org/sites/default/files/pdf/chapter_19_-_how_can_education_promote_social_progress_ipsp_commenting_platform992016.pdf>

CNPCP – Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. **Relatório de Inspeção em Estabelecimentos Penais do Estado da Paraíba.** Conselheira Tais Schilling Ferraz. 2017. Disponível em < http://depen.gov.br/DEPEN/depen/cnpcp/relatorios-de-inspecao/copy18_of_RelatriodeInspeoParaba2017.pdf> Acesso em: 27/09/2019.

DEPEN. Departamento penitenciário nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – atualização Junho/2016.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2017. Disponível em: < http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf> Acesso em: 28/09/2019.

DEPEN. Departamento penitenciário nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Levantamento nacional de informações penitenciárias – atualização Junho/2017.** Brasília: Ministério da Justiça e Segurança Pública, 2019. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>> Acesso em: 28/09/2019.

DEPEN. Departamento penitenciário nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Plano Estadual de Educação nas Prisões – Estado da Paraíba.** 2015. Disponível em: < <http://depen.gov.br/DEPEN/acesso-a-informacao/acoes-e-programas/educacao-esporte-e-cultura/planoestadualdeeducacaoemprisesdaparaibaparte1.pdf>> Acesso em 28/09/2019.

DEPEN. Departamento penitenciário nacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública. **Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional**. Disponível em < <https://sisdepen.mj.gov.br/sisdepen/infopen-web/#/infopen/>> Acesso em: 28/09/2019.

EMEDIATO. Carlos A. **Educação e transformação social**. Revista Análise Social. Vol. XIV. Publicado em 1978. p.207-217. Disponível em: <<http://analisesocial.ics.ul.pt/documentos/1223988831F4kNP5ba1Hw59NP3.pdf>> Acesso em 25/09/2019.

FELICÍSSIMO, Leandro. **Ciências Sociais – De novo na prisão**. Notícia veiculada no portal da Revista PUC Minas, em 2017. Disponível em: < <http://www.revista.pucminas.br/materia/de-novo-na-prisao/>> Acesso em 27/09/2019.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. 42ª ed. Petrópolis: Vozes, 2014.

FREIRE, Paulo. **Educação como prática da liberdade**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1967. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/paulofreire/livro_freire_educacao_pratica_liberdade.pdf> Acesso em: 23/09/2019.

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. 12ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/paulofreire/paulo_freire_educacao_e_mudanca.pdf> Acesso em: 23/09/2019.

FREIRE, Paulo. **Pedagogia da autonomia: saberes necessários à prática educativa**. São Paulo: Paz e Terra, 1996. – (Coleção Leitura). Disponível em: <<http://forum.eja.org.br/files/Autonomia.pdf>> Acesso em: 23/09/2019.

GHEDIN, EVANDRO.; GOMES, R.C.S. **O desenvolvimento cognitivo na visão de jean piaget e suas implicações a educação científica**. In: VIII ENPEC – Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências, 2012, Campinas. Atas do VIII ENPEC – Encontro Nacional de Pesquisa em Educação em Ciências. Rio de Janeiro: ABRAPEC, v.1. p. 1-14. 2012

Ministério Público da Paraíba. **Carcerem Data – o sistema prisional em números**. Plataforma de dados. Disponível em: < <http://www.mppb.mp.br/index.php/19436>> Acesso em: 28/09/2019.

OCDE. Better life index. **Educação**. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2019. Disponível em: < <http://www.oecdbetterlifeindex.org/pt/quesitos/education-pt>> Acesso em 28/09/2019.

OECD. **Resumo de resultados nacionais do PISA 2015**. Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico. 2016. Disponível em: <<https://www.oecd.org/pisa/PISA-2015-Brazil-PRT.pdf>> Acesso em 27/09/2019

OHCHR – Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos. **Human Rights and Prisons – trainer’s guide on human rights training for prison officials**. Nova York e Genebra: Nações Unidas, 2005. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/Documents/Publications/training11Add2en.pdf>> Acesso em: 27/09/2019.

OHCHR – Escritório do Alto Comissário das Nações Unidas para Direitos Humanos. **Basic Principles for the Treatment of Prisoners**. Disponível em: <<https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/BasicPrinciplesTreatmentOfPrisoners.aspx>> Acesso em: 26/09/2019.

Organização das Nações Unidas. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em <https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf> Acesso em 24/09/2019.

RODRIGUES, Filipe Azevedo. **Análise econômica da expansão do direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2014.

SAPORI, Luis Flavio. SANTOS, Roberta Fernandes. MAAS, Lucas Wan Der. **Fatores sociais determinantes da reincidência criminal no Brasil – O caso de Minas Gerais**. Revista Brasileira de Ciências Sociais. Vol. 32, nº 94. 2017. Disponível em: < <http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v32n94/0102-6909-rbcsoc-3294092017.pdf>> Acesso em 27/09/2019.

SOARES, C.P.G. CHAVES, F.M. VIANA, T. V. **Educação em prisões e humanização: reflexões a partir da colonialidade e da descolonialidade do ser**. Publicado no livro Educação em espaços de privação de liberdade: descerrando grades. Org. SOARES, C.P.G. e VIANA, T.V. Jundiaí: Paco Editorial, 2016.

UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. **Regras Mínimas para o tratamento de reclusos (Regras de Mandela)**. Disponível em: <https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf> Acesso em 27/09/2019.

A ESTABILIDADE NO FUNCIONALISMO PÚBLICO COMO GARANTIA DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

THE STABILITY IN PUBLIC SERVICE AS A GUARANTEE OF THE PRINCIPLE OF SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST

Hugo Rodrigo Saraiva da Costa¹

RESUMO: O presente artigo busca analisar à luz do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado o instituto da estabilidade funcional concedida a servidores públicos pela Constituição Federal de 1988. Vê-se que a administração pública deve nortear todo o seu agir pela inafastável necessidade de promover o interesse coletivo, daí surgindo a possibilidade de, por vezes, atuar em posição de superioridade no relacionamento com seus administrados, caracterizando as chamadas prerrogativas estatais. A partir de uma revisão bibliográfica, busca-se atingir argumentação apta a inserir a estabilidade como verdadeira garantia para que a administração pública detenha-se isenta de pressões exógenas que maculem a impessoalidade no trato da coisa pública e, conseqüentemente, dificultem a consecução das funções administrativas do Estado.

Palavras-chave: Segurança jurídica, Prerrogativa, Coletividade, Constituição.

ABSTRACT: This article seeks to analyze, in light of the principle of the supremacy of the public interest over the private one, the institute of functional stability granted to public servants by the Federal Constitution of 1988. It is seen that the public administration must guide all its actions towards the inevitable need to promote collective interest, hence the possibility of sometimes acting in a position of superiority in the relationship with its administrators, characterizing the so-called state prerogatives. Based on a bibliographic review, an attempt is made to reach an argument capable of inserting stability as a real guarantee for the public administration to remain free from exogenous pressures that taint impersonality in dealing with public affairs and, consequently, hamper the achievement of functions administrative authorities.

Keywords: Legal security, Prerogative, Collectivity, Constitution.

¹ Hugo Rodrigo Saraiva da Costa é bacharel em Direito pela Universidade Federal de Campina Grande (UFCG); Especialista em Direito Administrativo; Servidor efetivo do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Norte, lotado desde 2017 no Grupo de Atuação Especial de Combate ao Crime Organizado (Gaeco/MPRN). E-mail: hugo.costa@mprn.mp.br.

INTRODUÇÃO

No exercício de sua função administrativa, o Estado deve manter-se adstrito a princípios aquilatados no texto constitucional de 1988, os quais organizados sistematicamente dão a tônica de como deve ser toda atuação administrativa. O conjunto de tais preceitos principiológicos é conhecido doutrinariamente como regime jurídico administrativo.

Por sua vez, sobressai como justificador e modelador da abrangência dos demais o denominado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, sendo seguro asseverar que, a partir dele, o poder público baliza toda a produção e execução normativa na busca pelo bem coletivo. Na perspectiva da supremacia do interesse público, portanto, surge ao Estado o poder instrumental de relacionar-se com seus administrados em posição vertical, valendo-se de prerrogativas não extensíveis ao direito privado e instituídas exatamente para que o ente público desempenhe a contento os misteres preconcebidos na legislação pátria.

Neste cenário, erigem-se importantes questionamentos se a estabilidade no serviço público, esculpida no artigo 41 da Constituição Federal, por materializar aparente vantagem aos agentes que compõem a administração, constituiria mero privilégio pessoal concedido à parcela da sociedade ou refletiria corolário do interesse público.

Com efeito, verifica-se entre os estudiosos do tema a existência de orquestrada corrente argumentativa no sentido de que o instituto da estabilidade traduziria real garantia ao funcionalismo público para a manutenção de sua isenção contra possíveis ingerências que tivessem o condão de desconectá-lo de seu papel primordial, qual seja, a perseguição aos anseios coletivos advindos da organização social, em evidente prestígio à impessoalidade no trato da coisa pública.

Dedica-se, pois, o presente texto científico, em linhas gerais, ao estudo da estabilidade concedida ao funcionalismo público brasileiro como garantia do princípio da supremacia do interesse público delineado na Carta da República, abarcando, ainda, como objetivos específicos a correta compreensão das condições impostas pela própria Constituição Federal para a configuração da estabilidade funcional no ordenamento jurídico, bem como a explicitação da lógica que campeia a concessão de prerrogativas aos entes públicos.

Ademais, tem-se na discussão fomentada acerca da real importância do poder extroverso estatal materializar garantias que contemplem seus

serventuários no intuito de promover o próprio interesse social como principal contribuição desta obra acadêmica, notadamente porque a estabilidade preconizada no artigo 41 da Constituição de 1988 não é isenta de críticos, vislumbrando-se, não raras vezes, defensores de sua supressão.

Insta consignar, outrossim, que o artigo ora proposto se consubstancia na forma de pesquisa por meio de revisão bibliográfica, sendo facilmente perceptível no decorrer de sua leitura as fontes consultadas, as quais correspondem a obras doutrinárias, publicações da seara jurídica e visitação ao texto constitucional que trata sobre a matéria.

1 LINHAS GERAIS SOBRE O REGIME JURÍDICO ADMINISTRATIVO E O PAPEL DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO EM SUA COMPOSIÇÃO

Tal como se observa para os demais ramos que compõem as ciências jurídicas, têm-se no Direito Administrativo uma evidente coordenação lógica responsável por integralizar, de maneira sistemática e justificável do ponto de vista ontológico, todo o arcabouço normativo (regras e princípios) inerente ao estudo da chamada função administrativa do Estado. Em que pese tratar-se de disciplina que historicamente materializa-se no ordenamento pátrio de forma difusa, é dizer, sem codificação específica e cuja aplicabilidade campeia entre os diferentes níveis de organização do Poder Público, o Direito Administrativo consegue manter-se, linhas gerais, uníssono no que diz respeito aos pilares que norteiam sua própria existência, sendo os de eminente destaque a limitação do poder estatal e consecução do interesse coletivo.

E nessa perspectiva de atribuir contornos bem definidos à atuação estatal em privilégio não só dos direitos individuais, pensados no âmbito de cada cidadão, mas do próprio conjunto social, ganha relevância o que se convencionou chamar na doutrina especializada de regime jurídico administrativo, responsável por delinear as prerrogativas e ônus atribuíveis ao Estado na consecução de seus misteres. Esse instituto, verdadeiro corolário da organização administrativa do Estado, baseia-se no equilíbrio entre princípios de carga constitucional, implícitos e explícitos, verificando-se aparente proeminência pra dois deles, tratados como basilares do regime jurídico administrativo, a saber: a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público.

Nesse diapasão, preconiza em lição clássica Celso Antônio Bandeira de Mello que “todo o sistema de Direito Administrativo, a nosso ver, se constrói sobre os mencionados princípios da supremacia do interesse público sobre

o particular e indisponibilidade do interesse público pela Administração” (MELLO, 1992, p. 18).

Ainda segundo Mello (1992), tais institutos principiológicos traduziriam verdadeiros supraprincípios da Administração, posto que a partir deles todo o conjunto normativo pertinente à matéria obteria seu verdadeiro sentido de existir.

Ponderando acerca do princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, o professor Jose dos Santos Carvalho Filho assim leciona:

Saindo da era do individualismo exacerbado, o Estado passou a caracterizar-se como *Welfare State* (Estado/bem-estar), dedicado a atender ao interesse público. Logicamente, as relações sociais vão ensejar, em determinados momentos, um conflito entre o interesse público e o interesse privado, mas, ocorrendo esse conflito, há de prevalecer o interesse público. Trata-se, de fato, do primado do interesse público. O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos interesses sociais. (FILHO, 2014, v. 27, p. 32)

Já o segundo princípio tratado como outeiro na estruturação do regime jurídico administrativo, consoante já tangenciado, é o da indisponibilidade do interesse público, podendo ser compreendido como sendo uma baliza norteadora intransponível imposta ao administrador público na gestão da *res publica*, na medida em que dela não poderá valer-se ao seu bel prazer ou motivado por razões que não estejam adstritas à satisfação de interesses coletivos delineados em produção legislativa do ente estatal.

Ainda no que pertine ao conceito do princípio da indisponibilidade, o já mencionado doutrinador Carvalho Filho ensina:

Os bens e interesses públicos não pertencem à Administração nem a seus agentes. Cabe-lhes apenas geri-los, conservá-los e por eles velar em prol da coletividade, esta sim a verdadeira titular dos direitos e interesses públicos.

O princípio da indisponibilidade enfatiza tal situação. A administração não tem a livre disposição dos bens e interesses públicos, porque atua em nome de terceiros. O princípio parte, afinal, da premissa de que todos os cuidados exigidos para os bens e interesses públicos trazem benefícios para a própria coletividade. (CAVALHO FILHO, 2014, v. 27, p. 36)

Uma a vez conceituados os princípios tidos como basilares do regime jurídico administrativo, cabível destacar que, doutrinariamente, a relação entre a supremacia do interesse público sobre o interesse privado e a indisponibilidade do interesse público é considerada como de interdependência, dialógica ou mutualística.

Diz-se mutualística exatamente porque um estabelece os limites ao outro: enquanto a supremacia do interesse público preconiza que o Estado, como regra, pautará sua atuação na busca pelo bem coletivo, valendo-se muitas vezes, para tanto, de prerrogativas e privilégios não extensíveis aos particulares (a exemplo da possibilidade de desapropriação de bens por interesse da administração ou da restrição de liberdades individuais decorrentes da aplicação do poder de polícia, dentre outras manifestações), encontrará no princípio da indisponibilidade os limites para a utilização de tais benefícios. Por sua vez, esse último, ao impor os limites do que seria interesse do ente estatal, garante a posição hegemônica do Estado em face de eventuais colisões com anseios meramente na esfera do privado.

Nesse sentido, Delvechio (2019), escrevendo em linhas gerais sobre os princípios constitucionais inerentes ao Direito Administrativo, ao abordar os institutos da supremacia do interesse público e da indisponibilidade, estabelece entendimento semelhante ao preceituar que “pode-se dizer que estes princípios funcionam como uma via de mão dupla, sendo que o primeiro confere prerrogativas e privilégios à Administração Pública, enquanto o último impõe limites a sua aplicação”.

Desta feita, a composição entre as proficuidades disponíveis ao Estado para a efetivação de suas atribuições, complementadas pelas limitações interpostas pela necessária vinculação do que seria ou não interesse coletivo, como já mencionado, estrutura a base do regime jurídico administrativo e, somada a outros princípios que a ela se adéquam, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade publicidade e eficiência, dentre outros (não tratados no presente texto por simples inconveniência com o tema escolhido), traduzem a tônica das reações da administração pública no trato dos interesses coletivos.

Faz-se oportuno consignar, neste ponto, que a prévia contextualização do regime jurídico administrativo, consoante termos supra aduzidos, constitui medida razoável para a correta compreensão do tema que se pretende abordar no presente trabalho, qual seja, a materialização da supremacia do interesse público a partir da concessão de estabilidade a servidores públicos, tendo em vista exatamente a imprescindibilidade de aquilatar como essa supremacia é tratada no ordenamento jurídico pátrio. O aprofundamento do

instituto, inclusive, adentrando o viés da permissibilidade de prerrogativas em benefício da administração pública será objeto do tópico subsequente.

1.1 A supremacia do interesse público e a lógica das prerrogativas concedidas ao Estado

Mais que uma mera sinalização programática de que a atuação administrativa deve pautar-se para a consecução de anseios coletivos consubstanciados na produção legislativa de determinado Ente da Federação, o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado apresenta proeminente destaque por materializar indiscutíveis vantagens concedidas à Administração Pública e as quais não são extensíveis aos particulares, tudo para que o administrador possa satisfatoriamente atingir os objetivos que lhe são legalmente impostos enquanto gestor da coisa pública.

Com efeito, uma das principais características do princípio sob análise é o endosso de uma verticalização nas relações entre a Administração e seus administrados, atribuindo àquela diversas possibilidades que a colocam em situação de superioridade frente a particulares. Tal desnível de tratamento consiste exatamente no que se chama em doutrina de prerrogativas da administração pública.

Em consonância com os ensinamentos do professor Matheus Carvalho (2017, 27 ed.), tem-se que a atribuição de prerrogativas ao poder público pode ser bem entendida da seguinte maneira: o Estado, conquanto seja garantidor de uma convivência harmônica em sociedade, deve desempenhar satisfatoriamente todas as atribuições que lhe são cometidas por lei. E de quais instrumentos dispõe para realizar tal tarefa? Vê-se na estipulação de prerrogativas a resposta para o questionamento suscitado.

Nas palavras do próprio Carvalho (2017, 27 ed., p. 50) a lição ganha a seguinte forma:

[...] o Estado tem o dever de atingir certas finalidades indicadas pela lei e pela CF e, para alcançá-las, depende da existência de poderes não cogitados para os particulares em geral, não existentes no direito privado. Com efeito, todas as prerrogativas de direito público conferidas pelo ordenamento jurídico ao Estado justificam-se por serem necessárias para que ele atinja os fins impostos pelo ordenamento jurídico.

Não obstante, insta deixar evidenciado, de plano, que nem todas as manifestações do Estado estão caracterizadas pela presença de uma superioridade materializada em prerrogativas que lhe sejam atribuíveis, mas tão somente aquelas onde se verifica a predominância do chamado poder

extroverso estatal, por meio do qual a administração, visando determinados fins e necessitando restringir direitos ou atribuir obrigações aos cidadãos, manifesta atos tidos como de império.

Nesse sentido, destaca-se a lição de Alexandrino e Paulo (2011,19 ed., p. 185) ao explicar o que seriam os atos de império:

São todos os que a Administração impõe coercitivamente ao administrado, criando unilateralmente para ele obrigações, ou restringindo ou condicionando o exercício de direitos ou de atividades privadas; são os atos que originam relações jurídicas entre o particular e o Estado caracterizadas pela verticalidade, pela desigualdade jurídica.

Registre-se, desta feita, a existência de espécies de atos onde a administração se despe de quaisquer prerrogativas e trata com os particulares em condições de igualdade. É o que acontece, por exemplo, quando ela, por intermédio de alguma de suas empresas estatais (sociedades de economia mista ou empresas públicas) se presta a explorar atividade econômica de maneira direta, o que o faz em plena paridade de armas com a iniciativa privada.

No mesmo diapasão, também não existirão prerrogativas à administração quando dela se requerer a prática de atos meramente de gestão, é dizer, voltados ao funcionamento orgânico da própria máquina pública. Neste caso, tal como na exploração de atividade econômica, embora não se desvencilhe do interesse público, a administração não precisará recorrer a nenhum benefício que não esteja ao alcance das relações jurídicas norteadas pelo direito privado.

Feitas tais ponderações, cabível é trazer à baila, de forma puramente ilustrativa, alguns exemplos onde a administração pública utiliza incontestes prerrogativas na defesa da supremacia do interesse público:

- a) Estipulação de cláusulas exorbitantes na celebração de contratos administrativos;
- b) A configuração dos atributos da coercibilidade, autoexecutoriedade, presunção de veracidade e presunção de legitimidade relativos aos próprios atos administrativos;
- c) A possibilidade de desapropriação da propriedade privada a interesse de ente público;
- d) As diversas restrições ao exercício de direitos individuais impostas aos cidadãos em decorrência do poder de polícia.

Em todos os exemplos elencados acima, há de ser percebido que a administração legítima a si mesma certas vantagens no trato impessoalizado com os administrados, objetivando garantir que o interesse coletivo, ao final, será privilegiado. Em linhas semelhantes, sustentar-se-á no presente artigo acadêmico que, a despeito de todas as críticas percebíveis ao instituto da instabilidade concedida a servidores ocupantes de alguns cargos públicos, a medida tem plena justificativa na supremacia do interesse público, consoante demonstração nos tópicos que seguem.

1.2 O instituto da estabilidade no serviço público

Compreende-se como estabilidade no serviço público a prerrogativa de cunho constitucional, materializada por meio do preenchimento de determinado tipo de cargo público, na qual o ocupante do referido cargo, obedecendo aos requisitos para sua investidura e superadas determinadas exigências prescritas na própria constituição, tem assegurada sua permanência como servidor público.

Nas palavras de Carvalho Filho, o instituto é definido como “o direito outorgado a servidor estatutário, nomeado em virtude de concurso público, de permanecer no serviço público após três anos de efetivo exercício” (CARVALHO FILHO, 2014, 27 ed, p. 676).

Já para Di Pietro, Motta e Ferraz (2011, p.121), a estabilidade funcional pode ser conceituada “como direito à permanência no serviço público, assegurado ao servidor público que cumpra o requisito de tempo de serviço exigido para esse fim e cujo o vínculo jurídico com o Poder Público somente se rompe nas hipóteses previstas na Constituição”.

Tal como se extrai dos conceitos ora apresentados, trata-se de preceito de ordem constitucional cujas linhas definidoras estão esculpidas no artigo 41 da Carta Democrática, *in verbis*:

Art. 41 CF/88. São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público.

§ 1º O servidor público estável só perderá o cargo:

I - em virtude de sentença judicial transitada em julgado;

II - mediante processo administrativo em que lhe seja assegurada ampla defesa;

III - mediante procedimento de avaliação periódica de desempenho, na forma de lei complementar, assegurada ampla defesa.

§ 2º Invalidadada por sentença judicial a demissão do servidor estável, será ele reintegrado, e o eventual ocupante da vaga, se estável, reconduzido ao cargo de origem, sem direito a indenização, aproveitado em outro cargo ou posto em

disponibilidade com remuneração proporcional ao tempo de serviço.

§ 3º Extinto o cargo ou declarada a sua desnecessidade, o servidor estável ficará em disponibilidade, com remuneração proporcional ao tempo de serviço, até seu adequado aproveitamento em outro cargo.

§ 4º Como condição para a aquisição da estabilidade, é obrigatória a avaliação especial de desempenho por comissão instituída para essa finalidade.

Da análise dos dispositivos constitucionais supratranscritos, permite-se extrair os requisitos para que o preceito da estabilidade seja, de fato, operacionalizado no ordenamento pátrio, quais sejam: ter sido o servidor previamente aprovado em concurso público (o qual, consoante regramentos infraconstitucionais, pode ser de prova ou prova e títulos); ser o cargo em questão de provimento efetivo; permanecer o servidor efetivamente no cargo para o qual foi inicialmente investido por um período mínimo de 3 (três) anos e; ser o dito servidor submetido à procedimento avaliativo de seu desempenho, realizado pela administração pública mediante constituição de comissão específica para tal desiderato.

De plano, vislumbra tratar-se de prerrogativa que não contempla de forma irrestrita toda e qualquer pessoa que desempenhe atividades em nome da administração, mas tão somente um grupo de agentes públicos que a ela se vincula em situações consideradas como imprescindíveis sob o aspecto da própria continuidade da administração pública. Em outras palavras, a manutenção em cargos públicos concedida pela estabilidade, inequivocamente, não tem a pretensão de abarcar todas as espécies de vínculos como Poder Público (ideia que muitas vezes campeia o imaginário que quem se presta a criticar o instituto sem conhecê-lo a fundo), mas volta-se ao núcleo permanente da própria administração, norteador pelo aspecto da efetividade.

Neste mesmo sentido, Teresa Cristina Padilha de Souza esclarece que:

[...] a estabilidade tem como preceito básico impedir a descontinuidade administrativa que pode acarretar, na maioria dos casos, a perda da memória técnica e cultural das organizações e do próprio Brasil. Diante dessas premissas, fica também evidenciada a forma como a estabilidade atende perfeitamente aos princípios weberianos de hierarquia e impessoalidade, caracterizados como preceitos básicos de uma administração voltada para a eficiência e a racionalidade (SOUZA, 2002, p. 79).

Não é à toa, por sinal, que José dos Santos Carvalho Filho (2014, 27

ed. 677 e 678) alerta que a estabilidade não alcança os empregados públicos, regrados pelo regime celetista, nem os ocupantes de cargos em comissão e funções de confiança, restringindo-se aos servidores estatutários.

Insta consignar, ainda, que mesmo para os servidores públicos estatutários o benefício da estabilidade não é obtido pela simples existência do vínculo com a administração, sendo necessário o preenchimento dos requisitos cronológico e meritocrático.

O primeiro diz respeito à permanência do servidor no cargo público pelo interstício de três anos, contados do dia da efetiva entrada em exercício, consistindo exatamente no chamado estado probatório. Estando o agente no exercício da função há menos tempo do que o estipulado na normal constitucional, não há falar-se em estabilidade, mesmo que o cargo seja de provimento efetivo.

Cumprе ressaltar, neste ponto, que a norma constitucional originária a qual regulava o lapso mínimo para o atingimento da estabilidade como 02 (dois) anos foi alterada pela Emenda Constitucional nº 19/1998, tornando necessário o decurso trienal. Houve, portanto, a agravação das condições mínimas necessárias para sua concretização, reforçando que o instituto não condiz com o *status* de simples favorecimento concedido indiscriminadamente.

Já o requisito relativo à submissão do servidor a avaliação de desempenho, traduz, juntamente com a aprovação em concurso público, o caráter meritório da estabilidade, espancando qualquer concepção de que todo agente público ocupante de cargo efetivo estará devidamente assegurado em seu trabalho, independentemente de seu comprometimento.

Outra questão digna de registro é o fato de que a estabilidade concedida aos servidores públicos efetivos não tem caráter absoluto, podendo o agente sofrer a sanção de demissão, caso incorra nas previsões do § 1º, do artigo 41, da Constituição Federal: ter em seu desfavor sentença judicial transitada em julgado (inciso I), ou ser alvo de processo administrativo do qual decorra a penalidade de demissão, assegurando-lhe, em todo caso, o exercício da ampla defesa e do contraditório (inciso II).

De mais a mais, verifica-se, ainda, a permissiva constitucional para que servidores públicos estáveis sejam exonerados de seus cargos, caso haja a necessidade de readequação econômico-financeira do Ente estatal ao qual o servidor é vinculado, nos moldes do artigo 169, § 4º, da Constituição Federal.

Destarte, vê-se que a estabilidade no serviço público não pode

ser considerada como uma espécie de carta branca para que servidores concursados ocupantes de cargos efetivos se sintam seguros para não desempenharem seus trabalhos com o afincamento e dedicação que o trato da coisa pública requer, havendo plena possibilidade de que agentes desidiosos ou que não correspondam aos preceitos estabelecidos pelo princípio constitucional explícito da eficiência venham a ser expurgados do serviço público.

Com efeito, o instituto da estabilidade encontra respaldo em argumentos bem mais sólidos do que a simples promoção de conforto ou favorecimento de determinados indivíduos, possuindo inegável subsunção como prerrogativa justificável pelo princípio da supremacia do interesse público, abordado em linhas anteriores.

Isso porque, além de afastar o risco da descontinuidade das funções encampadas pela administração, conforme já tangenciado supra, funciona como verdadeira garantia contra eventuais tentativas de ingerências direcionadas aos servidores públicos para que estes, enquanto representantes do Estado, sejam coagidos a praticar atos que, de alguma forma, visem ao direcionamento de vantagens a determinados grupos, em pleno desacordo com o princípio constitucional da impessoalidade.

Deve-se considerar, neste passo, que a estabilidade no serviço público fora instituída como norma de quilate constitucional (presente não só na Carta de 1988, mas em todas as constituições que já vigoraram no Brasil, diga-se *en passant*) com o evidente objetivo de assegurar ao funcionário público isenção contra pressões de ordem política e econômica, ou mesmo simples determinações desarrazoadas provenientes de superiores hierárquicos, condutas essas que podem desencadear desvios de finalidade na atuação estatal, a qual deve sempre primar pelo bem coletivo.

Corroborando tal linha de entendimento, citam-se mais uma vez os escritos de Teresa Cristina Padilha de Souza:

O principal objetivo da estabilidade é garantir imunidade aos servidores em relação a perseguições políticas e demissões injustas. O servidor público precisa sentir-se seguro para poder ter como prioridade única prestar serviços à sociedade, e não a seus superiores hierárquicos, por pressão ou visando a obtenção de simpatias ou privilégios. Protegendo o servidor, a estabilidade está protegendo a sociedade, impedindo que os órgãos do setor público se transformem em "cabides de emprego" e palcos de nepotismo, clientelismo e cartorialismo (SOUZA, 2002, p. 79).

Exemplificando eventuais desmandes que podem acometer a gestão da coisa pública e como o instituto da estabilidade contribui positivamente para mitigá-los, Fabrício Motta escreve:

Um fiscal de rendas pode ser pressionado pelo chefe para fiscalizar e autuar empresas que não tenham contribuído para a campanha do atual Chefe do Executivo. Um agente ambiental pode ser aconselhado a fazer vistas grossas para um contundente desmatador que é parente de um Deputado. Um professor de universidade pública pode ser perseguido porque tem convicções econômicas liberais, da mesma forma que um professor de escola pública pode ser ameaçado por suas opiniões que o ligam à esquerda.

Juntamente com outros instrumentos, a estabilidade configura *sistema de garantia* reconhecido ao servidor em prol da sociedade: o servidor público sabe que, exercendo corretamente e de forma impessoal suas atribuições, não será demitido, punido, não terá seu salário reduzido e – eventualmente – terá até direito a uma aposentadoria justa. Só cedem os que querem; não há razão para qualquer temor jurídico-político. Se essas garantias são utilizadas por alguns como escudo para não trabalhar ou fazê-lo de forma ineficiente, o ordenamento jurídico prevê outros remédios. Só não dá para culpar o remédio pelos excessos do paciente.

Ademais, tratar a estabilidade concedida a servidores públicos como garantia, na acepção técnico-jurídica da expressão, coaduna-se com a distinção clássica feita na doutrina constitucional entre direitos e garantias, na medida em que aqueles têm caráter declaratório, enquanto estes últimos possuem o viés assecuratório, de assegurar a fruição do direito declarado. *In casu*, o direito posto pela Constituição é o de que a administração, ao atuar, o faça pautada no interesse coletivo, corolário do princípio da supremacia do interesse público. Por sua vez, um dos instrumentos para que se permaneça com os olhos fitos no bem comum é a prerrogativa da estabilidade conferida ao funcionalismo público.

CONCLUSÃO

Por tudo até agora exposto, tem-se que o trato administrativo, compreendido como a parcela do poder público voltada à consecução da chamada função administrativa do Estado, tem seus contornos bem definidos a partir de princípios esculpidos na Constituição Federal de 1988, os quais pensados de maneira sistemática compõe o regime jurídico administrativo. Dentre tais princípios, destacam-se como justificadores e norteadores das demais normas os da supremacia do interesse público sobre o privado e o da indisponibilidade do interesse público, sendo um o limite de extensão do outro, em plena relação dialógica.

No tocante ao princípio da supremacia do interesse público, em específico, vê-se nele o argumento lógico para a atuação de toda a administração pública, a qual deve primar pela consecução do bem-estar coletivo, disto resultando a verticalidade observada nas relações entre o ente público e seus administrados.

Com efeito, a supremacia do interesse público demanda, muitas das vezes, a relativização na fruição de direitos com contornos eminentemente na esfera individual dos cidadãos, permitindo que o Estado se municie de prerrogativas não extensíveis ao direito privado, exatamente para que possa entregar a contento a atuação que dele se espera, pautando-se sempre na impessoalidade, independência e eficiência.

Diante desse contexto, criou-se a problemática se a estabilidade no serviço público, consoante normativa esculpida no artigo 41 da Carta da República, constituiria mero privilégio pessoal concedido à parcela da sociedade em decorrência da vinculação específica mantida com o Estado ou, em contrapasso, refletiria verdadeiro corolário do interesse público, garantido, juntamente com outros institutos, que o funcionalismo público mantenha-se isento de possíveis ingerências que o desconectem da perseguição ao bem comum.

A elucidação de tal questão demanda o conhecimento endógeno do instituto da estabilidade, passando desde os requisitos constitucionais para seu reconhecimento até a exposição dos argumentos doutrinários para a sua sustentação no ordenamento jurídico.

Nesta esteira, viu-se que a estabilidade no serviço público vincula-se necessariamente ao preenchimento de cargos efetivos, garantindo que a administração não sofra com o fenômeno da descontinuidade. Além disso, também foram observados os critérios cronológico e meritocrático, sendo aquele primeiro materializado pela exigência de que o servidor cumpra estágio probatório pelo interstício de três anos, enquanto esse último ganha forma pela necessidade de prévia aprovação em concurso público e posterior submissão a avaliação de desempenho feita por comissão específica.

Ademais, vislumbra-se na doutrina sólida argumentação de que a estabilidade concedida aos servidores encontra justificação ontológica como garantia contra eventuais tentativas de ingerências no serviço público, se destacando o indiscutível imperativo de assegurar àqueles que dão voz à vontade do Estado isenção contra pressões de ordem política e econômica capazes de macular a impessoalidade e a eficiência inerentes à consecução dos objetivos da administração, razão pela qual se concluiu que a supremacia do

interesse público ganha verdadeira instrumentalidade na previsão esculpida no artigo 41 da Bíblia Política Brasileira.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Administrativo descomplicado**. 19ª ed. São Paulo, Método, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo. PAULO, Vicente. **Direito Constitucional Descomplicado**, 7ª Ed. Rio de Janeiro, Método, 2011.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm> Acesso em: 1 jan. 2019.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 27ª ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CARVALHO, Matheus. **Manual de Direito Administrativo**. 4ª ed. Salvador, JusPUDIVM, 2017.

DELVECHIO, Lucas. **Princípios do Direito Administrativo**, 2019. Disponível em: <<https://lucasdelvechio.jusbrasil.com.br/artigos/664806451/principios-do-direito-administrativo>>, Acesso em 05 dez. 2019

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MOTTA, Fabrício; FERRAZ, Luciano de Araújo. **Servidores Públicos na Constituição de 1988**. São Paulo, Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Elementos de Direito Administrativo**. 3ª ed. São Paulo, Malheiros, 1992.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 17ª Ed. São Paulo, Atlas, 2005.

MOTTA, Fabrício. **Estabilidade de servidores na administração pública não é privilégio**. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-out-31/interesse-publico-estabilidade-servidores-publicos-nao-privilegio>>, Acesso em 10 de jan. 2020.

SOUZA, Tereza Cristina Padilha de. **Mérito, estabilidade desempenho: influência sobre o comportamento do servidor público**. 2002. 127 fls. Dissertação de Mestrado. (Curso de Mestrado Executivo) – Fundação Getúlio Vargas. Rio de Janeiro, RJ, 2002.

**A LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO
E AS LICITAÇÕES: UMA ANÁLISE DAS PRINCIPAIS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI Nº 13.655/2018**

**THE LAW OF INTRODUCTION TO THE RULES OF BRAZILIAN
LAW AND BIDDING: AN ANALYSIS OF THE MAIN CHANGES
PROMOTED BY LAW No. 13,655 / 2018**

Tiago Berchior Cargini¹

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo examinar as principais alterações recentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seus impactos jurídicos nas licitações e contratos administrativos. Para esse propósito, restringiu-se o objeto da análise aos artigos 20, 22 e 28 da LINDB, uma vez que são mais propícios de ser observados sob a óptica das contratações públicas, ao passo que também receberam críticas pelos discordantes do projeto de lei. Discutiu-se se a novidade legislativa privilegia a segurança jurídica. Também foi abordada a relação das decisões administrativas e os respectivos órgãos de controle. Por derradeiro, abordou-se o novo dispositivo inerente ao erro grosseiro e a situação dos pareceristas jurídicos nas contratações públicas.

Palavras-chave: Consequencialismo, Pragmatismo, Erro Grosseiro.

ABSTRACT: This article aims to examine the main recent changes in the Law of Introduction to the Rules of Brazilian Law and their legal impacts on public tenders and contracts. For this purpose, the object of the analysis was restricted to articles 20, 22 and 28 of LINDB, since they are more likely to be observed from the perspective of public contracts, while they also received criticism from those who disagreed with the bill. It was discussed whether the legislative novelty favors legal certainty. The relation of administrative decisions and the respective control bodies was also addressed. Finally, the new device inherent to gross error and the situation of legal advisers in public contracts were addressed.

Keywords: Consequentialism, Pragmatism, Gross Error.

¹ Assessor jurídico do Ministério Público de Rondônia. Especialista em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera – Uniderp. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba. Bacharel em Comunicação Social pela PUC-PR. Professor da União das Escolas Superiores de Rondônia de 2015 a 2019. E-mail: tiagobcargini@gmail.com.

INTRODUÇÃO

No dia 25 de abril de 2018, foi promulgada a Lei nº 13.655/2018, que inseriu 10 (dez) artigos no Decreto-Lei nº 4.657/1942, conhecido como a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB). Trata-se de novos dispositivos voltados especialmente ao Direito Público, tendo em vista que trazem regras inerentes ao contencioso administrativo.

A partir desse momento, passou-se a discutir se as novas regras “engessam” a administração pública e o ativismo judicial ou se a norma apenas proporciona ao administrador público maior segurança jurídica.

Tal discussão ganha peso, na medida em que a LINDB é considerada uma norma de sobredireito, isto é, uma norma que regulamenta outras normas. Essa percepção, inclusive, foi positivada pelo legislador brasileiro, pois, em meados de 2010, abandonou-se a nomenclatura outrora utilizada de “Lei de Introdução ao Código Civil”, haja vista que a lei em exame se aplica a todos os ramos, não apenas ao Direito Privado.

Por representar relevância à Teoria Geral do Direito, os novos dispositivos impõem regramentos atinentes ao controle de atos administrativos, interpretação de normas de gestão pública, responsabilidade do agente público e revisão de atos e contratos administrativos, o que abarca fatalmente as licitações e contratos delas derivados.

Nessa trilha, este projeto visa a analisar as principais alterações recentes na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e seus impactos jurídicos nas licitações e contratos administrativos.

Em atenção à complexidade do tema, optou-se por limitar esta investigação aos novos artigos 20, 22 e 28 da LINDB, por se tratar dos dispositivos com mais relevância para as contratações públicas.

Cuida-se de pesquisa bibliográfica, uma vez que o propósito do artigo foi examinar as inovações legislativas do ponto de vista teórico. Ademais, por tratar-se de recente inovação legislativa, a maior parte dos materiais pesquisados foi composta de artigos científicos, cujos autores são estudiosos renomados no Direito Civil e Administrativo, como Maria Helena Diniz, Marçal Justen Filho, Gustavo Binbenbojm, André Cyrino, Eduardo Jordão, entre outros, ao passo que também se buscou procurar, na medida do possível, o entendimento jurisprudencial relacionado aos novos dispositivos legais.

1 O ARTIGO 20 DA LINDB E A SEGURANÇA JURÍDICA

De acordo com o novo artigo 20 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, “Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.”

Ainda quando a norma em vigência compunha o projeto de lei nº 7.448/2017, o Tribunal de Contas da União emitiu parecer opinando pela inconstitucionalidade do artigo acima transcrito. Segundo a Corte de Contas, o magistrado, ao exercer o controle de legalidade de atos administrativos, já possui a incumbência de fundamentação. Nessa trilha, o dispositivo afrontaria o parágrafo único do artigo 70 da Constituição Federal:

Além disso, esse dispositivo inverte o ônus da prova, que originariamente é do administrador público, em decorrência do disposto no art. 70, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual “Prestará contas qualquer pessoa física ou jurídica, pública ou privada, que utilize, arrecade, guarde, gerencie ou administre dinheiros, bens e valores públicos ou pelos quais a União responda, ou que, em nome desta, assumira obrigações de natureza pecuniária”.

Isso porque o dever de demonstrar as alternativas possíveis é do agente público que pratica o ato posteriormente invalidado. E o administrador deve cumprir esse dever antes da prática do ato, exatamente para se certificar de que, analisadas as “possíveis alternativas”, ele faz a melhor escolha.

Portanto, trata-se de dispositivo inconstitucional por ofensa ao parágrafo único do art. 70. (PROCESSO TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5)

Maria Helena Diniz (2018) tece comentários sobre a exigência legal de expor as consequências práticas quando a decisão estiver fundada em valores jurídicos abstratos. Para a autora, a necessidade de motivação é inerente ao próprio Estado de Direito, uma vez que esse modelo parte do pressuposto de que o administrador público tem o ônus de demonstrar a necessidade e adequação da medida adotada.

Além disso, a legislação não dá azo para a adoção de conceitos indeterminados indistintamente. Por isso, na hipótese em que houver solução legislativa expressa para um determinado problema, fica inviável valer-se desse instituto (DINIZ, 2008, p. 308).

Assim, o novel dispositivo contempla a responsabilidade decisória da autoridade, tendo em vista que, num cenário com mais de uma possibilidade de solução, o princípio republicano reforça a necessidade de fundamentação da atitude acolhida ou mesmo da invalidação do ato (DINIZ, 2008, p. 308).

Feitas essas considerações iniciais, registre-se que o artigo 20 da LINDB, ao contrário do que possa parecer, não se destina exclusivamente ao ativismo judicial. Isso porque sua redação literal fala “nas esferas administrativa, controladora e judicial”. A regra aqui estudada é medida imposta a todas as esferas de controle.

A esfera administrativa abrange todo o aparelho estatal interno de que dispõe a Administração, previsto nos artigos 70 e 74 da Constituição Federal, no intuito de verificar a compatibilidade de seus atos com o ordenamento jurídico. Cuida-se de exteriorização do princípio da autotutela, que permite a revisão do feito sem intervenção do Poder Judiciário (JUSTEN FILHO, 2014, p. 1208).

Já a dimensão controladora engloba a estrutura voltada para a fiscalização de um órgão para outro, com fulcro principalmente nos artigos 70 e 71 da Carta Magna, cuja função típica é atribuída ao Poder Legislativo, auxiliado, sobretudo, pelos Tribunais de Contas.

A terceira esfera prevista na norma é a judicial, que possui permissivo no princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário ante a lesão de direitos (art. 5º, XXXV, da CF/88). Todavia, saliente-se que a fiscalização exercida pelo magistrado sempre será do ponto de vista da legalidade e não do mérito, uma vez que a independência dos poderes não autoriza ingerência de um sobre o outro (artigo 2º da Constituição Federal).

Para compreender a finalidade da restrição legal da aplicação de valores jurídicos abstratos, é necessário discorrer acerca de suas implicações jurídicas e práticas.

A partir do que se depreende da nova legislação, vê-se que sua preocupação primordial é com a aplicação do direito, uma vez que a decisão da autoridade estatal se mostra relativa a um caso concreto.

Essa aplicação do direito pode ter um viés mecanicista, que parte do pressuposto de que o ordenamento jurídico já dispõe de todas as soluções nas normas abstratas, mesmo que implicitamente. Nessa visão, o agente que possui competência para decidir não inova. Trata-se de um posicionamento idealista.

Contudo, a concepção que se evidencia mais adequada da aplicação do direito é a realista. Nesse enfoque, o arcabouço normativo sufraga conjuntos de padrões abstratos, de maneira que não há possibilidade de se encontrar soluções para todos os casos concretos. Nem toda situação possuirá previsão legalmente antecipada.

Por essa razão, a aplicação pelo sujeito investido de competência decisória envolverá utilização da norma geral e abstrata, que funcionará como delimitadora da autonomia do gestor (JUSTEN FILHO, 2018, p. 16).

Todavia, nem sempre é fácil determinar a solução efetiva para o caso concreto. Tal dificuldade é oriunda do emaranhado de soluções que as normas abstratas possibilitam. Outro aspecto que intensifica esse bloqueio é a proliferação de normas gerais e abstratas positivadas.

Essa proliferação possui, dentre outras raízes, a afirmação das sociedades multiclasse. Diferentemente do início do século XX, a composição atual dos parlamentos é revestida de representantes das mais variadas parcelas das sociedades, que nem sempre têm os mesmos interesses.

Como a produção legislativa depende da circunstancial formação da maioria, a delimitação de interesses comuns, muitas vezes, resulta na constituição de leis de conteúdo geral e impreciso (GIANNINI, p. 45-50 apud JUSTEN FILHO, 2018, p. 17-18).

Outro fator que contribui para a reprodução de normas vagas é a defasagem das normas concretas. Isso ocorre porque os dispositivos legais tendem a refletir um momento existencial da sociedade que os criou naquele momento. A partir da “aceleração do tempo”, por conta do ambiente altamente globalizado, surgem inúmeras demandas cujas respostas nem sempre estão legalmente previstas.

Com efeito, as soluções legislativas de outrora, por vezes, restam obsoletas, o que motiva novamente a consagração de normas gerais e abstratas, tendo em vista que sua flexibilização pode diminuir esse risco de defasagem (JUSTEN FILHO, 2008, p. 19).

