

ATUAÇÃO EM NOVA FASE

THE ATUAÇÃO'S NEW PHASE

Os atuais desafios do Ministério Público impõem que seus Membros e Servidores estejam cada vez mais capacitados. Essas demandas, que surgem diariamente em todas as áreas da Administração Pública e, não raras vezes, com alto grau de dificuldade, exigem que o aprimoramento técnico seja uma rotina nas instituições.

A “Operação Lava Jato”, por exemplo, bem demonstrou – e continua a provar – que as técnicas utilizadas pelas pessoas que violam o ordenamento jurídico se revestem de extrema sofisticação na tentativa de encobrir suas atividades delitivas. Em outras áreas de nossa atuação, a realidade não é diferente, requerendo uma postura profissional, gabaritada, que se antecipe aos problemas, na qual não há lugar para amadorismo.

Neste sentido, os cursos presenciais, a educação a distância, o incentivo ao ensino superior, são, por exemplo, eficazes políticas adotadas pelo Ministério Público de Santa Catarina e que vêm sendo incrementadas nos últimos anos, apresentando excelentes resultados, qualificando sobremaneira o seu quadro funcional.

Faz parte desse processo, também, a criação de doutrina ministerial, ou seja, a produção de conhecimento científico de qualidade que sirva de referência nacional na nossa área de atuação e que se constitua fonte de consulta confiável para profissionais e pesquisadores, dando padrão de ciência aos temas que nos são afetos.

Assim, dando sequência a esse processo de aperfeiçoamento, é com grande satisfação que inauguramos uma nova fase da *Atuação – Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense*.

As mudanças começam pelo alinhamento dos procedimentos editoriais aos critérios de classificação de periódicos estabelecidos pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), como, por exemplo, a exigência do Conselho Editorial e do corpo de pareceristas, a avaliação dos originais pelo processo duplo-cego, a hospedagem da Revista na plataforma OJS, entre

outras ações realizadas. Essas mudanças visam habilitar a Revista à obtenção do selo Qualis, sistema que avalia a produção científica dos Programas de Pós-Graduação.

A *Atuação* passa, desta forma, a se preocupar com as relevantes questões técnicas inerentes às atividades do Ministério Público, foco este que nunca cessará também de se voltar para a vertente acadêmica. Com esta visão, a *Atuação* buscará incansavelmente o reconhecimento acadêmico para acrescentar-se ao rol de periódicos jurídicos de maior notoriedade do País.

Além disso, ela passará a ser completamente digital, de modo a permitir o acesso rápido, fácil e gratuito dos leitores em qualquer lugar, dando dinamismo à publicação e reduzindo gastos públicos.

O conteúdo dos artigos continua a ser aquele inerente aos interesses tutelados pelo Ministério Público ou às funções institucionais a ele atribuídas pela Constituição da República e por leis infraconstitucionais.

A *Atuação* se constitui, ainda, em um canal de aproximação com a sociedade, credora única de nossos serviços. A troca permanente de ideias entre o autor e o leitor, que possibilita a pluralidade de pensamentos, resulta no tão desejado crescimento institucional.

Trabalho e estudo andam lado a lado, pois como bem nos legou Castro Alves: “Nem cora o livro de ombrear co’o sabre... Nem cora o sabre de chamá-lo irmão...”.

Marcelo Gomes Silva
Promotor de Justiça
Editor-responsável

Pareceristas que atuaram no volume 13, número 28, de junho de 2018:

- Alfredo Emanuel Farias de Oliveira (Universidade Salgado de Oliveira) - Minas Gerais, Brasil*
Amanda Carolina Buttendorff Rodrigues Beckers (Pontifícia Universidade Católica do Paraná) - Paraná, Brasil
Bianca Garcia Neri (Universidade Estácio de Sá) - Rio de Janeiro, Brasil
Bruno Costa Marinho (Agência de Gestão e Inovação Tecnológica) - Rio de Janeiro, Brasil
Carolina Ângelo Montolli (Universidade de Messina / Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) - Sicília, Itália / Minas Gerais, Brasil
Catarina Almeida de Oliveira (Universidade Católica de Pernambuco) - Pernambuco, Brasil
Cristina Veloso de Castro (Universidade Brasil) - São Paulo, Brasil
Cyro José Jacometti Silva (Universidade do Norte do Paraná) - Paraná, Brasil
Eloy Pereira Lemos Junior (Universidade de Itaúna) - Minas Gerais, Brasil
Fabrizio Veiga Costa (Universidade de Itaúna) - Minas Gerais, Brasil
Fernanda Cláudia Araújo da Silva (Universidade Federal do Ceará) - Ceará, Brasil
Fernando Rodrigues da Motta Bertonecello (Universidade Presbiteriana Mackenzie / Universidade de Miami) - São Paulo, Brasil / Florida, Estados Unidos
Flávio Couto Bernardes (Universidade Federal de Minas Gerais/Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) - Minas Gerais, Brasil
Francielle Benini Agne Tybusch (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões) - Rio Grande do Sul, Brasil
João Luiz Carvalho Botega (Ministério Público de Santa Catarina) - Santa Catarina, Brasil
Jonathan Cardoso Régis (Polícia Militar de Santa Catarina, Universidade do Vale do Itajaí) - Santa Catarina, Brasil
José Laurindo de Souza Netto (Universidade Paranaense) - Paraná, Brasil
Juliana Falci Souza Rocha Cunha (Universidade de Coimbra) - Coimbra, Portugal
Léia Comar Riva (Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul) - Mato Grosso do Sul, Brasil
Livio Perra (Universidade de Sassari) - Sardenha, Itália
Lucas Noura de Moraes Rêgo Guimarães (Universidade Livre de Berlin) - Berlin, Alemanha
Luciano de Almeida Lima (Universidade Feevale) - Rio Grande do Sul, Brasil
Luciano dos Santos Diniz (Centro Federal de Educação Tecnológica de Minas Gerais) - Minas Gerais, Brasil
Mariana Barbosa de Souza (Universidade de Santa Cruz do Sul / Universidade de Quebec) - Rio Grande do Sul, Brasil / Quebec, Canadá
Paula Galbitti Silveira (Universidade Federal de Santa Catarina) - Santa Catarina, Brasil
Ricardo Schneider Rodrigues (Centro Universitário Cesmac / Ministério Público de Contas do Estado de Alagoas) - Alagoas, Brasil
Robério Nunes dos Anjos Filho (Ministério Público Federal) - São Paulo, Brasil
Rogério Piccino Braga (Universidade do Norte do Paraná) - Paraná, Brasil
Silvana Raquel Brendler Colombo (Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões) - Rio Grande do Sul, Brasil
Sonia Aparecida de Carvalho (Universidade de Passo Fundo / Universidade do Vale do Itajaí) - Rio Grande do Sul / Santa Catarina, Brasil
Thiago Ribeiro de Carvalho (Nova Faculdade de Contagem) - Minas Gerais, Brasil
Victor Hugo Criscuolo Boson (Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais) - Minas Gerais, Brasil
Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade de São Paulo) - São Paulo, Brasil

AVÓS PODEM ADOTAR NETOS? ATIVISMO JUDICIAL E LIMITES DA LEGALIDADE: ANÁLISE CRÍTICA DO JULGAMENTO DO RESP 1.448.969/SC PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CAN GRANDPARENTS ADOPT GRANDCHILDREN? JUDICIAL
ACTIVISM AND LIMITS OF THE LEGALITY: CRITICAL ANALYSIS
OF THE TRIAL RESP 1,448.969/SC BY THE STATE OF SANTA
CATARINA SUPERIOR COURT OF JUSTICE

João Luiz de Carvalho Botega

Promotor de Justiça

Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí

RESUMO: O artigo propõe-se a analisar criticamente um julgado proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no ano de 2014 (REsp n. 1.448.969/SC), em que a referida Corte autorizou a adoção pelos ascendentes do adotando, não obstante a existência de expressa proibição legal (ECA, artigo 42, § 1º). São problematizados, então, à luz das categorias da legalidade estrita e do ativismo judicial, os fundamentos jurídicos invocados e utilizados no voto do Ministro relator, verificando-se se esses fundamentos se sustentam em um exame crítico a partir de critérios de integridade e coerência ou se na verdade se trata de argumentos retóricos ou *ad hoc* para justificar uma decisão solipsista, incompatível com o Estado Democrático de Direito. Trata-se, pois, de um artigo sobre Teoria do Direito e não sobre Direito da Criança e do Adolescente.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade estrita. Ativismo judicial. Positivismo. REsp n. 1.448.969/SC.

ABSTRACT: This paper aim is to critically analyze a trial ruled by the Superior Court of Justice in 2014 (REsp n. 1,448.969/SC – a special kind of appeal concerning federal law) in which that Court has authorized the adoption by the ancestors of the adopted, in despite of the existence of an express legal prohibition (ECA, article 42, § 1º). The problematization remains in the legal grounds used in the Judge or Minister's vote; however, in the light of the categories of strict legality and judicial activism, in order to verify if his arguments can be sustained on a critical examination based on criteria of integrity and coherence or if his allegations are in fact rhetorical or ad hoc arguments to justify a decision based on a solipsistic philosophy, considered incompatible with the democratic state. This is, therefore, a paper about the Theory of Law and not only about the Rights of Children and Adolescents.

Keywords: Strict legality. Judicial activism. Positivism. REsp n. 1,448.969/SC.

Enviado em: 30-1-2018

Aceito em: 5-2-2018

1 INTRODUÇÃO

É muito pouco difundida, na academia brasileira, a prática da análise crítica de julgados dos Tribunais Superiores (ou de qualquer decisão judicial), embora não faltem motivos para tanto: nossa jurisprudência é, em regra, bastante vacilante e, mesmo quando consolidada, apresenta-se como tarefa verdadeiramente hercúlea buscar o fundamento teórico que embasou a posição daquelas Cortes, uma vez que os julgados costumam apenas repetir, *ad nauseam*, decisões “nesse mesmo sentido” (geralmente com base em ementas que retratam com pouquíssima fidelidade o caso concreto), tornando inexecutável perscrutar os argumentos jurídicos que formataram o *leading case*. É, portanto, praticamente impossível realizar uma reconstrução racional das decisões judiciais¹ no Brasil.

A ausência dessa crítica doutrinária à atuação jurisdicional concreta é geratriz de um duplo efeito bastante perverso. Primeiramente, no campo da “prática”, alimenta o solipsismo e o decisionismo judicial e, pior, fomenta a utilização indiscriminada de argumentos de autoridade – “decido assim porque essa é a minha consciência ou porque essa é a jurisprudência do tribunal, pouco importando o que diz a doutrina ou a ciência jurídica”² –, já que não se realiza nenhum tipo de constrangimento epistemológico às decisões judiciais nem sempre coerentes ou razoavelmente fundamentadas.

Em segundo lugar, no campo da “teoria”, estimula um certo comodismo doutrinário, pois a doutrina abandona uma de suas funções, que é a crítica científica e descompromissada (com o caso concreto) aos fundamentos do sistema de justiça, passando a atuar sempre a reboque da jurisprudência. Basta olhar

¹ Sobre o tema, Luís Greco e Alaor Leite escrevem, em artigo que faz uma análise crítica de um dos fundamentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal (STF) no julgamento da AP 470 (caso “mensalão”) – a chamada teoria do “domínio do fato”: “Na teoria do Direito, fala-se usualmente em uma reconstrução racional de decisões judiciais. Identifica-se, na decisão judicial, um fundamento e uma conclusão e, em seguida, tenta-se entender a conclusão como consequência lógica, isto é, baseada em razões, do fundamento. Os trechos da decisão que conduzem logicamente ao resultado podem ser identificados como *rationes decidendi*; a decisão pode, assim, ser mais facilmente compreendida, e idealmente, torna-se possível reconstruir a decisão como um simples condicional: ‘dado A, segue B’. Em regra, as decisões dos tribunais alemães deixam-se reconstruir de forma racional, e costumam conter fundamentação razoável” (GRECO; LEITE, 2015).

² Marco desse pensamento é a conhecida a passagem do voto do Ministro Humberto Gomes de Barros, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do AgReg em ERESP n. 279.889/AL: “Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolda a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico — uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja”.

para boa parte dos livros jurídicos produzidos no Brasil hoje para constatar que se trata de meras compilações de julgados, em que o pesquisador se dedica muito mais a sistematizar os entendimentos dos Tribunais Superiores (às vezes, com breves comentários que apenas confirmam o posicionamento adotado pelas Cortes) do que a efetivamente aprofundar-se no estudo das bases históricas ou epistemológicas daquele determinado instituto jurídico. Os chamados doutrinadores, hoje – com exceções, é claro –, são uma espécie de “glosadores de jurisprudência”, ou seja, meros comentadores dos julgados que analisam. Enfim, na feliz síntese de Lênio Streck, “no Brasil, a doutrina não doutrina”³.

É certo que a supremacia da jurisprudência na contemporaneidade do Direito brasileiro não é fruto única e exclusivamente dos problemas da própria doutrina, justo porque está inserida num contexto muito mais amplo de crise das formas de ingresso nas carreiras jurídicas – os concursos públicos – e até mesmo do ensino jurídico no Brasil, marcado pelo “respeito excessivo ao argumento de autoridade” e pela “falta de uma cultura acadêmica que fomente a análise crítica e a livre discussão de ideias”, nas palavras de Virgílio Afonso da Silva e Daniel Wei Liang Wang em artigo cujo título – bastante apropriado ao caso – é “Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias” (SILVA; WANG, 2010).

Este pequeno texto que agora se inicia, todavia, não se propõe a enfrentar o tema da decadência da doutrina nacional nem da crise da academia e da ciência jurídica brasileiras. O objetivo do artigo é, animado e desafiado por esta cultura doutrinária acrítica – quase bovina – em relação às decisões judiciais, analisar criticamente um julgado específico proferido pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) no ano de 2014, em que a referida Corte chancelou decisão de tribunal estadual que permitiu a adoção de uma criança que era neta dos autores da ação, isto é, o STJ autorizou a adoção pelos ascendentes do adotando, não obstante a existência de expressa proibição legal (Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, artigo 42, § 1º). Mais que isso, o propósito do artigo não é discutir se o acórdão acertou ou errou em sua conclusão, ou seja, se o recurso

³ “Há uma admoestação, comum em nossos trabalhos que afirma o seguinte: no Brasil, a *doutrina não doutrina*. Trata-se, por certo, de uma assertiva provocatória. Todavia, ela carrega consigo intenções teóricas que indicam uma gramática conceitual mais profunda. Quer a expressão significar que a doutrina, enquanto um saber dogmático que procura justificar suas próprias razões oferecendo-lhes um fundamento de autoridade, no contexto cultural atual do pensamento jurídico brasileiro se apresenta como refém de outras instituições que agenciam o conhecimento jurídico. No caso, estamos falando, mais especificamente, da jurisprudência. Desse modo, a admoestação em epígrafe poderia também ser mencionada da seguinte forma: a doutrina brasileira, em sua enorme e numerosa maioria, é caudatária da jurisprudência dos tribunais” (STRECK; OLIVEIRA, 2014).

especial deveria ser provido ou desprovido, mas sim se os fundamentos jurídicos invocados e utilizados no voto do Ministro relator se sustentam em um exame crítico a partir de critérios racionais e coerentes ou se se trata de argumentos retóricos ou *ad hoc* para justificar uma decisão solipsista. Não é, pois, um artigo sobre Direito da Criança e do Adolescente ou mesmo sobre Direito Civil, mas sobre Teoria do Direito.

Para realizar esse objetivo, o texto iniciará com a apresentação do caso concreto, passando depois por algumas considerações sobre o ativismo judicial em terras brasileiras e, por fim, criticando juridicamente a *rationes decidendi* do acórdão analisado.

2 APRESENTAÇÃO DO CASO: O ACÓRDÃO DO RESP. N. 1.448.969/SC

Por se tratar justamente de um artigo que pretende discutir os fundamentos de um julgado do Superior Tribunal de Justiça e não o acerto ou desacerto da própria decisão, não se mostra necessário esmiuçar as questões fático-probatórias do caso concreto. Em outras palavras, não será imprescindível a leitura integral das alegações das partes ou dos depoimentos das testemunhas, pois partir-se-á da premissa de que os fatos mencionados no voto do relator aconteceram efetivamente na forma em que lá estão narrados. Assim sendo, a leitura do acórdão é material suficiente para os propósitos do texto.

O caso levado a julgamento no Superior Tribunal de Justiça é um recurso especial interposto pelo Ministério Público em face de decisão de tribunal local proferida em ação de adoção cumulada com destituição de poder familiar.

Os autos dão conta, em resumo, da seguinte situação: a mãe do adolescente adotando foi (também e primeiramente ela) adotada aos oito anos de idade pelos autores da referida ação judicial. A menina (mãe do adotando), à época da adoção, já estava grávida em decorrência de abuso sexual por ela sofrido. Como a pequena genitora, por óbvio, não possuía condições mínimas de exercer a maternidade com tão pouca idade, a criança que veio a nascer dessa violação sexual – registrada apenas no nome da mãe – foi cuidada e criada, desde o seu nascimento, pelos pais (adotivos) dela. Vale dizer: os avós criaram o neto (adotivo) como se filho fosse.

Passado certo tempo, quando o neto já havia alcançado a adolescência, esses avós (os nomes das partes não são divulgados em razão do segredo de

justiça) então tiveram por bem ingressar em juízo com uma ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar, no bojo da qual, depois de produzidas todas as provas, inclusive colhido o consentimento da genitora biológica, foi julgado procedente o pedido para deferir a adoção do neto dos autores a eles.

Contra essa decisão de piso, insurgiu-se o Ministério Público, que, em seu apelo, alegou que: a) a criança já residia com a mãe biológica e os avós adotivos, não havendo alteração na situação fática; b) há expressa vedação no Estatuto da Criança e do Adolescente à adoção de descendentes por ascendentes, já que seu artigo 42, § 1º, é bastante claro ao estabelecer que “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”; e c) ocorreria verdadeira “contrariedade” da ordem familiar, pois o adotando passaria a ser filho de seus avós e não mais neto.

O acórdão proferido pelo tribunal local “mitigou” a aplicação do mencionado dispositivo legal, em razão das peculiaridades do caso concreto e em homenagem ao “princípio” da dignidade humana, com vistas ao melhor interesse do adolescente adotando. O julgado da Corte estadual defendeu, ainda, segundo o acórdão do STJ, a aplicação de uma teoria neoconstitucionalista do Direito, “a qual pugna que o Direito necessita ser compreendido como uma ferramenta de promoção da dignidade humana e integração social, devendo amoldar-se à realidade na qual está inserido”. Manteve-se, pois, a decisão que conferiu a paternidade do adolescente aos avós adotivos.

Depois de rejeitados os embargos de declaração, seguiu-se novo recurso do Ministério Público – agora dirigido ao STJ –, que basicamente reeditou os argumentos já apresentados em sua apelação, com ênfase na negativa de vigência ao artigo 42, § 1º, do ECA.

A Procuradoria-Geral de República, chamada a intervir no feito, manifestou-se pelo desprovimento do recurso ao argumento de que a vedação imposta pelo Estatuto da Criança e do Adolescente “não deve ser aplicada de forma absoluta”.

Foi esse, em síntese, o caso que chegou ao julgamento da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, cuja relatoria coube ao Ministro Moura Ribeiro.

O relator, em seu voto, manteve a decisão proferida pelo tribunal estadual, no que foi acompanhado, por unanimidade, pelos Ministros Paulo de Tarso Sanseverino, Ricardo Villas Bôas Cueva (que presidia o julgamento) e Marco Aurélio Bellizze.

O acórdão recebeu a seguinte ementa:

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE ADOÇÃO C/C DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR MOVIDA PELOS ASCENDENTES QUE JÁ EXERCIAM A PATERNIDADE SOCIOAFETIVA. SENTENÇA E ACÓRDÃO ESTADUAL PELA PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. MÃE BIOLÓGICA ADOTADA AOS OITO ANOS DE IDADE GRÁVIDA DO ADOTANDO. ALEGAÇÃO DE NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. SUPOSTA VIOLAÇÃO DOS ARTS. 39, § 1º, 41, CAPUT, 42, §§ 1º E 43, TODOS DA LEI N.º 8.069/90, BEM COMO DO ART.

267, VI, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. INEXISTÊNCIA. DISCUSSÃO CENTRADA NA VEDAÇÃO CONSTANTE DO ART. 42, § 1º, DO ECA. COMANDO QUE NÃO MERECE APLICAÇÃO POR DESCUIDAR DA REALIDADE FÁTICA DOS AUTOS.

PREVALÊNCIA DOS PRINCÍPIOS DA PROTEÇÃO INTEGRAL E DA GARANTIA DO MELHOR INTERESSE DO MENOR. ART. 6º DO ECA. INCIDÊNCIA.

INTERPRETAÇÃO DA NORMA FEITA PELO JUIZ NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO.

1. Ausentes os vícios do art. 535, do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

2. As estruturas familiares estão em constante mutação e para se lidar com elas não bastam somente as leis. É necessário buscar subsídios em diversas áreas, levando-se em conta aspectos individuais de cada situação e os direitos de 3ª Geração.

3. Pais que adotaram uma criança de oito anos de idade, já grávida, em razão de abuso sexual sofrido e, por sua tenríssima idade de mãe, passaram a exercer a paternidade socioafetiva de fato do filho dela, nascido quando contava apenas 9 anos de idade.

4. A vedação da adoção de descendente por ascendente, prevista no art. 42, § 1º, do ECA, visou evitar que o instituto fosse indevidamente utilizado com intuítos meramente patrimoniais ou assistenciais, bem como buscou proteger o adotando em relação a eventual “confusão mental e patrimonial” decorrente da “transformação” dos avós em pais.

5. Realidade diversa do quadro dos autos, porque os avós sempre exerceram e ainda exercem a função de pais do menor, caracterizando típica filiação socioafetiva.

6. Observância do art. 6º do ECA: na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento.

7. Recurso especial não provido. (REsp 1448969/SC, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, TERCEIRA TURMA, julgado em 21/10/2014, DJe 3/11/2014)

Para fundamentar sua conclusão, o relator, em seu voto, invocou – embora não de forma sistematizada – uma série de fundamentos jurídicos, que podem ser assim resumidos:

a) o caso não trata de aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA, “visto que o referido dispositivo visa atingir situação distinta da aqui vivenciada”: o voto sustenta que há, na verdade, uma “filiação socioafetiva” e não uma adoção propriamente dita;

b) em cada oportunidade na qual o adolescente precisa apresentar seus documentos, ele é submetido a um “altíssimo constrangimento”, “já que, para a sociedade, ele é filho dos requerentes”;

c) citando a sentença, sustenta que “se o vínculo socioafetivo estabelecido entre avô e neto, ou entre irmãos, não corresponde ao biológico, beira à hipocrisia, ou falta de bom senso, impedi-los de, legalmente, formalizar a adoção, limitando-os a se contentarem com uma guarda ou tutela”;

d) depois de realizar uma análise histórica do instituto da adoção no Brasil, afirma que esta, à luz da doutrina da proteção integral, deve ser vista atualmente como um instituto de “solidariedade social, com conteúdo predominantemente humano e ênfase no vínculo afetivo, objetivando amparar o adotado”;

e) diz que a evolução histórica da adoção no País só ocorreu porque o Direito está “em sintonia com o elemento basilar do constitucionalismo moderno, que é o da observância a Princípios”. Sobrevém, então, menção ao “princípio” da dignidade humana, com citações aos textos das Constituições italiana, portuguesa e espanhola, além de manifestação da Assembleia Geral das Nações Unidas, bem como das Constituições brasileiras de 1934 e 1988. Faz-se referência à dignidade humana como “supraprincípio constitucional”, que deve ser “observado em todas as prestações jurisdicionais de um Estado Democrático de Direito”;

f) depois de citar um acórdão do STJ lavrado no ano de 1981 (muito anterior, portanto, à entrada em vigor do ECA), refere que, embora com motivos justos, o legislador, ao editar o § 1º do artigo 42, desconsiderou o próprio artigo 1º do ECA, que dispõe sobre a proteção integral à criança e ao adolescente;

g) menciona também o artigo 6º do ECA, que trata da forma de interpretação da lei infanto-juvenil, para discorrer longamente, com diversas citações doutrinárias, acerca da “premissa do melhor interesse da criança ou adolescente”;

h) refuta a aplicação de uma suposta “mutação constitucional” (até porque não se trata de norma constitucional), propugnando, contudo, uma nova

“hermenêutica do direito”, em que os magistrados poderão ver “um outro viés do significado de um texto legal, sem que se altere a norma”, fazendo referência à distinção entre texto e norma;

i) afirma que não permitir a adoção no caso concreto é, então, “não observar os interesses básicos do menor e o Princípio da Dignidade Humana”;

j) cita o estudo social para dizer que não haverá “confusão mental e emocional” para o adolescente, pois este sempre foi tratado como filho pelos adotantes, bem como que não há risco de haver interesses econômicos latentes no pedido formulado;

k) afasta-se, pois, segundo o voto, a aplicação da mencionada proibição legal, já que “nenhum dos argumentos trazidos pelo legislador originário do ECA, art. 42, § 1º, é aplicável ao caso concreto”;

l) destaca que a família moderna deve ser compreendida “como um todo e em constante mutação”;

m) reitera, ainda, que “o que buscam os adotantes agora é apenas a adequação legal de situação de fato vivida pelo menor desde seu nascimento, há mais de 16 anos, e, como consequência, o reconhecimento de sua filiação socioafetiva”;

n) menciona, por fim, o parecer do Subprocurador-Geral da República, que, por sua vez, se refere a uma espécie de “teoria do fato consumado” para dizer que “o texto legal, admitindo ou não a possibilidade de adoção pelos avós, não pode mudar a realidade”; e

o) conclui, então, que o Judiciário não pode fechar os olhos para a realidade ao aplicar o artigo 42, § 1º, do ECA, pois “perpetuar a interpretação restrita de tal artigo, aplicando-o de forma estrábica, é pactuar com a injustiça”.

Feito o resumo do caso e do acórdão do Superior Tribunal de Justiça, pode-se concluir que todo o problema gira em torno da aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA – vedando, sem margem para dúvidas, a adoção a ascendente do adotante –, o que representaria, ao menos na visão dos julgadores, uma injustiça na situação fática colocada em julgamento. A 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, então, “para não fechar os olhos” para a injustiça, deixou de aplicar (“mitigação” foi o eufemismo utilizado no voto) um dispositivo democraticamente aprovado pelo Poder Legislativo, utilizando-se de uma série de argumentos jurídicos e até metajurídicos para fundamentar seu posicionamento.

Essa decisão (e seus fundamentos), todavia, somente poderá(ão) ser compreendida(os) – e criticada(os) – se primeiramente se entender o fenômeno do ativismo judicial brasileiro.

3 ALGUMAS CONSIDERAÇÕES ACERCA DO ATIVISMO JUDICIAL

3.1 O ATIVISMO JUDICIAL E AS FASES DA EVOLUÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA

Não há dúvidas de que o ativismo judicial é um fenômeno inadequadamente compreendido no Brasil, já que geralmente vem atrelado à judicialização da política, embora os institutos não guardem nenhuma semelhança entre si. Longe de representar um “avanço” ou uma “evolução hermenêutica”, como pregam alguns, na verdade, o ativismo judicial é um “beco sem saída” interpretativo.

Com efeito, o ativismo judicial, para além de um problema da teoria política, é um problema da Teoria do Direito: está ligado a um desejo (GARAPON, 1998, p. 54), a um ato de vontade do julgador ou do intérprete no momento da concreção do direito (OLIVEIRA et al., 2013), um julgamento fundamentalmente discricionário, em regra desvinculado dos textos legais e fora dos limites da Constituição.

Embora não seja um fenômeno apenas brasileiro – podem ser citadas as experiências estadunidense (as “Eras” de interpretação da Constituição americana pela Suprema Corte, na conhecida análise de Christopher Wolfe: Era Tradicional; Era de Transição e Era Moderna (WOLFE, 1994 apud OLIVEIRA et al., 2013) e a alemã (a jurisprudência dos valores, “uma das primeiras respostas jurídicas à crise de paradigma inaugurada após a queda do Terceiro Reich” (TRINDADE, 2012, p. 112) –, é no Brasil que o ativismo ganhará contornos próprios, impulsionado por uma má recepção e compreensão de teorias estrangeiras, pela utilização indiscriminada de princípios jurídicos (pan-principiologismo) e pelo solipsismo judicial, o que levou a doutrina a chamar o fenômeno de “ativismo judicial à brasileira” (VERÍSSIMO, 2008).

Nessa linha, Trindade (2012, p. 115) observa, em um balanço crítico, que, desde a promulgação da Constituição Federal, a jurisprudência constitucional brasileira evoluiu em três fases ou estágios bastante distintos, assim sintetizados pelo autor: a) fase da ressaca: iniciada ainda em 1988, revela a dificuldade

dos atores jurídicos em lidar com a nova ordem constitucional vigente e em operar a filtragem constitucional das normas então existentes, o que acabou por encobrir algumas das inovações trazidas pela Carta Política; b) fase da constitucionalização: surge no final da década de 1990 e é marcada pelo “descobrimen- to” da Constituição e seus princípios, quando os tribunais deixam de ser meros aplicadores da lei para compreender a sua função de intérpretes dessa mesma Constituição; e c) fase ativista: a partir, simbolicamente, da edição da Emenda Constitucional n. 45/2004, é quando o Supremo Tribunal Federal passa a adotar posturas pró-ativistas, o que, por óbvio, reflete nas instâncias inferiores da jurisdição.

É nessa terceira fase que permanece a jurisdição constitucional brasileira – daí a importância de se estudar e de se estabelecerem limites claros a esse ativismo judicial, sobretudo quando essa ideia é alimentada pela falácia de que uma postura judicial ativista é imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais no Brasil. Por isso, o ativismo judicial à brasileira, “quando entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição” (TRIN- DADE, 2012, p. 116), torna-se perigoso e altamente explosivo em uma jovem democracia constitucional como a brasileira.

Um dos maiores sintomas dessa forma de julgar é o surgimento e a pro- fusão de uma série de princípios jurídicos que não são extraídos diretamente da Constituição, assim como a utilização indiscriminada daqueles já existentes, es- pecialmente os “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade, além de um certo “supraprincípio” (nunca bem explicado) da dignidade humana, “que exer- cem a função de verdadeiros curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico” (TRINDADE, 2012, p. 119). Essa simbiose entre a criação de princípios inexistentes e a aplicação indistinta da proporcionalidade e da dig- nidade humana apontam para o fortalecimento da discricionariedade judicial, ou seja, mascaram um subjetivismo e um decisionismo que não são compatíveis com uma democracia constitucional: é a lógica do “primeiro decido, depois fun- damento”⁴, vale dizer, a racionalização do irracional.

⁴ Em referência a uma entrevista concedida pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, citada por Fábio Tullio Correia e Henrique Costa Cavalcante Ribeiro, em que este teria dito que “o juiz primeiro decide no seu íntimo e só depois vai buscar os fundamentos de sua decisão” (CORREIA; RIBEIRO, [200-]).

3.2 ATIVISMO JUDICIAL *VERSUS* JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: UMA NECESSÁRIA DISTINÇÃO

É preciso assentar, ademais, antes de prosseguir, que ativismo judicial não se confunde com outro fenômeno bastante significativo no Brasil contemporâneo: a judicialização da política. Barroso (2009), por exemplo, sustenta que há uma relação de parentesco próximo entre os fenômenos estudados, dizendo que os dois “são primos”, que “vêm, portanto, da mesma família, frequentam os mesmos lugares”⁵.

Embora acertadamente mencione que ativismo judicial e judicialização da política não têm origens comuns, Barroso acaba por estimular esse embaralhamento e essa simbiose entre os fenômenos, que diferem entre si não apenas em sua ancestralidade, mas também em sua atualidade e em suas consequências práticas e jurídicas. Aliás, não por outro motivo é que o mencionado professor vê o ativismo judicial com bons olhos, afirmando que ele tem sido parte da solução, não do problema. É justamente essa equivocada associação entre ativismo e judicialização que tem sido uma das causas do perigoso fenômeno chamado “ativismo judicial à brasileira”, o qual tem estimulado decisões puramente subjetivas e solipsistas que pululam diariamente pelo Brasil.

A judicialização é um fenômeno puramente político e não é um mal em si: decorre da própria expansão da sociedade, da eleição de um modelo de constitucionalismo dirigente e da crise da democracia, que vem acompanhada da degeneração da política, tão evidente na contemporaneidade. O Judiciário, então, não pode evitá-la: em maior ou menor medida, a depender do funcionamento dos outros Poderes e da efetividade dos direitos fundamentais em uma determinada sociedade, é inexorável que demandas sociais e políticas cada vez mais complexas sejam levadas à decisão judicial.

Já o ativismo judicial constitui-se muito mais em um problema da Teoria do Direito, isto é, da hermenêutica jurídica, do que efetivamente em um problema político. Esse fenômeno pode ocorrer tanto no espaço da judicialização da política quanto fora dele – embora seja mais comum no primeiro –, pois o ati-

⁵ Segundo Barroso (2009, p. 6), “A judicialização, no contexto brasileiro, é um fato, uma circunstância que decorre do modelo constitucional que se adotou, e não um exercício deliberado de vontade política. Em todos os casos referidos acima, o Judiciário decidiu porque era o que lhe cabia fazer, sem alternativa. Se uma norma constitucional permite que dela se deduza uma pretensão, subjetiva ou objetiva, ao juiz cabe dela conhecer, decidindo a matéria. Já o ativismo judicial é uma atitude, a escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo o seu sentido e alcance. Normalmente ele se instala em situações de retração do Poder Legislativo, de um certo descolamento entre a classe política e a sociedade civil, impedindo que as demandas sociais sejam atendidas de maneira efetiva”.

vismo está ligado ao desejo, a um ato de vontade do juiz, que culmina com uma decisão democraticamente ilegítima, já que acaba por se intrometer na esfera de atuação de outro Poder.

É de se concordar, pois, com a conclusão de Oliveira et al. (2013, p. 304), quando escrevem que:

A judicialização quando mantida em níveis aceitáveis pode até ser benéfica para a sobrevivência democrática das instituições e para a garantia efetiva do pacto constitucional. Já o ativismo representa sempre uma autorização indevida do judiciário na esfera política. Sempre há uma boa causa a ser defendida por um juiz ativista. O problema é que, num contexto de pós-modernidade onde tudo se torna relativo, a determinação do bom e do mal, tornou-se ainda mais complicada. Como diz Guimarães Rosa – pela boca de Riobaldo, nosso filósofo do Sertão – “querer demais o bem e de incerto jeito, pode se estar fazendo o mal por principiar”. Assim, se é uma boa causa que queremos, optamos pela defesa intransigente da democracia e dos direitos fundamentais. Isso significa: menos ativismo e mais interpretação!

Para mitigar os efeitos do ativismo judicial e reduzir a produção de decisões judiciais solipsistas, a doutrina comprometida com a democracia tem proposto uma série de medidas, que vão desde mudanças na forma do ensino jurídico e das provas em concursos públicos até o reforço da teoria da argumentação e da hermenêutica jurídica. Além dessas, destaca-se o resgate – e o respeito – ao princípio da legalidade estrita como limitador democrático do ativismo judicial.

4 A LEGALIDADE COMO LIMITADOR DEMOCRÁTICO AO ATIVISMO JUDICIAL: ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

4.1 APLICAÇÃO DA LEI, POSITIVISMO(S), INJUSTIÇA(S) E A METÁFORA DA VÊNUS DE MILO

“Aplicar a lei é uma atitude positivista?”, pergunta-se Lenio Streck em um artigo (STRECK, 2010). Essa questão vem bem a calhar no Brasil, em que artificialmente se dividem os juízes – e atores jurídicos em geral – em duas castas. A primeira seria daqueles que, “retrógrados”, apegam-se à legalidade e aplicam, independentemente das “peculiaridades do caso concreto”, a “letra fria” da lei (seriam espécies – em extinção – de juízes pós-revolução francesa, ainda atuando

do como meras “bocas-da-lei”). Na outra ponta, estariam os (pós-)modernos, que julgam não por leis, mas com base em princípios, estes que representam nada mais que a introdução dos valores no Direito, de modo que os juízes estariam autorizados, sempre que entenderem conveniente, a fazer “justiça” ao caso concreto, independentemente do que dispuser a regra. Os primeiros seriam os positivistas, descendentes de Kelsen e Hart; os segundos, os neoconstitucionalistas, que leem (e aplicam como se fossem a mesma coisa) Alexy e Dworkin.

