

ATUAÇÃO: DIFICULDADES DURANTE A PANDEMIA

ATUAÇÃO: DIFFICULTIES CAUSED BY THE COVID-19 PANDEMIC

E com satisfação que disponibilizamos o volume 15, número 32 da *Atuação: Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*, com 6 artigos inéditos.

Esta edição abre com o artigo “A efetividade das medidas protetivas de urgência a partir do projeto da Polícia Militar ‘Rede Catarina’ no município de São Miguel do Oeste”, de Letícia V. Gava e Cassiane Wendramin. As autoras, após contextualizarem os instrumentos legais de proteção à mulher, como as medidas protetivas, apresentam e discutem a iniciativa da Polícia Militar de um município do extremo oeste catarinense, que amplia o contato com a vítima de violência doméstica, a fim de alcançar maior efetividade na proteção. O trabalho mostra a importância da realização de um maior controle das instituições além dos dispositivos legais no combate à violência doméstica.

Em seguida, temos o trabalho “A Procuradoria Europeia e seu papel no fortalecimento do processo de integração europeia”, de Cristiane Rosália Maestri Böell. A autora analisa com excelência os mecanismos de cooperação judiciária em matéria penal no âmbito da União Europeia. O trabalho discute a política do espaço de liberdade, segurança e justiça da União Europeia, que possibilitou o nascimento do Ministério Público europeu.

O terceiro trabalho que compõe este número intitula-se “A teoria do produto bruto mitigado como alternativa para o ressarcimento de danos ao erário nas fraudes em contratações públicas”, de Fabrício P. Weiblen, Roberto Di Sena Júnior e Vitor S. Pargendler. Os autores discutem a teoria do produto bruto mitigado como uma alternativa para as instituições públicas não serem lesadas em contratações públicas em que ocorre má-fé por parte das empresas prestadoras de serviço.

A edição segue com o texto “Direito fundamental à ação popular e o princípio da solidariedade na defesa contra práticas abusivas das prestadoras de serviço público”, de Thaís O. C. de Freitas, Vinícius Weber e Gabriel O. de A. Borges. Os autores discutem a possibilidade do emprego da ação popular contra práticas abusivas de prestadoras de serviços públicos. O trabalho analisa a jurisprudência que proíbe a utilização da ação popular em relações de consumo.

João L. de C. Botega e Fernanda P. S. Togni apresentam o artigo “Entre proteção e violação de direitos: o momento adequado para apresentação de per-

guntas pelas partes no procedimento do depoimento especial”. Os autores discutem aspectos da recente Lei n. 13.431/2017, que visa evitar que crianças ou adolescentes vítimas ou testemunhas de violência sejam revitimizados durante o andamento do processo. O trabalho reflete sobre como e quando o depoimento especial deve ser tomado, conservando o contraditório, mas resguardando ao máximo a criança e o adolescente.

Este número se encerra com o trabalho “Ingresso, inclusão e acessibilidade de pessoas com deficiência em carreiras públicas: o caso do Ministério Público de Santa Catarina”, de Emanuella K. Zappellini. A autora apresenta resultados de uma pesquisa realizada no Ministério Público de Santa Catarina sobre boas práticas na qualificação profissional de pessoas com deficiência após o concurso público, durante o estágio e depois dele. O trabalho demonstra que o Ministério Público de Santa Catarina cumpre a legislação vigente e pode servir como referência para outros órgãos da administração pública.

A *Atuação* agradece aos leitores, a todos os autores que enviam seus trabalhos para nossa avaliação, aos pareceristas – listados a seguir – que gentilmente dedicam seu tempo e seu conhecimento para qualificar os trabalhos que chegam a nós, bem como a toda a equipe que realiza a revista.

Amélia Regina da Silva
Promotora de Justiça
Editora-responsável

Pareceristas que atuaram no volume 1, número 32, de junho a novembro de 2020

Profa. Dra. Carolina Ellwanger (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul – UFMS)
Prof. Dr. Cyro José Jacometti Silva (Faculdade Cristo Rei em Cornélio Procópio – FACCREI)
Profa. Dra. Daniela Zago Gonçalves da Cunda (Centro Universitário UniAmérica – UniAmérica)
Profa. Dra. Fernanda Castro Souza Fernandes de Oliveira (Universidade de Santo Amaro – UNISA)
Prof. Dr. Leonel Pires Ohlweiler (Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul – TJ-RS)
Prof. Dr. Lucas Fucci Amato (Universidade de São Paulo – USP)
Profa. Dra. Luciana Santos Silva (Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia - UESB)
Prof. Dr. Luiz Alberto David Araújo (Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP)
Prof. Dr. Marcelo Bezerra Ribeiro (Universidade Federal da Bahia – UFBA)
Profa. Dra. Marta Marília Tonin (Università Degli Studi di Palermo – UNIPA)
Prof. Dr. Mauricio Maia (Ministério Público Federal de São Paulo – MPF-SP)
Profa. Dra. Patricia Melhem Rosas (Centro Universitário Campo Real)
Profa. Dra. Priscila da Silva Barboza (Universidade Federal do Paraná – UFPR)
Profa. Dra. Wânia Cláudia Di Lorenzo Lima (Universidade Federal da Paraíba – UFPB)

A EFETIVIDADE DAS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA A PARTIR DO PROJETO DA POLÍCIA MILITAR “REDE CATARINA” NO MUNICÍPIO DE SÃO MIGUEL DO OESTE

THE EFFECTIVENESS OF URGENT PROTECTIVE MEASURES BASED ON THE MILITARY POLICE PROJECT “REDE CATARINA” IN THE MUNICIPALITY OF SÃO MIGUEL DO OESTE

Letícia Vincenzi Gava

Pós-Graduanda em Direito Constitucional pelo Instituto Damásio de Direito Advogada

Cassiane Wendramin

Mestre em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) Professora na UNOESC de São Miguel do Oeste e Advogada

RESUMO: O presente artigo analisa a busca no combate à violência doméstica contra a mulher a partir de um novo marco, estudo do programa “Rede Catarina” implementado no município catarinense de São Miguel do Oeste. É fato que esta situação foi, por muito tempo, invisível aos olhos do Estado. Por isso, inicia-se com a abordagem relativa aos direitos fundamentais das mulheres, que por serem mais suscetíveis às discriminações por conta do gênero, fazem parte do grupo das minorias vulneráveis, dando sequência a análise cronológica dos fatos que abriram caminho à promulgação da Lei Maria da Penha, a qual inovou no tocante aos mecanismos de prevenção à violência doméstica, em especial os nominados nos artigos 22, 23 e 24, que tratam das medidas protetivas de urgência. Notou-se, todavia, a necessidade de complementar esses mecanismos, visto que faltava acompanhamento direto e regular a essas vítimas. Assim, a Polícia Militar de Santa Catarina criou um programa institucional nominado “Rede Catarina” pautado no contato próximo com a vítima. Desse modo, enfatizou-se a atuação desse programa no município catarinense de São Miguel do Oeste e inferiu-se que esse novo modelo de aproximação do estado com a vítima pode auxiliar na efetividade das medidas protetivas de urgência, visto que acaba por proteger e orientar os envolvidos.

PALAVRAS-CHAVE: Lei Maria da Penha. Medidas Protetivas de Urgência. Polícia Militar de Santa Catarina. Rede Catarina de Proteção à Mulher. Violência contra Mulher.

ABSTRACT: This article analyzes the fight against domestic violence towards woman from a new standpoint: a study of “Rede Catarina” program, implemented in the municipality of São Miguel do Oeste. It is notorious that this issued was, for a long time, overlooked by the State. For this reason, this study starts off by addressing the fundamental rights of women, who are more susceptible to gender discrimination (this being the reason why they are part of the group of vulnerable minorities), followed by the chronological analysis of the facts that paved the way for the enactment of the Maria da Penha Law, which implemented new mechanisms to fight domestic violence, especially those provided for in articles 22, 23 and 24, which address urgent protective measures. However, we identified the need to complement these mechanisms, since these victims lacked direct and regular monitoring; so, the Military Police of Santa Catarina created an institutional program known as “Rede Catarina”, based on close contact with victims. The main focus point of this program was the municipality of São Miguel do Oeste, and the conclusion reached is that this new model of a closer relationship between the State and the victims can indeed help in the effectiveness of the urgent protective measures, as it ends up providing protection and guidance to the parties involved.

KEYWORDS: Maria da Penha Law. Protective Urgent Measures. Military Police of Santa Catarina. Rede Catarina for Women’s Protection. Violence Against Women.

Enviado em: 02-03-2020

Aceito em: 21-09-2020

1 INTRODUÇÃO

Em síntese, desde muito tempo, a violência contra a mulher existe. Chega-se a notar ser objeto de banalização, menosprezo por conta do gênero e por força da cultura machista e misógina notada na sociedade brasileira, especialmente no âmbito doméstico, visto que as agressões praticadas contra as mulheres, por ocorrerem, na maior parte das vezes, num contexto de relações íntimas, privadas e interpessoais, fazem com que a vítima viva à mercê de seu companheiro violento.

Apesar da igualdade constitucional prevista e o direito ao sufrágio universal conquistado, ainda vigora a sociedade patriarcal, proveniente de um longo histórico cultural que inferioriza o sexo feminino, raiz dos problemas da violência que as mulheres enfrentam diariamente.

Neste passo, coube ao Estado promover ações afirmativas para combater a violência doméstica, entre elas, a Lei n. 11.340/2006 (Lei Maria da Penha), que embora esteja em vigor há 13 anos, notam-se denúncias constantes, e, na maioria das vezes, ineficazes. Tal situação intensifica a necessidade de discutir sobre esse tema, notadamente em relação aos relacionamentos abusivos que as vítimas costumam viver e os seus desdobramentos, denominado como ciclo da violência.

Assim, utilizar-se-á do presente trabalho para discorrer a respeito da efetividade e da importância das medidas protetivas no combate a violência contra a mulher, o que se fará utilizando coleta de informações a partir de fontes bibliográficas. Para tanto, partir-se-á da análise histórica sobre a violência contra mulher, trabalhando os fatos que deram espaço para a promulgação da Lei Maria da Penha e, sequencialmente, às medidas protetivas de urgência.

Ademais, e por ser o objetivo principal do trabalho, abordar-se-á o programa institucional da Polícia Militar de Santa Catarina, nominado "Rede Catarina de Proteção à Mulher", o qual visa promover maior segurança e celeridade às medidas protetivas fixadas às mulheres vítimas de agressão, através do contato regular e direto com as vitimadas, analisando-se, para tanto, especificamente, as informações apuradas no município catarinense de São Miguel do Oeste e com enfoque na verificação da eficácia desse programa.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS DA MULHER

De início, importa estabelecer o que se entende por direitos humanos fundamentais antes de entrar no mérito das garantias femininas, dado se tratar de tema delicado em virtude da banalização feita pelo senso comum.

Sidney Guerra (2014, p. 225) conceitua os direitos humanos como sendo recursos que o direito atribui a sociedade e a determinados grupos, relacionado com as suas necessidades referentes **à vida, liberdade, igualdade, participação política, social ou a qualquer outro** fator indispensável relacionado ao progresso das pessoas que se submetem ao convívio em liberdade, demandando o respeito e atuação dos demais membros da sociedade e dos representantes do Estado, devendo os poderes públicos atuarem para garantir a prestação destas necessidades caso ocorra alguma violação.

Nesse sentido, por se tratarem de direitos individuais e coletivos intransmissíveis, é importante ressaltar que é papel do Estado articular por meio de seus operadores para o estabelecimento de políticas públicas para combater qualquer ato que se contraponha a dignidade da pessoa humana, uma vez que os direitos humanos estão consolidados na nossa própria Constituição Federal no título que trata sobre as garantias fundamentais.

Ao passo que existem vários grupos sociais na nossa sociedade, a Constituição Federal de 1988 não exclui ninguém de ser portador das garantias fundamentais previstas, prevendo no *caput* de seu artigo 5º que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”.

Porém, em contrapartida, existem grupos específicos dentro da sociedade que são denominados de minorias e grupos vulneráveis, os quais na maioria das vezes são vistos com olhos discriminadores pela sociedade, uma vez que os direitos humanos tendem a dar atenção a tais grupos justamente por serem mais suscetíveis a condições críticas, como é o caso das mulheres.

Diante da confusão conceitual existente entre as minorias e os grupos vulneráveis, Guerra (2014, p. 226) esclarece que “a primeira categoria refere-se a sujeitos que ocupam posição de não dominância no país ou grupo social no qual vivem”. Ademais disso, esclarece que os grupos vulneráveis “constituem-se num

contingente numericamente expressivo, como as mulheres, crianças e idosos. Assim, são mais facilmente identificados como pessoas destituídas de poder”.

Adentrando especificamente dentro de um desses grupos vulneráveis, qual seja o das mulheres, é possível observar que a sua vulnerabilidade decorre de uma “cultura” impregnada em muitos homens, os quais entendem que podem praticar atos de violência contra a mulher em virtude de motivos banais, como por exemplo o ciúmes, falta de dinheiro, problemas com os filhos, modo de agir ou de se vestir e entre outros.

Foi justamente por conta destes motivos, que no ano de 1993, na Conferência das Nações Unidas sobre Direitos Humanos, ocorrida em Viena, pela primeira vez foi utilizada a expressão “os direitos das mulheres são direitos humanos”.

A adequação dos direitos das mulheres revolucionou o tema, pois os elevou à categoria de direitos humanos permitindo com que a comunidade internacional estabelecesse estratégias de mudança, no sentido de poder introduzir padrões civilizatórios em diversas questões, incluindo os atos atentatórios contra as mulheres e discriminação de gênero (BIANCHINI, 2014, p. 131).

Neste norte, a partir desta mudança, a violência contra a mulher começou a ser vista com outros olhos, não mais como um simples fato cotidiano, virando questão de saúde pública, e assim, dado que a discriminação do gênero feminino implica insulto aos direitos humanos, passou a ser função do Estado buscar soluções atenuantes para a contenção desses abusos.

2.1 ESTABELECIMENTO DO COMBATE DA VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER NO BRASIL

Foram nos anos 1980 em que violência contra a mulher ganhou força em sua denúncia, época em que coincidiu com a abertura democrática na sociedade brasileira, período de crescimento dos espaços sociais, o qual as mulheres, infiltradas nos grupos feministas, começaram a se ocupar para poderem denunciar as ocorrências dos crimes contra a mulher (IZUMINO, 2004, p. 33).

As mulheres se reuniam para poderem prestar apoio uma às outras, criando assim uma espécie de organização não institucionalizada, a qual atendiam as vítimas de agressões físicas lhe dando apoio jurídico e psicológico, sendo o principal objetivo ajudar as ofendidas a se libertarem da submissão masculina.

A criação deste grupo de apoio foi uma iniciativa de extrema importância, pois a maioria das mulheres que sofriam agressões deixavam de denunciar, dado que ao procurarem o apoio da polícia, eram sujeitas a constrangimentos e humilhações, em razão de haver uma comum falta de interesse por parte dos policiais de registrarem a ocorrência, principalmente nos casos de violência doméstica, casos estes, que as mulheres eram orientadas pelos delegados a pensarem no que elas haviam feito para que o parceiro agisse com violência contra elas, ou seja, havia uma forte predominância da culpabilização da vítima pelos atos do agressor. Desse modo, as mulheres somente tinham o amparo das militantes feministas, que ofereciam sua ajuda pelo SOS-Mulher em São Paulo.

Mas nem sempre as mulheres que buscavam o amparo do SOS-Mulher, pretendiam realmente representar contra o agressor, a maioria estava em busca de um apoio para que a paz nos seus relacionamentos fosse reestabelecida. Nesse sentido, ensina Izumino (2004, p. 33):

Para essas militantes a libertação da violência só seria possível se os termos em que se organizavam as relações entre os sexos alterassem. Confrontavam-se assim com um dilema, pois as mulheres que procuravam atendimento nem sempre queriam ver o fim de seus relacionamentos, mas ao contrário, o que as mulheres vítimas de abusos físicos que procuravam o SOS-Mulher esperam é que suas atendentes apresentassem soluções para que seus maridos parassem com as agressões para que elas pudessem voltar para casa e recuperar a harmonia familiar (ou conquistá-la, uma vez que muitos relatos deixavam entrever que essa harmonia era apenas um sonho).

Visto que houve certas desavenças entre o modo como as assistentes feministas pretendiam solucionar os problemas entre a vítima e o agressor, e o propósito das vítimas quando se colocavam à disposição do apoio eram totalmente divergentes, levaram o SOS-Mulher ao seu fim, pois esta organização já não estava mais atingindo a sua finalidade, que era de conscientizar a mulher e afastá-la do seu agressor.

Deste modo, criou-se o dilema do que fazer para que as mulheres saíssem em busca de apoio, ao invés de se restabelecerem de volta ao seu relacionamento abusivo, ficando novamente à mercê do risco de serem agredidas pelos seus companheiros.

Foi então que para resolver esse dilema e para proporcionar um apoio diferenciado para encorajar as mulheres a irem em busca de proteção, o governo

do Estado de São Paulo, conjuntamente com o Conselho Estadual da Condição Feminina, constituíram a primeira Delegacia da Mulher no Brasil.

2.2 FUNDAÇÃO DA DELEGACIA DA MULHER

A Delegacia de Polícia de Defesa da Mulher surgiu em 1985 com o intuito de oferecer um atendimento personalizado, que incentivassem as mulheres a denunciarem seus agressores, pois anteriormente, mulheres se sentiam inseguras ao prestarem denúncias nas delegacias comuns, onde geralmente eram atendidas por homens, e recebiam tratamento inadequado, como por exemplo respostas como “talvez a culpa teria sido sua”, desmotivando ainda mais a vítima que estava fragilizada, fazendo-a acreditar que teria responsabilidade sobre os atos violentos do agressor.

A principal característica desse atendimento personalizado era de oferecer um espaço o qual fosse formado somente por uma equipe feminina, para que as mulheres atendidas se sentissem à vontade para serem ouvidas e fazerem sua denúncia sem constrangimento algum. Essa equipe feminina era formada por policiais, delegadas, escritãs e investigadoras, apoiadas por uma equipe de psicólogas e de assistentes sociais, conforme ensina Boehm (2015):

A partir da criação da delegacia, o governo passou a ter ciência e a enxergar a violência sofrida pelas mulheres, tanto agressões físicas quanto discriminações e ofensas. Para atendê-las integralmente, criou-se um setor de assistência social, dentro da própria delegacia, além de um abrigo para mulheres que não podiam voltar para casa por medo de serem mortas pelo marido.

Foi atribuído para a Delegacia da Mulher a atuação nos casos de abuso em desfavor da mulher que se caracterize como crime ou contravenção penal, em especial os crimes contra a vida, liberdade pessoal e sexual, contra honra e de lesões corporais.

Para as profissionais atuantes da delegacia, foi dado o dever de orientar as vítimas sobre os seus direitos, tirar suas dúvidas sobre toda a fase do processo criminal e orientá-las, para assim poderem prosseguir para a fase dos procedimentos criminais e conclusão do inquérito.

Apesar do avanço em relação as denúncias por violência doméstica, por conta da abertura de uma delegacia especializada para as vítimas, o problema

de divergência de interesses que existia em relação às vítimas do SOS-Mulheres e as vítimas atendidas pela delegacia da mulher era o mesmo, ainda faltava apoio psicológico para ajudar as assistidas a entenderem que seu agressor precisava ser devidamente punido pela justiça pelo crime que cometeu.

O que ocorreu foi que as mulheres não procuravam a delegacia em busca de uma ação jurídica, todavia, buscavam a solução de conflitos fora do âmbito jurídico, o que expressam em pedidos tais como chamar o companheiro para “dar uma prensa”, “dar um susto”, ou simplesmente para uma orientação, tratando-se, conforme afirma Muniz (1996, p. 135): “de uma demanda extrajudicial em que se procede conforme uma etiqueta e regras talhadas na informalidade e no “bom-senso”, por vezes independentemente de o caso ser de “crime de ação pública”.

Tal situação apontada pelo autor, evidencia que muitas mulheres por serem dependentes de seus agressores, para elas a assistência jurídica deveria ser prestada em conjunto com a assistência psicológica, devendo o Estado tomar outras atitudes e elaborar uma legislação mais rígida para combater a violência doméstica.

2.3 A HISTÓRIA DA MARIA DA PENHA MAIA FERNANDES

Foram os fatos ocorridos com Maria da Penha Maia Fernandes que deram origem à Lei n. 11.340, de 2006, denominada Lei Maria da Penha, que atualmente vigora em favor da proteção das mulheres contra a violência doméstica.

Assim como milhares de mulheres, Maria foi mais uma das milhares vítimas de violência doméstica que foram ignoradas pela justiça brasileira e que demorou anos para que sua causa ganhasse um desfecho, mas não somente um desfecho, sua história deu origem a algo muito maior, que já era causa de necessidade pública e de matéria de urgência.

A farmacêutica Maria da Penha Maia Fernandes passou por incontáveis agressões e duas tentativas de homicídio por autoria de seu marido na época, o qual era um homem de temperamento violento, com uma agressividade que gerava temor e impedia a vítima de tomar qualquer iniciativa visando à separação do casal. Ainda, foi descoberto posteriormente pela ofendida, que ele possuía um passado obscuro, tendo se envolvido na prática de outros delitos e que havia um filho na Colômbia (CUNHA; PINTO, 2007, p. 10).

No dia 29 de maio de 1983, Maria enquanto dormia, foi atingida pelo disparo de uma espingarda acionada pelo seu marido, o resultado dessa tentativa de homicídio a deixou paraplégica. Depois de um longo período no hospital e de diversas cirurgias realizadas, seu ex-companheiro novamente tentou matá-la a eletrocutando durante o banho.

As investigações sobre as tentativas de homicídio começaram em junho de 1983, e a denúncia somente foi oferecida um ano mais tarde, em setembro de 1984. Em 1991 o seu ofensor foi condenado pelo tribunal do júri a oito anos de cadeia, porém lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade, e, além disso, um ano mais tarde teve o seu julgamento anulado.

O acusado foi levado a um novo julgamento em 1996, sendo condenado a pena de dez anos e seis meses de prisão, e, novamente recorreu em liberdade. Foi apenas em 2002 que o agressor foi preso, cumprindo apenas dois anos da pena atribuída, para logo após, ser colocado em liberdade.

Devido a demora do processo, e por abranger uma grave violação aos Direitos Humanos, o caso tomou proporções internacionais, sendo discutido na Comissão Interamericana de Direitos Humanos, solicitando ao Brasil por quatro vezes para dar um parecer sobre o caso, mas nunca obteve uma resposta definitiva.

Por conta disso, o Brasil foi condenado ao pagamento de 20 mil dólares em favor de Maria da Penha, responsabilizando o Estado brasileiro por omissão e negligência em relação à violência doméstica.

A corajosa atitude de haver recorrido a uma corte internacional de justiça transformou o caso da Sra. Maria da Penha Maia Fernandes em acontecimento emblemático, pelo que erigiu-se como baluarte do movimento feminista em prol da luta por uma legislação penal mais rigorosa na repressão aos delitos que envolvessem as diversas formas de violência doméstica e familiar contra a mulher. Deste empenho encomiástico, aporta agora, no sistema jurídico pátrio, uma lei específica de combate às diversas formas de violência doméstica contra a mulher – a Lei 11.340/06 (PORTO, 2007, p. 18).

Cinco anos mais tarde, em face da pressão sofrida por parte da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, com o intuito de reprimir e evitar a violência doméstica e coibir esse tipo de violência que há muito tempo já estava dominante e enraizada na cultura machista e misógina do povo brasileiro, finalmente, entrou em vigor a nossa atual Lei Maria da Penha, vulgo Lei n. 11.340/2006. Se

tornando a senhora Maria da Penha, a mulher que renasceu das cinzas, para se tornar um símbolo da batalha contra a violência doméstica. Sobre o nascimento da Lei n. 11.340/2006 leciona Renato Brasileiro de Lima (2015, p. 903):

A lei n. 11.340/06 foi criada não apenas para atender ao disposto no Art. 226, §8º, da Constituição Federal, segundo o qual “o Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, mas também de modo a dar cumprimento a diversos tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil.

Desse modo, é imperioso reconhecer que a criação da Lei Maria da Penha foi fundamental para a proteção contra a violência psicológica, física e sexual, e também foi um relevante passo evolutivo para poder amparar outras mulheres, que assim como ela, também foram vítimas não só da opressão masculina, mas como também da ineficiência e inércia do sistema judiciário.

3 RETOMADA HISTÓRIA A RESPEITO DA LEI MARIA DA PENHA

Conforme visto até agora, até a intervenção da Comissão Interamericana de Direitos Humanos a violência contra a mulher passava batida pelos olhos do Estado, dado que somente após o seu envolvimento, o legislativo se preocupou em formular uma lei que pudesse dar conta da situação vivenciada pelas mulheres desamparadas.

Este passo foi dado pelo Grupo de Trabalho Interministerial, instituído pelo Decreto n. 5.030 em 31 de março de 2004, o qual conjuntamente com o Estado e a sociedade, elaborou a proposta legislativa, com o propósito de servir de instrumento para coibir a violência doméstica contra a mulher, sendo encaminhada a proposta de lei no final 2004 pelo Poder Executivo ao Congresso Nacional.

Dessa forma, acompanha-se Fachin e Piovesan (2019, p. 188), quando afirmam que, em 07 de agosto de 2006, foi promulgada a Lei n. 11.340, que, de forma inédita, surgiu como instrumento de proteção à violência doméstica e familiar contra mulher, estabelecendo medidas para a prevenção, assistência e amparo às mulheres contra os seus agressores.

Destarte, a Lei Maria da Penha foi criada com o intuito de impedir a violência de gênero e amparar as vítimas de seus agressores, utilizando como base o §8º do artigo 226 da Constituição Federal, o qual dispõe que “O Estado assegu-

rará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”, no entanto, no que toca a sua abrangência, a Lei 11.340/2006 refere-se somente às mulheres envolvidas na violência de gênero, que, por sua vez, é uma espécie de violência doméstica (BIANCHINI, 2014, p. 31).

Na época de sua promulgação, a questão de gênero abordada pela Lei Maria da Penha foi muito controversa no âmbito jurisdicional, chegando a ser discutida perante o Supremo Tribunal Federal, tornando-se umas das interpretações mais emblemáticas feitas pela corte, conforme pontuam Barboza e Tomazini (2019, p. 242).

No caso em tela, destaca-se a interpretação levantada pelo Ministro Marco Aurélio, relator da Ação Direta de Constitucionalidade, proposta em 2007 pelo ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva para reconhecer a constitucionalidade dos artigos 1º, 33 e 41 da Lei n. 11.340/2006, o qual em seu voto, para declarar por unanimidade dos votos a constitucionalidade dos supramencionados artigos, afirmou que:

Para frear a violência doméstica, não se revela desproporcional ou ilegítimo o uso do sexo como critério de diferenciação. A mulher é eminentemente vulnerável quando se trata de constrangimentos físicos, morais e psicológicos sofridos em âmbito privado. Não há dúvida sobre o histórico de discriminação e sujeição por ela enfrentado na esfera afetiva. As agressões sofridas são significativamente maiores do que as que acontecem contra homens em situação similar. Além disso, mesmo quando homens, eventualmente, sofrem violência doméstica, a prática não decorre de fatores culturais e sociais e da usual diferença de força física entre os gêneros.
[...]

A Lei Maria da Penha retirou da invisibilidade e do silêncio a vítima de hostilidades ocorridas na privacidade do lar e representou movimento legislativo claro no sentido de assegurar às mulheres agredidas o acesso efetivo à reparação, à proteção e à Justiça. A norma mitiga realidade de discriminação social e cultural que, enquanto existente no país, legitima a adoção de legislação compensatória a promover a igualdade material, sem restringir, de maneira desarrazoada, o direito das pessoas pertencentes ao gênero masculino.

No mais, em arremate com a decisão do Ministro relator, a Ministra Rosa Weber, no mesmo veredito, pontou que a promulgação da lei foi uma reviravolta legislativa por conta da dívida histórica do Estado em relação aos mecanismos ineficazes para o combate em relação à violência, culpando ainda, a ineficiência do judiciário e tratamento discriminatório para com a violência de gênero, assegurando, por fim, que:

A Lei 11.340/2006 [...] traduz a luta das mulheres por reconhecimento, constituindo marco histórico com peso efetivo, mas também com dimensão simbólica, e que não pode ser amesquinhada, ensombrecida, desfigurada, desconsiderada. Sinaliza mudança de compreensão em cultura e sociedade de violência que, de tão comum e aceita, se tornou invisível – “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”, pacto de silêncio para o qual a mulher contribui, seja pela vergonha, seja pelo medo.

No entanto, além do Supremo Tribunal Federal ter comprovado mais uma vez sua magnitude e sensibilidade, para Maria Berenice Dias (2012), a corte não disse mais do que o óbvio, pois ratificou exatamente o que a lei diz, afastando a aplicação da Lei dos Juizados Especiais, bem como reafirmando que a ação penal deflagrada contra os agressores independentemente da representação da vítima.

Assim, enfrentado o ponto de sua constitucionalidade acerca do tratamento diferenciado para as mulheres, a Lei Maria da Penha, como se pode observar em seus dispositivos introdutórios (artigos 1º, 2º, 3º e 4º, Lei n. 11.340/2006¹), não afronta o princípio constitucional da igualdade, pois certifica que a violência doméstica contra a mulher é uma forma específica de violência, voltada para a reparação da desigualdade de gênero, com a finalidade de compensar a desigualdade entre homens e mulheres, servindo portanto, como uma ação afirmativa exclusiva para mulheres em situação de risco.

3.1 FORMAS DE VIOLÊNCIA REFERIDAS PELA LEI

Elencadas no 7º dispositivo da Lei 11.340/2006, o legislador introduziu cinco formas de violência contra a mulher, sendo elas: violência física, psicológica, moral, sexual, bem como patrimonial.

¹ Art. 1º Esta Lei cria mecanismos para coibir e prevenir 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 Violência contra a Mulher, da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher e de outros tratados internacionais ratificados pela República Federativa do Brasil; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; e estabelece medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 2º Toda mulher, independentemente de classe, raça, etnia, orientação sexual, renda, cultura, nível educacional, idade e religião, goza dos direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sendo-lhe asseguradas as oportunidades e facilidades para viver sem violência, preservar sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual e social.

Art. 3º Serão asseguradas às mulheres as condições para o exercício efetivo dos direitos à vida, à segurança, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, à moradia, ao acesso à justiça, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. § 1º O poder público desenvolverá políticas que visem garantir os direitos humanos das mulheres no âmbito das relações domésticas e familiares no sentido de resguardá-las de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

§ 2º Cabe à família, à sociedade e ao poder público criar as condições necessárias para o efetivo exercício dos direitos enunciados no caput. Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Art. 4º Na interpretação desta Lei, serão considerados os fins sociais a que ela se destina e, especialmente, as condições peculiares das mulheres em situação de violência doméstica e familiar.

Trata-se de um rol meramente exemplificativo, tendo em vista que a lei, em seu *caput*, é clara em utilizar a expressão “entre outras”, tratando-se, portanto, de uma precaução do legislador em deixar uma margem ampla para enquadrar a situação de violência vivenciada pela vítima de acordo com a peculiaridade do caso.

Dessa forma, Alice Bianchini (2015, p. 47) pontua que nem toda violência sofrida pela mulher é necessariamente na forma física, o que ocorre, é que a Lei se preocupou em concomitantemente restringir e ampliar o conceito de violência doméstica.

A restrição se deve ao motivo de que nem todo o tipo de violência contra a mulher é regulado pela Lei 11.340/2006, tão somente aquela decorrente do gênero, praticada no âmbito doméstico, âmbito familiar ou em qualquer relação íntima de afeto, conforme dispõe o artigo 5º do referido diploma legal². Em contrapartida, em relação à ampliação trazida, é a extensão que se dá à palavra “violência”, não se limitando apenas na esfera criminal.

No entanto, no que toca a abrangência da Lei, é que nem todas as condutas que considera como violentas, possuem um correspondente na esfera criminal, como no caso em que o código penal prevê que a violência deve ser física, moral ou imprópria, a Lei Maria da Penha leciona no sentido sociológico, qual seja, o de conceituar a violência de gênero.

Como exemplo, temos os casos em que um suposto ex-companheiro causa danos na esfera emocional da vítima diminuindo a sua autoestima, adequando-se a a sua conduta a que prevê a Lei Maria da Penha, este está praticando violência psicológica, o que já justificaria a intervenção da Lei.

Nesse sentido, assim conceitua a lei quanto às formas de violência:

Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;
II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da autoestima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise de-

² Art. 5º Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:

¹ - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas;
II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa;
III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação.

gradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, violação de sua intimidade, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

Outrossim, conforme aponta o Instituto Maria da Penha (2018), as formas de violência que a lei aborda não ocorrem de forma isolada umas das outras, pois são complexas e perversas, firmando graves consequências para a mulher, sendo que qualquer uma delas constitui ato de violação aos direitos humanos.

Ainda, apesar de o legislador ter sido meticuloso ao tratar das formas de violência com bastante cuidado dando margem para interpretações mais abrangentes, se atentar somente a estes aspectos da violência ao tratar de sua inibição não é o suficiente.

Isto porque a violência doméstica é um problema estrutural, o que significa que as agressões seguem com a mesma lógica dentro da esfera íntima da vítima e do agressor, a qual é denominada como ciclo da violência. Este ciclo da violência é basicamente constituído de três fases, as quais, em ordem cronológica são elas: aumento da tensão, ato de violência e lua de mel.

A primeira fase, diz respeito ao comportamento violento do agressor por pequenas coisas, momento em que pratica humilhações verbais contra mulher ou patrimonial destruindo seus objetos, comportamento que vai se acentuando até que se constitua a segunda fase, a qual a violência chega em seu ápice e o agressor possui um poder destrutivo em relação à vida da vítima, a desgastando psicologicamente fazendo-a sentir medo, ódio, pena de si mesma, confusão ou vergonha, e, por fim, a última fase constitui no falso arrependimento do agres-

sor, fazendo a vítima acreditar que está com remorso e tentando compensar os fatos anteriormente vivenciados para se reconciliarem, o que dura somente por um breve período até dar início novamente aos atos da primeira fase e o ciclo ir assim se repetindo.

Ao final, consoante conclui o Instituto Maria da Penha (2018), os intervalos do ciclo entre as suas fases vão ficando cada vez menores, passando a vítima correr o risco do ciclo tão somente se encerrar com a sua morte, surgindo disso, a necessidade de existirem mecanismos para coibir e dar voz às mulheres, tendo em vista que quando a ofendida se silencia diante da violência, o agressor não se sente responsabilizado por seus atos.

Neste passo, visando interromper a violência, a lei traz uma série de instrumentos para preservar a vida da mulher e a sua integralidade física, a exemplo das medidas protetivas que amparam a vítima no decorrer do inquérito ou processo criminal (LAVIGNE, PERLINGEIRO, 2011, p. 291), as quais serão abordadas no próximo tópico.

3.2 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA

Uma das maiores inovações trazidas pela Lei Maria da Penha foram as medidas protetivas de urgência aplicadas para as vítimas de violência doméstica e seus familiares.

Bianchini (2015, p. 179) narra que as medidas protetivas não só aumentaram a abrangência de proteção a mulher, como também contribuíram para fortalecer o sistema de prevenção e coibição à violência, dando margem de opção aos magistrados para concederem a medida protetiva necessária em conformidade com a particularidade da situação vivenciada pela vítima.

Ainda, tendo em vista que a lei abrange instrumentos de outras matérias, não tão somente penal, como nas áreas do direito civil, trabalhista, previdenciário ou administrativo, é concedido ao magistrado a faculdade de utilizar-se destas outras matérias para fundamentar o seu deferimento.

Antes disso, o juiz sofria muitas limitações ao exercer seu poder discricionário em ações voltadas à proteção feminina, tendo em vista que grande parte das causas a competência pertencia aos Juizados Especiais Criminais.

Nesse sentido, é por essa razão que a Lei Maria da Penha é classificada como uma lei heterópica, pois traz em seu bojo uma série de caminhos vinculados a outras áreas do direito para garantir a efetividade das medidas protetivas.

Os artigos 18 a 21 da Lei Maria da Penha dão conta do procedimento que deve ser realizado para assegurar a proteção da mulher, que após a solicitação das medidas protetivas pela parte, pela autoridade policial, pelo advogado ou pelo Ministério Público, são encaminhadas para o juiz no prazo de 48 horas, o qual deverá se atentar a certos critérios para proceder com a sua decisão judicial, entre eles: a análise de antecedentes de situações de violência e a existência de outras medidas protetivas em prol daquela mulher, a existência de violência física e a sua gravidade, a existência de violência sexual, o uso de armas, a realização de ameaças e a violência psicológica (LAVIGNE; PERLINGEIRO, 2011, p. 296).

O magistrado, ao se orientar por esses critérios, ganha objetividade e força na sua atuação, afastando o exame dessa matéria do contexto unicamente privado, reforçando a conservação da proteção da integridade da mulher como um bem jurídico a ser tutelado pelo Estado.

No momento da análise do pedido, é dado especial destaque para o depoimento prestado pela mulher ofendida, tendo em vista que a maioria dos casos, por ocorrerem em dentro de relações privadas, os casos de violência doméstica não possuem testemunhas presenciais.

Neste passo, ensinam Lavigne e Perlingeiro (2011, p. 297):

Ao dar ensejo ao pedido de medidas protetivas, a palavra da vítima, com suas marcas visíveis e invisíveis relata, via de regra, anamnese até então oculta, na qual finca raiz a violência geradora do pedido de amparo e tutela. Deve sua palavra ser valorada. Depreciar seu depoimento implica abandonar a vítima à própria sorte e contribuir para a falta de efetividade dos mecanismos conquistados.

Assim, após análise minuciosa do pedido, dando-se a devido destaque para a palavra da vítima, divide-se o magistrado pela aplicação de duas espécies de medidas protetivas de urgência, quais sejam as medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor, e as medidas protetivas de urgência à ofendida, elencadas, respectivamente, nos artigos 22, 23 e 24 da Lei 11.340/2006.

3.3 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE OBRIGAM O AGRESSOR

No que tange às medidas que obrigam o agressor, estas estão dispostas no art. 22 da Lei Maria da Penha, e têm como objetivo garantir a eficácia do pro-

cesso criminal, desde a instauração do inquérito até a fase judicial, protegendo não tão somente as mulheres do agressor, como também os seus familiares, especialmente os filhos, para garantir condições verdadeiras de quebrar o ciclo de violência vivenciado (BELLOQUE, 2011, 306).

As medidas elaboradas pelo legislador, foram baseadas nas atitudes que o agressor geralmente adota, tendo em vista que a violência doméstica ocorre no interior familiar, local onde residem os familiares e crianças frutos da relação conturbada, sendo habitual que o autor da violência se aproveite do contexto de convivência familiar para manipular a vítima e a impedir de noticiar a violência experimentada às autoridades competentes.

[...] as medidas previstas na Lei Maria da Penha que obrigam o agressor estão voltadas à garantia da ordem pública, em especial à integridade física e psicológica da mulher e dos demais integrantes da família, e à conveniência da instrução criminal, intentado impedir que o agressor se utilize do poderio econômico ou da ameaça à reiteração da violência contra a ofendida e seus filhos como forma de constranger a declarante ou as testemunhas durante a persecução penal (BELLOQUE, 2011, p. 309).

Destarte, o rol do artigo 22 traz alguns exemplos de providências que o juiz pode determinar, podendo ainda, à luz do que prevê o parágrafo primeiro, adicionar outras determinações que achar necessário para manter o agressor afastado da ofendida.

A primeira medida apresentada pelo legislador diz respeito a suspensão da posse ou restrição do porte de armas, em razão de que a vulnerabilidade da mulher e de seus filhos é quase que imbatível caso o agressor continue na posse da arma.

Em seguida, tem-se o afastamento do agressor do lar, visando preservar a saúde física e psicológica da mulher, vez que retirando o ofensor da casa em que reside a vítima, se reduzirá o risco de iminente agressão contra a mulher (BIANCHINI, 2014, p. 183).

Ainda, a proibição de aproximação da ofendida, a proibição de contato, a qual inclui diversas maneiras como carta, telefone ou e-mail, e a proibição de frequentar determinados lugares são medidas positivas, embora a lei tenha se omitido em estabelecer um limite mínimo no que tange à proibição de aproximação (NUCCI, 2013, p. 628-629).

Por fim, dentro do mesmo rol, os dois últimos incisos, que tratam da restrição ou suspensão de visitas aos filhos menores e prestação de alimentos, são medidas de caráter civil determinadas pelo juiz criminal.

A medida do penúltimo inciso é considerada por Belloque (2011, p. 313) “a restrição mais grave dentre as previstas no dispositivo em exame [...], mas que se faz necessária quando há indícios de que o agressor intimida a vítima, genitora, através de mau comportamento ou de ameaças dirigidas aos filhos do casal”, devendo ser feita uma análise meticulosa do caso antes do seu deferimento, em razão das consequências que poderão ser causadas aos filhos do agressor e da ofendida.

A respeito do último inciso, a prestação dos alimentos deve ser fixada em conformidade com as possibilidades do agressor, somado com a necessidade da vítima e/ou dos filhos, sendo desnecessária a vasta produção de prova para serem demonstrados estes requisitos. Dessa forma, assim coloca Juliana Garcia Belloque (2011, p. 313):

Nas relações domésticas e familiares em que a mulher mostra-se economicamente dependente do agressor, o que ocorre com frequência quando a opção adotada pelo casal é de que a mulher se dedique ao cuidado do lar e da família, é comum o uso do poder econômico por parte do agressor enquanto meio de intimidar a mulher em situações de violência. [...]

Assim, o cumprimento da obrigação alimentar, que nasce da lei, pode ser essencial para a adequada apuração da infração penal cometida contra a mulher no contexto doméstico e familiar.