Nesse panorama, a pulverização de dispositivos abertos pode levar a alguns problemas, que os novos dispositivos da LINDB buscam combater. O primeiro deles é a própria “preguiça” do exercício da competência decisória.

Nessa senda, desponta-se a oportunidade do simplismo decisório – a autoridade administrativa opta por uma decisão mais superficial, que nem sempre é adequada ao problema. Ressalte-se que essa “preguiça” não necessariamente representa ausência de dedicação pelo administrador público, mas sim seu “ceticismo quanto à viabilidade ou utilidade de aprofundamento” (SUNDFELD, 2014, p. 205 apud JUSTEN FILHO, 2018, p. 21-22).

Com efeito, surgem os chamados casos difíceis, que podem ser

resolvidos com diversas alternativas, inclusive contraditórias entre si. Para tais problemas, a decisão possui respaldo em normas genéricas, o que permite a variação de entendimentos de agente para agente. Por isso, o resultado são situações similares solucionadas de maneiras heterogêneas com fulcro na mesma norma jurídica. Nessa trilha, emerge o principal problema da discussão acerca da Lei nº 13.655/2018: a elevação da insegurança jurídica.

Um possível impasse dessa insegurança é o fato de que a invocação de fórmulas genéricas pode dissimular uma escolha subjetiva potencialmente arbitrária. Nessa perspectiva, os valores fluidos se apresentam como um discurso retórico, a fim de justificar uma decisão pessoal do agente (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23–26).

Marçal Justen Filho (2018) afirma que

Em outras hipóteses, ocorre um processo valorativo intuitivo e não consciente. Existe um processo de formação da vontade decisória que é produzido de modo espontâneo e aleatório. A autoridade atinge uma conclusão sobre o caso, sem seguir um percurso consciente predeterminado. Tendo formado a sua decisão, a autoridade desenvolve um processo de racionalização. Isso significa dar uma aparência de racionalidade a uma decisão fundada em impulsos, vontades e outras manifestações de subjetivismo.

Em face de tais problemas, Maria Helena Diniz (2018) afirma que o artigo 20 da LINDB proporciona esse subjetivismo, tendo em vista que o administrador poderá analisar as consequências práticas ao caso concreto de forma livre.

Lado outro, Justen Filho (2018) preconiza que a finalidade da norma é exatamente reduzir o subjetivismo e a superficialidade, impondo o necessário cotejo das circunstâncias do problema.

Registre-se que a interpretação literal do dispositivo é suficiente para chegar à conclusão de que o artigo 20 da LINDB não veda a adoção de normas de cunho abstrato. O que se determina, a fim de mitigar a insegurança jurídica acima exposta, é que o agente de competência decisória, ao utilizar um conceito jurídico indeterminado, deve levar em conta as consequências práticas da decisão, no bojo da sua fundamentação.

Ademais, o Decreto nº 9.830/2019, que regulamenta os artigos 20 a 30 da LINDB, em seu artigo 3º, pacifica que a necessidade de observância às consequências práticas aplica-se à decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos.

Cite-se, por exemplo, o artigo 59 da Lei nº 8.666/1993, que permite à autoridade competente revogar o procedimento de licitação por razões de “interesse público” superveniente. Uma vez que o objeto da revogação pressupõe um ato ou procedimento lícito (MARINELA, 2016, p. 450), deve a decisão articular os aspectos práticos com o interesse público do caso concreto, tendo em vista que a revogação retirará do mundo jurídico uma licitação validamente finalizada.

Nota-se, ainda, que o dispositivo em xeque comporta interpretação contrária, ou seja, se a decisão pautou-se em regra jurídica específica e de baixo teor de abstração, não há necessidade de sua fundamentação realizar esse cotejo.

Dessa forma, a decisão que desclassifica a proposta de um licitante (ou mesmo sua manutenção ou reforma pela via jurisdicional) não exigirá do agente público a avaliação de todas as suas consequências práticas, já que apenas é necessário verificar se o participante formulou oferta em conformidade com o edital de convocação (art. 48, I, da Lei nº 8.666/1993).

Logo, afasta-se o preceito de que a Lei nº 13.655/2019 impõe a preponderância do consequencialismo. Afinal, o que ainda define a solução administrativa é o ordenamento jurídico. É incorreto afirmar que as consequências determinarão a decisão, independentemente das normas. Na realidade, as consequências apenas são sobrepesadas no processo decisório (JUSTEN FILHO, 2018, p. 38).

Além do *caput*, o artigo 20 possui um parágrafo único que trata das possíveis invalidades dos atos e contratos administrativos, cujo teor assim dispõe: “Parágrafo único. A motivação demonstrará a necessidade e a adequação da medida imposta ou da invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, inclusive em face das possíveis alternativas.”

A novel legislação reforça a obrigatoriedade da utilização do princípio da proporcionalidade nas decisões fundadas em normas gerais e abstratas (JUSTEN FILHO, 2018, p. 23). Tal princípio examina se a medida ou decisão tomada mostra-se compatível com o fim a que se propõe, no intuito de não se demandar ação mais contundente que o necessário (MARINELA, 2016, p. 111-112).

Por isso, a previsão dos efeitos práticos da decisão é indispensável para verificar se a escolha apresenta compatibilidade com o valor invocado. Para isso, procura-se traçar um raciocínio lógico, pautado nos conhecimentos

técnicos ou na experiência (JUSTEN FILHO, 2018, p. 29).

Nesse diapasão, o parágrafo único do artigo 20 da LINDB positiva os elementos “necessidade” e “adequação” do princípio da proporcionalidade, impondo à decisão avaliar as alternativas possíveis. Isso permitirá saber se a preferência está mais condizente com a finalidade pretendida. “Assim, por exemplo, será inválida a decisão que adotar uma solução de maior potencial restritivo de que outra” (JUSTEN FILHO, 2018, p. 33).

Ao analisar tal conceito com a Lei de Licitações, vê-se, por exemplo, que, na hipótese de inexecução do contrato, a Administração não precisa necessariamente rescindir unilateralmente com o contratado, desde que uma das sanções do artigo 87 da Lei nº 8.666/1993 seja suficiente para a restauração da prestação do serviço (art. 86 da Lei nº 8.666/1993).

Mesmo na hipótese extremada da invalidade, o Decreto nº 9.830/2019, em seu artigo 4º, §§3º a 5º, referenda o princípio da proporcionalidade, ao permitir que a decisão module seus efeitos, preservando os atos jurídicos já praticados ou estabelecendo momento a partir de que a anulação surtirá efeitos.

Nessa trilha, vê-se que o dispositivo comporta compatibilidade com a legislação licitatória, pois a anulação de uma licitação gera consequentemente a anulação do contrato dela derivado. Tais efeitos, em regra, são retroativos. Contudo, em razão da vedação do enriquecimento ilícito, a Administração deve indenizar o contratado pelos serviços já prestados, bem como indenizar-lhe os prejuízos comprovados não imputados a ele (art. 59 da Lei nº 8.666/1993).

Ao partir dessa premissa, vê-se que o parágrafo único do artigo 20 também dá azo ao instituto da convalidação, que permite a manutenção de um ato ou procedimento administrativo ilícito com vícios sanáveis (MARINELA, 2016, p. 442). Nessa toada, a autoridade administrativa, ao identificar uma irregularidade de forma (considerada vício formal pela doutrina) sem prejuízos ao interesse público e aos licitantes, deve corrigir o defeito, em vez de anular toda a licitação.

2 O ARTIGO 22 DA LINDB E O PRAGMATISMO

O artigo 22 da LINDB possui a seguinte redação:

Art. 22. Na interpretação de normas sobre gestão pública, serão considerados os obstáculos e as dificuldades reais do gestor e as exigências das políticas públicas a seu cargo, sem prejuízo dos direitos dos administrados.

§ 1º Em decisão sobre regularidade de conduta ou validade de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa, serão consideradas as circunstâncias práticas que houverem imposto, limitado ou condicionado a ação do agente. [...]

Pelo que se depreende do *caput* do art. 22, é necessário que a interpretação das normas administrativas envolva a reflexão acerca das dificuldades corriqueiras do gestor.

Segundo Eduardo Jordão (2018), a Lei nº 13.655/2018 não se preocupa unicamente com a segurança jurídica, mas também com o aprimoramento efetivo da gestão pública nacional. Isso porque a forma como o Direito Administrativo vem sendo interpretado tem gerado ineficiências gerenciais significativas.

Essa proposta de melhora do artigo 22 pauta-se na introdução do pragmatismo. Isso converge com a mudança de paradigma identificada por Mendonça (2014). Conforme ensina, o Direito Administrativo tradicional apresenta as seguintes características: europeizante, conceitualista, sistematizador e centraliza o direito como explicação da vida econômica e social.

Com a virada paradigmática, passa-se à rediscussão da supremacia do interesse público sobre o privado, a juridicidade permeia o controle dos atos da administração, utiliza-se de forma mais enfática o princípio da ponderação nos interesses administrativos, ao passo que a constitucionalização do Direito Administrativo torna-se relevante. Dessa forma (MENDONÇA, 2014, p. 185-189),

o novo estilo do direito administrativo possui, assim como o antigo, quatro características básicas. Ele é (i) próximo aos métodos americanos, (ii) pragmatista e empiricista, (iii) assistematizador e assistemático, e (iv) descrente na centralidade do direito como chave de interpretação da vida econômica, política e social.

A visão pragmática da Lei nº 13.655/2018 busca combater duas das principais teorias românticas ou ideais. A primeira parte do pressuposto de que o direito é completo e determinado. A segunda presume que a realidade fática da Administração Pública é ideal para a concretização dos objetivos do Direito Público (JORDÃO, 2018, p. 66).

Com relação à idealização do direito, a alteração legislativa em exame tem como ponto de partida a sua indeterminação, com as inevitáveis normas abertas. Malgrado a abstração seja inevitável, a cultura jurídica nacional ainda não a incorporou como algo natural. Pelo contrário, ainda ocorre, no Brasil,

grande força do dogma irracional da completude do ordenamento jurídico, levando a operadores acreditar que nele sempre haverá soluções específicas para todas as questões sociais e práticas.

Essa leitura irracional, muitas vezes, faz com que o operador se afaste das contribuições que podem ser ofertadas pelos conhecimentos não jurídicos. Outro efeito disso é que os órgãos de controle, por possuir interpretações distintas do administrador público, baseiam-se unicamente na sua solução específica, deixando de considerar se a escolha do gestor é logicamente razoável, e impondo-lhe sanções (JORDÃO, 2018, p. 66-67).

Um caso polêmico atinente a esse posicionamento dos órgãos de controle diz respeito ao MS nº 0800006-24.2019.8.22.0000, ainda pendente de julgamento no âmbito do Tribunal de Justiça de Rondônia. Na espécie, o Tribunal de Contas Estadual determinou a recomposição do Fundo Previdenciário Financeiro do Estado de Rondônia, no valor de R\$ R\$ 32.258.903,11, no prazo de 30 dias.

Embora ainda não haja julgamento, o Parecer nº 3693/PJ-2019 do Ministério Público considerou que, apesar da obrigatoriedade do reequilíbrio atuarial, o aporte em dinheiro é apenas uma das alternativas trazidas pela legislação, não podendo o TCE-RO substituir a figura do gestor. Além disso, o *Parquet* também consignou que o prazo estabelecido se mostrou fora da realidade econômica, financeira e orçamentária, para quantia tão vultosa.

No que tange à idealização dos fatos, vê-se que o Direito Administrativo tem sido aplicado desconsiderando as dificuldades de várias Administrações Públicas (sobretudo regionais e locais). De se destacar, ainda, que essa falta de percepção ocorre tanto na fase de consagração e enunciação dos objetivos da norma quanto no momento da cobrança dos gestores públicos.

As consequências, dentre outras, desse cenário são (JORDÃO, 2018, p. 68-69):

(i) a resistência da mão-de-obra mais qualificada de atuar no setor público; (ii) a atração para estes postos principalmente de indivíduos propensos a riscos; (iii) a resistência dos gestores a inovações e atuações que fujam protocolar [...]

Nessa senda, o artigo 22 da LINDB busca uma empatia com o administrador. Se o controlador pretender substituir a decisão administrativa, é fundamental também que enfrente o mesmo ônus suportado pelo gestor (JORDÃO, 2018, p. 70).

Quanto aos obstáculos e dificuldades para fins do dispositivo em

xeque, numa primeira análise, as circunstâncias mais óbvias são aquelas apontadas pelos comentaristas e frequentemente reportadas pela imprensa: empecilhos materiais, financeiros, orçamentários, de pessoal, etc. (JORDÃO, 2018, p. 76).

Um exemplo relevante para o tema é a realização de licitações por pregão. Trata-se de modalidade prevista na Lei nº 10.520/2002, que possui grande preferência pelos órgãos de controle, tendo em vista que desburocratiza as fases do certame, dando celeridade e economicidade para as contratações públicas (MARINELA, 2016, p. 519). Sua forma eletrônica é ainda mais preferível, pois maximiza a competitividade, transparência e controle social (MARINELA, 2016, p. 521).

Em 2019, foi editado o Decreto nº 10.024/2019, tornando obrigatório o pregão presencial para as licitações no âmbito da administração pública federal (art. 1º, §1º). Essa compulsoriedade igualmente foi imposta aos Estados e Municípios que realizem licitações com verbais federais (art. 1º, §3º).

Com o intuito de dar efetividade ao regulamento, a Instrução Normativa 206/2019 do Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão (art. 1º) estabeleceu um calendário (com base no critério populacional), de modo que, até 1º/7/2020, todos os Municípios devem ter aderido ao pregão eletrônico:

Todavia, a necessidade de estrutura pode dificultar a integração do sistema de compras governamentais e o cumprimento desses prazos. Isso porque, de acordo com o mapeamento de redes de transporte da Agência Nacional de Telecomunicações em 2019, 28% (vinte e oito por cento) dos municípios brasileiros não possuem *backhaul* de fibra óptica.

Outrossim, chama-se a atenção para outro obstáculo: a dificuldade jurídica. Trata-se do problema de se interpretar o que a legislação permite, veda ou determina. O fenômeno decorre da própria complexidade da legislação administrativa, que, ao mesmo tempo em que possui muitos detalhes, por vezes contém indeterminações. Essa adversidade pode se agravar em decorrência da dificuldade material, como nos municípios pequenos que não dispõem de procuradoria ou cujo auxílio jurídico seja precário.

Um problema comum decorrente da dificuldade jurídica na administração pública diz respeito a uma das primeiras etapas do processo licitatório: a elaboração do projeto base. De acordo com artigo 6º, IX, da Lei nº 8.666/1993, o projeto básico necessita reunir uma série de elementos que

devam caracterizar adequadamente o objeto da futura licitação.

Contudo, o relatório de atividades do ano de 2019 do Tribunal de Contas da União, ao analisar mais de 30 mil obras públicas financiadas com recursos federais, constatou que mais de 30% foram consideradas inacabadas ou paralisadas. Segundo a Corte de Contas (2019, p. 121), uma das principais causas foram contratações feitas com base em projeto básico deficiente.

Diante desse cenário, uma das medidas para mitigar a dificuldade jurídica é a edição de regulamentos e súmulas administrativas acerca da interpretação, conforme preconizado pelo novo artigo 30 da LINDB. Outra saída é o órgão de controle também levar em consideração os impasses do administrador, cogitando uma álea de razoabilidade, isto é, avaliando um leque de opções de interpretações razoáveis.

Tais propostas recebem influência da doutrina *Chevron*, do direito americano (JORDÃO, 2018, p. 78-79), cuja premissa assim dispõe:

Primeiro, sempre, é a questão de saber se o Congresso disse com precisão em relação à questão específica. Se a intenção do Congresso for clara, esse é o fim da questão; pois o tribunal, assim como o agente, devem efetivar a intenção inequivocamente expressa do Congresso. Se, no entanto, o tribunal entender que o Congresso não abordou diretamente a questão específica, o tribunal não impõe simplesmente sua própria construção do estatuto. Em vez disso, se o estatuto for silencioso ou ambíguo com relação à questão específica, a questão para o tribunal é se a resposta do agente se baseia em uma construção permissível do estatuto. (tradução nossa)

Com efeito, a proposta do artigo 22 é trazer para o campo da realidade (fática ou jurídica) a interpretação das normas administrativas, em especial aqueles inerentes às licitações, tanto pelo administrador quanto pelo controlador.

3 O ARTIGO 28 E A RESPONSABILIDADE DOS AGENTES PÚBLICOS EM LICITAÇÕES

O último dispositivo da LINDB a ser abordado neste ensaio é o artigo 28. Sua redação possui o seguinte texto: “Art. 28. O agente público responderá pessoalmente por suas decisões ou opiniões técnicas em caso de dolo ou erro grosseiro.”

Trata-se de regra que gera várias interpretações acerca da responsabilidade do agente público. Conforme ensinam Binenbojm e Cyrino (2018), o ideal é que o administrador apenas faça a aplicação mecânica do direito. Dessa forma, todas as suas ações seriam vistas como probas e corretas,

pois ninguém seria penalizado por concretizar o que está na lei.

Entretanto, a realidade é um pouco diversa do ideal, por conta do que já foi relatado anteriormente sobre a indeterminação de muitas normas jurídicas. Além disso, a lei não contém toda a atividade administrativa, uma vez que administrar implica realizar ações proativas e regular setores da economia. Por isso, erros (não necessariamente grosseiros) são passíveis de ocorrer, mesmo que os órgãos de controle utilizem como parâmetro a aplicação ideal do direito (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 204-205).

Nessa trilha, o objetivo da lei, ao trazer a expressão “erro grosseiro”, é “criar um ambiente propício à inventividade, cuidando de gestores e técnicos que buscam inovar os meios de gestão pública” (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 213). Assim, é considerada a falibilidade própria do ser humano, deixando a responsabilização apenas para os erros que transcendam o cuidado mediano e os casos de dolo.

De início, é mister identificar quem é o destinatário do artigo 28. Nota-se que a lei utilizou a expressão “agente público”, o que é entendido pela doutrina e jurisprudência majoritárias como qualquer pessoa que atue em nome do Estado, mesmo que esporadicamente e sem remuneração. Nesse conceito incluem-se os agentes políticos, os agentes administrativos e os particulares em colaboração com o Estado (MARINELA, 2016, p. 754).

Na mesma direção desse posicionamento, Binenbojm e Cyrino (2018) observam que o artigo 28 da LINDB considerou como agente público todos os sujeitos passivos dos atos de improbidade administrativa, conforme os artigos 1º e 2º da Lei nº 8.429/1992. Outro apontamento dos autores é que a lei não define a forma de atuação do agente. Isso significa que a responsabilidade pode ocorrer tanto por atos decisórios, quanto por orientações, típicas dos corpos técnicos da Administração Pública.

Uma crítica que se atribui ao projeto é que a nova legislação teria o condão de prejudicar a aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Quanto a isso, alguns ponderamentos são necessários.

A Lei nº 8.249/2019 agrupou os atos de improbidade administrativa em atos que: a) que importam enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causam prejuízo ao erário (art. 10) e; c) atentam contra os princípios da administração pública (art. 11). O Superior Tribunal de Justiça já sedimentou que improbidade é diferente de ilegalidade. A improbidade é a ilegalidade, sempre acrescida do elemento subjetivo (dolo ou culpa) do agente desonesto, corrupto ou que não cumpriu com seus deveres funcionais. Portanto, para a caracterização da

improbidade dos artigos 9º e 11, a lei exige o dolo, a intenção do ato. Já com relação ao art. 10, além do dolo, pode-se sancionar o agente a título de culpa (STJ, EREsp 479.812/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJe 27/9/2010).

Com efeito, para as hipóteses de dolo, a novel legislação mantém incólume a jurisprudência dominante. Afinal, o artigo 28 da LINDB, além do erro grosseiro, também pune o ato praticado por dolo. No entanto, a reconfiguração do erro grosseiro apenas se amolda aos casos de culpa do artigo 10 da Lei nº 8.429/1992, tendo em vista que é o único dispositivo que admite a modalidade culposa (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 219).

Outro questionamento é se o artigo em exame está em conformidade com o ordenamento jurídico-constitucional. O tema é regulamentado pelo artigo 37, §6º, da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 37 [...]

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

É de se observar que o texto constitucional não demanda o elemento subjetivo (dolo ou culpa) para que o Estado se responsabilize por eventuais danos causados por seus agentes. Nesse diapasão, adotou-se a sua responsabilidade objetiva (MARINELA, 2018, p. 1157). Isso significa dizer que eventual irresponsabilidade do agente não exime o Estado de indenizar os prejuízos suportados pelos administrados.

Pela leitura do artigo acima transcrito, vê-se, ainda, que o direito de regresso em face do agente causador somente se aperfeiçoará se indivíduo agir com dolo ou culpa. Em outras palavras, a Constituição Federal consagrou a responsabilidade objetiva do Estado e a responsabilidade subjetiva de seus agentes.

Por essa razão, reclamar o dolo ou erro grosseiro para sancionar o agente público evidencia-se dentro da margem de interpretação razoável delineada pela Constituição, não havendo, pois, que se falar em inconstitucionalidade (BINENBOJM; CYRINO, 2018, p. 215-216).

Com relação à delimitação do tema proposta por este artigo (licitações e contratos administrativos), observam-se duas situações em que o artigo 28 da LINDB pode ser corriqueiramente discutido: a responsabilidade do administrador que dispensa uma licitação, bem como a do profissional do

Direito que elabora o parecer que subsidia essa decisão.

Sobre a sanção do administrador que dispensa o procedimento, o Supremo Tribunal Federal proferiu julgado recente, que, apesar de versar sobre a esfera penal, é relevante para se compreender formas de raciocínios para a configuração (ou não) do dolo.

No julgamento da AP 971/RJ, o STF reafirmou seu posicionamento de que o crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/1993 (“Dispensar ou inexistir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexistibilidade”) exige o especial fim de agir.

Assim, diferencia-se o crime da mera irregularidade, sobretudo quando as evidências apontam para a obrigatoriedade da licitação. Nessa toada, o administrador ímprobo vai além do inapto, porquanto, quando houver flagrante ilegalidade na dispensa, configura-se a intenção de lesar o erário (STF, AP 971/RJ, Rel: Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe: 10/10/2016).

No tocante à responsabilidade do advogado público no exercício da consultoria jurídica, a matéria foi pacificada pelo STF, em 2003, na decisão do MS 24.073 / DF. Na espécie, buscava-se a responsabilidade solidária do advogado de empresa estatal que exarou o parecer jurídico que subsidiou a contratação direta. A Corte entendeu que, em regra, o parecer é ato de atividade consultiva, e a punição do parecerista só é cabível se decorrente de erro grave, inescusável ou então de ato ou omissão praticado com culpa em sentido largo, como se vê:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. TRIBUNAL DE CONTAS. TOMADA DE CONTAS: ADVOGADO. PROCURADOR: PARECER. C.F., art. 70, parág. único, art. 71, II, art. 133. Lei nº 8.906, de 1994, art. 2º, § 3º, art. 7º, art. 32, art. 34, IX. I. - Advogado de empresa estatal que, chamado a opinar, oferece parecer sugerindo contratação direta, sem licitação, mediante interpretação da lei das licitações. Pretensão do Tribunal de Contas da União em responsabilizar o advogado solidariamente com o administrador que decidiu pela contratação direta: impossibilidade, dado que o parecer não é ato administrativo, sendo, quando muito, ato de administração consultiva, que visa a informar, elucidar, sugerir providências administrativas a serem estabelecidas nos atos de administração ativa. Celso Antônio Bandeira de Mello, "Curso de Direito Administrativo", Malheiros Ed., 13ª ed., p. 377. II. - O advogado somente será civilmente responsável pelos danos causados a seus clientes ou a terceiros, se decorrentes de erro grave, inescusável, ou de ato ou omissão praticado com culpa, em sentido largo: Cód. Civil, art. 159; Lei 8.906/94, art. 32. III. - Mandado de Segurança

deferido. (STF, MS 24073 / DF, Relator: Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ: 31/10/2003)

Em 2007, ao julgar o MS 24.631/DF, a discussão ganha novos contornos. Em seu voto relator, o Ministro Joaquim Barbosa, ao colacionar lições da doutrina francesa, esclarece que os pareceres podem ser facultativos (sua emissão não é obrigatória), obrigatórios (sua emissão é obrigatória, mas a decisão de acolhê-lo não é) e vinculantes (o administrador deve decidir de acordo com a peça ou então não decidir). Diante disso, o colegiado sufragou a responsabilidade do parecerista jurídico apenas nos pareceres vinculantes, haja vista que há uma partilha do poder decisório (STF, MS 24631 / DF, Relator: Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe: 31/01/2008).

Todavia, na mesma ocasião, também entendeu a Corte que aprovação das minutas de convênios, contratos, acordos ou ajustes e editais de licitação não se mostram meramente opinativos, razão por que não pode o advogado se recusar a comparecer a prestar esclarecimentos, em sede de controle (STF, MS 24584 / DF, Relator: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe: 19/06/2008).

Em outras palavras, segundo o STF, o advogado somente será responsabilizado se incorrer em culpa, erro grosseiro ou nos pareceres de natureza vinculante (MS 27867 AgR / DF, Relator: Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe: 03/10/2012).

Sobre tais pareceres, o posicionamento não é absoluto. Isso porque, em 2019, a Corte já isentou o advogado que opinou pela dispensa de licitação em situação de emergência, a depender das circunstâncias fáticas. Uma vez que não se pode impor ao causídico conhecimentos técnicos além dos jurídicos, ao assessor jurídico não compete atestar a causa da emergencialidade, mas apenas a existência de decreto nesse sentido. Seu exame reputa-se no âmbito formal do procedimento, ou seja, sua fiscalização acerca da lisura do certame não abrange os aspectos materiais (STF, HC 171576 / RS, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ: 17/9/2019).

Por derradeiro, com relação ao que se entende por “erro grosseiro”, Mendonça (2010, p. 150-151) explica que não se trata de interpretações divergentes ou teses superadas. É o erro claro, que poderia ser percebido por qualquer advogado mediano. Segue o autor dando exemplos, como elaboração de parecer com base em norma revogada, enquadramento de dispensa de licitação em artigo não aplicável da Lei nº 8.666/1993 e aplicação da lei federal a pregação na hipótese de existir lei estadual incompatível.

Vale destacar a recente Medida Provisória nº 966/2020, que trouxe

redação similar à norma aqui esquadrinhada, contudo com relação à responsabilização dos agentes públicos no combate à pandemia da Covid-19. Seus artigos 1º e 2º possuem a seguinte redação:

Art. 1º Os agentes públicos somente poderão ser responsabilizados nas esferas civil e administrativa se agirem ou se omitirem com dolo ou erro grosseiro pela prática de atos relacionados, direta ou indiretamente, com as medidas de:

I - enfrentamento da emergência de saúde pública decorrente da pandemia da covid-19; e

II - combate aos efeitos econômicos e sociais decorrentes da pandemia da covid-19.

Art. 2º Para fins do disposto nesta Medida Provisória, considera-se erro grosseiro o erro manifesto, evidente e inescusável praticado com culpa grave, caracterizado por ação ou omissão com elevado grau de negligência, imprudência ou imperícia.

Questionada a inconstitucionalidade da norma, foi ajuizada a ADI nº 6421. Apesar de não haver ainda publicação do acórdão, o colegiado concedeu medida liminar, por maioria, para dar interpretação conforme ao artigo 2º, cuja tese foi redigida da seguinte maneira:

1. Configura erro grosseiro o ato administrativo que ensejar violação ao direito à vida, à saúde, ao meio ambiente equilibrado ou impactos adversos à economia, por inobservância: (i) de normas e critérios científicos e técnicos; ou (ii) dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção. 2. A autoridade a quem compete decidir deve exigir que as opiniões técnicas em que baseará sua decisão tratem expressamente: (i) das normas e critérios científicos e técnicos aplicáveis à matéria, tal como estabelecidos por organizações e entidades internacional e nacionalmente reconhecidas; e (ii) da observância dos princípios constitucionais da precaução e da prevenção, sob pena de se tornarem corresponsáveis por eventuais violações a direitos. (ADI 6421 / DF, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe: 03/06/2020)

Esse importante precedente pode ser utilizado para chegar a duas conclusões. A primeira é que, segundo o STF, o artigo 28 da LINDB, por ter redação similar ao artigo 1º da medida provisória atacada, não padece de inconstitucionalidade, podendo ser realizada sobre ele interpretação conforme a Constituição. A segunda é a de que se considera erro grosseiro a inobservância a normas técnicas e critérios científicos da matéria ao respectivo tema.

Com efeito, podem ser responsabilizados, por erro grosseiro, engenheiros que não adotem normas técnicas em obras públicas,

administradores cuja decretação de emergência não tenha atendido a recomendações de conselhos profissionais (ou até organismos internacionais, como a Organização Mundial da Saúde) e advogados que profiram pareceres flagrantemente ilegais.

CONCLUSÃO

A partir da análise desses três novos artigos da LINDB, viu-se que existem posicionamentos contrários acerca da Lei nº 13.655/2018.

Quanto ao artigo 20, há doutrinadores que sustentam que permeará o subjetivismo desenfreado, em decorrência da impossibilidade de o administrador prever todas as consequências práticas de uma decisão pautada em valor jurídico abstrato. Lado outro, há quem defenda que a norma objetiva exatamente reduzir o subjetivismo, ao passo que a norma apenas pede que o gestor leve em consideração as repercussões política, social, econômica ou jurídica, sem pretensão de esgotar absolutamente todos os cenários.

No que tange ao artigo 22, mesmo que alguns sustentem que o pragmatismo na interpretação das normas administrativas leve ao desprezo das ilegalidades, não se pode negar que a constatação das dificuldades (sobretudo locais) pode iniciar um diálogo do administrador com os órgãos de controle. Sob esse escopo, trata-se de norma com potencial para amadurecimento do direito público, na medida em que pode proporcionar a redução do distanciamento entre quem decide em quem controla.

Em relação ao artigo 28, alguns defendem sua inconstitucionalidade, por facilitar a impunidade. Contudo, também se viu que o texto pode ser compatibilizado com as regras constitucionais acerca da responsabilidade civil do Estado, bem como a tolerância ao erro não significa cancelar a desídia, a negligência.

Como se vê, todos os dispositivos podem ser abraçados pelo princípio (ou técnica, para alguns constitucionalistas) da interpretação conforme, apenas afastando interpretações inconstitucionais, em vez de expurgar norma que possui presunção de constitucionalidade.

Há potencial para melhoramentos no governo e na administração pública brasileira. Tudo depende da boa aplicação da Lei nº 13.655/2018 pelos gestores e controladores, em especial, nas contratações públicas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BINENBOJM, Gustavo; CYRINO, André. **O Art. 28 da LINDB - A cláusula geral do erro administrativo**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77655>. Acesso em: 2 abr. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, Agência Nacional de Telecomunicações. **Mapeamento de redes de transporte**. Disponível em: <https://www.anatel.gov.br/dados/mapeamento-de-redes>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 9.830, de 10 de junho de 2019**. Regulamenta o disposto nos art. 20 ao art. 30 do Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942, que institui a Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9830.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Decreto nº 10.024, de 20 de setembro de 2019**. Regulamenta a licitação, na modalidade pregão, na forma eletrônica, para a aquisição de bens e a contratação de serviços comuns, incluídos os serviços comuns de engenharia, e dispõe sobre o uso da dispensa eletrônica, no âmbito da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10024.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992**. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993**. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18666cons.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, **Medida Provisória nº 966, de 13 de maio de 2020**. Dispõe sobre a responsabilização de agentes públicos por ação e omissão em atos relacionados com a pandemia da covid-19. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/mpv/mpv966.htm. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, Ministério da Economia/Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital/Secretaria de Gestão. **Instrução Normativa nº 206/2019**. Disponível em: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/instrucao-normativa-n-206-de-18-de-outubro-de-2019-222816417>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. **EREsp 479.812/SP**, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, 1ª Seção, DJe 27/9/2010.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **ADI 6421/DF**, Rel. Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, DJe: 03/06/2020. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5912207>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, _____. **AP 971/RJ**, Rel. Min. Edson Fachin, 1ª Turma, DJe: 10/10/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4910640>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, _____. **HC 171576/RS**, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJ: 17/9/2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5700808>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, _____. **MS 24.073/DF**, Rel. Min. Carlos Velloso, Tribunal Pleno, DJ: 31/10/2003. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1969143>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, _____. **MS 24.584/DF**, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe: 19/06/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2141808>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, _____. **MS 24.631/DF**, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Tribunal Pleno, DJe: 31/01/2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2159173>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, _____. **MS 27.867AgR/DF**, Rel. Min. Dias Toffoli, 1ª Turma, DJe: 03/10/2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2661649>. Acesso em: 14 jun. 2020.

BRASIL, Tribunal de Contas da União. **TCU/CONJUR: TC-012.028/2018-5**. Disponível em: <<https://cdn.oantagonista.net/uploads/2018/04/PL-7448-2017-Inteiro-teor-Altera-LINDB-Parecer-Conjur-2018-04-20.pdf>>. Acesso em 10. Jun. 2020.

BRASIL, _____. **Relatório anual de atividades do TCU ano 2019**. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/transparencia/relatorios/relatorios-de-atividades>. Acesso em 10. Jun. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Artigos 20 a 30 da LINDB como novos paradigmas hermenêuticos do direito público, voltados à segurança jurídica e à eficiência administrativa**. Revista *Argumentum*, Marília, v. 19, n. 2, mai.-ago. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/view/594>. Acesso em: 2 abr. 2020.

JORDÃO, Eduardo. **Art. 22 da LINDB - Acabou o romance: reforço do pragmatismo no direito público brasileiro**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77650>. Acesso em: 2 abr. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Art. 20 da LINDB - Dever de transparência, concretude e proporcionalidade nas decisões públicas**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Edição Especial: Direito Público na Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro – LINDB (Lei nº 13.655/2018), nov. 2018. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/77648>. Acesso em: 2 abr. 2020.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDONÇA, José Vicente Santos de. **A responsabilidade pessoal do parecerista público em quatro Standards**. Revista da AGU, Brasília, ano 9, n. 24, abr./jun. 2010.

_____. **A verdadeira mudança de paradigmas do direito administrativo**

brasileiro: do estilo tradicional ao novo estilo. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 265, jan./abr. 2014.

RONDÔNIA, Tribunal de Justiça. **MS 0800006-24.2019.8.22.0000.** Rel. Des. José Antônio Robles, Tribunal Pleno. Disponível em: <https://pjesg.tjro.jus.br/ConsultaPublica/DetalleProcessoConsultaPublica/listView.seam?ca=b6c1120e7f8c97dbfbea5f9116d7383099009654a1964999>. Acesso em: 10 jun. 2020.

CARTÓRIO DO FUTURO: UM PARADIGMA PARA OS CARTÓRIOS JUDICIAIS DE 1º GRAU

REGISTRY OF THE FUTURE: A PARADIGM FOR FIRST-DEGREE JUDICIAL NOTATIVES

Bruna de Sousa Lira¹

Jorge Henrique de Almeida Junior²

RESUMO: Este artigo tem como escopo a análise sucinta acerca dos modelos de administração pública, burocrático e gerencial, bem como a influência destes na gestão cartorária das serventias judiciais de 1º grau até os dias atuais. Ademais, analisou-se como a criação e desenvolvimento do conceito-paradigma de Cartório do Futuro - uma reformulação cartorária de técnicas e de gestão de materiais, pessoas, orçamento, entre outros - pode proporcionar celeridade face à tramitação dos processos sob a plataforma eletrônica (virtual). Vislumbrou-se como o Cartório do Futuro vem sendo aplicado em alguns estados do país e seus resultados frente ao processo físico.

Palavras-chave: Administração Pública, Modelo Burocrático, Modelo Gerencial, Central de Processos Eletrônicos.

ABSTRACT: This article has as purpose to analyse in a short way the models of public administration, bureaucratic and management system, as well as its influence on the judicial repartition of the 1º degree until nowadays. Nonetheless, the article made analyses of the creation and the development to the concept of judicial repartition of the future - a reformulation to the repartition of the technique and the operation of the materials, people, budget, and other - could provide celerity towards the path of the processes under the electronic platform (virtual). The envision as the Cartório of the future has been applied in some states of the country and its results towards the physical processd.

Keywords: Public Administration, Bureaucratic Model, Management Model, Central of Electronic Processes.

1 Servidora Pública Estadual do Tribunal de Justiça de Rondônia, titulada no cargo de técnica judiciária. E-mail: bruna-sousa@hotmail.com.

2 Estagiário de Direito do Ministério Público de Rondônia. E-mail: jorgedhenriquealmeida@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Este artigo foi idealizado a partir da observação acerca dos modelos da administração pública atualmente utilizados e aplicados aos cartórios judiciais de 1º grau. Em que pese a informatização dos meios tecnológicos nos setores públicos e na sociedade, em geral, verificaram-se fragmentos de práticas e técnicas outrora utilizados, o que implica, de forma reflexa, em resultados menos eficientes e eficazes em relação ao que poderia ser alcançado.

O cartório do futuro, uma reformulação dos cartórios judiciais de 1º grau em funcionamento sob a plataforma eletrônica de processos, criado como forma de “vir a ser” o novo paradigma **às serventias judiciais de 1º instância**, revela-se como uma proposta de solução para os problemas comumente encontrados no âmbito do Poder Judiciário: excesso de processos e morosidade na tramitação processual, com ênfase neste. Trata-se de levar ao jurisdicionado práticas cartorárias (e, até certo ponto, judicantes) que zelem pela aplicação do princípio da eficiência, resultando em uma tramitação processual mais célere.

O escopo deste artigo é analisar as estruturas dos modelos burocrático e gerencial de administração pública, como são aplicados atualmente nos cartórios judiciais de 1º grau e demonstrar, através de dados coletados, como a “reorganização” dos padrões cartorários tradicionais, já tão costumeiros no Judiciário brasileiro, pode alterar o quadro da morosidade na tramitação processual por parte dos Cartórios Judiciais de 1º grau.

A partir de uma análise acerca do Cartório do Futuro no TJRO, com referências em outros do país, verificou-se como a reformulação da gestão cartorária, bem como uma análise acerca do processo judicial em plataforma eletrônica, pode servir como subsídio à solução de conflitos judiciais de forma mais célere. A problemática introduzida dar-se-á sobre o que é o cartório do futuro, como se aplica, de que forma dar-se-á essa aplicação, o porquê de sua existência e, em análise aos resultados obtidos nos tribunais de justiça do país, quais suas consequências.

Para este artigo, foi utilizado o método quantitativo, apresentando-se dados estatísticos, numéricos, dentre os coletados no Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO), bem como método qualitativo, em análise acerca de alguns institutos da legislação vigente. Utilizou-se, também, o método dedutivo, partindo-se de um raciocínio crescente acerca dos momentos históricos dos modelos de administração pública, o papel da administração gerencial e como o cartório do futuro vem sendo aplicado a alguns tribunais

do país; e, ao final, indutivo, baseando-se na experiência empírica retirada da atuação fática no cartório do futuro do TJRO.

1 HISTÓRICO

No intuito de demonstrar como as práticas cartorárias influenciam no tempo de trâmite processual, bem como em uma prestação jurisdicional mais célere e efetiva, necessário se faz adentrar no histórico dos modelos de administração pública existentes e utilizados no Brasil, seja de forma direta ou através de resquícios de modelos outrora utilizados.

1.1 Modelo Burocrático

O modelo burocrático de organização estatal foi desenvolvido como resposta às transformações econômicas, políticas e sociais existentes no século XIX, notadamente marcado pela Revolução Industrial e pelo patrimonialismo. A Administração Pública burocrática segue o movimento de constituição do Estado Moderno, evidenciando-se como contrapartida ao nepotismo, clientelismo e subjetivismo existente no modelo patrimonialista.

Define-se a burocracia como uma tentativa de formalizar e coordenar o comportamento humano através da prática da racionalidade legal. Busca-se atingir através do modelo burocrático, segundo Weber (1963), o máximo da efetividade e eficiência tendo como base a precisão, disciplina, especialização de atividades e continuidade no serviço. Trata-se de um modelo de dominação legal, em que pessoas e ações são influenciadas por comandos superiores, em um sistema de rígida hierarquia, no qual o poder da autoridade é legalmente assegurado.

Apontam-se como características do quadro burocrático sustentado por Weber as a) atividades fixadas por normas legais ou administrativas e documentalmente padronizadas; b) hierarquia integrada a um sistema de mando; c) divisão de trabalho pré-fixada e de forma impessoal; d) especialização em determinada área de atuação; e e) dedicação a uma mesma esfera de competência;

Em que pese as benesses do modelo em comento, as disfunções tornaram-se cada vez mais evidentes, haja vista a rigidez de um sistema que não acompanhava as mudanças sociais, econômicas, culturais e institucionais. Os procedimentos normativos tornaram metódicos e resistentes as alterações nas rotinas, o excesso de formalismo e papelório trouxe uma mora excessiva para confecção, expedição e remessa de documentos, bem como a impessoalidade exacerbada trouxe a despersonalização do relacionamento.

As disfunções do modelo burocrático ferem, por exemplo, um dos princípios fundamentais insculpidos na Constituição Federal em seu artigo 5º, inserido pela EC n. 45/2004, qual seja: o do devido processo legal, cujo teor informa que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”

O exposto ocorre tendo em vista que as práticas burocráticas corroboram a ideia de excessivos procedimentos que, em uma segunda análise, poderiam ser dispensados, como, por exemplo, a centralização de trabalho que ocasiona um sobrecarregamento de atividades àquele responsável pela “fiscalização” imediata e, até mesmo, mediata de seus subordinados. A garantia de celeridade da tramitação no devido processo legal torna-se defasada quando os procedimentos a serem utilizados para a tramitação, bem como as técnicas utilizadas, tornam-se obsoletos.

No âmbito do Judiciário, o excesso de formalismo desencadeou uma série de problemáticas, tendo como principal consequência a morosidade na tramitação processual em razão de práticas atreladas a: registros escritos de todas as comunicações, sinais de autoridade cuja concentração de tarefas impedia o fluxo célere do processo e divisão de tarefas a serventuários que não possuíam visão holística dos autos.

1.2 Modelo Gerencial

Diante do crescimento das demandas sociais, reflexo direto das disposições da Carta Magna de 1988, o modelo burocrático mostrou-se cada vez mais ineficiente e obsoleto. Tendo em vista as disfunções expostas e a evolução legislativa, o Brasil começou a implantar, a partir de 1995, o modelo gerencial, através do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), ocasião em que várias técnicas foram transplantadas para o Poder Judiciário.

O PDRAE (2005) definiu a reforma de Estado, afirmando que

reformular o Estado significa melhorar não apenas a organização e o pessoal do Estado, mas também suas finanças e todo o seu sistema institucional-legal, de forma a permitir que o mesmo tenha uma relação harmoniosa e positiva com a sociedade civil. A reforma do Estado permitirá que seu núcleo estratégico tome decisões mais corretas e efetivas, e que seus serviços – tantos os exclusivos, quanto os subordinados a medida que se transformem em organizações públicas não estatais – operem muito eficientemente. (DI PIETRO, 2002, p. 84)

Segundo a classificação de Bresser-Pereira (2006) acerca da reforma da administração pública, o Poder Judiciário é tido como integrante do núcleo estratégico do Estado, devendo o modelo gerencial se aperfeiçoar neste âmbito, mas sem abdicar as qualidades do modelo burocrático. A lógica gerencial busca aumentar a eficiência e a efetividade de tal forma que a ênfase se dá no resultado a ser obtido, tornando a ação estatal mais produtiva. Nesse sentido, é necessário profissionalização de funcionários e modernização da máquina administrativa.

Maximiniano (2006, p. 4) define a eficácia como “palavra usada para indicar que a organização realiza seus objetivos” e eficiência como “termo empregado quando a organização utiliza economicamente seus recursos”. Com a Emenda Constitucional n. 19, houve a inserção do princípio da eficiência no rol do artigo 37, evidenciando a adoção do caráter gerencial. Segundo Di Pietro:

O princípio da eficiência na Administração Pública apresenta dois aspectos centrais: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar e disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público. (DI PIETRO, 2002, p. 83)

O marco da Reforma do Judiciário foi a criação do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), cuja função é, também, fiscalizar administrativamente este Poder. O CNJ adota ações coordenadas que incluem o diagnóstico, a alteração legislativa e a modernização do Judiciário, com vistas a reduzir a complexidade e mora processual, bem como segue diretrizes bases, estando entre elas a modernização tecnológica do Judiciário. Entre suas metas, incluem-se a modernização da rede de transmissão de dados e a informatização das comunicações oficiais entre os órgãos judiciais, evidenciando a promoção dos princípios administrativos de eficiência e efetividade.

Em âmbito legislativo *stricto sensu*, no Brasil, a Lei nº 11.419, publicada em 19 de dezembro de 2006, mostra-se como um marco para a simplificação de procedimentos através de uma sistemática informatizada de tramitação dos autos, comunicação de atos e transmissão de peças processuais em seara judicial. O CNJ iniciou a implementação dos dispostos legais alhures através do *software* PROJUDI, este como um sistema de tramitação e armazenamento eletrônico de processos judiciais utilizado nos tribunais de todo o país.