Essa, por óbvio, é uma falsa dicotomia. Não há mais (quase) ninguém que defenda o modelo de “juiz-boca-da-lei” dos revolucionários franceses, embora haja muitos que defendam hoje que o juiz decida apenas de acordo com a sua consciência, com seu “senso de justiça”. Grau (2013) se insurge contra isso ao dizer que os juízes devem decidir não subjetivamente, de acordo com este senso de justiça pessoal, mas aplicando o Direito, isto é, a Constituição e as leis, o que não significa, logicamente, que toda decisão seja matematicamente previsível. De forma incisiva – e um tanto polêmica –, Grau defende que “os juízes aplicam o direito, os juízes não fazem justiça! Vamos à Faculdade de Direito aprender *direito*, não justiça. *Justiça* é com a religião, a filosofia, a história” (GRAU, 2013, p. 22).

De toda forma, não é objetivo deste texto abordar as grandes questões que circundam a hermenêutica e a teoria da argumentação jurídica hoje. Mas o fato é que, em decorrência desse e de outros muitos fatores, vive-se hoje uma verdadeira “crise de legalidade”, como denunciou, entre outros, Francisco José Rodrigues de Oliveira Neto, apoiado em Luigi Ferrajoli, já que o decisionismo e o solipsismo judicial comprometem “aquilo que o princípio da legalidade tem na sua versão mais pura e de mais precioso: a vinculação de todos às normas legais” (OLIVEIRA NETO, 2011, p. 555).

Daí a necessidade do resgate da legalidade como limitador democrático ao ativismo judicial. Em outras palavras, longe de qualquer paleo-positivismo, é certo que, num Brasil marcado pelo pan-principiologismo, a lei deve valer alguma coisa, isto é, ela deve representar algo (importante) no momento da aplicação do Direito, no mínimo um ponto de partida, um referencial semântico. Uma lei democraticamente aprovada pelo Parlamento, sobre a qual não recai a pecha de inconstitucionalidade, não pode ser simplesmente descartada pelo juiz no momento da decisão, ainda que isso possa representar eventual “injustiça” no caso concreto.

Como destaca Streck (2010), “cumprir a lei”, no interior de um regime democrático como o brasileiro, representa por si só um avanço considerável. Por outro lado, utilizar princípios jurídicos para contornar a Constituição ou ignorar dispositivos legais – sem lançar mão da jurisdição constitucional (difusa ou concentrada) – pode representar, aí sim, uma atitude positivista, pois “é uma forma de prestigiar tanto a irracionalidade constante no oitavo capítulo da TPD de Kelsen, quanto homenagear, tardiamente, o positivismo discricionarista de Herbert Hart” (STRECK, 2010, p. 171).

É lugar-comum hoje falar da distinção – de fato existente – entre texto e norma. Ocorre que, mesmo se tratando de coisas distintas, o texto é uma “condição de possibilidade” para a norma e, por isso, não pode ser negado, ignorado ou simplesmente contornado. “A distinção entre as palavras do texto e o conteúdo normativo não pode levar a uma negação da relação entre ambas as coisas”, sintetiza Saldanha (2000, p. 204). E complementa Streck (2005, p. 35):

E é exatamente por isso que a afirmação “a norma é (sempre) produto da interpretação do texto”, ou que “o intérprete sempre atribui sentido (*Sinngebung*) ao texto”, nem de longe pode significar a possibilidade de o intérprete poder dizer “qualquer coisa sobre qualquer coisa”, atribuindo sentidos de forma arbitrária aos textos, como se norma e texto estivessem separados (e, portanto, tivessem *existência* autônoma). Ou seja, a norma – assim entendida – não pode superar o texto; ela não é superior ao texto.

Nessa linha, o filósofo e semiólogo (além de brilhante romancista) Eco (2000, p. 22) afirma que:

Em suma, dizer que um texto é potencialmente sem fim não significa que todo ato de interpretação possa ter um final feliz. Até mesmo o desconstrucionismo mais radical aceita a idéia de que existem interpretações clamorosamente inaceitáveis. Isso significa que o texto interpretado impõe restrições a seus intérpretes.

Segundo Grau (2013, p. 45-46), “o intérprete compreende o sentido originário do texto e o mantém (deve manter) como referência de sua interpretação”. Aliás, para explicar sua posição, o ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal (STF) utiliza-se da metáfora da *Vênus de Milo*:

Suponha-se a entrega, a três escultores, de três blocos de mármore iguais entre si encomendando-se a eles três *Vênus de Milo*. Ao final do trabalho, desses três escultores teremos três *Vênus de Milo* per-

feitamente identificáveis como tais, embora distintas entre si: em uma, a curva do ombro aparece mais acentuada; noutra, as maçãs do rosto despontam; na terceira, os seios estão túrgidos e os mamilos enrijecidos. Não obstante, são, definidamente, três *Vênus de Milo* – nenhuma *Vitória de Samotrácia*.

Esses três escultores produziram três *Vênus de Milo*. Não gozaram de liberdade para, cada um ao seu gosto e seu estilo, esculpir as figuras ou símbolos a que a inspiração de cada qual aspirava – o princípio de existência dessas três *Vênus de Milo* não está neles.

Tratando-se de três escultores experimentados – como na metáfora de que lanço mão se trata –, dirão que, em verdade, não *criaram* as três *Vênus de Milo*. Porque lhes fora determinada a *produção* de três *Vênus de Milo* (e não de três *Vitórias de Samotrácia*, ou outra imagem qualquer) e, na verdade, *cada uma dessas três Vênus de Milo já se encontrava em cada um dos blocos de mármore*, dirão que apenas desbastaram o mármore, a fim de que elas brotassem tal como se encontravam (ocultas) em seu cerne. (GRAU, 2013, p. 45-46).

Assim também é – ou deve ser – a atuação do intérprete ao extrair do texto (significante) o seu significado. Hermenêutica não é filologia, já alertava Streck (2005, p. 53), mas o mínimo de coerência entre o texto interpretado e a interpretação realizada (norma) há de existir: “não” deve significar “não”; “vedado” deve significar “proibido”; “inclusive” não pode significar “exclusão” e assim por diante. *Vênus de Milo* não pode ser *Vitória de Samotrácia*.

Não se pode, pois, aplicar a lei só quando ela, na visão do juiz, faça justiça ao caso concreto. Não se pode, também, ignorá-la ou contorná-la quando o motivo for inverso. O mínimo de coerência e integridade deve ser exigido das decisões judiciais – o resto é puro arbítrio e abuso de poder. Um exemplo talvez aclare o que se pretende dizer: a Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/2006) “cria mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher” (artigo 1º). A condição, portanto, para ser tutelado pela lei em questão é pertencer ao gênero feminino. Por mais que, eventualmente, um homem possa estar em situação de vulnerabilidade e sofrendo violência doméstica por sua esposa ou companheira (e, por isso, a aplicação de medidas protetivas de urgência fizesse justiça ao caso concreto), ele – por pertencer ao gênero masculino – não pode ser objeto de proteção pela Lei Maria da Penha. O texto legal (no caso, a palavra “mulher”), destarte, vai inexoravelmente impor limites ao intérprete.

Uma advertência, todavia, deve ser feita: o resgate ao princípio da legalidade não significa a aplicação cega da lei, um legalismo rasteiro incompatível com o Estado Democrático de Direito e – por que não? – com o próprio texto da

Constituição. Há, como bem lembra Streck (2010, p. 171-172), casos em que o juiz poderá deixar de aplicar uma lei aprovada pelo Parlamento, desde que o faça de forma fundamentada e coerente, nas seguintes (seis) hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional (em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução do texto; e f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, “entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos”⁶.

Feitas essas considerações, pode-se agora avançar para o exame da decisão proferida pelo Tribunal da Cidadania.

4.2 AFINAL, AVÓS PODEM ADOTAR NETOS? CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O artigo 42, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, com clareza solar, estabelece que “Não podem adotar os ascendentes e os irmãos do adotando”. O texto legal é simples e direto: não prevê exceções e nem constitui cláusula aberta. O pedido judicial veiculado na ação ao final julgada pelo Superior Tribunal de Justiça, ora objeto de análise, não era outro senão a adoção de um adolescente que era neto (adotivo ou biológico pouco importa, diante da proibição de discriminação dos filhos adotivos) dos autores (tanto é assim que os avós-autores nomearam a ação de “ação de adoção cumulada com destituição do poder familiar” e não de “ação de reconhecimento de filiação socioafetiva” ou qualquer outro nome).

Então, avós não podem adotar netos, e a decisão do STJ está equivocada? Não necessariamente. Como dito, a intenção deste breve artigo não é discutir o acerto ou desacerto da decisão em comento, mas examinar – criticamente – se os fundamentos empregados pela Corte Superior no julgamento são suficientes – e coerentes – para afastar a aplicação do dispositivo legal acima mencionado.

É importante, por isso, reiterar: o juiz (ou o tribunal) pode deixar de aplicar uma lei democraticamente aprovada pelo Congresso Nacional, desde que a

⁶ Para explicar o que significa deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, Lenio Streck menciona o caso do “princípio” da insignificância no Direito Penal e conclui: “A aplicação da insignificância – como de qualquer outro princípio jurídico – deve vir acompanhado de uma detalhada justificação, ligando-a a uma cadeia significativa, de onde se possa retirar a generalização principiológica minimamente necessária para a continuidade decisória, sob pena de se cair em decisionismo, em que cada juiz tem seu próprio conceito de insignificância (que é, aliás, o que ocorre no cotidiano das práticas judiciais)” (STRECK, 2010, p. 172).

situação se encaixe em uma das seis hipóteses referidas no final do tópico anterior, e o intérprete/aplicador explicita suas razões de maneira íntegra e coerente com o Direito.

Com efeito, o julgado do Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.448.969/SC não faz nenhum tipo de menção à inconstitucionalidade do artigo 42, § 1º, do ECA, nem seria o caso de resolução de antinomia, de interpretação conforme a Constituição, de nulidade parcial sem redução de texto ou de declaração de inconstitucionalidade com redução do texto. Sobra, pois – e parece que foi essa a ideia que guiou o voto do Ministro relator –, a hipótese da não aplicação de uma regra em face de um princípio, no caso o “supraprincípio” da dignidade humana.

O acórdão ora analisado abre sua fundamentação com uma rápida referência de que o caso não trata de aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA, pois estar-se-ia diante de uma “filiação socioafetiva” e não de uma adoção propriamente dita. Este é um argumento meramente retórico, que serve apenas para contornar o dispositivo legal: se se tratasse efetivamente de uma mera “filiação socioafetiva”, o Ministro relator não precisaria gastar outras quinze páginas de seu voto para dizer que aplicar o artigo 42, § 1º, do ECA no caso seria “pactuar com a injustiça”. Ademais, o pedido veiculado na ação é de adoção, e o reconhecimento de eventual filiação socioafetiva implicaria um julgamento fora dos limites da lide. Aliás, vale o registro de que o voto não explica o que seria essa “filiação socioafetiva” e no que ela se distinguiria de uma adoção regular.

Há considerações ainda sobre o “vínculo socioafetivo” entre avós e neto – que seria na verdade de pais e filho – e acerca do constrangimento que o adolescente sofre quando apresenta seus documentos. Esses argumentos – e não se discute a existência do vínculo afetivo ou a ocorrência dos constrangimentos –, por si sós, não são suficientes para afastar a aplicação da lei, porque não guardam em si uma generalização mínima para gerar uma cadeia decisória continuativa, ou seja, esses mesmos fundamentos não podem ser utilizados para julgamentos de casos semelhantes ou análogos. Suponham-se, por exemplo, as seguintes situações (todas extraídas do artigo 42 do ECA e seus parágrafos): a) um adolescente de apenas 17 anos de idade pretende adotar o filho de sua companheira, com quem mantém fortes vínculos afetivos (o *caput* do artigo veda a adoção por menores de 18 anos); b) um jovem de 20 anos de idade pretende adotar a filha de sua esposa, mais velha, que tem 16 anos de idade e que é

reconhecida socialmente como sua filha (o § 3º estabelece uma diferença mínima de dezesseis anos entre adotante e adotado); c) duas pessoas que não se conhecem mas mantêm vínculos afetivos com determinada criança pretendem adotá-la conjuntamente (o § 2º exige que para a adoção conjunta os adotantes devem ser casados civilmente ou manter união estável); e d) depois do falecimento da mãe, o irmão mais velho, que criou a criança (irmão mais novo) como se filho fosse, pretende adotá-lo (o § 1º proíbe a adoção entre irmãos). Em todos esses casos, os vínculos socioafetivos existem e não correspondem aos biológicos, mas nem por isso o STJ (ou qualquer outro juiz ou tribunal) autorizaria a adoção nessas circunstâncias, o que quer dizer que o argumento da vinculação socioafetiva não é minimamente generalizável; trata-se, pois, de um argumento *ad hoc*, criado apenas para resolver o caso concreto.

Sobrevém, então, menção ao “princípio” da dignidade humana, um verdadeiro “supraprincípio constitucional”, que deve ser “observado em todas as prestações jurisdicionais de um Estado Democrático de Direito”. Ocorre que o acórdão não explica o que é dignidade humana para o STJ nem a conceitua, não permitindo um controle mínimo acerca da coerência e integridade deste julgado com outros já realizados ou ainda por realizar na mesma Corte. Sem saber o que o tribunal entende por dignidade humana, o “princípio” é transformado automaticamente em mero *standard* retórico ou enunciado performativo, pois não se sabe como e de que forma os juízes recorrerão a ele quando enfrentarem outra alegação de violação à dignidade humana. Aliás, como se desconhece o conteúdo jurídico da dignidade humana no acórdão, alguém poderia muito bem argumentar, sem nenhum risco de incoerência, que o mencionado “princípio” se realizaria quando uma lei democraticamente aprovada pelos representantes do povo, lei esta inclusive considerada uma das mais avançadas e progressistas do mundo, é aplicada em sua inteireza, ainda que isso resulte em algumas injustiças pontuais. A dignidade humana, assim, efetivar-se-ia também quando a lei é aplicada para todos, de forma segura e sem qualquer distinção. Haveria, portanto, uma “aplicação inversa” da dignidade humana, sem que isso tornasse o julgamento incoerente com seus fundamentos.

Segue-se a isso o argumento de que o legislador, ao inserir o artigo 42, § 1º, do ECA, haveria “desconsiderado” os artigos 1º e 6º da mesma legislação. Além da pouco provável hipótese de um “legislador esquecido”, o que se tem, na verdade,

é que as disposições preliminares do Estatuto são normas gerais as quais não têm o condão de derrogar os dispositivos que tratam de temas específicos (como as hipóteses de vedação à adoção), pois, caso contrário, não haveria sentido editá-los; bastaria um artigo que dissesse que “é assegurado o melhor interesse da criança” e tudo se resolveria. Atento a isso, Oliveira Neto (2011, p. 557-558) observa, de forma perspicaz, que a complexidade e a especificidade, cada vez maior, das legislações visam justamente a diminuir os espaços de discricionariedade judicial, como aconteceu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente:

Exemplo disso foi o que ocorreu com o direito à saúde e o direito da criança e do adolescente. Ambos foram objetos de legislações que buscaram especificar critérios de atendimento das demandas que chegam ao Poder Judiciário. Seu objetivo é claro: diminuir os espaços entregues à livre discricionariedade do juiz, tornando-a mais democrática e menos pessoal, privilegiando a compreensão de que o fato de ser instrumento para a garantia de direitos fundamentais não autoriza qualquer agente do Estado a se arvorar em detentor de uma legitimidade inexistente em nosso sistema político, cuja marca fundamental é o equilíbrio no exercício do poder. (OLIVEIRA NETO, 2011, 557-558)

Restam, por fim, três argumentos utilizados no acórdão, mas que possuem menos força que os demais, razão por que serão examinados mais sinteticamente. O primeiro deles diz respeito à distinção entre texto e norma, ponto já abordado no item anterior. Não custa recordar, todavia, que, embora verdadeira a distinção, isso não quer dizer que o intérprete possui um “cheque em branco” em mãos, podendo preenchê-lo como bem entender. O texto legal, no caso, nega peremptoriamente a possibilidade de adoção avoenga, e a distinção entre texto e norma não apaga essa circunstância nem transforma a vedação em permissão.

Há certa referência a uma suposta “vontade do legislador”, pois, segundo o acórdão, “nenhum dos argumentos” que levaram à edição do artigo 42, § 1º, do ECA se aplicaria ao caso. Para rebater o “espírito” ou a “intenção” do legislador, não é necessário nem mesmo recorrer aos hermeneutas mais modernos, pois até Maximiliano (1957, p. 48), falecido em 1960 (e coincidentemente referenciado no acórdão), já refutava a ideia com enorme contundência: “Com a promulgação, a lei adquire vida própria, autonomia relativa; separa-se do legislador; contrapõe-se a ele como um produto novo; dilata e até substitui o conteúdo respectivo sem tocar nas palavras; mostra-se, na prática, mais previdente que o seu autor”.

O último argumento faz referência à situação consolidada do núcleo familiar para dizer que “o texto legal, admitindo ou não a possibilidade de adoção pelos avós, não pode mudar a realidade”. O princípio da segurança jurídica poderia ter sido mais explorado no acórdão, mas não o foi. Assim, em regra, situações fáticas consolidadas, porém ilegais, não podem servir de fundamento para a não aplicação de lei expressa. Foi o que decidiu o Supremo Tribunal Federal, por exemplo, no tema referente à posse e ao exercício do cargo, com base em decisão liminar, de candidato reprovado em concurso público⁷. Um exemplo talvez banal sirva para elucidar melhor a questão: a Constituição Federal veda a usucapião de imóveis públicos (artigo 183, § 3º); uma pessoa que tenha como seu um imóvel público por toda a sua vida, mesmo se consolidada a sua posse, jamais poderia receber o título de propriedade da área, de modo que o texto legal, nesse caso, pode, sim, mudar a realidade (certamente o possuidor, depois de ingressar com a ação de usucapião, seria despejado do imóvel).

Enfim, esses foram os argumentos empregados pelo Superior Tribunal de Justiça para afastar a aplicação do artigo 42, § 1º, do ECA e para não “pactuar com a injustiça”. Ocorre, como visto, que o único “princípio” constitucional mencionado no voto – a dignidade humana – que poderia ensejar o afastamento dos rigores da regra prevista no ECA, no caso, serviu apenas de álibi teórico para justificar uma decisão solipsista do Tribunal da Cidadania.

Não havia, portanto, a presença de nenhuma das seis hipóteses que permitem a não aplicação de uma lei pelo juiz, ou, se elas (as hipóteses) existiam, não foram adequadamente explicitadas no acórdão do STJ. Enfim, para retomar a metáfora de Eros Grau, pode-se dizer que ao “escultor” Superior Tribunal de Justiça foi entregue um bloco de mármore com a encomenda de uma Vênus de Milo; o STJ, no entanto, esculpiu uma Vitória de Samotrácia (mas, infelizmente, sem a mesma beleza da escultura grega).

⁷ CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CONCURSO PÚBLICO. CANDIDATO REPROVADO QUE ASSUMIU O CARGO POR FORÇA DE LIMINAR. SUPERVENIENTE REVOGAÇÃO DA MEDIDA. RETORNO AO STATUS QUO ANTE. “TEORIA DO FATO CONSUMADO”, DA PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA E DA SEGURANÇA JURÍDICA. INAPLICABILIDADE. RECURSO PROVIDO. 1. Não é compatível com o regime constitucional de acesso aos cargos públicos a manutenção no cargo, sob fundamento de fato consumado, de candidato não aprovado que nele tomou posse em decorrência de execução provisória de medida liminar ou outro provimento judicial de natureza precária, supervenientemente revogado ou modificado. 2. Igualmente incabível, em casos tais, invocar o princípio da segurança jurídica ou o da proteção da confiança legítima. É que, por imposição do sistema normativo, a execução provisória das decisões judiciais, fundadas que são em títulos de natureza precária e revogável, se dá, invariavelmente, sob a inteira responsabilidade de quem a requer, sendo certo que a sua revogação acarreta efeito *ex tunc*, circunstâncias que evidenciam sua inaptidão para conferir segurança ou estabilidade à situação jurídica a que se refere. 3. Recurso extraordinário provido. (RE 608482, Relator(a): Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, julgado em 7/8/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29/10/2014 PUBLIC 30/10/2014).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Streck (2014) costuma dizer, ironicamente, que é portador de Lesão por Esforço Epistêmico Repetitivo (LEER). O acórdão agora criticado – longe de qualquer interesse específico – foi selecionado de forma aleatória, mas infelizmente há muitos outros exemplos semelhantes em todos os tribunais brasileiros – daí porque o esforço deve ser mesmo repetitivo (e incansável). Independentemente de a decisão agradar ou não ao senso de justiça médio da sociedade ou eventualmente àqueles envolvidos na lide ou mesmo àqueles que estudam o Direito, o dever de fundamentação – íntegra e coerente – das decisões judiciais deve ser exaustivamente reivindicado por todos, porque essa obrigação constitucional representa um dos pilares da democracia e evita arbitrariedades e decisionismos de toda a ordem – para o bem e para o mal.

A lei – a legalidade estrita –, nessa quadra, deve significar alguma coisa para os juízes e para os atores jurídicos. O texto legal é, como dito, uma condição de possibilidade da norma; não pode ser simplesmente descartado com argumentos retóricos ou meramente performáticos; não se podem admitir fundamentações *ad hoc* que apenas mascaram um subjetivismo judicial incompatível com a Constituição. Se algum juiz ou tribunal desejar deixar de aplicar uma lei democraticamente votada e aprovada pelo Parlamento, que o faça de maneira adequada – é só isso que se pede.

A situação se torna mais grave, no caso que agora se examinou, quando se constata que o Superior Tribunal de Justiça tem, entre as suas missões constitucionais, aquela de pacificar a interpretação das normas legais (infraconstitucionais) em todo o território nacional (CF, artigo 103, inciso III, alínea “c”), razão por que as exigências de coerência e integridade são ainda mais relevantes. Por isso, quando o STJ decidir por bem negar vigência a um dispositivo legal – qualquer que seja –, deve fazê-lo com muita responsabilidade.

Enfim, avós podem adotar netos? Talvez possam. O que não se pode, numa jovem democracia que tem a pretensão de se consolidar, é depender de juízes solipsistas – que primeiro decidem e depois fundamentam – para que ocorra a efetivação de direitos constitucional ou legalmente assegurados. Afinal, por melhores que sejam as intenções do juiz ou do tribunal, como brilhantemente questionou Marques Neto (1994, p. 30), “quem nos protege da bondade dos

bons? Do ponto de vista do cidadão comum, nada nos garante, 'a priori', que nas mãos do Juiz estamos em boas mãos, mesmo que essas mãos sejam boas”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Judicialização, ativismo e legitimidade democrática**. 2009. Disponível em: <<http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/1235066670174218181901.pdf> >. Acesso em: 22 jul. 2015.

CORREIA, Fábio Túlio; RIBEIRO, Henrique Costa Cavalcante. **Realismo jurídico**. [200-]. Disponível em: <http://www.amatra19.org.br/artigos/_henrique_cavalcante/007.pdf >. Acesso em: 22 jul. 2015.

ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. São Paulo: Perspectiva, 2000.

GARAPON, Antoine. *O guardador de promessas: justiça e democracia*. Lisboa: Instituto Piaget, 1998.

GRAU, Eros. **Por que tenho medo dos juízes**. A interpretação/aplicação do direito e os princípios. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio da organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na Ação Penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (“Caso Mensalão”). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, [S. l.], p. 386-393, jul./ago. 2015. Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf >. Acesso em: 27 jul. 2015.

MARQUES NETO, Agostinho Ramalho. O Poder Judiciário na perspectiva da sociedade democrática: o juiz cidadão. **Revista ANAMATRA**, São Paulo, n. 21, p. 30-50, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 6. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1957.

OLIVEIRA, Rafael Tomaz de et al. A jurisdição constitucional entre a judicialização e o ativismo: percursos para uma necessária diferenciação. In: SIMPÓSIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL DA ABDCONST., 10., 2012, Curitiba. **Anais...**

Curitiba: ABDConst., 2013, p. 266-306. Disponível em <<http://www.abdconst.com.br/anais2/JurisdicaoRafael.pdf>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de. A estrita legalidade como limitador democrático da atividade jurisdicional. **Pensar**, Fortaleza, v. 16, n. 2, p. 527-561, jul./dez. 2011.

SALDANHA, Nelson. Racionalismo jurídico, crise do legalismo e problemática da norma. **Anuário dos Cursos de Pós-Graduação em Direito**, Recife, n. 10, p. 203-216, 2000.

SILVA, Virgílio; WANG, Daniel Wei Liang. Quem sou eu para discordar de um Ministro do STF? O ensino do Direito entre argumento de autoridade e livre debate de ideias. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 6, n. 1, p. 95-118, jan./jun. 2010.

STRECK, Lenio. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

_____. Diferença (ontológica) entre texto e norma: afastando o fantasma do relativismo. In: TORRES, Heleno Taveira (Coord.). **Direito e poder: nas instituições e nos valores do público e do privado contemporâneos**. Barueri: Manole, 2005. p. 26-63.

_____. O ativismo, o justo, o legal e a lesão por esforço epistêmico repetitivo. **Consultor Jurídico**, 31 jul. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-jul-31/senso-incomum-ativismo-justo-legal-lesao-esforco-epistemi-co-repetitivo>>. Acesso em: 30 jul. 2015.

STRECK, Lenio; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. A doutrina precisa de “Taxi Driver” e “Os Imperdoáveis”. **Consultor Jurídico**, 10 maio 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-mai-10/diario-classe-doutrina-taxi-driver-imperdoaveis>>. Acesso em: 27 jul. 2015.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK,

Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 95-131.

VERÍSSIMO, Marcos Paulo. A Constituição de 1988, vinte anos depois: suprema corte e ativismo judicial à brasileira. **Revista Direito GV**, São Paulo, v. 4, n. 2, p. 407-440, jul./dez. 2008.

WOLFE, Christopher. **The rise of modern judicial review**: from constitutional interpretation to judge-made law. Boston: Littlefield Adams Quality Paperbacks, 1994.

A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROVOCAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

THE STATE PROSECUTION SERVICE'S RECOMMENDATION AS
AN INSTRUMENT TO PROVOKE A PREVENTIVE CONTROL OF
CONSTITUTIONALITY

Eduardo Loula Novais de Paula

*Analista Jurídico do Ministério Público do Estado da Bahia
Mestre em Direito, Governança e Políticas Públicas pela Universidade
Salvador*

RESUMO: Este artigo busca analisar a possibilidade de o Ministério Público adotar novos comportamentos diante de um projeto de lei inconstitucional ou ilegal. Nesse sentido, em conformidade com a necessidade de se privilegiar uma atuação extrajudicial e resolutive, afinada com os ditames constitucionais, se analisará a possibilidade de se conceder uma nova função para o instrumento extrajudicial da recomendação administrativa ministerial, à luz dos novos paradigmas do Ministério Público, que exigem uma instituição cada vez mais voltada para a resolução extrajudicial dos conflitos da sociedade pós-moderna. A metodologia seguida ao longo do presente artigo foi qualitativa, baseada no levantamento bibliográfico sobre o tema e a pesquisa descritiva e teórica, haja vista tratar-se de pesquisa eminentemente jurídica, com o fim de interpretar os fatos e as normas jurídicas que regem a temática doravante analisada e, partindo do posicionamento doutrinário e normativo existente, defender uma nova função para institutos consagrados no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Ministério Público. Recomendação. Controle preventivo de constitucionalidade.

ABSTRACT: This article intends to analyze the possibility of the State Prosecution Service to adopt new behaviors in the face of an unconstitutional or illegal draft law. In this regard, in accordance with the need to favor an extrajudicial and resolute performance, in line with the constitutional standards, the possibility of granting a new role for the extrajudicial instrument in accordance with the recommendation of the State Prosecution Service. Therefore, in the light of the State Prosecution Service's new paradigms, which require an institution that is increasingly focused on the out-of-court settlements for the post-modern society conflicts. The methodology followed throughout the present article was qualitative, based on the bibliographical survey about the subject and on a descriptive and theoretical research, since it is a question of legal research, in order to interpret the facts and the legal norm that rule this paper, and also based on the existing doctrinal and normative position, this article intends to defend a new function for established institutes in Brazil's legal order.

KEYWORDS: State Prosecution Service. Recommendation. Preventive control of constitutionality. New function.

Enviado em: 28-2-2018

Aceito em: 13-4-2018

1 INTRODUÇÃO

Dentre os novos paradigmas do Ministério Público que decorrem do novo perfil constitucional inaugurado com a Constituição Federal de 1988, destaca-se a necessidade de se privilegiar o modelo resolutivo de controvérsias, em detrimento do modelo demandista, que deverá, cada vez mais, ser utilizado somente de forma subsidiária, apenas quando a judicialização for imperiosa. Há diversas razões pelas quais é mais vantajosa para os atores jurídicos a utilização do modelo resolutivo, conforme será analisado no decorrer deste artigo.

Em obediência a esse novo paradigma, surge para o Ministério Público a possibilidade de atuação resolutiva em determinadas matérias que antes ficavam relegadas apenas à atuação do Poder Judiciário, que, como é cediço, cada dia está mais assoberbado, devido à grande demanda que recebe diariamente, dificultando o cumprimento do direito constitucional à duração razoável do processo¹.

Neste artigo, será analisado esse novo perfil constitucional do Ministério Público, bem como os novos paradigmas que impõem uma mudança de mentalidade dos seus membros e servidores, para então destacar uma das diversas possibilidades de atuação resolutiva do Ministério Público, medida que trará diversos benefícios para os atores jurídicos, em especial ao Ministério Público – que terá a oportunidade de “cortar o mal pela raiz” –, ao Poder Judiciário – que poderá ser beneficiado com a diminuição da sua demanda, concentrando sua energia em outros processos de igual ou maior relevância – e à sociedade – que, a depender da solução conferida ao caso, não precisará recorrer ao Poder Judiciário para obter seus direitos.

Nesse sentido, indaga-se: como conciliar o controle preventivo de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro? Esse é o problema que será desenvolvido no decorrer deste artigo, buscando traçar sólidos argumentos para defender uma nova função para o instrumento da recomendação administrativa.

A escolha do tema é justificada pela relevância jurídica, na medida em que seu delineamento não se encontra positivado na legislação, dependendo de construção jurídica calcada na análise das normas constitucionais e infraconstitucionais, à luz dos novos paradigmas impostos pela Carta Magna de 1988.

¹ Art. 5º, LXXVIII, da Constituição Federal de 1988.

O tema possui, também, relevância prática, na medida em que a construção almejada neste artigo possibilitará ao Ministério Público a utilização da recomendação para outra finalidade de vital importância para o Direito Constitucional e para a sociedade, ocasionando a otimização do controle de constitucionalidade.

Ainda assim, o tema possui relevância social, já que o uso da recomendação para o fim colimado neste artigo representará maior celeridade na proteção da ordem jurídica e, conseqüentemente, na defesa dos direitos constitucionais dos cidadãos.

O objetivo geral do tema é defender a utilização da recomendação administrativa para provocação do controle preventivo de constitucionalidade. São objetivos específicos analisar o novo perfil constitucional do Ministério Público, descrever o desenvolvimento doutrinário da recomendação administrativa e do controle preventivo de constitucionalidade e analisar a compatibilidade jurídica entre ambos os institutos.

2 NOVO PERFIL CONSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO²

Não obstante a relevância da Lei n. 7.347/1985 para o Ministério Público brasileiro, principalmente para a tutela de direitos transindividuais, a Constituição Republicana de 1988 elevou o Ministério Público a um patamar inédito. Se, no período anterior, a atuação do *Parquet* se restringia quase que exclusivamente à esfera penal, como promotor da ação penal pública, a Carta Magna conferiu-lhe novas atribuições³.

Decorre de tais atribuições constitucionais, por exemplo, a possibilidade de o Ministério Público promover audiências públicas, celebrar compromissos de ajustamento de conduta, além de recomendações dirigidas aos órgãos públicos, sem caráter vinculativo, podendo requisitar ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, bem como resposta por escrito, consoante art. 27, parágrafo único, inciso IV, da Lei n. 8.625/93, que institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público.⁴

Tais atribuições são o resultado do reconhecimento da grande importância desta Instituição para o amadurecimento da democracia e o desenvolvimento da

² Do segundo até o quinto tópico está inserido o referencial teórico do presente artigo.

³ Conforme o art. 129 da Constituição Federal de 1988.

⁴ Sobre a natureza jurídica da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, conferir em: Mazzilli (2015a, p. 172-173).

cidadania. Todavia, o avanço na constitucionalização do acesso à justiça, proporcionado pela Constituição Federal, trouxe consigo novos problemas, dentre os quais consta a sobrecarga do Poder Judiciário. Houve um aumento exponencial da judicialização, ocasionada por diversos fatores, alguns deles citados por Luís Roberto Barroso:

Sob a Constituição de 1988, aumentou de maneira significativa a demanda por justiça na sociedade brasileira. Em primeiro lugar, pela redescoberta da cidadania e pela conscientização das pessoas em relação aos próprios direitos. Em seguida, pela circunstância de haver o texto constitucional criado novos direitos, introduzido novas ações e ampliado a legitimação ativa para tutela de interesses, mediante representação ou substituição processual. Nesse ambiente, juízes e tribunais passaram a desempenhar um papel simbólico importante no imaginário coletivo. (BARROSO, 2015, p. 421).

Essa nova realidade tem prejudicado a prestação jurisdicional adequada, fato que impõe a todos aqueles que lidam com a Justiça um esforço na busca de encontrar novas alternativas para a solução desse grave problema. Nesse sentido, conforme será visto no próximo tópico, ganha força na doutrina o fomento ao modelo resolutivo de controvérsias, que possui diversas vantagens sobre o modelo demandista.

Com efeito, o Novo Código de Processo Civil (Lei n. 13.105/15)⁵ sinaliza a preocupação do legislador em resolver tais problemas, na medida em que privilegia os métodos de autocomposição, cabendo à doutrina o papel de incentivar a assunção de novas responsabilidades por parte dos que lidam com a Justiça. Em relação ao Ministério Público, discorre Hermes Zanetti Jr:

Nesse quadro normativo é preciso ao Ministério Público uma reflexão sobre sua verdadeira vocação, servindo-se de análises críticas da ciência política e da sociologia, ao lado da análise dogmática. A doutrina já despertou para a análise sociológica e política do Ministério Público. Temas como: a participação ativa do MP no desenvolvimento da legislação; o aproveitamento pelo MP do momento de redemocratização e das ondas renovatórias do movimento mundial pelo acesso à justiça; a ligação teórica entre promotores de justiça e a defesa dos direitos difusos e coletivos como principal bandeira reformadora do MP na área cível; o afastamento gradativo do Poder Executivo; a alegação pelo MP da indisponibilidade dos direitos difusos e coletivos ao lado da hipossuficiência organizativa da sociedade para defender esses direitos; foram considerados elementos da formação política do MP brasileiro pós-Constituição de 1988, identificando sua atividade com graus de “voluntarismo político” por parte da classe. (ZANETTI JUNIOR, 2015, p. 53).

⁵ A Lei n. 13.105/2015 entrou em vigor em março de 2016, conforme seu art. 1.045.