Nesse contexto, o magistrado ao fixar os alimentos precisa levar em conta os fatores de dependência econômica da vítima e a relação de parentesco, porquanto o cumprimento da obrigação alimentar por parte do agressor, sendo tal ato determinado pelo juiz fundamental para a apuração do fato criminal ocorrido no âmbito doméstico.

3.4 AS MEDIDAS PROTETIVAS DE URGÊNCIA QUE VISAM PROTEGER A OFENDIDA

Outras modalidades de proteção à vítima de violência doméstica e familiar, são as medidas que promovem a sua integridade e segurança durante a apuração do inquérito policial ou da ação penal, dispostas nos artigos 23 e 24 da Lei

Maria da Penha, denominadas como medidas protetivas de urgência à ofendida, que assim como as dispostas no artigo 22, também são exemplificativas.

As medidas elencadas artigo 23, mesclam-se as determinações criminais proferidas pelo juiz que está apurando o processo criminal, com determinações civilistas, da área do direito de família, tendo em vista que envida a possibilidade do encaminhamento da ofendida e de seus dependentes a programa de assistência social ou a recondução da mulher ofendida para o seu domicílio após o afastamento do ofensor (NUCCI, 2013, p. 629).

Quanto ao caráter civil, o mesmo se diz a respeito das que constam no artigo 24, uma vez que estas dizem respeito aos atos determinados para salvaguardar os bens da vítima, tais como: a restituição de bens indevidamente subtraídos pelo agressor, proibição celebração de negócios jurídicos envolvendo compra e venda de objetos comuns, suspensão de procuração conferida pela vítima ao ofensor e prestação de caução provisória.

Destarte, assim finaliza Guilherme de Souza Nucci (2013, p. 629-630) a respeito dos dois artigos em estudo: “Em suma, são medidas que o juiz cível poderia tomar, passando, agora, ao magistrado responsável pelo Juizado de Violência Doméstica e Familiar contra Mulher”.

Ainda, sobre o caráter civil de sua aplicabilidade, Belloque (2011, p. 321) afirma que nada impede a mulher de buscar sua tutela na esfera cível, como também diretamente no registro do boletim de ocorrência perante a autoridade policial, no entanto, a discricionariedade do magistrado se torna necessária quando a mulher possui fundado temor nas atitudes que o agressor pode vir a tomar.

Embora algumas medidas elencadas nos artigos 23 e 24 já possuam previsão dentre as medidas cautelares dispostas no Código de Processo Civil, salienta-se que as medidas protetivas de urgência previstas nessa Lei encontram-se contextualizadas dentro uma situação concreta de violência doméstica, o que evidencia seu caráter de urgência. Em outras palavras, a partir do sistema procedimental trazido pela Lei 11.340, devem ser disponibilizadas todas as medidas possíveis constantes no ordenamento jurídico garantidoras da mais efetiva proteção à vítima (BELLOQUE, 2011, p. 324).

Neste norte, não se pode olvidar que as medidas prevista nos artigos 23 e 24 foram um dos maiores avanços da Lei Maria da Penha, vez que contextualizou o cenário de violência doméstica, unificando no mesmo procedimento, uma série

de mecanismos para a salvaguardar os direitos da ofendida, que, caso não existisse a referida lei, teria que individualmente buscar, por meio de ação própria, tutela junto à esfera criminal, cível e família, desprezando a situação de urgência vivenciada pela vítima.

3.5 ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.827/2019

Recentemente, foi introduzida uma nova mudança na Lei Maria Penha, no caso, o artigo 12-C, o qual trouxe o seguinte teor:

Art. 12-C. Verificada a existência de risco atual ou iminente à vida ou à integridade física da mulher em situação de violência doméstica e familiar, ou de seus dependentes, o agressor será imediatamente afastado do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida:

I - pela autoridade judicial;

II - pelo delegado de polícia, quando o Município não for sede de comarca; ou

III - pelo policial, quando o Município não for sede de comarca e não houver delegado disponível no momento da denúncia.

§ 1º Nas hipóteses dos incisos II e III do *caput* deste artigo, o juiz será comunicado no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas e decidirá, em igual prazo, sobre a manutenção ou a revogação da medida aplicada, devendo dar ciência ao Ministério Público concomitantemente.

§ 2º Nos casos de risco à integridade física da ofendida ou à efetividade da medida protetiva de urgência, não será concedida liberdade provisória ao preso.

Conforme a novidade trazida pelo texto, funciona com uma espécie de concessão administrativa de medida protetiva, dado que foi conferido à autoridade judicial, ao delegado de polícia, bem como ao policial quando não houver delegado disponível ou o município não for sede de comarca, a afastar o agressor imediatamente como uma medida de segurança, se for verificado que a vítima está correndo risco atual ou iminente à vida ou à sua integridade física.

Tal cautela deve ser comunicada ao magistrado no prazo máximo de 24 horas para decidir sobre a manutenção ou revogação da medida de segurança concedida. Ainda, esta viabilidade traz em seu bojo a ideia de reserva de jurisdição, assim como é feito quando o juiz avalia o auto de prisão em flagrante, ou seja, não é retirado do magistrado a análise do desfecho, a pena se antecipa à medida provisória de urgência (NUCCI, 2019).

Nesta nova hipótese, observa-se que está sendo privilegiada a dignidade da mulher, uma vez que esta não pode ficar sujeita aos caprichos de seu agres-

sor unicamente porque na localidade que se encontra inexistente um magistrado ou um delegado, isto é, o policial que se deparar com a situação em debate, tem o dever de afastar o ofensor, aplicando de imediato, a medida protetiva de urgência, para que em 24 horas o juiz mantenha ou revogue a medida. Nessa perspectiva, assim pontua o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (2019):

Argumentar com *reserva de jurisdição* em um país continental como o Brasil significaria, na prática, entregar várias mulheres à opressão dos seus agressores, por falta da presença estatal (judicial ou do delegado). O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana encontra-se acima de todos os demais princípios e é perfeitamente o caso de se aplicar nesta hipótese. Afaste-se o agressor e, após, debata-se a viabilidade ou inviabilidade da medida. O delegado ou policial não está prendendo o autor da agressão, mas somente “separando” compulsoriamente a vítima e seu agressor. Uma medida de proteção necessária e objetiva (NUCCI, 2019, grifo do autor).

No entanto, ainda conforme a lógica de Nucci (2019), apesar da nova mudança ter trazido mais uma modalidade de segurança para as vítimas, pontua-se uma divergência no que preconiza o §2º do artigo em estudo, pois ao proibir o magistrado de conceder a liberdade provisória, o legislador também está tacitamente afirmando que nos casos de afastamento por crimes de ameaça ou lesão corporal – que possuem penas ínfimas, a liberdade do agressor também não poderá ser concedida, hipótese que não encontra respaldo constitucional, por ofender os princípios da legalidade e da proporcionalidade.

Nisso, presumidamente, o magistrado que se encontrar nesse embate vai optar por obedecer as normas constitucionais, ficando o agressor em liberdade comprometido com o cumprimento das determinações da medida protetiva expedida, cabendo ao Estado estabelecer formas de fiscalização para evitar o seu descumprimento, o que nos leva à última seção deste artigo.

4 O PROJETO DA POLÍCIA MILITAR CATARINENSE – “REDE CATARINA DE PROTEÇÃO À MULHER” – E A PATRULHA MARIA DA PENHA

A Lei Maria da Penha, em seu artigo 8º, prevê medidas de assistência à mulher nas condições de violência doméstica e familiar, mediante uma série de atitudes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e de ações não governamentais para combater e coibir a violência utilizando-se de políticas públicas de prevenção, tendo como base as seguintes diretrizes:

- I - a integração operacional do Poder Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública com as áreas de segurança pública, assistência social, saúde, educação, trabalho e habitação;
- II - a promoção de estudos e pesquisas, estatísticas e outras informações relevantes, com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia, concernentes às causas, às conseqüências e à frequência da violência doméstica e familiar contra a mulher, para a sistematização de dados, a serem unificados nacionalmente, e a avaliação periódica dos resultados das medidas adotadas;
- III - o respeito, nos meios de comunicação social, dos valores éticos e sociais da pessoa e da família, de forma a coibir os papéis estereotipados que legitimem ou exacerbem a violência doméstica e familiar, de acordo com o estabelecido no inciso III do art. 1º, no inciso IV do art. 3º e no inciso IV do art. 221 da Constituição Federal;
- IV - a implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas Delegacias de Atendimento à Mulher;
- V - a promoção e a realização de campanhas educativas de prevenção da violência doméstica e familiar contra a mulher, voltadas ao público escolar e à sociedade em geral, e a difusão desta Lei e dos instrumentos de proteção aos direitos humanos das mulheres;
- VI - a celebração de convênios, protocolos, ajustes, termos ou outros instrumentos de promoção de parceria entre órgãos governamentais ou entre estes e entidades não-governamentais, tendo por objetivo a implementação de programas de erradicação da violência doméstica e familiar contra a mulher;
- VII - a capacitação permanente das Polícias Civil e Militar, da Guarda Municipal, do Corpo de Bombeiros e dos profissionais pertencentes aos órgãos e às áreas enunciados no inciso I quanto às questões de gênero e de raça ou etnia;
- VIII - a promoção de programas educacionais que disseminem valores éticos de irrestrito respeito à dignidade da pessoa humana com a perspectiva de gênero e de raça ou etnia;
- IX - o destaque, nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, para os conteúdos relativos aos direitos humanos, à equidade de gênero e de raça ou etnia e ao problema da violência doméstica e familiar contra a mulher.

Nesse sentido, a Polícia Militar de Santa Catarina lançou o programa institucional nominado “Rede Catarina de Proteção à Mulher”, com o objetivo de prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher, garantindo mais celeridade e efetividade as ações de proteção à mulher (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, [2017?], p. 2).

Tal programa, idealizou-se a partir de técnicas utilizadas em outros estados que também implementaram a chamada Patrulha Maria da Penha, visando fiscalizar as Medidas Protetivas de Urgência determinadas, através de um contato direto e regular com as mulheres vitimadas, de modo a fortalecer a igualdade de gênero, a proteger à mulher, e, também, a fortalecer o vínculo do estado com os cidadãos, utilizando como desenvolvimento de seus ações as normas

previstas no POP n. 304.5/PMSC (Procedimento Operacional Padrão relativo à Lei Maria da Penha).

Nota-se que toda a principiologia da atuação está pautada na continuidade e orientação, de modo a ter uma constância no atendimento à mulher, visando fortalecer os vínculos de confiança entre a proteção estatal fornecida e a vítima. Tanto é assim que a composição dessas patrulhas serão de no mínimo dois policiais militares, sendo um deles necessariamente do sexo feminino e, ainda, é proibida a identificação das viaturas, de modo a não expor a situação que envolve aquela família.

Ademais, infere-se que, dentre outros serviços, caberá a Rede Catarina de Proteção à Mulher:

[...] realizar visitas preventivas a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar, com o intuito de fornecer um acompanhamento qualificado; assessorar e orientar as mulheres vítimas no que se refere a dúvidas sobre a rede de proteção, direitos e a legislação vigente; fiscalizar as medidas protetivas de urgência por meio de visitas preventivas periódicas na residência da vítima e do ofensor; adotar, quando necessário, as medidas de proteção **à mulher previstas no art. 11 da Lei n. 11.340/06; comunicar ao poder judiciário** as situações em que não haja flagrante delito e haja risco à mulher, a fim de providências judiciais cautelares possam ser tomadas (tais como, decretação da medida protetiva e da prisão preventiva); comunicar e agir de forma integrada com a rede de atendimento, visando romper a continuidade do ciclo de violência e restaurar a convivência saudável; certificar o término de acompanhamento, nas ocasiões em que a vítima informa que não necessita do atendimento da Rede Catarina de Proteção **à Mulher; e atender as** situações de emergência, de forma mais célere e efetiva com base em solução tecnológica que possibilite, dentre outras funcionalidades, o georeferenciamento da ocorrência. (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, [2017?], p. 5-6).

Assim, denota-se que a Rede Catarina de Proteção à Mulher utiliza três eixos para os quais o seu serviço é voltado: 1) as Ações de Proteção, que envolvem as visitas preventivas, a fiscalização de medidas protetivas de urgência e a comunicação ao Poder Judiciário; 2) o Policiamento Direcionado (Polícia Restaurativa), vez que as ações da Rede Catarina se destinam a atender somente as vítimas de violência doméstica e familiar; e, por fim, 3) o eixo da Solução Tecnológica (Aplicativo), que tem como o escopo a utilização de um aplicativo criado pela Rede Catarina, com a finalidade exclusiva de auxiliar a vítima a acionar a Polícia Militar de uma forma mais célere (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, [2017?]).

A partir dessa estruturação, estabeleceu-se que as Visitas Preventivas são realizadas a partir dos atendimentos de ocorrências, denúncias ou solicitações que deem conta do envolvimento de violência doméstica e familiar contra a mulher, podendo a patrulha, neste momento, encaminhar a situação para outros órgãos para auxiliarem, inclusive ao Poder Judiciário, que verificará se é caso de concessão de medida protetiva de urgência ou não.

Ainda, as visitas preventivas são realizadas periodicamente para fiscalizar o cumprimento das medidas protetivas de urgência, uma vez que, em virtude da complexidade das relações familiares, é comum a reincidência da violência no âmbito doméstico contra a mulher.

As visitas ainda, buscam dar prioridade para mulheres que se encontram em situação de risco, e a sua periodicidade também é definida com base nesse critério, ocorrendo da forma mais reservada possível, para evitar colocar a vítima no centro da atenção de vizinhos e demais populares.

Por sua vez, o Policiamento Direcionado, também referido no programa como Polícia Restaurativa, atua através do atendimento emergencial e de fiscalização dos ofensores os quais possuem alguma medida em seu desfavor.

Por razões de vulnerabilidade e hipossuficiência gênero, o Policiamento Direcionado tem como propósito somente atender os casos que a Lei Maria da Penha considera violência doméstica e familiar contra a mulher, para poder dar um atendimento personalizado e apropriado para conduzirem a situação da melhor forma possível.

Mediante essa atuação, as guarnições realizam visitas preventivas às mulheres vitimadas no intuito de identificar o cumprimento e também orientá-las a respeitos das possíveis situações que possam ocorrer, desde a explicação quanto a dúvidas relativas à rede de proteção, até mesmo em casos de encaminhamento à atendimento judicial ou mesmo deslocamento para outro local que seja seguro.

Outrossim, apesar da Patrulha ter como enfoque principal a vítima, também é dada especial atenção para o ofensor, tendo em vista que os agentes também se comunicam com ele para verificar se as medidas protetivas expedidas em desfavor dele estão sendo devidamente cumpridas.

Ademais, através da Solução Tecnológica a Polícia Militar Catarinense criou um aplicativo exclusivo no qual a mulher poderá solicitar o atendimento emergencial, inclusive com um botão específico chamado de “botão de pânico”, o qual

envia automaticamente uma mensagem de emergência a pessoas confiáveis previamente cadastradas pela vitimada.

Por esse mecanismo, a mulher pode ainda encaminhar vídeo, fotografia ou mesmo mensagem à guarnição mais próxima noticiando o que está ocorrendo naquela emergência.

A partir desse panorama estrutural doutrinária da Rede Catarinense, parece inferir que ele de fato possibilitará a efetividade e qualidade do atendimento de urgência à mulher vítima de violência doméstica e familiar. Não obstante, e porque se busca no presente artigo analisar a eficácia destas medidas e atuação, parte-se para o estudo qualificado da implementação da “Rede de Proteção à Mulher” ocorrida no município catarinense de São Miguel do Oeste.

Para tanto, entrevistou-se, em 3 de outubro de 2019, duas policiais militares que integram a rede, as quais responderam dúvidas previamente elaboradas visando, *a priori*, identificar o programa e conhecer a estrutura e real atuação implementada.

Esse questionário foi composto por nove perguntas, as quais foram respondidas pessoalmente pelas agentes, utilizando-se o sistema de gravação e, após, de gravação das respostas, transcrevendo-as em forma de citação, de modo a manter a fidelidade dos relatos visando conceder maior riqueza de detalhes ao trabalho realizado pela Polícia Militar de Santa Catarina em São Miguel do Oeste.

4.1 A ATUAÇÃO DA PATRULHA DA MARIA DA PENHA NO MUNICÍPIO CATARINENSE DE SÃO MIGUEL DO OESTE

O programa “Rede Catarina de Proteção à Mulher” foi implantado em São Miguel do Oeste a critério do comando local e está em funcionamento desde 20 de setembro de 2018. É composto por quatro policiais militares, sendo três agentes do sexo feminino e um masculino, os quais dividem as suas tarefas na seguinte forma: um deles é responsável pelos agendamentos dos atendimentos; outro é encarregado pelo recebimento das medidas protetivas de urgência e cadastro das vítimas; e, por fim, os dois últimos pelos atendimentos *in loco* das vítimas.

Conforme vão sendo expedidas as medidas protetivas pelo judiciário, são realizadas rondas pelo município para acompanhar os casos de violência doméstica e verificar se as medidas protetivas estão sendo devidamente cumpridas.

A ideia é acompanhar todas as mulheres que tiverem solicitado medida protetiva para mostrar que o Estado se importa com a sua segurança, bem como, para fazer com que o agressor tome consciência da consequência de seus atos, caso venha a descumprir com as medidas protetivas expedidas.

A Rede Catarina é um programa institucional da Polícia Militar de Santa Catarina que foi criado visando a fiscalização das medidas protetivas de urgência porque até então as medidas eram expedidas e não havia uma fiscalização efetiva – que é de responsabilidade dos órgãos de segurança, então foi criado para que isso fosse feito, e ainda, para dar mais efetividade a estas medidas protetivas porque com a fiscalização os homens se sentem vigiados e as mulheres se sentem mais seguras (informação verbal)³.

Com a Patrulha, a intenção é evitar com que o ofensor cometa ações impulsivas, bem como o descumprimento das medidas, conseqüentemente, protegendo-o também de seus próprios atos. As visitas são realizadas preferencialmente por ordem de homologação das medidas protetivas e com agendamento prévio das mulheres em suas casas ou local de trabalho.

A gente faz o contato por telefone, eu explico sobre o projeto e tento agendar um horário com elas, aí nesse contato pessoalmente a gente explica como que funciona, entrega o folder, explica a questão da fiscalização e que a gente conversa com o ofensor, então ali elas também podem tirar as dúvidas com relação as medidas protetivas (informação verbal)⁴.

As ofendidas podem optar ainda por marcar um horário para que elas se desloquem até a sede do batalhão para atendimento ao invés de serem atendidas em seu domicílio, acerca disso, assim expôs uma das policiais membro da patrulha:

Quando fazemos o agendamento, nós damos a possibilidade de se deslocar até a vítima, no serviço ou casa dela, ou de ela vir até o batalhão, muitas não querem a presença da polícia próximo ao seu vínculo familiar, pois possuem vergonha (informação verbal)⁵.

Em contrapartida, apesar da possibilidade de agendamento de horário para o atendimento da ofendida, segundo as policiais militares entrevistadas, tam-

³ Informações obtidas perante a Policial Militar 1, mediante questionamento elaborado pela autora deste trabalho, em outubro de 2019.

⁴ Informações obtidas perante a Policial Militar 2, mediante questionamento elaborado pela autora deste trabalho, em outubro de 2019.

⁵ Informações obtidas perante a Policial Militar 2, mediante questionamento elaborado pela autora deste trabalho, em outubro de 2019.

bém é uma das dificuldades enfrentadas pela equipe, pois, conforme o relatado, acontecem faltas e cancelamento nos agendamentos, ocasionados por motivos como a dificuldade de deslocamento, e, por vezes, até incertezas em relação a decisão que tomaram.

Além dessa dificuldade, a falta de tempo para os atendimentos e a falta de conscientização das mulheres também são fatores que acabam dificultando o trabalho da equipe.

Têm muitas que estão passando pela situação – entre denunciar ou não denunciar – que a patrulha toma conhecimento, a partir do atendimento de ocorrência por outras guarnições policiais, e a partir disso, age de maneira a tentar sensibilizar essa vítima da necessidade da sua proteção, da solicitação de Medidas Protetivas de Urgência, apesar de não termos como obrigar elas a fazerem a denúncia, se não constatamos que estão sendo coagidas ou que foram agredidas, ou ainda não tenhamos presenciado o delito (informação verbal)⁶.

O ideal, conforme relatado, é o agendamento feito no domicílio da ofendida, pois acolhem a patrulha de forma bastante aberta, estabelecendo uma relação de confiança com a Polícia Militar, onde suas dúvidas podem ser sanadas a partir de um atendimento particularizado, visto que o assunto traz muitas situações íntimas da vida da atendida.

Insta salientar, dado que a presença da polícia em si é algo que chama a atenção da população, para salvaguardar a situação de violência doméstica experimentada pela vítima, é vedado que a viatura utilizada para os atendimentos tenha o logo ou faça referência à Rede Catarina.

Ademais, as vítimas possuem a possibilidade de entrarem em contato com a patrulha por meio do aplicativo do “WhatsApp” para tirarem suas dúvidas ou requererem alguma informação, com a ressalva de que caso se trate de alguma situação de emergência, a ligação deve ser direcionada ao telefone emergencial da Polícia Militar, o número 190.

Atualmente, a Rede já efetuou cerca de 348 visitas⁷, e está buscando atender todas as vítimas, sem critério de escolha, com exceção daquelas em situação de risco que a guarnição comunica a Rede ou que a promotoria entra em contato para que ganhem prioridade.

⁶ Informações obtidas perante a Policial Militar 1, mediante questionamento elaborado pela autora deste trabalho, em outubro de 2019.

⁷ Informação obtida perante a Policial Militar na data de 3 de outubro de 2019.

Nós não atendemos ainda a todas as medidas, pois diariamente são expedidas novas, nós não escolhemos as vítimas [...] **nós atendemos a todas as medidas de 2018** na sequência em que fomos comunicados, e quando acabaram as de 2018, nós começamos a atender de forma aleatória. Em seguida, passamos a atender concomitantemente – algumas – as de 2017 e as de 2019, tendo em vista que devido não ser estabelecido prazo de validade, vemos a necessidade de atender as de 2017 para verificar em que situação vivem, como está a efetividade da medida protetiva de urgência, se houve retorno a convivência com o agressor, entre outros. As mulheres em situação de risco, a gente intensifica mais as visitas [...] a grande maioria dessas vítimas, quando a gente faz o primeiro atendimento normalmente já precisa ser feito um boletim de ocorrência, nesses casos já teve algum descumprimento e elas não registraram na hora, aí no dia seguinte elas nos avisam e aí é feito um boletim de ocorrência, encaminhamos para a delegacia para comunicarem o juiz (informação verbal)⁸.

Ainda, nos casos em que é feito o registro do boletim de ocorrência após a ofendida trazer a informação de que a medida foi descumprida, é feito contato telefônico com o chefe de cartório da vara criminal avisando que houve um descumprimento, para que o judiciário possa tomar as atitudes necessárias, conforme prevê o Marco Conceitual da Rede Catarina ao nominar os seus serviços:

[...] comunicar ao poder judiciário as situações em que não haja flagrante delito e haja risco à mulher, a fim de providências judiciais cautelares possam ser tomadas (tais como, decretação da medida protetiva e da prisão preventiva) [...] (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, [2017?], p. 2).

Além de comunicar o poder judiciário e de fiscalizar as medidas protetivas, cabe à patrulha o papel de prestar orientações às ofendidas acerca dos seus direitos e outras dúvidas sobre a rede, participar e atuar de forma conjunta com a rede de atendimento, com intuito de romper com o ciclo de violência buscando restaurar o convívio adequado, tendo como princípios “a polícia de proximidade, o protagonismo do cidadão, o fortalecimento de vínculos, a coprodução, a ação sobre as causas, a atuação em rede, a efetividade, a celeridade, a prestação de contas e o protagonismo do policial militar” (POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA, [2017?], p. 4).

Por fim, em complemento ao trabalho focado nas mulheres e nas suas medidas protetivas, a patrulha também atua na divulgação e promoção da atuação da equipe conscientizando as pessoas no que toca à violência doméstica, entre-

⁸ Informações obtidas perante a Policial Militar 1, mediante questionamento elaborado pela autora deste trabalho, em outubro de 2019.

gando folders e respondendo os questionamentos da coletividade nas ruas ou em eventos realizados em empresas, entidades públicas e particulares, clubes de serviço ou ainda outros locais que manifestem interesse no assunto.

No próprio marco conceitual é previsto que a patrulha faça trabalhos de prevenção e conscientização. Teve casos de mulheres que passaram pela patrulha enquanto distribuíamos panfletos e após nos procuraram ou conheciam alguém que precisava de ajuda e nos avisaram. Ainda a respeito da divulgação, nós tivemos relatos de homens que estavam pensando duas vezes antes de agredir as mulheres porque eles perceberam que agora tem a patrulha Maria da Penha aqui na região. A fiscalização faz com que a pessoa se sinta vigiada, é bem literal (informação verbal)⁹.

Do exposto, nota-se a importância do compromisso com a comunidade para sensibilizá-la em relação à violência e corroborar na luta contra todas as formas de opressão, especialmente, a conjugal, porquanto apesar da Rede Catarina estar desempenhando o seu papel como fiscal das medidas protetivas de uma forma positiva, é de extrema importância a conscientização das pessoas como uma forma de coibição à violência doméstica, para que no futuro esta espécie de violência se torne quase que inexistente, e, caso não seja, que os agressores tenham a sua devida punição.

É nesse ponto, em especial, que se funda a efetividade do programa, na medida em que ele é capaz de garantir a proteção conferida pelos instrumentos legais e determinada pelos órgãos públicos.

Percebeu-se como estudo que apesar de a Lei Maria da Penha ter sido inovadora e capaz de trazer previsões legais que dessem à mulher a proteção em caso de violência, ela necessita ser complementada por normas executivas que garantam a sua implementação no dia a dia e no âmbito doméstico e familiar, sob pena de falhar e tornar-se apenas letra fria da lei.

A partir disso, pôde-se inferir, a partir da análise real, que a “Rede Catarina de Proteção à Mulher” implementada no município catarinense de São Miguel do Oeste teve um resultado positivo na efetivação das medidas protetivas determinadas judicialmente, notando-se o contato regular e direto com as vitimadas e o poder estatal de modo a concretizar os institutos protetivos criados pela Lei Maria da Penha e agora efetivados através do programa da Polícia Militar.

⁹ Informações obtidas perante a Policial Militar 1, mediante questionamento elaborado pela autora deste trabalho, em outubro de 2019.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo teve como escopo demonstrar que, por um longo período, as mulheres vítimas de violência doméstica estavam desamparadas pelo Estado, que apesar da igualdade formal prevista pela Constituição Federal de 1988, o tratamento que recebiam ao denunciar o agressor não era compatível com a equidade que possuem direito.

Assim, buscou-se evidenciar a importância da criação de um ordenamento jurídico específico para as mulheres, resumindo a história de Maria da Penha Maia Fernandes, que devido a desídia do Estado com o seu caso, resultou na intervenção internacional da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, pressionando o governo a tomar alguma atitude contra os casos de violência de gênero.

O resultado foi a promulgação da Lei Maria da Penha, marco essencial na história do combate à violência contra a mulher, a qual estabeleceu a violência de gênero e a violência doméstica como formas específicas de violência, afastou a competência dos Juizados Especiais Criminais, determinou que a ação penal independe da representação da vítima e ainda elaborou muitos outros instrumentos essenciais para a coibição da violência doméstica.

Também, foi feita uma breve conceituação, sem maiores delongas, a respeito das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor e das medidas protetivas de urgência à ofendida, além disso, foi debatido a novidade trazida pela Lei n. 13.827/2019, que alterou a Lei Maria da Penha dando prerrogativas para outras autoridades além do juiz para determinar algumas medidas de proteção à mulher ofendida.

Por fim, foi feita a análise do programa institucional Rede Catarina de Proteção à Mulher executado pelo 11º Batalhão de Polícia Militar desde setembro de 2018. Pôde-se denotar que o trabalho realizado pela equipe é fundamental em São Miguel do Oeste, vez que fiscalizam as medidas protetivas expedidas pelo judiciário e auxiliam as vítimas acerca de seus direitos, e que apesar das dificuldades encontradas pela equipe para dar conta da demanda, em geral, o programa trouxe um resultado positivo para as mulheres se sentirem protegidas, tendo em vista que os agressores se sentem vigiados pela patrulha.

Logo, o entendimento que pode se extrair neste trabalho é que apesar da Lei Maria da Penha estar vigente há 13 anos combatendo a violência doméstica e

trazendo inovações como as medidas protetivas de urgência para colaborar com a proteção da ofendida, os casos de violência doméstica ainda são frequentes na sociedade, sendo necessário além programas fiscalizadores como a Rede Catarina de Proteção à Mulher, ações que busquem conscientizar a comunidade, ao passo que ocorrer essa conscientização, poderá se dizer que a lei cumprirá por fim o seu objetivo de erradicar a violência doméstica.

REFERÊNCIAS

BARBOZA, Estefânia; TOMAZINI, Larissa. Interpretação constitucional feminista e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. In: NOWAK, Bruna et al (Org.). **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

BELLOQUE, Juliana Garcia. Das medidas protetivas de urgência que obrigam o agressor – artigos 22. In: CAMPOS, Carmen Hein de et al (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

BIANCHINI, Alice. **Lei Maria da Penha: Lei 11.340/2006: aspectos assistenciais, protetivos e criminais da violência de gênero**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BOEHM, Camila. Delegacia da Mulher deu início, há 30 anos, as políticas de combate à violência. **Agência Brasil**, São Paulo, 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/direitos-humanos/noticia/2015-08/ha-30-anos-delegacia-da-mulher-deu-inicio-politicas-de-combate>>. Acesso em: 20 set. 2019.

BRASIL. **Constituição**: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

BRASIL. **Lei 11.340, de 7 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 Có-

digo de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 7 ago. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Constitucionalidade n. 19**. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão julgador: Plenário. Brasília, DF, 09 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2584650>>. Acesso em: 22 set. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Violência Doméstica: Lei Maria da Penha** — comentada artigo por artigo. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

DIAS, Maria Berenice. Maria da Penha: uma lei constitucional e incondicional. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21243/maria-da-penha-uma-lei-constitucional-e-incondicional>>. Acesso em: 12 set. 2019.

FACHIN, Melina Girardi; PIOVESAN, Flávia. Diálogos sobre o feminino: A proteção dos direitos humanos das mulheres no Brasil à luz do impacto do sistema interamericano. In: NOWAK, Bruna et al (Org.). **Constitucionalismo Feminista**. Salvador: Editora Juspodivm, 2019.

GUERRA, Sidney. **Direitos Humanos: curso elementar**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

HEERDT, Samara Willhelm. Das medidas protetivas de urgência à ofendida – artigos 23 e 24. In: CAMPOS, Carmen Hein de et al (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

INSTITUTO MARIA DA PENHA. **Ciclo da Violência**. Fortaleza, 2018. Disponível em: <<http://www.institutomariadapenha.org.br/violencia-domestica/ciclo-da-violencia.html>>. Acesso em: 13 ago. 2019.

IZUMINO, Wânia Pasinato. **Justiça e Violência Contra a Mulher** — O papel do sistema judiciário na solução dos conflitos de gênero. 2ª ed. São Paulo: Editora Annablume, 2004.

LAVIGNE, Rosane M. Reis; PERLINGEIRO, Cecilia. Das medidas protetivas de urgência – artigos 18 a 21. In: CAMPOS, Carmen Hein de et al (Org.). **Lei Maria da Penha comentada em uma perspectiva jurídico-feminista**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Legislação Criminal Especial Comentada**. 3ª ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2015.

MANFRAO, Caroline Colombelli. **Estupro**: prática jurídica e relações de gênero. Brasília: Centro Universitário de Brasília, 2009.

MUNIZ, J. Os direitos dos outros e outros direitos: um estudo sobre a negociação de conflitos nas DEAMS/RJ. In: SOARES, Luiz Eduadro et ali. **Violência e política no Rio de Janeiro**. Rio de Janeiro: ISER, Relume Dulmará, 1996.

NUCCI, Guilherme de Souza. Alterações na Lei Maria da Penha trazem resultado positivo. **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-mai-18/nucci-alteracoes-maria-penha-trazem-resultado-positivo>>. Acesso em: 12 set. 2019.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Leis penais e processuais comentadas**. 7. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. **Marco Conceitual Rede Catarina de Proteção à Mulher**. [S.l.: s.n.], [2017?]. Apostila.

POLÍCIA MILITAR DE SANTA CATARINA. Procedimento Operacional Padrão (POP) n. 304.5, de 2 de dezembro de 2011. Atendimento da Ocorrência de Lei Maria da Penha. **Boletim Interno**, Florianópolis, 2011.

PORTO, Pedro Rui de Fontoura. **Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher**: Lei n. 11.340/2006: análise crítica e sistêmica. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

A PROCURADORIA EUROPEIA E SEU PAPEL NO FORTALECIMENTO DO PROCESSO DE INTEGRAÇÃO EUROPEIA

THE EUROPEAN PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND ITS ROLE IN STRENGTHENING THE PROCESS OF EUROPEAN INTEGRATION

Cristiane Rosália Maestri Böell

Mestranda em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho (UMinho) e em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)

Procuradora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina

RESUMO: O texto ora apresentado traz à lume o momento político e econômico vivenciado pela União Europeia frente às adversidades advindas da globalização e a necessidade premente de fortalecimento da integração. O controle das fronteiras externas e o combate à criminalidade transnacional, dentre outras políticas adotadas pela União, tem por escopo manter e aperfeiçoar o espaço liberdade, segurança e justiça, com a adoção de um conjunto de medidas, dentre as quais a Cooperação Judiciária em matéria penal, que traz em seu bojo a consolidação do direito penal europeu, com a possibilidade de estabelecimento de regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade grave com dimensão transfronteiriça. Nessa esteira e visando o combate à criminalidade lesiva dos interesses financeiros da União, instituiu-se a Procuradoria Europeia, sobre cuja atuação prestes a iniciar, apresentamos algumas reflexões, fruto de questionamentos e inquietações que circundam o nascimento do novel Ministério Público europeu.

PALAVRAS-CHAVE: Direito penal europeu. Espaço liberdade, segurança e justiça. Cooperação Judiciária em matéria penal. Procuradoria Europeia.

ABSTRACT: This text brings to light the political and economic scenario experienced by the European Union in the face of the adversities arising from globalization and the urgent need to strengthen integration. The control of external borders and the fight against transnational crime, among other policies adopted by the Union, aims at preserving and perfecting its area of freedom, security and justice by adopting a set of measures, including Judicial Cooperation in criminal matters, thus resulting in the consolidation of European criminal law, with the possibility of establishing minimum rules regarding the definition of criminal offenses and sanctions in areas with serious cross-border crime issues. In this sense and aiming at fighting criminal activities that are detrimental to the Union's financial interests, the European Public Prosecutor's Office has been created, whose activities is about to begin. We present some reflections on this, which are the result of questions posed and concerns raised surrounding the birth of the new European Public Prosecution institution.

KEYWORDS: European criminal law. Area of freedom, security, and justice. Judicial Cooperation in Criminal Matters. European Public Prosecutor's Office.

Enviado em: 16-06-2020

Aceito em: 1º-10-2020

1 INTRODUÇÃO

O processo de cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia foi lançado em 3 de abril de 2017, depois de registada a falta de acordo unânime sobre a proposta. Com notificação às três instituições da União Europeia (UE), dezesseis signatários, em 7 de abril de 2017, informaram da intenção de dar início à referida ação, nos termos do art. 86, n. 1, do TFUE (Tratado de Funcionamento da União Europeia).

Dessa forma, o Conselho da União Europeia, tendo em vista a proposta da Comissão, com suporte nas disposições dos artigos 86 do TFUE, em 12 de outubro de 2017, e diante da aprovação pelo Parlamento, em processo legislativo especial, adotou o Regulamento (UE) 2017/1939 que institui a Procuradoria Europeia (PE) e estabelece normas relativas ao seu funcionamento.

Assim, tendo em vista a criação de um espaço de liberdade, segurança e justiça, um dos objetivos UE, insculpido no art. 3, n. 2 do Tratado da União Europeia (TUE)¹, e a necessidade de proteção de interesses financeiros da União contra infrações penais que geram anualmente significativos prejuízos financeiros à União, como a utilização fraudulenta dos fundos estruturais da União ou casos de fraude transfronteiriço em grande escala (superior a 10.000,00 euros) ao IVA, nos termos da Diretiva (UE) 2017/1371, a Procuradoria Europeia será responsável por investigar, processar judicialmente e levar a julgamento os autores de infrações lesivas aos interesses financeiros da União Europeia, exercendo a ação penal pública perante os órgãos jurisdicionais competentes dos Estados-Membros.

Nesse sentido, pela Decisão 2019/1798 do Parlamento Europeu e do Conselho, de comum acordo, com suporte na fundamentação apresentada pelo Comité de Seleção, Laura Codruța Kövesi² é nomeada Procuradora-Geral Europeia da Procuradoria Europeia, por um período, não renovável, de sete anos, com início em 31 de outubro de 2019. Além disso, a previsão do início das atividades da Procuradoria Europeia, que terá sede em Luxemburgo, é de novembro de 2020.

Contudo, como é sabido, o desfecho acima foi construído com a história da União Europeia, com a evolução da política comunitária, que tem sua matriz no “interesse do mercado” e que, desde muito cedo, quando Comunidade Eco-

¹ “A União proporcionará aos seus cidadãos um espaço de liberdade, segurança e justiça sem fronteiras internas, em que seja assegurada a livre circulação de pessoas, em conjugação com medidas adequadas em matéria de controlos na fronteira externa, de asilo e imigração, bem como de prevenção da criminalidade e combate a este fenómeno”.

² De nacionalidade romena, ocupante do cargo de Procuradora do Ministério Público junto ao Supremo Tribunal de Cassação e Justiça da Romênia, participou de processo de seleção, após um convite à apresentação de candidaturas, integrando lista de três candidatos propostos por um painel independente.

nômica Europeia “se vinha a preocupar com uma política de criminalização das infrações em detrimento dos seus orçamentos para combater as fraudes ligadas aos subsídios das suas políticas estruturais” (SOUZA, 2005, p. 7), perpassando projetos legislativos e estudos doutrinários não só pelo combate às fraudes financeiras, mas se debruçando sobre o crime organizado, transfronteiriço e transnacional.

Nesse contexto, diante das inquietações e problemáticas trazidas por um planeta globalizado e das políticas atualmente adotadas no cenário europeu para enfrentamento desses desafios, institui-se o espaço de liberdade, segurança e justiça, que, recentemente, possibilitou o nascimento do Ministério Público da UE.

Portanto, a sedimentação de um direito penal europeu e sua relação intrínseca com os direitos humanos e garantias fundamentais fazem borbulhar muitas preocupações, debates e expectativas acerca da atuação e controle da Procuradoria Europeia, razão que remete às abordagens e considerações que seguem.

2 COOPERAÇÃO JUDICIÁRIA EM MATÉRIA PENAL E UM DIREITO PENAL EUROPEU

É notório que, diante do processo de globalização, barreiras físicas se desfazem e culturas se mesclam. Nesse grande sistema global, caracterizado pela diversidade, as fronteiras nacionais não mais estão em condições de evitar os efeitos econômicos nefastos e a insegurança gerada pela criminalidade em suas dimensões internacionais e muitas vezes transnacionais, evidenciando, destarte, a fragilidade do sistema nacional em manter a ordem pública, com a preservação dos valores jurídicos, econômicos e morais que o fundamentam.

Questiona-se, portanto, de que maneira o direito penal poderá dar uma resposta à crise de segurança que assola o planeta, diante das limitações do Estado e da necessária contextualização da criminalidade na atual sociedade globalizada? Isso porque o sentimento de impotência e medo vivenciado pela humanidade em face dos riscos e ameaças reais à paz e à segurança, aliado ao crime e transformação da soberania estatal, remete a uma releitura do conceito clássico de jurisdição penal. “No fundo, se a criminalidade deixa o *território* para passar à *rede*, os Estados devem também trabalhar em *rede*, cooperando

e coordenando-se, deixando de lado os modelos de resposta pensados, exclusivamente, para esse *território*” (RODRIGUES, 2012, p. 14).

Para Margarida Maria de Oliveira Santos (2014, p. 44-46), consiste em um grande desafio da atualidade a “procura de uma síntese entre as exigências dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e de segurança, até porque o direito à segurança é encarado, pela maioria das constituições modernas como um direito fundamental”, cuja resolução repousa na obtenção de “um equilíbrio entre a necessidade de dar uma resposta eficaz e legítima à criminalidade e a necessidade de serem respeitados os direitos fundamentais, no quadro de um Estado de direito democrático”.

Em face desse cenário, no espaço europeu, como destaca Mário Ferreira Monte (2009, p. 40), surgem manifestações “de uma certa necessidade de unificação”, seja pelas formas de cooperação internacional como pela “tentativa de legislar em matéria penal para um espaço mais abrangente que o que se confiava ao nacional”, o que requer a acolhida de um “direito originalmente comunitário”, com redefinição da ordem jurídica nacional. Surgindo, assim, o problema de como “harmonizar os vários ordenamentos jurídicos nacionais entre si e com a ordem jurídica comunitária” para que se possa impedir ou reduzir a criminalidade, notadamente no que se refere à fraude lesiva aos interesses econômicos da União e outras ocorrências como o branqueamento de capitais.