O processo de modernização vem ocorrendo, desde então, de forma contínua. As plataformas bases dos processos vêm se alterando cada vez mais,

ou seja, processos físicos estão sendo migrados para uma plataforma digital, seja PJE, SAJ ou outro sistema similar. No entanto, segundo Stumpf (2008), apesar de a informatização ser essencial, neste momento histórico, na busca da celeridade processual, verificam-se, ainda, problemas de organização cartorária, estando estas defasadas e obsoletas.

Há, por conseguinte, necessidade de um realinhamento de rotinas existentes, seja pela criação de novas rotinas ou de procedimentos voltados para a celeridade da atividade-fim do Poder Judiciário (STUMPF, 2008).

2 PARADIGMA ATUAL A PARTIR DA LEI Nº 11.419/2006

O tempo gasto na tramitação com procedimentos cartorários e movimentações de processos físicos vem sendo eliminado com a entrada em vigor da Lei 11.419/2006, que trata sobre a informatização do processo judicial, eliminando algumas das práticas burocráticas e aumentando a velocidade no andamento processual.

Para Carlos Henrique Abrão (2017), com muita propriedade adveio a Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006, cujo principal foco é disciplinar o processo eletrônico, minando as resistências, reduzindo os custos, acarretando celeridade e economia processuais, na medida em que o papel deixa de existir e o armazenamento de toda a informação – do início até o final do procedimento – acontece pela via eletrônica.

Esta lei trouxe consigo alguns princípios a serem aplicados aos processos eletrônicos, como o da uniformidade e o da formalidade automatizada.

2.1 Princípio da Uniformidade

Conforme o princípio da uniformidade/unicidade, a forma do processo eletrônico é única, necessitando, por conseguinte, da conversão dos dados físicos em digitais, uniformizando-se os procedimentos. Segundo Tainy de Araújo Soares (2012):

Instalado o processo eletrônico, a forma eletrônica se estende por todos os atos que o integram, exigindo uniformidade nos procedimentos, nas tecnologias e nos formatos de arquivo submetidos ao sistema. Eis aí outro aspecto do Princípio da Unicidade: a necessidade de padronização na prestação judiciária.

Segundo Atheniense (2010, p.98), “a uniformidade reside na necessidade de que esses sistemas sejam compatíveis a fim de proporcionar a transmissão de dados entre os tribunais”. Com a uniformização de

procedimento é possível que processos eletrônicos ajuizados em determinado local sejam enviados de forma íntegra e rápida para outro tribunal ou instância superior.

O princípio da uniformidade pode ser visualizado, por exemplo, quando da implantação da CPE nos tribunais de justiça do país, situação na qual todos os processos físicos tiveram que ser migrados a fim de que tramitassem unicamente em plataforma eletrônica (salvo atos externos como remessas de cartas ARs). Após a migração, os expedientes tiveram que ser padronizados, ou seja, uniformizados, para que os comandos ao sistema resultassem em modelos já pré-definidos, tanto na forma quanto no conteúdo.

Ademais, procedimentos como remessa ao 2º grau (quando há recursos) tornaram-se mais céleres, tendo em vista que o processo em sua totalidade pode ser enviado à instância superior seguindo o fluxo próprio do sistema utilizado. A uniformidade do processo eletrônico pode estender-se, inclusive, aos atos “extra” processuais a serem remetidos pela via digital, como se dá, por exemplo, com o malote digital, utilizado pelos tribunais de todo o país.

2.2 Princípio da Formalidade Automatizada

Por sua vez, o princípio da formalidade automatizada indica que o processo eletrônico e seus atos são formados a partir de um fluxo pré-definido chamado *workflow*, que consiste em funcionalidades do sistema que obedecem a ritos e especificidades previstas em lei própria, a fim de que o sistema possa automatizá-los.

Segundo Tainy de Araújo Soares (2012):

O benefício induzido por esse princípio é, sem dúvida, a padronização e a segurança dos atos realizados, uma vez que as etapas processuais acontecerão de acordo com diretrizes previamente definidas no sistema, segundo a lei aplicável à modalidade processual em questão, e não mais pela atuação manual, episódica, de escreventes e escrivães, partes, procuradores, magistrados e promotores de justiça.

No processo eletrônico, o gestor do sistema será o responsável para definir o fluxo que será automatizado, respeitando os ritos e especificidades determinados pelas normas processuais.

Segundo BOTELHO (2007) apud MAURA (2015):

Assim, ao definir o fluxo correspondente ao rito, o gestor do sistema deverá preservar os atos preponderantes que o definem a luz estrita da lei aplicável à modalidade processual,

mas algumas formalidades, convencionadas e intrínsecas ao processo em papel, serão naturalmente eliminadas, pela absoluta, lógica e razoável desnecessidade de que passam a padecer, ou, formalmente, pelo déficit de amparo legal que a ab-rogação tácita provoca.

A padronização no sistema facilitará o trabalho para os usuários. O sistema deverá constar todos os procedimentos viáveis do processo. Com isso, a tramitação processual será mais prática e célere. Aos cartorários, observa-se um grande avanço, haja vista que atos comuns aos ritos podem se dar de forma padronizada e, conseqüentemente, mais célere.

Por exemplo: após proferida a sentença, uma das partes interpõe recurso de apelação. A praxe cartorária, seguindo os ditames do Código de Processo Civil, indica que o próximo passo é a intimação da parte Recorrida para a apresentação de contrarrazões ao recurso de apelação. Em um sistema não automatizado, o cartorário precisaria digitar todo o conteúdo da intimação para assim procedê-la. No entanto, tendo em vista o fluxo processual segundo o rito a ser seguido, o sistema automatizado poderá ser “alimentado” de forma a possuir modelos padronizados acerca de citações, intimações e despachos, como ocorre com o sistema PJE e SAJ.

3 A PROBLEMÁTICA DA GESTÃO CARTORÁRIA FRENTE AOS PROCESSOS ELETRÔNICOS

Segundo Humberto Theodoro Júnior, entre a mudança da norma e a transformação da realidade dos serviços judiciários tem-se uma distância muito grande, que não se cobre apenas pela edição de textos legislativos. Tem-se advertido para o fato de que a demora e ineficiência da justiça decorre principalmente de problemas administrativos e funcionais gerados por uma deficiência notória da organização do aparelhamento burocrático do Poder Judiciário brasileiro.

As fases de tramitação processual “inúteis” mostram-se como de pouca eficácia à prestação jurisdicional, haja vista que são utilizadas, até hoje, apenas por “conservadorismo”, como reflexo de uma atuação mecanizada através de gerações. É neste sentido que o aprimoramento, modernização, do Judiciário torna-se de uma importância. Este aprimoramento deve ser tanto de maquinário, de sistemas, quanto de pessoas, em uma análise macro sobre o funcionalmente eficiente do poder público.

Verifica-se, por conseguinte, a existência de um novo cenário/plataforma para a tramitação processual. No entanto, muitas vezes, problemas relacionados à gestão administrativa e de pessoas acarretam,

de forma reflexa, na morosidade deste trâmite. Em virtude dos problemas apresentados, modelos de gestão cartorária e reformulações na estrutura dos Cartórios Judiciais de 1º grau foram sendo criados, de forma a adaptarem-se ao paradigma proposto.

4 RESOLUÇÃO CNJ Nº 194, DE 26 DE MAIO DE 2014

A Resolução do CNJ nº 194, de 26 de maio de 2014, instituiu a Política Nacional de Atenção ao Primeiro Grau de Jurisdição, responsável por ser um marco inicial para a criação dos Cartórios do Futuro. Considerou-se, nesta Resolução, o Relatório Justiça em Números de 2013, onde se demonstrou que 90% (noventa por cento) dos processos em tramitação no Judiciário encontravam-se (à época) nas unidades judiciárias de primeiro grau, ensejando um congestionamento médio de 72% (setenta e dois por cento), 26% (vinte e seis por cento) a mais do que o existente no segundo grau.

Este documento normativo levou em conta a sobrecarga de trabalho e o mau funcionamento da primeira instância, assim como a missão constitucional pelo qual o CNJ foi instituído, qual seja: coordenar o planejamento e a gestão estratégica do Poder Judiciário, bem como zelar pela observância dos princípios estabelecidos no art. 37 da Constituição Federal, dentre eles o da eficiência administrativa.

O objetivo primordial da Política Nacional de Atenção Prioritária ao Primeiro Grau de Jurisdição encontra-se no artigo 1º da Resolução 194 do CNJ, cujo teor se refere ao desenvolvimento, em caráter permanente, de iniciativas voltadas ao aperfeiçoamento da qualidade, da celeridade, da eficiência, da eficácia e da efetividade dos serviços judiciários da primeira instância dos tribunais brasileiros.

5 CARTÓRIO DO FUTURO

Com o advento da Resolução nº 194 do CNJ, as mudanças na gestão cartorária em diversos âmbitos (estrutural, pessoal, orçamentário, etc.) começaram a ocorrer, desencadeando em um novo “modelo” que prioriza a celeridade do trâmite processual sem a perda da qualidade da decisão judicial. Vários Tribunais aderiram ao “Cartório do Futuro”, cujo funcionamento se dá com base nos processos digitais e em uma nova perspectiva gerencial, entre eles: São Paulo, Mato Grosso, Rio Grande do Sul e Rondônia. Cada tribunal, por consequência lógica, adaptou o modelo de Cartório do Futuro para suas peculiaridades, alterando-o conforme as necessidades assim o exigirem.

As técnicas variam de tribunal para tribunal, onde cada instituição deve modificar os métodos utilizados a fim de adaptá-las à realidade local.

Observa-se, por exemplo, o teletrabalho no Rio Grande do Sul, a atuação direta do magistrado face à CPE em São Paulo, vinculação da CPE à Corregedoria em Rondônia, pontos estes que divergem de um tribunal a outro.

5.1 São Paulo

Após verificar-se a necessidade de se obter padronização e melhoramento estratégico e gerencial no desempenho das atividades cartorárias e das varas, unificar as equipes cartorárias, bem como criar um setor específico para atendimento e outro para execução (processamento) das atividades nos processos, criaram-se, em São Paulo, as Unidades de Processamento Judicial, denominadas pela mídia e estendida a outros Tribunais, genericamente, como “Cartório do Futuro”.

Trata-se de agrupar várias unidades cartorárias de mesma competência (varas cíveis, varas de família, varas dos juizados especiais, varas de execução fiscal, etc.), para processamento e cumprimento das determinações judiciais, com atividades previamente definidas a toda equipe e seus gestores. Cada vara, em sua singularidade (1ª Vara Cível, 2ª Vara Cível, 3ª Vara Cível, por exemplo), não perde sua independência, porém as atividades são divididas de forma que cada “setor” integrante da serventia judicial possua uma atividade exclusiva a ser realizada (atendimento, processamento, digitalização de documentos, etc.).

A primeira UPJ foi implantada em 13 de novembro de 2014 e consistiu no agrupamento da 41ª à 45ª Vara Cível do Fórum João Mendes, em São Paulo. Posteriormente, em 05 de outubro de 2015, duas UPJs foram implantadas no Fórum Regional de Santo Amaro, sendo uma Cível (da 9ª a 14ª Vara Cível) e uma de Família (da 7ª à 11ª Vara de Família).

Nas UPJs híbridas (constituídas de processos físicos e digitais), a estrutura foi dividida por equipes: de atendimento, de processos físicos, de cumprimento dos processos digitais e de movimentação dos processos digitais. Por sua vez, a estrutura da UPJ que trabalha com processos digitais em sua totalidade foi constituída com a equipe de cumprimento e a equipe de movimentação.

Para tanto, tornou-se necessária a reformulação da gestão em seus diversos âmbitos: pessoal, processos de trabalho, espaço físico, acervo processual e de orçamento e finanças.

No tocante à gestão de pessoas, a ênfase deu-se quanto à produtividade, à qualidade, à motivação e autoestima dos servidores. Quanto à gestão de processos de trabalho, houve especialização de atividades, concentração de

acervos e servidores, redesenho de fluxos de trabalho, redução de erros e padronização de modelos.

Com a ampliação do espaço para o magistrado, distribuição do espaço cartorário, criação de área exclusiva para atendimento ao público externo, deu-se nova roupagem à gestão do espaço físico. A redução no tempo de duração do processo e a redução na taxa de congestionamento foram dois fatores observados no tocante à gestão do acervo pessoal, bem como o melhor aproveitamento dos recursos orçamentário assim o foram quanto à gestão orçamentária e financeira.

5.2 Mato Grosso do Sul

A Lei nº 4.526, de 8 de maio de 2014, instituiu a Central de Processamento Eletrônico de Feitos Judiciais (CPE), cujo funcionamento e âmbito de atuação é regulado diretamente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul (TJMS). O referido Tribunal utiliza o sistema SAJ, diferentemente do que ocorre atualmente, por exemplo, no estado de Rondônia, cujo sistema utilizado é o PJE 1º e 2º graus.

O TJMS foi um dos pioneiros acerca do Cartório do Futuro, servindo de exemplo-base para quase todos os outros tribunais do país que já adotaram a nova metodologia do cartório único.

5.3 Santa Catarina

Posterior à implantação do Cartório do Futuro em Mato Grosso do Sul e com os resultados positivos obtidos, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina implantou, em 2014, a Divisão de Tramitação Remota (DRT). Trata-se de um “Cartório do Futuro” que funciona tanto através de subordinação pessoal e direta, como através do teletrabalho, regulamentado através da Resolução TJSC nº 14 de 3 de junho de 2015.

O teletrabalho pode ser realizado por servidor de cargo efetivo ou comissionado, sendo acompanhados (a longa distância) por um gestor de equipe, que poderá ser magistrado ou servidor investido no cargo de diretor, responsável pelo gerenciamento de unidade. Ademais, o teletrabalho, consoante art. 8º da supracitada Resolução, é vedado ao servidor que ainda esteja em estágio probatório, tenha sofrido penalidade disciplinar nos 2 (dois) anos imediatamente anteriores à data da inscrição, exerça cargo ou função de direção ou chefia, entre outros casos.

Verifica-se também, que a Resolução limitou a 30% o número de servidores do quadro pessoal da unidade lotacional que poderão usufruir do

benefício do teletrabalho, considerando-se como unidade a Vara (cartório e gabinete), a contadoria judicial, distribuição judicial, secretaria do Foro, gabinete e seções. A duração para gozo do benefício é de 1 (um) ano, podendo ser prorrogado.

5.4 Rondônia

Após visitas técnicas realizadas pelo Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia (TJRO) aos cartórios únicos de Pernambuco e Mato Grosso do Sul, decidiu-se implementar, em caráter experimental, um projeto piloto de Central de Processos Eletrônicos (CPE) no 3º Juizado Especial Cível da Comarca de Porto velho (3JEC). À época, o 3JEC possuía um acervo de 3.129 (três mil, cento e vinte e nove) feitos ativos no PJE, tendo havido uma redução de 30% dos processos após a alteração da metodologia do trabalho.

Destarte, o Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia implantou em 11 de novembro de 2016 a Central de Processos Eletrônicos (CPE), que, inicialmente, abarcou todos os Juizados Especiais Cíveis e da Fazenda Pública da Comarca de Porto Velho. A CPE foi regulamentada pela Resolução nº 029/2016/PR-TJRO, e passou a ser subordinada diretamente à Corregedoria do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia, diferentemente do que ocorria com as varas “tradicionais”, normalmente vinculadas ao diretor do fórum, ganhando, por conseguinte, mais autonomia.

Cabe à Corregedoria Geral de Justiça a regulamentação das atribuições específicas da CPE e das serventias judiciais relativas aos processos judiciais eletrônicos, bem como dos procedimentos para uniformização e parametrização dos atos, e o estabelecimento de metas de produtividade, conforme disposto no art. 2º, parágrafo único da Resolução nº 029/2016/PR-TJRO.

Dos magistrados foi retirada a responsabilidade administrativa, ficando o Gabinete com 2 (dois) assessores, um secretário e 2 (dois) assistentes – estes como espécie de “conversão” do cargo de chefe e diretor de cartório. Advogados e partes são atendidos na Seção de Atendimento ao Público e não possuem contato com o setor da CPE propriamente dito, ou seja, a seção de processamento/movimentação dos processos.

O setor de atendimento ao público é o responsável pela triagem, pesquisas informatizadas, elaboração de requerimentos, encaminhamento aos setores específicos (Defensoria Pública, Ministério Público, conclusão, etc.), informações detalhadas acerca do andamento do feito, entre outros. No setor de processamento, encontram-se os técnicos judiciários e gestores de

equipe, que não participam do atendimento ao público externo, concentrando suas funções/atribuições na movimentação processual.

A CPE supriu o antigo cartório distribuidor dos Juizados Especiais Cíveis e Fazenda Pública, haja vista a existência dos processos em plataforma 100% eletrônica. A Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) acompanha e “fiscaliza” o trabalho desenvolvido pela CPE, elaborando relatórios estatísticos – inclusive de produtividade individual dos servidores – bem como expede as regulamentações necessárias.

Atualmente, a CPE abrange todas as Varas dos Juizados Especiais Cíveis, Vara do Juizado Especial da Fazenda Pública e, desde novembro de 2017, as Varas Cíveis e de Família da Comarca de Porto Velho vêm se incorporando gradativamente ao novo modelo, conforme a digitalização completa dos processos e prazos do cronograma estipulado.

A título de exemplo, após implantação do PJE, CPE e do Provimento nº 007/2016-CGJ-TJRO, que regulamentou o cumprimento de mandados de comarcas diversas autorizando o encaminhamento direto, através do PJE, a serem distribuídos entre os oficiais de justiça da Central de Mandados, o acervo de tramitação de cartas precatórias diminuiu em um percentual de 99% no Juizado Especial da Fazenda Pública. Em julho de 2014 a junho de 2015 a média de distribuição foi de 473,16 cartas; de agosto de 2016 a julho de 2017 a média foi de apenas 4 cartas precatórias distribuídas.

Segundo os dados do aplicativo Eoles (versão teste), foram 19.558 processos distribuídos em 2016, para o Juizado Especial Cível (JEC) e para o Juizado Especial da Fazenda Pública (JEFAP), e 14.977 processos arquivados. Em 2017, foram 15.536 processos distribuídos e 21.628 processos arquivados, ou seja, após a implantação do PJE da CPE, houve um índice de arquivamento superior ao de distribuição. Neste sentido, evidencia-se um número superior de arquivamentos, em relação ao número de distribuições.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o exposto, observam-se resquícios do modelo burocrático e gerencial nas práticas cartorárias utilizadas nos cartórios judiciais de 1º grau. Verifica-se a necessidade de reformulação das técnicas e métodos utilizados, de forma a adaptar-se ao novo cenário vigente, qual seja: plataformas eletrônicas, sistemas informatizados, processos digitalizados e/ou virtuais em sua integralidade.

O papel do CNJ dentro da gestão estatal gerencial tornou-se imprescindível e de suma importância quanto às suas funções desempenhadas:

controle externo do Poder Judiciário, fiscalizando-o em sua função administrativa, criando metas, regulamentando atividades, atribuições e objetivos a serem alcançados, visando à eficiência da administração pública preconizada no art. 37 da Constituição Federal.

Ademais, a influência da Lei 11.419/2016, como reflexo da atuação do Poder Público dentro do aparelho estatal pós-burocrático, gerencial e informatizado, torna-se inegável quando verificados os resultados constantes do processamento eletrônico, tendo em vista as respostas obtidas logo após a implementação de seus preceitos.

Embora se encontre em fase de testes/implementação, os resultados do Cartório do Futuro mostraram-se positivos, sendo visados por vários outros tribunais que ainda não aderiram à sua metodologia. O Cartório do Futuro é resultado da atuação positiva do CNJ, resposta às anomalias existentes do modelo burocrático e aperfeiçoamento do modelo gerencial, adaptando os cartórios judiciais de 1º grau ao cenário informatizado e tecnológico da sociedade atual.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA FILHO, José Carlos de Araújo. **Processo eletrônico e teoria geral do processo eletrônico**: A Informatização Judicial no Brasil. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ALVIM, J. E. Carreira; CABRAL JUNIOR, Silvério Luiz Nery. **Processo judicial eletrônico**: Comentários à Lei 11.419/06. Curitiba: Juruá, 2008. 143 p.

ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos Tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010.

ATHENIENSE, Alexandre. **Comentários à Lei 11.419/06 e as práticas processuais por meio eletrônico nos tribunais brasileiros**. Curitiba: Juruá, 2010. 382 p.

BALARDIM, Gaziela. Cartório do futuro: iniciativa ganha força pelos estados brasileiros. **SajDigital**. 2015. Disponível em: <<http://www.sajdigital.com.br/tribunal-de-justica/cartorio-do-futuro-se-alastra/>> Acesso em: 23 abr. 2018.

BOTELHO, Fernando Neto. **O processo eletrônico escrutinado**. 2007. Fonte: Portal Aliceramos.com. Disponível em: <<http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc992.pdf>> Acesso em: 3 mai. 2018.

BRASIL. **Constituição Federal**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. **Lei n. 11.419 de 2006**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11419.htm> Acesso em: 29 abr. 2018.

BRASIL. Presidência da República. **Plano diretor da reforma do aparelho do Estado**. Brasília, 1995. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/documents/mare/planodiretor/planodiretor.pdf>> Acesso em: 29 abr. 2018.

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, jan./abr. 1996

GERTH, Hans Heinrich; MILLS, Charles Wright. **Ensaios de sociologia**. Tradução: Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: LTC, 1982.

MATO GROSSO DO SUL. **Lei n. 4526/2004**. Disponível em: <<https://www.tjms.jus.br/legislacao/visualizar.php?atual=1&lei=29310>> Acesso em: 23 abr. 2018.

PEREIRA LUIZ, Nelly Maura. **Processo judicial eletrônico e suas implicações**. 2015. 79 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Monografia) – Universidade Federal de Santa Catarina, 2015.

RONDÔNIA. Poder Judiciário do Estado de Rondônia. **Resolução n. 29/2016**. Disponível em: <https://www.tjro.jus.br/images/RESOLU%C3%87%C3%83O_N._029-2016_-_Cria%C3%A7ao_da_Central_de_Processos_Eletr%C3%B4nicos_alterada.pdf> Acesso em 23 abr. 2018.

SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Regras gerais**. Disponível em: <<https://www.tjsc.jus.br/web/servidor/teletrabalho/regras-gerais>> Acesso em: 23 abr. 2018.

SANTA CATARINA. Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina. **Resolução n. 14/2015**. <<https://www.tjsc.jus.br/documents/37870/981838/Resolu%C3%A7%C3%A3o+TJ+14-15+-+Teletrabalho/21889530-8443-4471-90fb-03a80d8a8e5e>> Acesso em: 29 abr. 2018.

SOARES, Tainy de Araújo. Processo Judicial Eletrônico e sua Implantação no Judiciário Brasileiro. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3.307, 21 jul. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/22247>. Acesso em: 9 mai. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. **Curso de direito processual civil: teoria**

geral do direito processual civil e processo de conhecimento. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. 920 p. Volume I

TJ-SP é a primeira corte estadual de grande porte a tornar-se 100% digital. **Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-25/tj-sp-primeira-corte-estadual-grande-porte-100-digital>> Acesso em: 23 abr. 2018.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DURANTE E PÓS-PANDEMIA DA COVID-19 E O PAPEL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

INITIAL CONSIDERATIONS ON CONSTITUCIONALISM DURING AND AFTER COVID-19 PANDEMIC AND THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE

Elba Souza de Albuquerque e Silva Chiappetta¹

RESUMO: O objetivo do presente artigo é tecer considerações a respeito do Constitucionalismo, notadamente o neoconstitucionalismo e seu reflexo durante e pós-pandemia da Covid-19, com foco no direito à saúde, destacando o princípio da solidariedade albergado pela Constituição Federal de 1988, bem como o papel do Ministério Público na efetivação desse direito decorrente da pandemia, com a ampliação da sua atuação extrajudicial. Afinal, esse é um importante mecanismo de legitimação social do Ministério Público.

Palavras-chave: Neoconstitucionalismo, Direito à saúde, Estado Pandêmico, Princípio da solidariedade, Atuação extrajudicial do Ministério Público.

ABSTRACT: The aim of this paper is to make considerations about Constitutionalism, notably neoconstitutionalism and its reflection during and after Covid-19 Pandemic, focusing on the right to health, highlighting the principle of solidarity presented in the 1988 Federal Constitution, as well as the role of the Public Prosecutor's Office for effective right to health resulting from the pandemic, with the expansion of its extrajudicial performance. After all, this is an important mechanism for social legitimacy of the Public Prosecutor's Office.

Keywords: Neoconstitutionalism, Right to health, Pandemic State, Principle of solidarity, Public Prosecutor's Office extrajudicial performance.

.....
¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Pós-Graduada em Direito, Estado e Constituição pelas Faculdades Integradas da União Educacional do Planalto Central (Faciplac). Bacharela em Letras – Tradução: Inglês pela Universidade de Brasília (UnB). E-mail: 21860@mpro.mp.br.

INTRODUÇÃO

Repentinamente, o mundo mudou; a vida que se levava outrora talvez nunca mais voltará. Palavras que até então não detinham significado especial além daquele apresentado no dicionário, rapidamente ganharam uma nova dimensão e passaram a pautar o vocabulário dos meios de comunicação e da população em geral: coronavírus, Covid-19, pandemia, epicentro, isolamento, quarentena, distanciamento social (horizontal e vertical), aglomeração, grupo de risco, comorbidades, assintomático, imunidade, contágio, pico da doença, carga viral, *home office*, videoconferência, *lockdown*, barreira sanitária, testes rápidos, respiradores, cloroquina, hidroxicloroquina, máscaras, álcool em gel 70%. Em meio a essa profusão de palavras em voga, é possível predizer que alguma delas será o vocábulo do ano eleito pelos dicionários estrangeiros, como o Oxford, conforme ocorre usualmente.

Os coronavírus não são completamente desconhecidos dos seres humanos, haja vista que, por exemplo, o vírus da SARS-CoV-1 já tenha se manifestado entre os anos de 2002 e 2003, especialmente na Ásia. Além disso, desde 2007 (CHENG, LAU, WOO, YUEN, 2007), são publicados artigos científicos que apontam a suscetibilidade de humanos à infecção pelo coronavírus, que poderia ser transmitido por animais como espécies de morcegos, descobertas como reservatórios naturais do SARS-CoV. Os artigos também ressaltam a importância dos cuidados com a vida selvagem e da biossegurança, principalmente em fazendas e mercados de alimentos frescos, considerados como fontes e centros de amplificação de infecções emergentes, tal qual o mercado de Wuhan, na China, onde se acredita que tenha sido o primeiro epicentro do SARS-CoV-2.

No entanto, apesar de todo esse histórico e alertas, verifica-se que, de um modo geral, tal tema não se revelava uma preocupação significativa dos principais líderes mundiais. Portanto, a população não estava minimamente preparada para a chegada de um novo coronavírus e, agora, está sofrendo as suas terríveis consequências.

Até janeiro de 2020, pouco ainda era sabido sobre o número de pessoas infectadas, a capacidade de transmissão do vírus, sendo ainda tratada como uma epidemia com registros pontuais, principalmente na Ásia e Europa. A partir do momento em que a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou, em 11/3/2020, a pandemia do novo coronavírus (SARS-CoV-2), houve um incremento assustador da crise sanitária, econômica, social e política (nesse último aspecto, notadamente no Brasil), culminando em inúmeras questões jurídicas que exigem reflexões e, inclusive, quebras de paradigmas no Brasil. As aparentes dicotomias, tais como vida x morte; saúde

x economia, nunca estiveram tão em foco!

Definitivamente, iniciou-se uma nova crítica era, na qual a corrida pela testagem em massa (na medida do possível), a busca por um tratamento eficaz e uma vacina eficiente para a cura da Covid-19 tornaram-se os objetivos principais das políticas públicas concernentes ao direito à saúde.

Em especial, no Brasil, instalou-se um Estado pandêmico, marcado por uma crise sanitária jamais vivenciada na história recente da humanidade. A ausência de um protocolo para esse tipo de cenário ou da adoção de estratégias rápidas e efetivas, considerando a realidade local de cada região, e até das atuações preventivas mínimas por parte de governantes, evidenciou as já existentes vicissitudes e desigualdades na área da saúde.

A urgência para a reestruturação de um sistema único de saúde (SUS) debilitado, a compra de respiradores, de equipamentos de proteção individual e de testes para a detecção de vírus e anticorpos tornaram-se prioridades diárias por todos os entes federativos. Ou seja, houve a eclosão da convergência de necessidades.

Nesse contexto, o Estado Democrático de Direito, que é delineado pelo respeito aos direitos fundamentais, os quais são garantidos por meio do direito constitucional, está diretamente relacionado ao conceito de Constitucionalismo. E, no atual estágio da humanidade, concebe-se o neoconstitucionalismo como a teoria mais aceita pela doutrina nacional e estrangeira.

Diante desse cenário caótico, permeado por falhas no tocante à prevenção ao contágio e de incertezas a respeito do porvir, as conhecidas características do neoconstitucionalismo necessitam ser revisitadas para que se coadunem com as demandas oriundas da pandemia do novo coronavírus. É imperiosa a concretização de medidas efetivas com a maior brevidade possível.

Vislumbra-se, portanto, uma expansão da aplicação do princípio da solidariedade, esculpido na Constituição Federal (art. 3º, I), na medida em que o Estado e os cidadãos devem atuar em conjunto com vistas a minorar os agravos causados pelo novo coronavírus, de maneira a contribuir para a preservação da saúde pública.

Na qualidade de agente de transformação social e principal curador dos direitos difusos, o Ministério Público exerce um papel de suma importância na prevenção e combate ao coronavírus, notadamente perante a sua atuação extrajudicial. Antes de transferir determinada demanda ao

Poder Judiciário, o membro do Ministério Público deve envidar o máximo de esforços para promover o diálogo entre os atores em conflito, utilizando-se de técnicas autocompositivas como a mediação e a conciliação, além de adotar outras posturas resolutivas. Ademais, esse caminho é o ideal para incrementar a legitimação social do Ministério Público, a despeito do especial tratamento constitucional recebido, principalmente nos arts. 127 e 129, da Constituição Federal.

1 O NEOCONSTITUCIONALISMO E SEUS REFLEXOS NA PANDEMIA DO CORONAVÍRUS

Segundo o escólio de Fernandes (2018, p. 58), insta esclarecer que existem divergências acerca das teorias neoconstitucionalistas e suas formas de aplicação. Portanto, convivem diversos neoconstitucionalismos e não apenas um neoconstitucionalismo, conforme leciona o professor mexicano Miguel Carbonell, em 2003, na Espanha. Logo, definir o neoconstitucionalismo não é uma simples tarefa. Todavia, comunga-se da seguinte concepção desse modelo jusfilosófico, que passará a ser exposta nas próximas linhas.

O neoconstitucionalismo consiste em movimento teórico que propõe uma releitura do papel da Constituição, bem como de seus princípios no âmbito das relações jurídicas que regem a sociedade como um todo. Esse movimento tem como marco histórico o período pós-Segunda Guerra Mundial, momento em que muitos países estavam se reconstituindo e travando novas diretrizes para as novas ordens institucionais que se fundavam com base no Estado Democrático de Direito. Ademais, o neoconstitucionalismo surge dentro de uma perspectiva de protagonismo do Poder Judiciário como transformador social, tendo o magistrado como ator principal, inclusive em face de maiorias políticas.

No Brasil, Barroso (2007, p. 203-249; 216) foi um dos precursores da apresentação do neoconstitucionalismo na doutrina nacional, apresentando como marco histórico mundial o Estado Constitucional de Direito (pós Segunda Guerra Mundial) e, no Brasil, a Constituição de 1988; o pós-positivismo como marco filosófico e a força normativa da Constituição como marco teórico, senão, vejamos:

O **marco histórico** do novo direito constitucional, na Europa Continental, foi o **constitucionalismo pós-guerra**, especialmente na Alemanha e na Itália. **No Brasil foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização** que ela ajudou a protagonizar. (...) A aproximação das ideias de constitucionalismo e de democracia produziu uma nova forma de organização política, que atende por nomes diversos: **Estado democrático de direito**, Estado

constitucional de direito, Estado constitucional democrático. (...) A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de reflexões acerca do direito, sua função social e sua interpretação. **O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita**, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, **mas não podem comportar voluntarismo ou personalismos, sobretudo os judiciais**. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo nesse paradigma em construção incluem-se a atribuição de **normatividade aos princípios** e a sua definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma **nova hermenêutica constitucional**; e o desenvolvimento de uma **teoria dos direitos fundamentais edificada sobre o fundamento da dignidade humana**. Nesse ambiente promove-se uma **reaproximação entre o direito e a filosofia**. (...) Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a **atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica**. (...) Atualmente, passou a ser premissa do estudo da Constituição o reconhecimento de sua **força normativa**, do caráter obrigatório e vinculante de suas disposições. (grifo nosso)

Um dos escopos do neoconstitucionalismo é o protagonismo dos direitos fundamentais, tão caros aos seres humanos, a partir da constitucionalização do Direito e ampliação da jurisdição constitucional. E este artigo lança suas luzes sobre o direito à saúde, direito prestacional de segunda geração ou dimensão, o qual exige um maior esforço do Estado e da sociedade para que seja devidamente concretizado.

A partir do surgimento da pandemia da Covid-19, é viável aduzir que esse evento também pode ser considerado um novo marco histórico do neoconstitucionalismo, na medida em que, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, a humanidade não enfrentou situação tão desafiadora. A atual pandemia reacendeu discussões acerca das inadequadas condições de trabalho enfrentadas pelos profissionais da área da saúde, o tratamento dispensado aos usuários do SUS, o adensamento populacional que impede o isolamento social ideal, a falta de saneamento básico e de água tratada em inúmeras residências, entre tantos outros fatores diretamente relacionados à saúde digna.

Quanto ao marco filosófico do neoconstitucionalismo, o pós-positivismo, destaca-se aqui a diferença deste com o positivismo, no que tange à discricionariedade. Streck (2017, p. 214) leciona com clareza a respeito do

tema:

(...) a diferença básica entre o positivismo jurídico e o pós-positivismo está no modo que se reconhece a **relação entre Direito e moralidade** – sobretudo nos conceitos jurídicos gerais, vagos e/ou imprecisos -, e nas consequências práticas desta percepção. Deste modo, **aduzem que os positivistas acreditam que conceitos tais como boa fé, políticas públicas ou princípios de cooperação social têm uma textura aberta.** Por isso, o juiz goza de uma reconhecida discricionariedade para decidir os casos. **No âmbito da discricionariedade judicial, qualquer resposta adotada pelo juiz estará de acordo com o Direito.** Qualquer decisão, neste caso, pode ser tida como injusta, indevida, mas não pode ser tida como antijurídica, inclusive se, no âmbito de um processo judicial, um tribunal encontra um caso de decisão ilegal devido a uma aplicação equivocada de um princípio moral, poderá confirmar essa decisão, com a justificativa de que assim está agindo a partir de sua própria discricionariedade. Os *standards* morais a que se referem esses conceitos são extrajurídicos. Por isso, no âmbito da decisão judicial não se pode apelar a um determinado critério moral para demonstrar que a decisão é contra a lei. **Já os não positivistas acreditam que o Direito, ao fazer referência aos critérios morais, efetivamente acreditam que estão incorporando esses critérios ao Direito. Uma decisão judicial que viole estes critérios não se considera unicamente como injusta, como antijurídica.** Ao aplicar esses critérios morais, o juiz está aplicando o Direito. Ainda que os critérios (*standards*) possam ser vagos e ambíguos, formam parte do Direito. (grifo nosso)

As decisões judiciais que se relacionam diretamente com a crise sanitária decorrente da pandemia devem ser proferidas levando em consideração critérios técnico-científicos, uma vez que questões relacionadas à restrição de direitos fundamentais para evitar o contágio da doença (seja a abertura ou fechamento do comércio, a liberação do funcionamento de atividades não essenciais, ou medidas mais extremas como o *lockdown*) exigem fundamentação não apenas legalista, mas também calcadas em evidências científicas da saúde. É justamente nesse ponto que a discricionariedade do julgador (que pode estar alicerçada no medo do contágio ou no clamor social) deve ser rechaçada, a fim de atender aos anseios do pós-positivismo.

Na seara da relevância dos princípios como fundamento das decisões judiciais, impende citar o posicionamento de Costa e Lima (2017, p. 62), com base dos ensinamentos de Dworkin e Habermas:

O percurso argumentativo é de fundamental importância para o intérprete, de modo que **a resposta correta ou constitucionalmente adequada deve estar alicerçada em**

argumentos de princípio e não de política ou de moral (Dworkin), sob pena de fragilizar-se a autonomia do direito. Isso porque o direito não se confunde com a moral, tampouco a moral assume um papel corretivo daquele; ambos são cooriginários (Habermas/Streck), ou seja, a sua comum origem faz com que a institucionalização da moral no direito por intermédio dos princípios leve o intérprete a “fechar” a interpretação, conforme destacam Lenio Streck e Luigi Ferrajoli. (grifo nosso)

No Estado pandêmico, a força normativa da Constituição se enaltece, pois ela pressupõe a constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais, especialmente os relacionados aos direitos fundamentais, para todos os ramos do ordenamento jurídico. Vislumbra-se, também, o reconhecimento da normatividade dos princípios jurídicos, postura essa que exige a adoção da técnica da ponderação quando há uma suposta colisão de princípios. Portanto, os princípios da dignidade da pessoa humana e o da solidariedade se superlativizam com o intuito de nortear a atuação do Ministério Público, bem como auxiliar a fundamentação das decisões judiciais.

Nesse aspecto, cumpre destacar que a Constituição de 1988, no art. 127, alçou o Ministério Público a uma instituição permanente essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis. Verifica-se uma expansão da atuação Ministerial tanto no âmbito judicial, quanto extrajudicial, principalmente na defesa dos interesses transindividuais, exercendo um protagonismo em relação a eventuais coletivados. Tal amplitude de atuação é derivada do papel destinado ao *Parquet* no neoconstitucionalismo, na medida em que este criou mecanismos aquilatados e independentes para efetivar satisfatoriamente os valores oriundos da nova ordem constitucional.

2 O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA CONTENÇÃO DO CORONAVÍRUS

No Brasil, os direitos sociais, também conhecidos como direitos de segunda geração ou dimensão, estão expressos no Título II, art. 6º, da Constituição Federal e demandam uma prestação positiva, um fazer, por parte do Estado. A intenção é impor ao Estado o dever de garantir direitos relacionados à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à moradia, ao transporte, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade e à infância, bem como a assistência aos desamparados.

No tocante ao direito à saúde, a sua concretização de maneira

satisfatória se revela um grande desafio, em virtude de seus princípios dispostos na Constituição em um país com vasta diversidade socioeconômica. Partindo dessa premissa, de acordo com o entendimento do promotor de justiça Gilmar de Assis, do Ministério Público de Minas Gerais (2016, p. 26-27), a efetivação do direito à saúde enfrenta específicas dificuldades e responsabilidades, a seguir expostas:

Hoje, o maior desafio enfrentado pelo sistema de saúde, desde sua criação constitucional em 1988, consiste, sem dúvidas, na disponibilização de recursos financeiros adequados, pelos três níveis de governos, **em solidariedade**, essa já reconhecida pelo Supremo Tribunal, em face do disposto no artigo 30, inciso VIII da Constituição Federal. (...) **A saúde é uma questão social de responsabilidade e compartilhada entre Estado e cidadãos**, conforme dicção de sua Lei Federal nº 8.080/90. O sentido da expressão “Estado” não pode ser restringido à atuação exclusiva do Poder Executivo, devendo alcançar, por meio da **corresponsabilidade**, também o Poder Legislativo, Poder Judiciário, **Ministério Público**, Defensoria Pública, Advocacia e Sociedade, dentre outros. (...) Esse modelo constitucional de direito à saúde pressupõe necessariamente uma **democracia participativa**, com chamamento obrigatório de instâncias, jurídicas e sociais, responsáveis por zelar por esses serviços de relevância pública – ações e serviços de saúde. Reclama-se, portanto, uma **participação solidária na construção conjunta do direito à saúde**.

Além da corresponsabilidade no quesito econômico-financeiro de manutenção da saúde pública, no atual momento de pandemia, resta evidente como o princípio da solidariedade disposto no art. 3º, I, da Constituição Federal, merece especial relevo a fim de pautar as tomadas de decisão do Estado e de toda a sociedade. A partir do momento em que o Estado, nesse ponto representado pelo Ministério Público, prioriza a execução de trabalhos voltados à prevenção e ao combate ao coronavírus, abre-se uma oportunidade para a sua legitimação no seio social.

Ainda no âmbito da aplicação do princípio da solidariedade, a população se propõe a adotar posturas (sejam elas obrigatórias ou voluntárias), como o recolhimento e o distanciamento sociais, o uso correto de máscaras faciais, a adequada lavagem das mãos, a utilização do álcool em gel, entre outras tantas.

Ressalte-se que tais medidas, principalmente o uso da máscara em ambientes públicos, dependem fortemente das atitudes pessoais, independentemente da existência de sanção e punição em virtude da inobservância do dever de proteção à saúde coletiva. Por exemplo, o Ministério da Saúde, por meio da Nota Informativa nº 3/2020-CGGAP/

DESF/SAPS/MS, aderiu à campanha organizada pela sociedade, chamada “Máscara para Todos” (#Masks4All) e reforça o lema “Eu protejo você, e você me protege”.

Com o intuito de prestigiar o princípio da solidariedade, os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade devem guiar a atuação legislativa em relação à preservação dos direitos fundamentais. A discricionariedade legislativa não pode gerar a superproteção de um direito em detrimento de outro, tampouco pode conduzir a uma falta de proteção.

Portanto, com base nas lições da doutrina jurídica alemã, devem ser observadas a proibição da proteção em excesso (*übermassverbot*) e a proibição da proteção deficiente ou insuficiente (*untermassverbot*). Nesse quesito, a proibição ao retrocesso social (efeito *cliquet*) impõe que políticas públicas em favor da promoção do direito à saúde não retrocedam, medida essa que deve ser especialmente observada no atual estado de pandemia.

A título exemplificativo, avanços conquistados como a regulamentação da telemedicina (Lei Federal nº 13.989/2020) e recomendações relacionadas a procedimentos de desinfecção em locais públicos (Nota técnica nº 22/2020/SEI/COSAN/GHCOS/DIRE3/ANVISA) devem se manter incólumes ou ser aprimorados no período pós-pandemia. Vale salientar que o especial tratamento que vem sendo conferido às pessoas do chamado “grupo de risco”, como os idosos ou pessoas detentoras de comorbidades, por terem maior aptidão a desenvolverem um quadro mais crítico da Covid-19, deve se manter nas posteriores legislações federais, estaduais e municipais.

Ademais, merece especial atenção a concepção de Hirsch (2020, p. 91, 97, 100) de que o princípio da solidariedade perpassa pelo dever fundamental de fraternidade, na medida em que se visualiza uma proteção difusa dos mais vulneráveis, decorrente do sobreprincípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, § único, III, da CF). Referido teórico discorre também sobre a autocontenção enquanto desdobramento da ideia de fraternidade:

Por dever de autocontenção deve-se compreender a obrigação de cada indivíduo se limitar a exercer seus direitos fundamentais ao mesmo tempo que permite que os demais indivíduos aproveitem os seus próprios direitos. O exercício concomitante de direitos fundamentais deriva, pois, de uma obrigação de não fazer por parte de cada indivíduo, qual seja esta, a viabilização que o interesse dos demais integrantes da vida social seja atendido quando um indivíduo quer exercitar suas prerrogativas fundamentais. (...) (...) **considerando-se que as abstenções particulares, mesmo com algum sacrifício suportável e temporário, são a base concreta para que necessidades coletivas (aqui**

no sentido de generalizadas, para fins de preservação de diversos outros indivíduos) **venham a ser efetivadas com o mínimo de prejuízo de vidas e recursos humanos, gerando ainda a chamada salvaguarda do abuso de direitos fundamentais.** (...) Ainda no que pertine à autocontenção, a mesma consagra a noção fundamental que **não se pode socializar os prejuízos**, em especial quando os destinatários das críticas, queixas e atitudes “rebeldes” individuais em face das autoridades públicas gestoras de uma crise não possuem condições jurídicas e institucionais de solucionarem as demandas envolvidas. **É, pois, o típico caso da tentativa de desobediência civil de idosos e demais pessoas que, durante o surto pandêmico da COVID-19 no Brasil contemporâneo, pautados em convicções pessoais sem nenhum fundamento científico, e mal empregando um – ao seu ver – direito absoluto de liberdade de ir e vir, pretendem trafegar em vias públicas, se aglomerarem em praças e ruas e desprezar recomendações médicas e normas públicas de isolamento social como uma espécie de “protesto individual”, o qual mais se assemelha a um devaneio ou arroubo de inconseqüência.** Eis um exemplo clarificado de **ofensa ao dever de fraternidade, na perspectiva da necessidade de respeito à autocontenção.** (grifo nosso)

Diante de todo o exposto, conclui-se que o princípio da solidariedade tendo como corolário o dever de fraternidade é o principal fundamento jurídico na concretização do direito à saúde, afinal, os direitos fundamentais não existem de forma isolada. Pelo contrário, eles coexistem solidariamente. Segundo o disposto na Constituição Federal, é indissociável uma sociedade que se pretende solidária e que não seja livre e justa ao mesmo tempo. A sociedade regida por atitudes egoísticas é permeada de injustiças e formada por indivíduos não livres, uma vez que a liberdade pressupõe que o outro ser social também o seja.