Nesse panorama, o novo perfil constitucional do *Parquet* impõe aos seus membros e servidores o dever de assumirem o papel de agentes de transformação social, que privilegia a atuação como intermediadores dos conflitos sociais, fomentando uma cultura de solução autocompositiva dos conflitos, preventiva, extrajudicial, baseada no consenso. Sobre o tema, observa-se, *in verbis*:

Se antes da Constituição de 1988 o Ministério Público tinha uma atuação voltada, quase que exclusivamente, ao Poder Judiciário, o quadro posterior à Carta da República exige da instituição voos muito maiores, ou seja, atuação ampla e abrangente dentro da ideia de Justiça não como estrutura limitada e relacionada ao Poder Judiciário, mas como valor a ser buscado em favor da sociedade civil, o que inclui a tomada de providência e adoção de expedientes relacionados à esfera extrajudicial ou administrativa. (ALVES; BERCLAZ, 2014, p. 31).

Na verdade, como afirmado alhures, esse novo perfil constitucional do Ministério Público foi inaugurado com a Constituição Federal de 1988, conforme se pode extrair do art. 129, incisos II, VI e IX da Carta Magna. O seu inciso II dispõe acerca da atuação do *Parquet* como *ombudsman*, ou seja, defensor do povo, responsável por zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia. Conforme lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Na Constituinte, por influência estrangeira (como o *ombudsman* escandinavo), chegou-se a cogitar da criação de um ouvidor ou um defensor do povo em nosso país. Entretanto, um Ministério Público forte e independente dispensa tal órgão à parte, que, mesmo nos países onde foi criado, tem funções apenas investigatórias, enquanto nosso Ministério Público, além de seu poder investigatório, tem a função de levar às barras dos Tribunais os responsáveis pelas violações. (MAZZILLI, 2015a, p. 140).

Obviamente que a função de *ombudsman* deve ser exercida tanto no âmbito extrajudicial quanto na esfera judicial, na esteira do que explica Wallace Paiva Martins Júnior:

Sem prejuízo do exercício do direito de ação, o Ministério Público exerce controle sobre órgãos e entidades da Administração Pública (direta ou indireta) por vários instrumentos concentrados na expressão “defensor do povo” revelada no art. 129, II, da Constituição, que lhe imprimiu perfil assemelhado ao *ombudsman* das legislações europeias. O diferencial é que o Ministério Público brasileiro

exerce essas funções de controle (tomada de decisões próprias) da Administração Pública e de pessoas (físicas ou jurídicas) judicial e extrajudicialmente. (MARTINS JÚNIOR, 2015, p. 115).

Contudo, o Ministério Público ainda não absorveu com a devida profundidade tais atribuições, tendo, ainda por algum tempo após o advento da Constituição Federal, dado menor importância à atuação resolutiva, preventiva, extrajudicial, talvez por influência da denominada “cultura da sentença”, ainda fomentada na sociedade brasileira⁶, ou pela formação acadêmica dos Bacharéis em Direito, ainda calcada na solução judicial dos conflitos. A realidade tem demonstrado que é equivocada a ideia de que o Poder Judiciário é a panaceia para a solução dos problemas sociais⁷.

Portanto, o novo desafio assumido pelo Ministério Público consiste em se desgarrar da atuação demandista em prol de uma atuação resolutiva, relegando a atuação judicial à *ultima ratio*. Nesse sentido,

Integrando a sociedade civil, o Ministério Público, nos limites de suas atribuições, deve participar efetivamente do processo democrático, alinhando-se com os demais órgãos do movimento social comprometidos com a concretização dos direitos já previstos e a positivação de situações novas que permitam o resgate da cidadania para a maioria ainda excluída desse processo, numa prática transformadora orientada no sentido da construção da nova ordem, da nova hegemonia, do projeto democrático. (GOULART, 1998, p. 96).

Contudo,

Isso implica mudança de mentalidade e de postura dos membros do Ministério Público. A defesa da sociedade, na globalidade de seus interesses, faz emergir um promotor de justiça cuja atuação extrapola os limites do processo judicial e das atividades ligadas à persecução penal, estas até então preponderantes. Com perfil atualizado, o promotor-*ombudsman* substitui a figura anacrônica do implacável acusador criminal. (GOULART, 1998, p. 97-98).

3 NECESSIDADE DE FOMENTO AO MODELO RESOLUTIVO

Dentre as diversas classificações existentes na doutrina, uma delas admite a divisão do Ministério Público em dois modelos de atuação: o demandista e o resolutivo. O modelo demandista consiste, basicamente, em uma atuação no âmbito

⁶ A expressão “cultura da sentença” foi retirada do artigo elaborado por Délton Esteves Pastore (PASTORE, 2015). Afirma o autor, na p. 177, que a falsa promessa de uma justiça rápida e eficiente alimenta a expectativa de que todos os problemas da terra poderão ser resolvidos pelo Estado-Juiz, o que gerou a cultura da demanda, e, pois, da sentença.

⁷ Deixa-se de comprovar tal assertiva, por considerar tratar-se de fato notório na sociedade brasileira.

jurisdicional, principalmente quando é ajuizada uma demanda no Poder Judiciário, transferindo ao Estado-Juiz a função de aplicar a norma legal ao caso concreto e pacificar o conflito. Esse modelo ainda prevalece no ordenamento jurídico brasileiro.

Por sua vez, o modelo resolutivo privilegia a atuação extrajudicial do *Parquet*, na qual os seus membros exercem a função de intermediador e pacificador das mazelas sociais e controvérsias jurídicas, por meio de diversos instrumentos jurídicos disponíveis, a exemplo do compromisso de ajustamento de conduta, recomendações, audiências públicas, homologação de acordos extrajudiciais, dentre outros.

É notório que, após a promulgação da Constituição Republicana de 1988, os jurisdicionados têm procurado cada vez mais o Poder Judiciário para a solução de controvérsias. Como fatores que contribuíram para esse cenário, além dos já mencionados anteriormente, podemos citar a democratização da informação, a ascensão social de classes menos favorecidas da população, o excesso de leis protetivas, a conscientização acerca dos direitos, a imensa quantidade de cursos de Direito no país, a formação acadêmica voltada para a litigiosidade e o reiterado descumprimento de normas pelo Estado e pela iniciativa privada.

Embora o Poder Judiciário também tenha se expandido, não tem conseguido acompanhar o aumento vertiginoso da demanda, falhando, muitas vezes, no cumprimento célere do seu mister, o que vem acarretando o cometimento de injustiças e a falta da prestação jurisdicional adequada, violando o direito fundamental à razoável duração do processo.

Dados do programa “Justiça em números” do Conselho Nacional de Justiça dão conta que no ano de 2015 se atingiu o número de 100 (cem) milhões de processos em tramitação (CARDOSO, 2015). O Presidente do Tribunal de Justiça de São Paulo, inclusive, em entrevista, criticando a cultura de litigiosidade, afirmou que “uma sociedade que precisa da Justiça para todo e qualquer problema é uma sociedade que está doente. No mínimo, ela sofre de infantilidade, de uma síndrome da tutela permanente. (CARDOSO; MATSUURA; LUCHETE, 2015).

É nesse panorama que urge a necessidade de priorizar o modelo resolutivo, trazendo maior eficácia e celeridade na solução de eventual querela, privilegiando o diálogo e o consenso, além de contribuir para o empoderamento social e para a mitigação da litigiosidade no Poder Judiciário, que poderá envidar maiores esforços em processos de grande relevância e repercussão no âmbito jurídico.

Essa nova realidade deve ser fomentada pelos Poderes da República e pelos agentes políticos em geral, como forma de criar uma cultura de resolução

consensual dos litígios. O Conselho Nacional de Justiça criou diversos programas e ações que incentivam a busca pelos métodos de autocomposição, a exemplo da Semana Nacional de Conciliação, programa “Conciliar é legal”, bem como pela edição da Recomendação n. 50/2014, que recomenda aos Tribunais pátrios a realização de estudos de ações tendentes a dar continuidade ao movimento permanente pela conciliação.

No âmbito legislativo, diversas leis preveem a possibilidade de atuação de juízes leigos e conciliadores, a exemplo da Lei n. 9.099/95, que dispõe sobre os Juizados Especiais, em obediência ao comando insculpido no art. 98 da Constituição Federal de 1988. Ademais, a Lei 13.105/15, que instituiu o Novo Código de Processo Civil, em seu art. 3º, §§ 2º e 3º dispõe que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos e que a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos devem ser estimulados por Juízes, Advogados, Defensores Públicos e membros do Ministério Público.

Há, ainda, a Lei n. 13.140/15 que instituiu a Lei da Mediação entre particulares como forma de solução de controvérsias e a possibilidade de autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública.

O Ministério Público, instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, responsável pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, também passou a incentivar a resolução das demandas por meio de métodos de autocomposição, como se pode observar da Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público, que instituiu a “Política Nacional de incentivo a Autocomposição no âmbito do Ministério Público”. Sobre a importância do fomento ao modelo resolutivo, leciona Gregório Assagra de Almeida:

O Ministério Público resolutivo, portanto, é um canal fundamental para o acesso da sociedade, especialmente das suas partes mais carentes e dispersas, a uma ordem jurídica realmente mais legítima e justa. Os membros da Instituição devem encarar suas atribuições como verdadeiros trabalhadores sociais, cuja missão principal é o resgate da cidadania e a efetivação dos valores democráticos fundamentais. (ALMEIDA, 2013, p. 60).

Fazendo uma comparação entre os dois modelos de atuação do Ministério Público, podemos afirmar que, enquanto o modelo demandista é baseado na reação, o modelo resolutivo é baseado na pró-ação; enquanto o primeiro põe a responsabilidade das decisões em um terceiro – o Estado-Juiz –, o segundo

privilegia o protagonismo das partes⁸; enquanto o modelo demandista causa um distanciamento do cidadão, o modelo resolutivo o aproxima, pois permite o diálogo franco e a solução consensual; o modelo demandista é mais custoso ao Estado se comparado ao modelo resolutivo; o modelo resolutivo permite, em geral, solução mais célere do que o modelo demandista.⁹

No modelo demandista, o risco da perda de legitimidade e da credibilidade do *Parquet* pela comunidade é maior do que no modelo resolutivo, afinal de contas, é mais fácil aceitar uma decisão na qual se teve sua participação ativa. Ainda sobre as vantagens da autocomposição, destaca-se:

A auto e heterocomposição, fora e além da estrutura judiciária estatal, produz diversas externalidades positivas: alivia a pressão causada pelo excesso de processos judiciais; estimula as partes e interessados a comporem suas divergências, de per si ou com intercessão de um facilitador; agrega estabilidade e permanência às soluções consensuais ou negociadas, pela natural tendência dos envolvidos a prestigiarem a fórmula por eles mesmos industriada; propicia ganho de tempo para os juízes, o qual pode assim ser realocado para a análise mais aprofundada das lides singulares e complexas, bem como daquelas tornadas impossíveis ou que por sua natureza ou qualidade da parte imponham uma passagem judiciária; enfim, essa distribuição, pluralista e democrática, da justiça, pode atenuar o peso, no orçamento estatal, dos crescentes investimentos na estrutura judiciária, que culminam por erigir um mega-Poder, o qual, nem por isso, conseguirá responder à expectativa dos jurisdicionados. (MANCUSO, 2010, p. 223-224).

Nesse sentido, um importante instrumento extrajudicial e resolutivo que pode ser utilizado pelo Ministério Público é a recomendação ministerial, que será objeto da seção seguinte.

4 A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

Conforme já assinalado, a Constituição Republicana de 1988 ampliou o rol de atribuições do Ministério Público, conferindo à legislação infraconstitucional a responsabilidade pela regulamentação de alguns instrumentos jurídicos.

⁸ Sobre a importância do diálogo para a efetividade do direito, sugerimos a leitura da obra de Frederico Costa Greco (GRECO, 2015).

⁹ Ainda sobre o tema, Gregório Assagra de Almeida leciona: "portanto, nesse contexto, a atuação extrajudicial da Instituição é fundamental para a proteção e efetivação dos direitos ou interesses sociais. A transferência para o Poder Judiciário, por intermédio das ações coletivas previstas, da solução dos conflitos coletivos não tem sido tão eficaz, pois, em muitos casos, o Poder Judiciário não tem atuado na forma e rigor esperados pela sociedade. Muitas vezes os juízes extinguem os processos coletivos sem o necessário e imprescindível enfrentamento do mérito. Essa situação tem mudado, mas de forma muito lenta e não retilínea. Não se nega aqui a importância do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito, ao contrário, o que se constata e deve ser ressaltado é o seu despreparo para a apreciação das questões sociais fundamentais". (ALMEIDA, 2015, p. 148).

Dentre tais instrumentos, está prevista a recomendação, com previsão legal no art. 6º, inciso XX, da Lei Complementar n. 75/1993¹⁰ (aplicação subsidiária aos Estados), no art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei n. 8.625/1993¹¹, bem como nas Leis Orgânicas dos Ministérios Públicos Estaduais, a exemplo do art. 75, inciso IV, da Lei Complementar n. 11/1996 do Estado da Bahia.¹² Ademais, a Resolução n. 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público disciplina o instituto da recomendação.

Consiste a recomendação em um instrumento jurídico extrajudicial, unilateral, utilizado pelo Ministério Público para apontar ao recomendado – pessoa física ou jurídica, pública ou privada – eventual necessidade de adoção de um determinado comportamento, para que não incorra em descumprimento de normas constitucionais ou infraconstitucionais, seja por uma atuação comissiva ou omissiva, dolosa ou culposa, com o intuito de melhorar os serviços públicos e de relevância pública, bem como aos demais interesses, direitos e bens cuja defesa lhe caiba promover.¹³

É importante ressaltar que a recomendação não constitui mero conselho ou lembrete, consoante posicionamento doutrinário:

A recomendação ministerial, por se tratar de comunicação oficial expedida por órgão público objetivando o alcance de resultados institucionais relacionados com as funções do Ministério Público, não pode ser entendida como um mero conselho ou lembrete. O conselho tem tom informal, amistoso e decorre, via de regra, de relações de particulares onde não se aplica o princípio da impessoalidade, orientador das condutas de todos os agentes públicos, inclusive os membros do Ministério Público. (MIRANDA, 2013, p. 496).

A recomendação não possui caráter vinculante, ou seja, suas disposições não têm o condão de impor o acatamento pelo recomendado. A doutrina destaca que a recomendação possui a natureza jurídica de ato administrativo enunciativo. Nesse sentido, vale observar o seguinte excerto:

¹⁰ Art. 6º, inciso XX - expedir recomendações, visando à melhoria dos serviços públicos e de relevância pública, bem como ao respeito, aos interesses, direitos e bens cuja defesa lhe cabe promover, fixando prazo razoável para a adoção das providências cabíveis.

¹¹ Art. 27, parágrafo único, inciso IV - promover audiências públicas e emitir relatórios, anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos órgãos e entidades mencionadas no caput deste artigo, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e imediata, assim como resposta por escrito.

¹² Art. 75, inciso IV – promover audiências públicas e emitir relatórios anuais ou especiais, e recomendações dirigidas aos poderes, aos órgãos e entidades mencionadas no art. 74, requisitando ao destinatário sua divulgação adequada e, quando for o caso, as providências cabíveis.

¹³ O art. 5º do Ato Normativo n. 484-CPJ do ano de 2006, no âmbito do Ministério Público do Estado de São Paulo, define a recomendação como sendo o instrumento destinado à orientação de órgãos públicos ou privados, para que sejam cumpridas normas relativas a direitos e deveres assegurados ou decorrentes das Constituições Federal e Estadual e serviços de relevância pública e social. Parágrafo único. É vedada a expedição de recomendação como medida substitutiva ao compromisso de ajustamento de conduta ou à ação civil pública. (Incluído pelo Ato (N) n. 718/2011 – CPJ, de 01/12/2011).

Desta forma, por se tratar de ato praticado diretamente e unilateralmente pelo Ministério Público no exercício de suas funções administrativas, extrajurisdicionais, contendo as razões de convencimento do órgão recomendante sobre determinado fato e uma advertência ao destinatário, sem caráter de coerção, concluímos que a recomendação possui natureza jurídica de ato administrativo enunciativo de efeitos concretos. (MIRANDA, 2013, p. 499).

De acordo com a doutrina de Maria Sylvia Zanella Di Pietro,

ato enunciativo é aquele pelo qual a Administração apenas atesta ou reconhece determinada situação de fato ou de direito. Alguns autores acham, com razão, que esses atos não são atos administrativos propriamente ditos, porque não produzem efeitos jurídicos. Correspondem à categoria, já mencionada, dos meros atos administrativos [*sic*]. (DI PIETRO, 2010, p. 225).

Por sua vez, Dirley da Cunha Júnior entende que atos meramente enunciativos:

São os atos cujos efeitos se prestam apenas para emitir um juízo de conhecimento ou de opinião, atestando ou reconhecendo uma determinada situação de fato ou de direito. Eles simplesmente manifestam a opinião ou o conhecimento da Administração Pública sobre determinada situação fática ou jurídica, sem produzir qualquer efeito jurídico imediato. (CUNHA JÚNIOR, 2007, p. 96).

Todavia, embora se trate de ato administrativo enunciativo, a recomendação produz, sim, efeitos jurídicos. Nesse sentido,

Embora as recomendações, em sentido estrito, não tenham caráter vinculante, isto é, a autoridade destinatária não esteja juridicamente obrigada a seguir as propostas a ela encaminhadas, na verdade têm grande força moral, e até mesmo implicações práticas. Com efeito, embora as recomendações não vinculem a autoridade destinatária, passa esta a ter o dever de: a) dar divulgação às recomendações; e b) dar resposta escrita ao membro do Ministério Público, devendo fundamentar sua decisão. (MAZZILLI, 2015b, p. 356).

Essa necessidade de dar resposta escrita ao Ministério Público cria uma relação jurídica de vinculação do destinatário aos motivos que apresentar, em conformidade com a teoria dos motivos determinantes.

Ademais, após a expedição da recomendação, o destinatário não poderá alegar desconhecimento da matéria, ensejando a caracterização do dolo para fins de improbidade administrativa, por exemplo:

No que diz respeito aos efeitos, em múltiplas situações as recomendações ultrapassam o campo da mera exortação moral, contribuindo para a exata identificação do elemento anímico que direcionou o destinatário em suas ações ou omissões. Exemplo sugestivo pode ser divisado no caso de existir dúvida em relação ao dolo do agente na violação aos princípios regentes da atividade estatal, situação passível de configurar o ato de improbidade previsto no art. 11 da Lei nº. 8.429/1992: demonstrada a ilicitude do comportamento, mas persistindo o agente em adotá-lo, o dolo restará inequivocamente demonstrado. (GARCIA, 2005, p. 383 apud DIDIER JUNIOR; ZANETI JUNIOR, 2012, p. 250-251).

Enfim, destaca-se a síntese exposta por Marcos Paulo de Souza Miranda em relação aos efeitos que podem surgir da recomendação utilizada pelo Ministério Público:

Em síntese, podemos elencar os seguintes efeitos que podem advir das recomendações expedidas pelo Ministério Público: 1) caracterizar o dolo para viabilizar futura ação penal pela prática de condutas que encontram adequação típica na legislação criminal; 2) tornar inequívoca a demonstração da consciência da ilicitude do recomendado e impedir que seja invocado o desconhecimento da lei (*ignorantia legis*), com repercussões de relevo na esfera de responsabilização criminal; 3) provocar o autocontrole de atos da administração pública, visto que, pelo princípio da autotutela, a Administração pode corrigir seus próprios erros; 4) caracterizar o dolo, má-fé ou ciência da irregularidade para viabilizar futuras responsabilizações em sede de ação por ato de improbidade administrativa quando tal elemento subjetivo for exigido (art. 11 da Lei nº. 8.429/92); 5) impelir, estimular, embasar ou apoiar atos discricionários de agentes públicos que se encontram tendentes a realizá-los mas que, por quaisquer motivos (políticos ou administrativos), não o fazem; 6) constituir-se em elemento probatório em sede de ações cíveis ou criminais; 7) vincular as justificativas apresentadas pelo recomendado acerca da prática ou omissão administrativa, aos respectivos motivos determinantes, viabilizando o controle jurisdicional; 8) afastar – quando respondida, contendo as argumentações para o não atendimento da providência recomendada – a alegada necessidade de prévia oitiva do ente público que figura no polo passivo para análise de eventual concessão de liminar (exigência do art. 2º da Lei nº. 8.437/92). (MIRANDA, 2013, p. 508).

A doutrina diverge acerca da possibilidade de a recomendação ser realizada de forma avulsa, autônoma ou apenas quando se estiver diante de um procedimento investigatório prévio.

De acordo com Geisa de Assis Rodrigues, a recomendação:

Em regra, é expedida nos autos do inquérito após sua instrução, como forma de evitar a propositura da medida judicial e quando não seja o caso de ajustamento de conduta, mas nada impede que a

recomendação seja feita fora de uma investigação, ou até seja uma das primeiras diligências do inquérito civil. (RODRIGUES, 2013, p. 287-288).

Marcos Paulo de Souza Miranda, de igual modo, afirma que “a recomendação ministerial pode ser manejada em toda e qualquer hipótese em que seja cabível a atuação do Ministério Público. A sua expedição não pressupõe, necessariamente, a prévia instauração de procedimento investigatório, podendo ser expedida de forma autônoma”. (MIRANDA, 2013, p. 500).

Hugo Nigro Mazzilli, por sua vez, entende que “para que o Ministério Público expeça uma recomendação, primeiramente deve investigar os fatos, inteirando-se do problema e de suas consequências; deve colher informações técnicas adequadas e, ao final, poderá apontar as falhas e diagnosticar sua correção. O meio adequado para chegar a expedir recomendações será de regra o inquérito civil, podendo valer-se também da realização de audiências públicas.” (MAZZILLI, 2015b, p. 353).

Leonardo Barreto Moreira Alves e Márcio Soares Berclaz asseveram que:

Ainda que nada impeça que um procedimento administrativo do tipo inquérito civil ou procedimento preparatório seja inaugurado a partir da emissão de uma recomendação administrativa ou notificação recomendatória de caráter preventivo, normalmente o uso do instrumento se dá ao longo da instrução de um procedimento já instaurado e no qual foram apurados ou reunidos elementos de informação, como desdobramento da investigação ou da apuração de determinado problema. (ALVES; BERCLAZ, 2014, p. 50).

Portanto, temos divergências na doutrina a respeito do tema. A legislação não proíbe a recomendação avulsa ou autônoma. É possível advogar, portanto, que, a depender do caso, não se fará necessária uma investigação preliminar para que o Ministério Público faça uso da recomendação, consoante, inclusive, o art. 3º, § 2º da Resolução n. 164/2017 do Conselho Nacional do Ministério Público.

A título ilustrativo, ao analisar um projeto de lei em tramitação no Poder Legislativo, o Ministério Público pode, desde logo, sem procedimento preparatório, expedir uma recomendação, que, obviamente, conterá os fundamentos jurídicos que explicitem a necessidade de eventual alteração do texto do projeto de lei, pois em geral se fará necessária apenas a análise do texto do projeto de

lei em conformidade com a legislação constitucional e infraconstitucional. Em outros casos, a prudência recomendará a adoção de um procedimento preparatório. Logo, a análise deve ser casuística.

5 CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

O controle de constitucionalidade é o procedimento pelo qual se fiscaliza o cumprimento das normas constitucionais. Em razão do princípio da supremacia da Constituição, todas as normas infraconstitucionais devem estar de acordo com o que estabelecem as normas constitucionais. Logo, as normas infraconstitucionais que infringirem a Constituição Federal ou as Constituições Estaduais serão objeto de um controle a ser realizado por órgãos devidamente elencados pela Carta Magna.¹⁴

Dentre as diversas classificações possíveis, para o presente artigo interessa a classificação quanto ao momento de realização desse controle de constitucionalidade. Com efeito, de acordo com tal classificação, o controle de constitucionalidade pode ser preventivo ou repressivo.

O controle preventivo é aquele realizado antes de o projeto de lei se tornar uma lei, ou seja, antes do ingresso do ato no ordenamento jurídico. Esse controle pode ser realizado pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário.¹⁵

O Poder Legislativo realiza o controle preventivo de constitucionalidade por meio das denominadas Comissões de Constituição e Justiça. De acordo com o art. 59 da Constituição Federal, o processo legislativo compreende a elaboração de emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções. É importante ressaltar que nem todas essas espécies normativas passarão pelo controle preventivo do Poder Legislativo, a exemplo das medidas provisórias.

Em relação às leis complementares e leis ordinárias, por exemplo, o processo se inicia com a fase de iniciativa, em que determinadas pessoas ou órgãos poderão apresentar projetos de lei, a exemplo do Deputado Federal, Senador,

¹⁴ É importante reafirmar que o vício de inconstitucionalidade das leis e dos atos normativos termina enfraquecendo o princípio da supremacia constitucional, na medida em que a vontade do poder constituinte originário não estará sendo respeitada. Sendo a Constituição a Lei Fundamental, vetor máximo de um sistema jurídico, cujos preceitos foram estabelecidos democraticamente mediante o consenso, ainda que mínimo, da população – por meio dos seus representantes – sua violação representa, também, uma violação ao princípio democrático, motivo pelo qual o controle de constitucionalidade visa preservar os valores primordiais da sociedade.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal. MS 32033, Relator(a): Min. Gilmar Mendes, relator(a) p/ acórdão: min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/6/2013, processo eletrônico DJE-033 divulg 17-2-2014 public 18-2-2014.

Presidente da República, Supremo Tribunal Federal, cidadãos, enfim, aos elencados no art. 61 da Constituição Federal.¹⁶

Em seguida, a matéria é encaminhada para as Comissões Temáticas e Comissão de Constituição e Justiça, sendo que esta última terá a incumbência de analisar a constitucionalidade do projeto de lei, emitindo parecer sobre a questão. Se a inconstitucionalidade for parcial, poderá ser oferecida uma emenda ao texto do projeto de lei, mas se a inconstitucionalidade for total, o projeto de lei deverá ser arquivado definitivamente por despacho do Presidente da Casa Legislativa, salvo se houver recurso, nos termos do Regimento Interno de cada Casa Legislativa. É importante não olvidar o seguinte:

Lembramos que as comissões, em razão da matéria de sua competência, poderão, além de discutir e emitir pareceres sobre o projeto de lei, aprová-los, desde que, na forma do regimento interno da Casa, haja dispensa da competência do plenário (delegação *interna corporis*) e inexistir, também, a interposição de recurso de 1/10 dos membros da Casa, hipótese em que será inviável a votação do projeto de lei pela comissão temática (art. 58, § 2º, I), sendo esta, necessariamente, transferida para o plenário da Casa. (LENZA, 2011, p. 515).

Sendo aprovado o projeto de lei pela Comissão de Constituição e Justiça, passa-se à fase constitutiva, na qual há a deliberação parlamentar, ou seja, a discussão e votação da matéria e a deliberação executiva, em que o Poder Executivo poderá vetar ou sancionar o projeto de lei. O poder de veto do Chefe do Poder Executivo se enquadra também como exercício do controle de constitucionalidade preventivo, só que realizado pelo Poder Executivo. Esse poder de veto pelo Chefe do Poder Executivo decorre do princípio da separação dos poderes, que deu origem ao sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*). Sobre o tema, são importantes as seguintes lições:

O sistema de separação dos poderes, consagrado nas Constituições de quase todo o mundo, foi associado à ideia de Estado Democrático e deu origem a uma engenhosa construção doutrinária, conhecida como *sistema de freios e contrapesos*. Segundo essa teoria, os atos que o Estado pratica podem ser de duas espécies: ou são atos *gerais* ou são *especiais*. Os *atos gerais*, que só podem ser praticados pelo poder legislativo, consistem na emissão de regras gerais e abstratas, não se sabendo, no momento de serem emitidas, a quem elas

¹⁶ A Constituição do Estado da Bahia dispõe sobre a iniciativa de projetos de leis ordinárias e complementares em seu art. 75, in verbis: "Art. 75 - A iniciativa das leis complementares e ordinárias caberá a qualquer membro ou comissão da Assembleia Legislativa, ao governador do Estado, Tribunal de Justiça, Tribunal de Contas do Estado, Tribunal de Contas dos Municípios, procurador geral de Justiça e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição".

irão atingir. Dessa forma, o poder legislativo, que só pratica atos gerais, não atua concretamente na vida social, não tendo meios para cometer abusos de poder nem para beneficiar ou prejudicar a uma pessoa ou grupo em particular. Só depois de emitida a norma geral é que se abre a possibilidade de atuação do Poder Executivo, por meio de *atos especiais*. O Executivo dispõe de meios concretos para agir, mas está igualmente impossibilitado de atuar discricionariamente, porque todos os seus atos estão limitados pelos atos gerais praticados pelo legislativo. E se houver exorbitância de qualquer dos poderes surge a ação fiscalizadora do Poder Judiciário, obrigando cada um a permanecer nos limites de sua respectiva esfera de competências. (DALLARI, 2005, p. 220-221).

Sancionado o projeto de lei, passa-se à fase complementar na qual ocorrerá a promulgação da lei e sua publicação. Contudo, é possível e não raro acontece de a Comissão de Constituição e Justiça emitir parecer favorável à constitucionalidade de determinado projeto de lei que se mostra inconstitucional sob a ótica de outros Poderes ou órgãos públicos, a exemplo do Poder Executivo e, em especial, o Ministério Público, instituição escolhida pela Carta Magna para atuar na defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Por um lado, como visto, surge a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo vetar o projeto de lei, no todo ou em parte, no prazo de 15 dias úteis, contados da data do recebimento, se considerá-lo inconstitucional (veto jurídico) ou contrário ao interesse público (veto político), nos termos do que dispõe o art. 66 da Constituição Federal de 1988.¹⁷

Há casos, entretanto, em que a iniciativa do projeto de lei é privativa do Poder Executivo, o que, por razões óbvias, permite a conclusão de que dificilmente o gestor exercerá o poder de veto. Logo, caso esse projeto de lei inconstitucional ou ilegal receba parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, já pode surgir o interesse do Ministério Público em ver alterado o projeto de lei, no todo ou em relação à parte em que se mostrar inconstitucional ou ilegal, ressaltando que, nos demais casos, nada obriga que o Ministério Público deva aguardar a manifestação de outro Poder. Os instrumentos que podem ser utilizados pelo Ministério Público serão objeto do capítulo seguinte.

¹⁷ Art. 66. A Casa na qual tenha sido concluída a votação enviará o projeto de lei ao Presidente da República, que, aquiescendo, o sancionará. § 1º - Se o Presidente da República considerar o projeto, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público, vetá-lo-á total ou parcialmente, no prazo de 15 dias úteis, contados da data do recebimento, e comunicará, dentro de 48 horas, ao Presidente do Senado Federal os motivos do veto. Dispositivo semelhante consta no art. 80 da Constituição do Estado da Bahia, in verbis: Art. 80 - Aprovado o projeto de lei, será encaminhado ao governador que, aquiescendo, o sancionará, no todo ou em parte. § 1º - O governador poderá vetar, total ou parcialmente, no prazo de 15 dias, o projeto de lei que considerar, no todo ou em parte, inconstitucional ou contrário ao interesse público. No mesmo sentido dispõe o art. 49 da Lei Orgânica do Município de Salvador: Art. 49. Aprovado em redação final, será o projeto enviado ao prefeito que, aquiescendo, o sancionará no prazo de 15 (quinze) dias úteis, determinando a sua publicação. § 1º Se o prefeito considerar o projeto inconstitucional, ilegal ou contrário ao interesse público, opor-lhe-á veto total ou parcial, dentro de 15 (quinze) dias, encaminhando ao presidente da Câmara os motivos do veto.

6 A RECOMENDAÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO COMO INSTRUMENTO DE PROVOCAÇÃO DO CONTROLE PREVENTIVO DE CONSTITUCIONALIDADE

Conforme analisado na seção anterior, a partir do momento em que um projeto de lei considerado inconstitucional recebe parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça, surge o interesse do Ministério Público em ver alterado o respectivo projeto, tendo em vista que é o órgão escolhido pela Carta Magna para defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.¹⁸

A primeira atitude a ser tomada pelo Ministério Público que salta aos olhos é a possibilidade de propositura de uma ação direta de inconstitucionalidade contra determinada lei, já que o *Parquet* é um dos legitimados para a propositura dessa ação constitucional, conforme art. 103, VI da Constituição Federal, bem como art. 134, III da Constituição do Estado da Bahia. Todavia, para que tal mister seja realizado, o Ministério Público deve, necessariamente, aguardar todo o trâmite legislativo, mesmo porque o Poder Judiciário já teve a oportunidade de decidir não ser cabível a ele analisar a constitucionalidade de projeto de lei.

Com efeito, no julgamento do Mandado de Segurança preventivo n. 32.033, o Supremo Tribunal Federal reputou que o sistema constitucional não autorizaria o controle de constitucionalidade prévio de atos normativos, e que a jurisprudência da Corte estaria consolidada no sentido de, em regra, deverem ser rechaçadas as demandas judiciais com essa finalidade.

Delimitou haver duas exceções a essa regra: a) proposta de emenda constitucional manifestamente ofensiva a cláusula pétrea; e b) projeto de lei ou de emenda em cuja tramitação se verificasse manifesta afronta à cláusula constitucional que disciplinasse o correspondente processo legislativo.

Aduziu que, em ambas as hipóteses, a justificativa para excepcionar a regra estaria claramente definida na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. O vício de inconstitucionalidade estaria diretamente relacionado aos aspectos formais e procedimentais da atuação legislativa.

Nessas circunstâncias, a impetração de segurança seria admissível porque buscaria corrigir vício efetivamente concretizado, antes e independentemente da

¹⁸ Almeida (2013, p. 153) afirma que “na condição de fiscal da ordem jurídica, assume papel de destaque a atuação do Ministério Público no controle da constitucionalidade tanto no controle concentrado e abstrato quanto no controle difuso e incidental. Convém destacar, também, a importância da atuação do Ministério Público para o controle extrajudicial da constitucionalidade, que poderá se dar quando a Instituição expede recomendação para provocar perante o Poder Legiferante o autocontrole da constitucionalidade”.

final aprovação da norma. Logo, como regra, só cabe o controle preventivo do Poder Judiciário no caso de vício formal no projeto de lei ou proposta de emenda constitucional. Excepcionalmente, caberá quando houver vício material, no caso de proposta de emenda constitucional ofensiva a cláusula pétrea.

Se, por um lado, é pacífica a ideia de que não cabe, como regra, controle de constitucionalidade preventivo a ser realizado pelo Poder Judiciário, por outro lado, ter que aguardar todo o trâmite legislativo para só então propor eventual ação direta de inconstitucionalidade se configura um comportamento ineficiente, uma vez que, sancionada e publicada a lei, usualmente, ela já passa a surtir seus efeitos, podendo prejudicar aqueles que por ela serão afetados.

Ademais, aguardar o posicionamento do Poder Judiciário, que se encontra assoberbado de trabalho, conforme salientado anteriormente, pode significar a inefetividade do Direito, prejudicando a sociedade, que, ao ver-se desassistida em seus direitos, irá procurar o Poder Judiciário, na maioria das vezes, de forma individualizada, o que poderá ocasionar uma enxurrada de novas demandas, dificultando ainda mais a efetiva prestação jurisdicional.

É relevante ressaltar que o Poder Legislativo, em geral, legisla mal. Em entrevista a uma revista eletrônica, o magistrado federal Dirley da Cunha Júnior assevera que

a inconstitucionalidade das leis, de forma geral, é uma preocupação constante do juiz. Os dados do "Anuário da Justiça Brasil 2015", revelando que, de cada dez leis julgadas em ações diretas de inconstitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal, seis são inconstitucionais, mostram, no entendimento de Cunha, que o legislador está precisando aprender a legislar e que uma possível solução para isso é a criação de um órgão de controle preventivo de constitucionalidade, que seja provocado quando houver dúvida acerca da constitucionalidade de uma proposta ainda em tramitação. Se a decisão for pela inconstitucionalidade, a proposta é arquivada. Se for pela constitucionalidade, e aprovada, torna-se definitiva. (SILVA, 2015).