O Tratado de Lisboa, que entrou em vigor em 1º de dezembro de 2009, torna a UE mais democrática e a aparelha de forma mais eficaz para o enfrentamento dos problemas mundiais, conforme ressalta Mário Ferreira Monte (2009, p. 40), como reforço dos poderes do Parlamento Europeu, alteração dos processos de votação do Conselho, cidadania europeia, criação dos cargos de Presidente do Conselho e de Alto Representante para os Negócios Estrangeiros e a Política de Segurança (art. 15º, n. 2, do TUE), de um novo serviço diplomático da UE, prevendo, ainda, “mecanismos comunitários de condicionantes da instituição da Procuradoria Europeia”, estabelecidos no Capítulo 4º do TFUE, que versa sobre a Cooperação Judiciária em matéria penal e que fundamentou a instituição da Procuradoria Criminal por meio do Regulamento (UE) 2017/1939.

Nessa senda e diante das mazelas do planeta globalizado, dentre elas a criminalidade de proporções agigantadas e transfronteiriças, a União Europeia, com vistas a intensificar a integração supranacional em matéria penal, pelo Tra-

tado de Lisboa, constituiu no Título V, do TFUE, “um espaço de liberdade, segurança e justiça, no respeito dos direitos fundamentais e dos diferentes sistemas e tradições jurídicas dos Estados-Membros” (art. 67, n. 1) e, mais especificamente em seu Capítulo 4º, a Cooperação Judiciária em matéria penal estabelece medidas para, no âmbito da investigação, do exercício da ação penal e da execução de decisões, facilitar a cooperação entre as autoridades judiciárias ou outras equivalentes dos Estados-Membros (art. 82, n. 1, “d”, do TFUE).

No ponto que alude ao direito penal substantivo, antes do tratado de Lisboa, a aproximação da legislação penal dos Estados-Membros “era feita através de decisões-quadro e, excepcionalmente, de convenções” (MONTE; WHYTE, 2016, p. 420), com necessária transposição para o direito nacional, o que limitava, sobremaneira, o poder da União. “Tanto assim que, em última instância, eram os Estados que definiam os tipos legais de crime, de acordo com a sua Constituição, reduzindo-se o poder da União à fixação de regras mínimas, sujeitas a concretização e densificação pelos Estados, naqueles três domínios restritos” (MONTE; WHYTE, 2016, p. 420) (criminalidade organizada, terrorismo e tráfico ilícito de drogas).

Atualmente, conforme as disposições do artigo 83, n. 1, do TFUE, a Comissão Europeia e o Parlamento possuem competência legislativa, para, por meio de Diretiva, estabelecerem “regras mínimas” relativas a definição das infrações penais e das sanções em domínios de criminalidade grave com dimensões transfronteiriças, que resulte da natureza ou das incidências destas infrações, ou ainda de especial necessidade de as combater, assente em bases comuns.

Foram estabelecidos como domínios de criminalidade em causa, sem prejuízo de que outros possam vir a ser identificados pelo Conselho Europeu³, desde que preenchidos os critérios referidos no art. 83, n. 1 do TFUE, o terrorismo, o tráfico de seres humanos e exploração sexual de mulheres e crianças, o tráfico de drogas e de armas, o branqueamento de capitais, a corrupção, a contrafação de meios de pagamento, a criminalidade informática e a criminalidade organizada.

Ou seja, conforme explicita Mário Ferreira Monte, a União não detém competência para criar tipos legais de infrações criminais e sanções de aplicação direta aos jurisdicionados, mas possui competência para obrigar os Estados-Membros, mediante diretiva, a adotar normas penais e sanções, a partir de re-

³ Necessária a deliberação por unanimidade do Conselho, aprovação pelo Parlamento Europeu.

gras mínimas, “[...] deixando, no entanto, às instâncias nacionais a competência quanto à forma e aos meios. [...] Por esta razão, a diretiva deve bastar-se tanto quanto possível com a definição do resultado, que o mesmo é dizer, no nosso caso, do travejamento necessário para a tipificação, deixando aos Estados a definição do conteúdo dos tipos” (MONTE; WHYTE, 2016, p. 416-423). Daí surge a preocupação de como se harmonizar os vários ordenamentos jurídicos nacionais entre si e esses com a ordem jurídica comunitária.

Nesse viés, para Pedro Caeiro (2017, p. 43), a harmonização que “parece constituir sempre um mecanismo de acomodação do reconhecimento mútuo” no direito penal substantivo tem pouco impacto no reconhecimento mútuo convocado pela cooperação judiciária, posto que a “harmonização do direito penal substantivo está limitada pelo Tratado ao mecanismo das “regras mínimas”, ou seja, ao estabelecimento de um mínimo conteúdo para as incriminações e de mínimos de pena para os crimes indicados no art. 83 do TFUE”. E, o autor questiona, então, se a expressão “conhecimento mútuo” não caracterizaria com mais propriedade uma “cooperação mais intensa, sujeita a um padrão comum”, em face das tantas nuances possíveis de incriminação no julgamento de um fato, por cada Estados-Membros, esclarecendo que:

A UE não pode descriminalizar nem impedir a criminalização de um fato, nem limitar a severidade das penas aplicáveis, no desenvolvimento de uma *política criminal autónoma*. Tais efeitos só podem ter lugar como consequências laterais do estabelecimento de liberdades individuais (os já mencionados “efeitos negativos”) ou do princípio (europeu) da proporcionalidade (CAEIRO, 2017, p. 40).

A União ao instituir o espaço de liberdade, segurança e justiça, estabelece políticas que devem ser regidas pelos princípios da solidariedade e da partilha equitativa de responsabilidades entre os Estados-Membros, inclusive financeiramente, exigindo-se o respeito aos direitos fundamentais e envidando esforços para garantir elevado nível de segurança, por meio de prevenção e combate à criminalidade, ao racismo e à xenofobia.

Não se pode, contudo, abordar o direito penal europeu sem enfatizar o papel indispensável dos direitos fundamentais. De acordo com André Paulino Piton (2018, p. 64), pela amplitude do significado de vinculatividade atribuída à Carta dos Direitos Fundamentais após Lisboa

[...] a UE se viu finalmente dotada de um catálogo próprio de direitos fundamentais, que tantas vezes tinha sido exigido e que tanta falta vinha fazendo ao projeto europeu. Apenas a partir daqui, de facto, a União assumiu declarada e desassombadamente como tarefa sua a proteção e promoção dos direitos fundamentais dos indivíduos, perspectiva sem a qual dificilmente se poderia falar – ao menos em sentido pleno – em espaço de liberdade, segurança e justiça.

O Tratado de Lisboa, não obstante a rejeição do Tratado Constitucional⁴, manteve as inovações essenciais nesse previstas, em sede de proteção dos direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais que integrava o Título II, do Tratado Constitucional, não fez parte do texto principal do Tratado de Lisboa, mas recebeu por parte desse menção expressa sobre seu caráter jurídico vinculativo, integrando um anexo, o que denota, após os impasses que culminaram na recusa de um texto formalmente constitucional, saldo positivo no tocante a proteção dos direitos fundamentais⁵.

Nessa senda, para Alessandra Silveira (2019, p. 18), a Carta de Direitos Fundamentais, pelo Tratado de Lisboa, “assume o protagonismo da proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia secundarizando os instrumentos de proteção nacionais (quando apliquem o direito da União, obviamente), na medida em que o direito da União goza de primazia sobre o direito nacional e determina a aplicação do nível de proteção mais elevado”.

3 O MINISTÉRIO PÚBLICO EUROPEU

A criação de um Ministério Público para os interesses financeiros da União, já idealizada no *Corpus Iuris*, permaneceu latente nos interesses da Comissão do Parlamento Europeu, mesmo após se ver frustrada o projeto por ocasião do Tratado de Nice, tanto é que em 2001/2003 “a Comissão abordou a estratégia global da luta antifraude em que um dos quatro objetivos era o reforço da dimensão judicial penal do combate à fraude e corrupção” (SOUZA, 2005, p. 64). Para efetivação desse desiderato, a Comissão trouxe a público, por intermédio do Livro Verde, reflexão sobre a proposta, já feita em 29 de setembro de 2000, de criação da Procuradoria Europeia. O Livro Verde em debate, contemplava, em linhas gerais sobre o tema, as características essenciais do cargo de Procurador

⁴ Apesar da manifestação positiva ao Tratado Constitucional por 18 Estados-membros, a França e a Holanda, por seus referendos, o rejeitou.

⁵ O Reino Unido e a Polónia impuseram reservas a aplicação da Carta no tocante a algumas matérias.

Europeu (nomeação, demissão, missão, prerrogativas etc.), remetendo para o direito derivado a definição das regras de funcionamento.

Como salientou Alfredo José de Souza (2005, p. 64), o Livro Verde, pretendendo “levar a Convenção encarregada de preparar a revisão dos Tratados em 2003 (projecto de Constituição para a Europa) a considerar a proposta da criação da Procuradoria Europeia”, tinha como meta “*superar a fragmentação do espaço penal europeu, a inadequação dos métodos clássicos de cooperação judicial entre os Estados-Membros, a resposta à falta de seguimento judicial aos inquéritos administrativos efectuados pelo OLAF, reforçando a organização e eficácia dos inquéritos no interior das instituições comunitárias*”.

Registre-se, ademais, que os fundamentos e linhas básicas da constituição da Procuradoria Europeia estão no *Corpus Iuris*, que tipificava a fraude, o branqueamento, a receptação de produtos das infrações, a corrupção, a associação de malfetores, a fraude nos contratos públicos, a malversação de verbas orçamentais e a revelação de segredo de função, relacionados aos domínios de interesses financeiros da União, com sanções de restrição de liberdade e financeiras⁶, o que foi acolhido no Livro Verde.

Apesar disso, foi com o Tratado de Lisboa que surgiu, expressamente, a base legal para criação da Procuradoria Europeia, previsão esta que constou do projeto Constitucional europeu.

No que diz respeito à atual competência da Procuradoria Europeia, forte nas disposições do TFUE (art. 86) e na Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, suas funções limitam-se a investigar, instaurar ação penal e atuar até o julgamento de autores de infrações cometidas contra interesses financeiros da União, sendo que qualquer alargamento de tal competência para incluir outros crimes graves de dimensão transfronteiriça dependerão de decisão unânime do Conselho Europeu. Assim, os “crimes europeus” têm como bem jurídico protegido os interesses financeiros da União.

Nesse viés, entende-se como interesses financeiros da União, todas as receitas, despesas e ativos cobertos por, adquiridos através de ou devidos a: i) o orçamento da União; ii) os orçamentos das instituições, dos órgãos e dos organismos da União criados nos termos dos Tratados, ou os orçamentos por eles geridos e controlados direta ou indiretamente.

⁶ Pena privativa de liberdade até aos 5 anos e (ou) multa para as pessoas físicas e multa até 10 milhões de euros para as pessoas coletivas e com sanções complementares.

Ademais, no tocante a receitas provenientes dos recursos próprios do IVA, a Diretiva (UE) 2017/1371 é aplicável apenas aos casos de infrações graves (atos ou omissões intencionais definidos na Diretiva em questão, que estejam relacionados com o território de dois ou mais Estados-Membros da União e envolvam prejuízos totais de, pelo menos, 10.000.000 euros ao sistema comum do IVA).

Ainda pela Diretiva (UE) 2017/1371, constituem infrações penais o branqueamento de capitais⁷, quando envolva bens que sejam produto das infrações penais por ela abrangidos, a corrupção passiva e ativa, quando cometidas intencionalmente e a apropriação ilegítima, quando lesivas aos interesses financeiros da União. Contudo, importa registrar que a Procuradoria Europeia pode contar com a cooperação de outros órgãos para as investigações atinentes àquelas de competência da Procuradoria Criminal, como o Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)⁸, a Unidade Europeia de Cooperação Judiciária (Eurojust)⁹, o Serviço Europeu de Polícia (Europol)¹⁰, a Rede Judiciária Europeia (RJE)¹¹ e o Sistema de Informações de Schengen (SIS)¹², dentre outros.

Nesse sentido, a partir da Eurojust, nos termos do art. 86, n. 1, do TFUE, por meio do Regulamento (UE) 2017/1939, de 12 de outubro de 2017, foi instituída a Procuradoria Europeia, enquanto que a edição do Regulamento (UE) 2018/1727, de 14 de novembro de 2018, que criou a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust), substituiu e revogou a Decisão 2002/187/JAI do Conselho, delimitando a competências entre um organismo e outro.

Além disso, nos termos do artigo 3º, do Regulamento que criou a Agência, esta é competente em relação às formas de crimes graves, rol de infrações bem mais alargado que aquele de competência da Procuradoria Europeia (enumera-

⁷ Como descrito no artigo 1º, n. 3, da Diretiva (UE) 2015/849.

⁸ Com competência para abertura inquéritos administrativos internos e externo e contribuição com inquéritos nacionais e outros serviços da UE, incluindo-se aqui a Procuradoria Europeia.

⁹ Conforme art. 85, do TFUE, a "Eurojust tem por missão apoiar e reforçar a coordenação e a cooperação entre as autoridades nacionais competentes para a investigação e o exercício da ação penal em matéria de criminalidade grave que afete dois ou mais Estados-Membros ou que exija o exercício de uma ação penal assente em bases comuns, com base nas operações conduzidas e nas informações transmitidas pelas autoridades dos Estados-Membros e pela Europol.

¹⁰ Pelas disposições do art. 88, n. 1, do TFUE a Europol, que tem por missão apoiar e reforçar a ação das autoridades policiais e dos outros serviços responsáveis pela aplicação da lei dos Estados-membros, bem como a cooperação entre essas autoridades na prevenção das formas graves de criminalidade que afetem dois ou mais Estados-Membros, do terrorismo e das formas de criminalidade lesivas de um interesse comum que seja objeto de uma política da União, bem como no combate contra esses fenômenos".

¹¹ "Esta rede é constituída por Pontos de Contacto dos Estados-Membros, pela Comissão Europeia e por um Secretariado sediado em Haia". Tais pontos de Contato "são intermediários ativos cuja função é facilitar cooperação judiciária entre os Estados-Membros, especialmente no combate às formas graves de criminalidade." (MONTE; WHYTE, 2016, p. 443).

¹² Base de dados que permite as Polícias trocar informações sobre bens e pessoas.

das no anexo I). Todavia, a partir da data em que a Procuradoria Europeia assumir as suas funções de investigação e ação penal, nos termos do artigo 120º, n. 2, do Regulamento (UE) 2017/1939, a Eurojust não mais exerce a sua competência relativa às infrações que sejam da competência daquela e tenham sido cometidas após a entrada em vigor do Regulamento imediatamente citado, salvo nos casos que envolvem Estados-Membros que não participam na cooperação reforçada para a criação da Procuradoria Europeia, e a pedido desses Estados-Membros ou da Procuradoria Europeia.

Então, a Eurojust exercerá a sua competência em relação aos crimes que afetam os interesses financeiros da União, em casos que envolvem os Estados-Membros que participam na cooperação reforçada para a criação da Procuradoria Europeia, mas em relação aos quais a Procuradoria não tem competência ou decide não a exercer.

Entretanto, em nome da cooperação, para facilitar a atuação da Eurojust no seu âmbito de competência, poderá essa estabelecer e manter relações de cooperação com as instituições, órgãos ou organismos da União, de acordo com os objetivos destes, e com as autoridades competentes de países terceiros e organizações internacionais, de acordo com a estratégia de cooperação, previsão que por si só não retira as inúmeras indagações sobre como será na prática essa cooperação com aludidas instituições, como no caso a Procuradoria Europeia, restando previsto que os aspetos práticos relativos ao exercício da competência, tocante aos crimes que afetam os interesses financeiros da União, poderão ser objeto de celebração de convênio, mas que não poderão servir como base para permitir o intercâmbio de dados pessoais, não vinculado a União nem os Estados-Membros (artigo 3º, n. 2 e artigo 47, n. 3, ambos do Regulamento (UE) 2018/1727).

Vale apontar que existem inúmeros outros aspectos a escrutinar no tocante à Procuradoria Europeia, diante da sua importância e extensão da sua atuação, pois, como mencionam Alessandra Silveira e Joana Abreu (2017, p. 48), trata-se de “uma espécie de órgão absolutamente inédito na estrutura europeia”, fazendo-se mister, ao menos, referenciar a indispensabilidade de controle político e judicial a que deve estar submetido “à luz dos direitos fundamentais protegidos pela ordem jurídica europeia”. A obrigação prevista no Regulamento (UE) 2017/1939, exigindo da Procuradoria Europeia respeito aos direitos fundamen-

tais insculpidos na CDFUE (Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia), em especial o direito a um tribunal imparcial, o direito de defesa e a presunção de inocência. Guiados pelos aludidos princípios, pelos sistemas e tradições jurídicos dos Estados-Membros e pela ordem jurídica europeia, de acordo com o art. 67º, n. 1, TFUE, “[...] nenhuma disposição do Regulamento pode ser interpretada de modo a impedir que os tribunais apliquem os princípios fundamentais do direito nacional em matéria de equidade do processo conforme aplicáveis nos sistemas nacionais, nomeadamente nos sistemas de direito consuetudinário (common law).” Há pois uma repartição de competência conforme dispõe o art. 51º, n. 1, na CDFUE, o que implica em reconhecer que no âmbito de aplicação do direito da União, o “padrão de jusfundamentalidade aplicável é o da União”, enquanto que fora desse âmbito, se aplica a Constituição nacional.

A propósito, sobre “a exigência de se desenhar de acordo com um programa político-criminal [europeu] de nível constitucional”, para Anabela Miranda Rodrigues (2017, p. 25-26), se trata de um desafio, cuja chave está nas disposições do art. 49º (Princípios da legalidade e da proporcionalidade dos delitos e das penas), n. 3, da CDFUE, donde se extrai que “o direito penal europeu deve ser aferido pelo padrão de exigência da proporcionalidade”, em sentido amplo ou da necessidade de intervenção penal.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Da presente análise extrai-se questões centrais relativas à atuação do Ministério Público europeu e suas implicações no direito penal dos Estados-membros, que, sob o manto da integração, possibilita evidenciar um interesse público da União, ao combater o crime grave de dimensão transnacional, na proteção dos interesses financeiros dessa, numa perspectiva diversa daquela de tão somente promover a congregação de interesses dos Estados-Membros. Cuida-se de interesse supranacional baseado nas políticas europeias, a autorizar o surgimento de um verdadeiro direito penal europeu, com o estabelecimento de regras mínimas relativas à definição das infrações penais e das sanções nos domínios estabelecidos.

Várias são as inquietações face às dificuldades que estão por vir, mas também há expectativa de que este organismo híbrido, o qual é submetido a mecanismos de controle judicial, como o reenvio prejudicial e o controle das decisões

de arquivamento (quando contestadas com fundamento no direito da União), aliás, outro universo a se desbravar, venha a contribuir significativamente para a concretização do espaço liberdade, segurança e justiça, sem descuidar da sua também missão, de fortalecimento da proteção dos direitos fundamentais no âmbito da União Europeia.

Destarte, em um contexto de uma União Europeia ancorada em fórmula Constitucional única (os tratados constitutivos funcionam como uma Constituição), a jurisprudência do Tribunal de Justiça da UE, a partir da atuação da Procuradoria Europeia, terá papel relevante no traçado dos caminhos a serem trilhados, mormente no manejo de princípios gerais e estruturantes da União.

Nesse rumo, a cooperação legal, o reconhecimento mútuo, a harmonização e o *ne bis in idem*¹³ serão princípios e institutos solicitados a desbravar as intercorrências das transposições da Diretiva (UE) 2017/1371 e de eventual alargamento do rol de crimes de competência da Procuradoria Europeia, como dos reflexos nas decisões judiciais que virão a ser proferidas nos diferentes Estados-Membros da UE, advindos da investigação e persecução penal capitaneadas pelo novel Ministério Público europeu.

Nos moldes em que foi instituída, a Procuradoria Europeia, após idas e vindas, tendo como pano de fundo o incremento da complexidade dos fenômenos criminais, muitas vezes permeados pela globalização, mas cuja atuação ainda se restringe à criminalidade que afeta os interesses financeiros da União, apresenta-se como um órgão comprometido com a aceleração da cooperação e a consolidação do objetivo da União de se tornar um autêntico espaço de liberdade, segurança e justiça.

REFERÊNCIAS

CAEIRO, Pedro. Reconhecimento mútuo, harmonização e confiança mútua (primeiro esboço de uma revisão). In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mário Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (Coords.). **Os novos desafios da cooperação judiciária e policial na União europeia e da implementação da Procuradoria Europeia**. Braga: Escola de Direito da Universidade do Minho, 2017.

¹³ Inclusive com relação a infrações indissociáveis daquelas lesivas dos interesses financeiros da União, conforme o Considerando 54 do Regulamento (UE) 2017/1939.

MONTE, Mário Ferreira. **O direito penal europeu de “Roma” a “Lisboa”**: subsídios para a sua legitimação. Lisboa: Quid Juris, 2009.

MONTE, Mário Ferreira; WHYTE, Joana. Cooperação judiciária e policial em matéria penal. In: SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana; FROUFE, Pedro Madeira (Coords.). **Direito da União Europeia**: elementos de direito e política da união. Coimbra: Almedina, 2016.

PITON, André Paulino. **A anatomia de um processo penal europeu**. 2018. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas, Especialidade de Ciências Jurídicas Públicas)—Universidade do Minho, Braga, 2018. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/1822/59041>>. Acesso em: 26 nov. 2018.

RODRIGUES, Anabela Miranda. Direito penal europeu pós-Lisboa: um penal funcionalista? In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mario Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (Coords.). **Os novos desafios da cooperação judiciárias e policial na União Europeia e da implementação da procuradoria europeia**. Braga: Centro Interdisciplinar m Direitos Humanos, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2017.

RODRIGUES, Joana Amaral. **Um ministério público europeu**: algures entre o optimismo e a resistência? Coimbra: Almedina, 2012.

SANTOS, Margarida Maria de Oliveira. **Para um (novo) modelo de intervenção penal na União Europeia**: uma reflexão a partir do princípio da legalidade como limite material de atuação da Procuradoria Europeia. 2014. Tese (Doutorado em Ciências Jurídicas, Especialidade em Ciências Jurídicas Públicas)—Universidade do Minho, Escola de Direito, Braga, 2014.

SILVEIRA, Alessandra. A transição possível: do Tratado Constitucional ao Tratado de Lisboa. In: SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro Madeira (colaboração). **Tratado de Lisboa**: versão consolidada. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2019.

SILVEIRA, Alessandra; ABREU, Joana. Percorrendo os circuitos da federalização judiciária: inquietações e expectativas sobre direitos fundamentais e reenvio prejudicial diante do hibridismo da procuradoria europeia. In: SANTOS, Margarida; MONTE, Mario Ferreira; MONTEIRO, Fernando Conde (Coords.). **Os**

novos desafios da cooperação judiciárias e policial na União Europeia e da implementação da procuradoria europeia. Braga: Centro Interdisciplinar em Direitos Humanos, Escola de Direito, Universidade do Minho, 2017.

SILVEIRA, Alessandra; FROUFE, Pedro Madeira (colaboração). **Tratado de Lisboa:** versão consolidada. 4. ed. Lisboa: Quid Juris, 2019.

SOUZA, Alfredo José. **A criminalidade transnacional na União Europeia:** um ministério público europeu? Coimbra: Almedina, 2005.

UNIÃO EUROPEIA. **Diretiva (UE) 2017/1371 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017,** relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do direito penal. *EUR-Lex*, 2017. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32017L1371>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2017/1939 do Conselho, de 12 de outubro de 2017,** que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia. *EUR-Lex*, 2017. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32017R1939>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Regulamento (UE) 2018/1727 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de novembro de 2018,** que cria a Agência da União Europeia para a Cooperação Judiciária Penal (Eurojust)... *EUR-Lex*, 2018. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1727>>. Acesso em: 15 jan. 2020.

A TEORIA DO PRODUTO BRUTO MITIGADO COMO ALTERNATIVA PARA O RESSARCIMENTO DE DANOS AO ERÁRIO NAS FRAUDES EM CONTRATAÇÕES PÚBLICAS

THE MITIGATED GROSS PRODUCT THEORY AS AN ALTERNATIVE FOR COMPENSATION OF DAMAGES TO THE TREASURY DUE TO FRAUDS IN GOVERNMENT PROCUREMENT

Fabrcio Pinto Weiblen

*Mestrando em Direito na Universidade de Lisboa (ULisboa)
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

Roberto Di Sena Júnior

*Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC)
Analista do Ministério Público de Santa Catarina*

Vitor Silveira Pargendler

*Especialista em Direito do Consumidor (Anhanguera-Uniderp)
Técnico do Ministério Público de Santa Catarina*

RESUMO: Apesar de encontrar amparo expresso na Lei Geral de Licitações (Lei n. 8.666/93), o ressarcimento da íntegra do contrato nos casos de ilícitos e fraudes em contratações públicas ainda é medida excepcional, lastreada na interpretação dos tribunais pátrios de que tal medida acarreta enriquecimento sem causa da Administração Pública. A fim de contornar esse entendimento e, ao mesmo tempo, garantir que as sanções aplicadas tenham força dissuasória de novos ilícitos, as Cortes de Contas desenvolveram a teoria do produto bruto mitigado, que pressupõe a restituição tanto de eventual sobrepreço praticado pelo contratado de má-fé, quanto do lucro sobre a parte que ele efetivamente executou. Embora as decisões judiciais não façam menção nominal à teoria, seus fundamentos têm ganhado cada vez mais espaço na jurisprudência e representa uma alternativa viável e juridicamente robusta à medida mais gravosa representada pela devolução da íntegra do contrato.

PALAVRAS-CHAVE: Contratações públicas. Fraude. Dano ao erário. Teoria do produto bruto. Teoria do produto bruto mitigado.

ABSTRACT: Despite being expressly supported by the General Bidding Law (Act No. 8.666 / 93), the full reimbursement of contract amounts in the event of misconducts and frauds in public procurement is still an exceptional measure, based on the widespread perception held by Brazilian courts that such measure results in the unjust enrichment of Public Administration. In order to circumvent this interpretation and, at the same time, ensure that sanctions applied act as a deterrence against new offenses, Audit Courts have developed the theory of the "mitigated gross product", which entails reimbursements for any malicious overpricing as well as for the profits regarding the works the contracted party actually performed. Although court decisions fail to refer to the theory by its proper name, its foundations have increasingly become more present in case law and represent a feasible and legally robust alternative to a stricter and more burdensome measure, that is reimbursement for the entire contract amount.

KEYWORDS: Government procurement. Fraud. Damages to the Treasury. Gross product theory. Mitigated gross product theory.

Enviado em: 08-07-2020

Aceito em: 1º-10-2020

1 INTRODUÇÃO

A corrupção é um problema endêmico que afeta diversos setores da sociedade brasileira e gera vultosos danos econômicos e sociais. Não obstante a existência de expressivo aparato normativo e diversas medidas de controle interno e externo em vigor, as contratações públicas continuam sendo uma área particularmente vulnerável a essas práticas ilícitas.

É preciso tornar as punições mais efetivas, muito embora isso esbarre em múltiplos obstáculos, como a interpretação que os tribunais pátrios, via de regra, fazem do princípio da vedação ao enriquecimento sem (justa) causa. No âmbito de contratações fraudulentas, são frequentes os julgados que asseguram o pagamento da parcela executada, mesmo nos casos de comprovada má-fé do contratado. E isso apesar de o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações (Lei n. 8.666/93) prever expressamente que a indenização do contratado pelo que ele houver executado até a data em que for declarada a nulidade só é devida quando ele não tiver com ela contribuído, ou seja, quando sua conduta maliciosa, ilegal ou ímproba não seja a própria causa da nulidade.

O integral ressarcimento do contrato na hipótese de dano ao patrimônio público decorrente de ação ou omissão dolosa ou culposa do contratado, também conhecida no âmbito dos Tribunais de Contas por “*teoria do produto bruto*”, apesar de gozar de amparo legal, é vista por muitos como draconiana. O fato é que muitos parecem não fazer distinção entre a nulidade do contrato decorrente de culpa da Administração (tais como falhas no edital, contratações diretas irregulares, direcionamento do certame, cláusulas restritivas de competição etc.) e aquela que tem por origem a conduta do próprio contratado (v.g., pagamento de propinas, sobrepreço e superfaturamento, conluio entre competidores, fraudes na documentação relativa à qualificação técnica, regularidade fiscal e trabalhista etc.).

No afã de assegurar o poder dissuasório das sanções aplicadas nos casos de fraude em contratações públicas e evitar que as decisões fossem posteriormente revertidas pela via judicial, adotou-se no bojo do Acórdão n. 1306/2017-TCU -Plenário a “*teoria do produto bruto mitigado*”, que apresenta referencial teórico e jurisprudencial embasando o desconto do lucro da empresa, seja ele efetivo ou estimado, em caso de obtenção do contrato por meio de práticas ilícitas e fraudes.

Embora as decisões judiciais não façam menção nominal à teoria, seus fundamentos têm conquistado cada vez mais espaço na jurisprudência e ela representa uma alternativa viável e juridicamente robusta à medida mais gravosa e ainda controversa representada pela devolução da íntegra do contrato. O presente artigo propõe-se a apresentar os fundamentos e as repercussões da referida “*teoria do produto bruto mitigado*” e por que sua adoção representa medida necessária para impedir que empresas lucrem com suas práticas fraudulentas, criminosas e ímprobas.

2 A DEVOLUÇÃO DA ÍNTEGRA DO CONTRATO

O ressarcimento integral é medida que se impõe em qualquer hipótese de dano ao patrimônio público, seja por ação ou omissão dolosa ou culposa do agente público ou de terceiros, e consiste na recomposição do patrimônio do lesado, fazendo com que este, tanto quanto possível, retorne ao estado em que se encontrava por ocasião da prática do ato lesivo¹.

O ressarcimento integral dos danos ao patrimônio público tem previsão no art. 5º, combinado com o art. 18, ambos da Lei n. 8.429/92², o qual deve abranger todos os prejuízos sofridos pelos cofres públicos – ou seja, engloba tanto o que se perdeu quanto o que se deixou de ganhar, ou se ganharia, caso não houvesse ocorrido o evento lesivo:

O vocábulo ressarcimento exprime a ideia de equivalência na contraprestação, apresentando-se correlato à atividade do agente que ilicitamente cause dano ao erário. A contraprestação, consoante dicção da Lei n. 8.429/92, há de ser integral, o que torna cogente o dever de ressarcir todos os prejuízos sofridos pela pessoa jurídica lesada, qualquer que seja a sua natureza. (GARCIA; ALVES, 2017, p. 648)

No âmbito dos contratos administrativos, como se sabe, uma vez constatada a existência de fraude, a anulação é medida que se impõe, tratando-se de poder-dever da Administração Pública³.

¹ Di Pietro destaca que a obrigação de reparar o dano causado tem natureza de verdadeiro princípio geral do direito (DI PIETRO, 2015, p. 991).

² Art. 5º Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano.
[...]

Art. 18. A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de dano ou decretar a perda dos bens havidos ilicitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito.

³ A extinção do contrato pela anulação é também forma excepcional de cessação do ajuste administrativo e só pode

Evidentemente, a questão suscita respostas distintas quando a nulidade decorre de falha da Administração Pública ou de má-fé do contratado, cuja conduta fraudulenta ou ímproba é detectada apenas após a perfectibilização da relação contratual. No primeiro caso, conforme amplamente reconhecido pela jurisprudência, admite-se a indenização do contratado pelo que este houver executado até a data em que for declarada a nulidade e por outros prejuízos devidamente comprovados que ele venha a ter.

Todavia, quando a nulidade do contrato decorre de manifesta má-fé do contratado, o dano ocasionado à Administração Pública é representado pela integralidade do contrato, não podendo o contratado se esquivar dessa obrigação sob o argumento de “*enriquecimento ilícito da Administração Pública*”, já que a relação contratual padece de vício na origem. Essa interpretação encontra respaldo legal, conforme se infere da leitura do art. 49 da Lei n. 8.666/93:

Art. 49. A autoridade competente para a aprovação do procedimento somente poderá revogar a licitação por razões de interesse público decorrente de fato superveniente devidamente comprovado, pertinente e suficiente para justificar tal conduta, devendo anulá-la por ilegalidade, de ofício ou por provocação de terceiros, mediante parecer escrito e devidamente fundamentado.

§1º A anulação do procedimento licitatório por motivo de ilegalidade não gera obrigação de indenizar, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei.

§2º A nulidade do procedimento licitatório induz à do contrato, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 desta Lei. (grifos acrescidos)

Por sua vez, o art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93, a que se refere o dispositivo anterior, estabelece claramente:

Art. 59. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos.

Parágrafo único. A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada e por outros prejuízos regularmente comprovados, **contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa.** (grifos acrescidos)

ser declarada quando se verificar ilegalidade na sua formalização ou em cláusula essencial. Assim, tem sido considerado nulo o contrato realizado sem a concorrência quando a lei exige, ou com concorrência fraudada no seu procedimento ou julgamento, ou, ainda, o ajuste que contraria normas legais ou regulamentares em pontos fundamentais de seu conteúdo negocial.

º contrato, como o ato administrativo, há de ser, antes e acima de tudo, legal, isto é, conforme à lei; se a desatende, é inoperante, e assim deve ser reconhecido pela Administração, ex officio ou em recurso hierárquico, ou pelo Judiciário, mediante provocação do interessado, pela via adequada. (MEIRELLES, 2010, p. 315)

Sobre o assunto, Toshio Mukai registra:

Como o ato administrativo nulo não produz efeitos jurídicos válidos, também o contrato administrativo (que, no fundo, é um ato administrativo bilateral) não pode produzi-los. Daí a Lei de Licitações determinar o impedimento da produção eficaz de efeitos jurídicos. Como ocorre com o ato nulo, a declaração de nulidade opera *ex tunc* (retroage às origens), podendo ser formalizada somente após ter sido oferecido direito de defesa do contratado por despacho no próprio processo administrativo ou termo, devendo sempre ser indicado os dispositivos legais infringidos. (MUKAI, 2008, p. 168)

Por essa razão, é de se estranhar o entendimento de que “*se o serviço foi prestado, não se pode obrigar à devolução dos valores*”, mormente à luz de previsão expressa no sentido de que, se houver corresponsabilidade do contratado pela nulidade do contrato, não tem ele o direito a receber ampla indenização pelos serviços executados, pois, neste caso, recebeu ilicitamente os valores decorrentes do contrato, devendo ressarcir integralmente e de forma atualizada.

Ao comentar o parágrafo único do art. 59 da Lei de Licitações, Marçal Justen Filho registra:

Por igual, o particular que tiver atuado maliciosamente não pode ser beneficiado pela teoria da vedação ao enriquecimento sem causa, que se funda em juízo ético-moral. Aquele que atuou de modo reprovável eticamente não pode invocar benefícios fundados na equidade. [...]

Nesse sentido é que se afirma que a boa-fé do terceiro caracteriza-se quando não concorreu, por sua conduta, para a concretização do vício ou quando não teve conhecimento (nem tinha condições de conhecer) sua existência. O particular tem o dever de manifestar-se acerca da prática de irregularidade. Verificando o defeito, ainda que para ele não tenha ocorrido, o particular deve manifestar-se. Se não o fizer, atuará culposamente. Não poderá invocar boa-fé para o fim de obter indenização ampla. (JUSTEN FILHO, 2019)

Assim, entende-se que a obrigação da Administração Pública de ressarcir o contratado se limita àquilo que foi executado até a declaração de nulidade do contrato – contanto que o contratado não tenha contribuído para a nulidade. Caso tenha contribuído para a nulidade, em especial a título de dolo, ele terá sido remunerado ilicitamente e o ônus de indenizar é invertido, devendo o contratado ressarcir os valores em caso de má-fé.

No âmbito judicial, colhe-se a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS):

APELAÇÕES CÍVEIS. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. MUNICÍPIO DE VACARIA. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. [...]. 5. Configuração do ato de improbidade estampada pelo conjunto probatório, consistente em concerto realizado entre empresa privada e agentes públicos para fraudar o procedimento licitatório que objetivava implementar o Plantão 24 horas no Centro Municipal de Saúde do Município de Vacaria, resultando em prejuízo ao Erário, diante da restrição da concorrência. 6. A frustração do procedimento licitatório é considerada ato ímprobo, previsto no art. 10, inciso VIII, cuja lesividade é presumida pela norma, sendo suficiente a culpa *stricto sensu* para a configuração da ilicitude. 7. Elemento subjetivo. Presença do dolo incontroversa e decorrente das ações individualizadas e em conluio dos demandados contrárias a moral objetiva e a ética que deve permear o agir do agente público ou quem com a administração pública venha a contratar. 8. Proporcionalidade da multa civil aplicada em relação ao montante pago na execução do contrato emergencial firmado pela municipalidade com a empresa Mahfus e Nery. **9. Os valores adimplidos pela Administração devem retornar ao Erário, não havendo como ser invocada a vedação de enriquecimento sem causa embora tenha havido a prestação do serviço contratado, pois o benefício auferido pela Administração é involuntário, tendo por origem a comprovada má-fé dos contratantes. Inteligência do art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/93. 10. Cabível a determinação de ressarcimento integral do dano (inciso II do art. 12 da Lei n. 8.429/92), uma vez configurado o ato ímprobo, bem como a nulidade da contratação.** (grifos acrescentados)

(TJRS, Apelação Cível N. 70053874285, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 25/09/2014)

Na mesma toada, destacam-se inúmeros precedentes do Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao menos em ações diversas da improbidade administrativa, que condicionam o ressarcimento dos contratados pelos gastos incorridos até a declaração de nulidade do contrato administrativo ao fato de eles não terem agido com má-fé:

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. CONTRATO ADMINISTRATIVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE. CONTRATANTE QUE DEU CAUSA À INVALIDAÇÃO DO INSTRUMENTO. DEVER DE INDENIZAR AFASTADO. SÚMULA 83/STJ. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO COMPROVAÇÃO. 1. O Tribunal *a quo*, em virtude da nulidade de contrato administrativo celebrado sem realização de procedimento licitatório devido, afastou o dever de indenizar da Administração ao entender que os agravantes deram causa à invalidação do instrumento. 2. No tocante à levantada contrariedade ao art. 22 da Lei 8906/94 e ao art. 59 da Lei 8666/93, o acórdão recorrido harmoniza-se com a orientação pacífica do STJ de que não há o dever de indenizar por parte da Administração nos casos de ocorrência de má-fé ou de ter

o contratado concorrido para a nulidade. Incidência da Súmula 83/STJ. (grifos acrescidos) (STJ, AgRg no REsp 1394161/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013)

ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DESOBEDIÊNCIA AOS DITAMES LEGAIS. CONTRATO DE QUANTIA VULTOSA. DESIGNAÇÃO DA MODALIDADE “TOMADA DE PREÇOS” NO LUGAR DE “CONCORRÊNCIA PÚBLICA”. INSERÇÃO NO EDITAL DE CLÁUSULAS RESTRITIVAS DO CARÁTER COMPETITIVO DO CERTAME E ESTABELECIMENTO DE CLÁUSULAS QUE PERMITIRAM PREFERÊNCIAS E DISTINÇÕES INJUSTIFICADAS. DESVIRTUAMENTO DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE ENTRE OS LICITANTES. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E MORALIDADE ADMINISTRATIVAS. LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO CONFIGURADA. NULIDADE. PRESERVAÇÃO DO POSICIONAMENTO DO JULGADO DE SEGUNDO GRAU. [...] 4. As alegativas de afronta ao teor do parágrafo único do art. 49 do DL 2.300/86 e do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/93 não merecem vingar. A nulidade da licitação ou do contrato só não poderia ser oposta aos recorrentes se agissem impulsionados pela boa-fé. No caso, vislumbra-se que houve concorrência dos mesmos, pelas condutas descritas, para a concretização do ato de forma viciada, ou seja, com o seu conhecimento. Há de ser prontamente rechaçada a invocação de que a Administração se beneficiou dos serviços prestados, porquanto tornou públicos os atos oficiais do Município no período da contratação, de modo a não se permitir a perpetração do enriquecimento ilícito. **A indenização pelos serviços realizados pressupõe tenha o contratante agido de boa-fé, o que não ocorreu na hipótese. Os recorrentes não são terceiros de boa-fé, pois participaram do ato, beneficiando-se de sua irregularidade. O que deve ser preservado é o interesse de terceiros que de qualquer modo se vincularam ou contrataram com a Administração em razão do serviço prestado.** 5. **O dever da Administração Pública em indenizar o contratado só se verifica na hipótese em que este não tenha concorrido para os prejuízos provocados. O princípio da proibição do enriquecimento ilícito tem suas raízes na equidade e na moralidade, não podendo ser invocado por quem celebrou contrato com a Administração violando o princípio da moralidade, agindo com comprovada má-fé.** (grifos acrescidos) (STJ, REsp 579.541/SP, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE COBRANÇA. CONTRATO ADMINISTRATIVO SEM PRÉVIA LICITAÇÃO. EFETIVA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTATADA PELO TRIBUNAL A QUO. INDENIZAÇÃO CABÍVEL. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. **1. Segundo jurisprudência pacífica desta Corte, ainda que o contrato realizado com a Administração Pública seja nulo, por ausência de prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços prestados ou pelos prejuízos decorrentes da administração, desde que comprovados, ressalvada a hipótese de má-fé ou de ter o contratado concorrido para a nulidade.** (grifos acrescidos) (STJ, AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009)

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. ÔNUS DA PROVA. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. NULIDADE DE CONTRATO ADMINISTRATIVO. DEVER DE INDENIZAÇÃO. VEDAÇÃO AO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. [...] 2. O acórdão recorrido está em sintonia com entendimento do Superior Tribunal de Justiça de que a vedação do enriquecimento sem causa impede a Administração Pública de deixar de indenizar o contratado pelos serviços efetivamente prestados (excluído o lucro do negócio), sob o argumento de ausência de licitação e inobservância de requisitos formais do contrato. **O ente público somente pode se eximir do pagamento em caso de má-fé do contratado ou quando o último concorre para a nulidade**, circunstâncias não descritas pelo acórdão impugnado. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido. (grifos acrescentados) (STJ, REsp 1749626/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019)⁴

Importante ainda ressaltar que a declaração de nulidade não se confunde com a rescisão unilateral do contrato administrativo. São situações díspares e que ensejam consequências distintas. No dizer de Lucas Rocha Furtado:

Outra hipótese que pode resultar na extinção do contrato é a anulação dos contratos que se distingue da rescisão porque esta pressupõe a validade do próprio contrato, assim como a validade da própria licitação. Somente parece-nos viável, portanto, a rescisão de contrato que tenha sido celebrado com a observância de todos os procedimentos legais, do contrário deverá ele ser anulado. Ademais, a rescisão unilateral legitima os pagamentos até então efetuados com base no contrato, ao passo que a declaração de nulidade, por operar retroativamente, permite que seja questionada a totalidade dos pagamentos. (FURTADO, 2007, p. 559-560)

A rescisão, que se opera em virtude do descumprimento de obrigações contratuais ou legais, pressupõe a validade do contrato, ao passo que a declaração de nulidade é medida que se impõe quando a Administração tem conhecimento posterior de irregularidades, em virtude de falha sua (dispensa irregular de licitação, contratação direta indevida, edital que restringe indevidamente a competição etc.) ou por má-fé do contratado (quando este pratica sobrepreço,

⁴ Em sentido similar: AgRg no Ag 1056922/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 11.3.2009; REsp 1.143.969/RJ, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 07/11/2017; AgRg no AgRg no REsp 1.288.585/RJ, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Federal Convocado do TRF/1ª Região), Primeira Turma, DJe de 09/03/2016); AgRg no AREsp 275.744/BA, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 17.6.2014; REsp. 1.148.463/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 6.12.2013; AgRg no REsp 1.383.177/MA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 15/08/2013, DJe 26/08/2013; AgRg no REsp n. 1.394.161/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 16/10/2013; REsp n. 448.442/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1.134.084/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, DJe 29/06/2009; AgRg no Ag 1056922/RS, Relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJ de 11 de março de 2009; AgRg no AREsp 5.219/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 2/6/2011; REsp 928.315/MA, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 29.6.2007; REsp n. 579.541/SP, Rel. Min. José Delgado, DJ 19/04/2004.

age em conluio com outros licitantes, fraudada a constituição de pessoa jurídica participante de certame, omite informações ou adultera documentos). E é justamente nessa última hipótese, em que o contratado concorre para a nulidade ou age com má-fé, que se deve pleitear a restituição da íntegra do contrato, sob pena de se negar validade ao pressuposto amplamente aceito de que a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza.