3 CRÍTICAS À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE PARA PREVENÇÃO E COMBATE AO CORONAVÍRUS

Nos últimos anos cresceram vertiginosamente as ações relacionadas à judicialização da saúde, movimento esse que atravessa uma crise de legitimidade das decisões judiciais proferidas em determinados casos. E isso deve-se ao fato da insuficiência do adequado conhecimento técnico-científico a respeito das demandas sanitárias por parte dos julgadores, além da inércia do Poder Legislativo para regulamentar diversos direitos, notadamente os presentes em normas programáticas.

Outra fonte causadora da judicialização da saúde é a aplicação da inafastabilidade da jurisdição estampada no artigo 5º, inciso XXXV, da

Constituição Federal, uma vez que esta se tornou fundamento para tanto. Desse modo, compreende-se que inexistente atualmente fator inibidor para o ajuizamento de ações judiciais. Mencione-se também, como razão da judicialização, as promessas não cumpridas pela Constituição.

Ocorre que o neoconstitucionalismo, ao alçar o magistrado ao papel de transformador social, fomenta posturas, as quais são típicas da política, como a implementação de políticas públicas. E muitas delas são realizadas de maneira imediatista e açodada, sem o devido tempo de maturação necessário para uma genuína transformação social. Partindo dessa premissa, o Ministério Público se mostra como a instituição mais adequada para cobrar e fiscalizar tais políticas, na medida em que atua de maneira mais próxima dos atores envolvidos no processo, muitas vezes desde o seu nascedouro, principalmente quando as acompanha por meio de seus procedimentos extrajudiciais.

Atitudes denominadas “ativismo judicial” são passíveis de críticas, pois, em inúmeros casos, o Poder Judiciário se imiscui no papel precípua dos Poderes Legislativo e Executivo, quando cria determinada norma ou executa políticas públicas calcadas no *solipsismo*. Streck (2017, p. 2-3) tece pertinentes observações acerca do tema em tela, senão, vejamos:

(...) a intensidade da judicialização da política (ou de outras dimensões das relações sociais) é a contradição secundária do problema. A grande questão não é o “quanto de judicialização”, mas “como as questões judicializadas” devem ser decididas. Ou seja, se a judicialização da política em países como o Brasil é, ao mesmo tempo, inexorável (porque forjada em um contexto político co-social) e contingencial, na medida em que se revela, no mais das vezes, um considerável grau de incompetência do Poder Executivo e do Poder Legislativo; **o ativismo judicial possui um componente comportamental danoso fortíssimo para a democracia, porque desconsidera o argumento jurídico como critério decisório**. Por essa razão, **há uma marcante diferença entre aquilo que tem sido chamado de ativismo judicial e judicialização da política. Ativismo é sempre ruim, porque é o corolário do solipsismo, um modo de decidir pelo qual o subjetivismo não encontra barreiras na linguagem pública** (...). Já a judicialização é contingencial: ela acaba ocorrendo por incompetência de outro poder ou outros poderes. (...) a judicialização somente é possível se passar pelo filtro de uma teoria da decisão. Se a decisão que judicializa (ou pretensamente judicializa) não pode ser universalizada, então é porque o emissor ingressa perigosamente no terreno do ativismo. (...) (...) escondemos o fato de que, por debaixo de uma decisão subjetivista, está a fragilização da democracia. Isto porque **a democracia não pode depender de decisões proferidas por política ou por moral. Deve, sempre, ser proferida por princípio**. Baseada

em princípios. (grifo nosso)

O devido processo legal, disposto no art. 5º, LIV, da Constituição Federal, não pode ser concebido apenas sob sua ótica formal. É imperioso que a sua dimensão material ou substancial se sobreponha, afinal todos os direitos fundamentais albergados na Constituição precisam ser efetivamente concretizados, pois eles não são mero exercício de retórica. E a saúde se revela como um dos direitos mais complexos de serem materialmente concretizados, uma vez que depende, na sua maioria, da atuação do Poder Executivo que, comumente, alega a tese da “reserva do possível” para inviabilizar tal direito.

Além disso, com fulcro nas lições de Dworkin (2001, p. 237-238), os juízes ao decidirem os casos devem levar em conta alguns critérios como a coerência e a integridade. O referido teórico compara o direito a uma espécie de romance em cadeia (*chain novel*), no qual o julgador deve considerar os precedentes dos juízes que já se pronunciaram e dar prosseguimento, como se fosse o escritor de um romance. Ressalte-se que o dever de coerência e integridade a que se refere Dworkin está expressamente previsto no art. 926 do Código de Processo Civil.

Sob essa perspectiva, é importante mencionar também que o neoconstitucionalismo permite que o juiz exerça uma hermenêutica que vá além dos métodos tradicionais de interpretação e que valorize a ética e a justiça do pós-positivismo.

Nessa esteira, o Desembargador Paulo Magalhães da Costa Coelho, do Tribunal de Justiça de São Paulo (2005, p. 125-128), defende a ideia de uma hermenêutica constitucional emancipadora, que foque na mudança do eixo metodológico, com as seguintes propostas:

1) dessacralização da norma como verificação do direito e como única possibilidade de uma epistemologia jurídica. (...) 2) a interdisciplinarietà na formação dos atores jurídicos e fundantes do conhecimento jurídico. A comunicação com outros ramos do saber é absolutamente essencial para uma real compreensão do fenômeno jurídico. Comunicação esta que foi cortada pelo viés do positivismo jurídico, preocupado tão somente com a validade lógica das normas, com os resultados conhecidos. (...) **3) a conscientização de que o direito se dirige ao homem concreto e histórico e não um ser abstrato.** É absolutamente impressionante notar-se que uma ciência que pretende regular a vida social e os conflitos e que, portanto, mais do que qualquer outra, necessita referir-se à concretude das relações sociais, se aliene em puras abstrações. (...) **4) a tomada de consciência das causas dos conflitos sociais.** Segundo a visão da hermenêutica conservadora, o fato social surge

apenas como um aspecto secundário, uma premissa menor, que possibilitará o raciocínio dedutivo. (...). (...) **alterar o eixo metodológico da ciência jurídica e da hermenêutica constitucional é tarefa complexa que exige esforço, criatividade, crítica e pluralismo.** Seu vetor fundamental é o homem concreto, histórico, que se constrói pelo trabalho e pelo conhecimento. Esse movimento epistemológico que se desloca o eixo metodológico da interpretação exclusivamente da norma para a riqueza da realidade em busca da Justiça, é fora de dúvida, um movimento ousado e arriscado. Mas é preferível ousar, em nome do justo, da igualdade e da dignidade humana, do que se conformar com teorias assépticas, alheias às aflições humanas. É o que se propõe. (grifo nosso)

Seria de bom tom que, especialmente, as decisões judiciais relacionadas à prevenção e combate do coronavírus fossem norteadas pelas proposições acima expostas, com vistas a conferir maior legitimidade a quem decide, sempre se pautando pela força normativa da Constituição e pela dimensão axiológica de seus princípios, considerando as pesquisas e estudos técnico-científicos sobre o tema em comento, não se olvidando das razões geradoras de determinado conflito social.

Sugere-se que eventuais questionamentos sejam realizados pelos magistrados ao analisarem determinados pedidos concernentes à pandemia: existe embasamento científico para o fechamento ou abertura do comércio/atividade? As escolhas dos gestores públicos estão pautadas em evidências científicas e levam em consideração a realidade local? Há número de leitos de UTI suficientes para as pessoas que vierem a precisar de internação? Determinada demanda tem aptidão de ser resolvida por meio da conciliação? O direito administrativo seria capaz de solucionar esse problema? Observaram-se os artigos 20 a 30 da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro? Essa questão está relacionada à alocação de verbas públicas?

4 A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA PREVENÇÃO E COMBATE AO CORONAVÍRUS: MECANISMO DE LEGITIMAÇÃO SOCIAL

Ao Ministério Público, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, conforme o art. 127, *caput*, da Constituição Federal. Dentre esses interesses, encontra-se o direito à saúde (arts. 6º e 196, da CF), que deve ser tutelado adequadamente.

É cediço que a jurisprudência dos tribunais superiores tem há muito

tempo reconhecido a possibilidade de tutela do Ministério Público em relação aos interesses individuais indisponíveis, como ocorre, por exemplo, no fornecimento de medicamentos, senão, vejamos:

O Ministério Público é parte legítima para ingressar em juízo com ação civil pública visando a compelir o Estado a fornecer medicamento indispensável à saúde de pessoa individualizada. (STF, 2009, *online*)

AÇÃO CIVIL PÚBLICA – FORNECIMENTO DE REMÉDIOS – LEGITIMAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – RECUSA NA ORIGEM – Possui repercussão geral a controvérsia sobre a legitimidade do Ministério Público para ajuizar ação civil pública com objetivo de compelir entes federados a entregar medicamentos a pessoas necessitadas. (STF, 2010, *online*)

Ademais, a legislação brasileira confere ao Ministério Público a legitimidade para o ajuizamento da ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis, fato que, somado à indisponibilidade do direito à saúde, legitima a atuação do Ministério Público em hipóteses de omissão estatal, mesmo quando se referir a pessoa individualmente considerada.

No entanto, as questões individuais merecem a atuação do Ministério Público em situações excepcionais. Conforme a Carta de Brasília, celebrada em 22/9/2016, no 7º Congresso de Gestão do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), **os membros do Ministério Público devem priorizar a atuação em tutela coletiva**, propondo ações individuais em situações absolutamente necessárias, **sem prejuízo dos atendimentos individuais e encaminhamentos necessários**. (Diretrizes referentes aos membros do Ministério Público, alínea “p”).

Desse modo, dar prioridade às demandas de caráter coletivo deve ser a tônica do trabalho do membro do Ministério Público. E partindo dessa premissa, o perfil resolutivo deve ceder espaço ao já saturado Ministério Público demandista. Em sua faceta demandista, o *Parquet* atua perante o Poder Judiciário, transferindo a esse órgão a solução dos problemas sociais, atitude essa que pode ser temerária, uma vez que o Judiciário não costuma responder a contento às demandas transindividuais.

Noutro giro, o Ministério Público resolutivo é o protagonista da solução de conflitos no âmbito extrajudicial. Trata-se do ambiente propício para que o membro atue de maneira preventiva, proativa, participativa, democrática, criativa, combativa e de maneira mais próxima da sociedade. Ele age como um grande intermediador, interlocutor e pacificador da conflituosidade social, superando a sua faceta demandista e ocupando lugares

de destaque no seio social e se qualificando como um gestor de medidas autocompositivas, seja por meio da mediação, quanto pela conciliação.

No campo específico da saúde, conforme apregoa o promotor de justiça de Minas Gerais, Gilmar de Assis (2016, p. 27-28), o Ministério Público enfrenta uma situação ainda mais complexa e desafiadora:

Exige-se dele uma nova postura institucional, transversal, **de participação direta na construção social do direito à saúde**, que vai muito além de seu papel fiscalizador da gestão pública da saúde, **mais próximo das realidades sociais coletivas, onde verdadeiramente nasce o direito**. Sua atuação como Ministério Público Mediador, no âmbito coletivo, regionalizado, **com corresponsabilidade nos resultados**, capaz de **promover a interação democrática dos diversos atores jurídicos sociais**, é a que melhor se amolda aos desafios contemporâneos. (grifo nosso)

Essas lições se coadunam perfeitamente ao papel do Ministério Público na prevenção e combate do coronavírus. A atuação preventiva, no momento adequado, permitindo a participação democrática dos atores envolvidos no litígio, podem ter o condão de se evitar o ajuizamento de ações, afinal, os últimos anos de atividade judicante no Brasil não provaram que a judicialização fosse apta a produzir os melhores resultados para a concretização do direito à saúde.

Ainda segundo o ensinamento de Assis (2016, p. 31), a solução mediada tem a capacidade de conferir a todos os seus atores maior **legitimidade social**:

Há maior probabilidade de melhor organização dos serviços, a partir da democratização do processo coletivo de trabalho, permitindo-se a corresponsabilidade geral de todos seus atores, jurídicos ou não, nesse sistema que se pressupõe ÚNICO de saúde.

Nessa perspectiva, Moraes (2016, p. 19) aduz que as medidas extrajudiciais conduzidas pelo Ministério Público devem ser permeadas pelo **princípio da paz**, pois a pacificação dos relacionamentos conduz à tranquilidade, ao entendimento, à harmonia, culminando na felicidade (palavra presente no preâmbulo da Constituição de 1988, por meio da expressão bem-estar). E, para ter paz, é necessária a adoção de uma postura educativa e pedagógica. Um exemplo prático é utilização de projetos sociais para conscientizar a população sobre a importância do uso correto das máscaras nos espaços públicos, a fim de se evitar a transmissão do coronavírus, e buscar entender as razões pelas quais existem pessoas que não usam máscaras ou que as utilizam erroneamente.

Essa linha de pensamento se harmoniza ao escólio de Almeida, Costa e Alvarenga (2019, p. 219), quando afirmam que “os projetos sociais podem potencializar e qualificar a atuação social do Ministério Público, especialmente da promoção da transformação da realidade social de forma resolutiva e cooperativa (artigo 3º, artigo 127, *caput*, e artigo 129, todos da CR/1988)”.

E como tal conscientização pode ser feita em tempos de pandemia? Com a ajuda dos recursos tecnológicos que estão ao dispor, tais como reuniões e audiências públicas por meio de videoconferência², expedição de Recomendações (dirigidas tanto ao poder público quanto aos cidadãos) a fim de inibir ou cessar determinada prática, celebração de termo de ajustamento de conduta, instauração de inquérito civil e procedimento administrativo, divulgação de ações por meio das redes sociais da instituição, além de visitas e inspeções tanto por meio virtual, quanto presencialmente³, a critério do membro, com todo o cuidado possível, seguindo as recomendações da OMS. Defende-se também a manutenção do diálogo presencial com a população, com o devido distanciamento físico (o distanciamento não seria social, uma vez que o Ministério Público nunca deve se manter distante da sociedade, principalmente em períodos como o atualmente vivenciado).

Relevante mencionar que, em 15 de março de 2018, o CNMP editou a Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN nº 01 (Recomendação de Maceió), a qual dispõe sobre o Estágio Probatório dos Membros do Ministério Público Brasileiro, sendo os seguintes pontos mercedores de destaque:

(...) capacidade de resolução humanizada dos conflitos, controvérsias e problemas; (...) **vocação para o exercício das funções jurisdicionais e extrajurisdicionais do Ministério Público, a ser aferida pelo comprometimento e pelas iniciativas do membro em estágio probatório que revelem amor em face das causas institucionais e do exercício das atribuições nas diversas áreas de atuação;** (...) **gentileza, paciência, temperança e capacidade de exprimir sentimentos nobres no trato com as pessoas, principalmente as mais carentes e humildes e aquelas que estejam em situações de exclusão social;** (...) **conhecimento das causas e deficiências sociais locais;** (...) capacidade de diálogo e de consenso; (...) atuação preventiva, com postura resolutiva (...); (...) **utilização racional e adequada da**

2 Nesse sentido, a Resolução Conjunta nº 3/2020/PGJ-CGMP, de 2/6/2020, que dispõe sobre as audiências públicas no âmbito do Ministério Público, inclusive com a possibilidade de realização por meio de plataforma tecnológica de transmissão de sons e imagens em tempo real.

3 Nessa linha, a Resolução Conjunta nº 2/2020/PGJ-CGMP, de 29/5/2020, que dispõe sobre a possibilidade de adoção de videoconferência ou outro meio tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real na realização de visitas e inspeções para instrução de processos ou procedimentos instaurados e em tramitação no âmbito do Ministério Público do Estado de Rondônia.

judicialização. (grifo nosso)

Conforme Almeida, Beltrame e Romano (2016, p. 101), “o fato de os membros do Ministério Público não serem, nos termos do modelo constitucional brasileiro, escolhidos diretamente pelo povo, não impede, porém, que a instituição tenha legitimação social”. Afinal, sua verdadeira legitimação advém da sua efetiva e eficiente atuação da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Portanto, a pandemia do coronavírus se apresenta como um cenário propício a fim de fortificar e consolidar a legitimação social do Ministério Público, seja em virtude de sua atuação judicial (quando for imprescindível para evitar ou remover ilícitos), ou incrementando efetivamente o perfil resolutivo da instituição. A atuação deve privilegiar o amor e o respeito aos valores institucionais, o conhecimento das deficiências locais, bem como a utilização racional da judicialização, atitudes essas que se concretizam a partir do momento em que o membro apresenta-se desde o início dos conflitos, controvérsias e problemas como o agente capaz de promover a solução quando há viabilidade ou de aproximar os atores envolvidos nas demandas.

CONCLUSÃO

A pandemia do coronavírus acarretou a mudança de paradigmas, vem causando efeitos devastadores na saúde pública, na economia, bem como é uma situação extraordinária, que exige uma mudança de comportamentos por meio da população, seja pelo uso de máscaras, do álcool em gel, do isolamento social, do aumento das tecnologias virtuais, etc. Além disso, evidenciou com maior profundidade as desigualdades já existentes no Brasil, notadamente no acesso aos serviços de saúde e nas condições de saneamento básico e de higiene da população em geral.

No Estado pandêmico, as já conhecidas características do neoconstitucionalismo se afluam e necessitam ser revisitadas a fim de se coadunarem com as demandas urgentes decorrentes da pandemia. É plausível afirmar que a pandemia do novo coronavírus também pode ser considerada um novo marco histórico do neoconstitucionalismo, momento este em que os valores do pós-positivismo e da força normativa da Constituição devem ser especialmente observados e aplicados. Propõe-se também uma reflexão acerca do exacerbado protagonismo conferido ao Poder Judiciário como agente de transformação social.

Neste cenário, o princípio da solidariedade (art. 3º, I, da Constituição Federal) deve nortear as tomadas de decisão do Estado e de toda a sociedade,

notadamente quando a população se propõe a adotar posturas como o recolhimento e o distanciamento sociais, o uso correto de máscaras faciais, a adequada lavagem das mãos, a utilização do álcool em gel, entre outras tantas.

Critica-se o aumento da judicialização da saúde de um modo geral, sendo que, no tocante às decisões judiciais relacionadas à prevenção e combate do coronavírus, abre-se espaço para outras fragilidades, como decisões pautadas em argumentos de política ou moral e alheias às evidências técnico-científicas da saúde.

Por fim, compreende-se que a crise causada pelo coronavírus é um cenário desafiador, porém propício para que o Ministério Público atue efetivamente na esfera extrajudicial, como forma de consolidar a sua legitimação social. Afinal, o Ministério Público é o protagonista na tutela dos direitos transindividuais relacionados à saúde e deve se fortalecer e atuar nos espaços em que há conflitos, controvérsias e problemas a serem solucionados, principalmente os que incidem sobre a população mais vulnerável.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE VIGILÂNCIA SANITÁRIA. **Nota técnica nº 22/2020/SEI/COSAN/GHCOS/DIRE3/ANVISA**. Brasília: ANVISA, 2020. Disponível em: <http://portal.anvisa.gov.br/documents/2857848/5624592/Nota+T%C3%A9cnica_Desinfec%C3%A7%C3%A3o+cidades.pdf/f20939f0-d0e7-4f98-8658-dd4aca1cbfe5>. Acesso em: 30 mai. 2020.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; BELTRAME, Martha Silva e ROMANO, Michel Betenjane. Novo perfil constitucional do Ministério Público – Negociação e Mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas. *In*: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público**. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015.

ALMEIDA, Gregório Assagra de; COSTA, Rafael de Oliveira e ALVARENGA, Samuel. Ministério Público como função essencial à justiça na tutela dos direitos ou interesses coletivos. *In*: VITORELLI, Edilson (org.). **Manual de direito de difusos**. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2019.

ASSIS, Gilmar de. Mediação sanitária: direito, saúde e cidadania. *In*: CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Tendências em Direitos Fundamentais: Possibilidades de Atuação do Ministério Público**, volume 1. Brasília: CNMP, 2016.

BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A constitucionalização do direito**: fundamentos teóricos e aplicações específicas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BRASIL. **Lei nº 13.989, de 15 de abril de 2020**. Dispõe sobre o uso da telemedicina durante a crise causada pelo coronavírus (SARS-CoV-2). Disponível em: <<http://www.in.gov.br/web/dou/-/lei-n-13.989-de-15-de-abril-de-2020-252726328>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

CHENG, V.C.C.; LAU, C.S.K.P.; WOO, P.C.Y.; YUEN, K.Y. *Severe acute respiratory syndrome coronavirus as an agent of emerging and reemerging infection*. **Clinical Microbiology Reviews**, v. 20, nº 4, oct. 2007, p. 660-694. Disponível em: <<https://cmr.asm.org/content/20/4/660>>. Acesso em: 5 jun. 2020.

COELHO, Paulo Magalhães da Costa. **É possível a construção de uma hermenêutica constitucional emancipadora na pós-modernidade?** Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos, n. 44, Faculdade de Direito de Bauru, Bauru/SP, 2005.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Carta de Brasília**. Brasília: CNMP, 2016. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Carta_de_Bras%20C3%Adlia-2.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Recomendação de Caráter Geral CNMP-CN, nº 01**, de 15 de março de 2018. Maceió/AL: CNMP, 2018. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Corregedoria/minuta_da_recomendao_estgio_probatrio_com_numerao.pdf>. Acesso em: 31 mai. 2020.

COSTA, Cacinotti Marcelo; LIMA, Vinicius de Melo. **Decisão judicial e democracia**: por uma ética da responsabilidade no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Trad.: Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2018.

HIRSCH, Fábio Periandro de Almeida. O dever fundamental de fraternidade e a pandemia. *In*: BAHIA, Saulo José Casali (org.). **Direitos e deveres**

fundamentais em tempos de coronavírus. São Paulo: Iasp, 2020, p. 82-104.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Nota Informativa nº 3/2020-CGGAP/DESF/SAPS/MS.** Brasília: MS, 2020. Disponível em: <<https://www.saude.gov.br/images/pdf/2020/April/04/1586014047102-Nota-Informativa.pdf>>. Acesso em: 30 mai. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Resolução Conjunta nº 2/2020/PGJ-CGMP.** Porto Velho/RO: MPRO, 2020. Disponível em: <<https://arquivos.mpro.mp.br/diario/2020/DiarioMPRO-09-06-2020-NR106.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE RONDÔNIA. **Resolução Conjunta nº 3/2020/PGJ-CGMP.** Porto Velho/RO: MPRO, 2020. Disponível em: <<https://arquivos.mpro.mp.br/diario/2020/DiarioMPRO-09-06-2020-NR106.pdf>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai. Noções Preliminares. *In*: SOARES JÚNIOR, Jarbas; ÁVILA, Luciano Coelho (org.). **Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público.** Brasília: Ministério da Justiça/Escola Nacional de Mediação e Conciliação, 2014.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: **RE 407.902.** Relator: Ministro Marco Aurélio. j. 26/5/2009, 1ª T, DJE de 28/8/2009. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur165527/false>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

STF. RECURSO EXTRAORDINÁRIO: **RE 605.533 RG.** Relator: Ministro Marco Aurélio. j. 1º/4/2010, Plenário, DJE de 30/4/2010. Disponível em: <<https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/repercussao-geral1523/false>>. Acesso em: 9 jun. 2020.

STRECK, L. L. A hermenêutica e a (eterna) luta contra o subjetivismo. À guisa de prefácio. *In*: COSTA, Cacinotti Marcelo; LIMA, Vinícius de Melo. **Decisão judicial e democracia:** por uma ética da responsabilidade no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

STRECK, L. L. **Dicionário de hermenêutica:** quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito. Belo Horizonte: Letramento, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO E VIESES NA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

PROSECUTION SERVICE AND BIASES IN PUBLIC POLICIES INDUCTION PROCESS

Tereza Cristina Sorice Baracho Thibau¹
Samuel Alvarenga Gonçalves²

RESUMO: O presente artigo se propõe a analisar a correlação entre os vieses cognitivos e heurísticas no processo de julgamento e tomada de decisões envolvendo a indução de políticas públicas por intermédio do Ministério Público no âmbito do Judiciário. Para tanto, mostra-se salutar compreender a maneira pela qual um eventual subjetivismo institucional pode influenciar negativamente a atuação do *Parquet* no momento de se atuar em litígios complexos dotados de notória dificuldade técnica, tais como aqueles que envolvem as decisões acerca de políticas públicas.

Palavras-chaves: Litígios Complexos, Heurísticas, Acesso à Justiça.

ABSTRACT: This article aims to analyze the correlation between cognitive biases and heuristics in the process of judgment and decision making involving the induction of public policies through the Prosecution Service in the Judiciary. Thus, it is important to understand the way in which an eventual institutional subjectivism can negatively influence the performance of the Public Prosecutor's Office when dealing with complex and high technical difficulty litigation, such as those involving public policy decisions.

Keywords: Complex Litigation, Heuristics, Access to Justice.

1 Graduação em Pedagogia e em Direito. Doutorado em Direito e Processo Coletivo e Mestrado em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da UFMG. Professora Associada IV lecionando Direito Processual Civil e Práticas dialógicas na graduação, e Direito e Processo Coletivo na pós-graduação da Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisadora do Programa Universitário de Apoio às Relações de Trabalho e à Administração da Justiça (PRUNART). Mediadora Judicial. Diretora-Editora da Revista da Faculdade de Direito da UFMG. Email: tthibau@gmail.com.

2 Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. E-mail: samuelalvarengagoncalves@gmail.com.

INTRODUÇÃO

O tema ora analisado já contou razoavelmente com a preocupação da doutrina pátria (CAMBI; ALMEIDA; MOREIRA, 2018) e diz respeito aos mecanismos de efetivação de direitos fundamentais e sociais pelo Ministério Público, diante da ineficiência ou omissão das instâncias ordinariamente legitimadas, entenda-se, o Poder Executivo.

A matéria tem sido o centro de grandes debates sobre os limites de uma atuação jurisdicional por vezes considerada excessiva ou mesmo desconectada da realidade administrativa em relação à qual se propõe a modificar (ARENHART, 2009). E nesse contexto, seguramente o Ministério Público tem se mostrado um dos mais atuantes atores na defesa dos direitos sociais constitucionais em nossa República, sobretudo mediante o ajuizamento de ações civis públicas com as mais diversas finalidades e variados objetivos, sempre tendo em mira a salvaguarda das coletividades afetadas.

Assim, o presente artigo tem por escopo alertar e recair sua atenção sobre um momento anterior à própria judicialização de matérias envolvendo a implantação de políticas públicas. E, nessa proposta, visa esquadrihar ou buscar entender os motivos que levam o Ministério Público a atuar na tutela deste ou daquele interesse coletivo *lato sensu*.

Mais que isso, questiona-se aqui quanto ao momento em que o membro *parquetiano* lança mão do instrumental e dos poderes que a Constituição da República de 1988 lhe assegura para o independente exercício do seu mister. Como assegurar que suas escolhas foram realizadas da forma o mais racional, técnica e isenta possível, sem que haja uma indevida intromissão de suas predileções internas ou mesmo inclinações subjetivas ordenadas numa determinada direção?

Em termos mais claros, indaga-se que: ao escolher uma causa para levá-la a discussão no campo das políticas públicas, a quais influências internas e externas o membro do Ministério Público está sujeito, como identificar tais vieses e quais mecanismos se poderá adotar a fim de aumentar a transparência e *accountability* nesse tipo de atuação?

Nesse artigo, por meio de breves considerações críticas, pretende-se trazer a contribuição dos estudos ligados aos processos cognitivos de julgamento e tomada de decisões (KLUWE-SCHIAVON et al, 2018, p. 27), bem como a sua correlação com a atividade *parquetiana* afeta à indução ou implementação de políticas públicas no contexto do sistema integrado de tutela aos direitos coletivos no Brasil.

1 PROCESSOS COGNITIVOS DE JULGAMENTO E TOMADA DE DECISÕES

A compreensão das razões e motivações do comportamento humano tem sido objeto de estudo e a ela está intrincada a percepção dos grupos sociais.

Verifica-se que esses estudos foram inicialmente melhor sistematizados no campo da matemática e na economia, tendo se notabilizado posteriormente por meio de pesquisas nas áreas da psicologia e da neurociência (KLUWE-SCHIAVON et al, 2018, p. 45-46).

Especificamente no campo do Direito, não data de muito a abordagem dogmática dos processos cognitivos de julgamento e tomada de decisões, sendo ainda bastante limitados os estudos e obras a esse respeito, em que pese a importância e centralidade do tema.

CARDOSO e LINS E HORTA lembram que o sistema de Justiça em todo o mundo vem se abrindo a essa nova expansão da produção científica. Como exemplo, citam a Suprema Corte dos Estados Unidos, que tem se valido de argumentos jurídicos lastreados em evidências procedentes de genética comportamental ou das neurociências, sobretudo no campo de aplicação da lei penal (2018, p. 146).

Tem sido corrente a compreensão de que nem sempre é possível ao ser humano agir com racionalidade plena no momento de seus julgamentos e tomadas de decisão. Em tais casos, geralmente se é influenciado por percepções pessoais, atitudes instintivas e emoções, e “nem sempre essas intuições respeitam os cânones da lógica, da probabilidade ou da estatística” (LINS E HORTA; COSTA, 2017, p. 19).

Para NUNES, LUD e PEDRON, a capacidade mental que permite ao ser humano agir com base em seu instinto e intuição está viva em seu dia a dia, “em função da tendência natural de resolvermos os problemas cotidianos a partir da lógica do menor esforço aplicável, também à capacidade cognitiva humana” (2018, p. 49).

Na verdade, como explicam LINS E HORTA e COSTA, é compreensivelmente difícil, para qualquer pessoa, “decidir em desconformidade com suas próprias intuições, ainda que existam provas sólidas que apontem em sentido contrário à sua interpretação dos fatos que lhe são apresentados” (2017, p. 3).

O problema é que esse sistema de julgamento e tomada de decisões,

baseado em informações preteritamente acumuladas, em alguns casos, pode se amparar em premissas equivocadas, sendo, portanto, natural ao ser humano buscar a simplificação na resolução de questões complexas por meio de atalhos cognitivos, referidos como heurísticas (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 50).

Sobre as heurísticas, explicam LINS E HORTA e COSTA (2017, p. 18):

Ao decidir, pessoas se valem de heurísticas, ou seja, de atalhos cognitivos a partir dos quais lidam com as limitações de tempo e com a incompletude dos dados disponíveis: certas informações são privilegiadas, certas lacunas são inconscientemente completadas, certas percepções desencadeiam reações emocionais intensas, certas projeções de significado são rejeitadas pelos incômodos que nos provocam. Nossa cognição não é tipicamente baseada em uma reflexão detida, em cálculos estratégicos e análises probabilísticas. Como nossa capacidade de processamento de informação é limitada, temos de selecionar com cuidado os objetos que receberão esse tipo de atenção, extremamente custosa em termos de tempo e energia. Necessitamos de heurísticas para viabilizar uma tomada de decisão eficiente, em que seja alcançado um nível de precisão aceitável (embora não ótimo) com um processamento cerebral que não comprometa demasiadamente a celeridade.

No mesmo sentido, são as ponderações de DELFINO e LOPES (2016) sobre essa natural tendência do ser humano na busca de atalhos e soluções mentais mais fáceis aos casos complexos, especialmente com base no seu histórico informacional acumulado ao longo da vida:

Para resumir, sabe-se hoje que o homem: (i) possui aversão ao esforço mental e, por isso, está inclinado a não pensar suficientemente, aceitando a resposta mais agradável ou familiar; (ii) soluciona problemas sem ter acesso a todas as alternativas possíveis, apegando-se apenas em experiências passadas; (iii) sujeita-se a alterações comportamentais pela exposição a qualquer coisa influenciável (palavras, objetos, ambiente); (iv) não é imparcial ou neutro e a todo momento busca uma causalidade por não conseguir aceitar fatos sem que estejam acompanhados de uma história; (v) tem a tendência de aceitar uma informação inicial como se verdadeira fosse (efeito halo). Ou seja, é mera ilusão a crença de que o ser humano é racional e consciente acerca de todas as decisões que toma ao longo da sua existência, em especial porque o cérebro ostenta, entre os seus segredos, desvios cognitivos que afetam negativamente a qualidade da decisão.

São perigosas as escolhas institucionais, por exemplo, do Ministério Público, na defesa deste ou daquele direito, quando fundadas em premissas

irracionais, intuitivas, emocionais, religiosas, preconceituosas ou propensas a inclinações e tendências, podendo levar a decisões sub-ótimas do ponto de vista da eficiência (NUNES; LUD; PEDRON, 2018, p. 52-52).

A pressão do dia a dia numa Vara Judicial abarrotada de processos ou mesmo as quase nunca fáceis deliberações numa Promotoria de Justiça sobre a decisão de promover ou não medidas em face de determinado problema podem levar o respectivo agente político a querer agir buscando recursos que lhe permitam o menor esforço possível aliado ao maior e melhor ganho em termos de resultados.

E, exatamente por isso, parte da racionalidade do magistrado ou do membro do Ministério Público, enquanto seres humanos, pode ser afetada por conta desse seu irrefreável e inconsciente desejo de simplificação de situações difíceis, o que acaba permitindo que suas decisões e escolhas sejam plenamente influenciadas por vieses e heurísticas. É fato também que o magistrado, em cumprimento ao princípio constitucional da imparcialidade, e o membro do Ministério Público, ocupado com sua tarefa de fiscal da lei, não conseguem separar de modo sempre racional o cargo que ocupam das responsabilidades que carregam em relação aos que julgam ou buscam proteger.

2 OS VIESES³ NA ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CAMPO DA INDUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Assim como é impossível uma decisão judicial ser tomada totalmente focada em pura racionalidade por parte do magistrado, também o são as escolhas feitas pelos membros *parquetianos* quando decidem atuar mediante a tutela coletiva na indução de políticas públicas.

Aliás, variadas pesquisas e trabalhos ao longo do século XX foram fundamentais para demonstrar a “interação dinâmica entre processos cognitivos abstratos e emocionais básicas durante decisões em diferentes cenários” (KLUWE-SCHIAVON et al, 2018, p. 37). Por isso, ainda que dotado do mais escorreito caráter e zelo quanto aos seus deveres, o juiz ou o promotor podem se mostrarem viesados sem ao menos se darem conta disso, prejudicando a própria imparcialidade no julgamento (NUNES; LUD;

3 Em razão da limitação e dos fins do presente artigo, não será possível uma apresentação pormenorizada acerca dos variados exemplos concretos de vieses cognitivos que são explorados pela doutrina. Para uma específica abordagem sobre o tema, recomenda-se fortemente a leitura de: COSTA, Eduardo da Fonseca. Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia. 2016. 187f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016. NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o debiasing. Salvador: JusPodivm, 2018.

PEDRON, 2018, p. 75).

À frente de seu mister, o membro do Ministério Público poderá encontrar fortes pressões sociais, geralmente ampliadas pela exposição midiática, que lhe motivarão a instaurar um inquérito civil público em defesa da sociedade. E, em regra, os fatos que chegam ao conhecimento do Promotor de Justiça realmente possuem lastro fático que evidencia a inação do Estado ou o não cumprimento da política pública naquela área em questão.

São conhecidos os exemplos de violação a direitos difusos e coletivos *stricto sensu* que podem sugerir a instauração de expedientes ministeriais para apurar a responsabilidade do Poder Executivo e sua omissão em realizar políticas públicas dos mais variados tipos: falência do sistema penitenciário e socioeducativo; fornecimento de transporte escolar e compra de livros didáticos; desativação de um lixão e aterros irregulares; a ampliação maciça de vagas em creches e leitos em UTI; credenciamento de clínicas para tratar pessoas em estado de drogadição; criação de programas sociais de moradias populares destinadas a pessoas em situação de rua; contratação de médicos nas mais diversas especialidades para o atendimento público (tais como cirurgiões, anesthesiologistas, cardiologistas, ortopedistas etc.); pavimentação asfáltica ou recuperação de estradas; implantação de iluminação pública e obras de saneamento básico; criação de políticas de assistência às mulheres vítimas de violência doméstica; combate ao desmatamento ilegal; melhoria do sistema de acolhimento institucional de menores; aquisição de medicamentos e estruturação da assistência farmacêutica; contratação de professores tutores para acompanhar menores com necessidades especiais; implantação de centro de zoonose e construção de um local para recolher animais de rua e tantas outras situações quanto podem ser geradas em decorrência da vida social que vem se tornando cada vez mais complexa.

E, justamente nesse universo multifacetado de incontáveis escolhas institucionais e decisões jurídicas, deve-se questionar: De que maneira as convicções pessoais e demais vieses podem influenciar negativamente a atuação de um colegitimado à tutela coletiva e o julgamento de um magistrado? Como se sabe, infinitos são os problemas a serem enfrentados em qualquer município, mas finitos são os recursos.

Por isso, embora muito tradicionalmente o estudo do tema seja mais vividamente percebido na seara do processo penal, entende-se igualmente pertinente a compreensão desses vieses e a investigação dessas variáveis preditivas na seara do processo coletivo, judicial e extrajudicial. Os direitos coletivos em sentido lato, caracterizados em sua ampla maioria enquanto direitos sociais constitucionais, merecem tratamento especial. E as decisões

em torno desses se refletem de modo estendido para além das esferas do Judiciário, sendo também objeto de envolvimento do Executivo e, não raras vezes, impondo atuação do Legislativo (a exemplo do que precedeu a promulgação da Lei Maria da Penha – Lei nº 11.340/2006, em defesa das mulheres em situação de violência doméstica).

Assim que:

(...) é interessante notar que o ajuizamento de ações coletivas que versam sobre questões dessa natureza vêm transformando as relações entre os três Poderes no Brasil, Executivo, Legislativo e Judiciário, em um sentido potencialmente democrático, uma vez que tem acarretado uma intensa mobilização do Judiciário para decisões macropolíticas no país e crescente presença do Ministério Público no exercício da representação funcional de interesses estratégicos da sociedade. Depreende-se, pois, que as ações coletivas constituem valiosos instrumentos por meio dos quais novos espaços de discussão são criados, contrapondo interesses coletivos a interesses estatais e exigindo novas formas de práticas democráticas, além de servir como lugar de afirmação de novos direitos e de participação social na construção da agenda pública (VIANNA; BURGOS, 2002, p.484-485 *apud* THIBAU; REIS, 2009, p. 32).

Por outro lado, importa afirmar que o *iter* para a implantação de políticas públicas diversas não está isento de sofrer grandes distorções a depender das influências culturais, pessoais, sociais, políticas, religiosas e institucionais dos membros do sistema de Justiça incumbidos daqueles casos que chegarem ao Judiciário, oportunizando-se que aflorem os seus vieses cognitivos e heurísticas no momento de tomada das decisões.

Se, desde há muito, os estudiosos do mercado financeiro têm percebido esses vieses ou desvios de racionalidade em relação ao comportamento dos investidores, de acordo com TABAK e AMARAL (2018), é importante a compreensão de como semelhantes vieses podem impactar as decisões dos agentes formuladores de políticas públicas bem como o comportamento dos agentes regulados por tais políticas.

Segundo a doutrina, “O combate aos vieses cognitivos decisórios observados nos formuladores de políticas públicas é fundamental para garantir que a intervenção estatal não incorra em regulamentações ineficientes e tendenciosas em decorrência da racionalidade humana limitada” (TABAK; AMARAL, 2018, p. 472).

Mesmo no âmbito do Poder Executivo, os seus agentes públicos, responsáveis pela formulação das políticas públicas, podem agir levando-se

em conta seus próprios interesses pessoais seja na “busca da maior receita possível destinada pela administração, visibilidade, possibilidades de promoção e prestígio profissional” (TABAK; AMARAL, 2018, p. 474), seja como estratégia para obtenção de favores políticos atuais ou futuros.

Portanto, em se tratando de políticas públicas, não é excepcional se deparar com julgamento e tomada de decisões desvirtuadas durante todo o processo de sua implantação, desde a sua concepção e formulação, até a fase do cumprimento de uma determinada ordem judicial visando a sua concretização no plano fático.

Parece claro que a ausência de estudos sobre os motivos de escolhas de determinadas políticas públicas compromete a observância da eficiência na gestão pública administrativa e, ao final, pode levar à prática de ações que culminem em resultados altamente indesejáveis, desvirtuados, insuficientes, desnecessariamente onerosos ou simplesmente incapazes de promover a finalidade pública e o interesse social almejados.

Uma política mal formulada pode: a) apresentar benefícios notoriamente satisfatórios, mas a custos desnecessariamente altos; b) atingir objetivos diferentes daqueles pretendidos; c) perseguir problemas triviais sem alcançar a raiz do problema enfrentado; d) favorecer grupos específicos, utilizando recursos públicos, sem um critério razoável de justiça distributiva. O resultado dessas más políticas usualmente são críticas de que o governo, na prática, cria mais obstáculos do que efetivamente contribui para a vida do cidadão e do mercado (TABAK; AMARAL, 2018, p. 475).

Entende-se que uma escolha institucional sobre a formulação de políticas públicas pelo Ministério Público deve passar por um árduo escrutínio de considerações por parte do seu membro, envolvendo desde a análise de questões fáticas, abordagens jurídicas e a compreensão de fenômenos sociológicos como o próprio conteúdo dos conceitos de moral, justiça e bem comum.

De acordo com a doutrina, cabe ao Ministério Público o controle das decisões administrativas dos gestores públicos no tocante à qualidade das deliberações envolvendo políticas públicas; contudo, faltariam ao próprio órgão *parquetiano*

(...) as ferramentas jurídicas que gerem contingências comportamentais capazes de modificar o ambiente político, e que lhe permitam gerenciar relações de reforço/punição aptas a impulsionar o comportamento dos agentes públicos no sentido desejado pela coletividade (TABAK; AMARAL, 2018, p. 476).

Na ordem jurídica pátria, a tutela das coletividades tem sido exercida com grande afincamento e empenho pela Instituição Ministerial, promovendo uma autêntica e diuturna batalha na efetivação dos direitos transindividuais e individuais homogêneos, especialmente nos casos envolvendo questões traumáticas como o acesso à saúde, educação, moradia, renda mínima, respeito aos grupos minoritário, meio ambiente natural equilibrado entre vários outros.

Entretanto, há algumas ponderações reflexivas que devem ser enfrentadas: até que ponto essa defesa intransigente do texto constitucional pode tornar-se apaixonada ou parcialmente enviesada? Como evitar que a escolha adotada pelo Promotor de Justiça seja o menos possível influenciada por suas pré-concepções individuais que em muito podem prejudicar os demais interesses coletivos *lato sensu*?

O fato é que uma infindável coleção de estímulos extrajurídicos, formações e pré-convicções pessoais pode nitidamente influenciar no processo de julgamento e tomada de decisão, especialmente exagerando ou flexibilizando indevidamente determinadas consequências ou escolhas.

Tem sido mais comum na seara do Direito a produção de artigos sobre vieses cognitivos e sua influência especificamente no campo da decisão judicial. CARDOSO e LINS E HORTA (2018, p. 148-160) nos trazem uma rica compilação de abalizadas pesquisas em todo o mundo que se dedicaram a identificar estas externalidades, variáveis jurídicas ou factuais que influenciam no julgamento judicial em casos tanto reais quanto fictícios. Abaixo, seguem alguns fatores que as pesquisas vêm apontando:

a) se os juízes estão recém-alimentados ou não, o cansaço dos julgadores e seus níveis de glicose no momento da sentença influenciam na decisão sobre a liberdade provisória ou não dos indivíduos;

b) o quantitativo de processos para serem julgados no dia (metas) e o tempo útil disponível em casos envolvendo concessão de fiança podem obrigar os magistrados a adotarem estratégias mais simples do ponto de vista da análise dos fatos e com menor profundidade teórica;

c) juízes que são pais de filhas são mais propensos a julgar favoravelmente causas envolvendo mulheres que sofrem discriminação no emprego e sobre direitos reprodutivos;

d) preconceitos raciais implícitos são passíveis de interferir no percentual de condenações de pessoas negras;

e) juízes federais norte-americanos são diretamente influenciados por sua filiação política no contexto da interpretação da Constituição;

f) características pessoais dos acusados (como a beleza, altura, peso, cabelos, aspectos da vestimenta etc.) podem ter um valor maior do que a observância da própria jurisprudência e dos precedentes judiciais que incidam sobre o caso;

g) as pré-convicções que um magistrado ostente sobre determinado assunto (se favorável ou contra) podem levar a considerar legítima ou não a eventual ação da polícia para dispersar a multidão em manifestações públicas sobre aborto ou homofobia, a depender da filiação do julgador àquela pauta política;

h) em júris simulados, réus de boa aparência, com melhor situação financeira e mulheres tendem a ser tratados com maior leniência;

i) mulheres obesas são alvos de mais acentuado viés condenatório do que mulheres com peso mediano ou consideradas atraentes segundo o senso comum;

j) ainda na esfera penal, os juízes tendem a ser mais severos com acusados quando o consideram uma pessoa de hábitos moralmente reprováveis, de caráter questionável ou quando não se identificam com eles em nenhum aspecto.

Sob semelhante abordagem, ABREU, GOUVEIA e COLARES (2018, p. 661-687) contribuem com a discussão, apresentando resultados de pesquisas sobre o comportamento judicial e seu possível enviesamento.