Há quem defenda, doutrinariamente, a possibilidade de o próprio Supremo Tribunal Federal realizar esse controle preventivo, entendimento que é alvo de críticas, no sentido de que a Constituição Federal de 1988 teria previsto apenas o controle repressivo ao Poder Judiciário. Por exemplo, o Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, já defende um controle prévio de constitucionalidade das leis há algum tempo:

Em artigo publicado na Revista dos Advogados, em 2004, ele defendeu a discussão da matéria, “tendo por objeto atos normativos de caráter infralegal, como portarias normativas, instruções gerais e regulamentos editados pela Administração Pública”. Na prática, significa dizer que sofreriam controle preventivo de constitucionalidade todos projetos de lei, projetos de decretos legislativos — responsáveis pela aprovação dos tratados internacionais — e de qualquer proposta de Emenda à Constituição Federal. A medida, escreveu Celso de Mello no artigo, permite que a alta corte judiciária, “em decisão revestida de força obrigatória geral, possa neutralizar desvios no exercício inadequado do poder regulamentar”. O mesmo posicionamento havia sido manifestado pelo ministro antes de 2004, durante a Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil sobre Direitos Humanos, em 1997. Atualmente, a jurisprudência do Supremo vem rejeitando outro modelo, o de fiscalização preventiva mediante a ação direta. O entendimento se deu no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 466, do Distrito Federal. Nela, o Partido Socialista Brasileiro tentou arguir a inconstitucionalidade de uma proposta de emenda que ampliava as hipóteses de pena de morte no Brasil. (SCRIBONI, 2011).

Dessa forma, em consonância com o novo perfil constitucional do Ministério Público e com a necessidade de se privilegiar a sua atuação resolutiva, em detrimento da atuação demandista, conforme exposto no início deste artigo, surge uma nova possibilidade de atuação do *Parquet*, que se encaixa nesse novo perfil constitucional: a recomendação para provocação do controle preventivo de constitucionalidade.

Com efeito, uma vez que o projeto de lei tenha recebido parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça do Poder Legislativo, já existirá interesse do Ministério Público em ver alterado o respectivo projeto, no todo ou em parte, devendo, por conseguinte, expedir recomendação para que os membros do Poder Legislativo suprimam ou acrescentem dispositivo no texto do projeto de lei em tramitação para que este seja posteriormente sancionado sem inconstitucionalidades ou ilegalidades.

Nada impede que o Poder Legislativo adote tal comportamento, seja porque a Constituição Federal e os respectivos regimentos internos permitem aos seus membros a alteração do projeto de lei, seja porque se aplica à Administração Pública¹⁹ o princípio da autotutela, segundo o qual, na esteira do enunciado n. 473 do Supremo Tribunal Federal, “a Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se

¹⁹ Importante lembrar que o conceito de Administração Pública abrange não apenas o Poder Executivo, pois também há exercício de função administrativa no Poder Legislativo e no Poder Judiciário, motivo pelo qual o princípio da autotutela se aplica aos três Poderes da República.

originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”. Sobre o tema:

Uma utilização ainda pouco explorada em âmbito nacional, mas inteligente e promissora, é a da recomendação ministerial objetivando provocar o autocontrole de constitucionalidade de leis e demais atos normativos, instrumento este que vem sendo usado rotineiramente em Minas Gerais pela Coordenadoria de Controle de Constitucionalidade da Procuradoria-Geral de Justiça, alcançando ótimos resultados. No campo do Direito Ambiental, por exemplo, recomendação expedida por tal órgão em 2005, dirigida ao Poder Legislativo do Município de Governador Valadares, provocou a revisão legislativa do art. 155, VIII, do Código Ambiental daquela cidade, que, ao permitir a emissão de poluição sonora sem limites e em qualquer horário nas situações que arrolou, violava frontalmente os arts. 225 da CF/88 e 214 da CEMG. (MIRANDA, 2013, p. 501).

Dessa forma, embora a recomendação não tenha caráter vinculante, afigura-se um instrumento profícuo a ser utilizado pelo Ministério Público, pois privilegia a atuação resolutiva, consensual, eficiente, além de ser mais uma forma de manifestação do sistema de freios e contrapesos, conforme assinalado anteriormente.

Esse comportamento a ser adotado pelo Ministério Público não exclui eventual propositura de ação direta de inconstitucionalidade, caso a recomendação não obtenha êxito. Contudo, uma vez sendo observados os termos da recomendação, tornar-se-á desnecessária a propositura de eventual ação direta de inconstitucionalidade, medida que contribuirá para a diminuição da demanda no Poder Judiciário. Nesse sentido:

Assim, em sendo possível, é até mesmo o mais recomendável, o autocontrole da constitucionalidade pelo próprio Poder Legiferante, seja por intermédio do instituto da revogação, seja por intermédio do instituto da alteração para adequação ao sistema constitucional da lei ou ato normativo apontado como inconstitucional, nada mais razoável do que se provocar primeiramente, nas hipóteses em que as circunstâncias venham a comportar, a atuação do Poder elaborador da norma apontada como inconstitucional, deixando para depois, em caso de recusa do autocontrole da constitucionalidade pelo poder competente, a via do controle abstrato e concentrado da constitucionalidade perante a Corte, sendo perfeitamente compatível e até razoável o seu exercício Constitucional competente. (PARISE et al, 2005, p. 17).

Ainda assim, se porventura os parlamentares não acatarem os termos da recomendação ministerial, entendendo não haver vício de inconstitucionalidade ou ilegalidade no projeto de lei, restará a possibilidade de expedição de recomendação ao Chefe do Poder Executivo para que manifeste o seu poder de veto do projeto de lei, no todo ou em parte, caso concorde com a manifestação do Ministério Público.

Contudo, considerando que a atribuição para editar leis cabe ao Poder Legislativo, o veto poderá ser rejeitado em sessão conjunta das Casas Legislativas (onde houver mais de uma Casa), dentro de 30 dias a contar do seu recebimento, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, hipótese na qual o projeto será enviado sem o veto para promulgação pelo Poder Executivo.

Se a lei não for promulgada dentro de 48 horas pelo Chefe do Poder Executivo, o Presidente do Poder Legislativo respectivo a promulgará e, se este não o fizer em igual prazo, caberá ao Vice-Presidente fazê-lo²⁰.

Vale mencionar que, tanto na provocação do Poder Legislativo, quanto na provocação do Poder Executivo, se o entendimento for pelo não acatamento da recomendação, tais Poderes deverão justificar, de forma fundamentada, a razão pela qual discordam do Ministério Público, conforme exigência do art. 27, parágrafo único, inciso IV da Lei n. 8.625/1993.

Tratando-se de ato flagrantemente ilegal, a doutrina destaca ser mais efetiva a adoção de outros comportamentos, sob pena de desmoralizar a Instituição. Nesse sentido:

Em caso de flagrante descumprimento da norma legal em que é evidente a ciência dessa irregularidade, a recomendação deve ser utilizada com parcimônia, para não desmoralizar a Instituição expedidora, que deverá, para evitar que isso aconteça, adotar a medida judicial cabível em caso de descumprimento. Por tal razão, nesses casos costuma ser preferível (mais efetivo) optar pela tentativa de firmar compromisso de ajustamento de conduta e, diante da negativa do pretendido compromissário, adotar a via judicial. (MIRANDA, 2013, p. 505).

Além do exemplo citado no Município de Governador Valadares em Minas Gerais, podemos mencionar uma oportunidade em que tal instrumento poderia ser utilizado no Estado da Bahia. Com efeito, em 25 de novembro de 2015, o Governador do Estado da Bahia apresentou proposta de emenda constitucional

²⁰ Art. 66, caput e parágrafos da Constituição Federal, bem como art. 80 da Constituição do Estado da Bahia.

com o intuito de, dentre outras matérias, alterar o art. 41, inciso VIII da Constituição do Estado da Bahia, visando restringir, em âmbito estadual, o direito social ao adicional de férias com remuneração de pelo menos 1/3 do salário normal.

A referida proposta de emenda constitucional recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia²¹, sem que houvesse a supressão do artigo da proposta que visava alterar o art. 41, VIII da Constituição do Estado da Bahia.

Nesse momento, o Ministério Público do Estado da Bahia poderia ter expedido recomendação sugerindo aos membros do Poder Legislativo que suprimissem o artigo que visava restringir o direito constitucional ao adicional de férias, tendo em vista o quanto disposto no art. 7º, XVII e art. 39, § 3º da Carta Magna, bem como no art. 41 da Constituição do Estado da Bahia, que não poderia ser objeto de restrição, por se tratar de um direito fundamental.

A recomendação traria consigo todos os efeitos que já foram citados anteriormente, fazendo com que o Poder Legislativo tivesse que dar a devida divulgação, além de ter de responder de forma fundamentada, conferindo maior força política ao pleito do Ministério Público do Estado da Bahia.

Não obstante, a Associação dos Membros do Ministério Público do Estado da Bahia optou por apresentar uma nota técnica²² em que opinou pela inconstitucionalidade da alteração do art. 41, VIII, da Constituição do Estado da Bahia, e pela discussão do tema com os membros do Poder Legislativo Estadual, atitude que terminou sendo exitosa, tendo em vista que a proposta de emenda constitucional se transformou na emenda constitucional n. 22, publicada em 30/12/2015²³, com a supressão do artigo que alterava o art. 41, VIII, da Constituição do Estado da Bahia.

²¹ O parecer da Comissão de Constituição e Justiça está disponível no seguinte sítio eletrônico: <<http://www.al.ba.gov.br/atividade-parlamentar/proposicoes-resultado.php?cod=PEC/148/2015>>. Acesso em: 6 jan. 2016. Nos termos do art. 51, § 1º do Regimento Interno da Assembleia Legislativa do Estado da Bahia, à Comissão de Constituição e Justiça cabe opinar, salvo a competência privativa da Mesa (art. 40, IV), em todas as proposições, sobre o aspecto de constitucionalidade, legalidade e técnica legislativa, bem como elaborar a redação final, na forma do Regimento Interno, devendo apreciar ainda o mérito relativo às seguintes matérias: I - organização judiciária e do Ministério Público; II - registros públicos; III - desapropriações de bens do domínio estadual; IV - licença ao Governador e Vice-Governador para que se ausentem do País.

²² Disponível em: <<http://www.ampeb.org.br/wp-content/blogs.dir/2015/12/Minuta-Nota-T%C3%A9cnica-01-2015-PEC-148-2015-1.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

²³ Disponível em: <<http://www2.egba.ba.gov.br/diario/DO31/Fotos/LEGISLATIVO.pdf>>. Acesso em: 6 jan. 2016.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste artigo, foi demonstrado que a demanda por justiça na sociedade brasileira aumentou de maneira significativa nos últimos anos, o que pode ser atribuído a diversos fatores, a exemplo da globalização, da redescoberta da cidadania e da conscientização da população quanto aos seus direitos.

Para não sucumbir diante dessa nova realidade, as instituições devem, de igual modo, se reinventar, buscar novas soluções que possibilitem a efetivação da justiça de forma ampla e generalizada. Nesse sentido, demonstrou-se que a atuação resolutiva e consensual deve ser privilegiada, em detrimento da atuação demandista, já que aquela abarca diversas vantagens, a exemplo da maior celeridade na resolução dos litígios, da maior eficácia, da solução consensual, baseada no diálogo, no empoderamento dos atores e no resgate da cidadania, além de desafogar o Poder Judiciário.

Dentre essas instituições, destaca-se o Ministério Público, cujo regramento constitucional é plenamente compatível com a atuação resolutiva, motivo pelo qual tal modelo deve ser incentivado e adotado, de forma crescente, por seus membros e servidores.

No recorte epistemológico deste artigo, buscou-se analisar a compatibilidade de uma das técnicas de controle de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público. Nesse diapasão, foi indagado de que forma se poderia conciliar o controle preventivo de constitucionalidade com a efetivação da justiça resolutiva pelo Ministério Público no ordenamento jurídico brasileiro.

Inicialmente, foi analisado o instrumento da recomendação administrativa, seu conceito, efeitos jurídicos e demais discussões controversas na doutrina a seu respeito. Em seguida, foi desenvolvida a seção referente ao controle preventivo de constitucionalidade, como espécie de controle de constitucionalidade realizado antes da vigência da lei, podendo ser efetuado pelo Poder Legislativo, pelo Poder Executivo e, excepcionalmente, pelo Poder Judiciário.

Tendo as seções anteriores como referencial teórico, adentrou-se propriamente no objeto de pesquisa, na seção 6. Foi realizada a junção entre os dois institutos anteriormente analisados: recomendação administrativa pelo Ministério Público e controle preventivo de constitucionalidade, observando-se que há compatibilidade entre os instrumentos.

Portanto, ficou comprovado que, a partir do novo perfil constitucional, surge para o Ministério Público a possibilidade de utilização do instrumento da recomendação para uma nova função: provocar o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de lei, para garantir maior eficiência e celeridade na proteção e na defesa da ordem jurídica, evitando que a sociedade seja, posteriormente, prejudicada pela existência de uma lei inconstitucional, que demandará a indesejável ida ao Poder Judiciário em busca de soluções, quase sempre, a destempo.

Ante todo o exposto neste artigo, não há dúvidas quanto à possibilidade de utilização da recomendação ministerial para a provocação do controle preventivo de constitucionalidade, hipótese que é louvável e se configura em mais um importante mecanismo de atuação extrajudicial que poderá ser utilizado pelo Ministério Público para garantir a tão sonhada efetividade dos preceitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 45-103.

_____. O Ministério Público como fiscal da ordem jurídica na Constituição de 1988 e no novo CPC para o Brasil. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 139-172 (Coleção repercussões do novo CPC)

ALVES, Leonardo Barreto Moreira; BERCLAZ, Márcio Soares. **Ministério Público em ação**: atuação prática jurisdicional e extrajurisdicional. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2014.

BAHIA. **Constituição do Estado da Bahia**. Salvador: Assembleia Legislativa do estado da Bahia, 1989. Disponível em: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br/verdoc.php?id=73273>>. Acesso em: 3 jan. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional contemporâneo**:

os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Recomendação n. 50**, de 08 de maio de 2014. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/atos_administrativos/recomendao-n50-08-05-2014-presidencia.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 118**, de 1º de dezembro de 2014. Disponível em: <http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Normas/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o_n%C2%BA_118_autocomposi%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. **Resolução n. 164**, de 28 de março de 2017. Disponível em: <<http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Resolucoes/Resolu%C3%A7%C3%A3o-164.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 3 jan. 2016.

CARDOSO, Maurício. Brasil atinge marca de 100 milhões de processos em tramitação na Justiça. **Consultor Jurídico**, 15 set. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-set-15/brasil-atinge-marca-100-milhoes-processos-tramitacao>>. Acesso em: 17 nov. 2016.

CARDOSO, Maurício; MATSUURA, Lilian; LUCHETE, Felipe. Sociedade deve escolher se resolve seus litígios ou paga para a Justiça resolvê-los. **Consultor Jurídico**, 11 out. 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-out-11/entrevista-jose-renato-nalini-presidente-tj-sp>>. Acesso em: 17 nov. 2015.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Administrativo**. Salvador: JusPodivm, 2007.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de teoria geral do Estado**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; ZANETI JÚNIOR, Hermes. **Curso de Direito Processual Civil**. 7. ed. atual. Salvador: JusPodivm, 2012. v. 4.

GOULART, Marcelo Pedroso. **Ministério Público e democracia: teoria e prática**. São Paulo: Editora de Direito, 1998. Disponível em: <<https://aplicacao.mpmg.mp.br/xmlui/handle/123456789/1046>>. Acesso em: 2 dez. 2015.

GRECO, Frederico Costa. **A (in)efetividade do Direito**: quando o diálogo se torna mais importante do que a lei. Florianópolis: Empório do Direito, 2015.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **A resolução dos conflitos e a função judicial**. São Paulo: RT, 2010.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Ministério Público**: a constituição e as leis orgânicas. São Paulo: Atlas, 2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Introdução ao Ministério Público**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015a.

_____. **O inquérito civil**: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento de conduta e audiências públicas. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015b.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza. A recomendação ministerial como instrumento extrajudicial de solução de conflitos ambientais. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 479-525.

PARISE, Elaine Martins et al. O poder de recomendação do Ministério Público como instrumento útil para a provocação do autocontrole da constitucionalidade. **MPMG Jurídico**, Belo Horizonte, v. 1, n. 1, p. 16-18, set. 2005. Disponível em: <<https://www.mpmg.mp.br/conheca-o-mpmg/escola-institucional/publi->

[cacoes-tecnicas/revista-mpmg-juridico/](#)>. Acesso em: 5 jan. 2016.

PASTORE, Délton Esteves. Ministério Público e cultura da sentença. In: GODINHO, Robson Renault; COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 173-192. (Coleção repercussões do novo CPC)

RODRIGUES, Geisa de Assis. Reflexões sobre a atuação extrajudicial do Ministério Público: inquérito civil público, compromisso de ajustamento de conduta e recomendação legal. In: FARIAS, Cristiano Chaves; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Org.). **Temas atuais do Ministério Público**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013. p. 237-291

SCRIBONI, Marília. Cresce debate sobre controle prévio de leis. **Consultor Jurídico**, 20 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2011-jan-20/cresce-debate-controle-previo-constitucionalidade>>. Acesso em: 13 maio 2016.

SILVA, Rodrigo Daniel. Precisamos de órgão para fazer controle prévio de constitucionalidade das leis. **Consultor Jurídico**, 10 maio 2015. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-10/entrevista-dirley-cunha-junior-juiz-federal-professor>>. Acesso em: 13 maio 2016.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. Código de Processo Civil 2015: ruptura do paradoxo entre o Ministério Público da legalidade e o Ministério Público constitucional. In: GODINHO, Robson Renault, COSTA, Susana Henriques da. (Coord.). **Ministério Público**. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 43-60 (Coleção repercussões do novo CPC)

O PACTO FEDERATIVO E A DEMOCRACIA NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

THE FEDERAL PACT AND THE DEMOCRACY IN THE STATE
CONSTITUTIONS

Alexandre Carrinho Muniz

Promotor de Justiça

Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí

RESUMO: A democracia não é conceito fechado ou estanque, e sua fonte normativa não advém apenas da Constituição da República. Embora, no Brasil, o pacto federativo, nos moldes em que se encontra, imponha limites aos Estados-membros, é possível que, em suas respectivas Constituições, ressaltando a máxima de sua autonomia, sejam instituídos instrumentos que permitam uma maior participação popular e direitos e garantias fundamentais ao exercício da cidadania, ainda que não previstos na Carta Republicana. Democracia, assim, não é só o que está na Constituição da República, mas também nas Constituições estaduais, em especial, nos pontos em que privilegiam uma maior participação popular, seja na iniciativa legislativa, seja na tomada de decisões. Para tanto, a discussão proposta no presente artigo é analisar o pacto federativo, a repartição de competências aos Estados-membros, e a possibilidade de ampliação da democracia por meio das Constituições estaduais. Seu objetivo geral é analisar não apenas o alcance do pacto federativo na Constituição da República e na repartição de competências entre os entes federados, mas também a (im)possibilidade de os Estados-membros inovarem em suas Constituições estaduais e obterem a ampliação da democracia por meio de instrumentos jurídico-políticos, direitos e garantias fundamentais. Para elaboração do estudo, foi utilizado o método indutivo, com as técnicas do referente, das categorias operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

PALAVRAS-CHAVE: Pacto federativo. Constituição. Democracia. Estados.

ABSTRACT: Democracy is not a closed or sealed concept and its normative source doesn't come only from the Constitution of the Republic. However, in Brazil, the federal pact, in the way in which it is established, some limits are imposed to the Member States, it is possible that their respective Constitutions will emphasize autonomy at its maximum level, therefore, in each case, some instruments are settled to allow a greater popular participation, as well as, rights and guarantees are built to the full exercise of citizenship, still not foreseen in the Republican Law. Thus, Democracy is not only what is in the Federal Constitution, but also what is in each State Constitution, especially at the points that intend to favor a greater popular participation, either in legislative initiative or in decision-making. For this purpose, the discussion presented in this paper seeks to analyze the federative pact, the allocation of jurisdiction to the Member States, and the possibility of expanding democracy through the State Constitutions. Its overall objective is to analyze beyond the federal pact coverage in the Federal Constitution and the share of competence among the federated entities, but also the Member States' (im) possibility to innovate in their State Constitutions and to achieve the expansion of democracy by means of legal and political instruments, rights and guarantees. In order to develop this study we used the inductive method, with referential technique from operational categories, and literature and book report.

KEYWORDS: Federative pact. Constitution. Democracy. States.

Enviado em: 31-1-2018

Aceito em: 12-4-2018

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo propõe estudo que tem como tema central a democracia nos Estados-membros, com os limites impostos pelo modelo de pacto federativo atual e a repartição de competências prevista na Constituição da República.

O desenvolvimento deste estudo se efetivou no histórico do pacto federativo no Brasil, até o atual modelo proposto, traçando, superficialmente, excertos históricos dos modelos anteriores, com o recorte atualmente vigente. E, justamente diante desse modelo atual, procurou-se destacar a repartição de competências, em especial, dos Estados-membros, cuja fixação é o que delimita o que se pode definir nas Constituições estaduais. Após, procurou-se avaliar como as Constituições estaduais podem ampliar a democracia, para além daquela sustentada na Constituição da República, com a instituição de mecanismos de participação popular, legislativa e administrativa, bem como de direitos e garantias essenciais ao exercício da cidadania, com pesquisa abrangente nas Constituições de todos os Estados-membros (incluindo o Distrito Federal, em vista de sua equiparação), a fim de neles constatar a (in)existência de tais institutos.

Sob esta perspectiva, o artigo tem como objetivo geral analisar a possibilidade de ampliação da democracia por meio das Constituições estaduais.

Traz como problemas centrais os seguintes questionamentos:

O atual modelo de pacto federativo impede que os Estados-membros possam inovar na instituição de instrumentos de maior participação popular e de direitos e garantias fundamentais? A repartição de competências impõe limites legislativos e administrativos aos Estados-membros? De fato, os Estados-membros escreveram em suas Constituições tais institutos? O fato de se expressarem nas Constituições estaduais instrumentos que ampliam a democracia possibilita dizer que, de fato, elas possam ser exercidas efetivamente?

Para os objetivos propostos, o artigo foi dividido em três partes: O pacto federativo; A repartição de competências aos Estados-membros; e A democracia nas Constituições estaduais.

Como metodologia, foi utilizado o método indutivo na fase de investigação; na fase de tratamento de dados, o método cartesiano; e, no relatório da pesquisa, foi empregada a base indutiva. Foram também acionadas as técnicas do referente, da categoria, dos conceitos operacionais, da pesquisa bibliográfica e do fichamento.

2 O PACTO FEDERATIVO

O desenvolvimento da democracia faz surgir várias formas de estruturação do Estado, e um dos aspectos que força grandes discussões é a questão federativa, ou seja, a união de estados autônomos, com uma finalidade precípua, dentre elas a de não secessão, mas com competências legislativas, administrativas e tributárias específicas.

Como afirmado por Paulo Bonavides, a questão federativa talvez tenha sido o tema que provocou os mais ardorosos debates na sessão constituinte do Congresso Nacional ao elaborar-se a Constituição da Primeira República, com a polêmica central surgindo acerca das competências que deveriam pertencer à União e aos estados, dividindo os constituintes em unionistas – inclinados a dar mais poderes à União – e federalistas – tendentes a transferir aos estados o centro de gravidade das competências, dando-lhes, por conseguinte, o máximo possível de autonomia e de recursos tributários (BONAVIDES, 2006, p. 234).

Citando Jellineck, Bonavides se refere ao Estado federal como o Estado soberano, formado por uma pluralidade de Estados, no qual o poder do Estado emana dos Estados-membros, ligados numa unidade estatal. O Estado federal, como Federação, é a união de direito constitucional, posto ser a Constituição e não um tratado que fornece o critério dessa modalidade de união de Estados (BONAVIDES, 2009, p. 193).

No Estado federal, deparam-se vários Estados que se associam com vistas a uma integração harmônica de seus destinos. Não possuem esses Estados soberania externa e do ponto de vista da soberania interna se acham em parte sujeitos a um poder único, que é o poder federal, e em parte conservam sua independência, movendo-se livremente na esfera de competência constitucional que lhes for atribuída para efeito de auto-organização (BONAVIDES, 2009, p. 195).

Como dispõem dessa capacidade de auto-organização, que implica o poder de fundar uma ordem constitucional própria, os Estados-membros, atuando aí fora de toda a submissão a um poder superior e podendo no quadro das relações federativas exigir do Estado Federal o cumprimento de determinadas obrigações políticas incontestavelmente portadoras de caráter estatal (BONAVIDES, 2009, p. 195).

Bonavides, fazendo referência a George Scelle, cita dois princípios capitais que são a chave de todo o sistema federativo, quais sejam, a lei da participação e a lei da autonomia:

Mediante a lei de participação, tomam os Estados-membros parte no processo de elaboração da vontade política válida para toda a organização federal, intervêm como voz ativa nas deliberações de conjunto, contribuem para formar as peças do aparelho institucional da Federação e são substância mesma da soberania, o que basta para distingui-los das províncias ou coletividades simplesmente descentralizadas que compõem o Estado unitário.

Através da lei da autonomia manifesta-se como toda a clareza o caráter estatal das unidades federadas. Podem estas livremente estatuir uma ordem constitucional própria, estabelecer a competência dos três poderes que habitualmente integram o Estado (executivo, legislativo e judiciário) e exercer desembaraçadamente todos aqueles poderes que (p. 195) decorrem da natureza mesma do sistema federativo, desde que tudo se faça na estrita observância dos princípios básicos da Constituição federal. (BONAVIDES, 2009, p. 195).

A participação e a autonomia são processos que se inserem na ampla moldura da Federação, envolvidos pelas garantias e pela certeza do ordenamento constitucional superior – a Constituição federal, cimento de todo o sistema federativo (BONAVIDES, 2009, p. 196).

Há Estado federal quando um poder constituinte, plenamente soberano, dispõe na Constituição federal os lineamentos básicos da organização federal, traça ali o raio de competência do Estado federal, dá forma às suas instituições e estatui órgãos legislativos com ampla competência para elaborar regras jurídicas de amplitude nacional, cujos destinatários diretos e imediatos não são os Estados-membros, mas as pessoas que vivem nestes, cidadãos sujeitos à observância tanto das leis específicas dos Estados-membros a que pertencem, como da legislação federal (BONAVIDES, 2009, p. 196).

A presença do Estado federal em todos os Estados, segundo os termos que lhe faculta a Constituição da República, não se faz tão somente por via legislativa. A Constituição da República confere também ao Estado federal competência para o exercício de atribuições administrativas mediante sistemas que variam segundo o modelo da organização federal: no Brasil e nos Estados Unidos, por via executiva direta; na Alemanha, em associação com os Estados-membros, caindo sob o controle e a supervisão do poder federal o aparelho administrativo do Estado-membro, e na Áustria, pelo emprego combinado dos dois sistemas (BONAVIDES, 2009, p. 196).

Por último, dispõe o Estado federal de um terceiro poder próprio – o poder judiciário, com seus tribunais e sobretudo com uma Corte de justiça federal, de caráter supremo, destinada a dirimir os litígios da Federação com os Estados-membros e destes entre si, convertendo-se num dos órgãos fundamentais do sistema federativo aquele que é chamado a operar o equilíbrio de toda a ordem, a estrita conformidade dos poderes da União e dos Estados com os princípios básicos da Constituição (BONAVIDES, 2009, p. 196).

Enquanto o Estado federal é dotado de soberania (único sujeito de direito na ordem internacional), as coletividades estatais associadas são dotadas de autonomia, poder que lhes consente organização própria, organização portanto de Estado, uma vez que o poder de que são titulares é da mesma natureza, da mesma espécie e da mesma substância daquele de que se compõe o poder Estatal federal, os Estados-membros não possuem todavia aquele traço de superioridade, aquele grau máximo que faz privilegiado o poder do Estado federal, que o qualifica, pela razão mesma de ser um poder soberano (BONAVIDES, 2009, p. 196).

A supremacia do Estado federal sobre os Estados federados fica patente naqueles preceitos da Constituição da República que ordinariamente impõem limites aos ordenamentos políticos dos Estados-membros, em matéria constitucional, pertinentes à forma de governo, às relações entre os poderes, à ideologia, à competência legislativa, à solução dos litígios na esfera judiciária, entre tantos outros, cujos exemplos concretos de tais disposições restritivas são encontrados na Constituição brasileira, nas alíneas constantes do inciso VII do artigo 34, que estabelece a observância dos seguintes princípios constitucionais: a) forma republicana, sistema representativo e regime democrático; b) direitos da pessoa humana; c) autonomia municipal; d) prestação de contas da administração pública, direta e indireta. Qualquer violação desses princípios faz lícito o emprego da técnica de salvaguarda do sistema federativo: a intervenção federal (BONAVIDES, 2009, p. 198).

A prevalência do ordenamento constitucional federal torna a fazer-se sentir em matéria de competência legislativa, quando a Constituição da República, discriminando as competências entre o governo federal e os governos dos Estados-membros, tende a cortar ou diminuir a esfera de competência das organizações federais, mediante sistemas que nas Federações usualmente se reduzem a três

modalidades básicas de discriminação: enumeração das competências respectivas do Estado federal e dos Estados federados; enumeração das competências federais e enumeração das competências dos Estados-membros (BONAVIDES, 2009, p. 199).

Na Federação, os Estados federados, dispendo do poder constituinte, decorrente de sua condição mesma de Estado, podem livremente erigir um ordenamento constitucional autônomo e alterá-lo a seu talante, desde que a criação originária da ordem constitucional e sua eventual reforma subsequente se façam com inteira obediência às disposições da Constituição Federal (BONAVIDES, 2009, p. 199).

Essa competência do Estado federado preside à pluralidade e variedade de formas de organização política que se observam em toda a Federação, as quais, porém, ao lado da máxima diversificação possível, ostentam por igual certa constância, visível precisamente na sua adequação às máximas federativas fundamentais, das quais decorre por inteiro a harmonia do sistema (BONAVIDES, 2009, p. 199-200).

São as unidades federadas Estados verdadeiros na medida em que atuam como sistema completo de poder, com legislação, governo e jurisdição própria, nada tolhendo o exercício das faculdades de organização e competência atribuídas pela Constituição Federal (BONAVIDES, 2009, p. 200).

O artigo 1º, *caput*, da Constituição da República, preceitua que a República Federativa do Brasil é formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal. Tem-se, nesse ponto, a adoção expressa do princípio da indissolubilidade do vínculo federativo, vedando-se qualquer tentativa de secessão dos entes da federação, adotando a Federação como forma de Estado e a República como forma de governo, e os componentes da Federação como a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (AMORIM, 2011, p. 120).

Aliás, a mera tentativa de secessão do Estado-membro permitirá a decretação de intervenção federal, devendo sempre a Constituição ser interpretada de sorte que não ameace a organização federal por ela instituída, ou ponha em risco a coexistência harmoniosa e solidária da União, dos Estados e dos municípios (MORAIS, 1999. p. 250).

Mas a posição dos Estados-membros no quadro federativo não se cifra apenas no desempenho de sua autonomia constitucional em matéria legislativa,

executiva ou judiciária, senão que cumpre ver ao lado dessa autonomia – essencial, diga-se de passagem, à identificação de toda união estatal federativa, cujos Estados participantes venham a distinguir-se do Estado unitário – aqueles pontos de organização federal em que os Estados federados aparecem, por sua vez, tomando parte ativa e indispensável na elaboração e no mecanismo da Constituição da República (BONAVIDES, 2009, p. 200).

No entanto, parece ter sido questão de difícil solução – por diversos fatores –, e desde a Proclamação da República até agora, uma revisão federativa fundamental, com o entusiasmo necessário para que o velho modelo possa sofrer os consideráveis aperfeiçoamentos, com mudanças de natureza qualitativa e até estrutural, se possível (BONAVIDES, 2011, p. 357).

E a história tem demonstrado que a questão federativa, de vital importância na configuração da autonomia dos Estados-membros (e, como pretender-se-á expor a seguir, na democracia delineada pelos entes federados), não tem recebido o devido tratamento, em especial pelo confronto de interesses, seja pelos unionistas, seja pelos federalistas.

A Constituição republicana se configurou em grande parte por sua oposição à Constituição de 1824, abolindo o Poder Moderador, o Senado vitalício e a união entre o Estado e a igreja (substituídos pelo Senado temporário e a liberdade de culto, respectivamente) (BONAVIDES, 2006, p. 260).

Com pleno espírito liberal (voto para maiores de 21 anos alfabetizados), e sem regulação de um “quarto poder”, os Estados, embora unidos, eram autônomos, sem qualquer restrição quanto a sua independência, estabelecendo-se como regra: a) não intervenção do Governo Federal em negócios peculiares aos Estados, salvo para repelir invasão estrangeira, ou de um Estado em outro; b) manutenção da forma republicana federativa; c) estabelecimento da ordem e tranquilidade nos Estados; e d) assegurar a execução de leis e sentenças federais (BONAVIDES, 2006, p. 261).

De outro lado, a primeira Constituição republicana expressou direitos tais como liberdade, segurança individual e propriedade, instituindo, além da inviolabilidade de domicílio e a liberdade de expressão, o princípio do *habeas corpus*, concedendo-o “sempre que o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência, ou coação, por ilegalidade, ou abuso de poder” (BONAVIDES, 2006, p. 261).

O Poder Central acabava sendo questionado em sua essência, porquanto a atividade econômica se deslocava definitivamente para o plantio do café, regionalizando-se o desenvolvimento econômico e os centros regionalizados adquiriam força e organização política crescente, sendo sido difícil cogitar alternativa à redação do texto com a oposição republicana se constituindo principalmente com base nos agrupamentos políticos regionais (BONAVIDES, 2006, p. 261).

O federalismo era, assim, uma mera soma das partes. De outro lado, tornou-se, na prática, a lei do mais forte, sucedendo revoltas ante ao desvirtuamento dos preceitos constitucionais (BONAVIDES, 2006, p. 263).

Na década de 1920, assistiu-se à desagregação desse pacto político, e é no ano de 1926 que a primeira grande reforma da Constituição se dá, com caráter nitidamente centralizador e reforçando o presidencialismo, o que tornou o princípio federativo mera retórica. Assim, o pregado liberalismo foi usado como forma de imprimir força a setores militares e interesses regionais, sem consequência práticas e benéficas aos cidadãos (BONAVIDES, 2006, p. 263).

Não foi gratuito o lema da Constituição de 1934, sustentando o fim das oligarquias e dos vícios da “República Velha”, que, por sua vez, não tolheu a ressurreição dos vícios aventados e representou, na história política do País, um dos mais redondos fracassos constitucionais (BONAVIDES, 2006, p. 263).

Já para os constituintes de 1946, a preocupação foi a restauração do federalismo brasileiro nos moldes clássicos da tradição republicana de 1891, de respeito ao equilíbrio e à harmonia dos poderes, consoante decorria do texto. Tal correção se fazia necessária porque o Estado Novo aniquilara a federação, e os governos estaduais eram meras interventorias federais, enfraquecendo a autonomia dos Estados-membros (BONAVIDES, 2006, p. 424).

Assim, a Constituição de 1946 teve caráter manifestamente restaurador, ficando, contudo, aquém da de 1934 na introdução de novidades institucionais. No entanto, houve avanços com relação à ordem econômica, com preocupações identificadas na existência digna, a um padrão de vida menos desigual nas diferentes regiões do País, ao amparo da produção, a condições de trabalho mais humanas e mais justas, tanto nas áreas urbanas como no meio rural, a uma legislação do trabalho fortemente vinculada a garantias de salário, proteção do emprego e regulamentação das profissões, enfim, toda uma série de preceitos, que abrangendo também a família, a educação e a cultura, evidenciam já a im-

portância do conteúdo material das Constituições, cujo eixo se deslocava do indivíduo para a sociedade, das regras liberais abstratas para as disposições concretas da grande preocupação social do século XX (BONAVIDES, 2006, p. 424).

Em suma, a Constituição de 1946 representou um considerável avanço, realinhando os progressos sociais, com um Estado social estruturado, porém, do ponto de vista técnico de organização das autonomias participantes, no bicameralismo clássico da nossa tradição republicana (BONAVIDES, 2006, p. 426).