Todavia, são raros os casos nos quais, em sede de improbidade administrativa, a devolução integral do valor do contrato pelo particular tenha sido efetivamente determinada pelo Poder Judiciário brasileiro; prevalece, no mais das vezes, uma aplicação estreita do princípio da vedação ao enriquecimento sem (justa) causa, em desconsideração à regra emanada do art. 59, parágrafo único, da Lei n. 8.666/1993.

Por essa razão, defende-se a construção de uma alternativa, em que haja indenização do contratado apenas pela parcela do contrato que ele tenha efetivamente executado, mas com desconto de eventuais lucros. Trata-se de uma situação intermediária: não seria possível falar em enriquecimento sem causa da Administração Pública (pois esta não receberia os custos dos serviços prestados ou dos bens fornecidos em seu favor), mas também seria reprimido o enriquecimento ilícito do particular (que por óbvio não deveria lucrar a partir de sua atuação ilegal), desestimulando novas práticas irregulares. É a distinção entre o que se convencionou chamar de “*teoria do produto bruto*” e “*teoria do produto bruto mitigado*”.

Para melhor demonstrar os fundamentos do posicionamento defendido na presente pesquisa, mostra-se oportuno examinar ditas teorias com a merecida profundidade

3 TEORIAS DO PRODUTO BRUTO E DO PRODUTO BRUTO MITIGADO NAS CORTES DE CONTAS

A estrutura da presente exposição coincide, com algumas diferenças e acréscimos, com a linha de raciocínio desenvolvida pelo Tribunal de Contas da União (TCU) por ocasião de tomada de contas especial da Secretaria Extraordinária de Operações Especiais em Infraestrutura (SeinfraOperações) e adotada no Acórdão TCU 130/2019 - Plenário, Rel. Raimundo Carreiro, de 30/01/2019.

Conforme a teoria do produto bruto, quando há fraude em licitação, a in-

tegralidade da verba pública paga ao contratado é considerada dano ao Erário e deve ser restituída, abrangidos custos (diretos e indiretos), lucro, despesas indiretas e sobrepreço. Considerando que o risco do negócio corre por conta do contratado, este não pode alegar execução parcial ou total do objeto do contrato e detém toda a responsabilidade por ilícitos cometidos no âmbito contratual. Dita teoria equivaleria à tese da devolução da íntegra do contrato nas hipóteses de anulação do contrato administrativo, em virtude de má-fé do contratado: todo o valor por ele percebido é tido como ilícito, contaminado pela ilegalidade praticada.

Tal entendimento é amparado pelo já referido art. 49, § 2º, da Lei 8.666/1993, segundo o qual um procedimento licitatório nulo tem por consequência a nulidade do contrato dela resultante, ressalvado o disposto no parágrafo único do art. 59 da mesma lei. E essa linha de pensamento é convergente com a teoria geral do negócio jurídico, originária do Direito Civil, segundo a qual a declaração de nulidade de ato ou negócio jurídico produz efeitos *ex tunc*, retroagindo ao instante de sua celebração.

O TCU vem empregando com frequência essa teoria em tomadas de contas especiais referentes a convênios, conforme se depreende dos seguintes enunciados:

Considera-se como prejuízo em valores integrais a aplicação dos recursos do convênio em objeto que se revela inservível ou sem funcionalidade após a sua execução, completa ou parcial. (TCU, Acórdão 2.812/2017 – Primeira Câmara)

A execução parcial do objeto pactuado aliada à imprestabilidade da parcela realizada permite a condenação do responsável pelo valor total dos recursos repassados pelo convênio. (TCU, Acórdão 494/2016 – Segunda Câmara)

Nos casos de execução parcial de objeto de convênio, em que a fração executada não possa ser aproveitada para os objetivos do convênio, impõe-se a devolução integral dos recursos federais repassados. (TCU, Acórdão 5.661/2014 – Primeira Câmara)

Quando o objeto de convênio é executado parcialmente e não se vislumbra a possibilidade de aproveitamento do que foi realizado para posterior conclusão, aduz-se que houve completo desperdício dos recursos repassados, os quais devem ser integralmente devolvidos aos cofres federais. (TCU, Acórdão 5.175/2013 – Primeira Câmara)

Nota-se que condenações de gestores de convênios, cujos empreendimentos se mostram inúteis ou inadequados às funções a que se destinam, englobam

a totalidade dos valores repassados pelos órgãos federais. Todavia, como regra geral, a jurisprudência tem entendido excessiva a aplicação da teoria do produto bruto para casos de nulidade contratual, mesmo que para esta tenha concorrido o contratado, sob o argumento de que se trataria de enriquecimento sem causa da Administração Pública.

Nesse contexto, uma teoria intermediária seria a denominada “*teoria do produto bruto mitigado*”, conforme se extrai do Acórdão TCU 130/2019:

76. Por outro lado, **nas situações em que a contratada der causa à nulidade, a contrario sensu, não faz sentido aplicar a interpretação tradicional do parágrafo único do art. 59 da Lei 8.666/1993, devendo a indenização à contratada obedecer a outro critério. A saída alvitrada nesses casos para que não seja aplicada a teoria do produto bruto – por ser excessiva e levar ao enriquecimento ilícito do Estado – é a adoção da teoria do produto bruto mitigado**, um abrandamento que corrige as distorções da primeira teoria (produto bruto) e se adere melhor ao nosso ordenamento jurídico. (grifos acrescentados) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Prossegue a análise com esclarecedor delineamento da teoria do produto bruto mitigado:

77. A teoria do produto bruto mitigado busca atender ao princípio que proíbe o enriquecimento ilícito da Administração, bem como do contratado, que não pode enriquecer com o lucro do ilícito, sem olvidar, porém, que o poder público deve agir de forma severa em relação aos infratores que causem lesões aos cofres estatais por atos ilícitos. Por essa teoria, **a contratada teria direito de receber como indenização os custos reais por ela suportados para cumprir as obrigações contratuais até a declaração de nulidade do contrato, mas apenas estes custos. Dessa forma, o lucro ou remuneração por ela obtido em função do exercício de sua atividade não seria passível de ressarcimento pela Administração (muito menos, por óbvio, o sobrepreço eventualmente existente no contrato)**. (grifos acrescentados) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

E conclui:

9. Ante o que consta nos autos, considero adequada a análise efetuada pela SeinfraOperações com o intuito de quantificar o débito. Entendo também adequada a data de ocorrência dos débitos sugerida pela unidade técnica, que adotou uma abordagem conservadora e favorável aos responsáveis, além de ser consonante com a jurisprudência desta Casa citada no relatório precedente.

10. Releva mencionar que a modalidade de quantificação do dano aplicada na presente tomada de contas especial, denominada de

“produto bruto mitigado”, na qual, **em situações de comprovada má-fé do contratado, a indenização por serviços executados limita-se exclusivamente aos custos incorridos na consecução do objeto, não fazendo o contratado jus à margem de lucro relativa aos itens executados**, foi chancelada pelo Tribunal quando julgou o TC 010.851/2016-0 e prolatou o Acórdão nº 1.306/2017-TCU-Plenário, da relatoria do Ministro José Múcio Monteiro. (grifos acrescentados) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Desse modo, à luz da teoria do produto bruto mitigado, do valor total pago pelo contratante ao contratado, deve-se descontar o custo comprovado ou estimado, limitado ao custo de mercado, que a empresa teve para executar o empreendimento, e a diferença entre esses dois valores é o que deve ser ressarcido ao poder público pela empresa executora. Por esse método, tanto se evita o indesejado enriquecimento ilícito da Administração, quanto se desestimulam comportamentos ilícitos das empresas licitantes e contratadas, que passarão a adotar maiores cautelas com o receio de sofrerem sanções que sejam desabonadoras e gravosas ao seu patrimônio.

Ainda nos termos do referido acórdão do TCU:

79. A teoria do produto bruto, nesse aspecto, é mitigada pela obrigação de o poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de imputação de débito à contratada. Por custos da contratada deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI [Benefícios e Despesas Indiretas] do contrato, excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI. (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Sobre o tema, a doutrina tem escrito:

[...] o TCU, buscando aderência às melhores práticas internacionais, emplacou a Teoria do Produto Bruto Mitigado no bojo do Acórdão 1306/2017-TCU-Plenário (BRASIL, 2017), construindo um referencial jurisprudencial para se glosar o lucro declarado pela empresa em caso de obtenção do contrato por meio de fraude, como o pagamento de propinas.

Nesse diapasão, há ainda decisões de Tribunais dos EUA favoráveis à glosa dos lucros, tão bem como casos de recuperação do lucro por conta de atividades ilícitas em países como Alemanha, Itália e Suíça. Por fim, dentro do disciplinado no artigo 884 do Código Civil, no inciso I do artigo 19 da Lei Anticorrupção, e no artigo 12, parágrafo único, da Lei de Improbidade Administrativa, a sociedade empre-

sária interessada na leniência não pode deter o lucro dos contratos maculados. Em suma, há critérios vários e robustos que sustentam a pertinência em se devolver os valores equivalentes ao lucro nos contratos envolvidos com o pagamento de propinas. (GOMES; ARAGÃO NETO; BUGARIN; GAMA, 2018, p. 15-16)

A teoria do produto bruto mitigado havia sido anteriormente empregada pelo TCU por ocasião do Acórdão 1306/2017-Plenário (auditoria em contratos de operação do navio-sonda Vitória 10.000). A referida Corte de Contas determinou cautelarmente à contratante (Petrobrás) que limitasse os pagamentos a partir daquela decisão aos custos diários diretos e indiretos que a contratada suportava pela execução do contrato analisado naqueles autos:

9.2. determinar à Petrobras que, na qualidade de contratante, líder do consórcio e operadora do Bloco BM-S-09:

9.2.1. retenha a totalidade dos pagamentos ainda não efetuados à Deep Black Drilling LLP no âmbito do contrato de afretamento do navio-sonda Vitória 10.000; e

9.2.2. em relação ao contrato de prestação de serviços de perfuração do referido bloco, celebrados com a Schahin Engenharia S.A., atualmente denominada Base Engenharia e Serviços de Petróleo e Gás S.A., **limite os pagamentos ainda não efetuados aos valores correspondentes aos custos diários diretos e indiretos efetivamente incorridos pela contratada**, estimados preliminarmente em US\$ 54.220,00. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017)

O trecho abaixo do Acórdão 1306/2017 - Plenário esclarece como a questão foi enfrentada e a teoria do produto bruto mitigado aplicada nesse relevante precedente:

Inicialmente, a unidade técnica calculou os referidos custos diários diretos e indiretos em US\$ 361.477,00, na forma especificada no relatório. O atual titular da SeinfraOperações, entretanto, se manifestou pela retenção da totalidade do pagamento pendente relativo ao contrato de afretamento da embarcação, promovendo-se apenas o pagamento referente aos custos diários diretos e indiretos do contrato de prestação de serviços, limitado ao valor de US\$ 54.220,00 (corresponde a 15% do valor inicialmente levantado pela unidade técnica, levando-se em conta a proporção dos serviços de perfuração no total do DSC).

Concordo com o último posicionamento da unidade instrutiva. Em juízo de conhecimento não exauriente, **o objetivo da retenção cautelar parcial de pagamentos é o de evitar eventual aumento do dano à Petrobras decorrente de nulidade dos contratos fraudados. A autorização para o pagamento dos custos diretos e indiretos referentes ao contrato de prestação de serviços, por sua vez, visa mitigar o perigo reverso de-**

corrente de eventual retenção total de valores. (grifos acrescentados) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017)

O argumento utilizado foi o de que, embora nulo o negócio jurídico, as contratações geraram serviços e bens fruídos pela contratante, cujos custos, portanto, deveriam descontados do valor total do produto bruto calculado:

É nesse sentido que foi adotada metodologia de ressarcimento seguindo critérios de justiça e equidade com base na <Teoria do Produto Bruto>.

[...]

99. Nesse estudo é demonstrado que o marco legal brasileiro adota a teoria do produto bruto com fundamento no Decreto 5687, de 31 de janeiro de 2006 (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção), no Código Penal, na Lei de Improbidade Administrativa e na Lei de Lavagem de Dinheiro.

[...]

100. Mesmo assim, faz-se necessário descontar do valor total a ser restituído a Petrobras os custos efetivamente incorridos pela Schahin, visto que o negócio de perfuração de sondas é lícito. Com isso, embora nulo o negócio jurídico e inválidos os seus atos, as contratações da operação da sonda geraram serviços e bens fruídos pela estatal, cujos custos, portanto, devem ser excluídos do cômputo do valor total do produto bruto calculado. São essas as diretrizes do estudo supracitado [tese de doutorado defendida na Universidad de Salamanca pelo Advogado da União, André Luiz de Almeida Mendonça, com o título "Sistema de principios para la recuperación de activos procedentes de la corrupción"]:

'Por lo tanto, en definitiva, el principio de integridad significa que el montante a ser restituído al Estado en función del acto corrupto o ímprobo debe representar la exacta reconstitución de las consecuencias patrimoniales y extra patrimoniales causadas por el ilícito según parámetros de justicia y equidad. Para tanto, es indispensable que la cuantificación del montante a ser resarcido considere (i) el producto bruto del ilícito, pero, tratándose de ilícito en el negocio y en la medida de la utilidad experimentada por el Estado, admitiéndose al acusado postular el descuento de los costes lícitos, directos, y razonables por él comprobadamente realizados en la ejecución del objeto del contrato; (ii) la reparación de los daños materiales causados sin incidencia de bis in idem, y; (iii) la reparación de los daños extra patrimoniales o morales según parámetros de proporcionalidad en función de las características del agente y del acto. Así, se garantiza la justa reparación sin enriquecimiento ilícito de uno u otro lado, bien como sin que el daño y riesgo de la conducta sea soportado por la propia sociedad, ya victimizada por el ilícito.'

101. **Afigurar-se-ia incompatível com o Estado de Direito admitir que um agente que compôs uma contratação fraudulenta pudesse reter o lucro decorrente de tal negócio jurídico inválido. Concordar com tal possibilidade representaria tratar de igual forma contratos legais e ilegais, premiando o infrator da lei, o que, definitivamente, não é tolerado pelo Direito. Por outro lado, sob pena de tornar o caminho do criminoso vantajoso, não é possível aceitar que a empresa tenha lucro**

com a atividade ímproba. Assim, considera-se como fonte de restituição toda a riqueza relacionada direta ou indiretamente a partir de corrupção ou improbidade.

20. Sobre a mencionada “teoria do produto bruto” e sua aplicação ao caso em exame, o diretor da SeinfraOperações assim se manifestou (peça 76):

“7. O objetivo da restituição de lucros é impossibilitar que o agente se beneficie em decorrência do ato ilícito e tome vantagem financeira real advinda de prática irregular. O embasamento jurídico para esse encaminhamento está calcado na Lei de Licitações (Lei 8.666, de 21 de junho de 1993), na restrição ao enriquecimento sem causa do Código Civil (Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002), e no conceito de *disgorgement* (restituição de lucros obtidos ilicitamente), oriundo do *comom law* e acolhido tanto pelo código civil brasileiro, quanto por princípios e decisões jurídicas nesse sentido.

[...]

9. Somado às prerrogativas da lei de licitações, o conceito de *disgorgement* albergado no relatório de auditoria possui como pilar a possibilidade de calcular as perdas sofridas pela parte lesada, com a quebra contratual, a partir dos lucros auferidos pela outra parte. Com origem no direito inglês, pode ser descrito como a restituição do lucro obtido pelo autor da violação de um direito alheio. O dicionário legal da Universidade de Cornell define o termo como:

Um remédio que impõe à parte que auferiu lucros diante de condutas ilegais ou atos faltosos o dever de restituir os lucros auferidos diante da conduta ilegal ou do ato faltoso. O propósito deste remédio é prevenir o enriquecimento ilícito.

10. O *disgorgement* pode ser aplicado para se obter a reparação integral de danos (previsto no Artigo 74 da Convenção das Nações Unidas sobre Contratos de Compra e Venda Internacional de Mercadorias). **O instituto pode ser aplicado para embasar o cálculo do quantum indenizatório devido ao promissário no lucro que o promitente auferiu ao incorrer em contrato ilícito a ser anulado. Tais circunstâncias são também ratificadores das conclusões da equipe desta unidade técnica e explicação sobre a teoria do produto bruto** (parágrafos 95-101 do relatório de auditoria e evidência 35 [peça 70] – artigo Princípio da Integridade) (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 1.306/2017-Plenário, rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017)⁵

Considerando, por exemplo, a responsabilidade por improbidade administrativa, é possível extrair das sanções previstas no art. 12 da Lei 8.429/1992 uma interpretação normativa que permite verificar presentes os elementos da teoria do produto bruto mitigado. Nos termos de seus incisos I, II e III, as cominações que podem ser aplicadas ao responsável pelo ato de improbidade envolvem, dentre outras, a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e o ressarcimento integral do dano. Essas sanções, aplicadas cumulativamente

⁵ Como adendo, cabe ainda informar que, em 25/8/2017, o Ministro Edson Fachin do STF negou seguimento a mandado de segurança impetrado pelas empresas responsáveis do caso tratado no acórdão do parágrafo acima, convalidando o entendimento pacífico daquela Corte Suprema acerca da competência constitucional do TCU para aferir a regularidade dos repasses de recursos públicos a terceiros que contratam com a Administração Pública (STF, MS 35004, Relator(a): Min. Edson Fachin, j. 25/08/2017, publicado em DJe-193 DIVULG 29/08/2017 PUBLIC 30/08/2017).

ou não, dependerão da análise concreta do ato de improbidade praticado.

Novamente, conforme o Acórdão TCU 130/2019:

84. O art. 6º da Lei de Improbidade define que “no caso de enriquecimento ilícito, perderá o agente público ou terceiro beneficiário os bens ou valores acrescidos ao seu patrimônio”, o que é substancialmente diferente do que dispõe o art. 5º. A título de exemplo, em um caso de improbidade cujo ato se relacione a conduta vedada pela lei e diga respeito a um contrato superfaturado, o “ressarcimento integral do dano” corresponderia ao superfaturamento da parcela paga desse contrato (proveniente do sobrepreço, ou preço contratado acima do valor de mercado), enquanto os “bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio” do agente ímprobo (ou terceiro beneficiário) seria o lucro que esse agente ou empresa contratada obteve pela execução do contrato. Se o lucro não tivesse que ser devolvido à Administração pela empresa ímproba, estaria ela se enriquecendo ilicitamente às custas do poder público a partir da prática do ato vedado que concorreu com esta circunstância (enriquecimento ilícito).

85. **Daí não ser exagerado concluir que a teoria do produto bruto mitigado encontra respaldo na lei de improbidade administrativa nos casos em que o ato lesivo se relacione a ilícitos praticados em contratos administrativos**, uma vez que as sanções apenas não atingem os custos demonstráveis pela empresa na execução do contrato, cabendo a ela ressarcir o valor superfaturado e perder o lucro obtido pela execução do contrato, por enriquecimento ilícito. (grifos acrescidos) (TCU, Acórdão 130/2019, rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019)

Há ainda julgado do TCE/SC que, embora sem citá-la expressamente, endossa as diretrizes da teoria do produto bruto mitigado:

Tratam os autos de Tomada de Contas Especial instaurada para apurar irregularidades na contratação por inexigibilidade de licitação, promovida pela Prefeitura Municipal de Florianópolis, de empresa para a criação, execução, montagem e desmontagem de árvore de natal.

A empresa contratada para montagem e manutenção da árvore de Natal, em alegações de defesa, requereu indenização pela realização parcial do objeto contratado. **O Relator argumentou que “apesar de a empresa realmente não possuir direito à indenização integral da contratação, os custos diretos e indiretos dos serviços (custos incorridos na execução do objeto contratual) que efetivamente tenham sido prestados devem ser ressarcidos, mesmo quando presente a má-fé, na forma do art. 884 do Código Civil, com fulcro na vedação ao enriquecimento ilícito da Administração Pública, excluindo-se os lucros e, obviamente, o eventual sobrepreço neles contido”**. (grifos acrescidos) (TCE/SC - 09/00672153. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Informativo de Jurisprudência do TCE/SC - N. 041 - Período - 01 a 31 de outubro de 2017)

Cumprе ressaltar, também, que, além do lucro obtido pelo contratado, todas as outras parcelas que não componham o custo básico do objeto efetivamente executado devem ser ressarcidas, tais como eventual superfaturamento e parcelas ilícitas em si mesmas (“propina”, por exemplo).

4 A POSIÇÃO DO STJ E DA DOUTRINA

No âmbito do Direito Administrativo, o STJ tem adotado interpretação consentânea com a teoria do produto bruto mitigado, embora sem citá-la nominalmente, ao decidir sobre contratos administrativos eivados de vício na formação capaz de ensejar nulidade.

De fato, há decisões em que o STJ admite, mesmo em situações de comprovada má-fé do contratado, a indenização por serviços executados, porém, limitando-a aos custos básicos incorridos na consecução do objeto (teoria do produto bruto mitigado). É o que se verifica nos seguintes precedentes: REsp n. 1.188.289/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 13/12/2013; REsp n. 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, DJe 24/05/2012; REsp 448442/MS, Relator: Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 24/09/2010; AgRg no Ag 1134084/SP, Relator: Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 29/06/2009; REsp 928315/MA, Relatora: Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma DJ 29/06/2007; REsp 662924/MT, Relator: Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 01/07/2005; REsp 408785/RN, Relator: Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 30/06/2003.

Pela didática com que foi redigido, transcreve-se a ementa do REsp n. 1.153.337/AC:

ACÇÃO CIVIL PÚBLICA E ACÇÃO DE COBRANÇA. LICITAÇÃO. NULIDADE. CONCORRÊNCIA DO PARTICULAR. OBRA EFETIVAMENTE ENTREGUE CONFORME AS ESPECIFICAÇÕES DO EDITAL. INDENIZAÇÃO. ENRIQUECIMENTO SEM CAUSA. POSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ARTIGO 49 DO DECRETO-LEI 2.300/86 (ATUAL ART. 59 DA LEI 8.666/93).

1. Argumenta a autarquia federal que o artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86 (atualmente artigo 59 da Lei 8.666/93) “estabelece como condição para o dever de indenizar o contratado a não imputabilidade da irregularidade que motivou a nulidade do contrato firmado com a Administração”, o que não ocorreu no caso em que foi constatada a participação da contratada na nulidade contratual em virtude de superfaturamento da obra.

2. O caput da regra geral estabelece para todos os casos de nulidade do contrato administrativo, o retorno ao estado anterior à avença

(Art 49. A declaração de nulidade do contrato administrativo opera retroativamente, impedindo os efeitos jurídicos que ele, ordinariamente, deveria produzir, além de desconstituir os já produzidos) exatamente como ocorre no direito privado (art. 182 do CC/02). O parágrafo único protege o contratante de boa-fé que iniciou a execução do contrato, merecedor, portanto de proteção especial à sua conduta (A nulidade não exonera a Administração do dever de indenizar o contratado, pelo que este houver executado até a data em que ela for declarada, contanto que não lhe seja imputável, promovendo-se a responsabilidade de quem lhe deu causa).

3. Em relação ao contratado de má-fé, não lhe é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato - retorno ao estado anterior, prevista no caput do artigo 49 do Decreto-Lei 2.300/86. Esse retorno faz-se com a recolocação das partes no estado anterior ao contrato, o que por vezes se mostra impossível, jurídica ou materialmente, como ocorre nos autos (obra pública), pelo que as partes deverão ter seu patrimônio restituído em nível equivalente ao momento anterior, no caso, pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro.

4. Recurso especial não provido. (STJ, REsp 1153337/AC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012)

No mesmo sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE COBRANÇA. CONVÊNIO PARA REALIZAÇÃO DE EVENTO NATALINO. AUSÊNCIA DE LICITAÇÃO. BOA-FÉ DO CONTRATADO RECONHECIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. DEVER DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DE INDENIZAR. PAGAMENTO DOS SERVIÇOS PRESTADOS SEM QUALQUER MARGEM DE LUCRO. PRINCÍPIO DO NÃO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE.

SÚMULA 7/STJ.

[...] 4. É pacífico no STJ que, embora o contrato ou convênio tenha sido realizado com a Administração sem prévia licitação, o ente público não poderá deixar de efetuar o pagamento pelos serviços efetiva e comprovadamente prestados, ressalvadas as hipóteses de má-fé ou de ter o particular concorrido para a nulidade. Nesses casos excepcionais, o pagamento, à título de ressarcimento, será realizado «pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro» (REsp 1.153.337/AC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 24/5/2012, grifo acrescentado).

5. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa parte, negar-lhe provimento. (grifos acrescentados) (STJ, AREsp 1522047/RS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 1/10/2019, DJe 11/10/2019)

Entendeu-se, nesses casos, que do contratado de má-fé não é retirada a posição normal de quem sofre com a declaração de invalidade do contrato, em que o retorno ao *status quo ante* pode envolver a necessidade de indenização

por efeitos de desconstituição impossível, como os serviços devidamente prestados. Todavia, decidiu-se que o contratado infrator não faria jus à margem de lucro relativa aos itens executados, os quais deveriam ser indenizados somente pelo valor do custo de produção. Assim seria respeitado o princípio da proibição do enriquecimento sem causa em relação à Administração.

Na doutrina administrativista, já havia autores que sustentavam essa tese também para os casos de má-fé do contratado em relação à nulidade contratual. Nesse sentido, traz-se a lição de Celso Antônio Bandeira de Melo:

Sem embargo, salvo se esteve conluiado com a Administração na ilegalidade, não sendo possível repor o *status quo ante*, terá de ser acobertado pelas despesas que fez em relação ao que a Administração haja aproveitado e incorporado em seu proveito. **O princípio do enriquecimento sem causa abona esta solução, até mesmo nos casos em que tenha havido má-fé. Este acobertamento deverá ser pelo exato valor a ser pericialmente apurado, e que corresponderia à vantagem auferida pela Administração, ainda que o dispêndio do contrato haja sido maior; e, evidentemente, a ele não assistirá direito a qualquer lucro ou remuneração por aquilo que empreendeu. Também nessa hipótese não será resguardado dos prejuízos indiretos ou seja, dos proveitos que acaso haja deixado de auferir em razão da vinculação contratual.** (grifos acrescidos) (MELO, 2011, p. 667)

Em sentido equivalente, Marçal Justen Filho:

Ainda que o terceiro não tenha atuado de boa-fé, a proclamação do vício não autoriza que a Administração se invista na titularidade da prestação sem qualquer remuneração ao particular. Isso equivaleria a uma sanção de confisco, que não é admitida em nosso direito. **Nesse caso, caberá indenizar o particular, mas com a eliminação de qualquer margem de lucro - diversamente do que se passará caso se configure a boa-fé do particular.** Se houve boa-fé, deve-se indenizar o particular exatamente pelo valor da proposta que formulara, com todos os acréscimos que lhe seriam assegurados se a contratação fosse válida. (grifos acrescidos) (JUSTEN FILHO, 2015, p. 553)

Observando os julgados da Corte Superior e as manifestações dos doutrinadores, percebe-se que a aplicação das normas do Direito Administrativo pátrio em conjunção com os princípios consagrados do direito advindos da esfera privada conduziu a soluções idênticas às que seriam obtidas com o uso da teoria do produto bruto mitigado. Ao contratado de má-fé, que concorreu para eivar de nulidade o contrato firmado com a Administração, impõe-se a devolução dos custos despendidos na execução, abatendo-se do débito o montante referente aos lucros.

Cumpra ainda destacar a existência do Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013 no âmbito federal, a qual, por seu turno, dispõe sobre a responsabilização administrativa de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira. Trata-se de texto normativo que, com a finalidade de quantificar os valores a serem devolvidos pela pessoa jurídica, estabelece a necessidade de se incluir o lucro ou vantagem auferida/preendida no ato ilícito:

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, **o qual também conterá a estimativa, sempre que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.**

[...]

§2º O valor da vantagem auferida ou pretendida **equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo**, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.

§3º Para fins do cálculo do valor de que trata o §2º, serão **deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados** ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido. (grifos acrescidos)

No mesmo sentido, a Instrução Normativa CGU/AGU n. 2/2018, atinente à metodologia de cálculo do valor a ser ressarcido nos acordos de leniência firmados pela Controladoria-Geral da União (CGU), no item 3 de seu Anexo I, lança mão de critério plenamente identificável com a teoria do produto bruto mitigado, e que abre caminho para o cômputo do ressarcimento com base no lucro “*ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito*”:

Anexo I

[...] 3. No que se refere ao ressarcimento aos entes lesados, a orientação vigente sobre o valor a ser ressarcido aos entes públicos lesados, no âmbito de acordo de leniência, consigna dois tipos de rubricas:

i. Rubrica com natureza de sanção: a multa administrativa da LAC; e
ii. **Rubrica com natureza de ressarcimento: a vantagem indevida auferida ou pretendida no âmbito de suas relações com a administração pública em geral. Composta por três categorias de valores, a saber:**

1. somatório de eventuais danos incontroversos atribuíveis às empresas colaboradoras;
2. somatório de todas as propinas pagas; e
3. **lucro ou enriquecimento que seria razoável se não houvera o ato ilícito.** (grifos acrescidos)⁶

⁶ Note-se que as três categorias de valores que integram a rubrica com natureza de ressarcimento abrangem não só o

A devolução dos lucros ao Erário não provoca qualquer enriquecimento da Administração Pública e também impede o enriquecimento indevido do contratado, cujo ajuste contratual está contaminado pela improbidade administrativa.

Ao participar de uma contratação ilegal, que não poderia ter sido concretizada, o particular não pode auferir lucros, sob pena de se aproveitar da sua própria torpeza. Deve ser aplicado nesse ponto, analogicamente, o mesmo raciocínio utilizado quanto ao possuidor de má-fé em relação aos frutos, previsto no art. 1.216, parte final, do Código Civil, que assevera:

Art. 1.216 O possuidor de má-fé responde por todos os frutos colhidos e percebidos, bem como pelos que, por culpa sua, deixou de perceber, desde o momento em que se constituiu de má-fé; tem direito às despesas da produção e custeio.

Com efeito, o lucro pretendido pelo contratado não deixa de ser uma espécie de frutos civis do dinheiro aplicado para a execução do contrato, o que, guardadas as devidas proporções, autoriza a aplicação do mesmo raciocínio. Assim, reconhecendo a nulidade do contrato em virtude da prática de atos de improbidade, que pressupõe má-fé, o contratado deve devolver parte dos valores recebidos, ao menos à razão direta do montante correspondente aos lucros auferidos com o contrato. Ressalte-se que esse entendimento tem o objetivo evitar um mal maior, haja vista alguns julgados isentarem os contratados, ainda que ímprobos, de devolverem qualquer quantia, bastando que tenham executado as obrigações contratuais.

Além disso, é possível chegar à mesma conclusão a partir das previsões da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) introduzidas pela Lei n. 13.655/2018. De fato, dispõe o art. 21, *caput* e parágrafo único, da LINDB:

Art. 21. A decisão que, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, decretar a invalidação de ato, contrato, ajuste, processo ou norma administrativa deverá indicar de modo expresso suas consequências jurídicas e administrativas.

Parágrafo único. A decisão a que se refere o *caput* deste artigo deverá, quando for o caso, indicar as condições para que a regularização ocorra de modo proporcional e equânime e sem prejuízo aos interesses gerais, não se podendo impor aos sujeitos atingidos ônus ou perdas que, em função das peculiaridades do caso, sejam anormais ou excessivos.

lucro, mas também os danos incontroversos (superfaturamento) e os valores ilícitos em si mesmos (propinas).

Sobre o dispositivo, leciona a doutrina que “a LINDB admitiu o saneamento do ato jurídico quando os efeitos nocivos do seu desfazimento forem muito significativos”. Nesse sentido, a nulidade do contrato deve passar pela análise dos efeitos que poderá produzir, “de modo a evitar o desfazimento de atos que, embora defeituosos, produziram efeitos consolidados ou cujo desfazimento for apto a comprometer valores protegidos pela ordem jurídica” (JUSTEN FILHO, 2019).

Em sentido similar, o art. 27, *caput*, do mesmo diploma legal:

Art. 27. A decisão do processo, nas esferas administrativa, controladora ou judicial, poderá impor compensação por benefícios indevidos ou prejuízos anormais ou injustos resultantes do processo ou da conduta dos envolvidos.

Especificamente sobre o art. 59 da Lei n. 8.666/93, o mesmo autor esclarece:

1) A superveniência da Lei 13.655/2018

O art. 59 da Lei 8.666/1993 deve ser interpretado de modo consentâneo com as previsões introduzidas supervenientemente pela Lei 13.655/2018, que incluiu dispositivos no Dec.-lei 4.657/1942. O reconhecimento da existência de vício na contratação não impõe, como solução necessária inafastável, a desconstituição do vínculo, com efeitos retroativos. Admite-se a preservação do contrato, tal como a modulação dos efeitos da pronúncia do vício. Isso significa que uma contratação eivada de vícios pode ter a sua execução preservada.

A solução poderá ser acompanhada de medidas destinadas a eliminar os defeitos e os seus efeitos danosos. Se for o caso, caberá adotar providências de cunho compensatório, destinadas a suprimir vantagens ou benefícios indevidos.

A determinação contida no art. 59 da Lei 8.666/1993 refletia uma concepção jurídica vigente no passado, que adotava o pressuposto radical de que a nulidade se constituía em obstáculo à produção de efeitos jurídicos. Essa concepção já deixara de ser praticada a propósito do vício jurídico mais grave, que é a inconstitucionalidade. Durante muito tempo, prevaleceu o entendimento de que a declaração de inconstitucionalidade produzia efeitos retroativos necessários, eis que um ato inconstitucional era considerado como inexistente. Mas a Lei 9.868/1999 admitiu a modulação dos efeitos da pronúncia de inconstitucionalidade.

Uma orientação similar foi consagrada nos arts. 20 e 21 do Dec.-lei 4.657/1942 (com a redação da Lei 13.655/2018), tal como será mais bem exposto adiante. (JUSTEN FILHO, 2019)

Em síntese, há robustos fundamentos jurídicos, doutrinários e jurisprudenciais para que se busque, de forma alternativa ou subsidiária à devolução da

íntegra do contrato, ao menos o ressarcimento os lucros obtidos pela empresa com o contrato nulo que celebrou de má-fé com a Administração (sem prejuízo de eventual sobrepreço e de “propinas” porventura pagas).

5 CÁLCULO DO LUCRO PARA FINS DE RESSARCIMENTO

Concluída essa perspectiva, porém, deve-se perquirir acerca da metodologia de aferição do valor do lucro a ser devolvido ao erário, na aplicação da teoria do produto bruto mitigado. Isso porque, ao se adotar a tese da devolução do lucro, é preciso quantificá-lo à luz do caso concreto, o que pode se dar de diversas formas.

Em obras de engenharia, é usual que conste da própria proposta do licitante o denominado BDI (Benefícios e Despesas Indiretas) ou LDI (Lucro e Despesas Indiretas), rubricas que incluem o lucro previsto para aquela determinada obra, nos termos do Decreto n. 7.983/2013⁷ e da jurisprudência do TCU (acórdãos n. 3.034/2014 - Plenário⁸ e n. 2.622/2013 - Plenário⁹, por exemplo). Daí que nesses casos revela-se mais simples extrair o percentual de lucro que deverá ser devolvido.

Nesse sentido, trecho do Acórdão n. 130/2019 - TCU, já transcrito acima:

79. A teoria do produto bruto, nesse aspecto, é mitigada pela obrigação de o poder público descontar, do valor total que pagou à empresa que deu causa à nulidade, os custos demonstrados, resultando, assim, em um valor menor de imputação de débito à contratada. Por custos da contratada deve-se entender, no caso de um orçamento típico de obra pública, os custos diretos da planilha orçamentária efetivamente executados, somados às despesas indiretas que usualmente fazem parte do BDI [Benefícios e Despesas Indiretas] do contrato, **excluindo-se, obviamente, o lucro (remuneração) contratual declarado como parcela ou componente do BDI.**

Caso não haja o lucro ou remuneração discriminado como componente do BDI, podem ser utilizados os parâmetros estabelecidos para o referido compo-

⁷ Art. 9º O preço global de referência será o resultante do custo global de referência acrescido do valor correspondente ao BDI, que deverá evidenciar em sua composição, no mínimo: [...] IV – taxa de lucro.

⁸ “Na composição do BDI de obras públicas devem ser considerados somente os custos alocados com base em critérios de rateio ou em estimativas ou aproximações, tais como: administração central, riscos, seguros, garantias e despesas financeiras, além da remuneração da empresa contratada e tributos incidentes sobre o faturamento.” (TCU, Acórdão nº 3.034/2014 - Plenário)

⁹ A taxa de BDI deve ser formada pelos componentes: administração central, riscos, seguros, garantias, despesas financeiras, remuneração do particular e tributos incidentes sobre a receita auferida pela execução da obra. Custos diretamente relacionados com o objeto da obra, passíveis de identificação, quantificação e mensuração na planilha de custos diretos (administração local, canteiro de obras, mobilização e desmobilização, dentre outros), não devem integrar a taxa de BDI. (TCU, Acórdão nº 2.622/2013 - Plenário)

nente pelo TCU, no Acórdão n. 2.622/2013, Plenário, conforme o tipo de obra ou serviço de engenharia:

Tabela 1: Parâmetros estabelecidos para o lucro, segundo o TCU

Tipo de obra	1º quartil	Médio	3º quartil
Construção de edifícios	6,16%	7,40%	8,96%
Construção de rodovias e ferrovias	6,64%	7,30%	8,69%
Construção de redes de abastecimento de água, coleta de esgoto e construções correlatas	6,74%	8,04%	9,40%
Construção de manutenção de estações e redes de distribuição de energia elétrica	8,00%	8,31%	9,51%
Obras portuárias, marítimas e fluviais	7,14%	8,40%	10,43%
Itens de mero fornecimento de materiais e equipamentos	3,50%	5,11%	6,22%

Fonte: Adaptado de Tribunal de Contas da União.

Em outros tipos de serviços, a aferição poderá passar pela análise da documentação contábil da empresa licitante, a fim de aferir o lucro obtido naquele serviço específico (quando houver esse registro mais detalhado) ou o lucro obtido pela empresa em determinado período (cujo percentual poderá ser aplicado ao bem ou serviço objeto do contrato nulo, para fins de determinação do valor a ser devolvido a título de lucro).

Uma possibilidade comum é extrair esse percentual de lucro dos documentos contábeis juntados pela empresa na licitação, em especial a Demonstração do Resultado do Exercício (DRE), que em geral abrange o lucro do exercício anterior ao da licitação.

De fato, a Lei de Licitações dispõe:

Art. 31. A documentação relativa à qualificação econômico-financeira limitar-se-á a:
I - balanço patrimonial e demonstrações contábeis do último exercício social, já exigíveis e apresentados na forma da lei, que comprovem a boa situação financeira da empresa, vedada a sua substituição por balancetes ou balanços provisórios, podendo ser atualizados por índices oficiais quando encerrado há mais de 3 (três) meses da data de apresentação da proposta;

Outra alternativa, em especial caso não haja um demonstrativo de resultado econômico acostado ao procedimento de contratação, seria oficial à empresa para que encaminhe o demonstrativo de resultado econômico do mesmo exercício da contratação.

Por fim, quando não for possível a obtenção de dados como esses, afigura-se possível a quantificação do lucro, por estimativa, com base nos percentuais trazidos pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, que serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, em especial quando a empresa investigada seja optante da referida forma de cálculo do imposto de renda.