Segundo apurou-se, juízes mais velhos (acima de 65 anos) tendem a ser mais receptivos a julgar demandas envolvendo discriminação etária, não havendo qualquer influência ou relação, por exemplo, quando este mesmo juiz, em razão de sua idade, decide sobre preconceitos de gênero e raça. De outra banda, a formação religiosa de juízes cristãos, evangélicos, protestantes ou judeus foi considerada fator de influência (em maior ou menor grau) no processo de tomada de decisões, especialmente envolvendo direitos de homossexuais, pena de morte, discriminação de gênero, obscenidades e defesa de pessoas lesadas e economicamente vulneráveis (ABREU; GOUVEIA; COLARES, 2018, p. 678-685).

Outrossim, na seara da tutela coletiva, em regra, sempre haverá de ter disputas e conflitos entre vários grupos sociais e por vezes até mesmo dentro do próprio grupo (VITORELLI, 2016). Não se duvida, por exemplo, do grau

de desacordo que pode ser verificado em ações civis públicas ajuizadas para que coletividades economicamente carentes possam manter suas moradias (quase sempre construídas de forma precária) em áreas ambientalmente protegidas e de especial relevância no contexto da preservação daquela localidade e até mesmo de espécies ameaçadas de extinção.

Buscar identificar as razões que levaram o membro ministerial a mover esta ou aquela ação civil pública passa a ser visto como um importante indicador na efetividade dos direitos sociais. Em outros termos, não basta mais que um Promotor de Justiça apenas ajuíze uma ação civil pública; é necessário que se consiga identificar plenamente os fundamentos de sua escolha.

Em uma determinada realidade fática, em que várias políticas públicas de caráter coletivo, as quais estão previstas pela Constituição da República de 1988, ainda não foram implementadas a contento pelo Poder Público, questiona-se: quais seriam os melhores critérios a serem adotados pelo Ministério Público entre tantas possíveis demandas? Quais escolhas foram adotadas e por quê? E, além disso, como seria possível minimizar a atuação dos diferentes tipos de vieses do agente político em sua deliberação inicial?

Observa-se nessa parte da análise que é necessário atentar-se criticamente para os seguintes pontos: condução de soluções extrajudiciais, a realização de audiências públicas e reuniões setoriais, a propositura de termos de ajustamentos de conduta e outras medidas, tudo isso pode assumir um caráter incrivelmente prejudicial caso o membro do Ministério Público esteja sob insuperável influência de algum sentimento pessoal ou, ainda, tomado de nítidos vieses cognitivos e das heurísticas na formulação de suas escolhas.

A apresentação do Ministério Público, por vezes, como um infalível promovedor da Justiça e defensor da sociedade, de certa forma, pode ser vista ou considerada relativamente como um viés, especialmente se levada a um patamar de cegueira para os demais contextos sociojurídicos envolvidos.

Se o membro do MP se permitir ser guiado absurdamente por suas convicções, percepções, experiências ou emoções pessoais e pelas pressões sociais e midiáticas sobre determinados assuntos no momento da decisão sobre a tomada ou não da medida coletiva, os reflexos de suas deliberações podem vir a representar um verdadeiro retrocesso, visto que tais decisões estarão permeadas de subjetivismo tendencioso e indesejável.

A própria ambiência institucional e os comportamentos dos pares

dentro da carreira à qual pertença o agente podem ter o condão de moldar ou influenciar o membro *parquetiano* em seu processo de escolha, sendo o mesmo raciocínio aplicável aos magistrados, seja quando atuam monocraticamente ou em atividade colegiada.

Entretanto, é essencial pontuar que há uma divisão constitucional entre as atribuições desses dois agentes do sistema de Justiça (Magistrado e membro do Ministério Público), fato que pode ajudar a minimizar a afetação dos vieses internos e externos quando da atuação de cada qual, daí a importância de haver a possibilidade de um certo controle institucionalizado. Nesse sentido, no âmbito da promoção dos direitos sociais constitucionais ou coletivos em sentido amplo, tal controle pode diminuir as margens do subjetivismo das decisões desses parceiros, seja no ajuizamento, seja no acompanhamento ou fase decisória das ações civis públicas.

Assim, é importante mencionar que na:

(...) trajetória de identificação dos limites ao controle judicial, verifica-se que o processo – sobretudo o processo coletivo – desempenha funções primordiais, pois a presença de representantes adequados para a defesa dos interesses coletivos, a atuação judicial proativa, a possibilidade de produção de uma instrução probatória qualificada, a abertura de canais à participação dos interessados e os efeitos coletivos da decisão são capazes de ensejar um debate amplo e aprofundado sobre grande parte dos aspectos e interesses envolvidos no caso concreto, com vistas a produzir uma decisão judicial que não represente mera substituição do crivo do administrador pelo crivo judicial, mas uma decisão que seja produto do diálogo instaurado no curso do processo, levando-se em consideração os pontos de vista dos interessados a fim de produzir uma decisão efetivamente democrática que possa suprir a omissão ou a negligência do administrador (THIBAU; REIS, 2009, p.36).

De toda forma, é imprescindível que se busque equilibrar os vieses externos e internos, tanto aqueles agregados aos colegitimados quanto aos magistrados, e que possam produzir efeitos perniciosos à tutela das coletividades.

3 TRANSPARÊNCIA E TENTATIVA DE REDUÇÃO DOS VIESES NA ATUAÇÃO PARQUETIANA

Em litígios de alta complexidade, como aqueles que envolvem direitos coletivos, tornam-se ainda mais necessárias a verificação e a *accountability* acerca das motivações institucionais que serviram de mote à atuação e escolhas feitas pelo membro ministerial. Aventuras jurídicas e experimentalismo

institucional não são mais aceitos em tempos atuais. A interferência drástica, por exemplo, na estrutura administrativa de um município não pode ser alvo de atuação amadora desse legitimado coletivo. Se o autor da ação não é capaz de demonstrar, com precisão, as razões, motivos, base e fundamentos do seu pedido a um nível de profundidade razoável, o processo instaurado com tais falhas não passará de um inocente caderno de boas intenções, mas sem qualquer seriedade ou efeito prático. Pior ainda será se dessa ação resultar um julgamento descontextualizado de mérito, promovendo a coisa julgada coletiva dotada de efeitos erga omnes.

Importante lembrar também que a execução de um pedido envolvendo litigância de alta complexidade tende a ser seguramente uma das partes mais traumáticas de todo o processo, especialmente quando envolvem a completa remodelagem da rede ou estrutura de atendimentos e serviços públicos.

Desse modo, o autor do pedido precisa reunir previamente uma série de informações e dados para que consiga acionar o Judiciário de forma idônea e passível de êxito. O caso é que a falta de experiência dos colegitimados coletivos no Brasil para lidar com esse tipo de cenário, sem estrutura, tem permitido o ajuizamento de ações coletivas de difícil ou quase impossível execução da eventual pretensão concedida pela decisão final. A formação quase sempre apenas jurídica dos colegitimados ativos — especialmente dos provenientes de Instituições públicas — em regra não os habilita a pensar na solução do problema de maneira global e multidisciplinar do ponto vista ou sob a perspectiva do administrador público.

Dessa forma, nada ou muito pouco adiantará ao colegitimado coletivo em demandas complexas a formulação pedidos abstratos e genéricos, desfalcados das informações e dados capazes de permitir a construção dialogada e plural de uma solução inteligente e exequível. A previsibilidade concreta dos resultados e os mecanismos para a sua checagem durante todo o processo assumem igual relevância nesse contexto. O pedido, por assim dizer, deve passar por um teste de coerência e vitalidade para que possa ser aceito, sob pena de se estar diante de um processo natimorto.

A transparência, a não surpresa e a efetiva escuta dos grupos atingidos em seus direitos (direta ou indiretamente) também são pilares nesse processo. O pedido do autor coletivo deve se submeter ao crivo da legitimidade popular para merecer o respaldo perante o Judiciário. Por isso, o provimento buscado não pode ser fruto exclusivo e unilateral das inclinações e percepções subjetivas do colegitimado ativo, muito menos do julgador.

Por tais fundamentos, um dos grandes desafios no dia a dia da prática jurídica é justamente a missão de se reunirem mecanismos que consigam suplantar justamente a porção blindada do processo cognitivo do juiz e/ou de membro do Ministério Público. ⁴Isso porque, é muito difícil a identificação de defeitos ou vícios numa decisão judicial ou numa escolha ministerial se tais atos não violam, de forma muito clara, as regras legais, os direitos constitucionais ou os princípios regentes do processo.

A esse espaço de atuação blindada dos agentes políticos dentro do processo judicial dá-se o nome de *solipsismo*, como explicam NUNES e DELFINO (2018, p. 123):

(...) fala-se em *solipsismo judicial* para expressar um espaço de subjetividade blindado ao exercício da *accountability*, ou seja, alheio ao sistema de controle do poder decisório imposto pelo devido processo constitucional nesse plano, pela participação decorrente do contraditório dinâmico. A decisão judicial solipsista nasceria a partir do labor solitário do julgador.

O *juiz solipsista* é o arquétipo do *decisor* que não se abre ao debate processual, aquele que se basta, encapsulado. Atua de maneira isolada, comprometido unicamente com a sua própria consciência, sem perceber as benesses que o espaço processual pode viabilizar em termos de legitimidade, aperfeiçoamento e eficiência.

Contudo, é difícil imaginar como lidar com vieses cognitivos e heurísticas no âmbito de uma decisão judicial ou na verificação das escolhas institucionais realizadas pelos Promotores de Justiça.

A doutrina vem apontando algumas medidas que podem ser salutares para aperfeiçoar o sistema de Justiça mediante o denominado desenviesamento ou *debiasing*; (CARDOSO; LINS E HORTA, 2018, p. 165-167):

a) é importante a conscientização de que os vieses existem e importam tanto quanto as influências extrajurídicas;

b) o dever de fundamentação e justificação das decisões e escolhas deve assumir um patamar superior, especialmente levando-se em conta os motivos determinantes da via eleita e das conclusões exaradas;

4 Segundo nos apresenta Eduardo da Fonseca Costa, em excelente trabalho sobre o tema: "Difícilmente haverá um grau zero de parcialidade ou imparcialidade total, que propicie uma atmosfera 'pura' de objetividade. Uma neutralidade asséptica de vieses é praticamente impossível. Todavia, embora sempre reste algum quid de enviesamento, vale a pena lutar contra ele. Ao fim e ao cabo, essa batalha se confunde com a própria luta da Civilização contra seus atavismos, irracionalidades, quase-racionalidades e animalidades ancestrais, que ao longo da história insistem em assaltar a humanidade. Daí a importância de caminhar em direção a esse ideal e desenvolver cada vez mais linhas de pesquisa em tecnologia comportamental" (COSTA, 2016, p. 144).

c) deve-se permitir a retirada de certas decisões das mãos de julgadores que, sabidamente enviesados, não possuem a isenção e a imparcialidade necessárias para atuar na causa (técnica também conhecida como insulamento ou *insulating*);

d) por fim, não se pode ignorar o uso de tecnologia, algoritmos judiciais e técnicas de *machine learning* que, em alguns casos, têm se mostrado mais acurados no julgamento de causas na área penal.

Vale notar que tais sugestões, embora referidas ao âmbito das decisões judiciais, podem e devem ser acolhidas e observadas igualmente no âmbito do Ministério Público.

Como antes dito, se um Promotor de Justiça decide acionar o Judiciário para a implementação de uma política pública, ele deve fornecer ou materializar de forma bastante clara as razões de ter eleito como preponderante a defesa deste ou daquele direito social, bem como os motivos que lhe conduziram a atuar desta ou daquela forma (judicial ou extrajudicialmente). Sem essa espécie de *accountability*, há nítida fragilidade do próprio controle social e institucional das decisões e das escolhas do membro do Ministério Público, situação que não mais se coaduna com o estágio em que se encontra a atual sociedade civil marcada pela complexidade das relações, ansiosa por direitos e desorganizada em vários aspectos e setores.

Talvez, de todas essas tentativas de desenviesamento, o dever de se proceder a uma fundamentação verdadeiramente superior possa ser um dos caminhos que permitirão o resgate do prestígio do processo enquanto instrumento útil à resolução dos conflitos sociais.

Em síntese, realmente há que se entender que decisões judiciais ou escolhas institucionais sempre conterão alguma forma de enviesamento, visto que advindas de seres humanos dotados de falibilidade e singularidades próprias. Por isso, esse modelo meramente adjudicatório, do silogismo fato-lei, puramente reativo, permeado de indevidos e quase inevitáveis subjetivismos, pode mesmo não ser a melhor opção estratégica quando se lida com a implantação de políticas públicas.

O próximo passo, especialmente na seara jurisdicional, talvez seja o de compreender outras formas de julgamento em sede de litigância complexa, sem esses naturais gargalos e obstáculos aqui pontuados. E, acima de tudo, que permitam aos afetados pelas decisões participarem da sua construção.

A lógica que permeia a fruição de direitos constitucionais sociais é mais complexa do que a simples emanção de ordens judiciais calcadas

no paradigma da argumentação jurídica. A ciência política oferece vários modelos teóricos de discussão sobre os processos indutivos de políticas públicas a partir de uma visão estrutural, explicando “a lógica da ação pública, as regras de funcionamento, suas continuidades e rupturas, interações de atores e instituições nos processos políticos, além da distribuição de recursos” (REYMÃO; CAÇAPIETRA, 2018, p. 548).

A judicialização de políticas públicas não pode, portanto, manter-se alheia às discussões propiciadas pela ciência comportamental e sua interação no plano da arquitetura da decisão. Existem fundamentos teóricos para a escolha ou não de uma política pública pelo administrador público fora do ambiente adjudicatório clássico (modelo jurisdicional padrão). Ignorar esses influxos ou desprezar esses *insights* pode acarretar na perpetuação de um sistema decisionista certamente contaminado pela utilização inconsciente dos atalhos heurísticos na solução de questões muito complexas e que raramente são enfrentadas a contento no seio de uma ação civil pública comum.⁵

CONCLUSÃO

O julgamento de processos envolvendo litígios de interesse público é uma das mais importantes ferramentas de promoção da dignidade humana, na medida em que permite o acesso a direitos sociais constitucionais, especialmente pela população mais vulnerável e/ou invisibilizada pelas complexas relações sociais já instaladas.

Como todo agir humano, as estruturas decisórias em processos judiciais não são imunes a interferências e vieses cognitivos por parte de seus julgadores e dos membros do Ministério Público, agentes institucionalmente envolvidos no processamento das ações civis públicas em defesa das coletividades.

As pré-compreensões e motivações implícitas dos magistrados e dos agentes *parquetianos* podem influenciar negativamente no momento de se decidir acerca de escolhas envolvendo políticas públicas. Tais escolhas deveriam ser racionais e atender ao melhor interesse das coletividades defendidas, sendo importante oportunizar a participação dessas nos processos decisórios que as afetarem.

5 “(...) o julgamento e a tomada de decisão devem levar em consideração não apenas só as perspectivas externas, do ponto de vista macro político, mas principalmente o fato de que os indivíduos reagem aos incentivos da política pública com determinado comportamento. Não se pode olvidar que heurísticas e vieses permeiam o pensamento, produzindo erros na tomada de decisão. Assim, arquiteturas de escolhas melhor formatadas, com a observância das percepções cognitivos-comportamentais, poderão produzir políticas públicas mais eficientes e efetivas, ou seja, com melhor relação custo-benefício e impactantes na vida das pessoas e, por conseguinte, garantindo maior efetivação dos direitos sociais” (REYMÃO; CAÇAPIETRA, 2018, p. 564).

De outro lado, sabe-se que esse tipo de litigância é altamente complexo e dotado de notória dificuldade técnica, sendo que a decisão em torno da arquitetura das escolhas no jogo da concretização de direitos sociais deve ser feita sem qualquer tipo de amadorismo ou experimentalismo.

O estudo dos vieses cognitivos e das heurísticas como fatores metajurídicos à seara da judicialização das políticas públicas é hoje fundamental para a oxigenação do sistema de Justiça e, cada vez mais, deve ser trazido para dentro da seara jurisdicional e do Ministério Público como elemento integrador no *design* da decisão envolvendo o tema da efetivação dos direitos sociais em tempos atuais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Rogério Roberto Gonçalves de Abreu; GOUVEIA, Lúcio Grassi de; COLARES, Virgínia Colares. **Fatores metaprocessuais e suas influências para a formação da decisão judicial**. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 661-687, 2018.

ARENHART, Sérgio Cruz. **As ações coletivas e o controle das políticas públicas pelo poder judiciário**. *Custos Legis* – Revista Eletrônica do Ministério Público Federal [online], a. I, n. I, 2009. Disponível em: <<https://revistacustoslegis.wordpress.com/2016/04/18/as-acoes-coletivas-e-o-controle-das-politicas-publicas-pelo-poder-judiciario/>>. Acesso em: 28 mai. 2020.

CAMBI, Eduardo; ALMEIDA, Gregório Assagra de; MOREIRA, Jairo Cruz. **30 anos da Constituição de 1988 e o Ministério Público: avanços, retrocessos e novos desafios**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018.

CARDOSO, Renato César; LINS E HORTA, Ricardo de. **Julgamento e tomada de decisões no Direito**. In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. *Julgamento e tomada de decisões*. São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 143-168.

COSTA, Eduardo da Fonseca. **Levando a imparcialidade a sério: proposta de um modelo interseccional entre direito processual, economia e psicologia**. 2016. 187f. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2016.

DELFINO, Lúcio; LOPES, Ziel Ferreira. **Streck, Fonseca Costa, Kahneman e Tversky: todos contra o ativismo judicial probatório de Michele Taruffo**. Revista de Processo, São Paulo, a. 41, v. 255, p. 141-166, mai. 2016.

KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GUIMARÃES, Isabela Sallum; MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; GRASSI OLIVEIRA, Rodrigo. **Julgamento e tomada de decisões: conceitos gerais.** In: MALLOY-DINIZ, Leandro Fernandes; KLUWE-SCHIAVON, Bruno; GRASSI-OLIVEIRA, Rodrigo. *Julgamento e tomada de decisões.* São Paulo: Pearson Clinical Brasil, 2018, p. 25-46.

LINS E HORTA, Ricardo de; COSTA, Alexandre Araújo. **Vieses na decisão judicial e desenho institucional: uma discussão necessária na era da pós-verdade.** Cadernos Adenauer XVIII (Política e Judiciário) [online], Rio de Janeiro, Fundação Konrad Adenauer, n.1, p. 11-34, jun. 2017. Disponível em: <https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=46b87cc1-e2e1-8e81-0473-8c391fbd3a4&groupId=265553>. Acesso em: 27 mai. 2020.

NUNES, Dierle; LUD, Natanael; PEDRON, Flávio Quinaud. **Desconfiando da (im)parcialidade dos sujeitos processuais: um estudo sobre os vieses cognitivos, a mitigação de seus efeitos e o *debiasing*.** Salvador: JusPodivm, 2018.

_____; DELFINO, Lúcio. **Do dever de análise de todos os argumentos (teses) suscitados no processo, a apreciação da prova e a *accountability*.** In: NUNES, Dierle; LEITE, George Salomão; STRECK, Lenio (Coords.). *O fim do livre convencimento motivado.* Florianópolis: Tirant Lo Blanch, 2018, p. 121-143.

REYMÃO, Ana Elizabeth Neirão; CAÇAPIETRA, Ricardo dos Santos. **Políticas Públicas e a concretização de direitos sociais: tomada de decisão, arquitetura de escolhas e efetividade.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 543-566, 2018.

TABAK, Benjamin Miranda; AMARAL, Pedro Henrique Rincon. **Vieses cognitivos e desenho de políticas públicas.** Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 8, n. 2, p. 472-491, 2018.

THIBAU, Tereza Cristina Sorice Baracho; REIS, Ludmila Costa. **As ações coletivas e a judicialização de políticas públicas no Estado Democrático de Direito: possibilidades e limites.** Revista MPMG Jurídico, Belo Horizonte, v. 17, p. 33-36, jul./ago./set. 2009.

VIANNA, Luiz Wernneck; BURGOS, Marcelo Baumann. **Revolução processual do direito e democracia progressiva.** In: VIANNA, Luiz Wernneck (Org.). *A democracia e os três poderes no Brasil.* Belo Horizonte: Editora UFMG, 2002, p. 484-485.

VITORELLI, Edilson. **O devido processo legal coletivo**: dos direitos aos litígios coletivos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

O PLEA BARGAIN INTERESSA AO BRASIL?
DOES THE PLEA BARGAIN INTEREST BRAZIL?

Luciana Nicolau de Almeida¹

RESUMO: Este trabalho aborda a efetividade do alargamento dos espaços de consenso no processo penal brasileiro no intuito de desburocratizar e dar celeridade à persecução criminal, avaliando a possibilidade de se adotar o acordo penal, ou o chamado *plea bargain*, amplamente utilizado na justiça norte americana, como saída processual em nosso país.

Palavras-chave: Acordo Penal, Processo Penal, Justiça Negociada.

ABSTRACT: The present study addresses the effectiveness of broadening consensus spaces in the Brazilian criminal process, in order to reduce bureaucracy and speed up criminal prosecution, analyzing the possibility of adopting the criminal agreement, or the so-called plea bargain – widely used in the American judicial system –, as a procedural outlet in our country.

Keywords: Plea Bargain, Criminal Proceedings, Negotiated Justice.

¹ Promotora de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-graduada em Direito Penal Empresarial pela Universidade do Vale do Itajaí. Pós-graduada em Prevenção e Repressão à Corrupção pela Universidade Estácio de Sá – CERS. Pós-graduada em Estudos Avançados sobre o Crime Organizado e Corrupção pela Escola da Magistratura do Estado de Rondônia.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a viabilidade e as vantagens da ampliação da justiça negociada no âmbito processual penal e penal, trazendo para o sistema brasileiro o instituto do *plea bargain*, já adotado no direito estrangeiro.

Sabe-se que a prestação inadequada da justiça criminal, seja em razão da ausência de celeridade, seja em virtude da pena inapropriada, é um dos aspectos que muito contribuem para ineficiência do direito penal no enfrentamento ao ilícito, pois, a não repressão deste em tempo oportuno gera não somente a sensação de impunidade, como, por vezes, até ela própria, quando se pensa no fenômeno da prescrição.

É evidente que existe uma dissonância entre o tempo do processo e o que LEITE (2013, p. 3) denomina tempo social, assim entendido como o prazo em que a sociedade anseia que sejam os fatos ilícitos devidamente punidos, trazendo segurança jurídica para o meio em que vivem².

Pode-se dizer que a expectativa social na repressão do injusto se exacerba especialmente quanto aos crimes relacionados à corrupção e outros praticados pela chamada “cifra dourada”, cujo combate está cada vez mais em voga em nosso país.

Assim, no cenário de elevados índices de criminalidade e de um sistema de justiça insuficiente para prevenir e punir condutas contrárias ao ordenamento, começam a ter cada vez mais espaço mecanismos diversos de solução de conflitos baseados no consenso.

Nesta linha, pretende-se com esta pesquisa, inicialmente, fazer uma exposição do sistema processual penal brasileiro, a seguir, explanar acerca do consenso no direito penal e processual penal, passando pelos modelos de negociação na justiça criminal, para, por fim, abordar quais seriam as repercussões e desafios da implantação do acordo penal na modalidade do *plea bargaining* no Brasil, apresentando resposta para o questionamento trazido no título do artigo: o *plea bargain* interessa ao Brasil?

1 SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO

Para um melhor entendimento acerca da viabilidade da admissão do chamado acordo penal em nosso ordenamento vale fazer alguns apontamentos a respeito dos sistemas processuais penais, que estabelecem

2 LEITE, Rosimeire Ventura. Justiça Penal Consensual e Efetividade do Processo Penal. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013. p. 3.

“diretrizes a serem seguidas para a aplicação do direito penal a cada caso concreto”³ (RANGEL, 2006, p. 45).

Tradicionalmente, os sistemas processuais penais podem ser classificados em **inquisitório**, **acusatório** e, para a grande maioria da doutrina, em um terceiro tipo denominado **misto**.

A distinção entre estes reside fundamentalmente no protagonismo dos atores do processo e na gestão da prova. Em rasa diferenciação, no sistema **inquisitivo** as funções de acusação e julgamento se confundem em um único titular, que é o juiz, o qual tem poderes de iniciativa e de produção da prova, ao passo que no sistema **acusatório** há uma nítida separação entre a figura do julgador e do órgão responsável pela acusação, a quem pertence o ônus da prova, sendo o juiz um sujeito equidistante das partes e garantidor do cumprimento das regras processuais. No sistema **inquisitivo** o réu não passa de um simples objeto da persecução penal e, já no sistema **acusatório**, o réu é uma parte efetiva na triangulação formada pelo processo (*actum trium personarum*), sendo considerado um sujeito de direitos, os quais são resguardados por um magistrado.

A doutrina ainda traz uma terceira classificação denominada sistema **misto**, que combina características dos sistemas **inquisitivo** e **acusatório**, e é desenvolvido em duas fases, esclarecendo MARCÃO (2018, p. 89) que “na primeira há uma instrução preparatória inquisitiva, feita por um juiz instrutor. Na segunda, ocorre o julgamento, por um juiz, com as características do modelo acusatório”⁴.

Defendem os especialistas, em sua grande maioria, que no Brasil se adota o sistema **acusatório**, face os princípios contidos na Constituição Federal e o regramento do Código de Processo Penal.

NUCCI (2018, p. 50) bem define o modelo brasileiro discorrendo:

Na Constituição Federal de 1988, foram delineados vários princípios processuais penais, que apontam para um sistema acusatório; entretanto, como mencionado, indicam um sistema acusatório, mas não o impõem, pois quem cria, realmente, as regras processuais penais a seguir é o Código de Processo Penal. De outra parte, encontram-se na Constituição as normas prevendo a existência da polícia judiciária, encarregada da investigação criminal. Para essa fase, por óbvio, os postulados acusatórios não se aplicam. Aqueles que sustentam a existência exclusiva do sistema acusatório, somente porque a Constituição apresenta princípios

3 RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006. p. 45.

4 MARCÃO, Renato. Curso de processo penal. 4. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. p. 89.

processuais penais pertinentes ao referido sistema, esbarram em patente equívoco. A adoção de princípios acusatórios não significa, em hipótese alguma, a eleição de um sistema de persecução penal exclusivamente calcado nesse molde. Ao contrário, se a Constituição fosse a fonte exclusiva das regras processuais, nem mesmo de Código e outras leis precisariam os operadores do Direito. Por tal motivo, já tivemos a oportunidade de dizer que, se fôssemos seguir exclusivamente o disposto na Constituição Federal, em particular, elegendo determinados incisos do art. 5.º, poder-se-ia dizer que o sistema de persecução penal brasileiro é o acusatório puro, algo distante da realidade. Entretanto, não é assim que se constrói um autêntico sistema persecutório. Ele é constituído pela junção dos princípios constitucionais de processo penal associado às normas instituídas em legislação ordinária. Não há como negar o encontro dos dois lados da moeda (CF e CPP), resultando, legitimamente, no hibridismo que temos hoje. Sem dúvida, trata-se de um sistema complexo, pois é o resultado de um Código, cuja alma, em seu nascedouro, possuía forte natureza inquisitiva, depois iluminado por uma Constituição Federal imantada pelos princípios democráticos do sistema acusatório. No entanto, várias reformas ao Código de Processo Penal foram implantadas, desde 1941 até hoje, amenizando a intensidade do inquisitivismo e conferindo-lhe as nuances do sistema acusatório, sem jamais transformá-lo num sistema puro⁵.

Além da tripartição dos sistemas processuais penais em **inquisitivo**, **acusatório** e **misto**, classificam-se os sistemas processuais em **inquisitorial** e **adversarial**, categorização esta que, absolutamente, não se confunde com a primeira.

O sistema **inquisitorial** ou **não adversarial** é o comumente adotado nos países de origem romano germânica, onde impera a *civil law*, recaindo a atividade probatória preferencialmente sobre o juiz.

Já o sistema **adversarial**, ligado à cultura da *common law*, prevalente em países de origem inglesa, é aquele em que as partes assumem o papel principal na produção das provas, conforme bem define NARDELLI (2014, p. 5), “o processo acaba se transformando em uma batalha equilibrada entre acusação e defesa, ficando o juiz na qualidade de espectador passivo e tendo sua cognição restringida pela atividade probatória das partes”⁶.

5 NUCCLI, Guilherme de Souza Curso de Direito Processual Penal: Guilherme de Souza Nucci. – 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018. p.50.

6 NARDELLI, Marcela Alves Mascarenhas. A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a *plea bargaining* norte-americana e suas traduções no âmbito da *civil law*. Disponível em <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/redp/article/view/14542>>. Acesso em 10/10/2019.

Diferenciando-os, NARDELLI prossegue:

O sistema inquisitorial apresenta um grande apego à busca da verdade, o que não deixa de ser uma inevitável herança da inquisição canônica. Diante desse fim, ganha relevância o protagonismo do juiz na colheita do material probatório, uma vez que se tem como premissa que a verdade é de domínio público, deve ser buscada pelo juiz, não podendo os fatos serem relegados ao arbítrio das partes. O impulso oficial é a base do sistema inquisitório. O sistema adversarial, a seu turno, tem as partes como protagonistas, cabendo a elas a escolha do material probatório que será levado ao processo dentro dos critérios de relevância. A essência da distinção entre os dois sistemas se situa, principalmente, na gestão da prova. Enquanto no sistema inquisitorial o papel dominante é desempenhado pelo juiz, no adversarial são as partes as protagonistas. Neste último, o juiz é um mero espectador passivo das provas produzidas pelas partes, que preparam seus casos, decidem quais provas serão levadas ao juízo e em qual ordem, além de inquiri-las segundo seus propósitos [...]. Por outro lado, no sistema inquisitorial o juiz chama as testemunhas e as inquire, enquanto as partes desempenham um papel subsidiário⁷⁷.

Pode-se afirmar que o sistema **adversarial** se caracteriza pela solução de interesses e pleitos dissonantes por um árbitro neutro e se “fundamenta na perspectiva de que a verdade se estabelece na competição do mercado de ideias (*market place of ideas*), no choque nas argumentações (*adversarial clash*)”⁷⁸ (CASTRO, 2019, p. 25).

No Brasil, adota-se pela primeira classificação o modelo **acusatório** e, pela segunda, o **não adversarial**.

CUNHA (2019, p. 203) apresenta uma outra nomenclatura à prática **não adversarial** estabelecida no processo penal brasileiro: a **investigação oficial**, esclarecendo que dela participam o acusado e agentes estatais imparciais e desinteressados em determinado resultado. Ressalta o autor que “em vez de ser compreendido como uma disputa entre dois adversários teoricamente iguais perante um árbitro passivo”, o sistema de justiça impõe ao Estado, apresentado pelo órgão legitimado para a acusação (Ministério Público), o dever de “busca de reconstrução imparcial dos fatos e, conseqüentemente, da aplicação justa e límpida da lei”⁷⁹.

Temos como meta em nosso sistema o encontro da verdade real e

77 NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. *Op. Cit.* p. 5.

78 CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Plea Bargain* resolução penal pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019. p. 25

79 CUNHA, Vitor Souza. *Acordos de admissão de culpa no processo penal*. Salvador: Editora JusPODIVM, 2019. p. 203.

não simplesmente um duelo entre partes que buscam comprovar suas teses perante um julgador que se mantém neutro e omissivo no efetivo esclarecimento dos fatos. Registre-se que a persecução penal é conferida ao Estado (salvo em crimes de ação penal privada), que não necessariamente exerce a acusação, mas defende a ordem jurídica, sendo este o seu verdadeiro *munus*. Como bem pontua CUNHA (2019, p. 210), “mais que um interesse meramente persecutório na vitória de um caso penal, o Ministério Público, da forma como foi estruturado no Brasil, tem o dever de buscar, desinteressadamente, a correta aplicação da lei”¹⁰.

Não obstante as particularidades e as dissimilaridades existentes entre estes dois sistemas, vemos cada vez mais uma tendência de adoção de um modelo **adversarial** nos países de *civil law*.

Um ponto que gera discussão quanto à adoção de práticas de busca de consenso no processo penal em modelos **não adversariais** está relacionado ao princípio da obrigatoriedade ou da legalidade, que impera em nosso sistema.

Por referido princípio o Estado “obriga seus órgãos responsáveis por essa atividade persecutória a investigar a prática delituosa noticiada e provocar o Estado-juiz para a aplicação da norma sancionatória ao infrator”¹¹ (MOSSIN, 2010, p. 39). Em outras palavras, recebida uma *notitia criminis*, as autoridades responsáveis têm o dever de investigar e, presentes os requisitos necessários, cabe-lhes, inafastavelmente, promover uma ação penal. A antítese do princípio da obrigatoriedade é o princípio da oportunidade, pelo qual é permitido dispor do exercício da acusação.

BRANDALISE (2016, p. 165) bem destaca que a discricionariedade, que é própria da lógica adversarial, é justamente a origem da negociação da sentença criminal: “é possível dizer que a discricionariedade consistiria em uma opção por aquilo que estivesse a formar um interesse público que atingisse um plano geral, que poderia, inclusive, sufragar o interesse de índole penal”¹².

Pelo sistema estadunidense é dado ao órgão que promove a ação penal (D.A.- *District Attorney*) o poder dela dispor por razões de política criminal, e, portanto, tem total legitimidade para negociar uma sentença criminal. Note-se que lá o *prosecutor* (promotor de justiça) é eleito e seus

10 CUNHA, Vitor Souza. Op. Cit. p. 210.

11 MOSSIN, Heráclito Antônio. Compêndio de processo penal: curso completo. Barueri: Editora Manole, 2010. p. 39.

12 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. Justiça penal negociada: negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016. p. 165.

poderes são conferidos por meio de um processo democrático, pelo que se sustenta que a disponibilidade da ação penal está corroborada pela escolha das propostas daquele agente público como as mais convenientes para aquele núcleo social. Registre-se que o *prosecutor* norte-americano exerce o papel principal no processo penal, tendo total monopólio da acusação, o que, nas palavras de ANDRADE (2018, p. 131), “acaba deslocando o eixo decisório do processo para o lado do Ministério Público”¹³.

No Brasil, o Ministério Público é uma carreira de Estado e seus membros, intitulados agentes políticos, ficam adstritos à legalidade e, como visto, no exercício da ação penal, são pautados pelo princípio da obrigatoriedade.

A diversidade na forma de nomeação de membros do Ministério Público em nosso país, porém, não exclui o aspecto democrático de acesso ao cargo, muito embora se entenda que o processo de sufrágio confere ao *prosecutor* misteres de forma direta pela sociedade, que elegem a proposta do candidato como a adequada para aquele corpo social. No Brasil o acesso à carreira de Estado é franqueado a todos os que preencherem requisitos legais, estabelecendo-se critérios objetivos, com rito próprio, formal e rígido para o seu alcance. Além disso, o Ministério Público é regido por normas específicas e seus membros têm prerrogativas que os defendem de intervenções diretas (inclusive políticas) no exercício de suas atribuições, possibilitando o cumprimento de seus deveres com higidez, retidão e independência, sempre em defesa dos princípios constitucionais.

Nesta linha, não há falar-se em incompatibilidade entre os fundamentos do sistema **acusatório e não adversarial** com os mecanismos de consenso. É que cabendo ao Ministério Público a *opinio delicti*, pode o órgão, perfeitamente, de modo arrazoado e à vista do melhor interesse da sociedade e da manutenção da ordem jurídica, dar destinos diversos da denúncia como resposta a uma lesão a bem jurídico protegido. E assim já o faz quando propõe o arquivamento de uma investigação ou quando oferece ao infrator a possibilidade de se submeter a medidas despenalizadoras, independentemente do aferimento da culpa em uma ação penal, sem ofender o princípio da obrigatoriedade. Destaque-se que o princípio da obrigatoriedade impõe o dever de atuação, e não necessariamente o dever de dar início a uma acusação. Assim, a lógica **adversarial** não afasta o princípio da obrigatoriedade, porque o órgão da acusação não se abstém do dever de agir. A respeito são claros os argumentos de SILVA (2016, p. 25/27) em

13 ANDRADE, Flávio da Silva. Justiça penal consensual controvérsias e desafios. Salvador: Editora Juspodium, 2018. p. 131.

sua dissertação de mestrado apresentada perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa:

O Ministério Público tem um inequívoco ‘dever de agir’ no processo penal, sobretudo, essa obrigação passa por um crivo valorativo, que outorga uma multiplicidade de alternativas ao *parquet*. O Ministério Público, ao acusar, faz uso da denúncia crime, mas, por vezes, entende ser possível a propositura de transação e a suspensão condicional do processo. Não raro, há a identificação de falta de justa causa para a propositura da ação penal, ou mesmo a constatação de ausência de efetiva lesão ao bem jurídico, o que leva ao requerimento de arquivamento dos autos investigativos. Nesses casos, o promotor não promove a acusação, mas ‘age’ motivando, judicialmente, a medida. Percebemos que a obrigação de ‘agir’, contemplada no princípio da obrigatoriedade, não corresponde ao dever de acusar, ou seja, de denunciar. [...] No contexto de maximização das hipóteses de consenso, compreendemos que a obrigatoriedade da ação penal representa, meramente, a indisponibilidade do interesse público depositado nas mãos do titular da *persecutio criminis*. Há um fragmento de obrigatoriedade em toda ação penal pública, mas essa obrigação consiste no dever de provocar a jurisdição penal (seja pela denúncia, pelo arquivamento ou pelos consensos sobre pena). [...] De fato, não podemos aceitar a aplicação da discricionariedade em seu aspecto puro, na medida em que ela caracteriza um manuseio utilitarista e instrumental do Direito Penal, que desrespeita a noção de direito penal objeto do processo. Nesse momento, interessa a edificação de um sistema inteligente, que viabilize ao Ministério Público equacionar prioridades na persecução, a serem formatadas em critérios edificados pela norma. Esse ‘novo sistema’ deverá se cercar de ‘formas de controle’ aptas a evitar desmandos desmedidos[...]’¹⁴.

Assim é que desde que agindo dentro da legalidade e não se afastando de seus deveres institucionais, é plenamente possível que o Ministério Público atenda ao princípio da obrigatoriedade dando desfechos diversos à pretensão acusatória conforme recomende o caso concreto e a política criminal. Evidentemente que o processo penal não ficará adstrito ao mero alvedrio pessoal de seus presentantes. A obrigação de agir não impõe uma única forma de agir, qual seja, a denúncia. Há espaço e motivações inúmeras para a aplicação de outros mecanismos em contraponto ao ilícito penal, inclusive a justiça negociada.

14 SILVA, Danni Salles. Justiça negocial criminal: a ampliação das margens de consenso no processo penal brasileiro. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídico Criminais). Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Disponível em <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em 29/08/2019.

2 CONSENSO NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

Os institutos de consenso na esfera criminal em nosso país não são necessariamente recentes. A partir de meados da década de noventa, com a Lei 9.099/95, estabeleceram-se os contornos básicos do modelo negocial penal brasileiro¹⁵ (LEITE, 2013, p. 143/144), com lastro em dispositivo constitucional (art. 98, I, da Constituição Federal) que previu a criação dos Juizados Especiais para o julgamento e execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, aproximando o direito processual da sociedade e incentivando “técnicas conciliatórias para melhorar o funcionamento da justiça e tornar o processo penal mais efetivo”¹⁶ (LEITE, 2013, p. 153).

A mudança paradigmática na lógica processual estabelecida em nosso país se deu com a admissão de mecanismos “facilitadores da persecução penal por meio do incentivo à não resistência do acusado, com sua conformidade à acusação, em troca de benefício/prêmio (como a redução da pena), com o objetivo de concretizar o poder punitivo estatal de modo mais rápido e menos oneroso”¹⁷ (VASCONCELLOS, 2017, p. 24).

A Lei nº 9.099/95 trouxe, portanto, profundas modificações ao procedimento criminal, flexibilizando de certa forma o princípio da obrigatoriedade da ação penal e introduzindo instrumentos no “propósito de desburocratizar e acelerar a atuação da justiça criminal no que tange à pequena e média criminalidade”¹⁸ (ANDRADE, 2019, p. 161), dando solução ao conflito de interesses imposto pela prática de um ilícito antes mesmo do início de uma ação penal ou, quando iniciada, possibilitando um encerramento antecipado, sem se afastar da defesa da ordem jurídica.

Esses instrumentos, nominados **composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo**, priorizam soluções céleres ao processo e têm como tônica a utilização de alternativas de resposta a infrações penais de menor potencial ofensivo (a exceção de crimes cometidos contra mulheres em ambiente doméstico).

Nesta linha, em caso de ilícitos cuja pena máxima não seja superior a dois anos, cumulada ou não com multa, cuja ação penal seja privada ou condicionada à representação, temos uma primeira modalidade de consenso, **que é a composição civil dos danos** (art. 72), consistente em um acordo de reparação de danos (materiais ou morais), celebrado entre a vítima e o autor

15 LEITE, Rosimeire Ventura. *Op. Cit.* p. 143/144.

16 LEITE, Rosimeire Ventura. *Op. Cit.* p. 153.

17 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. Colaboração premiada no processo penal. 1 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 24.

18 ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. Cit.* p. 161.

do ilícito, que, homologado judicialmente, resulta na extinção da pretensão acusatória.

Trata-se de uma saída processual que privilegia a satisfação dos interesses do titular do bem jurídico diretamente violado pela ação delituosa e tem como objetivo, segundo ANDRADE (2019, p. 163), “propiciar o diálogo entre as partes, ampliando a participação da vítima, criando condições para a reparação dos danos [...], como forma de obtenção de justiça e de reconstrução do tecido social”¹⁹.

Note-se que aquele que sofreu uma ameaça ou um dano a seu direito tem, como maior aspiração, uma resposta rápida e efetiva do Estado, eis que não lhe cabe o exercício da vingança privada. Assim, como perspectiva diversa de aguardar o desfecho de um processo criminal longo e moroso, tem a vítima a possibilidade de ter seu direito resguardado por uma atuação estatal, que pode ser, inclusive, através da composição civil dos danos, tomando parte na elaboração de uma resposta ao ato ilícito praticado.

A lei trouxe ainda o instituto da **transação penal** (art. 76) cabível para os crimes de ação penal pública, sendo este não mais um acordo entre o autor do fato e a vítima diretamente atingida, mas sim, entre aquele e o Estado, por meio do Ministério Público, que tem como função institucional constitucionalmente definida a de promover, privativamente, a ação penal pública (art. 129, I, CF). Veja-se que neste caso, a vítima não está mais no protagonismo da negociação, cabendo unicamente ao Estado a formulação da proposta de **transação** para cumprimento imediato de pena não privativa de liberdade, sempre que presentes os requisitos autorizadores dessa figura processual, podendo o suposto autor, assistido por advogado, aceitar ou não a via conciliatória.

LEITE (2013, p. 160) ao tratar da **transação penal** destaca que “a principal motivação para que o autor de um fato aceite a proposta do acusador é evitar as incertezas inerentes ao desenvolvimento do processo nos moldes tradicionais”²⁰, abdicando de discutir sua culpa. E esclarece:

Seguindo a ideia de concessões recíprocas, inerente ao conceito de transação, o Estado, por intermédio do ministério público, deixa de ingressar com a ação penal e de submeter o autor do fato a um processo destinado a aferir sua responsabilidade, preferindo, ao invés disso, tentar a solução consensual. Já o suposto infrator concorda em sujeitar-se à sanção penal mesmo sem apuração prévia da culpabilidade. Consequentemente abdica do direito de produzir conjunto

19 ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. Cit.* p. 163.

20 LEITE, Rosimeire Ventura. *Op. Cit.* p. 160.

probatório que pudesse leva-lo à absolvição. Opera-se, por parte do imputado, renúncia a direitos e garantias fundamentais com o objetivo de afastar os riscos do processo ²¹(LEITE, 2013, p. 158).

Um terceiro mecanismo de consenso previsto pela Lei 9.099/95 é a **suspensão condicional do processo** (art. 89), que, diferentemente da transação penal, cujo limite de aplicação é a pena máxima cominada, pode ser proposta para ilícitos penais apenados abstratamente com pena mínima não superior a um ano. São os considerados crimes de médio potencial ofensivo. Pela **suspensão condicional do processo**, a ação penal, que teve início com o recebimento de uma peça acusatória, tem o seu curso susgado por determinado período, no qual o autor do fato se compromete ao cumprimento de condições no intuito de pôr fim à ação penal quando decorrido o prazo.

Podemos afirmar que a Lei 9.099/95 deu início à lógica não adversarial no processo penal brasileiro e criou um microsistema direcionado a ilícitos de menor gravidade, sobre o que discorre BRANDALISE (2016, p. 137):

Há que ser considerado que, no âmbito brasileiro, os objetivos dessa nova visão sobre a política criminal foram a manutenção da solução processual com viés econômico de parte da criminalidade de menor impacto, para uma melhor atuação estatal no combate à macrocriminalidade; a desburocratização, a aceleração e a simplificação da atuação da justiça criminal; a modificação da prática convencional de imposição de pena e privilégio do acordo entre os envolvidos no delito, como uma forma de intervenção mínima e utilitarista do processo penal²².

Os mecanismos de consenso em sede criminal no Brasil, porém, não estão adstritos aos previstos na Lei dos Juizados Especiais. Um outro exemplo de negociação na esfera penal é a **colaboração premiada**, que já era trazida como possibilidade processual na Lei dos Crimes Hediondos (art. 8º da Lei 8.072/90); Lei 9.034/95; Lei 9.269/96; Lei de Lavagem de Dinheiro (Lei 9.613/98); Lei 9.807/99 e Lei 11.343/06; mas que foi efetivamente regradada pela Lei de Combate ao Crime Organizado (Lei 12.850/13).