O “desaguar” dos debates até então levados ao longo da história brasileira sobre a questão federativa chega à Constituição da República de 1988, que adotou como forma de estado o federalismo, como aliança ou união de Estados, baseada em uma Constituição conforme a qual os Estados que ingressam na federação perdem sua soberania no momento mesmo do ingresso, preservando, contudo, uma autonomia política limitada, ou seja, caracteriza-se pela centralização político-administrativa em um só centro produtor de decisões, diferentemente da Confederação, que consiste na união de Estados-soberanos por meio de um tratado internacional dissolúvel (MORAIS, 1999, p. 248).

No que tange aos Estados-membros, sua auto-organização decorre do exercício de seu poder constituinte derivado-decorrente, consubstanciando-se na edição das respectivas Constituições Estaduais e, posteriormente, mediante sua própria legislação (Constituição da República, artigo 25, caput) sempre, porém, respeitando os princípios constitucionais sensíveis, os princípios federais extensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos (MORAIS, 1999, p. 252).

A autonomia estadual também se caracteriza pelo autogoverno, uma vez que é o próprio povo do Estado quem escolhe diretamente seus representantes no Poderes Legislativo e Executivo locais, sem que haja qualquer vínculo de subordinação ou tutela por parte da União, prevendo, inclusive, a existência dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário estaduais (MORAIS, 1999, p. 253).

Por fim, completando a tríplice capacidade garantidora da autonomia dos entes federados, os Estados-membros se autoadministram no exercício de suas competências administrativas, legislativas e tributárias definidas constitucionalmente. Salienta-se que está implícita no exercício da competência tributária a existência de um número de recursos financeiros, obtidos diretamente por meio de sua própria competência tributária (MORAIS, 1999, p. 255).

3 A REPARTIÇÃO DE COMPETÊNCIAS AOS ESTADOS-MEMBROS

Considerando, portanto, que o Brasil assumiu a forma de Estado federal, em 1889, com a Proclamação da República, mantida nas constituições posteriores, inclusive na Constituição de 1988 (SILVA, 2006, p. 99), e que a federação consiste na união de coletividades regionais autônomas, que a doutrina chama de Estados federados (nome adotado pela Constituição, capítulo III do título III), Estados-membros ou simplesmente Estados (muito usado na Constituição), é mister que se exponha acerca da circunstância de que os Estados federados são titulares tão somente da autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição da República, mas que se assenta em dois elementos básicos: (a) existência de órgãos governamentais próprios, isto é, que não dependam dos órgãos federais quanto à forma de seleção e investidura; e (b) posse de competências exclusivas, um mínimo, ao menos, que não seja excessivamente reduzido. Esses pressupostos da autonomia federativa estão configurados na Constituição da República (artigos 18 a 42) (SILVA, 2006, p. 100).

Justamente nessa repartição de competências entre a União e os Estados-membros é que constitui a base do Estado Federal, dando origem a uma estrutura estatal complexa concomitantemente unitária (submissão ao poder da União) e federativa (participação dos Estados-membros na formação de vontade dos órgãos federais), embora, nas relações internacionais, seja o Estado federal considerado uma unidade (SILVA, 2006, p. 101).

Os Estados-membros são dotados de autonomia política, administrativa e de competência para legislar. A competência para o governo próprio e a competência para legislar é que estabelecem a distinção entre o Estado unitário e o Estado Federal, já que a autonomia que lhes é deferida é exercida sem concessão pelo poder central (não há poder do Estado por concessão da união), não significando, porém, soberania, resultando disso o atendimento de limites ditados pela Constituição da República (CHIMENTI et al., 2005, p. 177).

Nesse sentido, os limites da repartição de poderes são fixados conforme a natureza e a história da federação, havendo aquelas cuja descentralização é mais acentuada, com competências mais amplas aos Estados-membros (caso dos Estados Unidos da América do Norte), e outras com competência ampliada

da União, diminuindo o poder de atuação aos Estados (situação bastante acentuada no Brasil do regime constitucional de 1967-1969), resgatado na Constituição de 1988 (SILVA, 2006, p. 101-102).

Portanto, é pressuposto da autonomia das entidades federativas a repartição de competências legislativas, administrativas e tributárias, norteado pelo princípio geral da predominância do interesse, cabendo à União as matérias e questões de predominância do interesse geral, ao passo que aos Estados se referem às matérias de predominante interesse regional, e aos municípios concernem os assuntos de interesse local (ao Distrito Federal se acumulam as competências estaduais e municipais, com exceção prevista no art. 22, XVII, da Constituição da República) (MORAIS, 1999, p. 268).

A dificuldade em discernir o interesse geral ou nacional do regional ou local tem criado certos problemas por, concomitantemente, não afetarem a Nação como um todo, mas não são simplesmente particulares de um Estado, como os problemas da Amazônia, do polígono da seca, do Vale do São Francisco e do Vale do Paraná-Uruguai (SILVA, 2006, p. 478).

Para tanto, quatro pontos básicos no regramento constitucional foram instituídos à divisão de competências administrativas e legislativas, reservando-se à União os poderes enumerados, aos Estados-membros os poderes remanescentes e aos Municípios os poderes enumerados (ao Distrito Federal aplicou-se o cabível aos Estados-membros e aos Municípios) (MORAIS, 1999, p. 269).

Diante de certas dificuldades apresentadas, da evolução do federalismo e da ampliação das tarefas do Estado contemporâneo, outras técnicas de repartição de competências foram surgindo a par do abandono do dualismo que separa as entidades federativas em campos exclusivos, mutuamente limitativas, para acolher formas de composição mais complexas que procuram compatibilizar a autonomia de cada uma com a reserva de campos específicos que designem áreas exclusivas ou simplesmente privativas com possibilidade de delegação, áreas comuns em que se preveem atuações paralelas e setores concorrentes em que a competência para estabelecer políticas gerais, diretrizes gerais ou normas gerais cabe à União, enquanto se defere aos Estados a competência suplementar (SILVA, 2006, p. 479).

Aos Estados-membros são reservadas as competências administrativas que não lhes sejam vedadas pela Constituição da República, ou seja, cabe na

área administrativa privativamente ao Estado todas as competências que não forem da União, dos municípios e comuns, chamada assim de competência remanescente dos Estados-membros, técnica clássica adotada originariamente pela Constituição norte-americana e por todas as Constituições brasileiras, desde a República, e que presumia o benefício e a preservação de autonomia desses em relação à União, uma vez que a regra é o governo dos Estados, a exceção o Governo Federal, pois o poder reservado ao governo local é mais extenso, por ser indefinido e decorrer da soberania do povo, enquanto o poder geral é limitado e se compõe de certo modo de exceções taxativas (MORAIS, 1999, p. 271).

Na competência comum, se constata, dentre outros, o zelo pela guarda da Constituição, das leis e das instituições democráticas; a conservação do patrimônio público, do cuidado da saúde e da assistência pública, da proteção e garantia das pessoas com deficiência, da proteção dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico, artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos; o impedimento à evasão, à destruição e à descaracterização de obras de arte e de outros bens de valor histórico, artístico ou cultural; a oferta aos meios de acesso à cultura, à educação e à ciência; a proteção ao meio ambiente e o combate à poluição em qualquer de suas formas; a preservação das florestas, da fauna e da flora; o fomento da produção agropecuária e a organização do abastecimento alimentar; a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico; o combate às causas da pobreza e dos fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos; o registro, o acompanhamento e a fiscalização das concessões de direitos de pesquisa e de exploração de recursos hídricos e minerais em seus territórios; e o estabelecimento e a implantação de política de educação para a segurança do trânsito (MORAIS, 1999, p. 272).

A Constituição da República prevê a edição de lei complementar federal que fixará normas para a cooperação entre a União e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Em matéria legislativa, compete privativamente à União legislar sobre: direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho; desapropriação; requisições civis e militares, em

caso de iminente perigo e em tempo de guerra; águas, energia, informática, telecomunicações e radiodifusão; serviço postal; sistema monetário e de medidas, títulos e garantias dos metais; política de crédito, câmbio, seguros e transferência de valores; comércio exterior e interestadual; diretrizes da política nacional de transportes; regime dos portos, navegação lacustre, fluvial, marítima, aérea e aeroespacial; trânsito e transporte; jazidas, minas, outros recursos minerais e metalurgia; nacionalidade, cidadania e naturalização; populações indígenas; emigração e imigração, entrada, extradição e expulsão de estrangeiros; organização dos sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões; organização judiciária, do Ministério Público e da Defensoria Pública do Distrito Federal e Territórios, bem como organização administrativa destes; sistema estatístico, sistema cartográfico e de geologia nacionais; sistema de poupança, captação e garantia da poupança popular; sistemas de consórcios e sorteios; normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das polícias militares e corpos de bombeiros militares; competência da polícia federal e das polícias rodoviária e ferroviária federais; seguridade social; diretrizes e bases da educação nacional; registros públicos; atividades nucleares de qualquer natureza; normas gerais de licitação e contratação, em todas as modalidades, para as administrações públicas diretas, autárquicas e fundacionais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, obedecido o disposto no artigo 37, XXI e para as empresas públicas e sociedades de economia mista, nos termos do artigo 173, § 1º, III; defesa territorial, defesa aeroespacial, defesa marítima, defesa civil e mobilização nacional; propaganda comercial (MORAIS, 1999, p. 273-274).

No que tange à legislação concorrente, definiu a Constituição da República que compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar sobre: Direito tributário, financeiro, penitenciário, econômico e urbanístico (é pacífico que o Estado-membro possui competência concorrente para legislar sobre direito tributário, financeiro e econômico, nos termos do art. 24, I, da Constituição de 1988, desde que não viole as normas gerais do sistema monetário federal, inclusive para legislar sobre atualização do valor do ICMS); orçamento; juntas comerciais; custos dos serviços forenses; produção e consumo; florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição; proteção ao patrimônio his-

tórico, cultural, artístico, turístico e paisagístico; responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico; educação, cultura, ensino e desporto; criação, funcionamento e processo do juizado de pequenas causas; procedimentos em matéria processual; previdência social, proteção e defesa da saúde; assistência jurídica e defensoria pública; proteção e integração social das pessoas com deficiências; proteção à infância e à juventude; organização, garantias, direitos e deveres das polícias civis (MORAIS, 1999, p. 277-278).

A Constituição brasileira adotou a competência concorrente não-cumulativa ou vertical, de forma que a competência da União está adstrita ao estabelecimento de normas gerais, devendo os Estados e Distrito Federal especificá-las, por meio de suas respectivas leis, chamada, assim, de competência suplementar dos Estados-membros e Distrito Federal (MORAIS, 1999, p. 277-279).

Nesses casos (competência legislativa concorrente), a competência da União é direcionada somente às normas gerais, e a competência do Estado-membro se refere às normas específicas, detalhes, minúcias (competência suplementar). No caso de inércia da União em regulamentar as matérias constantes no artigo 24 da Constituição da República não impedirá ao Estado-membro ou ao Distrito Federal a regulamentação da disciplina constitucional, pois, na ausência de Lei Federal, o Estado-membro adquirirá competência plena tanto para a edição de normas de caráter geral, quanto específico, de eficácia, porém, temporária, uma vez que, a qualquer tempo, poderá a União exercer sua competência aditando lei federal sobre as normas gerais, cuja superveniência suspenderá a eficácia da lei estadual, no que lhe for contrário (MORAIS, 1999, p. 279-280).

Com isso, pouco espaço sobra aos Estados em matéria econômica, podendo explorar diretamente atividades econômicas em caso de relevante interesse coletivo, conforme definido em lei, além do fomento (concorrentemente) à produção agropecuária e organizar o abastecimento alimentar, a produção e o consumo (SILVA, 2006, p. 620).

No setor social, contudo, os Estados federados têm competência mais ampla, cabendo-lhes não apenas prestar serviços de saúde, assistência e previdência social (limitada a seus servidores), de desportos, educação e cultura, por seus sistemas de ensino, bem como de proteção do meio ambiente, dos

bens culturais, mas também promover programas de construção de moradias e de melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos setores desfavorecidos (SILVA, 2006, p. 620-621).

A estrutura administrativa dos Estados-membros é por eles fixada livremente, no exercício de sua autonomia constitucional de autoadministração, sujeitando-se a certos princípios que são inerentes à administração em geral, como são os da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade e da eficiência (SILVA, 2006, p. 621).

No que tange à competência financeira, têm os Estados encargos a cumprir para satisfazer as necessidades coletivas, em decorrência de sua qualidade de entidade federativa autônoma, dotada de competência exclusiva, comum e concorrente para realizar serviços e obras públicas, e para isso a Constituição republicana, a par da autonomia, conferiu-lhes competência financeira exclusiva, cabendo-lhes instituir os tributos que lhes foram discriminados, legislar sobre direito financeiro e estabelecer normas orçamentárias, desde que respeitem as norma gerais expedidas pela União (SILVA, 2006, p. 621).

4 A DEMOCRACIA NAS CONSTITUIÇÕES ESTADUAIS

Se, por um lado, aos Estados-membros deve caber alguma autonomia, ou do contrário estar-se-ia falando em estado unitário, de outro, tal autonomia, nisso incluído o autogoverno, deve obedecer os limites dispostos na Constituição da República, inclusive quando da sua estruturação fixada pelas Constituições estaduais, que advém do Poder Constituinte Decorrente, atribuído aos Estados-membros para se auto-organizarem de acordo com suas próprias Constituições, respeitando os princípios constitucionais impostos (de forma explícita ou implícita) pela Constituição da República (CHIMENTI et al., 2005, p. 18).

A auto-organização é, pelo visto, o primeiro elemento da autonomia estadual e se concretiza na capacidade de dar-se a própria Constituição, ou seja, implica a existência de um Poder especial que, por meio dela, organiza, forma, constitui o respectivo Estado federado, e é o Poder Constituinte pertinente ao povo de cada uma dessas unidades federadas, de onde surge o primeiro problema relativo à organização, qual seja o da natureza e limites do constituinte estadual (SILVA, 2006, p. 609).

No entanto, há grave controvérsia doutrinária a respeito da natureza do poder constituinte estadual, seja pela demasiada limitação, não se localizando no conceito de poder constituinte, por juridicamente ilimitado, seja por se tratar de constituinte de segundo grau, subordinado, secundário e condicionado (SILVA, 2006, p. 609).

Para tanto, traz-se a distinção entre soberania e autonomia, pois o Poder Constituinte Originário, fonte da Constituição da República, é poder supremo e soberano, enquanto o Poder Constituinte Estadual é apenas autônomo (SILVA, 2006, p. 610).

As formas de expressão do Poder Constituinte Decorrente não correspondem exatamente às do Poder Constituinte Originário, porque, sendo subordinado ao último, sua expressão depende de como lhe seja por ele determinado no ato constitucional originário, não parecendo, portanto, que a outorga de Constituinte Estadual seja possível, pois falta ao Constituinte Estadual autodeterminação para tanto. Quando a Constituição da República provém de outorga, por regra, a autonomia dos Estados fica coartada e, portanto, não se exprime por Constituição própria. O máximo que pode acontecer é o Poder Central impor às coletividades regionais uma Constituição, mas, em tal situação, o resultado foi precisamente eliminar a capacidade de auto-organização que caracteriza a essência de Estado dos Federados, caracterizando a autonomia como marca democrática nos Estados Federais. Por conseguinte, o Poder Constituinte das unidades federadas se expressa comumente por via de procedimento democrático, por via de representação popular: seja Convenção (como nos EUA) ou Assembleia Estadual Constituinte, com ou sem participação popular direta (SILVA, 2006, p. 610).

No entanto, a Constituição de 1988 não previu a convocação de Assembleias Constituintes com poderes especiais para elaborarem suas Constituições estaduais, reconhecendo, de plano, o poder de as Assembleias Legislativas elaborarem a Constituição do Estado (Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 11) (SILVA, 2006, p. 611).

Com isso, a cada Estado-membro se permite elaborar suas próprias constituições, desde que dentro da zona de determinações e limitações à capacidade organizatória dos Estados imposta pela Constituição da República, que, por sua vez, manda observar os seus princípios, não os indicando explicitamente, encontrando-os espalhados pelo texto, como nos artigos 34, inciso VII, e 125

da Constituição brasileira, mas que podem ser considerados em dois grupos: os princípios constitucionais sensíveis e os princípios constitucionais estabelecidos (SILVA, 2006, p. 611).

A regra de aplicação dos princípios extensíveis – que determinavam a extensão das regras de organização da União aos Estados – foi eliminada na Constituição brasileira vigente, em prestígio ao federalismo, embora, em sede de Poder Constituinte Derivado, tenha havido a vinculação dos vencimentos dos magistrados estaduais (Desembargadores) aos dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (artigo 93, V), os quais não podem ser ultrapassados, tendo mais relação com o exercício dos Poderes constituídos do que com limites do Poder Constituinte Decorrente, vinculando especialmente a capacidade de auto legislação, antes que a de auto-organização (SILVA, 2006, p. 611-612).

Os princípios sensíveis são aqueles que estão enumerados no artigo 34, VII, que constituem o fulcro da organização constitucional do País, de tal sorte que os Estados federados, ao se organizarem, estão circunscritos à adoção: (a) da forma republicana do governo; (b) do sistema representativo e do regime democrático; (c) dos direitos da pessoa humana; (d) da autonomia municipal; (e) da prestação de contas da administração pública, direta e indireta, e dizem respeito basicamente à organização dos poderes governamentais dos Estados (SILVA, 2006, p. 612).

No dizer do Supremo Tribunal Federal:

[...] o perfil da federação brasileira, redefinido pela Constituição de 1988, embora aclamado por atribuir maior grau de autonomia dos Estados-membros, e visto com reserva por alguns doutrinadores, que consideram persistir no Brasil um federalismo ainda afetado por excessiva centralização espacial do poder em torno da União federal. Se é certo que a nova Carta Política contempla um elenco menos abrangente de princípios constitucionais sensíveis, a denotar, com isso, a expansão de poderes jurídicos na esfera das coletividades autônomas locais, o mesmo não se pode afirmar quanto aos princípios federais extensíveis e aos princípios constitucionais estabelecidos, os quais, embora disseminados pelo texto constitucional, posto que não é tópica a sua localização, configuram acervo expressivo de limitações dessa autonomia local, cuja identificação – até mesmo pelos efeitos restritivos que deles decorrem – impõe-se realizar.¹

Por sua vez, os princípios constitucionais estabelecidos são os que limitam a autonomia organizatória dos Estados, revelando a matéria de sua organiza-

¹ ADI 216 MC, Relator(a): Min. CELIO BORJA, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 23/5/1990, DJ 07-05-1993 PP-08325 EMENT VOL-01702-01 PP-00067.

ção e as normas constitucionais de caráter impeditivo, bem como os princípios de organização política, social e econômica, que determinam o retraimento da autonomia estadual, alguns deles localizados nos artigos 37 a 41 referentes à Administração Pública, uns gerando limitações expressas, outros implícitas e outros, ainda, decorrentes do sistema constitucional adotado, além do disposto nos parágrafos do art. 25, o qual fundamenta a repartição de competências aos Estados (SILVA, 2006, p. 613).

Essas limitações expressas ao Constituinte Estadual são consubstanciadas em dois tipos de regras: umas de natureza impeditiva e outras, mandatórias, sendo as primeiras referentes à vedação de determinados atos ou procedimentos (artigos 19, 150 e 152), e as segundas consistentes na adoção de princípios da organização dos Municípios, com respeito a sua autonomia; sobre sua Administração Pública, com a adoção mínima dos princípios referidos nos artigos 37 a 41, podendo torná-los mais rigorosos, em função de seus interesses peculiares; sobre servidores militares, à vista do disposto no artigo 42, naquilo que for pertinente; sobre a criação obrigatória de juizados especiais e justiça de paz com os requisitos e exigências do artigo 98; sobre a organização da sua justiça, definido já o seu Tribunal de mais alto grau, como Tribunal de justiça, conforme o artigo 125, respeitados os princípios previstos nos artigos 93, 94 e 95, que sequer precisam ser incorporados à Constituição estadual, prevendo as regras de competência da sua justiça, que lhes sejam pertinentes; sobre inconstitucionalidades de leis e atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual, vedada a atribuição de legitimação para agir a um único órgão (artigo 125, §2º); sobre a organização e competência do Ministério Público, atendendo os princípios da unidade, da indivisibilidade, da independência funcional, da autonomia funcional e administrativa e com as garantias, conforme preceituam os artigos 127 a 130; sobre sua representação judicial e consultoria jurídica, que hão de ser atribuídas a Procuradores dos Estados, organizados em carreira, com as garantias, direitos e prerrogativas indicados nos artigos 132 e 135; sobre a organização da Defensoria Pública com as atribuições, direitos e garantias constantes dos artigos 134 e 135; sobre segurança pública a ser garantida por organizações policiais civis (polícia civil) e militares (polícia militar) com as respectivas competências, conforme indica o artigo 144, IV e V, e §§ 4º a 7º (SILVA, 2006, p. 613-614).

Na organização dos Poderes Estaduais, o Poder Constituinte Decorrente terá de respeitar o princípio da divisão de poderes, princípio fundamental da ordem constitucional brasileira (artigo 2º), até porque prevê a existência de uma Assembleia Legislativa, um Governador do Estado e um Tribunal de Justiça e outros Tribunais e Juízes dos Estados (artigos 27, 28, 92, VII, e 125), indicando-lhes os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como, de forma implícita, nos mesmos artigos 27 e 28, a determinação de Poder Legislativo Estadual Unicameral e de Executivo Unipessoal e a obrigatoriedade do sistema presidencialista de governo nas unidades federadas (SILVA, 2006, p. 615).

No que tange às limitações ao Constituinte Estadual decorrentes do sistema constitucional adotado, geradas pelos princípios que defluem do sistema constitucional adotado, deve-se respeitar o princípio federativo, com respeito e tratamento igualitário aos demais entes federados, bem como a regra de que nenhuma das unidades federadas pode exercer qualquer coerção sobre outras (SILVA, 2006, p. 615-616).

Outros princípios que não de ser respeitados pela Constituição estadual são os do Estado Democrático de Direito (princípio da legalidade, da moralidade e do respeito à dignidade da pessoa humana); o de que resulta que a organização e funcionamento dos Estados que deverão respeitar e fazer respeitar em seus territórios os direitos fundamentais e suas garantias, e os da ordem econômica e social, deles decorrendo o dever dos Estados de se organizarem e planejarem seus serviços e obras com respeito aos princípios da valorização do trabalho, da justiça social, da saúde e da educação como direito de todos e obrigação das entidades estatais e de defesa da cultura (SILVA, 2006, p. 615-616).

Estabelecida a premissa decorrente do federalismo adotado no Brasil, da autonomia (e não soberania) dos Estados-membros, e do seu Poder Constituinte Decorrente, mister se indagar acerca da possibilidade de que as Constituições estaduais sejam mais democráticas que a da República Federativa do Brasil.

É certo, e isso se consignou nas observações anteriores, que o Estado-membro tem limites na confecção de sua Constituição, relativos, em especial, aos princípios sensíveis e estabelecidos. No entanto, tais limites, *prima facie*, não impediriam o reconhecimento de institutos previstos na Constituição estadual que redundem na ampliação de conceitos democráticos.

Veja-se, por exemplo, o instituto do Tribunal do Júri, cujo caráter democrático (participação popular na administração da Justiça) nos parece indiscuti-

velmente manifesto. No entanto, na Constituição da República, aparece com competência (há discussão doutrinária se mínima ou não) para os crimes dolosos contra a vida. O primeiro questionamento é se a Constituição estadual poderia ampliar a competência de tal instituto, considerando que à União cabe, privativamente, legislar sobre direito processual penal. A resposta parece, obviamente, que não, ainda que a intenção fosse ampliar a democracia. Tampouco poderia alterar a forma de eleição, ainda que parecesse mais democrática.

No entanto, outras situações parecem permitir que as Constituições estaduais possam ampliar o alcance de certos institutos democráticos, sem que, com isso, venha a invadir a competência privativa da União (ou mesmo de Municípios), de modo a utilizar de sua competência residual a ampliar o exercício da democracia.

Respeitando-se o pacto federativo existente, com os limites impostos pela Constituição da República, constata-se que algumas Constituições estaduais avançaram não só na expressão de direitos e garantias fundamentais adicionais àquelas previstas à Nação brasileira, mas também a participação popular em decisões acerca de iniciativas legislativas e decisões administrativas.

Boa parte dos Estados-membros preveem em suas Constituições a possibilidade de os cidadãos, por iniciativa popular, proporem emendas constitucionais, a saber: 1) Santa Catarina (artigo 49, IV); 2) Rio Grande do Sul (artigos 58, IV e 68, II, e §§); 3) Distrito Federal (artigo 70, III); 4) Sergipe (artigos 56, IV e 57); 5) São Paulo (artigo 22, IV); 6) Roraima (artigo 39, IV); 7) Rio Grande do Norte (artigo 45, III); 8) Rio de Janeiro (artigo 111, IV); 9) Pernambuco (artigo 17, III); Paraíba (artigo 62, IV); 10) Pará (artigo 8º, parágrafo único); 11) Goiás (artigo 19, IV); 12) Espírito Santo (artigos 62, III e 69); 13) Ceará (artigos 6ª e §§ e 59, IV); 14) Bahia (artigo 74, IV); 15) Amazonas (artigo 32, IV); 16) Amapá (artigos 5º-C e 103, IV); 17) Alagoas (artigo 85, IV); e 18) Acre (artigo 53, III e §5º) (BRASIL, 2016).

Já os seguintes Estados-membros não preveem a participação popular para deflagrar propostas de emenda à Constituição: 1) Rondônia (artigo 38); 2) Tocantins (artigo 26); 3) Piauí (artigo 74); 4) Paraná (artigo 64); 5) Minas Gerais (artigo 64); 6) Mato Grosso do Sul (artigo 66); 7) Mato Grosso (artigo 38); e 8) Maranhão (artigo 41) (BRASIL, 2016).

É importante salientar o caráter extremamente democrático inserido na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, algo não encontrado na Constitui-

ção da República, quando, em seu artigo 69, abre a possibilidade das chamadas consultas referendárias e plebiscitárias sobre atos, autorizações ou concessões do Poder Executivo e sobre matéria sancionada ou vetada, formuladas em termos de aprovação ou rejeição (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

De igual forma, no Pará, os cidadãos podem se manifestar, mediante plebiscito, especificamente, sobre fato, medida, decisão política, programa ou obra pública, e, mediante referendo, sobre emenda à Constituição, lei, projetos de emenda à Constituição e de lei, no todo ou em parte. No entanto, algo que enfatiza ainda mais o *status* democrático de sua Constituição é o fato de que o plebiscito ou referendo podem ser requeridos pelos cidadãos (um por cento do eleitorado estadual), ainda que dependente de autorização da Assembleia Legislativa (PARÁ, 1989).

De igual forma, no Amapá (artigo 5º-B, §1º, I), com o acréscimo de que os projetos de emenda à Constituição e de lei, apresentados mediante iniciativa popular, terão inscrição prioritária na Ordem do Dia da Assembleia Legislativa, no prazo de 45 dias de seu recebimento, garantindo-se sua defesa em Plenário por qualquer dos cidadãos que o tiverem subscrito (AMAPÁ, 1991).

No Sergipe, a Constituição estadual, no artigo 58, prevê um instrumento adicional na iniciativa popular de propositura de leis ou emenda à constituição, que é o uso da palavra por dois populares, inicialmente ao que se declarar a favor e, posteriormente, ao que combater a propositura (SERGIPE, 1989).

No Mato Grosso, embora curiosamente não se tenha previsão de legitimidade da iniciativa popular para propor emendas à Constituição, o artigo 5º prevê que a soberania popular será exercida, dentre outros, pela participação nas decisões do Estado e no aperfeiçoamento democrático de suas instituições (inciso V) e pela ação corregedora sobre as funções públicas e as sociais de relevância pública (inciso VI), também prevendo que a população possa propor a realização de plebiscito, por 5% dos eleitores inscritos no Estado, distribuídos, no mínimo, por um quinto dos Municípios, com, no mínimo, a subscrição de 1% dos eleitores em cada um (artigo 6º, I) (MATO GROSSO, 1989).

Outrossim, a Constituição da República prevê, em seu artigo 5º, uma série de garantias e direitos fundamentais, sobre as quais devem os Estados-membros respeito e cumprimento, independentemente da repetição delas em suas respectivas Constituições (BRASIL, 1988).

No entanto, alguns Estados-membros inovaram e guindaram, em suas Constituições, alguns outros direitos e garantias à condição de fundamentais.

Por exemplo, enquanto a Constituição da República, em seu artigo 5º, LXXVI, "a" e "b" (BRASIL, 1988), dispõe sobre a gratuidade aos reconhecidamente pobres do registro civil de nascimento e da certidão de óbito, Santa Catarina avança e estende, no seu artigo 4º, "b", "c" e "d", a gratuidade à cédula individual de identificação; ao registro e à certidão de casamento, e ao registro e à certidão de adoção de menor (SANTA CATARINA, 1989).

Sergipe, no artigo 3º, V, guinda à condição de garantia fundamental, além da extensão da gratuidade da cédula de identidade individual (XXII), também a determinação de que a autoridade policial não divulgará a identidade da pessoa suspeita da prática de crime, enquanto não formalmente indiciada (SERGIPE, 1989).

No Estado do Rio de Janeiro, além da gratuidade da cédula de identidade individual e da celebração e respectiva certidão de casamento civil (artigo 13, III e IV), chegou-se a estabelecer a gratuidade do sepultamento e dos procedimentos a ele necessários, inclusive o fornecimento de esquife pelo concessionário de serviço funerário (artigo 13, V), que, no entanto, foi declarado inconstitucional pelo STF na ADIN 1221-5, por se entender que tal matéria só poderia ser regulada pelos municípios (ou seja, a autonomia municipal, nesse tocante, havia sido violada)². Mas também se estabeleceu a gratuidade dos serviços públicos estaduais de transporte coletivo à pessoa com doença crônica, que exija tratamento continuado e cuja interrupção possa acarretar risco de vida, e à pessoa com deficiência com reconhecida dificuldade de locomoção (artigo 14, I e II) (RIO DE JANEIRO, 1989).

O Estado do Mato Grosso (artigo 10, VII) garante, aos reconhecidamente pobres, o registro civil em todas as suas modalidades e as respectivas certidões, e a expedição da cédula de identidade individual (MATO GROSSO, 1989).

² CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO. SERVIÇO FUNERÁRIO. C.F., art. 30, V. I. - Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C.F., art. 30, V. II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente. COMPETÊNCIA NORMATIVA - SERVIÇOS FUNERÁRIOS. Ao primeiro exame, estão compreendidos dentre aqueles de interesse local, o que atrai a incidência do inciso V do artigo 30 da Constituição Federal, no que prevê a competência do Município para dispor a respeito. Exsurge a plausibilidade do pleito de concessão de liminar tendo em vista tal enfoque, sendo que o risco de se manter com plena eficácia o dispositivo está na ausência de arrecadação, a decorrer da gratuidade prevista nas normas estaduais. Suspensão da eficácia do inciso V do artigo 13 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro e da Lei estadual n. 2.007, de 8/7/1992, até o julgamento final da ação direta de inconstitucionalidade. CONSTITUCIONAL. MUNICÍPIO. SERVIÇO FUNERÁRIO. C.F., art. 30, V. I. - Os serviços funerários constituem serviços municipais, dado que dizem respeito com necessidades imediatas do Município. C.F., art. 30, V. II. - Ação direta de inconstitucionalidade julgada procedente.

Na Constituição baiana, foi prevista, além da gratuidade da cédula de identidade individual e da certidão de casamento aos comprovadamente pobres (artigo 4º, VII, “a” e “b”), àqueles que comprovarem absoluta incapacidade de pagamento (definida em lei), a garantia de acesso aos serviços públicos de água, esgoto e energia elétrica (BAHIA, 1989).

Algumas outras nuances de uma democracia ampliada são encontradas nas Constituições estaduais, a exemplo da garantia dos direitos culturais, previsto no artigo 215 da Constituição da República, e ampliada na Constituição de Santa Catarina, no seu parágrafo único do artigo 173, quando expressa que “A política cultural de Santa Catarina será definida com ampla participação popular” (SANTA CATARINA, 1989).

Por sua vez, o Rio Grande do Sul dispõe que a ação político-administrativa do Estado será acompanhada e avaliada, por meio de mecanismos estáveis, por Conselhos Populares (artigo 19, §2º), garantindo mais um mecanismo de participação do povo na administração. E, na questão orçamentária, determina que os orçamentos anuais devem ser elaborados com participação popular (artigo 149, §4º) (RIO GRANDE DO SUL, 1989).

No Estado do Rio de Janeiro, os empregados de empresas públicas e sociedades de economia mista (artigo 42, caput, e §3º) (RIO DE JANEIRO, 1989) serão representados na proporção de 1/3 (um terço), nos conselhos de administração e fiscal, assegurada a participação nos colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação, de igual forma na Paraíba (artigo 4º, parágrafo único) (PARAIBA, 1989).

O Pará expressa em sua Constituição que a participação popular se atrela aos demais princípios da administração pública direta e indireta (artigo 20). Outrossim, comanda que, em cada Comarca, o Tribunal do Júri, instituição de participação popular na administração da Justiça, reúna-se, pelo menos, trimestralmente e, na Capital, uma vez por mês, ordinariamente (artigo 163, parágrafo único) (PARÁ, 1989).

O Estado do Mato Grosso prestigia e garante, nos termos da lei, a participação da coletividade na formulação e na execução das políticas públicas em seu território, bem como na elaboração de programas, projetos e planos estaduais e municipais mediante assento em órgãos colegiados (artigo 4º) (MATO GROSSO, 1989).

O Estado do Espírito Santo assegura, em seu artigo 5º, o caráter democrático na formulação e na execução das políticas e no controle das ações governamentais mediante mecanismos que garantam a participação da sociedade civil (ESPÍRITO SANTO, 1989).

Finalmente, no Amapá, o artigo 5º de sua Constituição assegura a presença da sociedade civil, na forma da lei, por meio de suas entidades representativas, nos Conselhos Estaduais e demais órgãos de composição colegiada, de caráter deliberativo, consultivo, normativo e fiscalizador (AMAPÁ, 1991).

Há espaço nas Constituições estaduais para ampliação da democracia, além daquela estabelecida pela Constituição da República, ainda que com várias restrições inerentes ao modelo de pacto federativo instituído no Brasil.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Desde a Proclamação da República, a questão do pacto federativo parece ter atravessado um tormentoso caminho ao longo da história, não havendo, nem mesmo na atualidade, um consenso acerca do modelo proposto. E isso reflete no campo de atuação dos Estados-membros, pois acabam por ter sua autonomia mais ou menos afetada de acordo com as limitações impostas pelo modelo federativo, porque quanto mais o Estado federal tem poder, menos sobra aos Estados federados.

Vem daí a dicotomia unionistas e federalistas que, sem estabelecer um conceito maniqueísta, podem pender para um ou outro lado de forma absolutamente gradual, e o objetivo do equilíbrio parece ter sido a tônica de várias constituições que passaram pela História do Brasil.

De qualquer sorte, o atual modelo de federação proposto pela Constituição da República é determinado pela repartição de competências, delineando-o de forma a permitir, mandar ou impedir as ações – legislativas e administrativas – dos Estados-membros.

Também é com esse modelo que os Estados-membros podem exercer o seu Poder Constituinte Decorrente, elaborando suas constituições que, além de estruturar o poder, também definem regras programáticas, bem como estabelecem direitos e garantias além daquelas previstas pela Constituição da República.

E assim se perquire a forma como as Constituições estaduais podem estabelecer institutos que ampliem a democracia e a cidadania, sem transpor os limites fixados pelo pacto federativo proposto.

A partir da análise dos modelos existentes, verificou-se, a exemplo de 18 Estados-membros, a permissão de proposta de emenda à Constituição estadual pela iniciativa popular, sem que venha a ferir o princípio da simetria ou tampouco o pacto federativo, bem como, no mesmo sentido, quando os Estados-membros estabelecem direitos e garantias fundamentais diversos daqueles estabelecidos pela Constituição da República, e quando instituem mecanismos de participação popular que permitem um maior exercício da democracia.