Nessas situações, é viável a quantificação do lucro por meio dos percentuais indicados pela legislação tributária para se apurar o lucro presumido, que serve de base de cálculo do imposto de renda de pessoa jurídica, conforme Instrução Normativa RFB n. 1700, de 14 de março de 2017:

Art. 33. A base de cálculo do IRPJ, em cada mês, será determinada mediante a aplicação do percentual de 8% (oito por cento) sobre a receita bruta definida pelo art. 26, auferida na atividade, deduzida das devoluções, das vendas canceladas e dos descontos incondicionais concedidos.

§1º Nas seguintes atividades o percentual de determinação da base de cálculo do IRPJ de que trata o caput será de:

I - 1,6% (um inteiro e seis décimos por cento) sobre a receita bruta auferida na revenda, para consumo, de combustível derivado de petróleo, álcool etílico carburante e gás natural;

II - 8% (oito por cento) sobre a receita bruta auferida:

a) na prestação de serviços hospitalares e de auxílio diagnóstico e terapia, fisioterapia e terapia ocupacional, fonoaudiologia, patologia clínica, imagenologia, radiologia, anatomia patológica e citopatologia, medicina nuclear e análises e patologias clínicas, exames por métodos gráficos, procedimentos endoscópicos, radioterapia, quimioterapia, diálise e oxigenoterapia hiperbárica, desde que a prestadora desses serviços seja organizada sob a forma de sociedade empresária e atenda às normas da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa);

b) na prestação de serviços de transporte de carga;

c) nas atividades imobiliárias relativas a desmembramento ou loteamento de terrenos, incorporação imobiliária, construção de prédios destinados à venda e a venda de imóveis construídos ou adquiridos para revenda; e

d) na atividade de construção por empreitada com emprego de todos os materiais indispensáveis à sua execução, sendo tais materiais incorporados à obra;

III - 16% (dezesesseis por cento) sobre a receita bruta auferida:

a) na prestação de serviços de transporte, exceto o mencionado no inciso II do §1º; e

b) nas atividades desenvolvidas por bancos comerciais, bancos de investimentos, bancos de desenvolvimento, agências de fomento,

caixas econômicas, sociedades de crédito, financiamento e investimento, sociedades de crédito imobiliário, sociedades corretoras de títulos, valores mobiliários e câmbio, distribuidoras de títulos e valores mobiliários, empresas de arrendamento mercantil, cooperativas de crédito, empresas de seguros privados e de capitalização e entidades de previdência privada aberta; e
IV - 32% (trinta e dois por cento) sobre a receita bruta auferida com as atividades de:

- a) prestação de serviços relativos ao exercício de profissão legalmente regulamentada;
- b) intermediação de negócios;
- c) administração, locação ou cessão de bens imóveis, móveis e direitos de qualquer natureza;
- d) construção por administração ou por empreitada unicamente de mão de obra ou com emprego parcial de materiais;
- e) construção, recuperação, reforma, ampliação ou melhoramento de infraestrutura, no caso de contratos de concessão de serviços públicos, independentemente do emprego parcial ou total de materiais;
- f) prestação cumulativa e contínua de serviços de assessoria creditícia, mercadológica, gestão de crédito, seleção de riscos, administração de contas a pagar e a receber, compra de direitos creditórios resultantes de vendas mercantis a prazo ou de prestação de serviços (*factoring*);
- g) coleta e transporte de resíduos até aterros sanitários ou local de descarte;
- h) exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários, inclusive execução de serviços de conservação, manutenção, melhoramentos para adequação de capacidade e segurança de trânsito, operação, monitoração, assistência aos usuários e outros definidos em contratos, em atos de concessão ou de permissão ou em normas oficiais, pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos;
- i) prestação de serviços de suprimento de água tratada e os serviços de coleta e tratamento de esgotos deles decorrentes, cobrados diretamente dos usuários dos serviços pelas concessionárias ou subconcessionárias de serviços públicos; e
- j) prestação de qualquer outra espécie de serviço não mencionada neste parágrafo.¹⁰

Destaca-se, em sentido similar, o já mencionado Decreto n. 8.420/2015, que regulamenta a Lei n. 12.846/2013 no âmbito federal.

Trata-se de texto normativo que define critérios relevantes para proceder à estimativa de ganhos de sociedade empresária com determinado empreendimento, os quais, por certo, podem servir de baliza para estimar lucros provenientes de contratos de licitação irregulares. Reproduzem-se os artigos pertinentes:

Art. 20. A existência e quantificação dos fatores previstos nos art. 17 e art. 18, deverá ser apurada no PAR e evidenciada no relatório final da comissão, **o qual também conterà a estimativa, sempre**

¹⁰ IN RFB n. 1700/2017. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=81268&visao=anotado> Acesso em: 26/03/2020.

que possível, dos valores da vantagem auferida e da pretendida.

[...]

§ 2º O valor da vantagem auferida ou pretendida **equivale aos ganhos obtidos ou pretendidos pela pessoa jurídica que não ocorreriam sem a prática do ato lesivo, somado, quando for o caso, ao valor correspondente a qualquer vantagem indevida prometida ou dada a agente público ou a terceiros a ele relacionados.**

§ 3º Para fins do cálculo do valor de que trata o § 2º, **serão deduzidos custos e despesas legítimos comprovadamente executados ou que seriam devidos ou despendidos caso o ato lesivo não tivesse ocorrido.**

Art. 21. Ato do Ministro de Estado Chefe da Controladoria-Geral da União fixará metodologia para a apuração do faturamento bruto e dos tributos a serem excluídos para fins de cálculo da multa a que se refere o art. 6º da Lei nº 12.846, de 2013.

Parágrafo único. Os valores de que trata o caput poderão ser apurados, entre outras formas, por meio de:

I - compartilhamento de informações tributárias, na forma do inciso II do § 1º do art. 198 da Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966; e

II - **registros contábeis produzidos ou publicados pela pessoa jurídica acusada, no país ou no estrangeiro.**

Art. 22. Caso não seja possível utilizar o critério do valor do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração ao PAR, os percentuais dos fatores indicados nos art. 17 e art. 18 incidirão:

I - sobre **o valor do faturamento bruto da pessoa jurídica**, excluídos os tributos, no ano em que ocorreu o ato lesivo, no caso de a pessoa jurídica não ter tido faturamento no ano anterior ao da instauração ao PAR;

II - sobre o montante total de recursos recebidos pela pessoa jurídica sem fins lucrativos no ano em que ocorreu o ato lesivo; ou

III - nas demais hipóteses, sobre **o faturamento anual estimável da pessoa jurídica**, levando em consideração quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras. (grifos acrescidos)

Além da apuração do lucro por meio dos registros contábeis produzidos ou publicados, merece destaque o fato de que, na impossibilidade de utilização do faturamento bruto da pessoa jurídica no ano anterior ao da instauração do PAR (Procedimento Administrativo de Responsabilização), é viável o uso do faturamento anual estimável da pessoa jurídica, "*considerando quaisquer informações sobre a sua situação econômica ou o estado de seus negócios, tais como patrimônio, capital social, número de empregados, contratos, dentre outras*".

Outro ponto de vital relevância para apurar o total a ser ressarcido ao erário é, na ocorrência de sobrepreço, a correta apuração do preço de mercado, de modo a identificar a exata fração que o excedeu – lembrando que o valor total

a ser ressarcido, sob os parâmetros estabelecidos pela teoria do produto bruto mitigado, é composto pela soma do lucro com o sobrepreço (quando este ocorrer), bem como com outros valores ilícitos em si mesmos (“propinas” pagas, por exemplo). Repita-se: o único valor que não é cobrado do responsável pela nulidade do contrato é o custo básico do produto ou serviço.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Empresas que atuam de má-fé e que recorrem a expedientes criminosos, ilícitos e ímprobos para ganhar licitações, eliminar concorrentes e inflar artificialmente seus lucros deveriam ser rigorosamente punidas e obrigadas a ressarcir integralmente o patrimônio público pelos danos causados. Quando a Administração Pública é vítima de fraudes e, ao descobri-los, vê-se na obrigação de anular contratos, paralisar obras e deflagrar novos procedimentos licitatórios, ela deveria ter a certeza e a garantia de que o valor da íntegra do contrato seria devolvido ao Erário. Todavia, não é isso que normalmente ocorre.

Não obstante a Lei de Improbidade Administrativa prever o integral ressarcimento do dano causado por agentes públicos ou por terceiros e a Lei de Licitações assegurar a indenização pelo que o contratado tenha executado apenas e tão somente na hipótese de ele não ter contribuído para a nulidade, são frequentes as decisões, que, sob o argumento da vedação ao enriquecimento sem causa da Administração Pública, asseguram o pagamento integral por tudo o que foi comprovadamente executado, muitas vezes, sem nem sequer ressaltar o desconto da margem de lucro embutida. Trata-se, sem dúvida, de interpretação que premia a má-fé e transfere ao Poder Público um ônus que deveria ser suportado pelo contratado, até mesmo porque foi ele quem deu causa à nulidade.

A restituição da íntegra do contrato é vista como excessiva por muitos operadores do direito, razão pela qual o TCU passou a defender a glosa dos lucros no cálculo do ressarcimento em caso de nulidade dos contratos administrativos, assegurando a indenização dos contratados que atuem de má-fé apenas pelo custo básico do que foi produzido, sem qualquer margem de lucro. Essa é a teoria do produto bruto mitigado, que representa situação intermediária de rigidez para com os infratores, entre a restituição da íntegra do contrato (também conhecida como teoria do produto bruto) e o pagamento pelo que o contratado tenha executado, sem qualquer dedução de lucros.

O presente artigo buscou evidenciar a importância da distinção entre nulidade por culpa da Administração, hipótese na qual não resta dúvida de que o contratado deve ser indenizado por tudo aquilo que comprovadamente executou até sua declaração, e aquela que decorre de fraude e má-fé do contratado, causadora de prejuízos ao Erário e, por conseguinte, à toda coletividade. É neste caso que se entende juridicamente viável, ainda que controversa, a devolução da íntegra do contrato. Alternativamente, contudo, e em razão da prevalência do argumento de enriquecimento ilícito do Poder Público para vedar tal alternativa, entende-se que se deve buscar a restituição ao menos do lucro, efetivo ou estimado, do contratado que contribuiu para a nulidade, sem prejuízo, por óbvio, de eventual sobrepreço ou de verbas ilícitas propriamente ditas (“propinas”, por exemplo). Agir de outro modo representa premiar o contratado que frustrou os fins da licitação, pois não seria condenado a qualquer ressarcimento ao Poder Público.

REFERÊNCIAS

BRASIL. CGU, **Instrução Normativa CGU/AGU n. 2**, de 16 de maio de 2018. Disponível em: http://www.in.gov.br/materia/-/asset_publisher/Kujrw0TZ-C2Mb/content/id/15160617/do1-2018-05-21-instrucao-normativa-n-2-de-16-de-maio-de-2018-15160613 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STF, **Mandado de Segurança n. 35004/DF**, Relator(a): Min. Edson Fachin, j. 25/08/2017, publicado em DJe-193 DIVULG 29/08/2017 PUBLIC 30/08/2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/despacho775443/false> Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STJ, **Agravo em Recurso Especial n. 1522047/RS**, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 1/10/2019, DJe 11/10/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201901697534&dt_publicacao=11/10/2019 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STJ, **Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 1056922/RS**, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/02/2009, DJe 11/03/2009. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200801183346&dt_publicacao=11/03/2009 Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. STJ, **Agravo Regimental no Recurso Especial 1394161/SC**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/10/2013, DJe 16/10/2013. <https://ww2.stj.jus.br/jurisprudencia/externo/informativo/?acao=pesquisar&livre=@cnot=%2714431%27> Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. STJ, **Recurso Especial n. 1153337/AC**, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/05/2012, DJe 24/05/2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200901362399&dt_publicacao=24/05/2012 Acesso em: 06 jul. 2020.

BRASIL. STJ, **Recurso Especial n. 1749626/SP**, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/02/2019, DJe 11/03/2019. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201801486290&dt_publicacao=11/03/2019 Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. STJ, **Recurso Especial n. 579.541/SP**, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/02/2004, DJ 19/04/2004, p. 165. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200301298896&dt_publicacao=19/04/2004 Acesso em: 25 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 130/2019**, Rel. Raimundo Carreiro, j. 30/01/2019. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/130%252F2019/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 1.306/2017**, Rel. José Mucio Monteiro, j. 21/06/2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1306%252F2017/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 2.622/2013**, Rel. Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/2622%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=8e7adc80-c137-11ea-853d-a-96105ca20d5> Acesso em: 07 jul. 2020.

BRASIL. TCU (Primeira Câmara), **Acórdão n. 2.812/2017**, Rel. Weder de Oliveira. Disponível em: https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/*/NUMACORDAO%253A2812/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/9/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Plenário), **Acórdão n. 3.034/2014**. Rel. Augusto Sherman. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/3034%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=8e7adc80-c137-11ea-853d-a-96105ca20d5> Acesso em: 08 jul. 2020.

BRASIL. TCU (Primeira Câmara), **Acórdão n. 5.175/2013**. Rel. Marcos Bemquerer. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/5175%252F2013/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Primeira Câmara), **Acórdão n. 5.661/2014**. Rel. Bruno Dantas. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/5661%252F2014/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11ea-919a-a17e-6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

BRASIL. TCU (Segunda Câmara), **Acórdão n. 494/2016**. Rel. André de Carvalho. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/494%252F2016/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/1/%2520?uuid=d11cf8d0-bfc9-11e-a-919a-a17e6601f5ad> Acesso em: 18 jun. 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 28 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

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

GOMES, Rafael M.; ARAGÃO NETO, Roberto H.; BUGARIN, Maurício S.; GAMA, André L. Eficiência, atratividade e dissuasão de acordos de leniência e combate à corrupção: o caso da Operação Lava-Jato. *In: Economics and Politics Research Group Working Paper Series*. 4 Jul. 2018. Disponível em: <https://econpolrg.files.wordpress.com/2018/07/eprg-wp-2018-83.pdf> Acesso em: 25 jun. 2020.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 11 ed. São Paulo: RT, 2015.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos** [livro eletrônico]. São Paulo: Thomson Reuters, 2019.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Licitação e contrato administrativo**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MUKAI, Toshio. **Licitações e contratos públicos**. 8 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

RIO GRANDE DO SUL. TJRS, **Apelação Cível n. 70053874285**, Terceira Câmara Cível, Relator: Matilde Chabar Maia, Julgado em 25/09/2014. Disponível em: https://www1.tjrs.jus.br/site_php/consulta/download/exibe_documento_att.php?numero_processo=70053874285&ano=2014&codigo=1552427 Acesso em: 25 jun. 2020.

SANTA CATARINA. TCE/SC, **Tomada de Contas Especial n. 09/00672153**. Rel. Cons. Adircélio de Moraes Ferreira Júnior. Informativo de Jurisprudência do TCE/SC - N. 041 - Período - 01 a 31 de outubro de 2017. Disponível em: http://servicos.tce.sc.gov.br/processo/index.php?nu_proc=0900672153 Acesso em: 25 jun. 2020.

DIREITO FUNDAMENTAL À AÇÃO POPULAR E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA DEFESA CONTRA PRÁTICAS ABUSIVAS DAS PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO

FUNDAMENTAL RIGHT TO CLASS ACTIONS AND THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY IN THE DEFENSE AGAINST ABUSIVE PRACTICES PERFORMED BY PUBLIC SERVICE PROVIDERS

Thaís Onofre Caixeta de Freitas

*Mestranda na Universidade Federal de Uberlândia (UFU)
Advogada*

Vinícius Weber

*Especialista em Direito Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito
Damásio de Jesus
Advogado*

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges

*Doutorando em Direito político e econômico pela Universidade
Presbiteriana Mackenzie*

RESUMO: O objeto do presente artigo trata de práticas abusivas realizadas por prestadoras de serviço público bem como da fundamentação adequada para que a Ação Popular possa ser utilizada como instrumento de controle contra as práticas abusivas realizadas pela administração pública, práticas estas, consideradas atentatórias à moralidade administrativa e inibitórias de direitos dos consumidores. Existe ainda uma jurisprudência proibitiva que impede que a ação popular seja utilizada no âmbito do Direito do Consumidor, contudo, o princípio da solidariedade também não pode ser cerceado, tendo em vista que é imprescindível para a regulação do Estado. O presente estudo trata de demonstrar a importância do princípio da solidariedade no âmbito do consumidor e sua convergência com a Ação popular. Trata ainda da Ação Popular não somente como um instrumento de controle, mas como um remédio constitucional capaz de coibir práticas abusivas e demonstra quais são os problemas enfrentados atualmente no âmbito do direito que impedem que tal ação seja utilizada no âmbito das relações de consumo.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Administrativo. Controle. Ação Popular. Solidariedade

ABSTRACT: The subject of this article are the abusive practices performed by public service providers as well as the appropriate grounds so that Class Actions may be used as a control instrument against abusive practices performed by the public administration, which are deemed as going against administrative morality and inhibiting consumer rights. There is still a prohibitive case law that prevents class actions from being used within the scope of Consumer Law; however, the principle of solidarity cannot be curtailed either, since it is essential for State regulation. This study will attempt to demonstrate the importance of the principle of solidarity with regard to consumers and its convergence with class actions. This study will address Class Actions not only as a control instrument, but as a Constitutional remedy capable of curbing abusive practices, showing the issued currently being faced by law that prevent such actions from being used within the context of consumer relations.

KEYWORDS: Administrative Law. Control. Class Actions. Solidarity

Enviado em: 05-02-2020

Aceito em: 22-09-2020

1 INTRODUÇÃO

O artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, prevê a possibilidade de propor a Ação Popular como instrumento de participação ativa do cidadão na tentativa de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência.

A legitimidade para propor a Ação Popular é de todo Cidadão no gozo dos seus direitos políticos, que pode ser comprovado com a juntada da Certidão de quitação eleitoral. Conforme disposto da Súmula 365 do STF, a Ação Popular não é medida posta a serviço de pessoa jurídica.

Ainda na Lei n. 4.717/65, o artigo 6º aduz que devem figurar o polo passivo, a depender do caso, as entidades da Administração Pública direta e indireta, as pessoas privadas beneficiárias do ato ou contrato lesivo e os agentes que autorizaram, aprovaram, ratificaram ou praticaram ato ou firmaram contrato.¹

A principal inquietação do presente artigo é sobre práticas abusivas realizadas por prestadoras de serviço público, e a ação que pode ser utilizada como instrumento de controle destas práticas atentatórias à moralidade administrativa e inibitórias de direitos dos consumidores.

No presente trabalho, será possível entender que, para tutela de direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, é prevista a propositura de Ação Civil Pública, Mandado de segurança Coletivo, Ação de improbidade e também a Ação Popular, veremos cada uma em sua peculiaridade e estudaremos a jurisprudência proibitiva da Ação Popular nas relações de Consumo.

A ação popular é um direito fundamental, interesse legítimo e subjetivo do homem. Rodolfo de Camargo Mancuso aduz que esses direitos subjetivos soem vir acompanhados por uma ação previamente estabelecida para o caso de eventual afronta, resistência ou desconhecimento por parte de terceiros, ou do próprio Estado, como formulado no artigo 189 do Código Civil, que tais prerrogativas se estabelecem em formas de créditos formados contra ou em face do Estado, tomam a designação de direitos subjetivos públicos.²

¹ GASPARINI, Diógenes. Direito Administrativo. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.990.

² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Interesses Difusos: conceito e legitimidade para agir. São Paulo: RT, 1991, p. 38.

Após análise sobre as chamadas dimensões de direitos humanos e a Ação Popular como direito fundamental, estudaremos a possibilidade de sua aplicação no âmbito consumerista na tutela de interesses difusos e instrumento inibitório de práticas abusivas realizadas por prestadoras de serviços públicos.

Por fim, faremos um estudo sobre serviço público, os órgãos públicos que exercem tutela sobre os direitos do consumidor e abordaremos os princípios aplicáveis na relação de consumo que devem ser observados pelo prestador de serviço público, com fim de evitar práticas abusivas causadoras de prejuízo ao consumidor.

2 AÇÃO POPULAR COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

Frente à existência da nova ordem constitucional, que elevou o *status* da promoção da pessoa ao patamar supremo do ordenamento jurídico, simultaneamente nasce um dos maiores problemas dogmáticos da ciência jurídica, força normativa da constituição³.

O referido problema ganhou ainda mais potencialidade no momento em que as aspirações sociais tornaram-se massificadas, reflexo da globalização. A complexa contextualização social é, até os dias de hoje, alvo de estudos, que visam atribuir efeito positivo prático à solução em relação à intensidade e existência de efeitos da norma constitucional.

Para solucionar, em parte, esta nova aresta jusfundamental voltada à proteção dos direitos de terceira dimensão, incorporou-se no exercício exegético da Doutrina, a racionalidade acerca de um *microsistema processual transindividual*.

A consumação desta teoria se deu por meio da junção e coerência entre vários enunciados prescritivos pretéritos à Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB – os quais passaram necessariamente pela recepção – exemplos como a Lei Federal nº 7.347/85 e a Lei nº 4.714/65 – e posteriores – exemplo a Lei nº 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e a Lei nº 13.460/17.

O chamado Código de Defesa do Consumidor (CDC) harmonizou e produziu coerência entre as normas de tutela dos interesses metaindividuais, dando origem técnica a este microsistema processual transindividual, reproduzindo

³ Sobre a força normativa da Constituição, ver, por todos, HESSE, Konrad. Die normative Kraft der Verfassung: Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959.

em vários de seus artigos conceitos acerca dos interesses jurídicos da coletividade em sentido amplo.

A Ação Popular deve ser localizada geograficamente dentro deste microsistema transindividual.

Com efeito, a Assembleia Constituinte, frente à importância desse instrumento de defesa dos interesses transindividuais, reconheceu, no artigo 5º, LXXIII da Constituição Federal, a possibilidade de propor a Ação Popular como instrumento de participação ativa do cidadão na tentativa de anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, bem como proteger a moralidade administrativa, o meio ambiente e o patrimônio histórico cultural.

A CRFB, então, reconhece a instrumentalidade da Ação Popular com o fito de defesa de interesse denominados de terceira dimensão⁴, já que tem íntima relação com o ideal revolucionário francês da fraternidade.

Há, então, a evidente premissa de que o reconhecimento da Ação Popular como instrumento de defesa de interesses de terceira dimensão começa a desvendar o mistério sobre os problemas de eficiência dos Direitos da Pessoa elevados pela nova ordem constitucional a um escalão, face a ordem massiva das relações jurídicas criadas pela globalização.

De uma forma simples e objetiva, pode-se identificar que para solucionar a dinâmica e rapidez das relações negociais e jurídicas criadas pela globalização foi necessária a estipulação de mecanismos dogmáticos diretamente proporcionais a esta mesma dinâmica e agilidade das referidas relações negociais.

Com efeito, estas premissas desencadeiam a importante conclusão relacionada à necessidade e importância da Ação Popular como instrumento para a eficiência dos modos de produção e obtenção de resultados das enunciações constitucionais.

O raio de abrangência deste instrumento é elementar para defesa e debate jurisdicional sobre um número infinito de Direitos Fundamentais.

Um dos mais importantes refere-se à chance que o cidadão – conceito em sentido estrito – tem ao participar ativamente do controle dos atos da administração pública.

Acredita-se que esta seja a mais nobre função da ação popular, já que viabiliza a aproximação do cidadão na tomada de decisão administrativa e principalmente controle nas atividades do Poder Executivo.

⁴ BONAVIDES, Paulo. Do estado liberal ao estado social. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 99-100.

Sem embargos, faz-se necessário ponderar que a própria CRFB possui identificação de coexistência, harmonia e independência entre os poderes da União – Art. 2º da CRFB – exigindo, portanto, uma razoável interpretação sobre os limites de intervenção do Poder Judiciário nas atribuições do Poder Executivo.

Nasce a teoria dos freios e contrapesos, limitando a atuação do Poder Judiciário – provocado neste contexto pela Ação Popular – ao controle de legalidade dos atos do Executivo. O sistema veio de Montesquieu, cuja criatividade está justamente em inserir tal sistema nas funções legislativas, executivas e judiciais, ensejando sua distribuição a instâncias distintas e aptas a exercer legitimamente o poder⁵.

Este círculo teórico é relevante para a manutenção da ordem constitucional e segurança jurídica, já que visa garantir a aplicação e imperatividade de enunciados prescritivos legais, fruto do exercício da atividade legislativa, produzindo, assim, coerência, harmonia e independência entre poderes.

Assim, identificamos que a Ação Popular é garantia constitucional reconhecida de forma explícita dentro o rol de Direitos Individuais da CRFB, mas que visa principalmente a tutelar interesses coletivos juridicamente traduzidos em direitos frente aos atos do Poder Executivo, tendo como limitação as atividades relacionadas ao controle de legalidade, concomitantemente protegendo a ordem jurídica e respeitando a harmonia, independência e coerência entre poderes.

De fato, desde a Constituição de 1946⁶, cujo art. 141, §4º, com correspondência no art. 5º, XXXV, da CRFB, preconizava que "*A lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual*", nossa ordem constitucional assegura, de forma expressa que o Judiciário não poderá se eximir de apreciar eventual lesão a direito ou ameaça. Assim, a efetiva tutela judicial é direito fundamental⁷.

Assim, nossa ordem constitucional contempla outras garantias judiciais que podem ter reflexos sobre posições subjetivas e é aqui que entra a ação popular, assim como a ação civil pública, a arguição e descumprimento de preceito

⁵ SOARES, Mário Lúcio Quintão. Teoria do Estado. Novos paradigmas em face da globalização. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2008, p. 66. Há doutrinadores, inclusive, que entendem que não existe, aqui, uma separação de poderes, mas apenas de órgãos que precisam ser diferenciados conforme suas funções. Nesse sentido, ver, por todos, SABINE, George H. História das teorias políticas. Rio de Janeiro: Edição Fundo de Cultura, 1964, p. 412.

⁶ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 443.

⁷ Idem.

fundamental, a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade⁸.

3 AÇÃO POPULAR COMO INSTRUMENTO GARANTIDOR DE INTERESSES TRANSINDIVIDUAIS

Como dissertado no item anterior, a Ação Popular é instrumento de tutela de interesses transindividuais, os quais podem ser contextualizados como interesses jurídicos relacionados à coletividade em sentido amplo⁹.

Muito deste raciocínio de uso da ação popular como instrumento de interesses metaindividuais advém da própria interpretação ontológica do art. 1º da Lei n. 4.717/65, que menciona:

Art. 1º Qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados, dos Municípios, de entidades autárquicas, de sociedades de economia mista (Constituição, art. 141, § 38), de sociedades mútuas de seguro nas quais a União represente os segurados ausentes, de empresas públicas, de serviços sociais autônomos, de instituições ou fundações para cuja criação ou custeio o tesouro público haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, de empresas incorporadas ao patrimônio da União, do Distrito Federal, dos Estados e dos Municípios, e de quaisquer pessoas jurídicas ou entidades subvencionadas pelos cofres públicos.

De início, é importante contextualizar que a enunciação prescritiva exige a utilização da Ação Popular para defesa do erário público de qualquer um dos entes do pacto federativo, ou na defesa dos interesses econômicos de entes ou membros da administração pública indireta.

Sem embargos, é importante contextualizar que a Ação Popular não pode ser utilizada exclusivamente para defesa de interesses individuais, sob pena de carência da ação, relativa ao interesse de agir.

A essência da Ação Popular é servir de instrumento para a defesa de liberdades públicas, garantindo a eficácia/eficiência de direitos fundamentais, tanto nos aspectos da eficácia horizontal e vertical, quanto nos aspectos da eficácia positiva e negativa.

⁸ Idem.

⁹ Nesse sentido, ver, por todos, MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

Desta forma, a utilização da Ação Popular só pode ter como fundamento na defesa de Direitos Subjetivos Públicos relacionados à existência de uma Administração Pública proba e eficiente.

O professor Rodolfo Mancuso, assim contextualiza:

No caso da ação popular, qual o interesse material brandido pelo autor? Pensamos que esse interesse substancial seja o que compõe o núcleo e a gênese do direito subjetivo público de cada cidadão brasileiro a uma Administração proba e eficiente, direito esse que exerce em face de qualquer dos Poderes constituídos.¹⁰

Assim sendo, neste momento, faz-se uma consideração de extrema importância relacionada ao fato de que a Ação Popular se destina à proteção de direitos fundamentais de terceira dimensão, mas não todo e qualquer direito metaindividual, sendo tutelados exclusivamente aqueles relacionados à proteção do erário, à probidade administrativa, à moralidade, à eficiência, ao meio ambiente, ao patrimônio público em sentido amplo e também a interesses difusos de consumidores sempre relacionados com atos da Administração Pública.

Este recorte é necessário para identificar que a Ação Popular tem por objetivo servir de meio para levar ao Poder Judiciário possíveis atos que se fazem lesivos aos interesses acima indicados, não sendo aceita para defesa de interesses metaindividuais que não tenham relação com estas enunciações.

Essa especial característica do objeto da Ação Popular desencadeia um desdobramento prático não muito agradável.

Na hodierna prática nota-se o uso da Ação Popular com finalidade meramente política.

Trata-se de diagnóstico através do quais muitas vezes políticos da oposição se equivalem de suas prerrogativas como cidadãos para evidenciar defeitos da Administração Pública, tendo como único intuito seu específico benefício no sentido eleitoral, evidenciando a determinado eleitorado os defeitos da Administração Pública de seus pares.

Esta constatação pode ser comprovada pelo alto numero de distribuições de Ações Populares em períodos próximos a pleitos eleitorais, bem como a utilização das referidas ações em campanhas eleitorais.

Para que esta afirmação seja dotada de fundamento prático menciona um bom exemplo, a Ação Popular n. 0949031-33.2015.8.13.0702, distribuída

¹⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação Popular. 8. ed. São Paulo: RT, 2015, p. 163.

frente à 1ª Vara da Fazenda Pública do município de Uberlândia-MG, a qual foi distribuída em meados de Dezembro de 2015 por determinado vereador do referido município, o qual questiona a contratação de determinado consórcio formado para a administração do estacionamento rotativo daquela municipalidade.

É evidente que qualquer cidadão tem a garantia fundamental de ação para manifestar as possíveis desconformidades dos atos da Administração Pública e da Lei. Porém a utilização da Ação Popular com exclusivo fim eleitoral dissuade a real finalidade da referida ação, sendo que a sua vital importância – defesa dos interesses metaindividuais anteriormente mencionados – é adjacente ao real interesse deste tipo de pretensão.

O conhecimento empírico demonstra que a desinformação sobre termos e viabilidades da Ação Popular frente à sociedade civil frustra a ampla utilização e assim declina este desanimador diagnóstico.

Mesmo com esse pequeno desvio prático, a Ação Popular não perde a sua principal essência, a defesa de uma Administração eficiente e proba.

Acredita-se que uma maior difusão social na relevância e uso da Ação Popular pode viabilizar maior controle de atos relacionados à Administração Pública, fazendo com que diversos Direitos e Garantias Fundamentais realmente tenham consumação prática.

3.1 O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA, A HARMONIZAÇÃO ENTRE PRINCÍPIOS ADMINISTRATIVOS E O PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE NA LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL

Acredita-se que há ponto importante neste estudo, relacionado na importância da aplicação dos princípios da administração pública nas relações de consumo que tenham como destinatário final o próprio administrado.

Acredita-se que há necessária harmonização entre os princípios da administração pública e as enunciações de defesa do consumidor, quando este último é também o administrado.

A eficiência sempre é um dos principais problema, senão o maior, na Administração Pública brasileira, tendo problemas jurídicos e principalmente práticos desde os tempos da colonização portuguesa.

A dificuldade de exigência prática sobre a adoção dos modos mais adequação a atender o interesse público exigiu a expressa enunciação constitucio-

nal. Com a evidente necessidade de positivação explícita, foi editada a Emenda Constitucional n. 19/98, a qual se destinou a alterar o art. 37 da CRFB, que ganhou a seguinte enunciação:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

Desta forma, criou-se o mandado de otimização¹¹ exigindo que a Administração Pública direta e indireta realizem a adoção de todos os modos necessários para a satisfação de determinado interesse público.

Ocorre que mesmo com a enunciação explícita deste princípio na CRFB, a realidade apresentada na sociedade brasileira demonstra a enorme dificuldade que a Administração Pública tem de viabilizar o cumprimento do presente dever constitucional.

É neste contexto que a Ação Popular ganha protagonismo.

Vejamos como premissa maior identifica-se que a Administração Pública direta e indireta dos entes federativos encontra dificuldade na execução prática dos modos adequados a atender os interesses públicos.

Como premissa menor temos a substancial proteção do cidadão contra as ingerências de uma Administração improba e ineficiente, deve ocorrer através da Ação Popular.

Logo concluímos que a Ação Popular deve servir como instrumento de exigibilidade de todo e qualquer Direito ou Garantia fundamental ligada a proteção do erário público, probidade administrativa, moralidade, eficiência, meio ambiente, o patrimônio público em sentido amplo e também interesses difusos de consumidores.

Acredita-se que a utilização efetiva e contínua da Ação Popular na repressão de atos lesivos a tais direitos metaindividuais viabilizará, na perspectiva de médio e longo prazo, a mudança substancial na eficiência da Administração Pública.

Este silogismo busca amparo na conclusão realizada pelo professor José dos Santos Carvalho Filho, que indica:

¹¹ CF ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

Incluído em mandamento constitucional, o princípio pelo menos prevê para o futuro maior oportunidade para os indivíduos exercerem sua real cidadania contra tantas falhas e omissões do Estado. Trata-se, na verdade, de dever constitucional da Administração, que não poderá desrespeitá-lo, sob pena de serem responsabilizados os agentes que derem causa à violação. Diga-se, entretanto, que de nada adiantará a menção a tal princípio se não houver uma disciplina precisa e definida sobre os meios de assegurar os direitos dos usuários, a qual, diga-se por oportuno, já há muito deveria ter sido instituída se tivesse sido regulamentado o art. 37, § 3º, da Constituição Federal, que, mesmo antes da alteração introduzida pela mencionada Emenda Constitucional, previa expressamente a edição de lei para regular as reclamações relativas à prestação de serviços públicos. Fora daí, o princípio, tanto quanto tem sido esse último mandamento, tornar-se-á letra morta.¹²

A citação acima deve ser regozijada no exercício exegético que este estudo se propõe, posto que guarda íntima relação com a solução do problema da ineficiência dos serviços públicos, seja ela na Administração Pública direta ou indireta.

Vejamos que, mesmo após 20 anos da positivação do princípio da eficiência – Emenda Constitucional n. 19/98 – a conclusão do professor José dos Santos ainda é atualíssima, uma vez que, por diversas vezes, serviços públicos não são realizados no modo e forma adequados.

Acredita-se que o uso efetivo e contínuo do *microsistema processual transindividual* seja a solução para o problema da (in) eficiência dos mais variados campos da Administração Pública brasileira.

Conforme já esboçado preliminarmente, acredita-se que há a necessidade de simbiose entre os princípios da administração pública e as normas de tutela do consumidor, quando este destinatário final também figurar como administrado.

De início, é necessária uma noção propedêutica sobre o que é considerado Serviço Público, para isso menciona-se o conceito do professor José dos Santos Carvalho Filho (436, 2016):

Em nosso entender, o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública. De forma simples e objetiva, conceituamos serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade.

¹² CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2016., p. 83.

Com efeito, deve-se considerar serviço público como o regime prestacional coletivo destinado a atender necessidades básicas e secundárias.

Para tornar esta premissa inteligível, menciona-se o exemplo do cidadão que utiliza ou transporte público, ou que usufruiu dos serviços de água e esgoto etc.

Assim sendo, deve-se identificar que a titularidade do respectivo serviço, via de regra é indicado pela CRFB, sendo que a referida indicação além de criar o direito ao administrado cria concomitantemente o dever de execução e fiscalização do referido ente federativo ao qual foi delegado o referido serviço.

Novamente a menção ao professor José dos Santos Carvalho Filho (436, 2016) é necessária:

O controle, diga-se de passagem, é inerente à titularidade do serviço. Se a determinada pessoa federativa foi dada competência para instituir o serviço, é não só faculdade, mas dever, o de aferir as condições em que é prestado, sobretudo porque essa aferição traz repercussão na esfera dos indivíduos beneficiários do serviço.

Pelo que consta na melhor doutrina sobre serviços públicos, aplicam-se além dos princípios constitucionalmente reconhecidos, os princípios específicos – generalidade, continuidade, eficiência e modicidade.

Assim sendo, a proposta dogmática apresentada sugere uma harmonização destes mandamentos de otimização com as enunciações de proteção ao consumidor.

Vejamos o primeiro exemplo mencionado acima.

O administrado/usuário do serviço público do transporte público tem proteção simultânea do Código de Defesa do Consumidor e também da CRFB e da Lei n. 8.987/95, neste último caso aplicável aos casos de descentralização do referido serviço.

Tudo isso sem falar da Lei n. 13.460/17, que versa especificamente sobre a participação, proteção e defesa do usuário de serviços públicos. A lei tem especial relevância pois traz as diretrizes para os serviços públicos (art. 5º) e direitos básicos do usuário (art. 6º), que, em comunhão com o restante da ordem jurídica, dá força ao microssistema aqui estudado.

Voltamos ao caso concreto.

A realidade prática do usuário do serviço de transporte público demonstra um reiterado descumprimento em relação a superlotação dos meios de transporte – trens, metrô, ônibus, entre outros.

Ressalta-se que a disponibilização de serviço seja ele pública ou privada em desacordo com normas de especificação técnica constitui prática abusiva - enunciação do art. 39, inciso VIII do CDC - o qual menciona:

Art. 39. É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas:

VIII - colocar, no mercado de consumo, qualquer produto ou serviço em desacordo com as normas expedidas pelos órgãos oficiais competentes ou, se normas específicas não existirem, pela Associação Brasileira de Normas Técnicas ou outra entidade credenciada pelo Conselho Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial.

Não raras vezes a disponibilização do serviço público, no exemplo, o transporte público, é oferecido em desacordo com especificações técnicas indicadas pelos respectivos órgãos competentes.

A referida prática abusiva é muito comum na execução de serviços públicos com descentralização.

Desta feita, mesmo com a previsão de fiscalização – art. 29, inciso I da Lei n. 8.987/95 – a Administração Pública dificilmente realiza os referidos atos, descumprindo assim o seu dever de exercício efetivo de Poder de Polícia.

Trata-se aqui de uma deficiência bilateral, de um lado, a empresa concessionária, oriunda da iniciativa privada destinada maximizar lucros e reduzir custos, de outro a Administração Pública deficiente em seu dever de fiscalização e corajosa o suficiente para exigir a caducidade em razão da inadequação do serviço público.

Esse contexto deficitário é um diagnóstico prático do fracasso nas mais variadas formas de execução do serviço público.

Mesmo assim, o ordenamento jurídico viabiliza mecanismos de controle que com a oportuna utilização podem recentralizar a qualidade na prestação do serviço público. Menciona-se aqui o papel importante que a ação popular desempenha, uma vez que se trata de ferramenta vinculada ao já estudado *microssistema processual transindividual* que viabiliza a defesa de interesses do cidadão.

Acredita-se que o uso correto da ação popular pode viabilizar o controle jurisdicional da aplicação dos princípios que regem a administração pública e de

forma sincronizada a execução da imperatividade das normas de direito consumerista.

O protagonismo da Ação Popular viabiliza a judicialização da aspiração social, proporcionando a existência de um controle maior sobre os atos da administração pública, seja ela direta ou indireta.

3.3 PRINCÍPIO DA SOLIDARIEDADE E SUA IMPORTÂNCIA PARA GARANTIA DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Antes de tudo, precisamos compreender a solidariedade como princípio e, também, como axioma¹³. Entretanto, no plano jurídico, há adequações necessárias ao axioma, que não é mero sentimento íntimo ou regra de ordem moral. É totalmente prescindível que o indivíduo destinatário do comando constitucional concorde com este¹⁴. Assim, em nossa ordem constitucional, existe um dever de proteção à solidariedade e dignidade¹⁵, o que se evidencia desde o preâmbulo, que demonstra a opção por “igualdade e justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna”, dando, ao nosso Estado, as seguintes finalidades:

i) justiça social (arts. 3º, I, 170, caput, e 193 da CF/88) que busca redistribuição de renda e igualdade de chance a todos, ou seja, a capacidade existencial, econômica e cultural para viver e trabalhar, num nível razoável; e ii) segurança social, ou seja, a) bem-estar social (arts. 186, VI, e 193 da CF/88), consubstanciado especialmente na proteção existencial, garantida pela prestação de serviços públicos básicos (água, luz, transporte, educação, saúde etc.) e nos seguros sociais (seguro-desemprego, seguro por invalidez etc.) e b) assistência social (auxílio mínimo existencial e auxílios em catástrofes naturais, a fim de garantir um mínimo de dignidade humana ao cidadão)¹⁶.

Deveras interessante é o conceito de cidadania solidária, em que, em um primeiro estágio evolutivo, entendíamos a cidadania como liberdade de usufruir da vida, liberdade propriedade, sem intervenção externa. A evolução trouxe novo conteúdo ao conceito, que passa a abordar, também a participação social na gestão pública, por exemplo, por meio do sufrágio. Por fim, entramos em um

¹³ TORRES, R. L. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 198.

¹⁴ SARMENTO, D. Direitos fundamentais e relações privadas. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 297.

¹⁵ ÁVILA, H. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005. p. 68.

¹⁶ YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. Solidariedade social e tributação. São Paulo: Dialética, 2005, p. 59.

ideal de cidadania solidária, em que a vida pública passa a orbitar em torno da pessoa.