A **colaboração premiada** é considerada um meio de obtenção de prova e viabiliza ao Estado, por meio da autoridade policial ou pelo Ministério Público, propor benefícios processuais ao membro de uma organização criminosa que colabore efetiva e voluntariamente com as investigações, resultando na identificação dos demais autores ou partícipes do crime e das

21 LEITE, Rosimeire Ventura. *Op. Cit.* p. 158.

22 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Op. Cit.* p. 137.

infrações por eles praticadas; na revelação da estrutura hierárquica e divisão de tarefas da organização criminosa; na prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa; na recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas; e/ou na localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada (art. 4º da Lei 12.850/13).

Observe-se, como pontua VASCONCELLOS (2017, p. 28/29), que os mecanismos introduzidos pela Lei 9.099/95 destinam-se às infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, e só admitem aplicação de penas restritivas de direitos. Já a colaboração premiada autoriza a aplicação de penas privativas de liberdade cumuladas com outras sanções e “pressupõe o consentimento do réu-colaborador para se conformar com a acusação e cooperar, facilitando a persecução penal por meio de sua confissão e da indicação de outros elementos comprobatórios”²³.

Na mesma linha SANTOS (2016, p. 29) destaca:

A colaboração premiada revela um novo espaço de consenso na Justiça Penal, mas com viés diverso. Composição civil, transação penal e suspensão condicional do processo são *negócios jurídicos processuais despenalizadores* ao passo que a colaboração premiada, embora também negocial, possui uma veia punitiva – persegue-se, através dela, a condenação do maior número de agentes, inclusive do colaborador²⁴.

Observe-se que se trata de mais uma possibilidade de se dar uma resposta diversa à que ordinariamente se daria a um infrator diante de sua postura cooperativa com o Estado no sentido de viabilizar o desmantelamento de uma organização criminosa e o alcance de provas inacessíveis por meios tradicionais de investigação.

Ainda, na linha da adoção de alternativas consensuais, o Conselho Nacional do Ministério Público editou a Resolução nº 181/2017, que dispõe sobre a instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público e previu a possibilidade de se propor ao investigado um **acordo de não persecução penal** quando não for caso de arquivamento ou transação penal e o crime em apuração tenha pena mínima cominada inferior a quatro anos, não cometido com violência ou grave ameaça e o investigado tiver confessado formal e circunstancialmente a sua prática. Nos termos da resolução, nestes casos pode o Ministério Público ajustar algumas condições com o suposto infrator e, após, submeter o acordo

23 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Op. Cit.* p. 28/29.

24 SANTOS, Marcos Paulo Dutra. *Colaboração (Delação) Premiada*. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 29.

ao crivo do Judiciário.

Embora não seja o escopo deste trabalho, vale mencionar que os mecanismos de consenso também estão presentes em outras áreas do direito, a exemplo da mediação e do acordo de leniência.

Alguns projetos de lei, como os de nº 10.372/2018, nº 10.373/2018 e nº 882/2019 (Projeto de Lei Anticrime), propõem a ampliação destes espaços de consenso no Brasil, com a adoção do chamado acordo penal, nos moldes do *plea bargain* norte-americano, cuja viabilidade é o que se pretende abordar no presente estudo.

3 MODELOS DE NEGOCIAÇÃO NA JUSTIÇA CRIMINAL

A justiça norte-americana se destaca na prática negocial para a resolução de processos criminais, pontuando CANÁRIO (2019) que “entre 90% e 95% dos processos penais da Justiça Federal são resolvidos por *plea bargain*, segundo estudo do Escritório de Assistência Judiciário do Departamento de Justiça (BJA)²⁵”, sendo que deste percentual, “90% dos réus se declaram culpados nesses acordos, segundo a estatística oficial da Justiça Federal dos EUA”²⁶.

Para explanar sobre os modelos de negociação usualmente adotados no processo penal, passa-se a fazer uma abordagem descritiva de sua modalidade mais clássica: o sistema de *pleas* norte americano, ainda nominado *plea bargaining* ou *plea agreement* consistente “na negociação de declaração de culpa, que surgiu nos Estados Unidos no século XIX, quando começaram a ser celebrados acordos informais entre a acusação e a defesa como forma de se agilizar a resolução dos casos criminais”²⁷ (ANDRADE, 2019, p. 123), regramento previsto na *Rule 11 da Federal Rules of Criminal Procedure*, editada pela Suprema Corte dos Estados Unidos.

Em resumo, verificada a prática de uma conduta criminosa, formaliza-se uma acusação e, cientificado dos fatos que lhes são imputados, o suposto autor declara-se inocente, culpado ou posiciona-se, em alguns casos, no sentido de não contestar as imputações, salientando-se que nem todos os Estados possibilitam esta saída processual.

A Constituição Norte-Americana garante a um acusado somente ser processado criminalmente perante o *Grand Jury* desde que apresentadas

25 CANÁRIO, Pedro. “Em sociedades civilizadas, obrigatoriedade da ação penal não faz sentido”. Disponível em <https://www.conjur.com.br/2019-jun-29/entrevista-larissa-pinho-juiza-doutora-direito#author>. Acesso em 10/11/2019.

26 CANÁRIO, Pedro. *Op. Cit.*

27 ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. Cit.* p. 123.

evidências suficientes de materialidade e autoria, ao que se nomina *probable cause*, motivando o indiciamento (*indictment*). A partir deste, com a apresentação da acusação ao tribunal (*prosecutor's information*), o processo tem início designando-se uma audiência na qual o acusado é levado à presença de um magistrado (*first appearance ou arraignment*). Nesta oportunidade é que o acusado pode alegar ausência de culpa (*not guilty*), assumir sua culpa (*guilty*), ou, quando aceito pela Corte, preferir não contestar a acusação (*nolo contendere*).

BRANDALISE (2016, p. 66/67) sustenta a existência de dois modelos de procedimento criminal estadunidense, conforme o deslinde do feito a partir da apresentação da acusação ao suposto infrator, na solenidade chamada *first appearance*:

a) *The due process model*: por ele, há a realização do sistema adversarial em sua versão mais conhecida, pela qual há um embate entre as partes (Estado e acusado), com a nítida compreensão de que 'um ganha e outro perde'. A definição de responsabilidade é feita pelo júri ou pelo juízo. Exige que o Estado cumpra o seu dever probatório quanto à acusação e possibilita que o acusado apresente provas em seu favor [...] mantém-se os direitos dos acusados e estabelece a culpa a partir de critérios legais para apuração dela;

b) *The plea bargain model* [...]: por ele, há uma divisão na compreensão entre perdas e ganhos, na medida em que o acusado tende a receber uma pena menor do que aquela que teria caso houvesse um julgamento nos moldes anteriores, enquanto que a acusação perde certa quantidade de pena, mas ganha a certeza da condenação, que também se reflete em otimização dos recursos estatais destinados à persecução criminal [...]. Aqui, o ponto central da punição passa pelo *prosecutor*, que define as acusações, o estabelecimento da culpa e a quantidade a ser imposta na sentença.²⁸

No primeiro caso, o suposto autor é de fato submetido a julgamento perante o *Grand Jury*, ao passo que no segundo ocorre o *plea bargaining* propriamente dito, sendo autorizado ao Estado negociar a aplicação de pena mais branda àquele acusado que confessa o ilícito e que concorda com a imposição imediata da reprimenda que, em consenso entre acusação e defesa, entende-se adequada e suficiente.

CAMPOS (2012, p. 3/5) em artigo publicado na Revista Eletrônica do Ministério Público Federal bem descreve o fluxo do procedimento criminal norte americano:

28 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Op. Cit.* p. 66/67.

[...] que se inicia com a prisão do infrator, seguida do oferecimento de uma acusação (*complaint*) que contenha a demonstração de justa causa (*probable cause*), submetida à apreciação de um magistrado. Posteriormente, é designada uma data para comparecimento do acusado perante o juiz (*first appearance* ou *arraignment on complaint*), para que seja cientificado das acusações a ele feitas e advertido de seu direito a ser assistido por um advogado, bem como possa tentar ser libertado com o pagamento de fiança. Em seguida, a acusação formalizada contra o infrator é submetida à análise pelo Grande Júri (*grand jury*), que ouvirá, em audiência, as provas apresentadas pela acusação e decidirá se há justa causa para que o réu vá a julgamento. Aceitando a acusação, o Grande Júri faz o que, nos Estados Unidos da América, denomina-se ‘indiciamento’ (*indictment*), fixando as acusações que serão levadas a julgamento. Superada essa etapa, o réu é chamado a comparecer a uma nova audiência (*arraignment on indictment*), na qual será indagado como ele se declara, culpado ou inocente (*plea of guilty or not guilty*), além de advertido sobre as acusações. A corte, então, agendará uma data para julgamento, dentro de padrões constitucionais de rápido julgamento (*speedy trial*). Passa-se à fase de confronto da prova (*discovery*), na qual cada parte procura examinar as evidências que seu adversário pretende utilizar no julgamento. Nessa etapa, é bastante frequente que as partes apresentem petições (*pretrial motions*) sobre uma variedade de temas, tais como a supressão de provas ilicitamente obtidas, dentre outras possíveis nulidades procedimentais. Antes do julgamento, pode ocorrer a chamada *plea bargaining*, que consiste em um processo de negociação entre a acusação e o réu e seu defensor, podendo culminar na confissão de culpa (*guilty plea* ou *plea of guilty*) ou no *nolo contendere*, através do qual o réu não assume a culpa, mas declara que não quer discuti-la, isto é, não deseja contender. Costuma-se mencionar que cerca de 90% (noventa por cento) de todos os casos criminais não chegam a ir a julgamento. Por meio da *plea bargaining*, o Estado pode oferecer uma redução das acusações ou da sanção a ser aplicada na sentença em troca da confissão de culpa por parte do acusado. Se o acusado decide confessar a culpa (*guilty plea*), é agendada uma audiência para que ele manifeste sua decisão perante um magistrado. A *guilty plea* é, ao mesmo tempo, uma admissão de cometimento do delito e uma renúncia aos direitos que o réu teria caso decidisse ir a julgamento. [...] Por sua vez, o *nolo contendere* possui o mesmo efeito da confissão de culpa, ou seja, o réu será imediatamente sentenciado no âmbito criminal. A única distinção é que, enquanto a *guilty plea* serve igualmente de confissão no campo da responsabilidade civil, o *nolo contendere* não produz qualquer efeito sobre eventual ação civil de reparação dos danos causados pelo crime. Não havendo confissão de culpa ou *nolo contendere*, o caso vai a julgamento, que pode dar-se perante um magistrado togado

(*bench trial*) ou perante um júri (*jury trial*)²⁹.

Este trabalho refere-se, portanto, à fase procedimental intermediária do procedimento criminal em que se negocia a culpa do acusado.

É o momento em que o Estado, diante da disponibilidade do acusado em ser submetido a uma reprimenda independentemente da prolação de um julgamento por um júri imparcial, negocia com este sujeito uma pena que ele se voluntarie a cumprir, no objetivo de encerrar o processo de forma célere. Como dito, dados estatísticos apontam que percentual acima de 90% dos feitos criminais são solucionados neste momento processual, o que viabiliza o sistema que, segundo alguns doutrinadores, não teria qualquer eficiência caso não houvesse a possibilidade de encerramento prematuro do feito com a declaração de culpa do acusado, que renuncia ao processo.

Assim que, não se declarando o suposto autor *not guilty*, hipótese em que se garante a oportunidade de provar sua inocência perante o julgador, duas outras possibilidades são abertas ao acusado: o *guilty plea* e o *nolo contendere*. Em ambas o acusado assente à aplicação imediata de uma pena que barganhará com o Estado, sendo que “a nota distintiva entre o *guilty plea* e o *nolo contendere* reside na consequência de que a primeira produzirá efeitos no juízo cível, enquanto que a segunda não, porque se limita a não contestar a ação”³⁰ (BRANDALISE, 2016, p. 65).

No que se refere ao *guilty plea*, diz-se que o ato em que o acusado assume a culpa pode se caracterizar por três formas básicas, na lição de VASCONCELLOS (2018, p. 63/64):

- 1) voluntária ou não influenciada é a situação em que o réu opta por reconhecer sua culpa diante do lastro probatório amplamente desfavorável, por remorso ou ao não encontrar vantagem alguma em negá-la, ou seja, não há qualquer influência direta ou indireta de outros atores processuais;
- 2) estruturalmente induzida ou ‘unilateral’ se dá quando a lei estabelece uma pena mais severa para quem insistir no julgamento ou porque há o costume de ocorrer um tratamento mais leniente de promotores e juízes àqueles que o renunciam, ainda que não acordado formalmente; e,
- 3) negociada é aquela em que as tratativas se dão de modo explícito, visando a renúncia do processo, abordando o delito ou a pena a ser imposta, é a *plea bargaining* em sua essência³¹

29 CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. *Plea Bargaining* e Justiça Criminal Consensual: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2012. Disponível em: http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf. Acesso em 09/08/2019.

30 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Op. Cit.* p. 65.

31 VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. *Barganha e Justiça Criminal Negocial: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro*. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018. p. 63/64.

Registre-se que a manifestação pela qual o acusado assume a culpa (*guilty plea*) “é a contrapartida para se obter vantagens processuais”³² (LEITE, 2013, p. 74), passando a acusação e o autor do fato, sempre assistido por advogado, a negociar os termos da condenação, sem qualquer participação da vítima. Note-se que a negociação pode envolver a quantificação da pena ou a mudança da imputação, ao que se denomina, respectivamente, *sentence bargaining* e *change bargaining*, sendo que a declaração de culpa pode ocorrer sem negociação, entretanto, normalmente está associada ao *plea bargaining*.

CASTRO (2019, p. 84/85) faz uma aclaradora explanação a respeito:

De acordo com a *Rule 11* há três **tipos** legais de *plea agreement* – *Rule 11* (c) (1): Tipo (A) não formulação ou afastamento de imputações; Tipo (B) recomendação de determinada sentença ao juízo ou concordância de não oposição a pedido da defesa; Tipo (C) concordância de que determinada sentença representa a disposição apropriada ao caso.

O **tipo (A)** se refere aos acordos resultantes de tratativas referentes às **imputações** constantes da inicial acusatória, costumeiramente chamadas de *charge bargaining*, mas que, na verdade, podem contemplar **duas modalidades** de negociação: *charge* implica a admissão de culpa por delito (*crime* ou *misdemeanor*) menos grave, com a concordância da acusação; e o acordo que versa sobre *count* implica na admissão de culpa por um ou mais dos delitos originalmente imputados, e no afastamento das demais capitulações pela acusação.

Os **tipos (B)** e (C) se referem aos acordos resultantes de tratativas referentes aos **parâmetros de apenação** e podem contemplar **duas modalidades** de negociação: *sentence bargaining* e *fact bargaining*. O acordo que versa sobre *sentence* implica recomendação ou concordância com determinada sentença (pena privativa de liberdade ou substitutiva), parâmetro de pena (quantum) ou política criminal. O acordo que versa sobre *fact* trata-se de estipulação acerca da verdade quanto à ocorrência de determinados fatos ou versões do delito³³.

Esses modelos de negociação de sentença criminal não são exclusividade dos países que adotaram o sistema jurídico anglo-saxão, como os Estados Unidos, mas também estão presentes em países pertencentes ao sistema *civil law*, de origem romano-germânica, a exemplo da Alemanha, Itália e Portugal.

Em entrevista concedida a CANÁRIO (2019), Larissa Pinho sustenta não haver incompatibilidade entre o *plea bargain* e o sistema *civil law* e

32 LEITE, Rosimeire Ventura. *Op. Cit.* p. 74.

33 CASTRO, Ana Lara Camargo de. *Op. Cit.* p. 84/85.

explica: “ao contrário, sustenta e reforça a evolução do Direito em buscar meios alternativos relevantes para solução de conflitos inclusive na seara penal. Em uma sociedade moderna, a obrigatoriedade da ação penal não tem mais sentido”³⁴.

Assim, muito embora o modelo adotado em países de *common law* tenha por base um processo puramente adversarial, é perfeitamente aplicável o consenso para a fixação de uma sentença penal, o que inclusive tem sido praticado não só na Europa, mas na América Latina e, defende-se, pode ser implantado em nosso sistema processual penal.

4 REPERCUSSÃO E DESAFIOS DA IMPLANTAÇÃO DO PLEA BARGAIN NO SISTEMA BRASILEIRO

A abertura de ambientes de consenso no direito penal é uma realidade de longa data presente em países desenvolvidos e em franca expansão na América Latina e no Brasil, onde, há mais de vinte anos adotaram-se alguns mecanismos seguindo larga tendência para ampliação.

Não há dúvidas da imperiosa necessidade de se criar instrumentos que promovam maior celeridade e efetividade na resposta ao injusto penal e, questiona-se: para além das modalidades já implantadas no Brasil, há espaço para o *plea bargain*?

O projeto de lei anticrime, apresentado no início do presente ano pelo Ministro da Justiça Sérgio Fernando Moro, propõe ao sistema processual penal brasileiro a implantação de uma modalidade de acordo penal, semelhante ao *plea bargain* americano, destacando na exposição de motivos:

A tendência ao acordo, seja lá qual nome receba, é inevitável. O antigo sistema da obrigatoriedade da ação penal não corresponde aos anseios de um país com mais de 200 milhões de habitantes e complexos casos criminais. Desde 1995, a Lei nº 9.099 permite transação nos crimes de menor potencial ofensivo e suspensão do processo nos apenados com o mínimo de 1 ano de prisão. Na esfera ambiental, o Termo de Ajustamento de Conduta vigia desde a Lei nº 7.347, de 1995. Os acordos entraram na pauta, inclusive, do poder público, que hoje pode submeter-se à mediação (Lei nº 13.140, de 2015). O acordo descongestiona os serviços judiciais, deixando ao Juízo tempo para os crimes mais graves³⁵.

Registre-se que a proposta de implantação do chamado *plea bargain*

34 CANÁRIO, Pedro. *Op. Cit.*

35 Disponível em https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019 Acesso em 16/08/2019.

em nossa legislação recebeu amplo apoio do Ministério Público Brasileiro, inclusive com a emissão da Nota Técnica Conjunta PGR/SRI nº 105/2019 pela Procuradoria Geral da República e Secretaria de Relações Institucionais, aplaudindo a iniciativa de alteração do Código de Processo Penal neste ponto e concluindo ser o acordo penal um relevante instrumento para impor celeridade e eficiência à justiça criminal³⁶.

Na mesma linha a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) apresentou estudo sobre a adoção do *plea bargain* no sistema penal brasileiro, anotando como vantagens ao Estado:

a) a mudança para o ‘plea bargaining’ teria custo zero; b) permitirá uma redução imediata de custos; c) implicaria na economia de recursos em termos de pessoal e material a médio e longo prazo, barateando o custo da Justiça; d) tornará a Justiça mais rápida; e) tornará a Justiça mais eficiente; f) apresentará uma solução ética e transparente para grande parte das demandas; g) favorecerá a intervenção da defesa técnica no processo³⁷. E finaliza: “ganho imenso a custo zero”³⁷.

No segundo semestre de 2019, porém, o grupo de trabalho da Câmara dos Deputados destinado a analisar e debater as mudanças promovidas na legislação penal e processual penal pelos Projetos de Lei nº 10.372/2018, nº 10.373/2018 e nº 882/2019 (Projeto de Lei Anticrime), rejeitou a proposta de implantação do chamado acordo penal, semelhante ao *plea bargain* norte-americano no sistema processual brasileiro³⁸. Embora os trabalhos legislativos relacionados à aprovação do Projeto de Lei apresentado pelo Executivo Federal e outros de matéria análoga ainda estejam em curso, é certo que a rejeição parlamentar implica um distanciamento desta interessante modalidade do sistema processual penal moderno.

Antes disso, a magistrada Larissa Pinho (2019), ao defender a importação do instituto do *plea bargain* para o nosso processo penal pondera, na já citada entrevista concedida a CANÁRIO para a Revista Consultor Jurídico de 29 de junho de 2019:

Os modelos de acordos ganharam força por serem mais eficientes. No Brasil ele ganhará uma nova roupagem, suficientemente capaz de reduzir as fragilidades e injustiças que acontecem no sistema Common Law. Permitirá que os crimes sejam tratados conforme a gravidade, fazendo com que a ressocialização do preso e a punição sejam efetivas e

36 Disponível em <http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT1052019SRI.pdf>. Acesso em 15/08/2019.

37 Disponível em https://www.conamp.org.br/images/estudos/estudo_sobre_adocao_do_plea_bargaining.pdf. Acesso em 16/08/2019.

38 Disponível em <https://www.camara.leg.br/noticias/567659-grupo-sobre-pacote-anticrime-aprova-regra-para-acordos-judiciais>. Acesso em 30/08/2019.

proporcionais. Além disso, o *plea bargain* tem tramitação rápida e mais barata para o Judiciário. A redução de presos cumprindo penas por crimes menos graves demonstra preocupação com a sociedade, com as vítimas e com as testemunhas, minimizando traumas e a pressão de um julgamento. Além disso, o ordenamento jurídico já se habituou aos modelos de justiça consensual, como acontece desde a Lei 9.099/95, que se insere na Justiça Penal Reparatória e trouxe o sistema da transação penal e a suspensão condicional do processo. Há, de fato, um movimento de Política Nacional de Tratamento Adequado de Conflitos no âmbito do Poder Judiciário, com a Resolução 125 do CNJ, que incentiva a adoção de modelos e sistemas adequados de solução de litígios judiciais. E diante dos modelos de justiça reparatória, consensual e restaurativa no país, abrir o Direito Penal aos modelos de negociação não seria uma grande novidade³⁹.

A verdade é que o processo penal brasileiro carrega vários pontos de tensão, especialmente relacionados à morosidade e, não raro, à insuficiência de reprimendas, tanto no que se refere ao *quantum*, mas também em relação aos regimes de cumprimento adotados, gerando no meio social uma sensação de impunidade e de ineficácia do direito penal para a repressão ao crime.

Em se tratando de delitos que impactam a sociedade, especialmente os chamados crimes de “colarinho branco”, que atingem vítimas indeterminadas, há que se convir na existência de uma expectativa coletiva em uma resposta suficiente e adequada por parte da Justiça, porém, muitas vezes frustrada diante da sinuosidade processual e das diversas razões que podem ser apontadas para a duração não razoável de um processo criminal, bem como para a incongruência entre as consequências do ilícito e a penalidade aplicada.

Registre-se que a incompatibilidade da sanção com a prática delituosa não só afeta negativamente a sociedade, mas o próprio criminoso, que por vezes pode ter a sensação de que “o crime compensa”, deixando a pena de atingir sua finalidade ressocializadora. LEITE (2013, p. 2) destaca que “no cerne da proposta do consenso está a ideia de ampliar as possibilidades do processo penal com reforço da autonomia da vontade”⁴⁰.

É certo que a autorresponsabilização do autor do ilícito pelos seus atos e a obtenção de um ajuste com o Estado no que se refere à consequência jurídica pelo injusto gera impacto positivo na ressocialização com um duplo benefício, na visão de BRANDALISE (2016, p. 167): “com essa nova concepção, confere-se ao acusado a possibilidade de participação ativa na formulação de seu próprio destino, ao mesmo tempo em que se simplifica o

39 CANÁRIO, Pedro. *Op. Cit.*

40 LEITE, Rosimeire Ventura. *Op. Cit.* p. 2.

sistema de justiça penal”⁴¹.

Destaque-se que o acordo penal, longe de ser unicamente um bônus ao Estado, pode-se mostrar uma boa saída processual para o acusado que, “em troca do tratamento penal mais leniente, abandonar a posição de resistência da pretensão acusatória”⁴² (CUNHA, 2019, p. 21) buscando benefícios não somente relacionados à negociação da pena, mas também ao direito à duração razoável do processo e aos reflexos negativos que podem advir de uma acusação penal que se protraí no tempo.

Há inegável interesse a alguns sujeitos no desfecho abreviado de uma ação penal que pode ser um empecilho para inúmeras situações tanto na esfera pessoal quanto no mundo dos negócios, inclusive no caso de sociedades empresariais envolvidas em ilícitos. Não raro a existência de um processo criminal por si só é um elevado gravame, independentemente de seu resultado. Assim, ter a oportunidade de epilogar o curso de uma ação penal pode constituir um singular benefício à expressão do direito defensivo.

Note-se por este raciocínio que os acordos na esfera penal viabilizam uma redução de custos não somente ao Estado, mas também aos acusados, “desse modo, a busca pela redução de seus custos intrínsecos pode, legitimamente, representar uma estratégia de defesa”⁴³ (CUNHA, 2019, p. 251).

E vale ressaltar que não se está defendendo a obtenção de confissão de inocentes em troca de uma simples aceleração do processo e na diminuição da demanda do Judiciário. Trata-se aqui da possibilidade de simplificação procedimental em hipóteses em que o acusado reconhece voluntária e conscientemente a responsabilidade pelo ilícito, por razões várias, o que já lhe daria na tramitação clássica, direito à atenuante de pena da confissão espontânea (art. 65, III, d, CP) mas, assumindo uma postura cooperativa com o Estado no sentido de sumariar o processo penal, pode obter resultados mais favoráveis e pode contribuir ativamente para a obtenção destes. Ademais, evidentemente que a confissão deverá estar em consonância com as provas colhidas durante a investigação e não será utilizada como único fundamento para a condenação.

ANDRADE (2019, p. 247) bem pondera:

O rito abreviado fundado na confissão, embora não constitua remédio para todos os males do processo penal, tende a

41 BRANDALISE, Rodrigo da Silva. *Op. Cit.* p. 167.

42 CUNHA, Vitor Souza. *Op. Cit.* p. 21.

43 CUNHA, Vitor Souza. *Op. Cit.* p. 251.

trazer vantagens ao sistema jurídico-penal brasileiro. Sua aprovação representaria um significativo aumento no espaço de solução consensuada penal no contexto nacional. Noutras palavras, um razoável percentual de casos penais poderia ser resolvido de forma simplificada e mais célere por meio de um acordo alicerçado na confissão, permitindo-se que os recursos humanos e materiais do Poder Judiciário sejam mais empregados naqueles casos em que há real conflito ou dúvida quanto à culpa do réu. Haveria redução do elevado número de apelações e também diminuiria o percentual de casos em que se opera a prescrição da pretensão punitiva estatal [...]. Estando tais confissões em plena concordância com os demais elementos carreados ao inquérito policial, torna-se absolutamente recomendável a adoção, como medida de administração da justiça, de mecanismo que permita o acordo entre as partes quanto à pena substitutiva a ser cumprida, dispensando-se a realização da instrução probatória e um longo e custoso trâmite até a sentença condenatória definitiva⁴⁴.

Também não se está propondo a negociação de culpa em processos sem lastro mínimo probatório ou que possuam espaço para transação penal ou suspensão condicional o processo. Mas, não sendo caso de medidas despenalizadoras e, não pretendendo o autor do fato simplesmente se antepor a uma acusação baseada em evidências consistentes, não há razão para a postergação de uma decisão final que será incerta ao acusado, se aberta a possibilidade de, pela lógica do consenso, chegar-se a um desfecho com ganhos mútuos aos sujeitos do processo. Como bem destaca CUNHA (2019, p. 251), “embora se associe o direito de defesa à postura conflitiva, é possível que seja mais interessante para o acusado que percebe a força persuasiva das provas – do ponto de vista de sua estratégia defensiva – buscar diminuir o rigor da sanção a que muito provavelmente se sujeitará”⁴⁵.

E não há falar-se que ao acusado é defeso barganhar sua condenação ao argumento de que em uma ação criminal se busca a verdade real. Primeiro que o encontro desta verdade não se contrapõe à negociação da sentença e, além disso, como sustenta ANDRADE (2019, p. 101):

Obrigar o curso completo do processo, retirando do acusado a possibilidade de resolver o caso pelo acordo de vontades, equivale a suprimir ou restringir seu direito, também constitucional, de obter uma sentença rápida, que ponha fim à situação de constrangimento que a ação penal lhe impõe⁴⁶.

Ademais, considerando a formalidade dos ritos, no processo penal

44 ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. Cit.* p. 247.

45 CUNHA, Vitor Souza. *Op. Cit.* p. 251.

46 ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. Cit.* p. 101

estamos mais diante de uma verdade que seja processualmente válida do que de uma verdade existencial, cujo objetivo maior é a identificação e o sancionamento da culpa, como destaca SILVA (2012, p. 65/66) “a diferença metodológica de processamento do feito com incremento de políticas premiais e despenalizantes consolidam outra modalidade de ‘verdade processual’: a verdade em consenso sobre pena”⁴⁷. Nesta linha, ausente divergência entre os atores do processo quanto a essa verdade, não há razão para afastar a possibilidade de consenso. E prossegue o mesmo autor esclarecendo:

Há, inequivocamente, uma disparidade entre o Ministério Público e o imputado no que diz respeito a habilidade de obtenção de provas. Contudo, ao se conferir ao arguido, no preâmbulo do procedimento, o conhecimento acerca das armas do adversário, viabiliza-se a ele dupla possibilidade: 1) sujeição à verdade contida na denúncia; 2) opção de duelar, ideologicamente, durante a instrução processual, na busca de outra verdade. É a defesa que define a ‘verdade’ vigente no processo penal, pois tem a opção de aderir ou não ao ‘consenso sobre pena’⁴⁸ (SILVA, 2012, p. 67).

CUNHA (2019, p. 206) defende uma resignificação do sistema processual penal brasileiro especialmente quanto aos fins, o que, em suas palavras, “envolveria, principalmente, retirar a busca da verdade do patamar de objetivo principal do processo penal, o que modificaria, sensivelmente, a forma como o processo penal brasileiro é compreendido e está estruturado”⁴⁹.

Algumas análises desaprovadoras circundam instituto do *plea bargain* referindo-se à concentração de poder nas mãos do titular da persecução penal, bem como de uma possível disparidade de armas, identificando no Ministério Público uma figura opressora e impositiva desta saída processual.

Porém, o sofisma da coação para a celebração de um acordo de admissão de culpa premial não se sustenta quando se avista que o consenso não se consolida apenas entre a figura do acusador e do acusado, mas também com a inarredável assistência técnica e com a isenta atuação judicial, como esclarece ANDRADE (2018, p. 253/254):

Haverá um duplo sistema de garantia, ou seja, será necessária a manifestação livre e consciente do réu e também a anuência de seu defensor. O acordo deverá ser selado diante de um juiz, no tribunal, com publicidade, mediante análise do preenchimento dos requisitos legais. Além do controle feito pela defesa e pelo Poder Judiciário, há a possibilidade de se implementar/incrementar o controle interno ou institucional

47 SILVA, Danni Sales. *Op. Cit.* p. 65/66.

48 SILVA, Danni Sales. *Op. Cit.* p. 67.

49 CUNHA, Vítor Souza. *Op. Cit.*. p. 206

no que toca à atuação de agentes públicos como os defensores e membros do MP. Outrossim, existirá sempre a via recursal a permitir a invalidação dos acordos que tenham se afastado das diretrizes legais ou que tenham se baseado numa apenas aparente voluntariedade ou consensualidade⁵⁰.

Em igual posição CASTRO (2019, p. 147/148) defende:

Não basta crítica com mera alegação de que poderá haver abusos dos promotores, descaso dos juízes, desazo de defensores e advogados, porque esses argumentos se tornam intransponíveis, porque dogmáticos. Não se pode avaliar seriamente a viabilidade do instituto com visão estreita, estereotipada e preconceituosa em relação às carreiras jurídicas, partindo do princípio que o promotor é tirano, juiz é desinteressado, e defensor ou advogado é desqualificado para zelar pelos interesses de seus assistidos ou clientes. O instituto precisa ser analisado tendo a Constituição Federal como farol, sob a luz dos direitos fundamentais e ao abrigo do garantismo penal integral [...]. De igual sorte, é engano pensar que o juiz tem papel meramente passivo nesse cenário, pois apesar de não tomar parte das negociações – o que muito bem se compreende, eis que é da natureza do Poder Judiciário a imparcialidade e a inércia – a ele compete executar pessoalmente o colóquio, averiguando a voluntariedade do acusado na aceitação do acordo e a inteligibilidade de suas cláusulas. Ademais, ao juiz não se impõe a plea bargain, ele pode aceita-la ou rejeitá-la fazendo pleno uso de seu poder discricionário. Promotores, defensores e advogados são identicamente responsáveis por fiscalizar o cumprimento das regras e pela redação clara, direta e precisa dos termos acordados.

As vantagens da aplicação do instituto em nosso ordenamento superam as razões de censura trazidas por alguns doutrinadores e por alguns parlamentares encarregados da análise das propostas, descurando-se estes de que “a nova arquitetura de procedimentos negociados, caracterizados pela ideia central da ‘autonomia de vontade’ do acusado é tendência inevitável”⁵¹ (LOVATTI, 2017, p. 125).

Vejam-se as considerações de CUNHA (2019, p. 200):

[...] longe de ser uma panaceia, os acordos mostram-se como alternativa viável, adotada por diversas democracias consolidadas, cujos sistemas de justiça apresentavam problemas muito menos graves que o brasileiro. Eles colaboram, nos países em que são adotados, para a racionalização da atividade jurisdicional e para a prestação mais eficiente do serviço adjucatório. Finalmente, é

50 ANDRADE, Flávio da Silva. *Op. Cit.* p. 253/254.

51 LOVATTI, Sheila Mayra Lustoza de Souza. *Justiça Penal Negociada*. Rio de Janeiro: Gramma, 2017. p. 125.

possível afirmar que os acordos podem contribuir para o enfrentamento do problema apontado como a principal razão de perda de credibilidade no sistema de justiça criminal brasileiro, pavimentando o caminho para o resgate – ou a obtenção – da aptidão para ser socialmente reconhecido como um meio viável para a solução dos conflitos penais.⁵²

Nesse sentido, a renúncia ao direito de manter-se em posição de resistência pelo réu é legítima e pode constituir uma inteligente estratégia defensiva na hipótese de culpa indubitável. A abertura de possibilidades negociais na esfera criminal é benéfica e necessária à sociedade, incluindo-se nesta o sujeito que age contrariando o regramento legal (o réu), que tem no instituto o alargamento do direito constitucional à ampla defesa no processo.

Como bem observam GABRIEL e LIMA (2019):

Não se pode ignorar que o processo, para seu legítimo desenvolvimento, deve observar uma série de garantias, dentre as quais se destaca o contraditório (hoje sob a vertente participativa), tanto no processo civil quanto no penal (e até mesmo nos procedimentos administrativos), e atender a tais exigências é uma necessidade do Estado Democrático de Direito, além de ser a única forma de se obter um processo justo. Todavia, não vemos óbice ao abreviamento do processo quando houver consenso entre acusação e defesa, sendo plenamente possível que essa abra mão de garantias constitucionais e processuais. Pelo contrário, trata-se de instituto que muito pode contribuir para uma maior efetividade da Justiça Criminal brasileira⁵³.

O panorama atual é um ordenamento penal hiperbólico, que muito pretende resolver os antagonismos sociais com a tipificação de condutas; uma criminalidade efetivamente ofensiva crescente; um sistema de justiça intumescido e caro; um rito processual longo, sinuoso e em total descompasso com os anseios sociais à solução dos conflitos e à política criminal. Dentro deste cenário entende-se salutar e crucial a adoção de medidas desburocratizantes e distensionadoras, além das já existentes em nossa legislação, com a possibilidade de negociação da sentença criminal entre acusado e acusador, a toda evidência sempre atendendo à legalidade sem descuidar dos direitos e garantias atribuídos àquele.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A concepção da necessidade de adoção de ritos menos burocráticos

52 CUNHA, Vitor Souza. *Op. Cit.* p. 200.

53 GABRIEL, Anderson de Paiva e LIMA, Larissa Pinho de Alencar. O plea bargaining: contribuições para a justiça criminal brasileira. Uma análise do sistema de justiça americano. Disponível em https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Artigo-JOTA_Plea-Bargaining_Anderson-Paiva_Larissa-Pinho.pdf. Acesso em 10/11/2019.

como resposta ao ilícito e resolução de conflitos sociais remonta décadas e está difundida mundialmente.

A prática da justiça negociada ou consensual já é realidade em nosso país há vários anos e há uma inegável tendência em ampliá-la com a positivação de mecanismos que contribuam com a celeridade, simplificação e, principalmente, com a sua efetividade.

O direito processual brasileiro foi profundamente modificado a partir da inauguração do microsistema dos Juizados Especiais Criminais, possibilitando a aplicação de medidas despenalizadoras a infrações de pequeno e médio potencial ofensivo, com sustentáculo na composição das partes. Posteriormente, a lógica do consenso foi estendida em nosso ordenamento, decorrente inclusive de convenções internacionais, na esfera criminal com a colaboração premiada e o acordo de não persecução penal e, em outras áreas do direito, com mecanismos fundados na mesma tônica, sempre em busca de uma contraposição eficaz a condutas desviantes.

O acordo penal não é uma inovação. Trata-se de expediente amplamente difundido não somente em países de *common law*, mas também nos que adotam o sistema romano-germânico e em forte inclinação de expansão por toda a América Latina. O Brasil já está, portanto, atrás de muitas nações que praticam a negociação da sentença criminal de modo profícuo.

Embora sustentem alguns que o instituto traria ameaças a direitos e garantias fundamentais, tais alegações não subsistem a argumentos fundados na legalidade, na autonomia da vontade e na atuação coordenada dos órgãos do sistema de Justiça voltados à mesma finalidade: a manutenção da ordem jurídica e a busca pela eficiência do Estado em contraposição ao ilícito. O abreviamento do processo penal não pode ser sinônimo de iniquidade e é perfeitamente admissível como uma estratégia de defesa em determinados casos, sendo uma saída oportuna e inteligente àquele acusado que aspira pelo desfecho rápido de uma ação penal que pende sobre si.

É preciso uma importante evolução legislativa para dar conta de um sistema de justiça saturado e insuficiente para o enfrentamento dos elevados níveis de criminalidade. Mas, mais do que isso, é preciso uma sociedade e órgãos da justiça determinados a abandonar a hostil prática do embate e abraçar a via do consenso para a resolução de seus conflitos.

Diante deste cenário defende-se: sim, o *plea bargain* é fundamental para o avanço do processo penal no Brasil!

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Flávio da Silva. **Justiça Penal Consensual: controvérsias e desafios**. Salvador: Editora Juspodium, 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil (1988)**. Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro-RJ, 31 de dezembro de 1940, retificado em 03 de janeiro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990**. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 26 de julho de 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8072.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.034, de 03 de maio de 1995**. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 04 de maio de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9034.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995**. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9099.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Lei 9.269, de 02 de abril de 1996**. Dá nova redação ao § 4º do art. 159 do Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9269.htm>. Acesso em 24 out.2019.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998**. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 04 de março de 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9613.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.807, de 13 de julho de 1999**. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas

e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 14 de julho de 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9807.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.340, de 07 de agosto de 2006.** Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 24 de agosto de 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm>. Acesso em: 24 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 12.850, de 02 de Agosto de 2013.** Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília-DF, 05 de outubro de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 26 out. 2019.

BRANDALISE, Rodrigo da Silva. **Justiça Penal Negociada:** negociação de sentença criminal e princípios processuais relevantes. Curitiba: Juruá, 2016.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Grupo sobre pacote anticrime aprova regra para acordos judiciais,** de 07 de Agosto de 2019. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/noticias/567659-grupo-sobre-pacote-anticrime-aprova-regra-para-acordos-judiciais>>. Acesso em: 30 ago. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 10.372, de 06 de Junho de 2018**. Introduz modificações na legislação penal e processual penal para aperfeiçoar o combate ao crime organizado, aos delitos de tráfico de drogas, tráfico de armas e milícia privada, aos crimes cometidos com violência ou grave ameaça e crimes hediondos, bem como para agilizar e modernizar a investigação criminal e a persecução penal. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=C69E33775FF143791BF6434CCD099D7A.proposicoesWebExterno1?codteor=1666497&filename=PL+10372/2018>. Acesso em: 16 ago. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 10.373/2018, de 06 de Junho de 2018** (apensado ao PL 10.372/2018). Dispõe sobre a ação civil pública de perdimento de bens. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178171>>. Acesso em 16 ago. 2019.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de Lei nº 882/2019, de 19 de Fevereiro de 2019**. Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, a Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, a Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003, a Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, a Lei nº 11.671, de 8 de maio de 2008, a Lei nº 12.037, de 1º de outubro de 2009, a Lei nº 12.850, de 2 de agosto de 2013, e a Lei nº 13.608, de 10 de janeiro de 2018, para estabelecer medidas contra a corrupção, o crime organizado e os crimes praticados com grave violência a pessoa. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1712088&filename=PL+882/2019>. Acesso em 16 ago. 2019.

CAMPOS, Gabriel Silveira de Queirós. **Plea Bargaining e Justiça Criminal Consensual**: entre os ideais de funcionalidade e garantismo. Revista Eletrônica do Ministério Público Federal. 2012. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/custoslegis/revista/2012_Penal_Processo_Penal_Campos_Plea_Bargaining.pdf>. Acesso em 09/08/2019.

CANÁRIO, Pedro. **“Em sociedades civilizadas, obrigatoriedade da ação penal não faz sentido”**. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jun-29/entrevista-larissa-pinho-juiza-doutora-direito#author>>. Acesso em: 10 nov. 2019.

CASTRO, Ana Lara Camargo de. **Plea Bargain** resolução pactuada nos Estados Unidos. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

CONAMP – Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. **Estudo sobre a adoção do plea bargaining no sistema penal brasileiro**. Disponível em: <https://www.conamp.org.br/images/estudos/estudo_sobre_adocao_do_plea_bargaining.pdf>. Acesso em 16 ago. 2019.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução 181, de 07 de Agosto de 2017**. Dispõe sobre instauração e tramitação do procedimento investigatório criminal a cargo do Ministério Público. Disponível em <<https://www.cncmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-181.pdf>>. Acesso em: 20 out. 2019.

CUNHA, Vitor Souza. **Acordos de Admissão de Culpa no Processo Penal**. Salvador: Editora JusPodium, 2019.

FONSECA, Cibele Benevides Guedes da Fonseca. **Colaboração Premiada**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2017.

GABRIEL, Anderson de Paiva e LIMA, Larissa Pinho de Alencar. **O plea bargaining**: contribuições para a justiça criminal brasileira. Uma análise do sistema de justiça americano. Disponível em:<https://amaerj.org.br/wp-content/uploads/2019/01/Artigo-JOTA_Plea-Bargaining_Anderson-Paiva_Larissa-Pinho.pdf> Acesso em: 10 nov. 2019.

LEITE, Rosimeire Ventura. **Justiça Penal Consensual e Efetividade no Processo Penal**. Belo Horizonte: Editora Del Rey, 2013.

LOVATTI, Sheila Mayra Lustoza de Souza Lovatti. **Justiça Penal Negociada**. Rio de Janeiro: Editora Gramma, 2018.

MARCÃO, Renato **Curso de processo penal**. 4. ed. rev., ampl. e atual. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL **Nota Técnica Conjunta 105, de 15 de Janeiro de 2019**. Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/NT1052019SRI.pdf>>. Acesso em: 15ago. 2019.

MOSSIN, Heráclito Antônio. **Compêndio de processo penal**: curso completo. Barueri: Editora Manole, 2010.

NARDELLI, Marcella Alves Mascarenhas. **A expansão da justiça negociada e as perspectivas para o processo justo: a plea bargaining norte-americana e suas traduções no âmbito da civil law**. Revista Eletrônica de Direito

Processual volume XIV. Disponível em: <https://www.mpba.mp.br//sites/default/files/biblioteca/criminal/artigos/processo_penal/a_expansao_da_justica_negociada_e_as_perspectivas_para_o_processo_justo_-_a_plea_bargaining_norte-americana_e_suas_traducoes_no_ambito_da_civil_law_-_marcella_alves_mascarenhas_nardelli.pdf>. Acesso em 09/08/2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Processual Penal**: Guilherme de Souza Nucci. – 15 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2018.

SANTOS, Marcos Paulo Dutra. **Colaboração (Delação) Premiada**. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SILVA, Danni Sales. **Justiça Negocial Criminal**: a ampliação das margens de consenso no Processo Penal Brasileiro. Dissertação de Mestrado ao Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídico Criminais da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2016. Disponível em <https://repositorio.ul.pt/bitstream/10451/31832/1/ulfd133819_tese.pdf>. Acesso em 29/08/2019.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Colaboração Premiada no Processo Penal**. 1ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

VASCONCELLOS, Vinícius Gomes de. **Barganha e Justiça Criminal Negocial**: análise das tendências de expansão dos espaços de consenso no processo penal brasileiro. 2ª edição. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2018.

O PODER PÚBLICO NA MATERIALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL

PUBLIC POWER IN THE MATERIALIZATION OF THE INTERGENERATIONAL EQUITY PRINCIPLE

Glenda Albuquerque Silva¹

RESUMO: O trabalho em questão estuda a consecução do Estado Democrático de Direito Ambiental e analisa o princípio da equidade intergeracional, à exegese do art. 225 da Constituição da República. Busca-se estabelecer, sob a hermenêutica neoconstitucionalista, uma responsabilidade intergeracional, baseada no exercício de cidadania e políticas públicas efetivas, estabelecendo uma relação de equilíbrio e cooperação entre o meio ambiente, a coletividade e o Poder Público. Com efeito, a presente pesquisa sintetiza o princípio da equidade intergeracional como um axioma jusfilosófico, a ser observado pela sociedade e, sobretudo, pelo Poder Público, a fim de assegurar uma vida saudável e digna, e promover justiça social.