Assim, o atual modelo de pacto federativo não impede que os Estados-membros possam inovar na instituição de instrumentos de maior participação popular – democracia – e de direitos e garantias fundamentais, desde que respeitados os limites do pacto federativo proposto. Se não é o ideal, por certo não impede a ampliação da democracia.

Portanto, a repartição de competências, embora imponha restrições legislativas e administrativas aos Estados-membros, não os impediu de inovar na instituição de instrumentos, direitos e garantias, que ampliam o conceito de democracia e cidadania.

E os instrumentos postos à disposição do povo nas Constituições estaduais parecem, ao menos *prima facie*, factíveis e com possibilidade de exercício efetivo, bastando lembrar da gratuidade de certidões aos reconhecidamente pobres; a iniciativa popular legislativa, inclusive para plebiscitos e referendos; a participação em conselhos governamentais, dentre outros, e isso bem ficou demonstrado na terceira parte do artigo.

Após o estudo realizado, não resta dúvida de que os Estados-membros, em suas Constituições, podem, efetivamente, estabelecer mudanças sociais e – o mote deste trabalho – ampliar a democracia existente, com a institucionalização de instrumentos, direitos e garantias.

REFERÊNCIAS

AMAPÁ. Constituição (1991). **Constituição do Estado do Amapá**. Disponível em: <http://www.al.ap.gov.br/constituicao_estadual_amapa.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

AMORIM, Victor Aguiar Jardim de. **Curso de Direito Constitucional**: atualizada até a EC nº 67/2010, teoria e questões. Rio de Janeiro: Ferreira, 2011.

BAHIA. Constituição (1989). **Constituição do Estado da Bahia**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70433>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

BONAVIDES, Paulo. **História constitucional do Brasil**. 8. ed. Brasília: OAB Editora, 2006.

_____. **Ciência Política**. 16. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 24 ago. 2016.

_____. **Constituições estaduais**. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/legislacao-estadual/constituicoes-estaduais>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

CHIMENTI, Ricardo Cunha, et al. **Curso de Direito Constitucional**: de acordo com a Emenda Constitucional n. 45/2004 (Reforma do Judiciário). 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ESPÍRITO SANTO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Espírito Santo**. Disponível em: <http://www.al.es.gov.br/appdata/anexos_internet/downloads/c_est.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

MATO GROSSO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Mato Grosso**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70444/CE_MatoGrosso.pdf?sequence=11>. Acesso em: 24 ago. 2016.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

PARÁ. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Pará**. Disponível em: <<http://pa.gov.br/downloads/ConstituicaodoParaateaEC48.pdf>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

PARAÍBA. Constituição (1989). **Constituição do Estado da Paraíba**. Dispo-

nível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/70448>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

RIO DE JANEIRO. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio de Janeiro**. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/constest.nsf/PageConstEst?OpenPage>>. Acesso em: 24 ago. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Rio Grande do Sul**. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/70451/CE_RioGrandedoSul.pdf?sequence=4>. Acesso em: 24 ago. 2016.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Santa Catarina**. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

SERGIPE. Constituição (1989). **Constituição do Estado do Sergipe**. Disponível em: <http://www.al.se.gov.br/wp-content/uploads/2016/03/constituicao_do_estado_de_sergipe_2007.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2016.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE: UMA ABORDAGEM A PARTIR DA HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL DE PETER HÄBERLE

THE EXTRAJUDICIAL PERFORMANCE OF THE STATE PROSECUTION
SERVICE IN THE CONTROL OF CONSTITUTIONALITY: AN
APPROACH BASED ON THE CONSTITUTIONAL HERMENEUTICS OF
PETER HÄBERLE

Felipe Schmidt

*Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí*

RESUMO: O artigo, elaborado a partir do método dedutivo, examina a promoção do controle de constitucionalidade pelo Ministério Público na via extrajudicial, a partir da concepção de hermenêutica constitucional – sociedade aberta dos intérpretes da Constituição de Peter Häberle, delineando os fundamentos, as possibilidades, os limites e os instrumentos de atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade.

PALAVRAS-CHAVE: Hermenêutica constitucional. Peter Häberle. Ministério Público. Atuação extrajudicial. Controle de constitucionalidade.

ABSTRACT: The article, elaborated from the deductive method, examines the promotion of constitutionality control applied by the State Prosecution Service in the out-of-court procedures, based on the conception of constitutional hermeneutics – within the context of an open society of interpreters of Peter Häberle’s Constitution, outlining the grounds, possibilities, limits and instruments of the State Prosecution Service’s extrajudicial performance in the control of the constitutionality.

KEYWORDS: Constitutional hermeneutics. Peter Häberle. State Prosecution Service. Extrajudicial performance. Control of constitutionality.

Enviado em: 28-2-2018

Aceito em: 5-4-2018

1 INTRODUÇÃO

O papel do Ministério Público no controle de constitucionalidade tem sido estudado, em doutrina, apenas no que tange à atuação da instituição perante a Jurisdição Constitucional, que é tradicionalmente concebida como a sede própria para a atuação daquela função estatal e que detém a última palavra acerca da (in)constitucionalidade de normas jurídicas.

Todavia, em face da concepção de uma Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, formulada por Peter Häberle em sua obra *Hermenêutica Constitucional* (1975), que foi tomada como ponto de partida para as considerações a seguir articuladas, mostra-se oportuno abordar também o papel do Ministério Público no controle de constitucionalidade em âmbito extrajudicial, o que constitui a proposta deste estudo.

Assim, o texto inicia com uma sucinta exposição geral acerca da Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição de Peter Häberle, nela procurando posicionar o Ministério Público, e segue com a análise dos fundamentos, das possibilidades, dos limites e dos instrumentos de atuação extrajudicial ministerial em controle de constitucionalidade, sendo concluído com as considerações finais.

O interesse na discussão da matéria adveio do exercício da atividade profissional do autor, que é Promotor de Justiça no Ministério Público do Estado de Santa Catarina e tem atribuição para atuar na seara do Controle de Constitucionalidade.

O estudo valeu-se do método dedutivo de investigação e foi elaborado a partir de pesquisa bibliográfica (doutrinária) e legislativa (constitucional e legal).

2 O MINISTÉRIO PÚBLICO E A HERMENÊUTICA CONSTITUCIONAL – SOCIEDADE ABERTA DOS INTÉRPRETES DA CONSTITUIÇÃO DE PETER HÄBERLE

O Ministério Público atua como intérprete da Constituição precipuamente em face da Jurisdição Constitucional, integrando ainda, portanto, a chamada Sociedade Fechada dos Intérpretes da Constituição. Para Peter Häberle, “a interpretação constitucional esteve e está muito vinculada a uma sociedade fechada, vale dizer, aos juízes e aos procedimentos formalizados”, dela participando “o juiz, as partes e seus respectivos advogados, o Ministério Público” (AMARAL,

2003, p. 142). Todavia, há que se entender que a legitimação do Ministério Público para officiar perante a Jurisdição Constitucional, seja no controle concentrado ou no controle difuso de constitucionalidade, não esgota as possibilidades de sua atuação na matéria.

Com efeito, a hermenêutica constitucional não é realizada somente nos limites da Jurisdição Constitucional nem apenas pelos órgãos por ela responsáveis (Poder Judiciário ou Corte Constitucional), embora seja instrumento essencial para sua atuação, mas é também desempenhada fora daquele âmbito, vale dizer, por outros órgãos e agentes públicos que não os integrantes das referidas instituições, no exercício de suas respectivas funções. Ademais, qualquer pessoa que esteja submetida à Constituição, segundo Peter Häberle, efetua interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 15). Todavia, essa constatação evidentemente não substitui a Jurisdição Constitucional, à qual cabe a última palavra acerca da constitucionalidade de atos normativos do poder público.

Desse modo, com o fito de conferir maior efetividade e realização à Constituição, seria preciso associar a interpretação constitucional à realidade, “trazendo, para o processo hermenêutico constitucional, todos aqueles que fazem a realidade da Constituição” (AMARAL, 2003, p. 142), motivo por que Peter Häberle propõe, a partir dessa concepção, “uma migração dos participantes do processo de interpretação constitucional de uma sociedade fechada para uma sociedade aberta dos intérpretes da Constituição” (AMARAL, 2003, p. 142).

Assim, no entendimento de Peter Häberle, passam a atuar na interpretação constitucional não apenas os sujeitos “tradicionais” dela, ou seja, os intérpretes jurídicos vinculados às corporações (juízes, advogados e Ministério Público), integrantes da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição, mas também as demais funções estatais, os participantes do processo de decisão, a opinião pública democrática e pluralista, o processo político e a doutrina constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 20-23), vale dizer, os integrantes da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Dessa forma, acabam por realizar a interpretação constitucional todos os que participam da realidade constitucional, ou seja, do contexto social, cultural, econômico e político no qual se insere a Constituição. Como decorrência disso, segundo Peter Häberle, “no Estado de Direito, todos os cidadãos são, em última instância, guardiões da constituição” (VALADÉS, 2009, p. 7).

Ocorre que, da concepção de Peter Häberle, pode-se inferir que a atuação dos sujeitos “tradicionais” da interpretação constitucional (integrantes da sociedade fechada dos intérpretes da Constituição) se dá essencialmente na esfera da Jurisdição Constitucional, ao passo que a participação dos “novos” sujeitos da interpretação constitucional (integrantes da sociedade aberta dos intérpretes da Constituição) acontece fora daquele âmbito, ainda que esta tenha potencial para influenciar as decisões e manifestações dos sujeitos atuantes na Jurisdição Constitucional e, acrescente-se, até deva fazê-lo, a fim de, como sustenta Häberle, conferir maior legitimidade e evitar o arbítrio na interpretação constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 31-32).

Do que foi exposto, vê-se que Peter Häberle posiciona o Ministério Público ainda entre os integrantes da Sociedade Fechada dos Intérpretes da Constituição (intérpretes jurídicos “vinculados às corporações”, participantes formais do processo constitucional (HÄBERLE, 1997, p. 13), atuando apenas perante a Jurisdição Constitucional.

Nesse contexto, há que se verificar como pode se dar a expansão do Ministério Público de integrante da Sociedade Fechada para sujeito da Sociedade Aberta de intérpretes da Constituição, a fim de dar plena consecução à proposta de Peter Häberle quanto à Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição. Fala-se em expansão, cumpre esclarecer, porque o Ministério Público assume esta qualidade sem abandonar aquela, uma vez que a atuação ministerial extrajudicial no controle de constitucionalidade evidentemente não substitui a Jurisdição Constitucional, em face da qual a instituição também oficia, como a seguir será delineado.

3 FUNDAMENTOS, LIMITES, POSSIBILIDADES E INSTRUMENTOS DE ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Abordados alguns aspectos acerca do Ministério Público no contexto da hermenêutica constitucional de Peter Häberle, ora serão examinados os fundamentos, os limites e as possibilidades e os instrumentos de atuação extrajudicial ministerial no controle de constitucionalidade.

3.1 FUNDAMENTOS

No que tange aos fundamentos da atuação extrajudicial ministerial no controle de constitucionalidade, há que se apontar, inicialmente, que, embora não figure entre os poderes do Estado (art. 2º da Constituição da República), exerce o Ministério Público, de forma direta, em sua atuação institucional, parcela da soberania estatal¹, tal qual os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Acerca dos órgãos constitucionais de soberania estatal, extrai-se do magistério de José Joaquim Gomes Canotilho:

Órgãos constitucionais de soberania são aqueles: (1) cujo status e competências são imediata e fundamentalmente “constituídos” pela constituição; (2) que dispõem de um poder de auto-organização interna; (3) que não estão subordinados a quaisquer outros; (4) que estabelecem relações de interdependência e de controle em relação a outros órgãos igualmente ordenados na e pela constituição. (CANOTILHO, 2003, p. 564).

Ora, todas as condições alinhadas por José Joaquim Gomes Canotilho para que determinado órgão seja reputado de soberania estatal são plenamente atendidas pelo Ministério Público brasileiro.

Com efeito, a Constituição da República de 1988 verdadeiramente refundou o Ministério Público (ABREU, 2016, p. 52), quando lhe atribuiu a natureza jurídica de instituição permanente e essencial ao exercício da função jurisdicional do Estado (art. 127, *caput*), conferindo-lhe numerosas atribuições (art. 127, *caput*, e art. 129), em elenco não taxativo (art. 129, IX), concedendo-lhe autonomia institucional, nos âmbitos funcional, administrativo e orçamentário (art. 127, §2º a §6º), e outorgando a seus membros, além de independência funcional (art. 127, §1º), diversas garantias e vedações (art. 128, §5º, I e II).

Ademais, que o Ministério Público exerce parcela da soberania estatal também o demonstra o próprio art. 85, II, da Constituição da República, quando preceitua que são crimes de responsabilidade do Presidente da República seus atos que atentem contra o livre exercício do Ministério Público, tal qual do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais das unidades da federação (RIBEIRO, 2015, p. 58), equiparando, dessa forma, o Ministério Público aos poderes do Estado.

¹ Acerca do exercício de parcela da soberania estatal pelo Ministério Público, vejam-se, por exemplo, os seguintes estudos: Ribeiro (2015, p. 58-59); Mazzilli (2007, p. 66); e Streck (2010, p. 201).

Quanto à matéria, leciona Carlos Vinícius Alves Ribeiro: “O Ministério Público brasileiro recebeu da Constituição da República carta de atribuições que lhe são próprias e fundamentais ao Estado, sendo, portanto, um órgão constitucional de soberania” (RIBEIRO, 2015, p. 101).

Outrossim, o Ministério Público tem seu fundamento jurídico direto na Constituição da República (arts. 127 a 130-A). Além disso, em face de sua qualidade de instituição permanente e essencial ao exercício das funções de um dos poderes do Estado (art. 127, *caput*), o Ministério Público não pode ser abolido por decisão (revisão ou emenda constitucional) do poder constituinte derivado (VASCONCELOS, 2009, p. 9), o que lhe dota da estabilidade institucional necessária ao desempenho do controle de constitucionalidade, também pela via extrajudicial.

Ainda, a autonomia institucional, que se projeta nas searas funcional, administrativa e orçamentária (art. 127, §2º a §6º, da Constituição da República), assegura que o Ministério Público não esteja subordinado a outros órgãos ou poderes do Estado (MAZZILLI, 2007b, p. 185), cujos atos e omissões, aliás, lhe cabe controlar quanto à sua conformidade com a Constituição (escopo a que se dirige sua atuação no controle de constitucionalidade, inclusive extrajudicial). Portanto, também a autonomia institucional, compreendida como “direção própria daquilo que lhe é próprio” (MAZZILLI, 2007b, p. 185), assegura ao Ministério Público condições para o pleno desempenho, na via extrajudicial, entre outras funções, da fiscalização de constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Não se olvide que os próprios integrantes do Ministério Público receberam da Constituição independência funcional e garantias e vedações correspondentes às dos membros do Poder Judiciário, aos quais cabe, como visto, a última palavra acerca da constitucionalidade das normas jurídicas (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

Ao lado da independência funcional, as garantias e vedações conferem ao membro do Ministério Público a autodeterminação necessária à fiscalização extrajudicial de constitucionalidade de leis e outros atos normativos do poder público, da mesma forma como se dá com a Magistratura. Assim, a independência dos membros do Ministério Público no exercício de sua atividade-fim se equipara à dos juízes, responsáveis pelo controle jurisdicional de constitucionalidade, que

realizam nas vias concentrada ou difusa, o que assegura àqueles, para o desempenho da função de controle de constitucionalidade pela via extrajudicial, condições idênticas às destes quando atuam no controle judicial de conformidade de leis e outros atos normativos à Constituição.

No que tange às várias funções que lhe foram cometidas pela Constituição da República, competem ao Ministério Público, no que interessa ao tema do presente estudo, a defesa da ordem jurídica (art. 127, *caput*) e a tutela dos interesses difusos (art. 129, III), seja pela via judicial ou extrajudicial, sem prejuízo do desempenho de outras atividades que sejam compatíveis com sua destinação constitucional (art. 129, IX).

Quanto à defesa da ordem jurídica, embora já se tenha considerado em doutrina que tal previsão devesse ser entendida estritamente como a base da atuação ministerial como *custos legis* (VASCONCELOS, 2009, p. 10), que sabidamente se exerce nos limites do processo judicial, tem-se que o significado a ser conferido àquela atribuição deve ser bem mais amplo.

A Constituição, ademais de ser dotada de rigidez, ocupa no ordenamento jurídico do Estado posição apical, determinando, por isso, sob os aspectos formal e material, a produção de todas as demais normas jurídicas. Assim, essa posição de supremacia constitucional na ordem jurídica deve ser assegurada por meios de natureza processual ou extraprocessual, manejados também pelo Ministério Público, entre os quais está a verificação da constitucionalidade das leis e de outros atos normativos do poder público, independentemente do recurso ao Poder Judiciário. É que a defesa da ordem jurídica, quando conferida pela Constituição ao Ministério Público, não ficou condicionada, com exclusividade, ao emprego da via judicial, mesmo na verificação da constitucionalidade da lei, à míngua de expressa restrição constitucional nesse sentido. Aliás, veja-se que sequer o *judicial review* nos Estados Unidos da América conta com previsão constitucional expressa (VIEIRA, 2010, p. 65).

No que toca à defesa dos interesses difusos, também cometida pela Constituição e pelas leis de regência ao Ministério Público, tem-se que a própria observância da ordem jurídica, especialmente quanto às normas constitucionais, à vista de sua estatura superior no contexto daquela, pode ser considerada verdadeiro direito difuso, sendo certo que parte da doutrina faz referência à existência de um direito difuso à constitucionalidade das normas. Nessa linha, veja-se o magistério de Marconi Falcone:

A maior parte dos Ministérios Públicos, no mundo, enfatiza a função penal acusadora, enfim, a função criminal. Vale lembrar que, no Brasil, o modelo jurídico é transindividual, o que justifica o controle de constitucionalidade provocado pelo Ministério Público, pela defesa do direito difuso à constitucionalidade das normas. (FALCONI, 2014, p. 22).

Com efeito, todos os elementos constituintes da noção jurídica de interesse difuso (transindividualidade, indivisibilidade e titulares não identificados e ligados entre si por aspectos de fato) encontram-se presentes quando o objeto em questão é a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público. Quanto à transindividualidade, tem-se que, ao menos em tese, todos indistintamente têm interesse na constitucionalidade das normas jurídicas. Quanto à indivisibilidade, a norma figura no ordenamento jurídico (ou dele é suprimida) para todos igualmente, em controle abstrato, conforme esteja de acordo ou não com a Constituição. Quanto à titularidade, a norma é aplicável a todos (pessoas não identificadas) que estejam submetidos à ordem jurídica do Estado (circunstância de fato) ao tempo de sua vigência.

Além disso, de uma acepção mais tradicional de ordem jurídica, pautada ainda apenas pela legalidade (Direito identificado com a lei, Estado legalista) (TAVARES, 2005, p. 29), progrediu-se para uma ordem jurídica baseada na supremacia constitucional, o que exigiu uma releitura do princípio da legalidade, que então passou a expressar constitucionalidade (surgimento do Estado Constitucional de Direito) (TAVARES, 2005, p. 42-48), de modo que não se mostrava mais cabível a exigência de observância à lei apenas, mas também à Constituição, inarredavelmente. Nessa linha, se o Ministério Público pode exigir de entes, órgãos e agentes públicos (e também de particulares), que atendam à lei, seria verdadeiro contrassenso não pudesse igualmente fazê-lo quanto à Constituição.

Ainda, tem-se que, na forma da Constituição da República, o Ministério Público é órgão estatal e, nessa condição, tem a missão de resguardar e promover os interesses comuns de toda a coletividade (art. 127, *caput*), máxime por se tratar de um Estado Democrático de Direito (art. 1º, *caput*), de modo que acaba por representar, como instituição, um importante liame entre o Estado e a sociedade civil (MAZZILLI, 2007b, p. 85). Assim, o Ministério Público integra o espaço público (que não é apenas estatal, mas social), e as funções que desempenha supõem a interpretação do que seja o interesse público primário, vale di-

zer, aquele titularizado pela coletividade (MAZZILLI, 2007a, p. 19). Nessa linha, não se afigura possível ao Ministério Público, em qualquer caso concreto que se lhe apresente, mesmo naquele menos complexo, funcionar restrito às regras legais, sem atentar para o que preceitua a Constituição da República e sem avaliar que providência melhor atende ao interesse público primário que (re)presenta. Tais circunstâncias também legitimam o Ministério Público a realizar controle de constitucionalidade pela via extrajudicial, e mesmo o adstringem a fazê-lo (art. 23, I, da Constituição da República).

Quanto à natureza jurídica da atuação extrajudicial ministerial nessa seara do controle de constitucionalidade, tem-se que não pode ser meramente administrativa, como já se reconheceu em doutrina quando se perquiriu a natureza jurídica da atuação extrajudicial ministerial em geral: “as atividades extrajudiciais do Ministério Público resumem-se a exercício de atividade administrativa” (MAZZILLI, 2007a, p. 19).

É que a circunstância de a atuação extrajudicial do Ministério Público em sede de controle de constitucionalidade lidar com a atividade política de supressão, modificação ou edição, no ordenamento jurídico, de leis e outros atos normativos do poder público que têm seu fundamento de validade direto e imediato na Constituição, a cargo de órgãos e agentes políticos (Poder Executivo, Poder Legislativo e seus respectivos representantes), deve lhe conferir natureza também eminentemente política, embora evidentemente não político-partidária. Nesse sentido, colhe-se da doutrina de Hugo Nigro Mazzilli:

[...] o que a Constituição veda ao Ministério Público e a seus membros não é a atividade política, mas a atividade político-partidária, ou seja, ação ou omissão direta em favor de partidos políticos. Negar a atividade política ao Ministério Público, no sentido puro da expressão, seria uma contradição *in re ipsa*, já que os membros do Ministério Público são agentes políticos originários, e sua atuação tem caráter político, pois diz respeito à interferência no modo de conduzir os assuntos de interesse do Estado e dos cidadãos. O que não se admite, no Brasil, é que a ação do Ministério Público e de seus agentes adquira contornos de defesa de linhas ou ações deste ou daquele partido político (atividade político-partidária). No mais, é evidente, e até necessário, que o promotor, assim como o juiz, considere todas as consequências, inclusive as de natureza política, relacionadas com seus atos. (MAZZILLI, 2000, p. 415-416).

Com efeito, a função ministerial que visa a interferir positivamente na atividade de produção do Direito, a fim de conformá-la à norma superior do orde-

namento jurídico-positivo estatal há que possuir natureza política. Não se pode conceber que atos meramente administrativos tenham o condão de influenciar na supressão, modificação ou edição, por Poderes e agentes políticos do Estado, de atos normativos primários, assim compreendidos aqueles que instituem direitos e criam obrigações na ordem jurídica (MENDES; COELHO; BRANCO, 2009, p. 915).

Sob esses fundamentos, todos com estatura constitucional, o Ministério Público pode proceder à fiscalização da constitucionalidade da lei ou ato normativo do poder público, independentemente do recurso à função jurisdicional, valendo-se, para tanto, de seus instrumentos próprios de atuação extrajudicial, o que se dá, evidentemente, observados estritos limites, tudo conforme a seguir examinado.

3.2 LIMITES E POSSIBILIDADES

A atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade, ainda que incidente sobre lei ou outro ato normativo do poder público considerado em abstrato, buscando sua revogação, modificação ou edição, não se equipara ao exercício da Jurisdição Constitucional, devendo observar limites evidentemente mais estreitos, mesmo porque a última palavra quanto à matéria cabe à jurisdição (HÄBERLE, 1997, p. 14). Contudo, o controle extrajudicial de constitucionalidade pelo órgão ministerial apresenta algumas possibilidades que o tornam relevante e, em alguma medida, mais eficiente, em termos de prevenção à inconstitucionalidade, à violação ao interesse público ou à lesão ao erário (correlatas que estas são àquela), que o controle judicial.

De início, cabe consignar que o controle de constitucionalidade levado a efeito pelo Ministério Público é anterior ao realizado pelo Poder Judiciário ou pelo Tribunal Constitucional, pois cabem à Jurisdição Constitucional tanto a última palavra acerca da interpretação da Constituição quanto a decisão final sobre a constitucionalidade das normas jurídicas em geral (art. 5º, XXXV, da Constituição da República).

Assim, uma vez proferida decisão definitiva pelo Supremo Tribunal Federal em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ou mesmo de controle difuso, atendido, neste caso, o disposto no art. 52, X, da Constituição da República (suspensão, no todo ou em parte, pelo Senado Federal, da lei declarada in-

constitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal), cabe a todos sua observância, e assim também ao Ministério Público, na qualidade de Defensor (embora sem exclusividade) da Constituição. De qualquer modo, fica ressalvada a possibilidade de aprovação, pelo poder constituinte derivado, de emenda constitucional que supere a interpretação fixada pelo Supremo Tribunal Federal.

Dessa forma, o controle de constitucionalidade levado a cabo pelo Ministério Público não se reveste da característica de definitividade, que é atributo exclusivo da atividade jurisdicional. Ademais, ante a inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), mesmo constitucional, a atuação extrajudicial do Ministério Público no controle de constitucionalidade, em qualquer caso, pode ser revista pelo Poder Judiciário.

O controle de constitucionalidade extrajudicial desempenhado pelo Ministério Público pode ocorrer no curso do processo legislativo ou depois do efetivo ingresso do ato normativo no ordenamento jurídico, tendo, naquele caso, natureza preventiva, e, neste, repressiva. Veja-se que, quanto ao controle de constitucionalidade efetuado pelo Poder Judiciário, a atuação deste é sempre repressiva, à exceção de eventual mandado de segurança impetrado por parlamentar no curso da tramitação de uma proposição, a fim de assegurar que esta se dê com estrita observância do devido processo legislativo (LEAL, 2014, p. 119-120).

Desse modo, máxime quando deflagrada ainda na fase de processo legislativo, a atuação extrajudicial ministerial no controle de constitucionalidade pode desde logo obstar a criação de norma inconstitucional e, por conseguinte, evitar eventual violação ao interesse público ou mesmo lesão ao erário que eventualmente decorra daquela. Na hipótese, para atingir esses fins, sequer seria necessário aguardar a medida cautelar cabível em controle concentrado de constitucionalidade no âmbito da Jurisdição Constitucional. É que justamente a existência de tal medida cautelar é um dos argumentos empregados em doutrina para afastar o cabimento de controle extrajudicial de constitucionalidade (MENDES, 2011, p. 205-254). Segundo essa inteligência, se é cabível a medida cautelar, dotada de maior celeridade, há que se manejá-la, o que tornaria despendida qualquer providência extrajudicial tendente ao afastamento da aplicação da norma. Todavia, o deferimento de tal medida cautelar pressupõe ter a norma ingressado na ordem jurídica, e a atuação ministerial, na forma ora proposta, se dá mesmo antes desse evento, de modo que revela, em tese, aptidão para

obstar a própria criação de norma inconstitucional e, por conseguinte, evitar eventual violação ao interesse público ou mesmo lesão ao erário que dela possa decorrer, que devem ser coibidas o quanto antes.

Ainda, a atuação extrajudicial do órgão do Ministério Público no controle de constitucionalidade seguramente pode contribuir para conter a excessiva judicialização de demandas. Não se considera aqui, especificamente, eventual redução no volume das ações afetas ao controle concentrado de constitucionalidade, embora este, segundo dados apresentados em doutrina por Mendes (2011, p. 205-254), tenha crescido sobremaneira com a ampliação, pela Constituição da República de 1988, do rol de sujeitos legitimados a propô-las. O que se aponta é a possível redução do número de ações judiciais em geral que tenham a inconstitucionalidade de lei ou de outro ato normativo do poder público como causa de pedir.

Com efeito, um dos litigantes mais contumazes é o próprio poder público. Nas palavras de Juarez Freitas, “a Administração Pública converteu-se numa gigantesca e tentacular demandante ou demandada, com a correlacionada erosão da confiabilidade dos agentes públicos” (FREITAS, 2010, p. 232). Esse mesmo poder público, na qualidade de poder legiferante, é o responsável pela edição de atos normativos que geram uma massiva judicialização de litígios pautados na alegação, ainda que pela via incidental, de sua inconstitucionalidade. Portanto, prevenindo o ingresso na ordem jurídica desses atos normativos viciados, por certo, seria obstada parcela significativa da litigiosidade pautada na violação à Constituição. Assim, novamente na lição de Juarez Freitas, há que se promover o

[...] combate à onda gigante de inconstitucionalidades dolosas ou culposas, perpetradas pelo Estado-administração e pelo Estado-legislador. Sair desse quadro monótono de negligência sistêmica supõe enfrentar a crônica falta de controle da legitimidade constitucional de leis e atos normativos pela própria administração pública, negligência que só tem produzido torrentes de processos judiciais repetitivos e quase infundáveis.

[...]

Em lugar, pois, de retrocesso, como se insinua em algumas decisões liminares do STF, dever-se-ia ampliar a noção de controle de constitucionalidade, num avanço potencialmente corretivo da performance da “maquinaria” do Estado, ao reconhecer que todos os poderes têm a missão de realizar (por exemplo, com súmulas administrativas vinculantes), com temperamentos e nos limites das respectivas atribuições, a proteção mais efetiva da Constituição. (FREITAS, 2011, p. 151-152).

Nessa linha, um dos modos de reduzir o número crescente de demandas judiciais é justamente procurar conter a produção de leis e outros atos normativos contrários à Constituição, o que deve ocorrer já no seu nascedouro – vale dizer, junto ao poder legiferante, por iniciativa do próprio Ministério Público –, valendo-se para tanto de sua atribuição para promover o controle de constitucionalidade na via extrajudicial. Ora, o controle de constitucionalidade não se enfraquece; ao revés, se robustece, pela atuação articulada e integrada de órgãos públicos diversos com o mesmo propósito, resguardada, em qualquer caso, a palavra final da Jurisdição Constitucional.

Mas evidentemente, com a proposta de realização do controle de constitucionalidade pela via extrajudicial, não se pretende que seja reconhecido ao Ministério Público o poder de declarar a nulidade de atos normativos do poder público e de modular os efeitos dessa decisão, o que compete exclusivamente ao Poder Judiciário ou ao Tribunal Constitucional.

Na verdade, o que se admite ao Ministério Público é, mais propriamente, fomentar o autocontrole de constitucionalidade do ato normativo por parte do próprio poder legiferante (ALMEIDA, 2012, p. 78-79). Nessa medida, a depender da extensão (total ou parcial) e da natureza (por ação ou por omissão) da inconstitucionalidade que reconhecer em determinada lei ou outro ato normativo do poder público, pode o Ministério Público perseguir um dentre os seguintes resultados:

- a) a revogação do ato normativo que conflite formal e/ou materialmente com a Constituição (inconstitucionalidade total, por ação);
- b) a alteração do ato normativo para sua adequação ao sistema constitucional, quando esta se afigurar possível (inconstitucionalidade parcial, por ação);
- c) a edição do ato normativo inexistente ou existente apenas em parte, quando sua criação é exigida para a efetivação de norma constitucional (inconstitucionalidade por omissão, total ou parcial).

Tais providências devem ser buscadas pelo órgão ministerial com atribuição funcional para atuar, na seara do controle de constitucionalidade, junto ao poder legiferante do ente da federação que tenha competência para revogar, modificar ou editar o ato normativo em questão, seja a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 23).

Todavia, quanto à maior ou menor efetividade dessa medida no âmbito dos diversos entes da federação, cumpre ter em conta a advertência de Henrique da Rosa Zeisemer e Vinícius Secco Zoponi:

Não se desconhece que a chance de êxito dessa abordagem ministerial é inversamente proporcional à dimensão do ente federativo com que se trata, com destaque para a viabilidade dessa proposta na dinâmica travada pelo MP com as autoridades locais em Municípios de pequeno e médio porte. (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 203).

No controle extrajudicial de constitucionalidade, quando eivada do vício de inconstitucionalidade formal e/ou material, a norma jurídica não é suprimida ou alterada, ou, em hipótese de omissão do legislador, criada diretamente pelo Ministério Público, que apenas procura adstringir o poder legiferante a adotar uma daquelas providências, devendo observar, em qualquer caso, o devido processo legislativo aplicável (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 203), conforme o ente da federação de que se trate.

Contudo, cumpre apontar que a consecução da providência buscada pelo órgão ministerial, quer seja a supressão, a modificação ou a edição do ato normativo, fica condicionada à expressa anuência do poder legiferante, manifestada por seus membros legitimados para tanto (conforme o caso, o Chefe do Poder Executivo e/ou o Presidente, a Mesa ou mesmo o Plenário da Casa Legislativa).

Assim, a convergência entre a proposta ministerial e a manifestação do poder legiferante que com ela anui acaba por formar um consenso (GAVRONSKI, 2010, p. 139), que se mostra indispensável, em qualquer caso, para a atuação do Ministério Público em controle extrajudicial de constitucionalidade e, por conseguinte, também para seu êxito, com a supressão, modificação ou edição da norma. Sem tal consenso, não se produziria o resultado almejado e ficaria mesmo inviabilizada a própria intervenção ministerial extrajudicial no controle de constitucionalidade, impondo-se então ao Ministério Público o recurso à Jurisdição Constitucional, dotada de coercibilidade.

Sobre esse ponto, embora se refira especificamente à tutela extrajudicial coletiva em matéria infraconstitucional, cabe reproduzir, *mutatis mutandis*, o magistério de Alexandre Amaral Gravonski:

Na verdade, são próprias da tutela extraprocessual coletiva a informalidade (ou desformalização) e a dispensa do juiz (e a legitimidade por ele haurida de sua função constitucional de aplicar o direito e da

condição de terceiro imparcial), resultando daí a impossibilidade do uso da força.

Justamente em razão dessa impossibilidade, a legitimidade que se constrói participativa e discursivamente em busca de uma correção de soluções jurídicas por meio das técnicas extraprocessuais é necessária, mas não suficiente. Devem essas técnicas, ainda, ser capazes de lograr o consenso entre legitimado coletivo [nos limites deste estudo, o Ministério Público] e obrigado sobre o resultado da concretização ou criação de direito. É esse consenso que viabilizará a realização ou implementação do direito (efetividade) sem o uso da força, para o que o processo seria imprescindível. (GAVROSNKI, 2010, p. 138-139).

Da necessidade de construção desse consenso (cujo ônus, ao menos quanto à iniciativa, é integralmente do Ministério Público) é que exsurge a importância dos fundamentos fáticos e jurídicos a serem alinhados pelo órgão ministerial quando, atuando em sede de controle extrajudicial de constitucionalidade, se dirige ao poder legiferante.

Com efeito, ainda na esteira do magistério de Alexandre Amaral Gravonski, para que sejam aptos a convencer o poder legiferante a adotar a(s) medida(s) proposta(s) pelo órgão ministerial, devem tais argumentos, inicialmente, ser construídos de modo a “atender a uma pretensão de correção racional à luz do ordenamento jurídico vigente” (GAVRONSKI, 2010, p. 357). Por conseguinte, não se pode utilizar a proposta “como meio de coerção ilegítima, vale dizer, desprovida de fundamentação amparada no direito vigente”, o que caracteriza a regra da não-coerção (GAVRONSKI, 2010, p. 357). Ainda, como se pretende o acolhimento da proposta pelo poder legiferante, que, tal qual o Parquet, também é órgão público, deve-se, tanto quanto possível, “aceitar o outro como parte na fundamentação, com os mesmos direitos”, o que consubstancia a regra da igualdade (GAVRONSKI, 2010, p. 358). Ademais, “suas asserções não se devem assegurar apenas perante o destinatário, mas perante qualquer um (regra da universalidade)” (GAVRONSKI, 2010, p. 358). Embora tais regras (não-coerção, igualdade e universalidade) tenham sido delineadas com vista à sua utilização em sede de tutela extrajudicial infraconstitucional, tem-se que, em face de seus contornos, acima expostos, são integralmente aplicáveis ao controle extrajudicial de constitucionalidade pelo Ministério Público.

Anote-se que também não pode ser temerária, mas racional e efetiva, a atuação do Ministério Público (FALCONI, 2014, p. 55) nessa seara do controle extrajudicial de constitucionalidade, ainda pouco explorada e experimentada.