E o conceito de pessoa se afigura como uma essência em matéria de solidariedade, enquanto cuidado com o outro¹⁷ –, e a pessoa é quem tem o condão de dar gênese ao direito, que “surge como obra humana, é utilizado por pessoas, serve aos seus interesses e os seus fins e sofre as vicissitudes que a Humanidade lhe queira imprimir. Neste sentido, a pessoa humana não constitui qualquer instituto jurídico”¹⁸.

Desenvolvendo esse conceito, Fernando Rodrigues Martins explica que

esse sujeito real de direitos não é parte de situações jurídicas subjetivas tão somente nos limites territoriais do Estado onde mora, onde exerce as atividades dia-a-dia. [...] Na sociedade de consumo [...] está-se ante o ‘cidadão-mundo’ à mercê da hipercomplexidade informacional, da agressividade do mercado, de redutos e monopólios tecnológicos e, sobretudo, constantemente seduzido pelo consumismo insaciável e excludente¹⁹.

Nesse diapasão, os direitos humanos almejam ao resguardo vital dos consumidores, na medida em que são pessoas vulneráveis no mercado²⁰. No âmbito do Estado social, já aparecem interesses econômicos e sociais, impondo, ao Estado, o dever de proteção e, aos cidadãos, o dever de solidariedade.²¹ A razão desse resguardo vital se dá pelo fato de o consumidor ser o vulnerável no mercado²².

Isso levou a uma transformação axiomática e até mesmo teleológica do próprio direito internacional, diminuindo a importância das relações interestatais, tornando-se centro de aplicação e concretude dos direitos humanos, lançando a pessoa à globalidade.

Cabe, aqui, nos socorrermos da lição de Cançado Trindade:

¹⁷ PERLINGIERI, Pietro; FERMI, Pasquale. *Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile* 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche italiane, 2004, p. 72.

¹⁸ MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. *Tratado de direito civil português. Parte Geral. Tomo I*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 371.

¹⁹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os lugares do direito do consumidor na pauta humanitária: em busca do modelo nomo-global de proteção aos vulneráveis. *Direito privado e policontextualidade. Fontes, Fundamentos e Emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 142-143.

²⁰ BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

²¹ MARTINS, Fernando Rodrigues. Os deveres fundamentais como causa subjacente-valorativa da tutela da pessoa consumidora: contributo transversal e suplementar à hermenêutica consumerista da afirmação. In: MARTINS, Fernando Rodrigues. *Direito privado e policontextualidade. Fontes, Fundamentos e Emancipação*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, p. 255.

²² BARROSO, Luís Roberto. A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 33.

ao longo da evolução do Direito Internacional contemporâneo, a personalidade jurídica internacional deixou de ser monopólio dos Estados. Tanto estes, como as organizações internacionais, como os seres humanos individual e coletivamente, são titulares de direitos e portadores de dever emanados diretamente do Direito Internacional²³.

O princípio da solidariedade está previsto no ordenamento jurídico e deve resguardar também os consumidores. Pensando desta forma, é possível afirmar que a Ação Popular como forma de controle das práticas da administração, poderá ser utilizada também sob o Âmbito consumerista, por mais que a Jurisprudência atual do STJ afirme o contrário, sob consequência de incorrer em desacordo com o princípio da solidariedade, inerente aos direitos humanos.

4 CRÍTICA À JURISPRUDÊNCIA PROIBITIVA DA UTILIZAÇÃO DA AÇÃO POPULAR NAS RELAÇÕES DE CONSUMO

Mesmo após a consagração constitucional do da ação popular, ainda permeiam dúvidas a respeito dela, principalmente no que tange à sua aplicação. A hipótese do presente estudo é incluir a Ação Popular como forma de defesa de interesse do consumidor, além de Ação Civil Pública.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO POPULAR. CONCESSÃO DE SERVIÇO. SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES DE EMPRESA CONCESSIONÁRIA DE SERVIÇO DE GESTÃO DE ÁREAS DESTINADAS A ESTACIONAMENTO ROTATIVO. INOBSERVÂNCIA DE DIREITO CONSUMERISTA. INÉPCIA DA INICIAL. ILEGITIMIDADE ATIVA. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. SÚMULA 211/STJ.

A Ação Popular não é servil à defesa dos consumidores, porquanto instrumento flagrantemente inadequado mercê de evidente ilegítimatio ad causam (art. 1º, da Lei 4717/65 c/c art. 5º, LXXIII, da Constituição Federal) do autor popular, o qual não pode atuar em prol da coletividade nessas hipóteses. 2. A ilegitimidade do autor popular, in casu, coadjuvada pela inadequação da via eleita ab origine, porquanto a ação popular é instrumento de defesa dos interesses da coletividade, utilizável por qualquer de seus membros, revela-se inequívoca, por isso que não é servil ao amparo de direitos individuais próprios, como só em ser os direitos dos consumidores, que, consoante cediço, dispõem de meio processual adequado à sua defesa, mediante a propositura de ação civil pública, com supedâneo nos arts. 81 e 82 do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90)²⁴

²³ CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. O direito internacional em um mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 1-102.

²⁴ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº. 818.725 - SP. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 13/05/2008. DJ. 16/06/2008.

Contudo, apesar da jurisprudência proibitiva, a legislação consumerista não faz restrição à espécie de ação a ser usada para tutela dos interesses protegidos, além da capacidade da ação para tanto. Pelo contrário, abrange quaisquer possíveis meios processuais que sejam idôneos à defesa dos interesses do consumidor.

Neste contexto, já se revela cabível a ação popular como instrumento para a defesa dos titulares de direitos fundamentais pertinentes às relações de consumo, com base no artigo 83 do Código de defesa do Consumidor.

Sabe-se que o inciso LXXIII do artigo 5º da CF, inseriu a Ação Popular no rol dos direitos e garantias fundamentais, juntamente com a Lei no 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular no ordenamento jurídico brasileiro, em consonância com o microsistema jurídico criado com o advento da Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990 que instituiu o Código de Proteção e Defesa do Consumidor, antes de voltarmos ao entendimento do STJ explicitado pela supracitada decisão.

No que tange à legitimidade passiva na ação popular, o artigo 6º da Lei no 4.717 de 1965 dispõe que, *in verbis*:

A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omissas, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

Conforme demonstrado, é de se discordar do entendimento de que “na ação popular há necessariamente que figurar no polo passivo um ente da Administração pública direta, indireta ou pessoa jurídica que de alguma forma administre verba pública.”²⁵

De acordo com o entendimento legal, é possível também a figuração no polo passivo da ação popular de uma pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público ou ainda de uma pessoa física ou jurídica (mesmo que não preste serviço público).

A atuação do Ministério Público no processo da ação popular deve ocorrer nos termos do §4º do artigo 6º da Lei no 4.717 de 29 de junho de 1965¹⁶. Sobre esta atuação, sustenta Seabra Fagundes: O Ministério Público desempenha papel relevante no que concerne

²⁵ RODRIGUES, Geisa de Assis. Da ação popular. In: DIDIER JR., Fredie (Org.). Ações constitucionais. Salvador: JusPodium, 2006, p. 219.

a ação popular. Cabe-lhe acompanhar, em todos os seus termos, as ações ajuizadas, zelando pela celeridade do andamento, pela satisfatória satisfação da prova dependente de requisição, pelo exaurimento da instância, pela execução da sentença e pela efetivação das responsabilidades que desta resultem. Por outro lado lhe é proibido, em qualquer hipótese, assumir a defesa do ato impugnado ou dos responsáveis por ele.²⁶

Ademais, a existência comprovada de um ato lesivo é requisito formal para a utilização da ação popular. Tal ato lesivo pode ser causado por uma conduta comissiva ou omissiva. Exige-se, também, os considerados interesses coletivos, em que a ocorrência da lesão, são contra o patrimônio público ou entidade que tenha participação estatal, a moralidade administrativa, o meio ambiente, ou ainda contra o patrimônio histórico e cultural.

Pode-se entender, portanto, que a ação popular como sendo uma garantia constitucional outorgada a qualquer cidadão para a tutela de interesses coletivos, tais como o patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, a moralidade administrativa, o meio ambiente, e o patrimônio histórico cultural.²⁷

Diante dessa ótica, é possível notar que se mostra absolutamente inaceitável o pensamento restritivo no sentido de que “dentro do sistema constitucional brasileiro há três legitimados a defender os interesses difusos e coletivos: o Ministério Público (art. 129, III), as associações (art. 5º, XXI) e os sindicatos (art. 5º, XXI, e art. 8º, III).”²⁸

No que tange à configuração atual do pleito da ação popular no direito brasileiro pode-se dizer que “trata-se de demanda em que o cidadão participa das coisas de Estado, manifestando sua soberania popular através do direito de ação, ou seja, pela via do Judiciário.”²⁹

Sendo assim, não obstante o fato de que a abrangência proporcionada pelo artigo 83 do CDC, pode fundamentar a utilização da ação popular para a defesa dos consumidores, a argumentação a favor da aplicabilidade desta ação no universo das relações de consumo em consonância com o princípio democrático apenas se completa com o estudo das práticas abusivas, instituto imprescindível em se tratando de controle da atividade do Poder Público por parte da sociedade.

²⁶ FAGUNDES, M. Seabra. O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 374 – 375.

²⁷ SILVA, José Afonso da. Ação popular constitucional: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 100.

²⁸ NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. A proteção constitucional do consumidor. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 261.

²⁹ MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. Fundamentos constitucionais do processo. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 274.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, atendendo-se a exigência de uma nova análise da normatividade que diz respeito à ação popular, principalmente no sobre seu objeto, mostra-se fundamentada e concreta a possibilidade de utilização da ação popular como garantia constitucional do processo de proteção e defesa do consumidor.

Defesa essa, contra práticas abusivas na prestação de alguns serviços públicos, realizada pelo Poder Público, por pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público, seja concessionária, permissionária ou sob qualquer outra forma de delegação, ou seja ente da administração pública direta ou indireta.

Tal conclusão é possível, tendo em vista que a Ação Popular é um Direito Fundamental e não deve ser cerceado, seja em âmbito das relações públicas ou privadas e ou transindividuais.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ÁVILA, H. Limites à tributação com base na solidariedade social. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

BARROSO, Luís Roberto. **A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo**: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BONAVIDES, Paulo. **Do estado liberal ao estado social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 818.725 - SP**. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em 13/05/2008. DJ. 16/06/2008.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **O direito internacional em um**

mundo em transformação. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo.** São Paulo: Atlas, 2016.

FAGUNDES, M. Seabra. **O controle dos atos administrativos pelo poder judiciário.** 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

GASPARINI, Diógenes. **Direito Administrativo.** 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HESSE, Konrad. **Die normative Kraft der Verfassung:** Freiburger Antrittsvorlesung. Tübingen: Mohr Siebrek, 1959.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Interesses Difusos:** conceito e legitimidade para agir. São Paulo: RT, 1991.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular.** 8. ed. São Paulo: RT, 2015.

MARQUES DE LIMA, Francisco Gérson. **Fundamentos constitucionais do processo.** São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS, Fernando Rodrigues. **Direito privado e policontextualidade.** Fontes, Fundamentos e Emancipação. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **A defesa dos interesses difusos em juízo.** 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MENEZES CORDEIRO, Antônio Manuel da Rocha. **Tratado de direito civil português.** Parte Geral. Tomo I. Coimbra: Almedina, 2007.

NISHIYAMA, Adolfo Mamoru. **A proteção constitucional do consumidor.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PERLINGIERI, Pietro; FERMIA, Pasquale. **Nozioni introduttive e principi fondamentali del diritto civile** 2. ed. Napoli: Edizione Scientifiche italiane, 2004.

RODRIGUES, Geisa de Assis. **Da ação popular.** In: DIDIER JR., Fredie (Org.). **Ações constitucionais.** Salvador: JusPodium, 2006.

SABINE, George H. **História das teorias políticas**. Rio de Janeiro: Edição Fundo de Cultura, 1964.

SARMENTO, D. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, José Afonso da. **Ação popular constitucional**: doutrina e processo. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TORRES, R. L. Existe um princípio estrutural da solidariedade? In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

YAMASHITA, D. Princípio da solidariedade em direito tributário. In: GRECO, M. A.; GODOI, M. S. de. [coord.]. **Solidariedade social e tributação**. São Paulo: Dialética, 2005.

ENTRE PROTEÇÃO E VIOLAÇÃO DE DIREITOS: O MOMENTO ADEQUADO PARA APRESENTAÇÃO DE PERGUNTAS PELAS PARTES NO PROCEDIMENTO DO DEPOIMENTO ESPECIAL

BETWEEN PROTECTION AND VIOLATION OF RIGHTS: THE APPROPRIATE MOMENT FOR THE PARTIES TO SUBMIT QUESTIONS DURING THE RITE OF SPECIAL TESTIMONY

João Luiz de Carvalho Botega

*Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí (UNIVALI)
Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

Fernanda Priorelli Soares Togni

*Especialista em Direito Penal e Direito Processual Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP)
Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina*

RESUMO: A Constituição Federal de 1988 inaugurou a fase da proteção integral da infância e juventude. Diante da maior vulnerabilidade das crianças e dos adolescentes vítimas de violência, foi editada a Lei Federal n. 13.431/2017. A lei visa evitar a revitimização das vítimas ou testemunhas de violência, estabelecendo, para tanto, o procedimento do depoimento especial. Além de resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, o rito do depoimento especial privilegia o contraditório e a ampla defesa. Com o advento do diploma legal, diversos questionamentos práticos surgiram, dentre eles de que modo e em que momento as partes participariam da colheita da prova. Trata-se de questões ainda não pacificadas e que precisam ser mais bem estudadas. Permite-se que as partes formulem perguntas à vítima, as quais serão adaptadas pelo profissional especializado. Após análise da doutrina e jurisprudência sobre o tema, conclui-se que as partes devem formular suas perguntas de forma prévia, antes do início do depoimento especial. Tal conclusão protege o superior interesse da criança e do adolescente, mas também resguarda o contraditório, que não é ilimitado. Tendo em vista que nenhum direito é absoluto, deve-se adotar o princípio da proporcionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Depoimento especial. Revitimização. Procedimento. Contraditório.

ABSTRACT: The 1988 Constitution of launched the Integral Protection of Children and Youths Phase. In view of the children's and adolescents' vulnerability towards violence, Federal Law 13.431/2017 was sanctioned. The law aims to avoid the revictimization of victims or witnesses of violence, therefore establishing a special procedure for testimonies. Besides protecting the rights of children and adolescents, the rite of special testimony privileges the right to adversary system and full defense. With the advent of this legal charter, many questions have been raised, such as how and when the parts would participate in the evidence collection stage. These are subjects of dispute that must be looked into. The rite allows for the parties to ask the victims questions which will be adapted by a specialized professional. After analyzing the legal theory and case law on the subject, it is concluded that all parties must prepare questions before the beginning of the special testimony. Such conclusion protects the preeminent interests of children and youths, and also protects the right to adversary system, which is not unlimited. Bearing in mind that no right is absolute, the principle of proportionality must be applied.

KEYWORDS: Special Testimony. Revictimization. Procedure. Adversary System.

Enviado em: 17-01-2020

Aceito em: 21-05-2020

1 INTRODUÇÃO

De acordo com o art. 6º da Lei n. 8.069/90, o direito da infância e da juventude foi criado em razão da “condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento” (BRASIL, [2019b]). Diante da faixa etária em que se encontra esse grupo especial de pessoas, as quais ainda não atingiram o desenvolvimento físico, psíquico e sexual completo, elas merecem especial proteção.

No entanto, nem sempre foi assim. No ordenamento jurídico brasileiro, destacam-se algumas fases de tratamento da infância e juventude: iniciou-se com a etapa da mera indiferença, fase esta em que as crianças e os adolescentes eram ignorados pelo sistema, não havendo qualquer disciplina destacada em relação a eles. Trata-se da época do Brasil colônia, na qual “as Ordenações do Reino tiveram larga aplicação.” (MACIEL, 2019, p. 51).

Seguiu-se a fase da mera imputação criminal, já na época do Brasil imperial, a qual teve como legislação representativa as Ordenações Filipinas, o Código Criminal do Império de 1830 e o Código Penal da República de 1890, e buscava apenas e tão somente “disciplinar a responsabilidade criminal dos menores.” (FULLER, 2017, p. 30-31).

Na sequência, passou-se para a doutrina da situação irregular, representada pelo “Código Mello Matos” (1927) e o “Código de Menores” (1979). Nessa fase, a preocupação era apenas com os “menores” que estivessem em situação irregular. Enquadravam-se nesta condição principalmente os “menores” abandonados, aqueles em situação de vulnerabilidade social e os autores de ato infracional.

As crianças e os adolescentes, apesar de serem titulares dos direitos fundamentais previstos constitucionalmente, direitos esses inerentes a todo ser humano, eram tratados como objeto de proteção; “a preocupação era correccional e não afetiva.” (MACIEL, 2019, p. 54).

Na época, “havia uma consciência geral de que o Estado teria o dever de proteger os menores, mesmo que suprimindo suas garantias.” (MACIEL, 2019, p. 53). Segue a doutrina dizendo que “o menor declarado em situação irregular era então submetido ao regime jurídico do Código de Menores, passando a ser *objeto de tutela especial* (e não sujeito de direitos).” (FULLER, 2017, p. 31).

Finalmente, com o advento da Constituição Federal de 1988, inaugurou-se a fase da proteção integral, na qual as crianças e os adolescentes passam a ser compreendidos como sujeitos de direitos. Dispõe o art. 227 da Carta Magna:

É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão. (BRASIL, [2017]).

Disciplinando o sistema de proteção integral das crianças e dos adolescentes, foi promulgado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei federal n. 8.069/1990), além de diversas leis posteriores, como a Lei n. 12.594/2012 (instituiu o sistema nacional de atendimento socioeducativo) e a Lei n. 13.431/2017 (dispõe sobre a escuta protegida de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas de violência), sobre a qual tratará o presente artigo.

Sendo também dever do Estado resguardar os direitos infantojuvenis, não se pode, ainda que para buscar a punição de um autor de crime, replicar, de forma institucional, a violência vivenciada pelas crianças e adolescentes, na condição de vítimas ou testemunhas.

Esse microsistema tem por fundamento a proteção integral à criança e ao adolescente, verdadeiro princípio basilar do direito da infância e juventude. Sobre o tema, Nucci explica que:

[...] um dos princípios exclusivos do âmbito da tutela jurídica da criança e do adolescente é o da *proteção integral*. Significa que, além de todos os direitos assegurados aos adultos, afora todas as garantias colocadas à disposição dos maiores de 18 anos, as crianças e os adolescentes disporão de um *plus*, simbolizado pela *completa e indisponível* tutela estatal para lhes afirmar a vida digna e próspera, ao menos durante a fase de seu amadurecimento. [...] A *proteção integral* é princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1.º, III, CF) levado ao extremo quando confrontado com idêntico cenário em relação aos adultos. (NUCCI, 2018, p. 4).

Diante desse panorama da proteção integral, possui maior relevância a proteção que as crianças e os adolescentes vítimas ou testemunhas de violência merecem. A inquirição ou tomada de declarações de tais pessoas, especialmente nos casos de violência intrafamiliar e sexual, sempre foi tema que despertou

bastante atenção e muita discussão não só no âmbito jurídico, mas também na área da psicologia e do serviço social (multidisciplinaridade do tema).

Certo é que os casos de violência, em especial a violência sexual, são casos delicados e complexos, que possuem grande repercussão. Em razão da falta de regulamentação para a oitiva da população infantojuvenil e da ausência de protocolos para sua inquirição, diversos problemas surgiram.

Não foram raros os casos em que crianças e adolescentes foram ouvidos pelos órgãos da rede de proteção ou por profissionais sem capacitação no tema, os quais, ao receberem a notícia de violação de direitos, tomavam frases soltas e relatos iniciais das vítimas como sendo “verdade absoluta/inquestionável”, empregando entrevistas sugestivas, diante da falta de protocolos estabelecidos até então, culminando, muitas vezes, com a criação de falsas memórias. ((H) OUVÉ?, 2018).

Tal cenário foi retratado no denominado “caso McMartin”, caso de suposto abuso sexual ocorrido na década de 1980 em uma creche nos Estados Unidos. Naquele feito, mesmo após uma série de entrevistas sugestivas, verificou-se não haver provas suficientes de que os fatos tivessem ocorrido. No entanto, os danos para as crianças já estavam concretizados: anos depois, quando os jovens adultos foram novamente ouvidos, eles lembravam das experiências como se, de fato, tivessem sido abusados; como se os abusos tivessem ocorrido. ((H) OUVÉ?, 2018).

Tal exemplo demonstra que a falta de disciplina sobre o tema e a falta de capacitação de profissionais para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas de violência, além de revitimizar os ofendidos, acabavam gerando uma colheita deficitária de provas.

No Brasil, diante da realidade vivenciada diariamente pelos profissionais do direito, de forma inédita, “em 2003, o 2º Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre/RS implantou o método de oitiva de crianças e adolescentes vítimas e testemunhas, chamado Depoimento Sem Dano (DSD).” (PÖTTER, 2019, p. 29).

O “depoimento sem dano”, mesmo que iniciativa louvável, ainda era iniciativa local, sem regulamentação própria, mas que, aos poucos, começou a ser expandido. Já no ano de 2004 o “depoimento sem dano” foi regulamentado por ato do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Em

2006, o Projeto de Lei n. 7.524 (posteriormente incorporado no projeto de lei do novo Código de Processo Penal) buscava alterar a lei processual penal para regulamentar “a forma como seria feita a inquirição judicial de crianças e adolescentes, como vítimas e testemunhas” (PÖTTER, 2019, p. 29-30).

Atento a tal realidade, o Conselho Nacional de Justiça editou a recomendação n. 33 de 23 de novembro de 2010, a qual “recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais.” (CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA, 2010).

Finalmente, em 4 de abril de 2017, foi promulgada a Lei federal n. 13.431/2017, a qual estabeleceu um novo paradigma para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, seja pelos órgãos da rede de proteção, seja pela autoridade policial ou judiciária.

Amparada pela doutrina da proteção integral, visando evitar a revitimização, o induzimento de respostas e a criação de “falsas memórias” (lembranças de fatos que, em verdade, não ocorreram), o diploma legal estabeleceu dois institutos para a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência: a escuta especializada e o depoimento especial.

Com o advento da lei específica, novos questionamentos e dificuldades práticas surgiram. Dentre as maiores dificuldades, está a colheita adequada do depoimento especial. O novo diploma legal estabeleceu a necessidade de estrutura física mínima para o local em que ocorrerá a oitiva; ainda, o depoimento, regido por protocolos, deverá ser colhido por profissionais especializados e deverá ser transmitido, em tempo real, para as partes em sala de audiência.

Este justamente será o foco do presente artigo: a implementação do depoimento especial, a garantia do contraditório e da ampla defesa do investigado/acusado, sem se afastar do objetivo principal da lei, que é a proteção integral das crianças e dos adolescentes. Analisar-se-á, após o estudo da doutrina e jurisprudência sobre o tema, adotando-se o método dedutivo e a revisão bibliográfica, qual o momento mais adequado para a formulação de perguntas pelas partes e quais os limites para tanto.

Buscar-se-á apontar que é possível o exercício do direito do contraditório, com a realização de perguntas pelas partes, no entanto, tal direito deve ser exercido evitando-se a violência institucional e revitimização das crianças e dos

adolescentes, tendo em mente sempre que eles são sujeitos de direitos e merecem especial proteção diante da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento em que se encontram.

2 FORMAS DE OITIVA DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

Conforme descrito, o ordenamento jurídico brasileiro, desde a Constituição Federal, passando pelo Estatuto da Criança e do Adolescente até chegar em leis específicas, traça diversos direitos e garantias próprios das crianças e dos adolescentes.

Não obstante a previsão desse sistema de direitos e garantias, muita dificuldade havia – e, mesmo com a promulgação de lei específica, ainda há – para a oitiva desses sujeitos em desenvolvimento nas situações em que eles são vítimas ou testemunhas de atos de violência, muitas vezes configuradores de crimes, razão pela qual, não raras vezes, a pretexto de protegê-los, acabava-se praticando verdadeira violação de direitos destas pessoas em condição tão especial e peculiar.

Isso porque, diante de tais situações, as crianças e os adolescentes têm sua vulnerabilidade agravada, “impondo-se ainda mais a absoluta observância da proteção integral e prioridade absoluta que lhes é inseparável.” (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 40).

Certo é que antes da lei específica que regulamentou o rito do depoimento especial, as crianças e os adolescentes eram ouvidos na fase policial – perante o Delegado de Polícia – e na fase judicial – perante o juízo – como quaisquer outras vítimas ou testemunhas de atos de violência, ou seja, tanto a autoridade policial, quanto o magistrado e as partes formulavam-lhes perguntas como em qualquer outro depoimento, não havendo nenhuma capacitação ou rito especial para tanto.

Atento a tal realidade, o legislador editou a Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017. O novel diploma legislativo trata especificadamente da escuta especializada e do depoimento especial, espécies do gênero “escuta protegida”. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 87).

A escuta especializada, nos termos do art. 7º da Lei n. 13.431/2017 “é o procedimento de entrevista sobre situação de violência com criança ou adolescente perante órgão da rede de proteção, limitado o relato estritamente ao necessário para o cumprimento de sua finalidade.” (BRASIL, 2017a).

Trata-se da oitiva realizada pelos serviços de proteção, tendo como objeto apenas as informações relacionadas à situação de violência e necessárias para que os serviços respectivos possam realizar os encaminhamentos devidos, no sentido de cuidado e proteção do ofendido. Portanto, sua finalidade precípua não é a produção de provas.

Notório que muitas vezes as situações de violência chegam primeiro ao conhecimento de professores, médicos, psicólogos, assistentes sociais, conselheiros tutelares e demais profissionais dos órgãos da rede de proteção, os quais devem, no tocante às vítimas, “acolher, orientar e escutá-las sem interrupções e encaminhá-las às Instituições necessárias.” (PÖTTER, 2019, p. 33).

No ponto, destaca-se que a escuta especializada não se confunde com a revelação espontânea da situação de violência (art. 4º, §2º, da Lei n. 13.431/2017). A revelação espontânea ocorre, como o próprio nome diz, quando a vítima revela os fatos – geralmente a alguém de sua confiança – voluntariamente, sem que tenha sido instada para tanto. A pessoa que receberá a revelação espontânea, em regra, não é um profissional capacitado, razão pela qual procurará os órgãos da rede de proteção, os quais analisarão a necessidade da escuta especializada.

Nesse sentido, “é importante ressaltar que os profissionais da rede de proteção realizam a escuta especializada, cujo objetivo central é o provimento dos cuidados de atenção, e a criança ou adolescente não é responsável pela produção da prova.” (BRASIL, 2017b, p. 27).

A revelação espontânea e a escuta especializada ocorrem na fase pré-processual e não têm como escopo a colheita de provas, no entanto, poderão ser usadas para fundamentação do juiz e replicadas, sob o rito do contraditório, durante a fase processual, realizando-se a oitiva das pessoas que receberam a revelação espontânea e dos profissionais que realizaram a escuta especializada como testemunhas.

O depoimento especial, por sua vez, instituto sobre o qual o presente artigo irá se debruçar, de acordo com o art. 8º da lei em comento “é o procedimento de oitiva de criança ou adolescente vítima ou testemunha de violência perante autoridade policial ou judiciária” (BRASIL, 2017a). É conceituado pela doutrina como:

[...] o conjunto de atitudes e procedimentos promotores da oitiva humanizada da vítima ou testemunha infantojuvenil, a qual se dá

por intermédio do profissional especificamente capacitado para tanto e em sala ambientada para acolhimento e proteção [...]. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 92).

Possui como objeto a coleta de informações acerca dos fatos que estão sendo analisados – situação de violência da qual as crianças e os adolescentes sejam vítimas ou testemunhas – e tem como objetivo a coleta de prova sob o crivo do contraditório. A finalidade precípua de produção de provas por meio do depoimento especial vem expressa no art. 22 do Decreto n. 9.603/2018. (BRASIL, 2018).

Não se pode perder de vista, no entanto, que não havendo taxatividade dos meios de prova, bastando que sejam lícitos para que sejam admitidos – conforme estabelece o art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal (BRASIL, [2017]), interpretado *a contrario sensu* -, a escuta especializada também pode fundamentar o convencimento do magistrado. Sobre o tema:

Interessante observar que a Lei nº 13.431/2017 teve o cuidado de estabelecer 02 (duas) formas de ouvir crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência: a *depoimento especial* e a *escuta especializada*, que são reconhecidas como *métodos igualmente válidos/juridicamente admissíveis* para coleta de prova junto aos mesmos (sem perder de vista o contido nos arts. 5º, inciso VI e 22 desta Lei, que evidenciam a necessidade de busca de *outros meios alternativos* de prova, inclusive para evitar que a criança/adolescente seja vista - e/ou tratada - como mero "instrumento de produção de prova" e mesmo constrangida/"forçada" a revelar o que ocorreu). (DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, E., 2018, p. 22).

Certo, no entanto, que os institutos possuem finalidades diferentes e, em que pese ambos possam ser utilizados como meio de prova, no depoimento especial garante-se o contraditório, tendo por finalidade precípua a produção de prova, enquanto na escuta especializada busca-se proteger e encaminhar a criança ou o adolescente para os serviços de proteção que sejam cabíveis e necessários.

Por fim, outra forma de oitiva de crianças e adolescentes é a avaliação psicológica, não prevista e disciplinada pela Lei n. 13.431/2017 e que não se confunde com o depoimento especial. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

Trata-se da pesquisa feita pelo profissional da área acerca dos fenômenos psicológicos da pessoa que está sob análise. Por intermédio das informações co-

lhidas, o *expert* realizará a interpretação dos dados, apresentando as hipóteses para a compreensão dos fatos.

É realizada pelo psicólogo, o qual poderá entrevistar não apenas a criança, mas também seus genitores e o suposto autor da violência, buscando uma análise mais completa da situação, apresentando o *expert*, ao final, suas considerações.

A avaliação psicológica poderá constituir verdadeira prova técnica. Para tanto, também deve garantir o contraditório, sendo possível às partes apresentarem quesitos, os quais deverão ser respondidos pelo perito. Ainda, havendo necessidade, o psicólogo poderá ser arrolado como testemunha, ouvindo-se ele – e não a criança ou o adolescente – em juízo.

Certo é que as técnicas não são excludentes e podem ser usadas de modo conjunto, observando-se, porém, que deve ser evitada a repetição de oitivas da vítima.

2.1 REVITIMIZAÇÃO E VIOLÊNCIA INSTITUCIONAL

Abordadas as formas de oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, cumpre destacar um dos principais objetivos da Lei n. 13.431/2017, qual seja evitar a revitimização.

A vitimização primária ocorre na situação em que a criança ou o adolescente é vítima direta ou indireta do crime, sofrendo suas consequências. A situação de violência originária é a vitimização em si, a violação dos direitos fundamentais das pessoas em desenvolvimento.

Ocorre que, ao inquirir e reinquirir os ofendidos, na inexistência de protocolos próprios de escuta ou na falta de implementação destes, muitas vezes promove-se nova violação de direitos daqueles que se busca proteger, havendo verdadeira violência institucional, gerando danos tão graves ou até maiores do que aqueles originariamente causados.

É notório que muitas situações de violação de direitos de crianças e adolescentes acontecem dentro do seio de sua família, nuclear ou extensa, ou são praticadas por pessoas do relacionamento próximo do infante. Pesquisas apontam que a maioria das vítimas de violência sexual é do sexo feminino e a maioria dos responsáveis pelo abuso trata-se de seus familiares. (AZAMBUJA, 2017).

Ao tratar a vítima como mero objeto de provas, submetendo-a a exames periciais que, por si sós, são invasivos, realizando-se perguntas sobre sua pri-

vacidade – muitas vezes por pessoas não capacitadas –, ocorre a vitimização secundária/revitimização. Segundo Pötter:

O que existe no modelo tradicional de oitiva é a formulação e reformulação constrangedora de perguntas e insinuações, normalmente utilizadas de forma imprópria, inadequada e infrutífera, levando a vítima a sofrer duas vezes o ato de violência (abuso sexual, que é a vitimização primária, e após, o abuso psicológico na esfera judicial, que é a vitimização secundária). (PÖTTER, 2019, p. 28).

Não por outro motivo, preocupado com tal situação, o legislador elencou, dentre as formas de violência previstas no art. 4º, inciso IV, da Lei n. 13.431/2017 (rol exemplificativo, diante da proteção integral), a “violência institucional, entendida como a praticada por instituição pública ou conveniada, inclusive quando gerar revitimização” (BRASIL, 2017a), tratando-se da primeira legislação que define esse tipo de violência (PÖTTER, 2019), motivo pelo qual merece elogios.

Ao regulamentar a lei federal, o Decreto n. 9.603/2018 trouxe, em seu art. 5º, incisos I e II, os conceitos de violência institucional e revitimização, *in verbis*:

Art. 5º Para fins do disposto neste Decreto, considera-se:
I - violência institucional - violência praticada por agente público no desempenho de função pública, em instituição de qualquer natureza, por meio de atos comissivos ou omissivos que prejudiquem o atendimento à criança ou ao adolescente vítima ou testemunha de violência;
II - revitimização - discurso ou prática institucional que submeta crianças e adolescentes a procedimentos desnecessários, repetitivos, invasivos, que levem as vítimas ou testemunhas a reviver a situação de violência ou outras situações que gerem sofrimento, estigmatização ou exposição de sua imagem. (BRASIL, 2018).

A normativa específica busca proteger esse grupo especial de pessoas em desenvolvimento, estabelecendo direitos, protocolos e diretrizes, visando evitar que elas sejam tratadas como “meros ‘instrumentos de produção de prova’ e/ou tenham de ser ouvidas repetidas vezes, por agentes que não possuem a devida qualificação técnica para tanto, muito tempo após a ocorrência do fato, gerando a chamada ‘revitimização.’” (DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, E., 2018, p. 5).

Deve-se ter em mente – conforme, inclusive, preconiza o art. 22 do Decreto n. 9.603/2018 – que a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemu-

nhas de violência não é imprescindível, devendo ser avaliada sua dispensabilidade diante das demais provas já produzidas; no entanto, em sendo necessária, deve-se primar por sua não revitimização, observando-se seus limites etários e psicológicos, respeitando-se, inclusive, o direito de não falar sobre a violência sofrida. (BRASIL, 2018).

Portanto, deve ser sempre analisado se é necessária a oitiva da criança ou do adolescente. Principalmente nos casos envolvendo violência sexual, “recai sobre a vítima a sobrecarga da produção da prova.” (AZAMBUJA, 2017, p. 179). Assim, deve-se cada vez mais buscar a produção de outros elementos de provas, outros elementos informativos que possam confirmar a existência ou não da violência. Porém, realizando-se a oitiva da vítima, o intuito da Lei n. 13.431/2017 é fazer com que essa experiência de reviver a violação de direitos seja o menos traumática para o ofendido. Aduz a doutrina:

O direito de a criança/adolescente vítima ou testemunha manifestar sua opinião, participar da definição do que irá lhe acontecer e mesmo de permanecer em silêncio decorre de sua condição elementar de “sujeito de direitos”, não mais sendo admissível que seja aquela tratada como mero “instrumento de produção de prova” e/ou “forçada” a falar sobre situações que lhe causam dor/sofrimento (o que além de atentar contra o princípio da dignidade da pessoa humana, importaria, em tese, na prática da “violência institucional” a que se refere o art. 4º, inciso IV, desta Lei). (DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, E., 2018, p. 26).

Diante desse cenário, em se mostrando imprescindível, a oitiva de crianças e adolescentes deve ser realizada sempre por profissionais capacitados. Limita-se a Lei n. 13.431/2017, em seu art. 12, inciso I, a dizer que o depoimento especial será realizado por “profissionais especializados” (BRASIL, 2017a), sem esclarecer quais seriam tais profissionais. Da mesma forma, o decreto que regulamenta a lei, em seu art. 26, apenas repete que o depoimento especial será conduzido por “autoridades capacitadas” (BRASIL, 2018).

Tem-se entendido que pode ser qualquer profissional, desde que devidamente capacitado. De outro lado, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao editar a resolução conjunta n. 8/2018, disciplinou, no seu art. 4º, §1º, quais profissionais poderão realizar o depoimento especial, limitando tal possibilidade aos psicólogos, assistentes sociais e oficiais da infância e juventude (SANTA CATARINA, 2018c).

Segundo Souza (2018, p. 240), a previsão de que o entrevistador seja psicólogo ou assistente social busca “humanizar a escuta de crianças e adolescentes”. Tendo em vista a condição peculiar de pessoas em desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, a capacitação dos profissionais que realizam o depoimento especial deve ser técnica e contínua, em razão das nefastas consequências que a entrevista por pessoas despreparadas poderia gerar.

A falta de capacitação leva, na maior parte das vezes, à indução de respostas. A capacitação mostra-se ainda mais relevante ao nos deparamos com casos de violência sexual, os quais, muitas vezes, são permeados pelo pacto de silêncio que é imposto à vítima pelo abusador ou membros da própria família do ofendido (AZAMBUJA, 2017), nos quais é comum a inversão dos papéis, sentindo-se a vítima culpada pelos abusos.

Se não houver o devido preparo, o entrevistador não será capaz de colher o relato fidedigno do entrevistado ou lhe gerará ainda maior dano diante das peculiaridades da situação.

2.2 PROCEDIMENTO DO DEPOIMENTO ESPECIAL

Inicialmente, um registro mostra-se necessário. O rito do depoimento especial será adotado não só para a oitiva de vítimas como também de testemunhas de violência, e não só em processos penais, mas também em processos civis (primordialmente em casos envolvendo direito de família) e administrativos, ou seja, em todo caso em que possa ocorrer revitimização ou violência institucional. (SOUZA, 2018).

Acerca do depoimento especial, esclarece Nucci:

Esse depoimento é especial, pois deve ser acompanhado por profissional jurídico (advogado ou defensor público), bem como por profissional psicossocial. Os referidos profissionais servirão de contrapeso a eventuais questionamentos inoportunos, inconvenientes ou abusivos por parte de delegados, juízes, promotores ou defensores do réu, acusado da violência. (NUCCI, 2018, p. 1017).

Há na doutrina um sistema polarizado: aqueles que são a favor e aqueles que são terminantemente contra a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência para a colheita da prova. Nesse sentido, expõe Azambuja:

Prosseguir exigindo da criança vítima de violência sexual a produção da prova através da inquirição judicial, ainda que revestida de nova roupagem, como propõe o depoimento especial parece covardia. Transmitir perguntas por meio de sistema de áudio, como ocorre em algumas situações, serve mais para proteção da autoridade judicial do que da criança, detentora, constitucionalmente, de proteção integral, com absoluta prioridade. (AZAMBUJA, 2017, p. 184).

Diante de tais críticas, a nova lei buscou regulamentar o rito do depoimento especial, estabelecendo diretrizes para resguardar os direitos da população infantojuvenil. Antes de adentrar nas etapas do depoimento especial, algumas observações merecem ser feitas.

O depoimento especial pode ser realizado em distintas fases e momentos: a) ainda na fase investigatória, mediante cautelar de antecipação de prova, ou seja, antes mesmo da instauração da ação penal, visando sua realização fundamentar o convencimento do órgão ministerial, seja para o oferecimento da denúncia, seja para o arquivamento do procedimento investigatório; b) durante a ação penal propriamente dita, mas em momento prévio à realização da audiência de instrução e julgamento, também seguindo o rito da cautelar de antecipação de prova; c) durante a instrução processual propriamente dita, na ocasião da audiência de instrução e julgamento.

A lei diz que o depoimento especial poderá ocorrer perante a autoridade policial ou judiciária, em que pese não tenha disciplinado especificamente o rito a ser seguido na fase administrativa. No ponto, aduz a doutrina:

O depoimento especial realizado pela Autoridade Policial será assemelhado ao levado a efeito pela Autoridade Judicial, mas não idêntico em seus procedimentos e fins. Dadas as peculiaridades e limitações inerentes à esfera inquisitiva, algumas adaptações ocorrerão na oitiva especial dirigida pelo Delegado de Polícia. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 97).

Certo é que em qualquer momento que venha o depoimento especial a ser realizado, o investigado/denunciado/réu terá garantida sua defesa, a qual será exercida por defensor constituído ou nomeado, razão pela qual, exercido o contraditório, a prova colhida poderá ser usada durante o processo, inclusive para fundamentar o entendimento do magistrado.

O entrevistador (profissional capacitado) que realizará o ato, por sua vez, deverá ter acesso à denúncia ou – sendo o depoimento especial realizado antes

de seu oferecimento – às principais peças do caderno investigatório, possibilitando-lhe conhecer minimamente quais são os fatos denunciados/investigados, a fim de analisar eventuais questionamentos que poderão ser feitos ao entrevistado (se for o caso), guiando o procedimento com base nessa descrição sumária dos fatos em apuração.

Superados esses apontamentos, destaca-se que o depoimento especial é realizado em três etapas: o acolhimento inicial (*rapport/preparação/acolhida*), o depoimento propriamente dito e o acolhimento final (fechamento ou finalização).

No acolhimento inicial são feitas as apresentações do profissional e do entrevistado, coletadas informações pessoais da vida deste, sendo-lhe repassadas as informações necessárias sobre o procedimento do depoimento. A entrevista propriamente dita é regida por protocolos de entrevista. Por fim, o acolhimento final/retorno é o “momento em que o entrevistador e vítima/testemunha conversam sobre o sentimento da vítima em depor e se verifica ainda a necessidade de atendimento na rede de proteção física e mental.” (PÖTTER, 2019, p. 39).

Dispõe o art. 5º do Decreto n. 9.603/2018 que o momento do acolhimento tem por objetivo identificar as necessidades apresentadas pela criança ou pelo adolescente, de maneira a demonstrar cuidado, responsabilização e resolutividade no atendimento. (BRASIL, 2018).