Palavras-chave: Meio ambiente, Tutela constitucional, Equidade intergeracional, Políticas Públicas, Justiça social.

ABSTRACT: The work in question studies the achievement of the Democratic State of Environmental Law and examines the principle of intergenerational equity, to the exegesis of article 225 of the Constitution of the Republic. It seeks to establish, under neoconstitutionalist hermeneutics, an intergenerational responsibility, based on the exercise of citizenship and effective public policies, establishing a relationship of balance and cooperation between the environment, the collectivity and the Public Power. The present research synthesizes the principle of intergenerational equity as a jusphilosophical axiom, to be observed by society and, especially, by Public Power, in order to ensure a healthy and dignified life, and promote social justice.

Keywords: Environment, Constitutional protection, Intergenerational equity. Public Policies, Social justice.

¹ Pós-graduanda *Lato Sensu* em Direito Público pela Universidade ESTÁCIO de SÁ/ CERS. Bacharela em Direito pela Fundação Universidade Federal de Rondônia - UNIR. Assistente de Promotoria de Justiça do Ministério Público do Estado de Rondônia. Endereço para acessar CV: <http://lattes.cnpq.br/6111647845687125>. E-mail: Albuquerque.glenda@live.com.

INTRODUÇÃO

A pós-modernidade, no tocante ao dano ambiental, está repleta de riscos gerados pela conduta humana, cujas consequências muitas vezes são desconhecidas e incalculáveis, caracterizando a denominada crise ambiental. Faz-se necessária a formação de um pensamento voltado para o coletivo, numa perspectiva neoconstitucionalista, que assegure a tutela dos direitos difusos em detrimento do interesse individual.

Para tanto, a análise acerca da defesa e proteção ao meio ambiente, pautada em um dever de cooperação e solidariedade, é de fundamental relevância acadêmica, por favorecer o conhecimento jurídico e a capacidade crítico-reflexiva, visto que o impasse decorrente de tal exposição torna imprescindível uma fundamentada reflexão da aplicação do sistema normativo vigente.

Essa questão é reforçada na compreensão do tratamento jurídico conferido ao desenvolvimento sustentável e à equidade intergeracional, pautados nos direitos fundamentais prescritos na Constituição da República de 1988, e reafirmados nos Tratados e Convenções internacionais, frente aos interesses da sociedade contemporânea. Por outro lado, o antropocentrismo alargado, adotado pela legislação brasileira, defende a necessidade de uma hermenêutica deontológica do direito ambiental, de modo a centralizar a preservação ambiental na garantia da dignidade do próprio ser humano, tornando-se um imperativo categórico da sociedade pós-moderna.

Essa consagração verticalizada da tutela ambiental é resultado da confirmação de uma cadeia de postulados jusfilosóficos a respeito da relação do homem com a natureza, bem como com a humanidade, na medida em que reconhece o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado como um direito humano fundamental, de titularidade difusa e transgeracional, essencial à dignidade da pessoa humana.

Por fim, apontam-se os aspectos gerais da responsabilidade do Poder Público, a partir de uma hermenêutica constitucional, que o faz agente necessário à realização dos valores emergentes de um Estado Democrático Ambiental, bem como demonstra os reflexos desta atuação estatal, em observância ao princípio da equidade intergeracional, dentro do Estado Democrático de Direito Ambiental. Neste ponto, destaca-se o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público na tutela e efetivação dos direitos e deveres fundamentais socioambientais. Posto isso, o trabalho em questão sintetiza o princípio da equidade intergeracional como um axioma jusfilosófico, a ser observado pela sociedade e o Poder Público, a fim de promover

desenvolvimento sustentável e justiça social.

1 O PRINCÍPIO DA EQUIDADE INTERGERACIONAL

Em linhas gerais, os princípios são percebidos pela doutrina e jurisprudência como diretrizes hierarquicamente superiores às demais regras jurídicas. Logo, "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer" (MELLO, 2000, p. 748). Deve haver sempre uma estrita relação de compatibilidade entre a aplicação das regras jurídicas e os comandos normativos decorrentes dos princípios, inclusive, nos casos de lacuna, quando a regra ausente deverá ser completada ou suplementada pela utilização de princípios, de modo a solucionar o caso concreto, conforme disposição explícita do art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), a título de exemplo.

Outrossim, sabe-se que todo sistema jurídico está estritamente vinculado às relações sociais, no qual o Direito, ao refletir e institucionalizar os valores sociais, define o regramento da própria organização da vida em sociedade. Eros Roberto Grau aponta que esses valores sociais são decorrência lógica e expressa dos princípios do ordenamento jurídico, notadamente aqueles veiculados por intermédio dos textos constitucionais e das declarações internacionais de princípios.

Com efeito, a inobservância de um princípio implica ofensa a todo o ordenamento jurídico correspondente, pois os princípios, além da função de integração e interpretação do sistema normativo, sendo condição essencial para aplicação justa e correta do Direito, exercem a função de definir e cristalizar os valores sociais dos Estados, nacional e internacionalmente estabelecidos.

No que tange à área do Direito Ambiental, os princípios podem ser definidos como construções teórico-normativas que procuram desenvolver um embasamento nos instrumentos de política e gestão ambiental. "Mais que isto, os princípios servem para balizar a atuação do Estado e as exigências da sociedade em relação a tutela do meio ambiente. Além disso, os princípios dão ao sistema jurídico um sentido harmônico, lógico, racional e coerente" (AYALA; LEITE, 2015, p. 60).

Isso posto, para melhorar compreender o Estado Democrático de Direito Ambiental, é mister estruturá-lo com base nos princípios de direito ambiental, sobretudo no princípio da equidade ou solidariedade intergeracional. No tocante à definição e classificação dos princípios do ramo do direito ambiental, não há consenso na doutrina, por se tratar de inovações

teórico-normativas recentes, de caráter transdisciplinar.

Dentre os princípios mais relevantes e inspiradores de uma política ambiental, para fins propedêuticos, haja vista não serem o objeto principal do presente trabalho, destacam-se alguns princípios juridicamente reconhecidos positivados, quais sejam: Princípio da supremacia do interesse público na proteção do meio ambiente em relação aos interesses privados; Princípio da indisponibilidade do interesse público na proteção do meio ambiente; Princípio da intervenção estatal obrigatória na defesa do meio ambiente; Princípio da participação popular na proteção do meio ambiente; Princípio da garantia do desenvolvimento econômico e social ecologicamente sustentado (desenvolvimento sustentável); Princípio da avaliação prévia dos impactos ambientais das atividades de qualquer natureza (precaução); Princípio da prevenção de danos e degradações ambientais; Princípio da responsabilização das condutas e atividades lesivas ao meio ambiente; Princípio da cooperação internacional em matéria ambiental e Princípio da equidade (solidariedade) intergeracional.

Esses princípios, dentre outros, podem ser extraídos das seguintes fontes do direito:

No caso do Direito Ambiental, tais princípios podem ser localizados e extraídos da Constituição Federal de 1988, da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente (Lei Federal 6.938/81), das Constituições Estaduais e, também, ao nosso ver, das Declarações Internacionais de Princípios, adotadas por Organizações Internacionais, em especial as Declarações da ONU de Estocolmo de 1972, sobre o meio Ambiente Humano, e do Rio de Janeiro de 1992, sobre meio Ambiente e Desenvolvimento (MIRRA, 1996, s. p.).

Feitas as observações iniciais acerca da importância dos princípios estruturantes do Direito Ambiental e de suas fontes normativas, impõe-se, na sequência, analisar o princípio da equidade intergeracional, objeto central da presente pesquisa.

Sob uma análise semântica, do princípio da equidade intergeracional, passa-se à explicação de cada palavra, isoladamente, deste conceito para, então, relacioná-las à definição do termo oriundo do direito internacional, incorporado ao direito ambiental. O termo “equidade”, de origem no latim *Aequitas*, segundo definição do dicionário Michaelis da língua portuguesa, significa

Equidade. sf. 1 Consideração em relação ao direito de cada um independentemente da lei positiva, levando em conta o que se considera justo. 2 Integridade quanto ao proceder, opinar,

judgar; equanimidade, igualdade, imparcialidade, justiça, retidão. 3 Disposição para reconhecer imparcialmente o direito de cada um justiça natural; igualdade, justiça, retidão (MICHAELIS, 2017, s. p.).

Compreende-se, então, que o conceito de equidade é utilizado na adaptação da regra a um caso específico, a fim de deixá-la naturalmente mais justa. Preocupa-se, assim, com a interpretação e aplicação da lei, independentemente de sua positivação, para efetivar o direito da forma mais imparcial e justa possível entre as partes envolvidas, na proporção de suas necessidades e diferenças, com o escopo de alcançar uma justiça natural.

O princípio da “equidade”, na acepção de “solidariedade”, é, de fato, positivado na redação do art. 3º, I, da CR/88, na qualidade de objetivo fundamental da República Federativa do Brasil que, por seu turno, reflete em todo o ordenamento jurídico: “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária [...]”.

A expressa referência à solidariedade, feita pelo legislador constituinte, longe de representar um vago programa político ou algum tipo de retoricismo, estabelece um princípio jurídico inovador em nosso ordenamento, a ser levado em conta não só no momento da elaboração de legislação ordinária e na execução das políticas públicas, mas também nos momentos de interpretação-aplicação do Direito, por seus operadores e demais destinatários, isto é, pelos membros todos da sociedade (MORAES, 2006, p.158-159).

E, ainda,

Também exsurge de forma cristalina, pela simples interpretação literal, que a solidariedade compõe um dos objetivos fundamentais de nossa República. É que o constituinte originário parece ter utilizado da aludida norma constitucional para designar um rol de situações concretas a serem implementadas em caráter fundamental. Ou seja, todas as ações a serem desenvolvidas pelo Estado, e pelos particulares numa certa medida, se admitirmos a constitucionalização do direito privado como uma realidade entre nós, deverão atender diretamente ou estar relacionadas, de alguma maneira, aos ditos objetivos fundamentais, destacando-se que a *fundamentabilidade* de algo, no caso da norma, outra coisa não é do que a designação do seu caráter essencial. (OLIVEIRA DA SILVA, 2006, *apud*, VITORIANO E SILVA, 2011, s. p.).

De outro turno, a palavra “intergeracional” tem a seguinte definição no Dicionário de Direitos Humanos, pela Escola do Ministério Público da União

Ela é definida por Cristina Rodrigues Lima como a convivência plena entre pessoas que se encontram em diferentes fases da vida (infância, juventude, adultez e velhice), o que faz com que elas se reconheçam e se identifiquem de alguma forma para entender a plenitude de cada indivíduo. O sinônimo é "interação entre gerações" e o antônimo desta palavra é "segregação de gerações" (PATROCÍNIO, 2010, s. p.).

A definição conceitual de “intergeracional” é encontrada dentro do art. 3º, §1º, IV do Estatuto do Idoso.

Art. 3º É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária.

§ 1º A garantia de prioridade compreende:

IV – **viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações** (BRASIL, 2003, grifo nosso).

Essa definição do Estatuto do Idoso surgiu com a realidade das mudanças estruturais da sociedade, da necessidade de uma organização para atender às demandas do processo de envelhecimento individual e familiar, por meio de incentivos à realização de programas intergeracionais. E, nesta dinâmica da família, “com o objetivo de delimitar as relações que se dão no seio de famílias que abrigam diferentes gerações que se cunhou o termo relações intergeracionais” (PATROCÍNIO, 2010, s. p.).

Em âmbito mundial, Edith Brown Weiss criou o conceito de equidade intergeracional, para tratar do respeito que devemos à memória de nossos ancestrais. Esse respeito passa pela preservação, melhoria, salvaguarda dos bens naturais e culturais que eles nos deixaram e pela transmissão desses bens às gerações futuras, pelo menos no mesmo estado de conservação que recebemos (PATROCÍNIO, 2010, s. p.).

Ante o exposto, depreende-se que o princípio da equidade intergeracional busca a justiça entre as gerações e que esta justiça corresponde, dentre outros aspectos, à igualdade de oportunidades de desenvolvimento socioeconômico no futuro, devido à prática da responsabilidade na utilização e fruição do meio ambiente e de seus elementos no presente.

Outrossim, para Wolff (2004)

O princípio da equidade intergeracional traduz um desejo comum de justiça entre as gerações atuais e as gerações futuras. Tal justiça corresponderia entre outros aspectos, à igualdade de oportunidade de desenvolvimento socioeconômico no

futuro, graças à prática da responsabilidade do usufruto do meio ambiente e de seus elementos no presente. Para que a oportunidade de utilização equitativa da natureza pelas gerações possa durar, é condição indispensável que os legados naturais estejam bem conservados.

Não obstante, antes da promulgação da Constituição da República de 1988, a preocupação na defesa das futuras gerações já havia sido apontada nos Princípios 1, 2 e 5 da Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano (1972), com a seguinte disposição:

Princípio 1 - O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presente e futuras.

Princípio 2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada.

[...]

Princípio 5 - Os recursos não renováveis da Terra devem ser utilizados de forma a evitar o perigo do seu esgotamento futuro e a assegurar que toda a humanidade participe dos benefícios de tal uso.

Em seguida, a defesa do meio ambiente, no tocante à garantia de acesso aos recursos naturais para as futuras gerações, foi discutida na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento, também conhecida como Eco-92, consolidando a definição do princípio da solidariedade ou equidade intergeracional na Declaração do Rio de Janeiro sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992): “Princípio 3 - O direito ao desenvolvimento deve ser exercido de modo a permitir que sejam atendidas equitativamente as necessidades de desenvolvimento e de meio ambiente das gerações presentes e futuras”.

Conforme mencionado alhures, o direito fundamental ao meio ambiente é percebido como condição de existência para os demais direitos humanos. No ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da equidade intergeracional é disposto expressamente no art. 225 da Constituição da República de 1988.

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 (BRASIL, 1988).

Isso posto, o princípio da equidade intergeracional refere-se ao reconhecimento do direito natural que cada indivíduo tem de viver em um ambiente sadio, com qualidade de vida. Trata-se do dever da conservação ambiental, de modo contínuo, expressamente previsto no art. 225 da Constituição da República, no qual se exige a obrigação de que “todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. A utilização do conceito impõe ainda, “ao Poder Público e a toda a sociedade o dever de defender o meio ambiente e preservá-lo para as gerações presentes e futuras gerações”.

Segundo Carvalho (2008, p. 44, *apud*, BILHALVA, 2016, p. 193-194)

[...] a equidade intergeracional é o elemento de inserção do futuro no direito ambiental, viabilizando a construção do futuro por meio do direito passado, que obriga as presente e futuras gerações a satisfazer as necessidades do desenvolvimento das futuras, configurando uma nova estruturação de bases temporais da teoria jurídica, necessária à implementação de “novos direitos”. [...] A *teoria da equidade intergeracional* é formada por três princípios base: a conservação das opções, a conservação de qualidade e a conservação de acesso [...] (grifo do autor).

Nessa esteira, doutrinariamente, Milaré (2007) subdivide a equidade – ou solidariedade – como sincrônica e diacrônica. “A primeira significa a solidariedade exercida para as gerações presentes, em tempo real, enquanto a segunda é aquela que se reflete no tempo, intergeracional” (VITORIANO E SILVA, 2011, s. p.).

Por conseguinte, a solidariedade exercida para as futuras gerações – intergeracional –, conforme mencionado alhures, tem fundamento na “fraternidade”, oriunda dos fundamentos da Revolução Francesa (1789). Seguindo essa acepção, o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), adotada e proclamada pelas Nações Unidas em 1948, dispõe que: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Eles são dotados de razão e de consciência e devem agir uns em relação aos outros com espírito de fraternidade”.

Essa ideia de fraternidade traduz a necessidade de defender e preservar o meio ambiente de forma sincrônica e diacrônica, ou seja, para agora e para depois, estabelecendo uma obrigação solidária entre as gerações. O reconhecimento constitucional do direito natural das futuras gerações origina limitações nas condutas comissivas e omissivas do homem – seja como indivíduo da sociedade ou como representante do poder público – sob

o fundamento de uma responsabilidade ética, o que repercute na legitimidade e legalidade dos atos.

Nesse mesmo sentido, o Preâmbulo da Constituição da República (1988), ao instituir um Estado Democrático de Direito, assegura o “exercício dos direitos sociais e individuais, [...] o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, [...] fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional [...]”.

Destarte, a CR/88 propõe uma cooperação solidária e fraterna, que traduz um sentimento comum de justiça entre todas as gerações - intergeracional. Tal acepção vem sendo gradativamente aplicada pela jurisprudência no Brasil. Para melhor elucidação, segue trecho de um julgamento do Supremo Tribunal Federal (STF) em Ação Direta de Inconstitucionalidade:

Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado. Trata-se de um típico direito de terceira geração (ou de novíssima dimensão), que assiste a todo o gênero humano (RTJ 158/205-206). Incube, ao Estado e à própria coletividade, a especial obrigação de defender e preservar, em benefício das presentes e futuras gerações, esse direito de titularidade coletiva e de caráter transindividual.

(...)

O adimplemento desse encargo, que é irrenunciável, representa a garantia de que não se instaurarão, no seio da coletividade, os graves conflitos intergeracionais marcados pelo desrespeito ao dever de solidariedade, que a todos se impõe, na proteção desse bem essencial de uso comum das pessoas em geral (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.540-MC/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno citada em AC 1.255 MC/RR. Rel. Min. Celso de Mello. 22.6.2006).

Acerca do julgado supramencionado,

O pronunciamento do STF ocorreu em “ação cautelar inominada” com pedido liminar, ajuizada pelo Estado de Roraima em face da União Federal e do IBAMA, com o objetivo de suspender a realização de consulta pública com finalidade de criação de Reserva Extrativista, ao argumento de que esse Estado já possuía políticas públicas ambientais na área pretendida de criação da Unidade de Conservação – projetos de assentamento, reserva extrativista e programa de manejo florestal em benefício da população ribeirinha.

Ao manifestar sobre o pedido liminar, a Suprema Corte, analisando a competência em matéria ambiental, invocou a importância da preservação da integridade do meio ambiente como obrigação político-jurídica indeclinável que se impõe a todas as esferas de poder e citou o pronunciamento acima, já proferido em um dos seus julgados (VITORIANO E SILVA,

2011, s. p.).

Por seu turno, o aludido dispositivo constitucional, ao qualificar o meio ambiente como essencial à sadia qualidade de vida, tornou-o indissociável do direito fundamental à vida (art. 5º da CR/88), e, por conseguinte, vincula o ambiente equilibrado a uma condição imprescindível para acesso e manutenção da saúde, que é um direito social fundamental (art. 6º da CR/88), que deve ser exercido com igualdade e justiça social (arts. 5º e 170, VI, da CR/88), como valor supremo de uma sociedade fraterna (art. 3º, I, da CR/88), característica do Estado Democrático de Direito (Preâmbulo e art. 1º da CF/88).

A norma fundamental, portanto, visa proporcionar a noção de responsabilidade e gerar obrigações, no sentido de que a comunidade deve usufruir o meio ambiente abstendo-se de qualquer comportamento que possa degradá-lo, ou torná-lo de difícil reparação. Consequentemente, o uso racional dos bens e a solidariedade, emergem de uma consciência ética transgeracional, a fim de possibilitar a manutenção das condições ecologicamente saudáveis para que todas as gerações possam desfrutar delas igualmente.

2 O DEVER JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE PROTEÇÃO SOCIOAMBIENTAL DO PODER PÚBLICO

A CR/88 (art. 225, *caput*, e art. 5º, § 2º) atribuiu ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o *status* de direito fundamental do indivíduo e da coletividade, bem como consagrou a proteção ambiental como um dos objetivos ou tarefas fundamentais do Estado Democrático de Direito Ambiental. Nesse sentido, no que tange ao direito de proteção do meio ambiente, como direito fundamental, insta ressaltar a teoria de Alexy (2006), a qual reafirma que:

[...] devem ser aqui entendidos os direitos do titular de direitos fundamentais em face do Estado a que este o proteja contra intervenções de terceiros [...] Direitos a proteção são, nesse sentido, direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direito de mesma hierarquia entre si (ALEXY, 2006, p. 450).

Denota-se, portanto, o reconhecimento, pela ordem constitucional, da dupla funcionalidade da tutela ambiental no ordenamento jurídico brasileiro, segundo aponta Sarlet e Fensterseifer (2011), a qual assume a forma, simultaneamente, de um direito-dever fundamental do indivíduo e da coletividade e de um objetivo e responsabilidade estatal, considerando a complexidade de direitos e deveres fundamentais de cunho ecológico,

integrando a Natureza e seus ecossistemas, bem como as futuras gerações humanas como titulares de direitos subjetivos, numa dimensão intergeracional, conforme detalhado anteriormente.

O enfoque de “direito-dever” fundamental presente na Constituição brasileira, por disposição do *caput* do art. 225, principalmente, traça um modelo de tutela ambiental que abrange tanto o Estado, quanto à coletividade – e seus particulares – no quadro permanente de responsáveis pela tutela e promoção do ambiente, o que torna imprescindível a possibilidade de levar as lesões ao patrimônio ambiental ao Poder Judiciário. O acesso ao judiciário é direito fundamental expresso no art. 5º, XXXV, da CR/88, o qual dispõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”. Nas questões ambientais, tal acesso ao sistema de justiça estatal pode ocorrer

tanto sob um viés “associacionista” de cidadania, ou seja, por meio de associações civis (em especial as assim chamadas ONG’s - organizações não-governamentais⁹) dedicadas à causa ambiental (mediante o manuseio, no Brasil, da Ação Civil Pública), quanto sob um viés “individualista” de cidadania, assegurando aos cidadãos a posição, mesmo individualmente considerados, de agentes ativos no que diz com a promoção da defesa do ambiente (neste caso, especialmente mediante a utilização da Ação Popular e outros instrumentos jurisdicionais e administrativos). Para tal direção sinaliza o conteúdo normativo do art. 225 da CF88, especialmente em relação ao texto do seu , impõe normativamente, de forma expressa, a “toda a coletividade” o “dever de defender e preservar o ambiente” para as presentes e futuras gerações (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 230).

Nessa perspectiva, é imperioso destacar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça acerca do reconhecimento da legitimidade do cidadão para o ajuizamento de ação popular para impugnar atos administrativos omissivos ensejadores de danos ao meio ambiente:

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. INTERESSE DE AGIR. PROVA PERICIAL. DESNECESSIDADE. MATÉRIA CONSTITUCIONAL (...). 3. A ação popular pode ser ajuizada por qualquer cidadão que tenha por objetivo anular judicialmente atos lesivos ou ilegais aos interesses garantidos constitucionalmente, quais sejam, ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural. 4. A ação popular é o instrumento jurídico que deve ser utilizado para impugnar atos administrativos omissivos ou comissivos que possam causar danos ao meio ambiente. 5. Pode ser proposta ação popular ante a omissão do Estado em promover condições de melhoria na coleta do esgoto da

Penitenciária Presidente Bernardes, de modo a que cesse o despejo de elementos poluentes no Córrego Guaraucaia (obrigação de não fazer), a fim de evitar danos ao meio ambiente (...) (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 889.766-SP, Rel. Min. Castro Meira, j. 04.10.2007).

Em que pese a CR/88 existente há quase 30 anos, a situação fática é que, segundo Sarlet (2011), de acordo com o número de ações judiciais tramitando em todas as instâncias e esferas do Poder Judiciário no Brasil, observa-se que o número de processos já apreciados e em tramitação é infinitamente superior ao que existia antes da promulgação da CR/88. Nesse sentido, com o fenômeno da “judicialização” – não apenas na área ambiental – segue evidente, que a Constituição se faz fortemente presente, ainda mais se considerar o crescente número de casos apreciados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) – guardião da ordem constitucional (art. 102, da CR/88), além dos julgados no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ).

Além do aspecto quantitativo de processos judiciais, a discussão gira em torno, especialmente, da crescente intervenção do Poder Judiciário e do Ministério Público na esfera da tutela ambiental e dos direitos e deveres socioambientais, de um modo geral, dentre outros problemas (saúde, educação, etc.). Ressalta-se que não é objeto do presente trabalho exaurir tais questões, ainda mais que remetem a uma série de problemas conexos, mas pretende-se fomentar o debate acadêmico e apontar possíveis caminhos de solução, sob uma análise hermenêutica, deontológica e fenomenológica, a fim de compreender, de um modo geral, como o Poder Judiciário pode atuar no sentido de contribuir para a efetivação da proteção do ambiente e para a maior efetividade dos direitos e deveres socioambientais, para as presentes e futuras gerações, especialmente.

Quanto ao papel do Poder Público, na consecução de um Estado Democrático de Direito Ambiental, Sarlet e Fensterseifer (2011, p. 16-17) apontam que:

[...] a razão suprema de ser do Estado reside justamente no respeito, proteção e promoção da dignidade dos seus cidadãos, individual ou coletivamente considerados, devendo, portanto, tal objetivo ser continuamente perseguido e concretizado pelo Poder Público e pela própria sociedade, constitui já um dos lugares-comuns e postulados do Estado Constitucional (democrático e socioambiental de Direito) contemporâneo. Nesta perspectiva, os deveres de proteção no âmbito do Estado Constitucional estão alicerçados no compromisso (político e jurídico-constitucional) assumido pelos entes estatais, por meio do pacto constitucional, no sentido de tutelar e garantir nada menos do que uma vida digna e saudável aos indivíduos e grupos sociais, o que

passa pela tarefa de promover a realização dos seus direitos fundamentais, retirando possíveis óbices colocados à sua efetivação. De acordo com tal premissa, a implantação das liberdades e garantias fundamentais (direito à vida, livre desenvolvimento da personalidade, etc.) pressupõe uma ação positiva (e não apenas negativa) dos poderes públicos, no sentido de remover os “obstáculos” de ordem econômica, social e cultural que impeçam o pleno desenvolvimento da pessoa humana. Nesse sentido, uma vez que a proteção do ambiente é alçada ao *status* constitucional de direito fundamental (além de tarefa e dever do Estado e da sociedade) e o desfrute da qualidade ambiental passa a ser identificado como elemento indispensável ao pleno desenvolvimento da pessoa humana, qualquer “óbice” que interfira na concretização do direito em questão deve ser afastado pelo Estado, seja tal conduta (ou omissão) obra de particulares, seja ela oriunda do próprio Poder Público.

Na mesma perspectiva, Canotilho (2004, *apud*, SARLET; FENSTERSEIFER 2011, p. 18) afirma que:

[...] ao lado do “direito ao ambiente”, situa-se um “direito à proteção do ambiente”, expressando-se nos deveres atribuídos ao ente estatal de: a) combater os perigos (concretos) incidentes sobre o ambiente, a fim de garantir e proteger outros direitos fundamentais imbricados com o ambiente (direito à vida, à integridade física, à saúde, etc.); b) proteger os cidadãos (particulares) de agressões ao ambiente e qualidade de vida perpetradas por outros cidadãos (particulares).

Assim, “o dever de proteção do Estado toma a forma de dever de evitar riscos, autorizando os entes estatais a atuarem em defesa do cidadão mediante a adoção de medidas de proteção ou de prevenção, especialmente em relação ao desenvolvimento técnico ou tecnológico” (MENDES, 2004, *apud*, SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 18). Portanto, resulta evidente a responsabilidade constitucional imputada ao Estado, por meio de políticas públicas, tanto para adotar medidas legislativas, quanto para executar tais medidas de forma adequada e suficiente à tutela ecológica, assegurando o desfrute do direito fundamental em questão para as presentes e futuras gerações. E, quando tal medida for insuficiente ou ineficiente, por omissão ou atuação estatal, o Poder Judiciário, especificamente o juiz – órgão do Estado –, poderá ser acionado para conter ou corrigir eventuais violações aos parâmetros constitucionalmente exigidos em termos de defesa e preservação do meio ambiente, da dignidade e da vida – em sua mais ampla acepção.

Acerca da responsabilidade e dos deveres de proteção ambiental do Estado, Sarlet e Fensterseifer (2011) destacam outro aspecto relevante, referente aos limites e aos efeitos da discricionariedade estatal, no âmbito dos

três Poderes - legislativo, executivo e judicial, e suas instituições – Ministério Público, Defensoria Pública e Advocacia. Os deveres de preservação e defesa do meio ambiente incumbidos ao Estado vinculam os poderes estatais ao ponto de restringir e condicionar a discricionariedade das decisões e condutas referentes à tutela ambiental.

A consagração constitucional da proteção ambiental como tarefa estatal, [...] traduz a imposição de deveres de proteção ao Estado que lhe retiram a sua “capacidade de decidir sobre a oportunidade do agir”, obrigando-o também a uma adequação permanente das medidas às situações que carecem de proteção, bem como a uma especial responsabilidade de coerência na auto-regulação social (GARCIA, 2007, *apud*, SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 19).

No que tange à atuação do Poder Executivo, o poder-dever da discricionariedade é limitado “de modo a restringir a sua margem de liberdade na escolha nas medidas protetivas do ambiente, sempre no intuito de garantir a maior eficácia possível ao direito fundamental em questão” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 19). Nessa esteira, sobre o dever discricionário, destaca-se que “é o dever que comanda toda a lógica do Direito Público. Assim, o dever assinalado pela lei, a finalidade nela estampada, propõe-se, para qualquer agente público, como um imã, como uma força atrativa inexorável do ponto de vista jurídico” (MELLO, 2007, p. 15, *apud*, SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 19).

Nessa esteira, Benjamin (2007, p. 75) identifica essa limitação da discricionariedade do Executivo como consequência da “constitucionalização” da proteção ambiental, pois as normas constitucionais vinculam à Administração Pública no sentido de um poder-dever de ponderar o meio ambiente e de protegê-lo, positiva e permanentemente, exigindo a cooperação dos demais membros da comunidade estatal.

À luz do conteúdo normativo do art. 225 da CR/88, Gavião Filho (2005, p. 24-25, *apud*, SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 21) estabelece um modelo de atuação estatal, com as seguintes características:

- a) recusa da estatização, no sentido de que a tutela do ambiente é uma função de todos, e não apenas do Estado;
- b) a insuficiência da visão liberal no sentido de que o Estado não se resume a um mero Estado de polícia, confiante na obtenção da ordem jurídica ambiental pelo livre jogo de forças contrapostas;
- c) a abertura ambiental no sentido de que os indivíduos possam obter do Poder Público todas as informações sobre o ambiente;
- d) a participação dos indivíduos nas questões relativas à defesa e proteção do ambiente, notadamente no âmbito dos procedimentos

administrativos que tratam das questões ambientais; e) o associacionismo ambiental no sentido de que a sociedade, regularmente organizada, possa valer-se dos instrumentos da democracia para exercitar pressão sobre o legislador e o administrador em relação às questões ambientais, inclusive por intermédio de ações para a preservação e reparação de ações ou omissões estatais ou privadas lesivas ao ambiente.

Nesse contexto, o Estado, em todos os entes federativos, a depender do fato concreto, deve adotar condutas positivas e negativas de atuação, buscando efetivar ao máximo a proteção ambiental no âmbito das funções estatais – legislativa, executiva e jurisdicional – bem como de outras instituições estatais, a exemplo do Ministério Público e da Defensoria Pública. Ademais, cumpre registrar que o art. 23 da CR/88 determina que seja “competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios: [...] VI - proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas; VII - preservar as florestas, a fauna e a flora;” [...] Consagrou-se, nesse sentido, a competência administrativa (material) comum de proteção ambiental, constituindo, portanto, responsabilidade e atuação solidária de todos os entes da federação.

Seguindo, ainda, na análise hermenêutica constitucional, quanto aos deveres de proteção ambiental do Estado, é válido mencionar que os inúmeros incisos do § 1º do art. 225, da CR/88, dispõem, expressamente, um rol exemplificativo de medidas protetivas a serem adotadas pelos entes públicos, conforme detalhado alhures. Nesse ponto, “Milaré destaca a ideia em torno de um **dever estatal geral de defesa e preservação do meio ambiente**, o qual seria fragmentado nos deveres específicos elencados no Art. 225, §1º, da CF88” (SARLET, 2011, p. 21, grifo do autor).

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:

I - preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas;

II - preservar a diversidade e a integridade do patrimônio genético do País e fiscalizar as entidades dedicadas à pesquisa e manipulação de material genético;

III - definir, em todas as unidades da Federação, espaços territoriais e seus componentes a serem especialmente protegidos, sendo a alteração e a supressão permitidas somente através de lei, vedada qualquer utilização que comprometa a integridade dos atributos que justifiquem sua proteção;

IV - exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, estudo prévio de impacto ambiental, a que se dará publicidade;

V - controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

VI - promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente;

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.

Não obstante, os deveres estatais positivados no art. 225, §1º, da CR/88, são apenas ilustrativos e têm a função de orientar a exigência de outras obrigações indispensáveis à tutela ambiental de forma abrangente e integral. Nesse contexto, o Estado, através de suas instituições, vê-se “obrigado a normatizar condutas e atividades lesivas ao ambiente como, por exemplo, com a tipificação de crimes ambientais ou de infrações administrativas, bem como por meio da regulamentação da responsabilidade civil do poluidor pelos danos causados ao ambiente” (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 22).

Nessa perspectiva, ordenamento jurídico brasileiro confere ao Estado,

[...] além da proibição de interferir no âmbito de proteção do direito fundamental a ponto de violá-lo, também a missão constitucional de promover e garantir, inclusive em termos prestacionais, o desfrute do direito ao ambiente, quando tal se fizer necessário. Assim, em maior ou menor medida, todos os Poderes Estatais (Executivo, Legislativo e Judiciário), estão constitucionalmente obrigados, na forma de deveres de proteção e promoção ambiental, a atuar, no âmbito da sua esfera constitucional de competências, sempre no sentido de obter a maior eficácia e efetividade possível dos direitos e deveres fundamentais socioambientais (SARLET; FENSTERSEIFER, 2011, p. 23).

Isso posto, reconhece-se a positivação da responsabilidade estatal no tocante à defesa e preservação do meio ambiente, para salvaguardar o direito das presentes e futuras gerações. Destarte, considerando a degradação do meio ambiente e as catástrofes naturais, dentre outras questões que giram em torno da crise ambiental da sociedade pós-moderna, tendo em vista os riscos sociais e ambientais que lhe são correlatas, verifica-se a existência de uma série de deveres impostos ao Estado e a necessidade de efetivação desses

deveres a fim de enfrentar suas causas e consequências.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a essência da responsabilidade ambiental é o axioma de que a sociedade quer um futuro, no qual as gerações futuras possam usufruir das mesmas condições das presentes, caracterizando o Estado Democrático de Direito Ambiental, constituído na atual Constituição brasileira. Esse futuro, de uma vida digna, tutelado nas ações do presente, demanda atuação concreta e efetiva da sociedade e do Poder Público, prioritariamente de cunho preventivo, pautada em uma responsabilidade ambiental que salvaguarda o direito das futuras gerações, sob o enfoque da solidariedade e sustentabilidade, a fim de promover qualidade de vida e justiça social. Nessa perspectiva, formula-se uma Teoria da Responsabilidade Ambiental a partir de uma perspectiva ética, concebendo uma teoria aplicada para o controle do exercício de poderes, no foco ambiental, na prevenção e precaução.

Nessa reciprocidade, há a necessidade de uma efetividade material, que seja estruturada dentro de uma perspectiva ética, especialmente quando se pretende sua aplicação profilática – perspectiva esta adotada pelo legislador constituinte ao consagrar o art. 225 da CR/88 – e eficaz por meio de um poder transformador, tanto no comportamento individual, quanto do ente público.

À luz da hermenêutica constitucional, compreende-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, especialmente no art. 225, *caput*, e parágrafos, e art. 5º, § 2º, consagrou no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da equidade intergeracional e atribuiu ao direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado o *status* de direito humano fundamental, inclusive na qualidade de cláusula pétrea, bem como definiu a proteção ambiental como um dos objetivos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Em consequência, a crise ambiental da pós-modernidade origina uma nova dimensão de direitos fundamentais, a qual impõe para a consecução de um Estado Democrático de Direito o desafio de inserir um modelo de cooperação entre a humanidade e a natureza, entre as tarefas prioritárias da atividade estatal.

Com essas considerações, evidencia-se uma alta complexidade de transformações exigidas na consecução de um Estado Democrático de Direito Ambiental, as quais reclamam a necessidade de um padrão de justiça ambiental, do ponto de vista pragmático. Assim sendo, para assegurar o

direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado das presentes e futuras gerações, consagrado no ordenamento jurídico, em especial no art. 225 da CR/88, torna-se imperioso que o Estado crie novos mecanismos e dê efetividade aos já existentes, valendo-se de princípios e normas fundamentais, cristalizados a partir das questões ambientais emergentes.

O sistema jurídico vigente reconhece o direito ao meio ambiente como um direito fundamental de titularidade difusa, na medida em que se impõe a todos, tanto ao poder público, quanto à coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente para as presentes e futuras gerações. O entendimento dos tribunais superiores converge no mesmo sentido. Desse modo, reconhecida a positivação da responsabilidade estatal no tocante à defesa e preservação do meio ambiente, para salvaguardar o direito das presentes e futuras gerações, verifica-se a existência de uma série de deveres impostos ao indivíduo e ao Estado, e a necessidade de efetivação desses deveres a fim de enfrentar suas causas e consequências.

Posto isso, o princípio da equidade intergeracional reflete-se no dever de tutela do meio ambiente, a partir de uma consciência ambiental, no qual o comportamento humano é voltado para o desenvolvimento sustentável, a fim de garantir uma vida digna e saudável para todas as gerações de forma justa e igualitária. Assim, por meio de uma responsabilidade ambiental, essencialmente profilática, que deve ser concebida por meio de uma visão coletiva e difusa, fundada na solidariedade, busca-se uma verdadeira responsabilidade intergeracional e, do ponto de vista da atuação estatal, por meio da consecução de políticas públicas efetivas.

Ademais, no que diz respeito à atuação do Poder Público, na efetivação dos direitos e deveres socioambientais sob a perspectiva da equidade intergeracional, destaca-se o papel do Poder Judiciário e do Ministério Público – “instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (art. 127 da CR/88) - que podem intervir de várias formas, quando houver omissão ou falha nas políticas públicas, no âmbito de atuação dos poderes legislativo e executivo – ou seja, da deficiência ou ineficácia das medidas protetivas por parte do Estado.

Nesse contexto, conclui-se que o Poder Público, na tutela dos direitos fundamentais, tem um papel fundamental para efetivação das normas e princípios que regulam as questões socioambientais, ainda que a atividade jurisdicional tenda a ser predominantemente corretiva e reparatória. A intervenção do Estado, no que tange à discricionariedade administrativa e

à liberdade de elaboração legislativa, é limitada e alinhada aos princípios e regras constitucionais, de acordo com o sistema de freios e contrapesos. Ademais, observa-se a ponderação dos princípios na solução do caso concreto, a fim de garantir o mínimo existencial socioambiental e a equidade intergeracional.

Destarte, o Poder Público tem um poder-dever de intervenção legítimo, enquanto agente necessário à realização dos valores emergentes de um Estado Democrático Ambiental, no sentido de assegurar a efetividade de políticas públicas indispensáveis à tutela do meio ambiente, estabelecidas implícita e expressamente pela norma constitucional, com o escopo de garantir, imprescindivelmente, a proteção da dignidade humana e a sadia qualidade de vida, das presentes e futuras gerações.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

AYALA, Patryck de Araújo; LEITE, José Rubens Morato. **Dano ambiental: do individual ao coletivo**. Teoria e prática. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

BILHALVA, Margareth Michels. **Responsabilidade ambiental: Uma perspectiva ética para aplicação em políticas públicas**. Curitiba: Editora Prismas, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto-lei nº 4.657**, de 4 de setembro de 1942. Lei de introdução às normas do direito brasileiro. Redação dada pela Lei nº 12.376, de 2010. Brasília, 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei n.º 10.741**, de 1º de outubro de 2003. Dispõe sobre o estatuto do idoso e dá outras providências. Brasília, 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/L10.741.htm>. Acesso em: 11 out. 2019.

BRASIL. **Lei nº 6.938**, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Brasília, 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1981/l6938.htm>.

www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm> Acesso em 11 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **REsp 889.766-SP**, Rel. Min. Castro Meira, j. DJ de 04.10.2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19209074/recurso-especial-resp-889766-sp-2006-0211354-5/inteiro-teor-19209075>>. Acesso em: 22 nov. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3540 MC**, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 01/09/2005, Diário de Justiça 03-02-2006 p. 00014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000094348&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 10 out. 2019.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE E O DESENVOLVIMENTO. **Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento**, 1992. Disponível em: <www.onu.org.br/rio20/img/2012/01/rio92.pdf>. Acesso em: 24 nov. 2016.

CONFERÊNCIA DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE O MEIO AMBIENTE HUMANO. **Declaração de Estocolmo sobre o Ambiente Humano**, 1972. Publicada pela Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente humano em junho de 1972. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Meio-Ambiente/declaracao-de-estocolmo-sobre-o-ambiente-humano.html>>. Acesso em: 11 out. 2019.

EQUIDADE. In: **Michaelis Dicionário Brasileiro da Língua Portuguesa**. Brasil: Editora Melhoramento, 2015. Disponível em <<http://michaelis.uol.com.br/moderno-portugues/busca/portugues-brasileiro/equidade/>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 19. ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2005.

PATROCÍNIO, Wanda Pereira. **Dicionário de direitos humanos**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php?page=Equidade%20intergeracional>>. Acesso em: 11 out. 2019.

SARLET, Ingo W.; FENSTERSEIFER, Tiago. O papel do Poder Judiciário brasileiro na tutela e efetivação dos direitos e deveres socioambientais. In: SARLET, Ingo W; SILVA, Vasco P. da (coord.). **Direito público sem fronteiras**. Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Lisboa: Jun. 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos**

fundamentais na Constituição Federal de 1988. 9. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

VITORIANO E SILVA, Marcela. O princípio da solidariedade intergeracional: um olhar do direito para o futuro. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v.8, n.16, p.115-146, jul./dez. 2011. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/viewFile/179/188>>. Acesso em: 11 out. 2019.

WOLFF, SIMONE. **Meio Ambiente x Desenvolvimento + Solidariedade = Humanidade ...** 2004. Disponível em: < <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26792-26794-1-PB.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2019.

O RETORNO DA SEPARAÇÃO AO SISTEMA JURÍDICO BRASILEIRO

THE RETURN OF SEPARATION TO THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Gabriel Mac-Lins Soares Maia ¹

Ihgor Jean Rego²

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo geral analisar, na perspectiva jurídica contemporânea, o retorno da separação judicial ao ordenamento legal brasileiro após sua derrogação pela EC66/2010. Empregar-se-ão o método dedutivo e a análise de dados técnicos, bem como a legislação, de forma a observar, assim, como se deu a reafirmação do instituto dissolutivo pela doutrina, jurisprudência e a legislação. Por fim, o foco deste trabalho é a definição do porquê de ser inapropriada a defesa do retorno da separação jurídica, consequentemente explicando a inconstitucionalidade dos dispositivos do Código Processual, que rememoram instituto já revogado por força constitucional.

Palavras-chaves: Divórcio, Sistema Dual, Abolição, Repristinação, Inconstitucional.

ABSTRACT: This article aims to analyze, in the perspective of the contemporary law, the return of the legal separation to the Brazilian legislation, after its derogation by EC66/2010, as an institute of dissolution of the conjugal society, and pre-requisite of the divorce process. Using the deductive method, such as data analysis and observing the law, in order to understand the reaffirmation of the dissolution institute by Brazilian doctrines, jurisprudence and the Brazilian Code of Civil Procedure of 2015. Finally, the general goal of this article is to define why it is inappropriate to defend the return of legal separation, consequently explaining the unconstitutionality of the provisions of the Procedural Code, which brings to light an institute already revoked by constitutional effect.

Keywords: Divorce, Dual System, Abolition, Repristination, Unconstitutional.

1 Gabriel Mac-Lins Soares Maia (autor), graduando de bacharelado em direito pelo Centro Universitário São Lucas. E-mail: gabrielmlsmaia@gmail.com.

2 Ihgor Jean Rego (orientador), Advogado, professor universitário, especialista em direito e processo do trabalho, mestre em direitos da personalidade e Coordenador Estadual do PROCON/RO. E-mail: ihgorj@gmail.com.

INTRODUÇÃO

Entrando em vigor no dia 13 de julho 2010, a Emenda Constitucional 66 modificou o art. 266 da Constituição Federal da República de 1988, promovendo alterações significativas no âmbito do direito familiar. Estas, devido ao seu conteúdo e repercussão, desde o início da tramitação em 2005, foram ensejadoras de polêmicas acerca da alcinhada PEC do divórcio.

Proposta pelo Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), e evidenciada por Sérgio Barradas Carneiro, à época deputado Federal, a Emenda então aprovada tinha como objetivo principal a eliminação dos requisitos temporais e da discussão da culpa pelo fim matrimonial. Dessa forma, se instituiria o divórcio direto, que pela ótica do legislador, viria a eliminar a burocracia relativa à matéria.

As polêmicas envolviam, de um lado, os argumentos de que o amadurecimento societário fazia mister a aprovação da PEC, enquanto opostamente alegava-se que o avanço do Projeto traria a derrocada da estrutura familiar. A legitimação logo veio, e as dissidências até então construídas apenas tomaram forma distinta, mudando o foco das discussões.