Desse modo, embora o reconhecimento da inconstitucionalidade de ato normativo não seja discricionário, por se tratar de matéria de ordem pública, que pode ser, em processo judicial, conhecida pela autoridade judiciária mesmo de ofício, não deve o Ministério Público levantar, em controle extrajudicial, a título de possível inconstitucionalidade, questões de somenos importância, que não guardem vinculação mais estreita com sua missão institucional (FALCONI, 2014, p. 55).

Nessa linha, deve o Ministério Público se concentrar nas inconstitucionalidades que se afigurem flagrantes (FALCONI, 2014, p. 54), atentando sempre para a presunção de constitucionalidade de que se revestem as leis e outros atos normativos do poder público. É que o excessivo ativismo ministerial na matéria pode vir em prejuízo da segurança jurídica (FALCONI, 2014, p. 55), fragilizando a coerência do ordenamento jurídico (FALCONI, 2014, p. 56), e colocar em risco o próprio prestígio e a credibilidade da instituição e de seus membros junto aos poderes públicos e à coletividade. Como corretamente afirma Marconi Falconi, “apenas tem-se a preocupação de que tudo não seja declarado inconstitucional por mero voluntarismo” (FALCONI, 2014, p. 56).

Embora trate da atuação ministerial perante a Jurisdição Constitucional, a lição de Marconi Falconi a seguir transcrita é em tudo aplicável à hipótese de controle extrajudicial de constitucionalidade sob exame:

[...] por estar um pouco distante do sistema político, deve o MP ponderar bastante antes de postular uma inconstitucionalidade nesse campo. Se assim não for, todas as leis serão questionadas como inconstitucionais, com base em algum princípio da Constituição, que é extremamente porosa no Brasil. Aqui, incide o princípio da dúvida, em favor da constitucionalidade da norma jurídica vigente. (FALCONI, 2014, p. 54).

A referência doutrinária a maior ou menor proximidade do Ministério Público com o sistema político tradicional permite apenas tangenciar, sem maior aprofundamento, dados os estreitos limites deste estudo, a questão da legitimidade do Ministério Público para o controle extrajudicial de constitucionalidade de leis e atos normativos do poder público.

O controle de constitucionalidade, no âmbito da Jurisdição Constitucional, mas também, ao menos no que toca ao Ministério Público, fora dele, tem característica contramajoritária. Sobre a matéria, leciona Luís Roberto Barroso:

[...] em nome da Constituição, da proteção das regras do jogo democrático e dos direitos fundamentais, cabe a ela [referindo-se à

Corte de Justiça] a atribuição de declarar a inconstitucionalidade de leis (i.e., de decisões majoritárias tomadas pelo Congresso) e de atos do Poder Executivo (cujo chefe foi eleito pela maioria absoluta dos cidadãos). Vale dizer, agentes públicos não eleitos, como juízes e Ministros do STF, podem sobrepor a sua razão à dos tradicionais representantes da política majoritária. Daí o termo *contramajoritário*. (BARROSO, 2015, p. 476).

Esse entendimento, dado que os membros do Ministério Público, tal qual os do Poder Judiciário ou da Corte Constitucional, também não foram escolhidos pelo voto popular, lhes é em tudo aplicável, quando no desempenho, pela via extrajudicial, da fiscalização de constitucionalidade de leis ou atos normativos do poder público.

Assim, a circunstância de os membros do Ministério Público não terem sido democraticamente eleitos não lhes subtrai a legitimidade para sindicá-los, ainda que na via extrajudicial, a constitucionalidade de leis e atos normativos de gênese do Poder Executivo e do Poder Legislativo, cujos membros foram eleitos pelo povo.

Além disso, tal como ocorre com os membros do Poder Judiciário quanto às suas decisões, os do Ministério Público têm a obrigação de fundamentar todas as suas manifestações, o que se infere do art. 93, IX, da Constituição da República, quanto àqueles, e do art. 129, VIII, parte final, e §4º, da Constituição da República, e do art. 43, III, da Lei n. 8.625/93, quanto a estes, de modo a permitir a terceiros o controle de seus atos. Nessa linha, à vista da mais elevada estatura da matéria constitucional no âmbito da ordem jurídica, todos os cidadãos têm nela, ao menos em tese, interesse direto, de modo que lhes devem ser assegurados meios bastantes para o controle das decisões e manifestações do Poder Judiciário e Ministério Público. Repise-se, ainda, que a atuação extrajudicial do Ministério Público é também pautada em um prévio e indispensável consenso com o poder legiferante, o que igualmente milita para lhe conferir legitimidade.

Outrossim, o controle extrajudicial de constitucionalidade pelo Ministério Público constitui “ingerência” na separação de poderes menor do que seria a atuação da Jurisdição Constitucional na matéria, tendo em vista que, em qualquer caso, demanda o concurso dos órgãos legiferantes (Poder Executivo e/ou Poder Legislativo), que devem, como visto, emprestar sua anuência expressa à proposição do órgão ministerial acerca da supressão, modificação ou criação da norma jurídica.

Todavia, não cabe ao poder legiferante, caso empreste anuência à proposta ministerial, promover a anulação da lei ou do ato normativo considerado eivado de inconstitucionalidade, medida que é privativa da Jurisdição Constitucional, mas apenas proceder à sua revogação. Por conseguinte, as providências adotadas pelo poder legiferante, mesmo em sede de controle extrajudicial de constitucionalidade deflagrado pelo Ministério Público, têm eficácia *ex nunc* (desde agora, não retroativa) apenas, e não *ex tunc* (desde sempre, retroativa).

Com efeito, segundo Barroso (2015, p. 98), o Poder Legislativo revoga leis, com eficácia *ex nunc*, por razões de conveniência e oportunidade, não podendo atribuir efeito retroativo à medida. Desse modo, a lei é extraída do ordenamento jurídico com a preservação de todos os atos praticados sob sua égide. De outro lado, o Poder Judiciário invalida leis, com eficácia *ex tunc*, em face de sua contrariedade à Constituição, sendo eventualmente cabível a modulação de efeitos. Assim, não pode o Poder Legislativo invalidar a lei por inconstitucionalidade, mas apenas revogá-la sob esse fundamento.

Por fim, o órgão ministerial deve ter cautela para que sua atuação extrajudicial no controle de constitucionalidade não acabe, no caso concreto, configurando verdadeira consultoria ou assessoria jurídica a órgãos do poder público (Poder Executivo e Poder Legislativo), o que lhe é expressamente vedado fazer, na forma do art. 129, IX, da Constituição da República, sendo certo que, para tanto, aqueles órgãos públicos de regra possuem Procuradorias ou estruturas similares, com atribuição consultiva e de assessoramento jurídico.

Esses, em suma, alguns dos limites e possibilidades de atuação ministerial no controle extrajudicial de constitucionalidade.

3.3 INSTRUMENTOS

Cabe ainda considerar que a atuação do Ministério Público na matéria de controle de constitucionalidade, nos moldes examinados neste estudo, é levada a efeito por intermédio de seus diversos instrumentos de atuação extrajudicial previstos na Constituição e em lei, como, exemplificativamente, o inquérito civil, o poder requisitório, o compromisso de ajustamento de conduta, a recomendação e a audiência pública.

Quanto ao inquérito civil, tendo em vista que parte da doutrina considera ser direito difuso a constitucionalidade das leis e atos normativos do poder pú-

blico (FALCONI, 2014, p. 22), não se divisa qualquer óbice à sua utilização para realizar, em sede extrajudicial, o controle de constitucionalidade.

Como lembram Henrique da Rosa Zeisemer e Vinícius Secco Zoconi, no curso de um inquérito civil, pode o órgão ministerial que o preside se deparar, quando do exame de uma situação concreta que lhe esteja submetida, com ato normativo em tese aplicável àquela, mas eivado de inconstitucionalidade (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 203). Ainda, segundo os mesmos autores, não se pode afastar a possibilidade ou mesmo a necessidade de instauração de inquérito civil para avaliar, em abstrato, ou seja, dissociado de qualquer caso concreto, a constitucionalidade de lei ou outro ato normativo do poder público, a fim de que se possa deflagrar o autocontrole de constitucionalidade pelos Poderes Executivo e Legislativo (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 206). Nessa linha, conclui-se que o inquérito civil pode ter por objeto a constitucionalidade do ato normativo ou dela se ocupar apenas incidentalmente.

Sobre a possibilidade de deflagração de inquérito civil para a apuração da inconstitucionalidade de leis em tese, leciona Hugo Nigro Mazzilli que “[...] o inquérito civil [...] pode hoje ser utilizado para coligir elementos para a proposição de qualquer ação civil pública de iniciativa do Ministério Público” (MAZZILLI, 2000, p. 128). Portanto:

Em sentido lato, a doutrina acertadamente considera que a ação direta de declaração de inconstitucionalidade, movida pelo Ministério Público, também é conceitualmente uma ação civil pública, embora não inserida entre aquelas previstas na Lei n. 7.347/85. (MAZZILLI, 2000, p. 133).

Ora, se cabível, conforme tal entendimento doutrinário, inquérito civil para aparelhar ação de controle concentrado de constitucionalidade proposta pelo Ministério Público perante a Jurisdição Constitucional, aquele procedimento também pode ser manejado para a preparação da atuação ministerial extrajudicial na mesma matéria.

Outrossim, o inquérito civil exige regular instauração por parte do órgão ministerial com atribuição para presidi-lo, bem assim, como regra, a devida publicidade (FERRARESI, 2010, p. 11). Não se divisa, em princípio, hipótese em que seja necessária a decretação de sigilo do procedimento que tenha por objeto exclusivamente o controle de constitucionalidade de ato normativo, matéria,

que, por excelência, demanda publicidade. Aliás, a publicação é condição de eficácia jurídica do próprio ato normativo (MORAES, 2012, p. 691) cuja constitucionalidade é sindicada no inquérito civil. Todavia, quando a constatação de possível inconstitucionalidade se der incidentalmente no bojo de inquérito civil instaurado para apuração de matéria diversa, há que se decretar, fundamentadamente, se a questão concreta em exame o exigir, o sigilo da investigação, restrito a esse ponto principal.

Embora o procedimento em tela tenha natureza inquisitiva, vale dizer, não contraditória (FERRARESI, 2010, p. 16), no inquérito civil vetorizado, incidental ou principalmente, à promoção do controle extrajudicial de constitucionalidade, é lícito ao poder legiferante, notificado pelo órgão ministerial, se manifestar acerca da matéria que constitui objeto de apuração, prestando informações e sustentando suas razões acerca da constitucionalidade do ato normativo considerado.

Veja-se que essa possibilidade de ampla manifestação do poder legiferante acerca dos fundamentos da aventada inconstitucionalidade do ato normativo atende ao espírito consensual e de igualdade que deve nortear a atuação extrajudicial do órgão ministerial na matéria. Ademais, no próprio controle de constitucionalidade concentrado, realizado pela via da Jurisdição Constitucional, há previsão legal expressa de que o relator deve pedir informações a serem prestadas em 30 (trinta) dias aos órgãos ou autoridades dos quais emanou a lei ou ato normativo impugnado (art. 6º, caput, da Lei n. 9.868/1999, art. 6º, caput, da Lei n. 9.882/1999, e art. 6º, caput, da Lei Estadual n. 12.069/2001). Assim, providência similar é cabível também no bojo do inquérito civil que apure a (in) constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

Em sua manifestação, o poder legiferante desde logo tem a possibilidade de anuir à pretensão ministerial quanto ao reconhecimento da inconstitucionalidade da norma ou dela dissentir. Naquela hipótese, abre-se ensejo à efetivação, na própria via extrajudicial, do autocontrole de constitucionalidade, por meio de outros instrumentos de atuação extrajudicial manejados pelo órgão ministerial, a ser examinados em seguida. Todavia, dissentindo o poder legiferante da proposta de autocontrole de constitucionalidade formulada pelo Ministério Público, resta a este a deflagração do controle de constitucionalidade perante a Jurisdição Constitucional.

Mas, no âmbito do inquérito civil, juntamente com a oportunização, ao poder público, de manifestação acerca do ato normativo, é lícito ao órgão ministerial requisitar que lhe sejam enviados documentos pertinentes à produção do ato normativo sindicado. Por exemplo, pode-se reclamar a remessa de fotocópia integral dos autos do processo legislativo que deu gênese à propositura, a fim de conhecer os fundamentos de fato e de direito invocados pelo autor para sua formulação (exposição de motivos do projeto), ou pelos órgãos fracionários do Poder Legislativo que o examinaram (Comissão de Constituição e Justiça e outras comissões temáticas, que variam a depender da matéria de que trata a proposta), bem assim pelo Plenário da Casa, por ocasião do debate e votação da matéria. Eventualmente pode-se conhecer também, por essa via, eventuais emendas ao projeto formuladas no curso de sua tramitação na Casa Legislativa que tenham incidido em inconstitucionalidade. É igualmente possível demandar do Poder Executivo as razões de veto que tenha apostado, seja este total ou parcial, a determinada proposição, tal como os motivos da manutenção ou rejeição desse veto pelo Poder Legislativo. Outrossim, pode-se buscar informações, por exemplo, junto à Administração Pública, acerca de como o ato normativo vem sendo concretamente aplicado, a fim de avaliar mais precisamente a extensão dos efeitos que produz.

Também é permitido ao órgão ministerial que preside o inquérito civil solicitar, se entender cabível, a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades que tenham relação, decorrente de sua atuação profissional ou organizacional, com a matéria versada no ato normativo questionado, medida que também é admitida pelas leis de regência da matéria em controle judicial (art. 7º, §2º, da Lei n. 9.868/1999, art. 6º, §1º, da Lei n. 9.882/1999, e art. 7º, parágrafo único, da Lei Estadual n. 12.069/2001). Em lugar dessa manifestação, na prática, comumente se solicita ao Centro de Apoio Operacional do Controle de Constitucionalidade do Ministério Público que examine a constitucionalidade da norma jurídica considerada, evidentemente sem caráter vinculante para o órgão de execução ministerial.

A despeito do já ressaltado caráter contramajoritário do controle, mesmo extrajudicial, de constitucionalidade de lei ou outro ato normativo, pode igualmente o Ministério Público realizar, sob sua presidência, audiência pública, a fim de buscar subsídios, diretamente junto aos destinatários da norma jurídica, para

embasar sua atuação institucional em face desta, quanto a sua (in)constitucionalidade (FERRARESI, 2010, p. 112). Tal medida também tem previsão expressa em sede de controle concentrado de constitucionalidade pela Jurisdição Constitucional (art. 9º, §1º, da Lei n. 9.868/1999, art. 6º, §1º, Lei n. 9.882/1999, e art. 9º, §1º, da Lei Estadual n. 12.069/2001).

Após essas providências, já deve o órgão ministerial estar em condições de formular juízo seguro acerca da (in)constitucionalidade do ato normativo. Assim, caso se convença de que a norma é constitucional, deverá arquivar fundamentadamente o inquérito civil e remetê-lo à apreciação do Conselho Superior do Ministério Público, que homologará o arquivamento, caso concorde com seus fundamentos (ou adote outros para chegar à mesma conclusão), converterá o procedimento em diligência, caso entenda ter sido omitida alguma providência instrutória ou outra medida relevante, ou, rejeitando os fundamentos invocados pelo presidente do inquérito civil para arquivá-lo, designará outro órgão ministerial para prosseguir na apuração da matéria e adotar as medidas cabíveis.

Todavia, se divisar inconstitucionalidade no ato normativo sindicado, caberá ao órgão ministerial que preside o inquérito civil provocar a Jurisdição Constitucional para expungir a norma do ordenamento jurídico (notadamente em caso de recusa, justificada ou não, do poder legiferante ao autocontrole de constitucionalidade), ou adotar, na própria via extrajudicial, hipótese abrangida pelo objeto do presente estudo, em caso de aceitação pelo poder legiferante, as medidas necessárias à provocação do autocontrole de constitucionalidade.

Assim, é admitido ao presidente do inquérito civil, inicialmente, dirigir ao poder legiferante recomendação destinada à orientação de seu destinatário para que cumpra o disposto na Constituição (FERRARESI, 2010, p. 99-100).

Quanto ao objeto da recomendação pelo órgão ministerial, lecionam Henrique da Rosa Zeisemer e Vinícios Secco Zoponi:

Por meio da recomendação, dirigida simultaneamente ao Chefe do Poder Executivo e aos membros do Poder Legislativo, o Órgão de Execução exporá os fundamentos jurídicos do vício de inconstitucionalidade de um dispositivo ou diploma legal, concluindo com a recomendação expressa de que seja deflagrado o processo legislativo para sua supressão da ordem jurídica, mediante revogação, total ou parcial, ou alteração legislativa de seu teor. (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 204).

Em complemento a essa lição, cabe observar ser possível recomendar também a edição de ato normativo que seja necessário ao exercício de direitos constitucionais ou à efetivação de norma constitucional.

Ainda, no âmbito do inquérito civil, é admissível formular ao poder legiferante proposta de ajustamento de conduta, por intermédio de um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), forma negociada de solução extrajudicial de controvérsia (FERRARESI, 2010, p. 78), meio de acesso à Justiça (Constitucional, no caso sob exame), vertida em um instrumento (termo) assinado pelas partes (FERRARESI, 2010, p. 79).

O TAC deve prever o atendimento, pelo poder legiferante, das disposições constitucionais (conforme o caso, a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo, em estrita conformidade com o que preceitua a Constituição). Quanto ao objeto do TAC versante sobre a constitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, colhe-se da lição de Henrique Rosa Zeisemer e Vinícius Secco Zoponi:

Já por meio do TAC, buscará o Órgão de Execução, através de um processo negocial, o convencimento, à luz das razões jurídicas do vício de inconstitucionalidade, e, na sequência, a pactuação com o Chefe do Poder Executivo e com os membros do Poder Legislativo quanto às etapas do processo legislativo que culminará com a supressão da ordem jurídica do dispositivo de lei ou diploma contrário à CRFB. Por meio desse TAC, busca-se englobar: (I) o exercício da iniciativa legislativa; (II) a tramitação do projeto de lei sem sobresaltos, porém à luz do devido processo legislativo; e (III) por fim, a sanção executiva. (ZEISEMER; ZOPONI, 2017, p. 204).

Tais obrigações devem ser pactuadas mediante cominações (multa cominatória) para o caso de seu descumprimento, sendo certo que o TAC constitui título executivo extrajudicial (art. 784, XII, do Código de Processo Civil, c/c art. 5º, §6º, da Lei n. 7.347/1985). A multa cominada, cujo pagamento representa satisfação de uma obrigação de dar, deve ser exigida diretamente dos agentes públicos (Chefe do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo) que assinaram o TAC, previsão que deve constar direta e especificamente do termo. Contudo, tal circunstância, como se constata na prática, vem limitar a possibilidade de que os representantes do poder legiferante venham a subscrever o TAC, o que não se pode deixar de reconhecer.

Todavia, caso assinado o TAC, se descumprido, a par da exigência do pagamento da multa cominatória pela via da execução judicial, o controle de constitucionalidade abstrato deve ser provocado diretamente perante a Jurisdição Constitucional (Supremo Tribunal Federal ou Tribunal de Justiça, conforme o caso), pelo órgão ministerial legitimado a tanto, sem prejuízo da adoção de outras providências em face do caso concreto, na hipótese de a verificação da inconstitucionalidade ter sido meramente incidental no âmbito do inquérito civil.

É que a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo, embora pactuada no TAC, não corresponde propriamente a uma obrigação de fazer, máxime em face de sua já apontada natureza eminentemente política, de modo que seu cumprimento não pode ser exigido do poder público pela via executiva, em 1º grau de jurisdição. Sem prejuízo desse fundamento, tampouco o cumprimento do pactuado poderá ser exigido direta e pessoalmente do Chefe do Poder Executivo e dos membros do Poder Legislativo. Ante a sucessão de mandatos, por vezes, eles podem sequer ser os mesmos que celebraram o TAC. Ademais, o dever de legislar, tomado em si mesmo, é do poder legiferante, e não dos representantes dele, motivo por que independe de quem sejam estes.

Com efeito, quando discorre sobre a obrigação de fazer (assim considerada a obrigação de acordo com o seu conteúdo ou a natureza da prestação), embora a categoria "obrigação", como direito pessoal que é (GONÇALVES, 2004, p. 8), pertença mais propriamente à Teoria Geral do Direito (KELSEN, 1998, p. 147), a doutrina jurídica pátria lhe empresta, como regra, caráter essencialmente privatista. É o que se infere, por exemplo, do magistério de Carlos Roberto Gonçalves:

A obrigação de fazer (*obligatio faciendi*) abrange o serviço humano em geral, seja material ou imaterial, a realização de obras e artefatos, ou a prestação de fatos que tenham utilidade para o credor. A prestação consiste, assim, em atos ou serviços a serem executados pelo devedor. Pode-se afirmar, em síntese, que qualquer forma de atividade humana, lícita, possível e vantajosa ao credor, pode constituir objeto de obrigação.

A técnica moderna costuma distinguir: prestações de coisas para as obrigações de dar e prestação de fato para as de fazer e não fazer. As prestações de fato podem consistir: a) no trabalho físico ou intelectual (serviços), determinado pelo tempo, gênero ou qualidade; b) no trabalho determinado pelo produto, ou seja, pelo resultado; c) num fato determinado simplesmente pela vantagem que traz ao credor.

Quando a *obligatio faciendi* é de prestar serviços, físicos ou intelectuais, aquela em que o trabalho é aferido pelo tempo, gênero

ou qualidade, o interesse do credor concentra-se nas energias do obrigado. Quando é de realizar obra, intelectual ou material, como escrever um romance ou construir uma casa, interessa àquele o produto ou resultado final do trabalho do devedor. (GONÇALVES, 2004, p. 68).

Por outro lado, ao poder de legislar, se atribui, em doutrina, natureza política (e, portanto, pública) por excelência:

[...] a concretização da ordem fundamental estabelecida na Constituição de 1988, carece, nas linhas essenciais, de lei. Compete às instâncias políticas e, precipuamente, ao legislador, a tarefa de construção do Estado Constitucional. Como a Constituição não basta em si mesma, têm os órgãos legislativos o poder e o dever de emprestar conformação à realidade social. (MEIRELLES, 2007, p. 387).

Assim, diante da natureza política do poder de legislar, somente a Jurisdição Constitucional poderia, sem o concurso da vontade do poder legiferante, promover coercitivamente a medida buscada pelo Ministério Público na via extrajudicial.

Todavia, tal circunstância não impede a pactuação, no TAC, da obrigação de promover a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo, tendo em vista que pode se dar o cumprimento espontâneo da obrigação pactuada e que no TAC são admitidas obrigações em geral, de qualquer natureza, como se extrai da lição de Hugo Nigro Mazzilli:

Longe de se limitarem a meras obrigações de fazer ou não fazer – objeto originariamente a eles destinados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente e pelo Código de Defesa do Consumidor –, na prática os compromissos de ajustamento de conduta têm adquirido um alcance maior.

Não raro o órgão público legitimado e o causador do dano ajustam quaisquer tipos de obrigações, ainda que não apenas de fazer ou não fazer, e esse ajuste é convalidado seja pelo seu caráter inteiramente consensual, seja pelo fato de que prejuízo algum trazem ao interesse transindividual tutelado [...]. (MAZZILLI, 2000, p. 372).

Portanto, na hipótese de descumprimento do que foi pactuado no TAC, apenas descabe ao Ministério Público exigir, no juízo ordinário, o “cumprimento” da “obrigação de legislar”, sendo indispensável buscar a Jurisdição Constitucional para promover a supressão, modificação ou edição de lei ou ato normativo.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao final deste estudo, tem-se que, à luz da concepção de hermenêutica constitucional de Peter Häberle, o Ministério Público atua como intérprete da Constituição precipuamente em face da Jurisdição Constitucional, integrando ainda, portanto, a Sociedade Fechada dos Intérpretes da Constituição.

Todavia, a fim de dar plena consecução à proposta de Peter Häberle quanto à Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição, há que se considerar a atuação do Ministério Público em sede de controle de constitucionalidade também na via extrajudicial.

Uma vez que, como preceitua a Constituição, compete ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e a tutela dos interesses difusos, seja pela via judicial ou extrajudicial, que, embora não figure entre os poderes do Estado, a instituição exerce de forma direta, em sua atuação, parcela da soberania estatal e que a observância da ordem jurídica, especialmente quanto a normas constitucionais, é direito difuso, cabe ao órgão ministerial promover o controle de constitucionalidade na via extrajudicial.

A atuação do Ministério Público na matéria tem natureza política e contramajoritária, pois seus membros não são escolhidos nem exercem sua função pelo voto popular ou podem por ele ser destituídos. Todavia, sua atuação é passível de controle pelos interessados, em face da obrigação do Parquet de fundamentar todas as suas manifestações.

Outrossim, o controle extrajudicial de constitucionalidade pelo Ministério Público é anterior ao realizado pelo Poder Judiciário ou Tribunal Constitucional, pois cabem à Jurisdição Constitucional tanto a decisão final acerca da interpretação da Constituição quanto sobre a (in)constitucionalidade das normas jurídicas.

Além disso, a atuação ministerial na matéria não tem definitividade, atributo exclusivo da função jurisdicional, e pode ocorrer no curso do processo legislativo (preventiva) ou após o ingresso da norma no ordenamento jurídico (repressiva). Quando deflagrada ainda na fase de processo legislativo, pode desde logo obstar a criação de norma inconstitucional e, por conseguinte, evitar eventual violação ao interesse público ou mesmo lesão ao erário que eventualmente decorra daquela. Outrossim, pode contribuir para conter a excessiva judicialização de demandas que tenham a inconstitucionalidade da lei ou outro

ato normativo como causa de pedir, e constitui “ingerência” na separação de poderes menor do que a atuação da Jurisdição Constitucional, pois, em qualquer caso, pressupõe o concurso da vontade dos órgãos legiferantes.

Com isso, não se pretende, por evidente, seja reconhecido ao Ministério Público o poder de declarar a nulidade de atos normativos e de modular os efeitos dessa decisão, o que compete exclusivamente à Jurisdição Constitucional. Na hipótese, a norma não é suprimida ou alterada, ou, em caso de omissão do legislador, criada diretamente pelo Ministério Público. A providência buscada (supressão, modificação ou edição do ato normativo), fica condicionada à expressa anuência do poder legiferante, com eficácia *ex nunc* (desde agora, vale dizer, não retroativa) apenas, e não *ex tunc* (desde sempre, vale dizer, retroativa).

Tampouco pode ser temerária, mas racional e efetiva, a atuação do Ministério Público nessa seara, ainda quase inexplorada no plano teórico e pouco experimentada no plano prático. Embora o reconhecimento da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo não seja discricionário, por se tratar de matéria de ordem pública, não deve o Ministério Público levantar, em controle extrajudicial, a título de possível inconstitucionalidade, questões de somenos importância, que não guardem vinculação mais estreita com sua missão institucional definida na Constituição.

Ainda, deve o Ministério Público se concentrar nas inconstitucionalidades flagrantes, atentando para a presunção de constitucionalidade das leis e outros atos normativos, pois o excessivo ativismo ministerial na matéria pode vir em prejuízo da segurança jurídica e colocar em risco o próprio prestígio e credibilidade da instituição e de seus membros junto aos poderes públicos e à coletividade.

Ademais, para promover o controle de constitucionalidade em sede extrajudicial, o Ministério Público conta com seus instrumentos de atuação típicos daquela seara previstos na legislação de regência, como o inquérito civil, o TAC, a recomendação, a requisição e as audiências públicas.

Por fim, tal qual sustenta Peter Häberle, atuação ministerial extrajudicial no controle de constitucionalidade evidentemente não substitui a Jurisdição Constitucional, à qual cabe a última palavra acerca da matéria.

REFERÊNCIAS

ABREU, Pedro Manoel. **Jurisdição e processo**: desafios políticos do sistema de justiça na cena contemporânea. Florianópolis: Conceito, 2016.

ALMEIDA, Gregório Assagra de. O Ministério Público no neoconstitucionalismo: perfil constitucional e alguns fatores de ampliação de sua legitimação social. In: FARIAS, Cristiano Chaves de; ALVES, Leonardo Barreto Moreira; ROSENVALD, Nelson. (Orgs.). **Temas atuais do Ministério Público**. 3. ed. Salvador: Juspodivm, 2012.

AMARAL, Rafael Caiado. Breve ensaio acerca da hermenêutica constitucional de Peter Häberle. In: _____. **Direito Público**, v. 1, n. 2. Porto Alegre: Síntese: Brasília IBDP, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 7.347**, de 24 de julho de 1985. Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (**VE-TADO**) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.078**, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8625.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 9.868**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9868.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 9.882**, de 3 de dezembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da argüição de descumprimento de preceito fundamental, nos termos do § 1o do art. 102 da Constituição Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19882.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

_____. **Lei n. 13.105**, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 30 jun. 2017.

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

FALCONI, Marconi. **O Ministério Público no controle de constitucionalidade: revoluções institucionais necessárias**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

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

FREITAS, Juarez. O Controle de Constitucionalidade pelo Estado-Administração. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional A&C**, Belo Horizonte, v. 10. n. 40, abr./jun. 2010.

_____. Administração Pública deve aplicar a lei fundamental de ofício e deixar de aplicar regras inconstitucionais, quando cumpri-las significar improbidade por quebra de princípios. **Revista de Direito Administrativo - RDA**, Rio de Janeiro, v. 258, set./dez. 2011.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral. **Técnicas Extraprocessuais de Tutela Coletiva: a efetividade da tutela coletiva fora do processo judicial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**, volume II: Teoria Geral das Obrigações. São Paulo: Saraiva, 2004.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica Constitucional: sociedade aberta dos intérpretes da constituição, contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: SAFE, 1997.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 6. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LEAL, Saulo Tourinho. **Controle de Constitucionalidade Moderno**. 3. ed. Niterói: Impetus, 2014.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Tutela dos interesses difusos e coletivos**. 6. ed. São Paulo: Damásio de Jesus, 2007a.

_____. **O acesso à justiça e o Ministério Público**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007b.

_____. **O inquérito civil**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Mandado de Segurança**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. O poder executivo e o poder legislativo no controle de constitucionalidade. In: _____. **Doutrinas Essenciais de Direito Constitucional**, volume 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 28. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. **Ministério Público: funções extrajudiciais**. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

SANTA CATARINA. **Constituição do Estado de Santa Catarina**, promulgada em 5 de outubro de 1989: atualizada com 58 Emendas Constitucionais. Florianópolis: ALESC, 2011.

_____. **Lei n. 12.069**, de 27 de dezembro de 2001. Dispõe sobre o procedimento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Disponível em: <200.192.66.20/alesc/docs/2001/12069_2001_lei.doc>. Acesso em: 30 jun. 2017.

STRECK, Lenio Luiz. Ministério Público e jurisdição constitucional na maioria da constituição: uma questão de índole paradigmática. In: RIBEIRO, Carlos Vinícius Alves. (Org.). **Ministério Público: reflexões sobre princípios e funções institucionais**. São Paulo: Atlas, 2010.

TAVARES, André Ramos. **Teoria da justiça constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2005.

VALADÉS, Diego. (Org.). **Conversas acadêmicas com Peter Häberle**. Tradução de Carlos dos Santos Almeida. São Paulo: Saraiva/IBDP, 2009.

VASCONCELOS, Clever Rodolfo Carvalho. **Ministério Público na Constituição Federal**, doutrina esquematizada e jurisprudência: comentários aos artigos 127 a 130 da Constituição da República. São Paulo: Atlas, 2009.

VIEIRA, Renato Stanziola. **Jurisdição constitucional brasileira e os limites de sua legitimidade democrática**. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

ZEISEMER, Henrique de Rosa; ZOPONI, Vinícius Secco. **Ministério Público: desafios e diálogos interinstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

DA (I)LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR REVISÃO CRIMINAL

THE (IL)LEGITIMACY OF THE STATE PROSECUTION SERVICE TO PROPOSE A CRIMINAL REVIEW

Thays Fructuoso Moreira Pinto

Assistente de Promotoria

Pós-Graduanda em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí

Especialista em Processo Civil pela Universidade do Vale do Itajaí

RESUMO: A presente pesquisa foi conduzida segundo o método dedutivo, com o objetivo de verificar a possibilidade de o Ministério Público, por meio de seu representante, requerer Revisão Criminal, uma vez que o Código de Processo Penal apresenta rol de legitimados no qual constam o próprio réu, seu procurador devidamente habilitado ou, caso o réu tenha falecido, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão. Para tanto, inicia-se pela descrição, em breves linhas, do que consiste a revisão criminal, hipóteses de cabimento, bem como a competência para sua proposição; após, examina-se o Ministério Público, inclusive suas normas de regência, bem como a sua atribuição, para, ao final, analisar-se a possibilidade de o Ministério Público ser legitimado a requerer revisão criminal. Discorre-se sobre a possibilidade dessa legitimação com base em entendimentos doutrinários e jurisprudenciais que ressaltam o papel do *Parquet* de fiscal da lei – que lhe é garantido constitucionalmente. Assim, contrapõem-se as atribuições ministeriais – de órgão acusador e fiscal da lei – para se apontar a resposta ao problema levantado, visando assegurar o que se mostra mais favorável ao indivíduo que, por algum motivo, merece ter seu processo revisto.

PALAVRAS-CHAVE: Revisão Criminal. Ministério Público. Legitimidade.

ABSTRACT: The present research was conducted according to the deductive method, with the purpose to verify the possibility of the State Prosecution Service, through the District Attorney, to require a Criminal Case Review, considering that the Criminal Procedure Code only legitimizes the defendant himself, or his duly authorized lawyer. In addition, in the case of death of the defendant, his spouse, ascendant, descendant or brother are also allowed to ask for review. In this way, in order to propose the appeal, the lawyer begins to describe briefly the criminal review requirements, the appropriateness hypothesis, as well the competency for its proposition. After that, the State Prosecution Service examines the situation according to its internal rules and attributions, in order to analyze the possibility of legal legitimacy for the State Prosecution Service to propose a criminal review. The importance of this legitimacy is based on doctrinal and jurisprudential understandings regarding the role of the State Prosecution Service as the defender of the law enforcement, which is constitutionally guaranteed. Thus, the State Prosecution Service's duties contrast in two different ways, one as an entity of accusation, and another as a law enforcer that is able to analyze and to assure what is more favorable to the offender, who, for some legal reason, deserves to have his process reviewed.

Keywords: Criminal Review. State Prosecution Service. Legitimacy.

1 INTRODUÇÃO

Nos ditames do processo penal, publicada certidão de trânsito em julgado de um processo criminal após sentença condenatória e esgotadas as possibilidades de recurso, faz-se coisa julgada, ou seja, a decisão não pode mais ser alterada, é irrevogável.

Embora a referida certidão tenha caráter imutável e irrevogável, o ordenamento jurídico brasileiro possibilita que, mesmo após a sua publicação, seja re-discutida a matéria por meio de revisão criminal, cabível quando: a) verificar-se que a sentença que condenou o réu foi exarada em contrariedade ao texto de lei ou às evidências juntadas aos autos; b) comprovar-se que os documentos que fundamentaram a sentença são falsos; ou, ainda, c) caso se descubram novas provas que possam inocentar o réu ou reduzir sua pena.

Trata-se, assim, de possibilidade criada pelo legislador da interposição de ação autônoma de impugnação, prevista no Código de Processo Penal, o qual ademais de limitar as hipóteses de cabimento, atribui a determinadas pessoas a legitimidade ativa para tal ação, quais sejam: ao próprio réu, ao seu procurador devidamente habilitado, ou, no caso da morte do réu, ao cônjuge supérstite, ascendente, descendente ou irmão; verifica-se, assim, que o *Parquet* não se encontra enquadrado como legitimado para tal.

Historicamente, se verifica que o Ministério Público já foi dotado de legitimidade para esse fim, inclusive, com respaldo constitucional, sendo-lhe assegurado que, no papel de fiscal da lei, pudesse requerer revisão criminal quando presente qualquer das hipóteses acima descritas.