O depoente tem direito a ser informado acerca das consequências de sua participação no ato para o resultado do processo. Os esclarecimentos deverão ser sempre prestados, no entanto, a disponibilização de tais informações deve levar em consideração o estágio de desenvolvimento e a capacidade de compreensão do entrevistado, segundo se infere do art. 5º, inciso V, e do art. 12, inciso I, ambos da Lei n. 13.431/2017 (BRASIL, 2017a). É o profissional especializado quem avaliará o grau de maturidade do entrevistado.

A entrevista propriamente dita será regida por protocolos de oitiva. Segundo Pötter, “a maioria dos protocolos de entrevista forense tem os mesmos fundamentos: evitar perguntas sugestivas, fazer perguntas abertas, permitir o relato livre, tratar o entrevistado com cordialidade e estabelecer confiança.” (PÖTTER, 2019, p. 43).

O protocolo deve ser “reconhecido pelos respectivos órgãos normatizadores e priorizar a livre narrativa da situação de violência, limitar o uso de perguntas fechadas e evitar perguntas sugestionáveis.” (BRASIL, 2017b, p. 33).

Tem-se, assim, que os protocolos nada mais são do que um conjunto de regras e procedimentos previamente estudados, formatados e aprovados de maneira a realizar a oitiva protegida de crianças e adolescentes de forma a resguardar os direitos infantojuvenis, evitando a violência institucional.

Diante da necessidade de adoção de protocolos, o então Ministério do Direitos Humanos (atual Ministério da Mulher, da Família e dos Direitos Humanos) editou os “parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência” (BRASIL, 2017b). Nada impede que protocolos mais específicos sejam criados levando em consideração particularidades locais.

Dispõe o art. 12, inciso II, da lei em comento que “é assegurada à criança ou ao adolescente a livre narrativa sobre a situação de violência, podendo o profissional especializado intervir quando necessário, utilizando técnicas que permitam a elucidação dos fatos.” (BRASIL, 2017a). O depoente deve expor livremente seu relato, evitando-se interferências indevidas ou sugestivas.

Ainda, falar sobre os fatos é direito da vítima, mas isso não lhe pode ser imposto, sendo-lhe assegurado o direito de permanecer em silêncio, conforme prevê o art. 5º, inciso VI, da Lei n. 13.431/2017 (BRASIL, 2017a). Por mais grave que seja o delito, em não desejando a vítima falar sobre o ocorrido, a busca de provas para uma eventual condenação não pode servir de justificativa para que se pratique contra o ofendido verdadeira violência institucional.

Com efeito, “poder-se-ia argumentar que o silêncio da vítima traria como consequência a impunidade do ofensor, o que de fato é uma possibilidade, mas a pretensão do Estado não pode ser exercida às custas da violência dos direitos da criança.” (PÖTTER, 2019, p. 89). Caso a vítima não deseje falar sobre a violência sofrida, deve ser resguardado seu direito, apesar de ser recomendado que ela seja informada acerca da importância de sua participação no processo.

Importante ter em mente que o depoimento especial não se trata de forma de inquirição por meio de perguntas e respostas; prioriza-se o relato livre. O entrevistado não deve ser frequentemente interrompido, sob pena de haver verdadeiro “interrogatório”, razão pela qual as partes não devem formular suas perguntas durante a entrevista propriamente dita. Nesse sentido:

Veja-se que o art. 8º da Lei n. 13.341/17 indica que o depoimento especial é procedimento de *oitiva*. Não sem razão. O cerne que deve guiar o depoimento não é indagar, interpelar, sindicatar. Sem prejuízo de que sejam feitas perguntas e buscado o esclarecimento dos fa-

tos, deve pautar-se o depoimento especial muito mais, aliás primordialmente, pela conduta de ouvir e acolher a criança ou adolescente. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 109).

No mais, deve-se buscar, preferencialmente (desde que, por óbvio, o entrevistado já possua condições de falar diante do trauma sofrido), a oitiva das crianças e dos adolescentes o mais próximo possível dos fatos, havendo casos, inclusive, em que a lei torna obrigatória a medida cautelar de antecipação de prova, nos termos do que reza o art. 11, §1º, da Lei n. 13.431/2017. (BRASIL, 2017a).

Isso deve ocorrer porque, em primeiro, especialmente as crianças se lembram dos fatos com menos detalhes e vêm a esquecê-los com maior rapidez; em segundo, a demora na oitiva das vítimas pode prejudicar o processo de esquecimento dos fatos e superação do trauma, fazendo-as reviver a dor outrora sofrida.

A fim de evitar a revitimização, a nova lei deseja evitar a repetição da oitiva da vítima por diversas vezes, por diversas pessoas/órgãos/profissionais/autoridades.

Logo, em se mostrando necessária, deve ser realizada a escuta especializada; caso não seja necessária, por haver testemunhas suficientes dos fatos e/ou ter ocorrido a robusta revelação espontânea da situação de violência, por exemplo, deverá ser dispensada. Ademais, com base nos elementos de prova já colhidos, será analisada a necessidade ou não do depoimento especial.

A realização do depoimento especial não pressupõe que tenha ocorrido ou não anteriormente a escuta especializada. São espécies distintas que possuem finalidades diversas. Assim, a escuta especializada não é “uma fase prévia necessária” do depoimento especial. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018).

No entanto, apesar da regra da oitiva única – conforme preconiza o art. 11, §2º, do diploma legal em estudo (BRASIL, 2017a) –, não se pode descartar a possibilidade de realização do depoimento especial em mais de uma ocasião ou seu fracionamento, especialmente na hipótese em que a vítima ou testemunha não esteja preparada para falar na data designada para seu depoimento e/ou deseje encerrar o ato, mas queira voltar a falar sobre a violação de direitos em uma segunda oportunidade.

Por fim, encerrada a entrevista propriamente dita, deve o profissional realizar o fechamento do depoimento especial, verificando o entrevistador, em con-

versa com o entrevistado, se há necessidade de algum atendimento que ainda não lhe tenha sido prestado.

2.2.1 Momento de apresentação das perguntas pelas partes

Antes de adentrar propriamente no tópico em tela, cumpre apontar que a literatura sobre o depoimento especial e seu rito ainda é incipiente. Outrossim, chama a atenção o fato de a doutrina, em especial a do processo penal, não ter, passados mais de três anos da publicação da Lei n. 13.431/2017, se debruçado adequadamente sobre o tema, o que demonstra que o lugar do direito da criança e do adolescente ainda é um lugar inferior nos estudos jurídicos.

O procedimento previsto no art. 12 da Lei n. 13.431/2017 (BRASIL, 2017a) é um rito mínimo, um regramento básico a ser utilizado para a realização do depoimento especial; deve-se levar em consideração todos os direitos previstos na lei específica, na Lei n. 8.069/90 e, primordialmente, o superior interesse da criança e do adolescente.

Tendo em vista que se trata de colheita especial de depoimento – prova oral – e não de perícia – prova técnica –, relevante pontuar que as partes podem apresentar perguntas que serão feitas ao depoente e não propriamente quesitos a serem respondidos pelo profissional que irá ouvi-lo (razão pela qual, no presente artigo, dar-se-á preferência ao termo “perguntas” e não “quesitos”, ao referir-se aos questionamentos formulados pelas partes ao entrevistado).

Tanto é assim que o art. 13 da resolução conjunta n. 8/2018 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina aduz que “a entrevista para o depoimento especial não gerará laudo psicológico, relatório ou estudo social.” (SANTA CATARINA, 2018c).

Dispõe a lei específica, no seu art. 12, inciso IV, que finda a livre narrativa do entrevistado, “o juiz, após consultar o Ministério Público, o defensor e os assistentes técnicos, avaliará a pertinência de perguntas complementares, organizadas em bloco” (BRASIL, 2017a). Nesse sentido:

A razão de organizar as perguntas em bloco é exatamente permitir que o relato continue fluído e não prestado no método interrogativo, cabendo também ao entrevistador adaptar e suprimir questionamentos já respondidos, adaptando as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente. (PÖTTER, 2019, p. 108-109).

No mais, conforme o art. 12, inciso V, da Lei n. 13.431/2017, “o profissional especializado poderá adaptar as perguntas à linguagem de melhor compreensão da criança ou do adolescente” (BRASIL, 2017a). O entrevistador atuará como moderador e “*deverá* (e não apenas *poderá*) adaptar as perguntas à linguagem da criança ou do adolescente, a fim de evitar constrangimento, proporcionar perfeito entendimento do que é dito e garantir o sucesso do depoimento especial.” (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 166).

A fim de evitar a sugestionabilidade e o surgimento de “falsas memórias”, eventuais perguntas que sejam feitas pelas partes serão “adequadas” pelo profissional capacitado.

Embora a interpretação literal da lei leve a crer que as perguntas serão elaboradas pelas partes posteriormente, de forma complementar, ou seja, após o relato livre da criança, busca-se demonstrar que o momento adequado para tanto é prévio, ou seja, antes mesmo do início do depoimento especial.

Isso porque a apresentação das perguntas de forma prévia, conforme será detalhado adiante, permite o melhor planejamento do depoimento especial, possibilitando que o profissional analise antecipadamente os eventuais questionamentos das partes, adaptando-os à linguagem de maior compreensão da criança, possibilitando que as partes os adéquem ou formulem outros em substituição, caso impróprios os primeiros, garantindo-se o contraditório.

Apesar de muitos avanços, a nova lei não é isenta de equívocos e críticas, razão pela qual suas disposições devem ser interpretadas de forma teleológica, levando em conta o fim primordial da lei específica, qual seja resguardar os interesses infantojuvenis.

A Lei n. 13.431/2017, no seu art. 5º, inciso IX, prevê como direito da criança ou do adolescente “ser ouvido em horário que lhe for mais adequado e conveniente, sempre que possível.” (BRASIL, 2017a). Deve ser analisada a rotina diária da vítima, por exemplo, seu horário escolar, a fim de evitar-lhe maiores transtornos.

Ademais, é recomendável que o depoimento especial seja realizado em horário diverso da audiência. Tal preferência já foi prevista expressamente para o rito cautelar de antecipação de prova, conforme art. 7º, §1º, da Resolução Conjunta n. 8/2018 do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (SANTA CATARINA, 2018c). Isso porque, conforme aduz o art. 26, inciso VI, do Decreto n.

9.603/2018, deve ser garantido que a vítima fale no tempo que precisar, inclusive, realizando pausas. (BRASIL, 2018). Ainda, não se pode esquecer do direito ao silêncio.

Tem-se que “com o cansaço, a fadiga ou o incômodo físico, a tendência é omitir informações, encurtar respostas, enfim, não apresentar os fatos em sua integralidade recordada” (SOUZA, 2018, p. 266), razão pela qual deve ser respeitado o tempo do ofendido.

Designar o depoimento especial para o mesmo horário da audiência de instrução e julgamento pode ensejar sérios problemas práticos.

Caso seja realizado no mesmo horário da audiência, com transmissão em tempo real, em demorando a criança para iniciar sua fala, poderá haver, conforme demonstra a experiência forense, maior ansiedade das partes e até mesmo dos magistrados, os quais possuem, em regra, pautas longas de audiências no mesmo dia (bastando mera consulta às pautas de audiências divulgadas nos átrios dos fóruns), levando, por vezes, a interferências indevidas, fomentando com que o entrevistador instigue e induza o entrevistado a apresentar “respostas”, prejudicando a coleta adequada do relato e ocasionando violência institucional.

Ainda, bastante possível que a vítima não esteja preparada para sua escuta protegida na data designada para tanto, podendo haver flexibilidade e redesignação de sua realização. Portanto, de acordo com a doutrina, “poderá e deverá ser adotada a escuta em horário diferenciado, mesmo que fora do horário normal de expediente, se isso se mostrar conveniente e adequado.” (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 77).

Logo, parece prudente que o depoimento especial seja sempre realizado em horário diverso do horário da audiência de instrução. Ademais, pelos mesmos motivos, a despeito da previsão legal, revela-se mais protetivo para as crianças e os adolescentes que não haja a transmissão do depoimento em tempo real, evitando-se interferências indevidas, além de nova exposição do entrevistado ao abusador.

Tem-se que a transmissão do depoimento em tempo real pode gerar interferência indevida na colheita da prova, prejudicando sua fidedignidade; no entanto, caso ocorra, é possível a retirada do autor da violência do local (sala de audiências), em verificando o entrevistador que sua presença pode prejudicar o

depoimento especial ou colocar o entrevistado em situação de risco, conforme prevê o art. 12, §3º, da Lei n. 13.431/2017. (BRASIL, 2017a).

Todas essas medidas visam resguardar os propósitos da lei específica, garantindo a privacidade e intimidade da vítima ou testemunha de violência, a fim de que consiga se expressar de forma sincera e espontânea.

Por fim, tem-se que o momento mais adequado para apresentação de perguntas pelas partes é previamente ao início do depoimento especial. Lecionam Leal, Souza e Sabino:

O Juiz deverá, antes de iniciar a audiência que contará com a aplicação do depoimento especial, conversar com as partes no sentido de esclarecer como funcionará o procedimento. As partes deverão, com antecedência, oferecer quesitos a serem respondidos durante o depoimento especial, assegurando-se, ao final da oitiva pelo profissional especializado, a postulação por perguntas complementares, organizadas em bloco, cuja pertinência será avaliada pelo Magistrado. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 145).

Conforme já adiantado, o entrevistador adaptará as perguntas que serão repassadas ao entrevistado, não ficando vinculando aos termos empregados pelas partes, possuindo autonomia para a avaliação dos questionamentos que lhe forem encaminhadas. O profissional capacitado não serve como mero interlocutor, apenas repassando à criança ou ao adolescente inadvertidamente as perguntas das partes.

Dispõe o art. 26, §1º, inciso III, do Decreto n. 9.603/2018 que o depoimento especial seguirá algumas diretrizes, dentre elas que “o profissional responsável conduzirá livremente a oitiva sem interrupções, garantida a sua autonomia profissional e respeitados os códigos de ética e as normas profissionais.” (BRASIL, 2018).

O magistrado não pode determinar/obrigar que o profissional especializado simplesmente repasse toda e qualquer pergunta ao entrevistado, podendo o entrevistador recusar-se a tanto, caso entenda que a pergunta é inadequada ou prejudicial, fundamentando seu posicionamento, possuindo papel ativo na proteção dos direitos das vítimas e testemunhas, devendo impedir, inclusive, a violência institucional promovida por promotores de justiça, magistrados e defensores/advogados. Sobre o tema:

Assim sendo, os técnicos não podem servir como meros “repassadores” de perguntas para as vítimas ou testemunhas, pois se assim fosse, não haveria sentido em deles exigir uma habilitação específica para função. (DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, E., 2018, p. 33).

A fim de realizar o planejamento do depoimento especial, adequado que as partes sejam previamente intimadas para, querendo, oferecerem suas perguntas.

Isso visa fazer com que o entrevistador possa analisar as perguntas antes do início do depoimento especial, promovendo antecipadamente a adequação da linguagem dos questionamentos que venham a ser feitos ao entrevistado, evitando-se, assim, que o profissional especializado seja “pego de surpresa”, sem que tenha tempo hábil de analisar a pertinência, sugestibilidade ou abusividade do questionamento, causando violência institucional.

Esse planejamento prévio é importante para evitar a revitimização, possibilitando ao profissional que adapte as eventuais perguntas a uma linguagem adequada para o entrevistado, a depender de sua idade, grau de discernimento, maturidade etc. Nesse sentido, continuam Digiácomo, M e Digiácomo, E:

O ideal, aliás, como já referido em comentários ao art. 5º, par. único desta Lei, é que as perguntas ou quesitos sejam previamente elaborados, de modo que os técnicos encarregados da diligência possam avaliar não apenas a melhor forma de abordar os temas respectivos (usando de um linguajar e de uma metodologia apropriados), mas até mesmo apontar aqueles que devem ser indeferidos pelo Juízo, pelas mais diversas razões. (DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, E., 2018, p. 44).

Reforçando:

O mais adequado, seria a elaboração de perguntas pelo Juiz e pelas partes *antes* mesmo do início da diligência, de modo que tanto o Juiz quanto o técnico que irá executá-la possam avaliar sua pertinência/adequação e “trabalhar” os temas respectivos ao longo do ato (sem a necessidade da formulação de uma pergunta direta sobre o assunto a ser esclarecido) [...]. (DIGIÁCOMO, M.; DIGIÁCOMO, E., 2018, p. 49).

No mais, nos casos em que a transmissão ocorra em tempo real, havendo excepcional necessidade, ainda se garante que as partes possam efetuar perguntas complementares após o relato livre, cuja análise passará não só pelo crivo do juiz, mas também do profissional especializado. Prudente que constem

da ata de audiência ou em decisão anterior à solenidade as eventuais perguntas que forem indeferidas, juntamente com as razões para o indeferimento.

Em Santa Catarina, a Presidência do Tribunal de Justiça e a Corregedoria-Geral de Justiça, na Resolução Conjunta n. 8/2018, ao disciplinar o rito da produção antecipada de provas, já determinaram a apresentação de perguntas previamente pelas partes, *in verbis*:

Art. 7º, § 2º No rito cautelar, o promotor de justiça e o defensor serão intimados, com definição de prazo, para apresentação de quesitos.

§ 3º O entrevistador receberá os autos para avaliar a adequação dos quesitos à fase de desenvolvimento da criança ou do adolescente e à finalidade do depoimento especial, sempre respeitando as garantias previstas no art. 5º desta resolução.

§ 4º Observada a necessidade de adequação de quesito, o juiz intimará o promotor de justiça e/ou o defensor para que, no prazo legal, apresentem novos quesitos. (SANTA CATARINA, 2018c).

Apesar de tal previsão constar expressamente apenas para o rito cautelar de antecipação de provas, deve ser adotada também para o depoimento especial no curso do processo, uma vez que o fundamento é o mesmo: busca-se realizar o planejamento da escuta protegida, visando resguardar a integridade psicológica do entrevistado.

2.2.2 O exercício do contraditório e da ampla defesa

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LV, que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, [2017]).

Acerca dos conceitos de contraditório e ampla defesa, esclarece Alexandre de Moraes:

Por *ampla defesa* entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o *contraditório* é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor. (MOREAS, 2019, p. 119).

No entanto, certo é que o direito ao contraditório e à ampla defesa não pode significar a violação da proteção integral garantida às crianças e aos adolescentes. Ainda que esteja em pauta a liberdade do acusado, diante do postulado da dignidade da pessoa humana, elevado sobremaneira diante da condição peculiar de pessoas em desenvolvimento das crianças e dos adolescentes, o contraditório deve ser exercido com cautela.

A Lei n. 13.431/2017, em seu art. 12, §3º, inclusive, prevê a possibilidade de o autor dos fatos ser retirado da sala de audiências durante a realização do depoimento especial. (BRASIL, 2017a). Sobre o tema:

Os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa são inarredáveis, não podendo o Ministério Público deles prescindir, sob pena de invalidade do processo e de submissão da criança ou adolescente a um ato sem capacidade de serventia. Não obstante, a proteção integral e a prioridade absoluta à criança e ao adolescente devem ser contempladas. (LEAL; SOUZA; SABINO, 2018, p. 103).

A fim de evitar a alegação de qualquer nulidade, “o legislador teve o cuidado de fixar a participação da defesa técnica durante todas as etapas do depoimento especial.” (SOUZA, 2018, p. 188).

Se o depoimento especial for colhido em sede de produção antecipada de provas antes do início da ação penal, deve-se intimar o possível autor da violência para que, querendo, participe da colheita da prova, inclusive com a apresentação de perguntas (até mesmo com a nomeação de defensor dativo). Sendo colhido durante a ação penal, ainda que em momento antecipado, deverá ser intimado o denunciado/réu, tudo visando garantir o contraditório.

Prevê a cláusula quinta, inciso VI, do termo de cooperação n. 93/2019 firmado entre o Poder Judiciário, o Ministério Público e a Polícia Civil de Santa Catarina, que é obrigação da Polícia Civil representar “antecipadamente, quando possível, ao MPSC para a propositura de ação cautelar de antecipação de prova judicial, a fim de que as partes e o PODER JUDICIÁRIO possam oferecer quesitos garantindo assim o contraditório e ampla defesa.” (SANTA CATARINA, 2019b).

No entanto, conforme já adiantado, o direito ao contraditório não é absoluto. Nos casos em que haja outros elementos suficientes de prova – seja para condenação, seja para absolvição – ou nos casos em que a oitiva da criança ou do adolescente se mostre extremamente prejudicial ao seu desenvolvimento – vítima que não deseja ser ouvida ou fatos muitos antigos – não só o magistrado

pode decidir pela não realização da escuta protegida, como obviamente indeferir fundamentadamente a realização de perguntas.

No ponto, frisa-se que a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência não é sempre obrigatória, devendo ser avaliada sua pertinência e imprescindibilidade no caso concreto. Dispõe a cláusula segunda, inciso V, do termo de cooperação n. 93/2019 já referido, que se deve “evitar, sempre que possível, a oitiva de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de atos de violência, quando viável a demonstração da ocorrência dos fatos por outros meios de prova permitidos em lei.” (SANTA CATARINA, 2019b).

Por outro lado, conforme dispõe o art. 12, §1º, da Lei n. 13.431/2017, “À vítima ou testemunha de violência é garantido o direito de prestar depoimento diretamente ao juiz, se assim o entender.” (BRASIL, 2017a).

No mais, sendo realizada a oitiva da vítima, poderão ser indeferidas perguntas abusivas, sugestivas, repetidas e fechadas, fundamentando o magistrado o indeferimento justamente por serem os questionamentos impróprios de acordo com os protocolos que regem a matéria, por poderem acarretar dano psicológico ao entrevistado e/ou macular a colheita da prova, sem que isso acarrete necessariamente em nulidade.

Portanto, a realização do depoimento especial não é obrigatória; não constitui direito potestativo do réu a produção desse meio de prova. Porém, sendo realizado, deve-se pontuar que a possibilidade de realização de perguntas pelas partes não é ilimitada; pelo contrário, a nova lei traz uma série de diretrizes e regras para a colheita do depoimento especial.

Destaca-se que “[...] a regra do *cross examination* aqui cede em face da condição especial do depoente.” (PÖTTER, 2019, p. 108). Deve-se realizar o equilíbrio entre os direitos do réu e os direitos da vítima, figura geralmente deixada para o segundo plano e que merece especial proteção, especialmente diante de sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento. Preserva-se o direito ao contraditório e ampla defesa, no entanto, dentro de um critério de proporcionalidade, ou seja, sem violar os direitos da vítima/testemunha de violência.

Prevê a Lei n. 13.431/2017, em seu art. 12, inciso III, que o depoimento especial será transmitido em tempo real para a sala de audiência (BRASIL, 2017a), porém, nem sempre isso será possível e não há falar em cerceamento

de defesa, pois quem conduz a escuta protegida é o entrevistador, permitindo-se o livre relato ao entrevistado.

De fato, em um país com dimensões continentais como o Brasil, exigir-se em pequenas comarcas que o depoimento especial seja colhido em ambiente apropriado e acolhedor e, ainda, com transmissão em tempo real para as partes, simplesmente não é viável. Defende-se, outrossim, que nem sequer deveria haver transmissão em tempo real, pois tal, por si só, pode ser revitimizador e constrangedor ao depoente, devendo-se buscar o sistema mais protetivo às crianças e aos adolescentes.

Em um dos primeiros julgados sobre o tema, em sede do *Habeas Corpus* n. 4006083-91.2018.8.24.0000, decidiu o Tribunal de Justiça de Santa Catarina que a impossibilidade de transmissão em tempo real do depoimento especial, diante da falta de estrutura do juízo, somada à possibilidade de apresentação pelas partes de “quesitos” assegura o exercício do contraditório, não gerando qualquer nulidade.

Destacou-se no caso que “muito embora a impossibilidade de transmissão ao vivo [...], foi oportunizado à defesa a formulação de quesitos, suprindo-se tal determinação legal e preservando o direito à ampla defesa e ao contraditório.” (SANTA CATARINA, 2018b).

Outro não foi o entendimento da corte catarinense no julgamento da apelação criminal n. 0003597-71.2018.8.24.0011. Veja-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL (CP, ART. 217-A, CAPUT). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. 1. NULIDADE DO DEPOIMENTO ESPECIAL. INOBSERVÂNCIA DO PROCEDIMENTO PREVISTO NA LEI 13.431/17. TRANSMISSÃO EM TEMPO REAL. AUSÊNCIA DE ESTRUTURA FÍSICA. CONTRADITÓRIO DIFERIDO. PREJUÍZO. [...]

1. Ainda que não tenha sido possível a transmissão em tempo real do depoimento especial da vítima (Lei 13.431/17, art. 12, III), em razão da ausência de estrutura física na comarca, não há que se falar em nulidade da prova quando às partes foi garantido o direito ao contraditório diferido, mormente se nenhum prejuízo concreto foi apontado para fundamentar a pretensão de invalidação do ato. [...]

o Magistrado de Primeiro Grau determinou que a criança fosse ouvida pela Psicóloga do Juízo e que suas declarações fossem gravadas. Antes, contudo, ordenou a intimação prévia das Partes para a apresentação de quesitos. [...]

Verifica-se, assim, que, apesar da inobservância do procedimento para a tomada do depoimento especial (que dispõe sobre a possibilidade de formulação de perguntas complementares durante a transmissão, e não prévias), não houve ofensa à ampla defesa e ao contraditório, este garantido ainda que de modo diferido. (SANTA CATARINA, 2018a).

Possibilitando-se às partes que apresentem suas perguntas previamente, além de gravar-se o depoimento especial, disponibilizando-o posteriormente para acesso, está resguardado o contraditório. Ainda que o depoimento seja transmitido ao vivo e possam as partes, por intermédio do magistrado, solicitar algum direcionamento, esclarecimento ou formular perguntas complementares, tais só serão realizados se o profissional capacitado entendê-los pertinentes e possíveis, a fim de evitar a revitimização.

No mais, a apresentação prévia de perguntas também resguarda o contraditório, até mesmo porque possibilita que o profissional especializado realize as adequações pertinentes e, na sua impossibilidade, poderá o magistrado intimar também previamente a parte para que apresente novas perguntas. Caso a formulação de perguntas se desse apenas ao final do depoimento especial, tal procedimento muitas vezes seria inviabilizado, pois poderia causar prejuízo e revitimização do depoente, não havendo tempo hábil para a análise do profissional.

Por fim, ainda que haja voto vencido (porém, não declarado), o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao decidir o mandado de segurança n. 4008316-27.2019.8.24.0000, estabeleceu que não há nulidade no indeferimento de pedido de participação de assistente técnico em depoimento especial, porquanto prudente a presença apenas do entrevistador e do entrevistado no ato, a fim de garantir a privacidade e intimidade da vítima ou testemunha para que consiga se expressar livremente e sem constrangimentos. (SANTA CATARINA, 2019a).

Portanto, conclui-se que a observância do contraditório e da ampla defesa será realizada à luz do princípio do superior interesse da criança e do adolescente.

Sendo assim, defende-se a aplicação do modelo mais protetivo para as crianças e para os adolescentes: o depoimento especial deve ser realizado em horário diverso da audiência de instrução e julgamento; não deverá ser transmitido em tempo real e as partes devem formular suas perguntas previamente ao início da colheita da oitiva protegida.

A importância da adoção desse modelo revela-se para a proteção integral das crianças e dos adolescentes. Por meio dele, impede-se qualquer tipo de contato entre o agressor e a vítima. Mesmo que haja previsão legal de retirada do acusado da sala nos casos em que o depoimento seja realizado durante a audiência de instrução e julgamento, com transmissão em tempo real, ainda haverá

exposição do depoente ao patrono do réu, ao órgão do Ministério Público e ao magistrado, o que lhe pode ser constrangedor e revitimizador.

Ainda, a transmissão em tempo real pode acarretar em pressão excessiva ao ofendido para que ele fale no curto tempo de realização da audiência de instrução, desrespeitando seu direito ao silêncio, sua intimidade e sua liberdade de expressão.

Ao final, conforme já sedimentado, a apresentação de perguntas previamente pelas partes não acarreta nenhuma violação ao exercício do contraditório.

No entanto, mesmo que se pudesse falar em eventual prejuízo ao contraditório, em um juízo de proporcionalidade, estando em conflito dois direitos constitucionalmente assegurados, o prejuízo que poderia haver para o contraditório é muito menor do que o risco de violação da integridade psicológica de crianças e adolescentes ao expô-los a procedimento revitimizante, acarretando em verdadeira violência institucional. Para Pacelli:

Assim, será preciso, primeiro, que se examine a questão sob a ótica da existência ou não de lei regulando o eventual conflito entre valores igualmente protegidos na Constituição; depois, será necessário o exame da constitucionalidade dessa lei, sob todos os aspectos; por último, na hipótese de inexistência de lei regulando a matéria, somente um juízo de ponderação dos interesses, isto é, somente um juízo de proporcionalidade, diante do caso concreto, é que eventualmente poderá resolver a questão. (PACELLI, 2018, p. 355).

De qualquer forma, em todo caso que for alegada eventual nulidade por violação ao princípio do contraditório e da ampla defesa, a parte que a alegar deverá demonstrar o efetivo prejuízo sofrido em virtude do desrespeito suscitado, não bastando simplesmente aventar eventual prejuízo sem comprová-lo, tendo em vista que vigora na teoria das nulidades do processo penal o princípio de que não há nulidade sem prejuízo, conhecido pelo brocardo *pas de nullité sans grief*.

No ponto, dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal que “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa” (BRASIL, [2019a]). Sobre o princípio do prejuízo, aduz a doutrina:

O princípio do prejuízo aí previsto deriva da ideia de que a tipicidade dos atos processuais funciona apenas como um instrumento para a correta aplicação do direito. Logo, eventual desobediência às formas prescritas em lei só deve acarretar a invalidação do ato processual quando a finalidade para a qual foi instituída a forma restar com-

prometida pelo vício. Em síntese, somente a atipicidade relevante, capaz de produzir prejuízo às partes, autoriza o reconhecimento da nulidade (LIMA, 2018, p. 1612-1613).

Desse modo, deverá a parte que alegar a nulidade demonstrar o efetivo prejuízo que sofreu para o exercício da ampla defesa/contraditório em decorrência do ato que pretende impugnar.

3 CONCLUSÃO

Visando resguardar os direitos das crianças e dos adolescentes, amparada pela doutrina da proteção integral, a Lei n. 13.431/2017 estabeleceu e disciplinou as formas de escuta protegida das vítimas e testemunhas de violência.

Ainda que a lei tenha previsto também a escuta especializada, preocupou-se o legislador em disciplinar mais detalhadamente o depoimento especial. Independentemente da modalidade da oitiva, tem-se que o objetivo da lei foi estabelecer diretrizes claras para evitar a revitimização das crianças e dos adolescentes vítimas ou testemunhas de violência, reconhecendo expressamente, de forma inovadora, a violência institucional como espécie de violência que é praticada diariamente contra aqueles em condição peculiar de pessoas em desenvolvimento.

O depoimento especial possui diversas funções, dentre elas a proteção integral das crianças e dos adolescentes; a garantia do exercício do contraditório e da ampla defesa e a busca pela melhor forma de coleta da prova, diminuindo não só a criação de “falsas memórias”, mas também a possibilidade de revitimização.

O diploma legislativo específico foi um avanço, preenchendo lacuna existente no ordenamento jurídico brasileiro até então; no entanto, não é isento de críticas. O legislador estabeleceu uma série de requisitos para a realização do depoimento especial, muitos de difícil implementação e outros que merecem adaptações, tudo a fim de buscar o sistema mais protetivo de oitiva do público infatojuvenil.

Deve-se ter em mente sempre o superior interesse da criança e do adolescente. Logo, não basta realizar uma interpretação literal das disposições trazidas na lei específica; tem-se que levar em conta os fins a que a nova legislação se destina.

Especialmente quanto à participação das partes no depoimento especial, objeto de estudo do presente artigo, a lei federal foi clara ao aduzir que, findo o procedimento de entrevista do depoimento especial, as partes poderão formular perguntas complementares ao entrevistado.

No tocante ao momento mais adequado para a formulação de perguntas pelas partes, estabeleceram-se algumas hipóteses.

Inicialmente, descarta-se a possibilidade de serem formuladas perguntas durante o procedimento do depoimento especial propriamente dito. Isso porque, conforme exposto, o depoimento especial prioriza o relato livre da criança ou do adolescente vítima ou testemunha de violência.

Permitir-se que as partes realizem questionamentos diretos e ininterruptos durante a oitiva do depoente, ainda que com ponderações do magistrado e do profissional especializado, tornaria a escuta protegida em verdadeira inquirição, causando revitimização, tratando a vítima ou testemunha como objeto de prova e não como sujeito de direitos.

Portanto, andou bem o legislador ao fixar que será garantida à criança e ao adolescente a livre narrativa da situação de violência, intervindo o profissional especializado apenas quando necessário, de forma que a realização de perguntas durante a colheita do depoimento especial propriamente dito não é adequada.

Prosseguindo, debateu-se que a realização de perguntas ao final do depoimento especial também não se revela no momento mais indicado para tanto ou, ao menos, não somente neste momento, podendo ocorrer perguntas ao final apenas em casos absolutamente excepcionais e sempre de forma complementar às perguntas formuladas previamente, verificando-se a necessidade imperiosa da medida.

Logo, conclui-se que o melhor momento para formulação de perguntas pelas partes é previamente ao depoimento especial. Tal prática permite que seja realizado o planejamento do depoimento especial, resguardando-se os direitos da vítima ou testemunha de violência.

Nesse sentido, ao passo em que as partes sejam instadas para que apresentem seus questionamentos de forma prévia, possuirá o profissional especializado tempo hábil para que analise as perguntas antes do início do depoimento especial, promovendo as adequações e adaptações de linguagem que julgue pertinentes, visando causar menor constrangimento e sugestibilidade da vítima.

Ainda, se for o caso, poderão as partes ser intimadas para que realizem outros questionamentos, à vista da impossibilidade dos anteriores pelas razões apontadas pelo entrevistador. Caso os questionamentos fossem realizados apenas ao final, de forma inusitada, não haveria tempo suficiente para que o profissional analisasse sua pertinência e adequação ou levaria certo tempo para fazê-lo, prolongando o tempo de permanência do depoente no local, postergando seu sofrimento e lembrança do trauma sofrido, incorrendo-se em verdadeira violência institucional.

Por fim, com tal procedimento, resguarda-se o contraditório. Caso haja transmissão do depoimento especial em tempo real para a sala de audiências, ao final, havendo absoluta necessidade, em razão do relato da vítima que não esteja abrangido pelas perguntas formuladas de forma prévia, permite-se a realização de perguntas complementares, que passarão também pelo crivo do magistrado e do profissional especializado.

Intuitivo que com a apresentação de perguntas prévias pelas partes, diminuir-se-ão as perguntas que serão eventualmente formuladas ao final, vindo tal constatação ao encontro dos objetivos da lei de evitar a revitimização e a violência institucional.

Caso não haja possibilidade de transmissão do depoimento em tempo real – o que sequer se revela indicado –, não se deve fazer com que a vítima ou testemunha aguarde na sala/espço físico próprio de colheita do depoimento especial até que as partes – na sala de audiências - assistam à gravação da entrevista que acabou de ocorrer para que, na sequência, seja analisada a necessidade ou não da formulação de perguntas complementares ao ofendido/testigo.

Nesse caso, haveria verdadeiro prolongamento da exposição e do trauma sofrido pelo entrevistado, não podendo o direito ao contraditório sobrepor-se ao respeito à integridade psicológica do sujeito em condição peculiar de pessoa em desenvolvimento.

Da mesma forma, apenas em situações absolutamente excepcionais será possível a reinquirição da vítima. O direito ao contraditório não é ilimitado. Em se demonstrando a necessidade de perguntas complementares após o encerramento do depoimento especial, poderá, se for o caso, solicitar-se esclarecimentos ao profissional capacitado que realizou a escuta protegida, lembrando-se, no entanto, que o depoimento especial não se confunde com a avaliação e a perícia psicológica.

Assim, visando adequar a teoria à prática, garantindo-se o direito ao contraditório, mas também com fulcro no objetivo principal da lei – que é resguardar os direitos da criança e do adolescente – aliado à colheita eficaz e adequada da prova, tem-se que as partes devem ser previamente intimadas para, querendo, apresentarem perguntas que serão, antes do início do depoimento especial, adaptadas pelo profissional especializado e submetidas, no decorrer da entrevista, em sendo possível, à criança ou ao adolescente.

Baseando-se no princípio do superior interesse da criança e do adolescente, equilibrando-o com o princípio do contraditório e da ampla defesa, defende-se que o momento mais adequado para realização de perguntas pelas partes é de forma prévia ao depoimento especial, procedimento esse que vem sendo reconhecido e validado pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, não havendo se falar em nulidade.

REFERÊNCIAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. **Inquirição da criança vítima de violação sexual**: proteção ou violação de direitos? Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2017.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2017]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Decreto n. 9.603, de 10 de dezembro de 2018**. Regulamenta a Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017, que estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência. Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/decreto/D9603.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Decreto-lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941**. Código de Processo Penal. Brasília, DF: Presidência da República, [2019a]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del3689compilado.htm. Acesso em: 17 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990.** Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2019b]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. **Lei n. 13.431, de 4 de abril de 2017.** Estabelece o sistema de garantia de direitos da criança e do adolescente vítima ou testemunha de violência e altera a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente). Brasília, DF: Presidência da República, 2017a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13431.htm. Acesso em: 19 maio 2019.

BRASIL. Ministério dos Direitos Humanos. Secretaria Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Parâmetros de escuta de crianças e adolescentes em situação de violência.** Brasília, DF: Ministério dos Direitos Humanos, 2017b. Disponível em: <https://www.mdh.gov.br/biblioteca/crianca-e-adolescente/parametros-de-escuta-de-criancas-e-adolescentes-em-situacao-de-violencia.pdf/view>. Acesso em: 3 jun. 2019.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Recomendação n. 33 de 23 de novembro de 2010.** Recomenda aos tribunais a criação de serviços especializados para escuta de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência nos processos judiciais. Depoimento Especial. Diário de Justiça Eletrônico: Brasília, DF, ano 2010, n. 215, p. 33-34, 23 nov. 2010. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1194>. Acesso em: 26 ago. 2019.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Eduardo. **Comentários à Lei n. 13.341/2017.** Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná, Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente e da Educação, 2018. Disponível em: http://www.crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/publi/caopca/lei_13431_comentada_jun2018.pdf. Acesso em: 3 jun. 2019.

FULLER, Paulo Henrique Ananda. **Estatuto da criança e do adolescente comentado.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017.

(H)OUVE? Rio de Janeiro: [s. n.], 2018. 1 vídeo (46 min). Disponível em: <https://youtu.be/mDMxTzwGDBG>. Acesso em: 3 jun. 2019.

LEAL, Fábio Gesser; SOUZA, Klauss Corrêa de; SABINO, Rafael Giordani. **Comentários à lei de escuta protegida**: Lei n. 13.341, de 4 de abril de 2017. Rio de Janeiro: Conceito Editorial, 2018.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**: volume único. 6. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Andrade (coord.). **Curso de direito da criança e do adolescente**: aspectos teóricos e práticos. 12. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553611546/>. Acesso em 20 maio 2020.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 35. ed. São Paulo: Atlas, 2019. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597020915/>. Acesso em 20 maio 2020.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Estatuto da criança e do adolescente comentado**. 4. ed. rev. atual e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2018. E-book. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530979959/>. Acesso em 26 maio 2019.

PACELLI, Eugênio. **Curso de processo penal**. 22. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

PÖTTER, Luciana (Org.). **A escuta protegida de crianças e adolescentes**: os desafios da implantação da Lei n. 13.431/2017. Rio Grande do Sul: Livraria do Advogado, 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Segunda Câmara Criminal). **Apelação Criminal 0003597-71.2018.8.24.0011**. Apelação criminal. Estupro de vulnerável (cp, art. 217-a, caput). Sentença condenatória. Recurso do acusado. Relator: Sérgio Rizelo, 12 de março de 2019. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2018a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AA-FAAH8STAAM&categoria=acordao_5. Acesso em: 19 maio 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. (Quarta Câmara Criminal). **Habeas Corpus 4006083-91.2018.8.24.0000**. Prática

de crimes contra a dignidade sexual (217-a, c/c o 226, ii e 71, todos do cp). 1. Alegado descumprimento das regras previstas na lei n. 13.431/17. Depoimento especial de criança submetida a abuso sexual. Falta de intimação prévia da defesa e de inquirição da vítima pelo assistente técnico [...]. Relator: Sidney Eloy Dalabrida, 12 de abril de 2018. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2018b. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAEAAJXCNAAQ&categoria=acordao_5. Acesso em: 19 maio 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Segunda Câmara Criminal). **Mandado de Segurança 4008316-27.2019.8.24.0000**. Mandado de segurança. Inquérito policial que apura suposta prática do crime de estupro de vulnerável. Indeferimento de pedido para participação de assistente técnico em “depoimento especial” a ser colhido nos moldes da lei 13.431/2017 [...]. Relator: Norival Acácio Engel, 16 de abril de 2019. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2019a. Disponível em: http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AAFAANCNpAAA&categoria=acordao_5. Acesso em: 19 maio 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça de Santa Catarina. **Resolução Conjunta GP/CGJ n. 8, de 24 de setembro de 2018**. Dispõe sobre o depoimento especial de crianças e adolescentes vítimas ou testemunhas de violência realizado no âmbito do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina e dá outras providências. Florianópolis: Tribunal de Justiça de Santa Catarina, 2018c. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/buscatextual/integra.do?cdSistema=1&cdDocumento=172943&cdCategoria=1&q=&frase=&excluir=&qualquer=&prox1=&prox2=&prox3>. Acesso em: 19 maio 2019.

SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. **Termo de Cooperação n. 93/2019**. [Dispõe sobre a cooperação dos partícipes na implementação da Lei n. 13.431/2017 no Estado de Santa Catarina]. Florianópolis: Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, 2019b.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. **Depoimento especial de crianças e adolescentes no sistema de justiça**. São Paulo: Editora Pillares, 2018.