Surgia então a cisão doutrinária e jurisprudencial que perduraria durante anos. Uma gama doutrinária passou a sustentar a revogação dos artigos regentes da separação judicial, devido a instituição do divórcio direto. Em contrapartida, outra parcela concebeu que, mesmo aprovada, a Emenda não teria revogado expressamente nenhum dos dispositivos do Código Civil de 2002 relativos ao tópico, fato que não sustentaria a abolição do instituto dissolutivo.

Sabendo das dissensões e da necessidade de esclarecimento, é imprescindível a abordagem atinente não só ao contexto histórico da separação de direito, como também de suas argumentações, favoráveis e desfavoráveis. Primeiramente, a historicidade do mecanismo dissolutivo permitirá entender suas evoluções legais, e como foi moldado esse progresso.

1 BREVE CONTEXTO HISTÓRICO

As histórias do divórcio e da separação jurídica confundem-se no tempo, pois, conceitualmente falando, ambos inverteram seus significados e aplicações desde que o casamento surgiu em nosso ordenamento. O casamento civil apareceu pela primeira vez em 1890, por meio do Decreto n. 181, e por sua vez, previa o divórcio canônico como hipótese para separação de corpos, sem romper qualquer vínculo conjugal. (GONÇALVES, 2020, p. 199)

Com a publicação do Código Civil de 1916, foi anuído o desquite, que seria basicamente uma possibilidade de separação de corpos. Dessa forma, era dissolvida a sociedade conjugal, mas mantido o casamento. Surgiu como forma primitiva da separação judicial – até porque guardava características semelhantes, como a impossibilidade de novos casamentos e as modalidades amigáveis e litigiosas – que viriam a existir futuramente. Outra observação interessante seria a não progressão do método dissolutivo, mesmo após 26 anos de seu advento, fato que se deve a forte influência dos setores religiosos, que moralmente falando apenas permitiam o desquite.

Após várias décadas, a promulgação da Lei n. 6.515 e da Emenda Constitucional n. 9 finalmente trouxe o divórcio como possibilidade real para o fim do casamento. O que anteriormente era chamado de desquite, com as novas legislações, passou a ser denominado separação judicial, mantendo as características de seu antecessor. Surge também nessa época o vínculo entre os dois institutos de dissolução (sistema bifásico ou dual), onde a separação se tornava pré-requisito para o divórcio, pois o último só seria cabível após três anos de separação.

Chegando à contemporaneidade, a CF/88 também manteve a vinculação entre os elementos jurídicos, reduzindo seu tempo de admissibilidade para dois anos e possibilitando a conversão de separação judicial em divórcio, contado um ano. Por mais que tenha evoluído em poucos aspectos, viu-se a necessidade de abolir as controvérsias doutrinárias geradas pelo sistema dualista, que criava certa insegurança jurídica para os cônjuges descontentes com o matrimônio.

Assim, em 2005 deu-se início à tramitação da PEC do divórcio, que mais tarde, em 2010, viria a ser aprovada e publicada como a Emenda Constitucional nº 66, que tinha como principal objetivo instituir o divórcio direto e, conseqüentemente, findar os infortúnios que a burocracia gerava para a vida de casais insatisfeitos. Ao menos, era a vontade do legislador.

2 RAZÕES DOUTRINÁRIAS DA NÃO DERROGAÇÃO

Como dito anteriormente, a EC 66/2010 trouxe mudanças relevantes ao instituto da separação judicial. Apesar dos objetivos por trás do conteúdo da reformadora, uma parcela da doutrina e do Poder Judiciário passaram a defender a não derrogação da separação de direito e suas modalidades.

Para o âmbito doutrinário defensor de que não houve abolição, entender que a Emenda supracitada havia suprimido a existência da separação de direito possui amplitude exacerbada. Segundo Donizetti (2020, p. 901),

implantou-se uma nova ordem constitucional, que exige filtração da leitura do ordenamento infraconstitucional.

Indo além, apresenta duas opções aos cônjuges que tenham seu elo afetivo abalado, pela via administrativa, ou pela via judicial. Em um primeiro momento discorrendo sobre a administrativa:

A via administrativa da separação judicial foi introduzida no ordenamento brasileiro pelo art. 1.124-A, inserido no antigo Código de Processo Civil de 1973 pela Lei 11.441/2007. Segundo o CPC em vigor, tal via se abre para os cônjuges não havendo nascituro nem filhos incapazes (art. 733 do CPC/2015). A separação extrajudicial opera-se por escritura pública, e não dispensa a assistência dos cônjuges por advogado. A lei não exige, para a eficácia da escritura, a homologação judicial. (DONIZETTI, 2020, p. 901)

Dá continuidade abordando a possibilidade de judicialização:

Já a separação pela via judicial se encontra prevista no art. 1.572 do Código Civil, o qual deve ser lido com cuidado no atual estágio do ordenamento jurídico. É que, segundo a redação do dispositivo, o cônjuge que ajuizar a ação de separação imputará ao outro fato que tornou insuportável a vida em comum, o qual, até recentemente, consistia em requisito de procedência do pedido de separação. No entanto, em razão da nova orientação do Direito de Família, consideram-se incompatíveis com a ordem constitucional vigente tanto a segunda parte do art. 1.572 quanto o art. 1.573, o qual elencava os fatos que, segundo a lei, poderiam tornar insuportável a vida em comum. Em suma, não importam as razões que ensejaram a ruptura da vida em comum. (DONIZETTI, 2020, p. 902)

A compreensão de Donizetti acerca da amplitude exagerada de enxergar a extinção do instituto passa por aspectos relacionados ao próprio texto da EC/66 de 2010. Esta, ao atribuir a redação vigente ao § 6º do artigo 266 da Constituição, suscitou as opiniões e apontamentos com relação à falta de expressividade legal do texto reformador (no sentido de abolir o instituto), como será visto posteriormente.

Nader defende ponto de vista mais aprofundado, quando comparado ao de Donizetti. Dividindo sua interpretação nos planos de lei a ser criada e lei vigente, aponta perspectivas distintas para as duas:

A abordagem da matéria comporta os planos *de lege ferenda* e *de lege lata*³. Sob o primeiro enfoque, da lei

3 Leia-se, respectivamente: Lei a ser criada (*lege ferenda*) ou em processo de elaboração, e lei criada e integrada ao ordenamento jurídico (*lege data*), em plena vigência e produzindo seus efeitos.

ideal, é possível a pluralidade de entendimentos quanto à conveniência ou não de o instituto da separação oficial permanecer integrando a ordem jurídica, à vista da facilidade de formalização do divórcio. Neste plano, há quem veja importante função social na separação, ao permitir o recuo do casal em seu desejo de promover o fim do casamento, bastando-lhe requerimento ao juiz do feito, para que a sociedade conjugal se restabeleça. (NADER, 2016, p. 225)

Ainda no panorama da lei em criação, o simples reconhecimento da possibilidade de recuo aos casais separados, na sua tentativa de findar o casamento, não reflete toda a relevância social do instituto. Nesse sentido, é crucial ponderar sobre as convicções religiosas de certos indivíduos, e sobre a relevância da culpa em nosso ordenamento, para procedimentos diversos.

Destarte, preceitua Nader:

Por convicção religiosa, muitos casais admitem apenas a separação. (...). A permanência em vigor deste instituto permite o questionamento de culpa, indagação inexistente no divórcio. A definição da culpa na separação é relevante para determinados efeitos jurídicos, como na fixação do valor dos alimentos, à vista dos arts. 1.702 e 1.704 do Código Civil, e da permanência do direito ao uso do nome de casado (art. 1.571, § 2º, e art. 1.578, ambos do Código Civil). (NADER, 2016, p. 225)

Em outras palavras, o autor intervém que, no cenário da lei em elaboração, alguns fundamentam suas opiniões na facilitação do divórcio e consequente inutilidade do instituto dissolutivo, ao passo que outros enxergam certo valor social na separação, tanto pela ampliação das possibilidades de dissolução e a função da culpa em nosso ordenamento, quanto pela convicção religiosa de muitos casais brasileiros.

Nos aspectos concernentes à lei em plena vigência, Nader segue sua narrativa fazendo suas acepções acerca da Emenda, em conformidade com o ordenamento jurídico na qual ela se encontra:

A Emenda Constitucional, sem qualquer menção às regras do Código Civil, pertinentes à separação, limitou-se a modificar o § 6º do art. 226 da Lei Maior e tão somente para excluir a exigência de prévia separação judicial ou de fato para a obtenção do divórcio. Se a pretensão de quem propôs a Emenda e a dos signatários do projeto foi a extinção do instituto da separação, tal como constou na exposição de motivos e em pareceres, este efeito deveria vir expresso no ato ou constar em lei regulamentar. Não ocorreu nenhuma destas hipóteses. (NADER, 2016, p. 226)

Uma vez abordada a limitação interpretativa do texto literal, resta

discorrer sobre a terminalidade do instituto de dissolução da sociedade conjugal. As aplicações díspares existentes entre divórcio e separação de direito concedem à última efeitos jurídicos específicos, e conseqüentemente, uma autonomização que impediria sua eliminação pela reformadora.

Assim, fica estabelecido por Nader:

O desaparecimento da separação em nosso ordenamento seria automático, como alguns estão pretendendo, caso não fosse um instituto autônomo, mas apenas uma fase do processo de divórcio. Não é o que ocorre, pois a separação possui terminalidade; não foi instituída em função do divórcio. (NADER, 2016, p. 226)

Condensando as informações até aqui expostas, pode-se chegar a um ponto argumentativo comum. A defesa fundamentadora se baseia tanto na falta de menção expressa de abolição da separação de direito, como na relevância social de se possibilitar aos interessados, sejam estes religiosos ou não, um leque mais amplo de possibilidades dissolutivas do matrimônio.

Desse modo, não havendo declaração expressa de revogação, e a separação judicial possuindo finalidades diferentes das atribuídas ao divórcio, apenas foi eliminada a culpa e os requisitos temporais, em nada afetando a permanência da separação de direito. Porém, mais à frente tratar-se-á da discordância a este entendimento.

3 A CORROBORAÇÃO JURISPRUDENCIAL E LEGISLATIVA

Em concordância com as opiniões doutrinárias anteriormente citadas, tanto o âmbito legislativo quanto o jurisprudencial tomaram seus posicionamentos. O Código de Processo Civil de 2015, assim como a súmula nº 39 do TJ/RS e as decisões colegiadas do STJ, respaldou as alegações doutrinárias, fortalecendo o argumento de não exclusão da separação de direito.

Conforme informado, o CPC de 2015, em diversos dispositivos (art. 23, art. 53, art. 189, II e §2º, art. 693, art. 731 e art. 733) retoma o tema da separação. Esta, por vezes, quando não citada sem especificidade alguma, aparece no cognome de separação convencional, e no artigo 189, remetendo-se à separação de corpos. Fica explícito que, para o legislador da pasta, a hipótese de derrogação da separação não se configura como realidade.

Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, a súmula nº 39 declara que a EC 66/2010, ao eliminar a culpa e os requisitos temporais, não seguiu a separação judicial.

A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual). (RÍO GRANDE DO SUL, 2012)

Importa também discorrer sobre o posicionamento dos Tribunais Superiores. Um casal, na tentativa de separar-se, viu o juízo de primeiro grau e o Tribunal de Justiça concordarem no entendimento de que a EC 66 havia abolido o instituto. Sendo assim, não lhes sobrou opção a não ser interpor recurso especial ao Superior Tribunal de Justiça, visando à resolução de todo o mistifório.

No STJ, o entendimento majoritário da Quarta Turma foi favorável ao casal, optando a relatora do recurso pela reforma do acórdão. Para Maria Isabel Gallotti (BRASIL, 2017a), é imperioso que se diferencie as modalidades de dissolução, e seus efeitos. Observando funções diferentes para os institutos, defendeu que a atualização constitucional apenas eliminou o requisito temporal e o sistema bifásico.

Contudo, em virtude do voto discordante do Ministro Luis Felipe Salomão, o fim das divergências apenas veio a ocorrer com o posicionamento da Terceira Turma do STJ (BRASIL, 2017b). Por decisão unânime, nesta oportunidade, foi reafirmada a separação de direito no ordenamento jurídico brasileiro.

RECURSO ESPECIAL. DIREITO CIVIL. DIREITO DE FAMÍLIA. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66/2010. DIVÓRCIO DIRETO. REQUISITO TEMPORAL. EXTINÇÃO. SEPARAÇÃO JUDICIAL OU EXTRAJUDICIAL. COEXISTÊNCIA. INSTITUTOS DISTINTOS. PRINCÍPIO DA AUTONOMIA DA VONTADE. PRESERVAÇÃO. LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL. OBSERVÂNCIA. 1. A dissolução da sociedade conjugal pela separação não se confunde com a dissolução definitiva do casamento pelo divórcio, pois versam acerca de institutos autônomos e distintos. 2. A Emenda à Constituição nº 66/2010 apenas excluiu os requisitos temporais para facilitar o divórcio. 3. O constituinte derivado reformador não revogou, expressa ou tacitamente, a legislação ordinária que cuida da separação judicial, que remanesce incólume no ordenamento pátrio, conforme previsto pelo Código de Processo Civil de 2015 (arts. 693, 731, 732 e 733 da Lei nº 13.105/2015). 4. A opção pela separação faculta às partes uma futura reconciliação e permite discussões subjacentes e laterais ao rompimento da relação. 5. A possibilidade de eventual arrependimento durante o período de separação preserva, indubitavelmente, a

autonomia da vontade das partes, princípio basilar do direito privado. 6. O atual sistema brasileiro se amolda ao sistema dualista opcional que não condiciona o divórcio à prévia separação judicial ou de fato. 7. Recurso especial não provido. (BRASIL, 2017b)

O que se compreende após avaliar as intenções do legislador responsável pelo Código Processual, e as decisões do TJ/RS e STJ, é que a jurisprudência brasileira analisa a questão sob a mesma ótica da minoria doutrinária previamente citada. Por meio das decisões proferidas, toma força a premissa defendida acerca da extinção apenas dos requisitos temporais da separação, permanecendo esta como opção viável a quem se interesse.

Por fim, cumpre informar que a matéria em questão também passará por decisão do Supremo Tribunal Federal. Consoante ao portal de notícias do STF (2019, n.p.), em razão do Recurso Extraordinário 1167478, o Plenário Virtual da Corte decidiu pela existência de repercussão geral da discussão acerca da permanência da separação de direito como instituto do nosso ordenamento jurídico.

4 A CONTRARIEDADE AO RETORNO

Não obstante as convicções doutrinárias, jurisprudenciais e legislativas aludidas previamente, acredita-se que ainda é possível existir discordância fundamentada quanto ao assunto. Isto posto, a partir desse momento se tratará da contrariedade ao retorno.

Enquanto a defesa da reafirmação do tema passa pelos aspectos já abordados, quem entende o contrário faz outras abordagens pertinentes. Lôbo, ao levantar o tema de dissolução da sociedade conjugal e casamento, trata sobre o que defende ser a **total desconsideração** do instituto.

A inserção constitucional do divórcio evoluiu da consideração como requisito prévio ao divórcio até sua total desconsideração. Em outras palavras, a Constituição, após a EC n. 66, de 2010, deixou de tutelar a separação judicial. Portanto, não sobrevive qualquer norma infraconstitucional que trate da dissolução da sociedade conjugal isoladamente, por absoluta incompatibilidade com a Constituição, de acordo com a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição. Não é dado ao legislador infraconstitucional, tampouco, reintroduzir qualquer modalidade de separação judicial ou extrajudicial que tenha por finalidade a dissolução da sociedade conjugal, permanecendo o vínculo do casamento, porque configura fraude à Constituição, que apenas prevê a dissolução do casamento pelo divórcio. (LÔBO, 2017, p. 140 e 141)

Convém ressaltar que, a defesa da não exclusão da separação judicial relega os princípios hermenêuticos. Interpretar unicamente a literalidade do texto legal, em detrimento da historicidade, sistematicidade e teleologia, seria desprezar o ato analítico. Sendo assim, uma análise legal competente, preferivelmente passa por todos os sentidos.

Assim, afirma Lôbo:

É possível argumentar-se que a separação judicial permaneceria enquanto não revogados os artigos que dela tratam no Código Civil, porque a nova redação do § 6º do art. 226 da Constituição não a teria excluído expressamente. Mas esse entendimento somente poderia prosperar se arrancasse apenas da interpretação literal, desprezando-se as exigências de interpretação histórica, sistemática e teleológica da norma. (LÔBO, 2010, n.p.)

Consubstanciando estas ideias, a defesa da não abolição desconsidera a constante redução pela qual o mecanismo vem passando, até sua revogação tácita. Desde 1916, como desquite, até os dias hodiernos, a separação de direito tem perdido gradativamente sua relevância aplicacional, não mais fazendo sentido sua permanência enquanto instituto judicial e extrajudicial do ordenamento brasileiro.

Quando passamos ao espectro metódico, é presunçoso afirmar que separação judicial realmente possuía finalidade própria, tendo assim, terminalidade. Por mais que ambas tivessem efeitos jurídicos distintos, a instituição de um sistema dualístico tornou a dissolução do vínculo conjugal dependente da dissolução da sociedade. Uma vez derrubada a culpa e os critérios temporais, mesmo que não abolida a separação de direito, o divórcio direto seguiria possuindo caráter finalístico mais adequado para a resolução destas questões.

Refletindo quanto às perspectivas expostas acima, depreende-se que a interpretação legal das consequências jurídicas da EC66/2010, feita em consonância com a integralidade dos princípios hermenêuticos, favorece a interpretação derogatória da separação de direito e suas modalidades.

Prosseguindo com as alegações, quem também contribui para esta visão é o renomado jurista Lenio Luiz Streck, trazendo ideias interessantes ao debate do que chama ser a **represtinação da separação judicial**.

Introdutoriamente, alega o seguinte:

não pode haver dúvida que, com a alteração do texto constitucional, desapareceu a separação judicial no sistema normativo brasileiro – e antes que me acusem de descuidado,

não ignoro doutrina e jurisprudência que seguem rota oposta ao que defendo no texto, mas com elas discordo veementemente. (...) Agora, sociedade conjugal e vínculo conjugal são dissolvidos mutuamente com o divórcio, afastada a necessidade de prévia separação judicial ou de fato do casal. Nada mais adequado a um Estado laico (e secularizado), que imputa inviolável a liberdade de consciência e de crença (CF/1988, art. 5.º, VI). (STRECK, 2017, n.p.)

Resumidamente, Streck analisa que as tentativas de reafirmação do instituto entram em confronto com a **laicidade e secularização**⁴ do Estado. A afirmação de eliminação da culpa e dos critérios temporais da separação, e apenas isso, desconsidera a forte influência religiosa existente nas origens do instituto, fato que mancha a reputação laica e secular do país. Por mais que os dois conceitos em epígrafe não signifiquem a extinção da religião, não se pode ignorar que ambos são procedurais e gradativos, e manutenções de institutos de cunho e influência claramente eclesiais só atrasam esse processo.

No tocante aos dispositivos do CPC de 2015 que remetem ao mecanismo dissolutivo, e à própria motivação de elaboração da Emenda, Streck avalia sua queda gradual de significância.

(...)E já adianto a questão central: fazendo uma leitura do Projeto do novo CPC, deparei-me com uma espécie de reprimenda da separação judicial. Um dispositivo tipo-Lázaro. Um curioso retorno ao mundo dos vivos. (...) Aqui, é suficiente a leitura da exposição dos motivos da EC 66/2010: “Como corolário do sistema jurídico vigente, constata-se que o instituto da separação judicial perdeu muito da sua relevância, pois deixou de ser a antecâmara e o prelúdio necessário para a sua conversão em divórcio; a opção pelo divórcio direto possível revela-se natural para os cônjuges desavindos, inclusive sob o aspecto econômico, na medida em que lhes resolve em definitivo a sociedade e o vínculo conjugal.” (STRECK, 2017, n.p.)

É importante refletir sobre a disruptura constitucional feita pelo CPC de 2015, e comentada por Lenio em suas reflexões. Ao dispor em seu texto inúmeras referências ao que seria a separação de direito, refere-se a instituto não mais pertencente a nossa ordem jurídica, por motivos de força constitucional. Ignora a clara revogação tácita, acabando por introduzir no texto processual uma letra morta, na tentativa de uma reprimenda inglória.

Streck finaliza sua linha de pensamento abordando os aspectos de

4 Enquanto a laicidade refere-se a exclusão de influências religiosas no campo político estatal, a secularização faz referência ao processo gradativo de desprendimento religioso de diversos setores da esfera social, promovendo uma divisão funcional de forças e relevância.

responsabilidade política de quem legisla e o respeito ao constitucionalismo:

O legislador do novo CPC tem responsabilidade política (no sentido de que falo em Verdade e Consenso e Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica). Para tanto, deve contribuir e aceitar, também nesse particular, a evolução dos tempos eliminando do texto todas as expressões que dão a entender a permanência entre nós desse instituto cuja serventia já se foi e não mais voltará. Não fosse por nada – e peço desculpas pela ironia da palavra ‘nada’ –, devemos deixar a separação de fora do novo CPC em nome da Constituição. E isso por dois motivos: a um, por ela mesma, porque sacramenta a secularização do direito, impedindo o Estado de ‘moralizar’ as relações conjugais; a dois, pelo fato de o legislador constituinte derivado já ter resolvido esse assunto. Para o tema voltar ao ‘mundo jurídico’, só por alteração da Constituição. E, ainda assim, seria de duvidosa constitucionalidade. Mas aí eu argumentaria de outro modo. Portanto, sem chance de o novo CPC repriminar a separação judicial (nem por escritura pública, como consta no Projeto do CPC). É inconstitucional. Sob pena de, como disse Marshall em 1803, a Constituição não ser mais rígida, transformando-se em flexível. E isso seria o fim do constitucionalismo. Esta é, pois, a resposta adequada à Constituição. (STRECK, 2017, n.p.)

Partindo para o desfecho analítico, interessa tratar sobre um último assunto, mas não menos importante: a culpa. Levando em conta a própria mitigação sofrida pelo Código Civil de 2002, fica explícita a abstenção da culpa enquanto parte da evolução social. Levando em conta essa intenção pacificadora do legislador, a EC66/2010, ao eliminar a separação judicial tacitamente, também exclui qualquer resquício de sua essência retrógrada (MADALENO, 2015, n.p.)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Promovendo análise holística dos fatos até então apresentados, infere-se que embora existam afirmações direcionadas à falta de revogação expressa do instituto, estas focam todos os seus esforços na interpretação restritiva e literal da lei, em prejuízo de outras nuances de apreciação. Expandindo os olhares acerca do significado do conteúdo legal, em conformidade com a própria hermenêutica, assimila-se a ocorrência de revogação tácita da separação de direito.

No que diz respeito à relevância social da oferta de mais possibilidades de mecanismos dissolutivos aos interessados, vale enfatizar que aqui nada se fala sobre a separação de corpos e de fato, que devem permanecer vivas em nosso ordenamento, produzindo seus efeitos específicos. A primeira serve como medida cabível para ameaças e agressões de todas as espécies

(a quaisquer dos integrantes familiares), e como legitimação de afastamento próprio. Já a separação de fato, após deixar de ser requisito para o processo de divórcio, mantém sua utilidade no campo da cessação de deveres conjugais, e interrupção do regime matrimonial de bens (LÔBO, 2015, n.p.). Termina sendo a separação de fato, aos interessados em segundas chances, uma opção vantajosa.

Por fim, a resolução da questão deve esperar o posicionamento do Supremo Tribunal Federal – STF, que já decidiu pela repercussão geral do tema. Espera-se que a decisão proferida venha a pacificar o entendimento acerca da inexistência da separação judicial, respeitando a laicidade e secularização do Estado, o constitucionalismo e a hierarquia legal vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (3. Turma). **Recurso Especial 1431370/SP**. Recurso Especial. Direito Civil. Direito De Família. Emenda Constitucional Nº 66/2010. Divórcio Direto. Requisito Temporal. Extinção. Separação Judicial Ou Extrajudicial. Coexistência. Institutos Distintos. Princípio Da Autonomia Da Vontade. Preservação. Legislação Infraconstitucional. Observância. Relator: Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/492349864/recurso-especial-resp-1431370-sp-2014-0014169-5/inteiro-teor-492349874?ref=juris-tabs>. Acesso em: 10 mai. 2020

BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (4. Turma). **Recurso Especial 1247098/MS**. Recurso Especial. Direito Civil. Família. Emenda Constitucional nº 66/10. Divórcio Direto. Separação Judicial. Subsistência. Relatora: Min. Maria Isabel Gallotti, 14 de março de 2017. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/465739324/recurso-especial-resp-1247098-ms-2011-0074787-0/inteiro-teor-465739334?ref=serp>. Acesso em: 10 mai. 2020.

DONIZETTI, Elpídio. **Curso de Direito Civil**, 9ª Edição. São Paulo: Editora Atlas, 2020.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Direito de Família**, 17ª Edição. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

LÔBO, Paulo. **Direito Civil: Famílias**, 7ª Edição, São Paulo: Saraiva, 2017.

LÔBO, Paulo. **Consequências jurídicas atuais da separação conjugal de fato e de corpos**, 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-nov-08/>>

processo-familiar-cpc-nao-criou-ou-restaurou-separacao-judicial>. Acesso em: 26 mai. 2020.

MADALENO, Rolf. **O Fantasma processual da separação**, 2015. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2015/08/06/o-fantasma-processual-da-separacao/>. Acesso em: 01 jun. 2020.

NADER, Paulo. **Curso de Direito Civil: Direito de Família**, 7ª Edição. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado. **Súmula nº 39**. A Emenda Constitucional 66/2010, que deu nova redação ao § 6º do art. 226 da Constituição Federal, não baniu do ordenamento jurídico o instituto da separação judicial, dispensados, porém, os requisitos de um ano de separação de fato (quando litigioso o pedido) ou de um ano de casamento (quando consensual). Porto Alegre, RS: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, 2012. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/site/jurisprudencia/sumulas/sumulas_do_tribunal_de_justica/. Acesso em: 10 mai. 2020.

STF decidirá sobre status jurídico da separação judicial após emenda constitucional de 2010. **Imprensa Oficial do STF**, Brasília – DF, 10 de junho de 2019. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=413604&caixaBusca=N>. Acesso em: 09 jun. 2020.

STRECK, Lenio Luiz. **Por que é inconstitucional reipristinar a separação judicial no Brasil**, 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-nov-18/lenio-streck-inconstitucional-reipristinar-separacao-judicial>>. Acesso em: 09 mai. 2020.

REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL CRIMINAL RECIDIVISM IN BRAZIL

Gleisson de Aquino Rodrigues ¹
Ivens dos Reis Fernandes ²

RESUMO: Atualmente é impossível pensar em políticas públicas voltadas à ressocialização do apenado no Brasil, devido o sistema prisional encontrar-se falido. Embora se constate essa falência da pena privativa de liberdade, ela ainda é universalmente considerada como resposta penal básica ao delito. A reinserção do apenado na sociedade resta prejudicada, devido à superlotação e às péssimas instalações dos presídios brasileiros. A ressocialização é, portanto, um desafio para o Estado, no entanto é a única maneira de minimizar a reincidência criminal no país. Verifica-se, ainda, que são escassas no Brasil as pesquisas realizadas sobre a reincidência criminal, o que colabora para dados imprecisos, a respeito da taxa de reincidência e perfil dos infratores.

Palavras-chave: Reincidência Criminal, Sistema Prisional Brasileiro, Ressocialização.

ABSTRACT: At present, it is impossible to think of public policies aimed at re-socializing the grieving in Brazil, because the prison system is bankrupt, even though this bankruptcy of the custodial sentence is established, it is still universally considered as a basic criminal response to the crime. The reinsertion of the grieving in society is impaired, due to overcrowding and the bad facilities of the Brazilian prisons. Resocialization, therefore, is a challenge for the state, but it is the only way to minimize criminal recidivism in the country. It is also verified that there are few investigations carried out in Brazil on criminal recidivism, which contributes to inaccurate data regarding the rate of recidivism and the profile of offenders.

Keywords: Criminal recidivism, Brazilian Prison System, Resocialization.

1 Pós-graduando na Escola da Magistratura de Rondônia – EMERON; gleisson_opo@hotmail.com.

2 Docente da Pós-graduação da Escola da Magistratura de Rondônia – EMERON.

INTRODUÇÃO

Um dos assuntos mais recorrentes no debate público sobre violência no Brasil é a reincidência criminal. É comum a ideia de que a maioria dos presos que deixam a prisão após o cumprimento da pena voltam a delinquir em pouco tempo. Além disso, boa parte da criminalidade que ameaça a segurança da sociedade brasileira é originária de criminosos reincidentes. Tal circunstância, de certo modo, representa o fracasso do Poder Público em fazer valer sua responsabilidade de reinserção social das pessoas condenadas (Lembruber 1999).

Segundo IPEA (2015) o Brasil é o 3º (terceiro) país que mais encarcera no mundo e, ainda assim, vivencia altas taxas de criminalidade. Isso demonstra a ineficácia do atual sistema prisional brasileiro, muito em razão da falta de políticas públicas voltadas ao cumprimento eficaz da pena e à reintegração do apenado ao bom convívio social.

Justifica-se, pois, a necessidade de pesquisas que venham responder a questões sobre a reincidência criminal no Brasil, para um melhor entendimento dos fatores sociais que dificultam a reinserção do apenado na sociedade.

Nesse sentido, é necessário que o Estado se organize para garantir a função ressocializadora da pena, bem como envide todos os esforços para implementar formas alternativas como meios de contornar a atual crise no sistema prisional brasileiro.

1 O FRACASSO DA PRISÃO BRASILEIRA

Com cadeias precárias e superlotadas. Nesses ambientes insalubres e praticamente sem políticas públicas que se alinhem aos ditames da Lei de Execuções Penais, o crime organizado encontra espaço para se fortalecer e desenvolver suas atividades. Pode-se aferir, diuturnamente e pelos mais variados meios de comunicação, as dificuldades em se realizar a necessária reforma e melhora do sistema prisional como um todo, sendo todas essas tentativas frustradas devido à má gestão dos administradores públicos.

Atualmente, é forte a corrente doutrinária que sustenta a falência da pena privativa de liberdade. A comprovação deste fracasso pode ser obtida tendo em vista os efeitos insalubres produzidos no ambiente carcerário, além de outros tantos fatores negativos (NUCCI, 2014).

Partindo-se dos pensamentos erguidos por Erving Goffman, chega-se à conclusão de que a prisão, identificada como uma instituição total, é um

lugar impróprio para se conseguir algum efeito benéfico ao desenvolvimento ou ressocialização do indivíduo (PORTO, 2008).

Sendo assim, uma série de fatores, notadamente a omissão estatal e a intolerância da sociedade quanto à dignidade e respeito ao preso, bem ainda os efeitos negativos que a prisão produz sobre a pessoa do condenado, culmina inegavelmente na visão pessimista sobre a eficácia da prisão nos tempos atuais (GRECO, 2015).

No sentido quase que unânime da doutrina, entende-se que a prisão, nos moldes atuais, é um instituto ao mesmo tempo antiliberal, desigual, atípico, extralegal e extrajudicial, que perverte, corrompe, deforma, avilta e embrutece, sendo uma sucursal do inferno, drasticamente lesiva para a dignidade do ser humano, penosa e inutilmente aflictiva, considerada, ainda, verdadeira fábrica de reincidência e indústria do crime (CAPEZ, 2011).

Entretanto, embora se constate a ineficiência da pena privativa de liberdade, ela ainda é universalmente considerada como resposta penal básica ao delito. A prisão, para muitos, tem sentido para a exclusão forçada do delinquente do convívio social, de modo que a privação de sua liberdade se identifica como a forma mais eficaz e legítima de punir, não importando a realidade em que se encontra o ambiente carcerário (CORDEIRO, 2014).

Desse modo, pode-se perceber que mesmo com o fracasso das prisões, ela ainda é o único meio de tirar do convívio social aqueles que são considerados inaptos para viver em sociedade.

2 A REINCIDÊNCIA CRIMINAL NO BRASIL

A reincidência criminal no Brasil passa basicamente por seu caráter jurídico. É definida no artigo 63 do Código Penal nos seguintes termos: “Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior”. Portanto, para que se configure reincidência, é necessária uma sentença transitada em julgado, ou seja, uma sentença contra a qual não caiba mais recurso.

Em termos sociológicos, reincidente é o indivíduo egresso do sistema prisional que comete novo crime após o cumprimento da pena estabelecida por crime anteriormente cometido. Entretanto, segundo Captevila (2009), a reincidência criminal pode ser conceituada de duas maneiras:

I - Reincidência Criminal/Judicial, que envolve nova condenação do mesmo indivíduo por nova prática de crime;

II - Reincidência Penitenciária, que ocorre quando há segundo ingresso na prisão do mesmo indivíduo por nova prática criminal.

As pesquisas realizadas sobre a reincidência criminal no país não se limitaram somente a tal conceituação. Adorno e Bordini (1989) utilizaram o termo “reincidente penitenciário”, identificando-o como o indivíduo que já cumpriu pena e tenha sido recolhido novamente ao estabelecimento carcerário. Os autores realizaram a pesquisa no Estado de São Paulo, nos anos de 1974 a 1976, obtendo a taxa de reincidência de 46%. Além do mais, a maior taxa de reincidência se concentrou em indivíduos jovens (21 a 24 anos), de cor branca e baixo nível escolar.

Em outro estudo realizado por Adorno e Bordini (1991), também no Estado paulista, os autores utilizaram o conceito de reincidência criminal, com detentos já condenados pelo Estado, revelando uma taxa de reincidência de 29,3%.

Lembruber (1999) utilizou como conceito a reincidência penitenciária, sendo a pesquisa realizada pelo Departamento do Sistema Penal (Desipe), no Estado do Rio de Janeiro. A taxa de reincidência encontrada foi de 24,4%, sendo que a mais expressiva se agrupa em jovens (18 a 24 anos). Em relação ao perfil, a maioria dos reincidentes são de cor branca e de baixa escolaridade.

A pesquisa, realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica e Aplicada (Ipea, 2015), objetivou apresentar um panorama da reincidência criminal no Brasil através de coleta de dados nas varas de execução criminal nos estados do Paraná, Minas Gerais, Rio de Janeiro, Pernambuco e Alagoas. No trabalho realizado, foi adotado o conceito de reincidência legal, ou seja, casos em que há condenações de um indivíduo em diferentes ações penais, por vários fatores. A taxa de reincidência encontrada foi de 24,4%. Além disso, o perfil dos reincidentes constituiu-se de indivíduos jovens (18 a 24 anos), de cor branca e de baixa escolaridade.

Em 2011, o então Presidente do CNJ e do Supremo Tribunal Federal (STF), Ministro César Peluso, afirmou que a taxa de reincidência no Brasil era de 70%. Já o relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do sistema carcerário, divulgou em 2008 que a taxa de reincidência dos detentos em relação ao crime chegava a 70 ou 80%, dependendo da Unidade da Federação (UF). Mas a CPI não produziu uma pesquisa que pudesse avaliar a veracidade dos dados, e baseou suas conclusões em dados fornecidos pelos presídios.

Desse modo, verificamos que são escassas no Brasil as pesquisas realizadas sobre a reincidência criminal, o que colabora para dados imprecisos a respeito da taxa de reincidência e perfil dos infratores.

3 O DESAFIO DA REINTEGRAÇÃO SOCIAL

Hoje, para o ato de privar alguém da liberdade, deve-se, antes de tudo, ter ciência de que tal ato se direciona a pessoa titular de direitos que devem ser observados. Não se discute a necessidade de privação da liberdade dentro dos parâmetros legais e da imposição de retirada do condenado do convívio social para o cumprimento da sanção estatal, no entanto, o Estado deve salvaguardar-lhe a dignidade e preparar a pessoa presa para o retorno ao convívio social.

O princípio básico da reintegração social é a efetiva reinserção do infrator ao convívio em sociedade. No entanto, como pode o Estado garantir a ressocialização do condenado se não cumpre as funções sociais que lhe são conferidas pela Constituição Federal e leis correspondentes? Na maioria das vezes, o infrator foi criado em um ambiente conturbado, sem a devida estruturação familiar, sem a preservação dos seus direitos básicos de cidadão, quais sejam, educação, saúde, moradia, alimentação. Portanto, o Estado é negligente em todos os aspectos fundamentais no que diz respeito à preservação da dignidade da pessoa humana (GRECO, 2015).

Além da omissão estatal, verifica-se, de certo modo, que a sociedade em geral ainda não está preparada para o retorno do egresso ao convívio em liberdade. Não raro, a própria sociedade demoniza o egresso, tolhendo-o de oportunidades para tornar-se um cidadão útil e responsável. Deveria a prisão ser um exemplo para a sociedade, mostrando que aquele que praticou um ato ilícito está sendo preparado para retornar ao convívio social (GRECO, 2015).

Dessa maneira, levando-se em conta as finalidades retributiva e preventiva da pena, impõe-se que o Estado cumpra as disposições legais atinentes à ressocialização dos apenados, inclusive para garantir ao egresso o efetivo retorno ao convívio social.

4 APAC – ASSOCIAÇÃO DE PROTEÇÃO E ASSISTÊNCIA AOS CONDENADOS

A Associação de Proteção e Assistência aos Condenados (APAC) é uma entidade civil, sem fins lucrativos, que se dedica à recuperação e reintegração social dos condenados a penas privativas de liberdade, bem como socorrer a vítima e proteger a sociedade.

Opera, assim, como uma entidade auxiliar do Poder Judiciário e Executivo, respectivamente na execução penal e na administração do cumprimento das penas privativas de liberdade. Sua filosofia é ‘Matar o criminoso e Salvar o homem’, a partir de uma disciplina rígida, caracterizada por respeito, ordem, trabalho e o envolvimento da família do sentenciado (OTTOBONI, 2016).

No Estado de São Paulo, na cidade de São José dos Campos, em 1972, o advogado e membro da pastoral carcerária, Dr. Mário Ottoboni iniciou um trabalho que foi chamado de APAC “Amando ao Próximo Amarás a Cristo”. Trata-se de uma organização não governamental, uma entidade civil de direito Privado, tendo um Estatuto – Padrão que é adotado em todas as cidades em que se instalou (OTTOBONI, 2016).

A APAC, hoje nomeada como “Associação de Proteção e Assistência aos condenados”, tem a finalidade de desenvolver no presídio, uma atividade relacionada com a recuperação do preso, suprimindo a deficiência do Estado nessa área, atuando na qualidade de Órgão Auxiliar da Justiça e da Segurança na Execução da Pena. Para Ottoboni (2016) a APAC protege a sociedade devolvendo ao seu convívio apenas homens em condições de respeitá-la.

A APAC considera os presos como reeducando, partindo do pressuposto de que todo ser humano é recuperável, desde que haja um tratamento adequado. Os princípios seguidos são os da individualização do tratamento; da redução da diferença entre a vida na prisão e a vida livre; da participação da família e da comunidade no processo de ressocialização; e do oferecimento de educação moral, assistência religiosa e formação profissional. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2002).

Em seu livro “Ninguém é irrecuperável”, Ottoboni (1997) expõe de forma explícita o objetivo transformador de seu método. Como forma de argumentação ele se utiliza de falas como a do criminalista Hilário Veiga no Compêndio de Criminologia: “Eu creio firmemente na capacidade de recuperação do homem. Se o espírito humano é capaz de um infinito aperfeiçoamento, é ele, por igual, acessível a uma recuperação sem limites”.

A APAC tem por finalidade, promover a humanização das prisões, sem perder de vista a finalidade da pena. O método APAC tem como propósito evitar a reincidência no crime e oferecer alternativas para o condenado se recuperar. Ottoboni (2016) ainda afirma que o método APAC tem uma tripla finalidade: é órgão auxiliar da justiça, protege a sociedade e é um órgão de proteção aos condenados.

Tal objetivo é composto por doze elementos fundamentais: participação da comunidade, integração família - recuperando, trabalho voluntariado, ajuda mútua entre os recuperandos, trabalho dentro e fora da instituição, conquistas de benefícios por mérito, centro de reintegração social (CRS), jornada de libertação em Cristo, apoio e busca religiosa, assistência jurídica, valorização humana e assistência à saúde (OTTOBONI, 2016).

Com isso se espera alcançar das APACs uma gestão mais profissional, transparente, sem desvios da metodologia e conseqüentemente com resultados expressivos na aplicação de seus métodos.

5 MONITORAMENTO ELETRÔNICO

Dentre as novas tecnologias utilizadas como alternativas ao cumprimento da pena de privação de liberdade pode-se destacar o chamado monitoramento eletrônico, implantado no Brasil pela Lei 12.258/10.

Diante da situação atual de intensa criminalidade e a superlotação carcerária, os altíssimos custos do encarceramento, bem como os efeitos nefastos da pena de prisão e a corrupção que corrói a máquina pública, faz-se necessária a criação de novas possibilidades de cumprimento da pena privativa de liberdade. Em virtude desse quadro, o chamado monitoramento eletrônico (ME) tem surgido como uma interessante alternativa ao encarceramento (OLIVEIRA, 2007).

O monitoramento eletrônico foi criado com a finalidade de fazer com que o condenado não fosse retirado, abruptamente, do seu meio social. A despeito da imposição de restrições de locomoção, o convívio em sociedade permanece. O condenado, portanto, não é dessocializado, mas sim estimulado a não repetir o ato que o levou a ter suspensos alguns desses direitos.

Segundo Oliveira (2007), atualmente, existem quatro opções técnicas de monitoramento eletrônico, que podem ser adaptadas à pessoa em forma de:

- a) pulseira;
- b) tornozeleira;
- c) cinto; e
- d) microchip (implantado no corpo humano).

Nas quatro hipóteses apontadas, a utilização pode ocorrer de

maneira discreta, permitindo que o condenado cumpra a sua pena sem sofrer as influências nefastas do cárcere. Por outro lado, não se pode permitir o monitoramento eletrônico em todas as infrações penais, mas tão somente naquelas em que seja viável a permanência do condenado fora da prisão.

Grego (2015), com respeito aos opositores do monitoramento eletrônico, ressalta que [...] não se pode negar que os benefícios de um cumprimento de pena monitorado fora do cárcere são infinitamente superiores aos prejuízos causados no agente que se vê obrigado a cumprir sua pena intramuros.

Desse modo, verifica-se a conveniência da busca por alternativas para evitar o cárcere, tendo em vista os benefícios do não convívio com criminosos de alta periculosidade, tornando mais fácil a ressocialização do apenado em vista daquele que cumpre a pena em presídios abarrotados de detentos.

CONCLUSÃO

Muito embora não se afaste a responsabilidade de cada pessoa pelos seus atos, não se pode olvidar que a inércia do Estado em não garantir direitos básicos, tais como, saúde, educação e moradia, acaba por contribuir para a reincidência criminal, notadamente ante a total ausência de políticas públicas tendentes a incutir na pessoa presa a necessidade de uma nova forma de convívio social.

A privação de liberdade, por si só, não resolve a criminalidade no país, já que os presídios se encontram superlotados, servindo, em verdade, como verdadeiras escolas do crime, corrompendo ainda mais o infrator que ingressa no sistema carcerário.

A ressocialização é, assim, o meio mais eficaz na diminuição dos casos de reincidência criminal, além de ser ponto chave no reingresso do infrator na sociedade, uma vez que proporciona oportunidades para que se tornem cidadãos úteis e responsáveis.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T. Reincidências e reincidentes penitenciários em São Paulo - 1974 a 1985. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 3, n. 2, p.70-94, fev. 1989.

ADORNO, Sérgio; BORDINI, Eliana B. T. Socialização na delinquência: reincidentes penitenciários em São Paulo. **Cadernos Ceru**, São Paulo, v.2,

n.3, p.113-147. 1991.

CAPDEVILA, Manel Capdevila & PUIG, Marta Ferrer. (2009), **Tasa de reincidência penitenciária 2008**. Disponível em creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca, consultado em 29/06/2020.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

CORDEIRO, G.C. **Privatização do sistema prisional brasileiro**. 2.ed., Rio de Janeiro, 2014.

GRECO, Rogério. **Sistema Prisional, Colapso atual e soluções**. 2ª ed., Niteroi, RJ: Impetus, 2015.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. Reincidência Criminal no Brasil. Relatório final de atividades de pesquisa sobre reincidência criminal, conforme Acordo de Cooperação Técnica entre o Conselho Nacional de Justiça e o IPEA. Brasília, Ipea, 2015.

LEMGRUBER, Julita. Reincidência e Reincidentes Penitenciários no Sistema Penal do Estado do Rio de Janeiro. **Revista da Escola de Serviço Penitenciário do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, v.1, n.2, p. 45-76. 1989.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo penal e execução penal**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Edmundo. **Direito penal do futuro – a prisão virtual**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

OTTOBONI, Mário. **Vamos matar o criminoso? Método APAC**. 3. Ed. São Paulo, 2016.

PORTO, R. **Crise Organizado no Sistema Prisional**, São Paulo: Atlas, 2008.



MINISTÉRIO PÚBLICO
DO ESTADO DE RONDÔNIA
em defesa da sociedade

Rua Jamary, 1555 - Olaria - Fone: 69 3216-3700
CEP 76801-917 - Porto Velho/RO

 mprooficial  mpro_oficial  mpro_oficial  mprobr
www.mpro.mp.br