INGRESSO, INCLUSÃO E ACESSIBILIDADE DE PESSOAS COM DEFICIÊNCIA EM CARREIRAS PÚBLICAS: O CASO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

ADMISSION, INCLUSION AND ACCESSIBILITY OF DISABLED
PEOPLE INTO PUBLIC CAREERS: THE CASE OF PUBLIC
MINISTRY OF SANTA CATARINA

Emanuella Koerich Zappolini

*Especialista em Gestão Pública, Gestão Estratégica de Pessoas e Direito
Administrativo
Técnica do Ministério Público de Santa Catarina*

RESUMO: A inclusão social e produtiva das pessoas com deficiência (PcD) é uma tarefa das organizações públicas e privadas, às quais cabe garantir o acesso ao mercado de trabalho. O cumprimento da reserva constitucional de cargos públicos às PcD é apenas o começo da inclusão no espaço ocupacional, demandando também a adaptação dos fatores biopsicossociais do trabalho, por intermédio da Equipe Multiprofissional instituída pelo Decreto n. 9.508/2018. Para entender melhor como é realizado o trabalho desta equipe foi realizada uma pesquisa qualitativa no Ministério Público de Santa Catarina, a qual revelou a implantação de boas práticas atreladas à qualificação profissional dos integrantes da equipe e a continuidade do acompanhamento após o término do estágio probatório, em razão da existência de um projeto de saúde ocupacional permanente. Concluiu-se que a organização cumpre a legislação vigente e pode servir de referência a outros órgãos.

PALAVRAS-CHAVE: Pessoas com Deficiência. Reserva de vaga para PcD. Administração pública. Acessibilidade.

ABSTRACT: The social and productive inclusion of disabled people is a task of public and private organizations, which must guarantee access to the labor market. The fulfillment of the constitutional reserve of public offices to disabled people is only the beginning of the inclusion in the occupational space, demanding also the adaptation of the biopsychosocial factors of the work, through the Multiprofessional Team instituted by Decree nº 9.508/2018. To better understand how the work of this team is performed, a qualitative research was carried out in the Public Ministry of Santa Catarina, which revealed the implementation of good practices linked to the professional qualification of the team members and the continuity of follow-up after the end of the probationary period, due to the existence of a permanent occupational health project. It was concluded that the organization complies with current legislation and can serve as a reference to other public agencies.

KEYWORDS: Disabled people. Reservation of public offices for disabled people. Public administration. Accessibility.

Enviado em: 21-02-2020

Aceito em: 15-05-2020

1 INTRODUÇÃO

A inclusão social das Pessoas com Deficiência (PcD) torna-se condição fundamental para a realização plena dos direitos humanos, para o desenvolvimento de um país e o para exercício da cidadania. Os potenciais das PcD e as valiosas contribuições ao bem-estar comum e à diversidade de suas comunidades resultam no fortalecimento de seu senso de pertencimento à comunidade e no significativo avanço do desenvolvimento humano, social e econômico da sociedade.

Cada vez mais a temática da inclusão social das PcD vem ganhando espaço no Brasil. A Organização das Nações Unidas (2013), estima que 10% (dez por cento) da população mundial possui algum tipo de deficiência, sendo que, deste total, 80% (oitenta por cento) vive em países em desenvolvimento.

Com a publicação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência e seu Protocolo Facultativo pela ONU, em Nova Iorque, em 2007, o Brasil aderiu ao documento, por intermédio do Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, e a partir daí iniciou o aprofundamento legal do assunto, com a atual instituição da Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência – Estatuto da Pessoa com Deficiência (BRASIL, 2015).

No Brasil, segundo Censo de 2010 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população com algum tipo de deficiência representa quase 24% (vinte e quatro por cento) da população, correspondendo a 45,6 milhões de pessoas. (IBGE, 2010, apud ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2013).

Nesse sentido, cabe às organizações públicas e privadas criarem espaços para a inclusão social e produtiva das PcD em seus espaços laborais, facilitando o acesso ao mercado de trabalho e visando a promoção do pleno exercício de seus direitos humanos e liberdades fundamentais e de sua integral participação na sociedade.

Todavia, o cumprimento da cota legal exigida para os setores público e privado é apenas o começo da inclusão das PcD no cotidiano das organizações públicas e empresas privadas no país. Além disso, para inclusão se faz necessária a promoção da adaptação dos fatores biopsicossociais do trabalho para que se possa, de fato, realizar a real inclusão das PcD no espaço ocupacional.

Para promover tal inclusão, o setor público conta com a Equipe Multiprofissional, também conhecida como Equipe Multidisciplinar, composta por profis-

sionais estudiosos das áreas das deficiências, dos quais um deles é médico. A existência desta equipe é garantida pelo Decreto n. 9.508/2018.

Com a publicação do Decreto n. 3.298/1999, que regulamentou a Lei n. 7.853/1989, e dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, o papel da Equipe Multiprofissional ganhou destaque nos órgãos públicos, tanto no período de inscrições no concurso público quanto na realização das provas e acompanhamento após o ingresso no cargo. Posteriormente, aquela normativa foi revogada parcialmente pelo Decreto n. 9.508/2018 e passou a equipe multiprofissional a verificar, dentre algumas questões, a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas pelas PcD.

Considerando o exposto, o objetivo do presente artigo é verificar como é realizado o acompanhamento das PcD, no concurso público e após o ingresso no órgão, pela Equipe Multidisciplinar do Ministério Público de Santa Catarina (MPSC).

O Ministério Público é o guardião dos direitos da sociedade e atua nas causas de interesse coletivo, defendendo o interesse público. É uma instituição independente, que não pertence ao Poder Judiciário nem aos Poderes Executivo, Legislativo ou ao Tribunal de Contas.

O presente artigo será dividido em cinco capítulos. No primeiro capítulo observar-se-á como é realizada a reserva de vagas às PcD em concurso público. O segundo capítulo discorrerá sobre a atuação da equipe multiprofissional. Já o terceiro capítulo irá abordar a acessibilidade e a adaptação dos fatores biopsicossociais do espaço laboral para a inclusão da PcD.

Para alcançar o desiderato científico proposto, utilizou-se a metodologia (Capítulo 4) de estudo de caso, do tipo descritivo. Foram realizadas entrevistas com integrantes da equipe multiprofissional do MPSC, um servidor efetivo ocupante de vaga reservada e um integrante da Comissão de Acessibilidade do MPSC, a fim de alcançar o objetivo apresentado.

Por fim, no Capítulo 5, será descrito o trabalho realizado pela equipe multidisciplinar no concurso público, após o ingresso da PcD no órgão e na promoção da adaptação dos fatores biopsicossociais do trabalho.

2 DESENVOLVIMENTO

A seguir é apresentado como ocorre a reserva de vagas às PcD em concurso público; a atuação da equipe multiprofissional; e a acessibilidade e a adaptação dos fatores biopsicossociais do espaço laboral para a inclusão da PcD.

2.1 A RESERVA DE VAGAS ÀS PCD EM CONCURSO PÚBLICO

O acesso às carreiras públicas na Administração Pública Direta e Indireta nos Poderes da União, Estados, Distrito Federal e Municípios deverá obedecer ao disposto no Artigo 37 da Constituição Federal de 1988, a saber:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

I - os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, assim como aos estrangeiros, na forma da lei;

II - a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração; (BRASIL, 1988)

O mesmo artigo, em seu Inciso VIII, determina que será realizada a reserva de vagas às PcD, veja-se:

Art. 37.

[...]

VIII - a lei reservará percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência e definirá os critérios de sua admissão;

[...] (BRASIL, 1988)

Já na iniciativa privada, o país possui, desde 1991, a obrigatoriedade de inclusão de PcD em empresas de médio e grande porte que possuem mais do que 100 (cem) funcionários. O percentual de preenchimento varia de 2% a 5%, dependendo do número de funcionários (BRASIL, 1991).

Por sua vez, o próprio Estado, em sua estrutura, reserva o percentual que varia de 5% (cinco por cento) a 20% (vinte por cento) das vagas ofertadas em concurso público às PcD.

Di Pietro (2009) elucida que, para as PcD, a CF/88 também determina a reserva de percentual de cargos e empregos públicos, bem como define os critérios de sua admissão. O Artigo 1º do Decreto n. 9.508/2018 discorre sobre o direito da PcD em se inscrever em concurso público e em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público e a reserva de vagas e sua forma de cálculo:

Art. 1º Fica assegurado à pessoa com deficiência o direito de se inscrever, no âmbito da administração pública federal direta e indireta e em igualdade de oportunidade com os demais candidatos, nas seguintes seleções:

I - em concurso público para o provimento de cargos efetivos e de empregos públicos; e

II - em processos seletivos para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, de que trata a Lei nº 8.745, de 9 de dezembro de 1993.

§ 1º Ficam reservadas às pessoas com deficiência, no mínimo, cinco por cento das vagas oferecidas para o provimento de cargos efetivos e para a contratação por tempo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, no âmbito da administração pública federal direta e indireta.

§ 2º Ficam reservadas às pessoas com deficiência os percentuais de cargos de que trata o art. 93 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, às empresas públicas e às sociedades de economia mista.

§ 3º Na hipótese de o quantitativo a que se referem os § 1º e § 2º resultar em número fracionado, este será aumentado para o primeiro número inteiro subsequente.

§ 4º A reserva do percentual de vagas a que se referem os § 1º e § 2º observará as seguintes disposições:

I - na hipótese de concurso público ou de processo seletivo regionalizado ou estruturado por especialidade, o percentual mínimo de reserva será aplicado ao total das vagas do edital, ressalvados os casos em que seja demonstrado que a aplicação regionalizada ou por especialidade não implicará em redução do número de vagas destinadas às pessoas com deficiência; e

II - o percentual mínimo de reserva será observado na hipótese de aproveitamento de vagas remanescentes e na formação de cadastro de reserva.

[...] (BRASIL, 2018).

Passa-se agora para a caracterização do papel da equipe multiprofissional.

2.2 A ATUAÇÃO DA EQUIPE MULTIPROFISSIONAL

O Decreto n. 9.508/2018 reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, normati-

za, inclusive, o acesso das PcD ao trabalho e indica a necessidade de existência da Equipe Multiprofissional para prestar assistência ao órgão público:

Art. 5º O órgão ou a entidade da administração pública federal responsável pela realização do concurso público ou do processo seletivo de que trata a Lei n. 8.745, de 1993, terá a assistência de equipe multiprofissional composta por três profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências que o candidato possuir, dentre os quais um deverá ser médico, e três profissionais da carreira a que concorrerá o candidato.

Parágrafo único. A equipe multiprofissional emitirá parecer que observará:

I - as informações prestadas pelo candidato no ato da inscrição no concurso público ou no processo seletivo;

II - a natureza das atribuições e das tarefas essenciais do cargo, do emprego ou da função a desempenhar;

III - a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas;

IV - a possibilidade de uso, pelo candidato, de equipamentos ou de outros meios que utilize de forma habitual; e

V - o resultado da avaliação com base no disposto no § 1º do art. 2º da Lei n. 13.146, de 2015¹, sem prejuízo da adoção de critérios adicionais previstos em edital.

(BRASIL, 2018).

A autora Maria Aparecida Gugel elucida:

Incluir três profissionais integrantes da carreira almejada pelo candidato melhor qualifica o apoio que tem no corpo de servidores ou empregados públicos do órgão melhor condição de aferir a natureza das atribuições e tarefas de forma a, se necessário, adaptá-las segundo a necessidade de cada pessoa com deficiência. Ninguém conhece melhor sobre as tarefas intrínsecas de cada função senão os próprios servidores ou empregados públicos já ocupantes da carreira. O objetivo dessa construção é permitir que a equipe multiprofissional a partir da capacidade, do conhecimento e experiências de todos os seus integrantes, possam, ao final do período do estágio probatório, emitir parecer seguro sobre o servidor ou empregado público com deficiência. (GUGEL, 2016, p. 185-186).

Verifica-se, portanto, que a equipe multiprofissional é composta por três profissionais capacitados e atuantes na área da deficiência, sendo um deles

¹ Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015 – Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência).

Art. 2º Considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas.

§ 1º A avaliação da deficiência, quando necessária, será biopsicossocial, realizada por equipe multiprofissional e interdisciplinar e considerará:

I - os impedimentos nas funções e nas estruturas do corpo;

II - os fatores socioambientais, psicológicos e pessoais;

III - a limitação no desempenho de atividades; e

IV - a restrição de participação.

médico. Em relação à formação dos demais profissionais, a autora cita como exemplo as seguintes formações: Fonoaudiólogo, Psicólogo, Assistente Social e Terapeuta Ocupacional. (GUGEL, 2016).

Os demais integrantes da equipe advêm da carreira almejada pelo candidato, objetivando avaliar integralmente o ser humano, conhecer as atribuições que serão por ele desempenhadas e propiciar a adaptação das tarefas.

Tal entendimento é corroborado por Maria Aparecida Gugel:

O paradigma da equipe multiprofissional para atuar em concursos públicos é semelhante à equipe multiprofissional de saúde, criada em contraposição à visão de saúde fragmentada e ao modelo exclusivamente biológico, de doença. Esse novo modelo de atuação de diferentes profissionais em equipe propõe articular as diversas áreas do conhecimento biopsicossocial, interagir e alcançar soluções para pessoas ou grupo de pessoas, inclusive com alterações e adaptações de processos de trabalho. (GUGEL, 2016, p. 185).

As atribuições desempenhadas pela equipe multiprofissional eram divididas em dois momentos: no concurso público e no estágio probatório pelo Decreto n. 3.298/1999. Todavia, com a edição deste pelo o Decreto n. 9.508/2018, o momento do estágio probatório não foi citado, o que nos leva a interpretar com a leitura da normativa, de que o acompanhamento deverá ocorrer durante toda a vida funcional do servidor.

No concurso público compete à equipe multiprofissional, conforme disciplinado no Art. 5º, do Decreto n. 9.508/2018, a análise do laudo médico apresentado, na qual será verificado se o candidato necessita de alguma condição diferenciada para realização da prova e se ele está habilitado para concorrer a uma vaga reservada às PcD, conforme os critérios estabelecidos na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da ONU (Decreto Legislativo n. 186, de 9 de junho de 2008 e Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009), no próprio Decreto, no Estatuto da Pessoa com Deficiência, na legislação estadual (se houver) e nas súmulas vinculantes.

Após a aprovação, a convocação e a nomeação do candidato, quando do seu ingresso na Instituição Pública, inicia-se a segunda etapa do trabalho da equipe multiprofissional, buscando a promoção da acessibilidade das PcD e sua inclusão no espaço laboral.

Além disso, para a integração se faz necessária a adaptação dos fatores biopsicossociais do trabalho para que se possa, de fato, realizar a inclusão das PcD no espaço ocupacional.

2.3 ACESSIBILIDADE E ADAPTAÇÃO DOS FATORES BIOPSISSOCIAIS DO ESPAÇO LABORAL PARA A INCLUSÃO DA PCD

Para Braga e Schumacher (2013), nas organizações a ausência de adequada compreensão da racionalidade do Direito por parte dos empregadores poderia levá-los a pensar que a obrigação se restringe à reserva e ao preenchimento das vagas. A análise dos autores se baseou na teoria do reconhecimento social de Axel Honneth, na qual:

[...] o reconhecimento jurídico cria a possibilidade de ganhos em autorrespeito por parte das pessoas com deficiência. Essa compreensão adequada dos direitos pode-se traduzir em demonstração de respeito por parte do empresário. Além da reserva dos postos de trabalho, há que se eliminar barreiras arquitetônicas, comunicacionais, etc. (BRAGA; SCHUMACHER, 2013).

Dessa forma, a equipe multiprofissional tem o papel de apontar, promover e acompanhar a superação das barreiras físicas, biológicas, psicológicas e sociais que possam dificultar a adaptação das PcD no cargo para o qual foram aprovadas, proporcionando assim, a devida acessibilidade.

Sobre este tema, destaca-se a existência da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Dentre elas, existe um capítulo exclusivo sobre a acessibilidade nos edifícios públicos ou de uso coletivo que determina que esses locais sejam ou se tornem acessíveis às pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida.

Destarte, o Estatuto da Pessoa com Deficiência (2015), Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015, discrimina ações, no que tange à acessibilidade e à adaptação dos fatores biopsicossociais:

Seção III

Da Inclusão da Pessoa com Deficiência no Trabalho

Art. 37. Constitui modo de inclusão da pessoa com deficiência no trabalho a colocação competitiva, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, nos termos da legislação trabalhista e previdenciária, na qual devem ser atendidas as regras de acessibilidade, o fornecimento de recursos de tecnologia assistiva e a adaptação razoável no ambiente de trabalho.

Parágrafo único. A colocação competitiva da pessoa com deficiência pode ocorrer por meio de trabalho com apoio, observadas as se-

guintes diretrizes:

I - prioridade no atendimento à pessoa com deficiência com maior dificuldade de inserção no campo de trabalho;

II - provisão de suportes individualizados que atendam a necessidades específicas da pessoa com deficiência, inclusive a disponibilização de recursos de tecnologia assistiva, de agente facilitador e de apoio no ambiente de trabalho;

II - respeito ao perfil vocacional e ao interesse da pessoa com deficiência apoiada;

IV - oferta de aconselhamento e de apoio aos empregadores, com vistas à definição de estratégias de inclusão e de superação de barreiras, inclusive atitudinais;

V - realização de avaliações periódicas;

VI - articulação intersetorial das políticas públicas;

VII - possibilidade de participação de organizações da sociedade civil.

Art. 38. A entidade contratada para a realização de processo seletivo público ou privado para cargo, função ou emprego está obrigada à observância do disposto nesta Lei e em outras normas de acessibilidade vigentes.

Acerca da análise biopsicossocial, que segundo De Marco (2006), “[...] proporciona uma visão integral do ser e do adoecer que compreende as dimensões física, psicológica e social”, vem ao encontro da superação das barreiras, a equipe multiprofissional passa a visar a saúde nos múltiplos fatores envolvidos na superação das dificuldades ocupacionais.

Gugel, por sua vez, afirma:

A regra ao determinar que da equipe conste profissionais capacitados e atuantes nas áreas das deficiências (exemplo de psicólogo, assistente social, fonoaudiólogo, terapeuta ocupacional), dentre eles um médico, direciona sua atenção para a pessoa com deficiência que deve ser vista sob os ângulos relacionados à saúde integral, permitindo avaliar toda a sua funcionalidade na execução das tarefas, conforme consta expressamente do artigo 43, inciso III do Decreto nº 3.298/1999: a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas. (GUGEL (2016, p. 186, grifo nosso).

Cabe destacar, por fim, que tal modelo possibilita que a análise seja realizada por um grupo de pessoas, possibilitando também que seja conferida mais objetividade ao processo (GUGEL, 2016).

3 METODOLOGIA

O artigo foi escrito a partir de um projeto realizado no modelo de estudo de caso, ou seja, de campo. A pesquisa de campo buscou verificar como é re-

alizado o acompanhamento das PcD no concurso público e após o ingresso no órgão pela Equipe Multidisciplinar do MPSC. A pesquisa é classificada como descritiva, pois seu objetivo restou atrelado “[...] a descrição das características de determinada população ou fenômeno, ou, então, o estabelecimento de relações entre variáveis.” (GIL, 1999, p. 42).

A abordagem do problema é classificada como qualitativa porque este método não se utiliza de meios estatísticos como base para o processo de análise de um determinado problema. (RICHARDSON, 1999).

Os níveis de pesquisa utilizados foram as pesquisas exploratórias e descritivas. Exploratória porque foi desenvolvida “com o objetivo de proporcionar visão geral, de tipo aproximado, acerca de determinado fato” (GIL, 1999, p. 43). Descritiva, pois a pesquisa teve como objetivo “a descrição das características de determinada população ou fenômeno ou o estabelecimento de relações entre variáveis.” (GIL, 1999, p. 44).

Os tipos de delineamentos escolhidos foram: a pesquisa bibliográfica, que foi realizada “[...] com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos” (GIL, 1999, p. 65); e a pesquisa documental, pois foram utilizados “[...] materiais que não receberam ainda um tratamento analítico [...]” (GIL, 1999, p. 66).

A coleta de dados foi realizada por meio de entrevistas e observação da realidade estudada. A população da pesquisa foi composta por todos os integrantes da equipe multiprofissional, da Comissão de Acessibilidade e por servidores com deficiência do MPSC. Para a seleção da amostra, considerou-se a escolha de três integrantes da equipe multiprofissional e um servidor cujo acompanhamento pela equipe já foi finalizado.

4 RESULTADOS E DISCUSSÃO

Seguindo a orientação dos objetivos previamente definidos, a seguir apresentam-se os resultados alcançados e discussão sobre eles.

4.1 DO TRABALHO REALIZADO PELA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR NO CONCURSO PÚBLICO

Na entrevista realizada com os integrantes da Equipe Multiprofissional, verificou-se que o fluxo de trabalho é realizado da seguinte maneira:

- 1) A Equipe Multidisciplinar agenda reunião de análise das inscrições após o término das inscrições para as vagas reservadas às PcD no concurso público;
- 2) No dia programado, após convocação formal, os integrantes da Equipe Multiprofissional analisam a documentação apresentada, a fim de verificar se o candidato atende ao exigido no edital, a saber:

4.12 Inscrição para Candidatos com Deficiência

4.12.1 Serão consideradas pessoas com deficiência os candidatos que se enquadrarem na definição do artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (Decreto Legislativo n. 186, de 9 de junho de 2008 e Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009), c/c os artigos 3º e 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999 e, em campo próprio do Formulário de Inscrição, declararem a opção por concorrer à vaga reservada.

4.12.2 Após realizar a sua inscrição, o candidato com deficiência deverá [...] entregar [...] atestado ou relatório médico detalhado, em via original, emitido há no máximo 60 (sessenta) dias da data de início das inscrições, que indique a espécie, o grau ou nível da deficiência, com expressa referência à Classificação Internacional de Doenças (CID), onde deverá constar a provável causa da sua origem, bem como seu enquadramento segundo as disposições constantes nos artigos 3º e 4º do Decreto n. 3.298 de 20 de dezembro de 1999. [...]. (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2014, p. 7-8).

1.5 O concurso será constituído de provas escritas, de tribuna, oral e de títulos, e destina-se a selecionar candidatos para provimento de 23 (vinte e três) vagas ao cargo de Promotor de Justiça Substituto, no âmbito do Ministério Público do Estado de Santa Catarina, e de outras cuja vacância se der durante o prazo de validade do certame, garantindo-se 5% (cinco por cento) do total de vagas ofertadas aos candidatos com deficiência, nos termos da Lei estadual n. 17.292, de 19 de outubro de 2017, observado o disposto no art. 3º do Decreto estadual n. 2.874, de 15 de dezembro de 2009, e 20% (vinte por cento) do total das vagas ofertadas aos candidatos negros, nos termos da Resolução CNMP n. 170/2017.

1.5.1 Das 23 (vinte e três) vagas disponíveis, 01 (uma) será reservada preferencialmente aos candidatos com deficiência e 04 (quatro) serão reservadas preferencialmente aos candidatos negros, sendo os quantitativos adequados na hipótese de novas vacâncias durante a realização do certame ou no prazo de vigência do concurso, de acordo com os critérios deste item. (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2019, p. 2-3).

A análise, conforme descrito no edital, consiste em verificar:

4.12.3 A condição de pessoa com deficiência será examinada pela Equipe Multiprofissional prevista no artigo 41 da Lei Estadual n. 12.870/2004, que, de posse do atestado ou relatório médico fornecido pelo candidato, emitirá parecer acerca do atendimento das con-

dições presentes no artigo 1º da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência da Organização das Nações Unidas (Decreto Legislativo n. 186, de 9 de junho de 2008 e Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009), c.c. os arts. 3º e 4º do Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999, bem como da legalidade, viabilidade e razoabilidade do pedido, de condição diferenciada para realização da prova. (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2014, p. 8).

3.6 As pessoas com deficiência (PcD) que declararem tal condição no momento da inscrição provisória, cuja deficiência não seja incompatível com as atribuições atinentes ao cargo, terão reservadas 5% (cinco por cento) do total das vagas, já especificadas no item 1.5 deste Edital, observando-se o seguinte:

[...]

b) o candidato que, no ato da inscrição provisória, tenha declarado ser pessoa com deficiência, será avaliado por Equipe Multiprofissional constituída pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, na forma prevista no artigo 78 da Lei estadual n. 17.292/2017, que verificará, com base no Laudo Médico, se sua deficiência consta entre aquelas previstas no artigo 5º daquela Lei e se é compatível com o exercício funcional das atribuições de membro do Ministério Público; (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2019, p. 8).

3) Caso seja necessário, a Equipe Multidisciplinar poderá solicitar o cumprimento de diligências pelo candidato, seja a apresentação de documentação complementar ou o comparecimento para análise presencial, vejamos:

3.6 [...]

c) a Equipe Multiprofissional poderá convocar, por mensagem eletrônica ou contato telefônico pessoal, o candidato que tenha alegado ser portador de deficiência para entrevista e exame médico, o qual deverá comparecer à sede do Ministério Público do Estado de Santa Catarina (Rua Bocaiúva, n. 1792, Edifício Ministério Público de Santa Catarina, Centro, Florianópolis/SC), ou no local que lhe for informado, em até 48 (quarenta e oito) horas da convocação. (MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA, 2019, p. 8-9).

4) Terminada a análise, a Equipe Multidisciplinar emite parecer à Comissão de Concurso, informando acerca das inscrições que atenderam os critérios, bem como das condições diferenciadas para realização da prova.

4.2 DO TRABALHO REALIZADO PELA EQUIPE MULTIDISCIPLINAR NO ESTÁGIO PROBATÓRIO E DA PROMOÇÃO DA ADAPTAÇÃO DOS FATORES BIOPSISSOCIAIS DO TRABALHO

Após a aprovação, a convocação e a nomeação do candidato, ocorre a análise pela Junta Médica Oficial, externa ao MPSC e vinculada ao Governo do Estado. Conforme Santa Catarina (2010), o Decreto n. 3.338/2010: "O ingresso de candidato que apresenta necessidades especiais é regulado por lei específica

[...], entretanto, devendo-se seguir a rotina do exame pericial para admissão, nos aspectos não relacionados às suas limitações”.

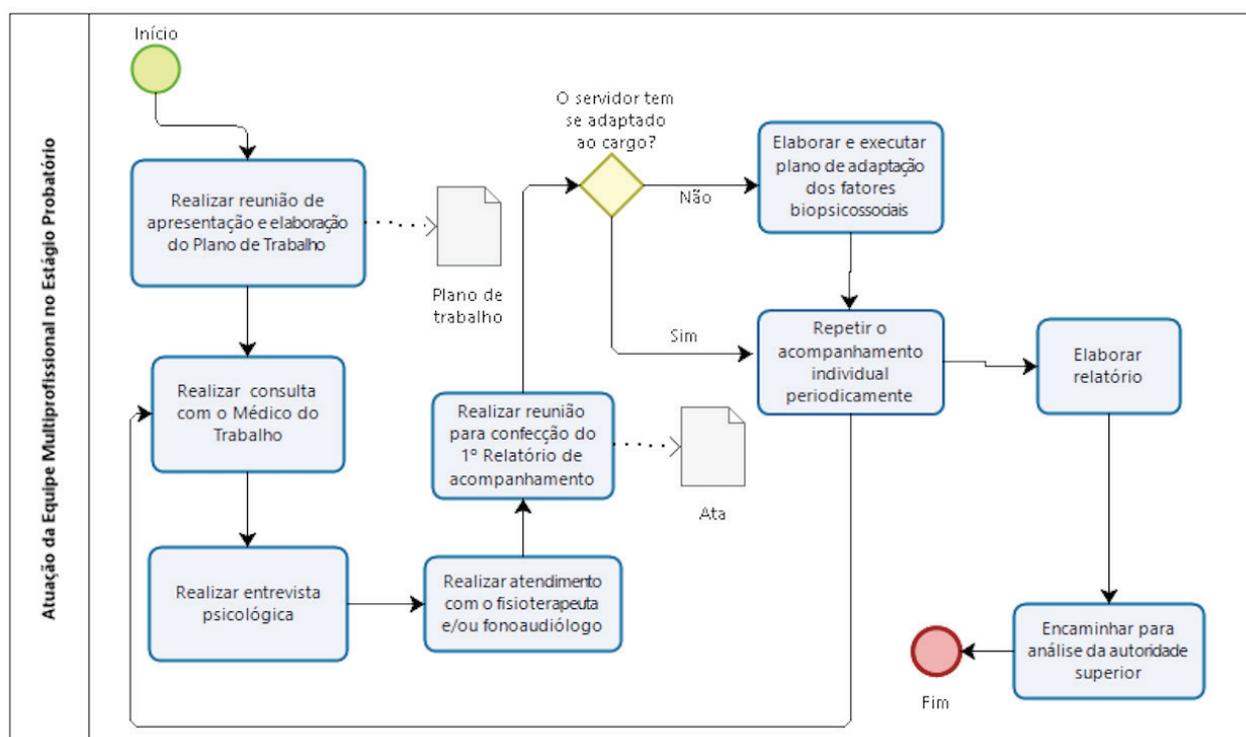
Os peritos avaliam a capacidade laborativa para a vaga do candidato, exarando parecer de apto ou inapto para a função.

Após o exame de aptidão por parte da perícia médica, ocorre a posse do candidato no cargo público para o qual foi aprovado. Subsequentemente esta etapa, inicia-se o estágio probatório, cuja duração é de três anos para servidores efetivos, ou o vitaliciamente, este para Membros da Carreira do Ministério Público, período que poderá ser prorrogado no caso de determinados afastamentos.

O Decreto n. 3.298/1999, parcialmente revogado pelo Decreto n. 9.508/2018, dispunha sobre a necessidade de acompanhamento dos trabalhadores oriundos de vagas reservadas durante o estágio probatório. Todavia, a revogação não trouxe esta necessidade explícita. O MPSC permanece, durante e após o estágio probatório, a verificar, dentre algumas questões, a viabilidade das condições de acessibilidade e as adequações do ambiente de trabalho na execução das tarefas pelas PcD.

A seguir, a Figura 1 demonstra como ocorre o acompanhamento da Equipe Multiprofissional durante o estágio probatório:

Figura 1: Atuação da Equipe Multiprofissional após o ingresso da PcD.



Fonte: Elaborado pela autora, a partir das entrevistas realizadas.

Os entrevistados relataram que, primeiramente, é realizada a reunião de apresentação dos trabalhos com a presença de todos os integrantes da Equipe Multiprofissional, além do servidor e da chefia imediata. Nesta reunião é explicada a dinâmica dos trabalhos, os objetivos e a periodicidade do acompanhamento que, em geral, ocorre a cada três, quatro ou seis meses, salvo se houver algum quesito que necessite de acompanhamento com um intervalo menor. Tal reunião possibilita a definição das expectativas para o trabalho a ser realizado e a acolhida do servidor/membro junto à equipe, para que este possa tê-la como referência para sua inserção no espaço ocupacional, criando assim, um canal de comunicação entre ambos.

Ainda na mesma reunião é construído o plano de trabalho, composto pela realização de consultas individuais com os profissionais. O objetivo de realizar tais atendimentos em separado é aprofundar o acompanhamento e evitar qualquer constrangimento, haja vista que na percepção de todos os entrevistados o fato de responder a uma pergunta na presença de seis pessoas não conferia profundidade ao atendimento e poderia causar, em tese, algum tipo de constrangimento. A consulta em separado possibilita a criação de um vínculo entre o profissional e o servidor, com o viés de auxiliá-lo a superar as dificuldades do ambiente de trabalho e garantir a manutenção do sigilo que envolve as relações dos profissionais da saúde com os seus pacientes.

No plano de trabalho fica definido quais os profissionais que irão acompanhar frequentemente a pessoa, sempre com a presença do médico e do psicólogo. A participação individual do fisioterapeuta e/ou do fonoaudiólogo é definida a partir do código de Classificação Internacional de Doenças (CID) apresentado no momento da inscrição no concurso público.

Os atendimentos individuais são realizados pelos profissionais, que podem promover a melhoria dos fatores biopsicossociais caso os recursos estejam ao seu imediato alcance. Cita-se como exemplos: as orientações da fisioterapia, relacionadas às pausas durante a jornada de trabalho; e o atendimento psicológico, que pode consistir na realização de orientação ao próprio servidor, chefia imediata e colegas. Ou ainda, o apontamento sugerindo providências de aquisições ou adaptações no local de trabalho ao Secretário-Geral do Ministério Público, que é também o Presidente da Comissão de Acessibilidade² do órgão.

² Criada pela Portaria n. 2.907/2012/PGJ para realizar o levantamento das condições de acessibilidade das edificações e serviços do Ministério Público de Santa Catarina.

A Comissão de Acessibilidade do MPSC, quando constituída, em cumprimento à Resolução nº 81, de 31 de janeiro de 2012, que dispõe sobre a criação da Comissão Temporária de Acessibilidade, adequação das edificações e serviços do Ministério Público da União e dos Estados às normas de acessibilidade e dá outras providências, realizou o diagnóstico de acessibilidade da estrutura do MPSC e elaborou um plano de ação para eliminação das barreiras arquitetônicas, priorização no atendimento e acesso à informação e comunicação em todas os prédios próprios, alugados e aqueles utilizados de forma cooperativa, como, por exemplo, os fóruns.

Se for necessária, por exemplo, a aquisição de equipamento que não exista em estoque, a equipe oficia à autoridade superior para providências e monitora o atendimento da solicitação, além de realizar o treinamento de uso, se necessário, visando garantir a acessibilidade.

A cada três ou quatro meses, parte da Equipe Multiprofissional, incluindo os profissionais da área das deficiências, reúne-se para discutir os aspectos mais relevantes da adaptação do servidor, produzindo o Relatório de Acompanhamento. Caso a adaptação não esteja ocorrendo dentro do planejado, a equipe convoca todos os integrantes, inclusive os servidores ocupantes da carreira, para verificar aspectos necessários à promoção da adaptação dos fatores biopsicossociais, além daqueles já identificados nas consultas individuais, visto que, segundo Gugel (2016, p. 186): “Ninguém conhece melhor sobre as tarefas intrínsecas de cada função senão os próprios servidores ou empregados públicos já ocupantes da carreira”.

Por fim, após a realização dos acompanhamentos durante o período de estágio probatório, a Equipe Multiprofissional emitirá relatórios que serão submetidos à análise da autoridade superior.

Questionados sobre possíveis pontos de destaque e a desenvolver nos trabalhos realizados, os entrevistados elencaram:

- Pontos de destaque: em razão da maior parte dos integrantes da Equipe Multiprofissional estar vinculada à área de gestão de pessoas, algumas questões que fogem da atribuição da equipe podem ser encaminhadas com maior facilidade. Cita-se como dificuldade, por exemplo: o relacionamento interpessoal, que pode ser acompanhado pelo setor de desenvolvimento de pessoas; e a continuidade do acompanhamento do servidor após o término do estágio probatório,

por intermédio do Projeto de Saúde Ocupacional (PSO), gerenciado pelo departamento de saúde do órgão, que visa a prevenção e a promoção de saúde;

- Pontos a desenvolver: maior envolvimento da chefia imediata, o que poderia ser viabilizado com a integração de uma Assistente Social na equipe, a fim de verificar, com profundidade, alguma questão que pudesse ser ponto de desenvolvimento; e deixar ainda mais claro para o servidor que a principal função da equipe é ajudá-lo, ao invés de fiscalizá-lo.

5 CONCLUSÃO

Este artigo teve como objetivo verificar como é realizado o acompanhamento das PcD, no concurso público e após o ingresso da PcD no órgão pela Equipe Multidisciplinar do MPSC.

O levantamento bibliográfico permitiu concluir que a promoção da adaptação dos fatores biopsicossociais depende muito da relação entre o servidor e a Equipe Multidisciplinar. A PcD deve informar suas dificuldades, ao passo que a Equipe Multidisciplinar deve saber identificá-las e ter conhecimentos para buscar superação dos fatores que impossibilitam a adaptação.

Em relação a isso, o método utilizado pelo MPSC de realizar acompanhamentos individuais juntamente com os encontros de grupo possibilita que o candidato sinta maior liberdade para expor suas dificuldades, reduzindo o receio por estar sendo avaliado. A relação existente entre o profissional de saúde e o paciente é pautada, sobretudo, no sigilo e ética profissional, o que fica mais visível em um atendimento no consultório, ao invés de uma sala com muitas pessoas.

Por outro lado, verifica-se como necessária a seleção de pessoal técnico qualificado para integrar a Equipe Multiprofissional, visto que a adaptação muito depende dos conhecimentos desta, além de treinamento para todos os integrantes, para que possam, cada vez mais, encontrar meios para superar as barreiras físicas, psicológicas e sociais existentes no espaço laboral.

Sugere-se, como oportunidade ao MPSC, a realização ações de gestão de pessoas voltadas à integração das pessoas com deficiência na cultura organizacional. Embora a legislação tenha evoluído em 2018, ainda existem mais possibilidades de atuação.

Para que a real inclusão das PcD ocorra, é necessário que seja adotada pelos órgãos uma postura voltada à humanização do ambiente de trabalho por

meio da criação de um ambiente propício para que ela possa ocorrer, pois, de nada adianta um discurso aberto se a postura organizacional permanece conservadora e fechada.

Ampliar o escopo do acompanhamento das PcD pelo Decreto 9.508/2018 é um grande avanço da legislação vigente. A prática adotada pelo MPSC, de realizar um Projeto de Saúde Ocupacional, embora não fosse obrigatória, demonstra a preocupação do órgão com as pessoas que nele estão inseridas. Trabalhar a saúde ocupacional é uma necessidade de todos, em especial das PcD. O órgão deve presar, sobretudo, para que não haja agravos no quadro de saúde do servidor, seja pelo processo natural decorrente de seu envelhecimento ou ainda por mudanças dos processos de trabalho e o meio para que isso ocorra é a realização de um acompanhamento permanente.

Diante de todo o exposto, percebeu-se que as práticas realizadas pelo MPSC no acompanhamento da PcD demonstraram que a Instituição cumpre o exigido nos dispositivos legais.

REFERÊNCIAS

BRAGA, Mariana Moron Saes; SCHUMACHER, Aluisio Almeida. Direito e inclusão da pessoa com deficiência: uma análise orientada pela teoria do reconhecimento social de Axel Honneth. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 28, n. 2, p.375-392, 2013. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922013000200010&lng=en&tlng=en . Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Decreto Legislativo n. 186, de 2008**. Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007. Brasília: Senado Federal, 2008. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm . Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999**. Regulamenta a Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a In-

tegração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1999. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.** Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Brasília: Presidência da República, 2009. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.508, de 24 de setembro de 2018.** Reserva às pessoas com deficiência percentual de cargos e de empregos públicos ofertados em concursos públicos e em processos seletivos no âmbito da administração pública federal direta e indireta. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9508.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 1991. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 10.098, de 19 de dezembro de 2000.** Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. Brasília: Presidência da República, 2000. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L10098.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015.** Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Brasília: Presidência da República, 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm. Acesso em: 19 maio 2020.

CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Resolução n. 81, de 31 de janeiro de 2012.** Dispõe sobre a criação da Comissão Temporária de Acessibilidade, adequação das edificações e serviços do Ministério Público da União

e dos Estados às normas de acessibilidade e dá outras providências. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2012. Disponível em: <https://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolucao-0811.pdf>. Acesso em: 21 maio 2020.

DE MARCO, Mario Alfredo. Do modelo biomédico ao modelo biopsicos-social: um projeto de educação permanente. **Revista Brasileira de Educação Médica**, Rio de Janeiro, v. 30, n. 1, p. 60-72, 2006. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-55022006000100010&lng=en&tlng=en#?. Acesso em: 19 maio 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2009.

GIL, Antônio. Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 5 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

GUGEL, Maria Aparecida. **Pessoas com deficiência e o direito ao concurso público**. 3 ed. Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2016. Disponível em: <http://www.ampid.org.br/v1/wp-content/uploads/2016/06/PESSOAS-COM-DEFICI%C3%80NCIA-E-O-DIREITO-AO-CONCURSO-P%C3%90BLICO-MARIA-APARECIDA-GUGEL-20161.pdf>. Acesso em: 19 maio 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA (MPSC). **Edital de Concurso Público n. 12/2014**. Florianópolis: 2014. Disponível em: <http://concurso.mpsc.fepese.org.br/?go=edital&mn=1151b3eab3b069d5112ccae1943307c4&edital=12>. Acesso em: 19 maio 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA (MPSC). **Edital de Concurso Público n. 1/2019/PGJ**. Florianópolis: 2019. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=4365>. Acesso em: 19 maio 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). **A inclusão e os direitos das pessoas com deficiência no Brasil**: uma agenda de desenvolvimento pós-2015. Brasília, 2013. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/>

uploads/2015/07/UN_Position_Paper-People_with_Disabilities.pdf. Acesso em: 19 maio 2020.

RICHARDSON, Roberto Jarry. et al. **Pesquisa social: método e técnicas**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 1999.

SANTA CATARINA (Estado). **Decreto n. 3.338, de 23 de junho de 2010**. Aprova o Manual de Normas Técnicas Médico-Periciais - Segunda Edição. Florianópolis, 2010. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/LegislacaoEstadual/2010/003338-005-0-2010-003.htm>. Acesso em: 19 maio 2020.

SANTA CATARINA (Estado). **Lei n. 12.870, de 12 de janeiro de 2004**. Dispõe sobre a Política Estadual para Promoção e Integração Social da Pessoa Portadora de Necessidades Especiais. Florianópolis, Assembleia Legislativa, 2004. Disponível em: <http://server03.pge.sc.gov.br/legislacaoestadual/2004/012870-011-0-2004-001.htm>. Acesso em: 19 maio 2020.