Entretanto, com o advento do Código de Processo Penal se retirou essa legitimidade sob o entendimento de que o Ministério Público figura obrigatoriamente no polo passivo da demanda em uma revisão criminal, de forma que não lhe é permitido constar em ambos os polos de uma ação.

Ocorre que a função do Ministério Público não se limita a ser um órgão acusador, pelo contrário, seu envolvimento com a sociedade visa assegurar a correta aplicação da lei, independentemente de ser o responsável pela denúncia criminal, tanto assim que o inciso II do art. 257 do Código de Processo Penal determina que cabe ao Ministério Público fiscalizar a execução da lei, e, na esfera cível, o Código de Processo Civil menciona que em determinados processos

haverá, obrigatoriamente, a intervenção do Ministério Público no papel de fiscal da lei. Ademais, por questão de justiça, honrando o papel social que detém, é possível que o *Parquet* venha a requerer a absolvição do réu.

Sua dupla função tem causado discórdia nos Tribunais, uma vez que alguns entendem que o rol previsto no Código de Processo Penal é taxativo e, portanto, é impossível que o Ministério Público seja legitimado para tal; enquanto outros Tribunais, com uma visão mais ampla e voltada às prerrogativas constitucionais atribuídas ao Órgão, entendem ser possível a proposta de revisão criminal pelo Ministério Público em decorrência do seu papel de fiscal da lei.

Frente a essa divergência, surge o presente artigo, desenvolvido mediante pesquisa bibliográfica e jurisprudencial pelo método dedutivo.

No primeiro tópico, se analisa a revisão criminal, inclusive o conceito e os legitimados para essa ação; em seguida, o foco é direcionado ao Ministério Público, especialmente a suas atribuições e ao respaldo constitucional que recebe, para, em um terceiro momento, unir os estudos a uma análise jurisprudencial objetivando uma resposta ao problema objeto do artigo.

2 REVISÃO CRIMINAL

Prevista no art. 621 e seguintes do Código de Processo Penal, a revisão criminal surge como medida assecuratória da mais plena justiça, uma vez que permite ao indivíduo já condenado por sentença criminal transitada em julgado ter sua condição revista quando ocorrer qualquer das causas elencadas no artigo mencionado.

A possibilidade de se propor revisão criminal surgiu no ordenamento jurídico brasileiro com a Constituição de 1891 (BRASIL, 1891), a qual previa a possibilidade de, após o fim do processo criminal, revisá-los a qualquer tempo em benefício do réu condenado pelo Supremo Tribunal Federal, sendo que a revisão poderia tanto reformar quanto confirmar a sentença – característica que se mantém até hoje.

Sua origem, no entanto, deu-se muito antes, com o surgimento do Direito Romano. Tem-se conhecimento de que o sistema jurídico primeiramente formulado em Roma possuía um instituto denominado *restitutio in integrum*, o qual previa a possibilidade de reabertura de um processo para rever uma decisão que, até o momento, era definitiva, assim, “permitia ao condenado que este fizesse

uso de seu expediente com o fito de revogar sua sentença penal condenatória, que não absolutamente irrevogável” (VIANA NETO, 2007, p. 13).

Ceroni (2005, p. 5) considera esse instituto previsto no Direito Romano como “o marco inicial patente da atual revisão, eis que tinha por principal objetivo afastar a possibilidade de eternidade das eventuais lesões e injustiças cometidas pelas decisões dos tribunais romanos”.

No atual ordenamento jurídico brasileiro, Ceroni (2005, p. 10) defende que “a revisão possui natureza de ação constitucional e é reconhecida como um direito subjetivo individual do condenado”, isso porque, ainda que não esteja expressamente prevista na Constituição Federal de 1988 – diferentemente das anteriores –, respalda-se em direitos fundamentais assegurados no artigo 5º, de forma que adquire respaldo constitucional.

Dentre os direitos fundamentais, aponta-se que apesar de a previsão do art. 5º, inciso XXXVI, indicar que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988), que, em um primeiro momento, poderia contrariar o surgimento da revisão criminal, uma vez que esta busca, justamente, alterar a coisa julgada, Nucci (2013, p. 1084) explica que a revisão criminal não interfere naquele preceito, para tanto expõe:

Como poderia, então, haver revisão criminal de julgados contra os quais não mais cabe qualquer recurso? A resposta é encontrada justamente na natureza, também, de garantia constitucional atribuída à revisão criminal. E inexistindo hierarquia entre os direitos e garantias individuais, devendo reinar entre eles a harmonia e a flexibilidade, a fim de se alcançar o bem comum, é curial proporcionar, como regra, ao cidadão o fiel respeito à coisa julgada. Porém, em situações excepcionais, nada impede o uso da revisão criminal para sanar o erro judiciário, mal maior, que deve ser evitado a qualquer custo. Compõem-se, assim, dois institutos, sem que haja o predomínio, puro e simples, de um sobre o outro.

Ceroni (2005, p. 12) vislumbra a revisão criminal como

[...] um meio de que se vale o condenado para desfazer injustiças e erros judiciais, relativamente consolidados por decisão transitada em julgado, ou então, é um remédio jurídico-processual-último que dispõe o condenado para que seja reexaminada, a seu favor, a sentença condenatória definitiva e injusta.

Nas palavras de Mirabete (1999, p. 679):

A revisão não é uma segunda apelação, não se prestando à mera reapreciação da prova já examinada pelo Juízo de primeiro grau e, eventualmente, de segundo, exigindo que o requerente apresente com o pedido elementos probatórios que desfaçam o fundamento da condenação, como por exemplo, a retratação da vítima. Devem elas ser positivas, demonstrar a evidência do que por elas se pretende provar. Há na revisão, em verdade, uma inversão no ônus da prova, e os elementos probatórios devem ter poder conclusivo e demonstrar cabalmente a inocência do condenado ou a circunstância que o favoreça, não bastando aquelas que apenas debilizem a prova dos autos ou causam dúvidas no espírito dos julgadores.

Marques (1965, p. 69) define a revisão criminal como sendo uma “ação penal constitutiva de natureza complementar, destinada a rescindir sentença condenatória porque visa desfazer os efeitos da sentença condenatória”.

Transcreve-se a revisão criminal, então, como um remédio destinado a corrigir erro judiciário praticado em desfavor do condenado, é, portanto, “a válvula de garantia, o remédio e a possibilidade sempre presente, que não prescreve nunca, que se admite até mesmo *post mortem* para a reabilitação da memória do condenado; a satisfação de uma dívida, o reconhecimento, a confissão de um erro, e a respectiva reparação” (AZEVEDO, 1957, p. 162).

2.1 A NATUREZA JURÍDICA E AS HIPÓTESES DE CABIMENTO DA REVISÃO CRIMINAL

Uma leitura desavisada do Código de Processo Penal passa a ideia – equivocada – de que a revisão criminal se trata de um recurso, uma vez que está incrustado no Título II do Livro III, do referido Código, parte dedicada aos recursos; no entanto, por ser cabível após o trânsito em julgado do processo, a revisão criminal jamais poderá ser vista como recurso, uma vez que o processo criminal já se encerrou.

Nas palavras de Tourinho Filho (2007, p. 755), “o que caracteriza o recurso é ser impugnativo dentro da mesma relação processual em que ocorreu a decisão que se impugna. A ação rescisória e a revisão não são recursos; são ações contra sentenças, porquanto remédios com que se instaura outra relação jurídico-processual”.

Grinover (2005, p. 307) entende que apesar de “erroneamente rotulada entre os recursos pelo código, que seguiu a tradição, a revisão criminal, entre nós, é indubitavelmente ação autônoma impugnativa de sentença passada em julgado, de competência originária dos tribunais”.

Assim, entende-se que a revisão criminal é uma ação autônoma de impugnação por se diferenciar das demais graças a sua característica “desconstitutiva da coisa julgada formada”.

No mesmo sentido, o desembargador Carlos Alberto Civinski, do Tribunal de Justiça Catarinense, proferiu decisão monocrática na qual fez constar que, ainda que “haja controvérsia doutrinária a respeito da natureza jurídica da revisão criminal, a Seção Criminal deste Tribunal, de maneira uniforme, considera-a uma ação autônoma de impugnação”¹ (SANTA CATARINA, 2016).

As hipóteses de cabimento da revisão criminal se encontram taxativamente previstas no art. 621 do Código de Processo Penal, de forma que, caso não se enquadre em nenhum daqueles quadros, não poderá ser proposta.

A primeira dentre as hipóteses previstas consiste em: “quando a sentença condenatória for contrária ao texto expresso da lei penal ou à evidência dos autos”.

De forma sintética, entende-se que a sentença será contrária ao que expressa a lei penal, ou ao que está comprovadamente evidenciado nos autos, sempre que o livre convencimento do juiz dispuser de forma contrária.

Sobre essa hipótese, Noronha (1986, p. 385) destaca que:

É contra a evidência dos autos a sentença que, ao arrepio da prova, contra a certeza da inocência do réu, demonstrada no processo, o condena. Não assim a que não se apoie na versão predominante, o que está de acordo com o livre convencimento do julgador. É contra a evidência dos autos a sentença que se divorcia de todos os elementos probatórios.

Assim, a qualquer tempo após o trânsito em julgado da sentença criminal condenatória, vislumbrando-se que o magistrado exarou seu convencimento de forma contrária ao que estava fundamentadamente alegado e comprovado nos autos, ou de forma contrária ao que preconiza a lei penal, admite-se a proposição de revisão criminal.

Cabe levantar que há um posicionamento no sentido da propositura de revisão criminal quando a sentença condenatória for contrária ao entendimento jurisprudencial, no entanto, uma vez que essa possibilidade não se encontra prevista no rol do art. 621, bem como tendo em vista o livre convencimento do juiz, entende-se não ser admissível nesses termos.

¹ Revisão Criminal n. 1001763-20.2016.8.24.0000 da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Assim, a revisão criminal “é cabível tão-somente nas hipóteses previstas no art. 621, do CPP, não se prestando para uniformizar a jurisprudência sobre questão controvertida nos Tribunais”² (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2003).

A segunda hipótese de cabimento da revisão criminal se concretiza “quando a sentença condenatória se fundar em depoimentos, exames ou documentos comprovadamente falsos”:

Portanto, caso comprovado que as provas que levaram a convicção do juiz não condiziam com a realidade, admitir-se-á a revisão criminal.

Dois grandes destaques são fundamentais para caracterizar a hipótese do inciso II: “comprovadamente falsos”, ou seja, a revisão criminal proposta sob esse fundamento – independentemente de ser um depoimento ou um documento falso – prescinde da comprovação da falsidade. Mas não somente isso. É fundamental que fique demonstrada a relevância do documento comprovadamente falso, pois, se, por outros meios ainda, seria o réu condenado, afasta-se o cabimento da ação.

Ainda, admite-se a propositura “quando, após a sentença, forem descobertas novas provas de inocência do condenado ou de circunstância que determine ou autorize diminuição especial da pena”.

Essa hipótese se baseia no fato de que, mesmo após o trânsito em julgado do processo, é possível que surjam evidências de que o réu, embora condenado, não foi o autor do crime. Assim, visando sempre ao benefício do réu e à correta aplicação da justiça, admite-se a revisão criminal.

No processo penal, presta-se à revisão qualquer prova nova, atinente ou não a fato alegado no processo, incluindo relativa a fato novo, não suscitado no primeiro processo, fato que pode até ter sido descoberto depois. Uma interpretação ainda mais aberta do texto processual pode levar ao entendimento de que a prova, conhecida e apresentada no primeiro processo, e que chegou a ser apreciada pelo juiz, pode ser reexaminada como prova nova, com argumentação diversa da desenvolvida pela sentença: é o que pode ocorrer, por exemplo, com a reapreciação da prova em virtude de novos conhecimentos científicos. (GRINOVER, 2005, p. 324).

Ressalta-se que a nova prova deve, claramente, demonstrar a inocência do réu, uma vez que, se tiver por finalidade apenas gerar dúvidas no processo, por meio de elementos que procurem abalar – mas não afastar tampouco desconstituir – aqueles já existentes, não subsistirá fundamento suficiente para embasar uma revisão criminal (OLIVEIRA, 1967, p. 181).

² Recurso Especial n. 474496/SP, da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

Embora o Código de Processo Penal estipule essas três hipóteses de cabimento, não se desconhece o entendimento de Fernando da Costa Tourinho Filho, que, adepto de uma teoria minoritária, entende pela possibilidade de requerer a revisão criminal quando, após o trânsito em julgado, houver a constatação de nulidade absoluta presente nos autos.

Argumenta, para tanto, que, ainda que o rol do art. 621 do Código de Processo Penal pareça exclusivo, o próprio art. 626 prevê a possibilidade de, por meio da revisão criminal, anular-se o processo, de forma que, assim, “deu margem a se admitir, também, o ingresso no juízo revisional com o objetivo de anulá-lo” (TOURINHO FILHO, 2007, p. 755).

Independentemente da teoria adotada, é fato que somente será possível a revisão criminal em face de sentenças condenatórias, de forma que, ainda que passível de absolvição por outros fundamentos, caso a sentença proferida seja absolutória, afasta-se a possibilidade de revisão criminal.

Exige-se sentença condenatória transitada em julgado porquanto o fundamento para o pleito é agir em favor do indivíduo que, por algum motivo, foi condenado injustamente, abraçando, desta forma, a revisão *pro reo*, e não a revisão *pro societate* – já que, caso contrário, poderia ser aventada em desfavor do condenado.

2.2 LEGITIMIDADE ATIVA

São legitimados a requerer revisão criminal, nos moldes previstos no art. 623 do Código de Processo Penal o “próprio réu ou por procurador legalmente habilitado ou, no caso de morte do réu, seu cônjuge, ascendente, descendente ou irmão” (BRASIL, 1941).

Ao se interpretar taxativamente o rol previsto no citado artigo, tem-se afastada a possibilidade de o Ministério Público, por meio de seu representante, requerer revisão criminal, no entanto, cresce no meio doutrinário o posicionamento adotado por Carlos Roberto Barros Ceroni, Ada Pellegrini Grinover e Paulo Rangel, os quais argumentam que, em face das atribuições conferidas constitucionalmente e pela lei orgânica do Ministério Público, possível seria a proposição de revisão criminal pelo *Parquet*, cuja discussão será aprofundada em tópico específico do presente artigo³ (MINAS GERAIS, 2014).

³ Revisão Criminal n. 100000130452477000, do 2º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

3 DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988 dispõe, no art. 127, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

No entanto, o Ministério Público, até então, não recebia a devida atenção:

A Constituição de 1891 não o mencionou, senão para dizer que um dos membros do Supremo Tribunal Federal seria designado Procurador-Geral da República, mas a Lei 1.030, de 1890, já o organizava como instituição. A Constituição de 1934 o considerou como órgão de cooperação nas atividades governamentais. A de 1946 reservou-lhe um título autônomo, enquanto a de 1967 o incluiu numa seção do capítulo do Poder Judiciário e a sua Emenda 1/69 o situou entre os órgãos do Poder Executivo. Agora, a Constituição lhe dá o relevo de instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (SILVA, 2014, p. 604-605).

Nos dizeres de Alexandrino e Paulo (2008, p. 660):

A Constituição Federal, em plena harmonia com o sistema de “freios e contrapesos” (*checks and balances*), instituiu o Ministério Público como um órgão autônomo e independente, não subordinado a qualquer dos Poderes da República, consistindo em autêntico fiscal da nossa Federação, da separação dos Poderes, da moralidade pública, da legalidade, do regime democrático e dos direitos e garantias constitucionais.

Poucos anos após a promulgação da Constituição Federal de 1988, a Lei n. 8.625, de 12 de fevereiro de 1993 (BRASIL, 1993), a qual institui a lei orgânica do Ministério Público, estabeleceu os princípios institucionais, bem como organização e disposição do Órgão, sem olvidar a previsão constitucional acerca da função do Ministério Público, a qual constitui o artigo primeiro da citada lei.

Desta forma, o Ministério Público constitui uma instituição “permanente em decorrência de não poder ser separado do Estado Democrático de Direito pela sua tarefa de defender a ordem jurídica, os interesses sociais e os interesses individuais indisponíveis” (MAFRA, 2006), sendo essencial à função jurisdicional para realização de sua tarefa.

Em que pese ser regido por três princípios institucionais – unicidade, indivisibilidade e independência funcional –, esses não o elevam ao grau de quarto poder do Estado, já que ainda que detenha independência funcional e autonomia, suas atribuições são de natureza executiva, de forma que alguns autores, como José Afonso da Silva acabam por vinculá-lo ao Poder Executivo, enquanto Marcelo Alexandrino prefere não opinar sobre a qual poder poderia ser relacionado o Ministério Público, destacando apenas que “o que importa é sua feição constitucionalmente traçada, de órgão independente, não subordinado a nenhum dos Poderes da República, sujeito apenas à Constituição e às leis”. (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 661).

Pelas razões expostas, em especial a independência do Ministério Público em relação ao Poder Judiciário, o texto constitucional o classifica como essencial à justiça, já que atua perante o judiciário. “Mais do que isso, sua atuação é imprescindível ao próprio exercício da função jurisdicional, tendo em conta, sobretudo, o fato de que o Poder Judiciário não atua de ofício, isto é, por iniciativa própria, sem provocação” (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 659).

A Constituição Federal prevê o rol de funções do Ministério Público, “erigindo-o em autêntico defensor da sociedade, nas esferas penal e cível, e incumbindo-o de zelar pela moralidade e probidade administrativas” (ALEXANDRINO; PAULO, 2008, p. 665).

Apesar de tantas atribuições previstas no texto constitucional – incisos de I a IX – o Código de Processo Penal se limitou, de maneira sucinta, a determinar no art. 257 que lhe cabe “promover, privativamente, a ação penal pública, e fiscalizar a execução da lei” (BRASIL, 1941), atribuições sobre as quais se detém o presente artigo, em especial, na fiscalização da execução da lei.

Sobre ambas as atribuições, Rogério Greco as delimita entre o início e o decorrer de uma ação penal:

É interessante frisar, no que diz respeito ao processo penal, que o Ministério Público, no início da ação penal, atua como parte, ou seja, ao oferecer a denúncia, seu pedido inicial, como regra, deverá ser o de condenação.

[...] ao final da instrução processual, o Ministério Público despe-se da roupagem de parte, de simples acusador, e passa a ser reconhecido como um fiscal da lei, ou seja, um *custos legis*, o responsável pela correta e perfeita aplicação da lei (GRECO, 2009, p. 73-74).

É importante destacar que uma função não anula a outra. Ainda que detenha competência exclusiva para promover a ação penal pública, a qual engloba

grande parte das persecuções penais dentre os crimes previstos, o Ministério Público segue com o “dever de atentar pelos interesses sociais e individuais indisponíveis, garantindo o respeito aos direitos fundamentais por parte dos órgãos públicos e de seus representantes no que tange à aplicação das leis, exercendo assim, sua função de *custus legis*” (PEREIRA, 2013).

4 LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA PROPOR REVISÃO CRIMINAL

Conforme já demonstrado no presente artigo, ao se analisarem os indivíduos elencados no art. 623 do Código de Processo Penal, constata-se que o legislador excluiu a possibilidade de o Ministério Público, por meio de seu representante, requerer a revisão criminal, o que é defendido por autores como Guilherme de Souza Nucci e Aury Lopes Júnior, os quais entendem que o Ministério Público sempre será o polo passivo da revisão, não podendo, portanto, figurar em ambos os polos caso lhe conferissem essa legitimidade.

Sobre a possibilidade de o Ministério Público interpor a revisão criminal, para além da polêmica doutrinária e jurisprudencial existente, pensamos ser uma patologia processual. Não se discute aqui os nobres motivos que podem motivar um promotor ou procurador a ingressar com a revisão criminal, senão que, desde uma compreensão da estrutura dialética do processo (*actum trium personarum*) e do que seja um sistema acusatório, é uma distorção total. Não vislumbramos como possa uma parte artificialmente criada para ser o contraditor natural do sujeito passivo (recordemos sempre do absurdo de falar-se de uma parte-imparcial no processo penal), ter legitimidade para a ação de revisão criminal, a favor do réu, para desconstituir uma sentença penal condenatória que somente se produziu porque houve uma acusação (levada a cabo pelo mesmo Ministério Público, uno e indivisível). Não é necessário maior esforço para ver a manifesta ilegitimidade do Ministério Público. Ainda que se argumente em torno da miserável condição econômica do réu, nada justifica. O que deve ser feito é fortalecer-se a defensoria pública. Aqui está o ponto nevrálgico da questão: para tutela do réu, deve-se fortalecer o seu lugar de fala, potencializar a sua condição de obtenção de tutela jurisdicional e não sacrificar o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo, legitimando que o acusador o defenda. (LOPES JÚNIOR, 2011, p. 621-622).

Guilherme de Souza Nucci compartilha do mesmo entendimento:

Não nos afigura razoável, como entendem alguns, que o Ministério Público possa constituir parte ativa nessa modalidade de ação. A lei não o autoriza a agir, diferentemente do que ocorre no processo,

quando atua como parte, podendo recorrer, inclusive, em favor do acusado. Finda a relação processual, transitada em julgado a sentença, não há mais cabimento em se admitir ação proposta por representante do Ministério Público. Perdeu o interesse, visto inexistir direito de punir do Estado nessa ação. (NUCCI, 2013, p. 1097).

O doutrinador Fernando Capez tampouco vislumbra a possibilidade de o *Parquet* propor revisão criminal, uma vez que, a seu ver, “o Ministério Público tem legitimidade para propositura da ação penal pública, com o objetivo de obter a satisfação *jus puniendi*, ou seja, visa justamente ao contrário da revisão. Daí não se admitir tenha legitimidade ou interesse para promover a ação rescisória em favor do condenado” (CAPEZ, 2010, p. 801).

No entanto, o ordenamento jurídico brasileiro já se posicionou de forma diferente em textos passados.

Na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, por exemplo, o art. 81 previa que os processos cuja matéria fosse criminal, após encerrados, poderiam ser revistos a qualquer tempo pelo Supremo Tribunal Federal para reformar ou confirmar a sentença, desde que em benefício do réu, sendo que o parágrafo primeiro do referido artigo previa que “a lei marcará os casos e a forma da revisão, que poderá ser requerida pelo sentenciado, por qualquer do povo, ou *ex officio* pelo Procurador-Geral da República” (BRASIL, 1891).

Procurador-Geral da República que nada mais é que o cargo de chefia no âmbito do Ministério Público da União e do Ministério Público Federal, portanto, conferia à entidade Ministério Público a possibilidade de propor a revisão criminal, por intermédio do seu representante.

A Constituição de 1934 foi mais abrangente ao assegurar no art. 76 que competia a Corte Suprema “rever, em benefício dos condenados, nos casos e pela forma que a lei determinar, os processos findos em matéria criminal, inclusive os militares e eleitorais, a requerimento do réu, do Ministério Público ou de qualquer pessoa” (BRASIL, 1934).

No entanto, quando da promulgação do Decreto-Lei n. 3.689 de 1941 (BRASIL, 1941), que instituiu o Código de Processo Penal, retirou-se a prerrogativa do Ministério Público ao limitar o polo ativo da revisão criminal ao próprio réu, ou ao seu procurador devidamente constituído, ou, ainda, em hipótese de falecimento do réu, ao cônjuge supérstite, ascendente, descendente ou irmão.

Ainda que, pela hierarquia das normas, a Constituição Federal seja responsável por determinar as diretrizes e os limites das leis infraconstitucionais,

de forma que o Código de Processo Penal deveria ter recepcionado o citado art. 76, a Constituição Federal de 1988 encerrou qualquer discussão acerca da validade da norma quando, ao estipular a função do Ministério Público, não o habilitou como legitimado a requerer revisão criminal (BRASIL, 1988).

Portanto, na interpretação literal dos dispositivos legais, não há espaço para requerimento de revisão criminal por parte do *Parquet*.

Quanto à competência para processar e julgar as revisões criminais, nos termos do art. 624 do Código de Processo Penal, incumbe ao Supremo Tribunal Federal julgar quanto às condenações por ele proferidas; nos demais casos, recai sobre os Tribunais Federais e Tribunais de Justiça.

Ao se analisar o Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2015) – atualizado até setembro de 2015 –, tampouco se prevê a possibilidade do *Parquet* propor a revisão criminal, questão que coaduna com o posicionamento adotado no julgamento do Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 80.796, de 10 de agosto de 2011, o qual teve como relator o Ministro Marco Aurélio Mello, cuja ementa assim foi lavrada:

REVISÃO CRIMINAL – LEGITIMIDADE. O Estado-acusador, ou seja, o Ministério Público, não tem legitimidade para formalizar a revisão criminal, pouco importando haver emprestado ao pedido o rótulo de *habeas corpus*, presente o fato de a sentença já ter transitado em julgado há mais de quatro anos da impetração e a circunstância de haver-se arguido a competência da Justiça Federal, e não da Justiça Estadual, sendo requerente o Procurador da República.⁴ (BRASIL, 2001, p. 362).

Aury Lopes Júnior se mostra satisfeito com o citado julgamento pois, ao seu ver, permitir que o Ministério Público ingresse com revisão criminal significa “sacificar o sistema acusatório e a própria estrutura dialética do processo, legitimando que o acusador o defenda” (LOPES JUNIOR, 2011, p. 622), ideal que se mostra extremista, pois, a partir do momento que o Ministério Público possui a discricionariedade de pleitear pela absolvição no curso ou ao final da instrução processual, mesmo que o processo só tenha se iniciado em razão de uma denúncia oferecida pelo próprio órgão, permite-se que o “acusador” aja em defesa do acusado.

Mesma situação ocorre, por exemplo, ao se legitimar que o *Parquet* impetre *habeas corpus* ou mandado de segurança em favor do acusado, consoante art. 32 da Lei n. 8.625/93.

⁴ Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 80.796 da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Àqueles que se posicionam contrariamente a propositura da revisão criminal pelo Ministério Público, como Aury Lopes Júnior e Guilherme de Souza Nucci, são designados como adeptos da posição restritiva, na qual se entende que apenas os expressamente legitimados pelo Código de Processo Penal podem atuar para tanto.

Há, no entanto, uma posição contrária, a legitimadora, utilizada como base para o presente artigo, a qual entende ser possível que o *Parquet*, em sua atribuição de fiscal da lei, proponha revisão criminal.

Primeiramente há de se analisar que o Direito não é uma ciência estática e, ainda, que o Supremo Tribunal Federal tenha proferido decisão há mais de dez anos, na qual se manifestou de forma contrária à propositura de revisão criminal pelo Ministério Público, nesse período de tempo diversas mudanças foram efetuadas no Código de Processo Penal, de forma que considerar esse entendimento ultrapassado não se mostra absurdo.

Assim, no presente artigo, ao aderir à posição legitimadora, busca-se se impor contrariamente à norma vigente respaldado por entendimentos doutrinários e julgamentos dos Tribunais de Justiça para demonstrar o relevante papel do Ministério Público como fiscal da lei, não tendo apenas a função de acusar, mas também a de defender o direito dos indivíduos, impondo-se para buscar a efetivação da justiça.

Tão relevante é o papel do Ministério Público, que a Constituição Federal determina no art. 127, como já demonstrado, que “o Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis” (BRASIL, 1988).

Com base no referido artigo do texto constitucional, a desembargadora do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Salete Silva Sommariva⁵, consignou, em decisão proferida em apelação criminal, que:

A despeito de o Ministério Público figurar como parte no âmbito penal, incumbindo-lhe a propositura da ação nas hipóteses consagradas no art. 127, da CF/88, compete-lhe, ainda, a defesa da ordem jurídica, no qual atua como *custus legis*, ou seja, pela defesa da livre manifestação no sentido de absolvição, na propositura de recursos e de revisão criminal, além de impetração de *habeas corpus*. Assim, a legitimidade de recorrer do *Parquet* (pressuposto subjetivo do recurso), condiciona-se no interesse da sociedade ou do acusado

⁵ Revisão Criminal n. 2010.027150-7 da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

e não simplesmente na sua posição de parte no processo. (SANTA CATARINA, 2010).

Dessa forma, ao requerer revisão criminal, o *Parquet* busca cumprir o seu papel perante a sociedade, assegurando a defesa da ordem jurídica e os direitos do indivíduo que, por uma das razões elencadas no Código de Processo Penal, deve ter seu processo revisto.

Conforme já destacado, não se pode olvidar que a legislação atual autoriza que o Ministério Público recorra em favor do acusado, inclusive impetire *habeas corpus* quando violada a liberdade do indivíduo, assim, a possibilidade do *Parquet* requerer revisão criminal não se mostra desrazoável, pelo contrário, apresenta-se como forma de o Ministério Público cumprir o seu papel de fiscal da lei.

É por esse caminho que Ada Pellegrini Grinover manifesta o seu entendimento quando, em sua obra, menciona “o problema seria também de interesse processual do *Parquet* à ação de revisão em favor do réu, mas, como já se admite seu interesse no recurso para beneficiar a defesa e no *habeas corpus*, não há porque negar o mesmo interesse em obter uma sentença justa pela via revisional”. (FERNANDES; GOMES FILHO; GRINOVER, 2009, p. 243).

Promotor de Justiça no Estado de São Paulo, Ronaldo Batista Pinto defende a legitimidade do Ministério Público para ajuizar a revisão criminal sob o seguinte argumento:

Não aproveita se afirmar que o art. 623 do CPP não prevê tal possibilidade. É que o código, quando trata de recursos, em mais de uma passagem elenca um rol apenas exemplificativo, sem inibir que outras pessoas, além daquelas apontadas no texto legal, possam recorrer. Assim, v.g., ao tratar dos legitimados para a apelação, no art. 577, o código não mencionou a figura do curador e, apesar disso, jamais lhe foi negada a legitimidade ativa para interpor o recurso. De outro lado, ao tratar da legitimidade do assistente de acusação, no art. 271, o código não alude à possibilidade dele opor embargos de declaração da sentença ou do acórdão e, apesar disso, alguém negaria essa faculdade? Não se ignora, é verdade, o tranquilo entendimento no sentido de que a revisão criminal não possui a natureza jurídica de recurso. Todavia, para fins de argumentação, parece válida a analogia sugerida entre legitimidade para recorrer e legitimidade para propositura da revisão (PINTO, 2014).

Ao que defende “em suma, tomado o Ministério Público de forma mais abrangente, despido da condição de mero acusador, não há como se negar à Instituição a possibilidade de, na busca da correta aplicação da justiça, mane-

jar pedido de revisão criminal” (PINTO, 2014). Seguindo esse raciocínio, Rangel (2008, p. 910) leciona:

À primeira vista, em uma leitura açodada do art. 623 acima transcrito, diríamos que não. Porém, há que se interpretar a lei ordinária de acordo com a Constituição e não a Constituição de acordo com a lei ordinária, o que significa dizer: a lei (art. 623 CPP) realmente não legitima o Ministério Público a propor a revisão criminal, porém, a Constituição, em seu art. 127, caput, incumbe o Ministério Público de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis, e, óbvio que, se incumbe, deve dar a ele todos os meios legais para, via jurisdicional, cumprir sua incumbência. Portanto, não há a menor dúvida que, por força da Constituição, tem o Ministério Público legitimidade para requerer a revisão criminal em favor do restabelecimento da ordem jurídica violada com um erro judiciário, pois a legitimidade não é em favor do condenado, mas, sim, a favor da reintegração do ordenamento jurídico agredido com o erro judiciário. A entrega ao condenado do seu *status dignitatis* é consequência do agir ministerial. A legitimidade do Ministério Público deflui da interpretação sistemática do Código de Processo Penal, que, no seu art. 257 c/c 385 c/c 577 c/c 654, autoriza o Ministério Público a agir na defesa da liberdade, bem como da Lei Orgânica Nacional do Ministério Público – Lei n. 8.625/93 – em seu art. 32, I, legitima os promotores de justiça a ingressarem com *habeas corpus* perante os tribunais e seria um *contra sensu* sustentarmos que não legitima para ingressar com a revisão criminal.

Eugênio Pacelli de Oliveira defende a legitimação do Ministério Público para requerer revisão criminal, sob a ótica da função que lhe é assegurada constitucionalmente de fiscal da lei. Assim,

[...] não vemos razão alguma para não se admitir a legitimidade do próprio Ministério Público para a ação de revisão. Dizer que falta previsão no Código de Processo Penal não resolve a questão, porquanto, conforme já tivemos oportunidade de salientar tantas vezes, a Constituição da República promoveu verdadeira revolução copérnica no processo penal brasileiro, sobretudo em relação às garantias individuais e ao papel do Ministério Público, órgão inteiramente imparcial em relação às questões penais. [...] Por isso, e como compete ao MP zelar pela defesa da ordem jurídica (art. 127, CF), tem ele atribuição para impedir a privação da liberdade de quem esteja injustamente dela privado, seja por meio de *habeas corpus*, seja pela via da revisão criminal (OLIVEIRA, 2013, p. 787-788).

Inclusive, encontram-se precedentes que legitimaram o ajuizamento de revisão criminal por parte do Ministério Público como medida assecuratória dos direitos do indivíduo ante violações processuais, dentre os quais se menciona a Revisão Criminal n. 512.123-9, da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Paraná, na qual se entendeu que, ainda que não haja expressa previsão legal no Código de Processo Penal que legitime o Ministério Público a requerer revisão criminal, é possível o seu pleito, uma vez que está no exercício de sua função de fiscal da lei e defensor dos interesses, conforme exposto constitucionalmente.

Nesse sentido, entende o Tribunal Paranaense que “o Ministério Público, na nova ordem constitucional, é parte legítima para propor revisão criminal em favor do condenado”⁶ (PARANÁ, 2008b).

No mesmo sentido, encontram-se precedentes do Tribunal de Justiça Mineiro⁷ (MINAS GERAIS, 2010).

Muito embora a matéria seja objeto de polêmica, deve ser reconhecida a legitimidade do Ministério Público para propor a ação de revisão criminal, uma vez que a Constituição em seu art. 127, *caput*, expressamente lhe reserva a atribuição de defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis⁸. (PARANÁ, 2008a).

Portanto, muito embora não haja previsão legal que assegure ao Ministério Público a propositura do pedido revisional, entende-se que, como fiscal da correta aplicação da lei – *custus legis* –, os representantes do Ministério Público detêm legitimidade para tanto.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Infelizmente a sistemática processual, embora busque proteger aquele que figura no polo passivo de uma demanda criminal de eventuais abusos, nenhum indivíduo está isento de ser prejudicado em decorrência de prolação equivocada de sentenças, constatação de provas falsas posterior ao julgamento, erros judiciários em geral que trazem prejuízos aos processos e aos acusados, que vêm a cumprir pena pela prática de um crime ao mesmo tempo em que são vítimas do próprio Estado.

Para, ao menos, minimizar os efeitos desses erros, o legislador garantiu aos indivíduos uma possibilidade de, após findo o processo criminal, provarem sua inocência por meio de revisão criminal – desde que presentes as hipóteses analisadas no presente trabalho.

⁶ Revisão Criminal n. 512.123-9 da 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

⁷ Revisão Criminal n. 1.0000.08.482033-1/000 do 1º Grupo de Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

⁸ PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. Revisão Criminal n. 436.051-8, 2ª Câmara Criminal. Curitiba, 10 de janeiro de 2008. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/VisualizaAcordao.asp?Processo=436051800&Fase=&Cod=890335&Linha=23&Texto=Ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 23 out. 2015.

Em contrapartida, esse mesmo legislador atribuiu a um órgão – Ministério Público – o poder de fiscalizar a correta aplicação da lei. No entanto, caso esse órgão com poder fiscalizador verifique a ocorrência de erro judiciário, o mesmo legislador o proíbe de requerer revisão criminal por entender que há conflitos de interesse, já que grande parte das ações penais se iniciam, justamente, em decorrência da atuação *Parquet*, que é legitimado para oferecer denúncia.

Em que pese as rotulações descritas, é necessário compreender que, após o trânsito em julgado da ação penal – com sentença condenatória –, cada qual cumpriu o seu papel, ou seja, o Ministério Público utilizou das suas prerrogativas para persecução penal e o Estado fez as vezes para assegurar a defesa do réu. Portanto, a revisão criminal como ação autônoma não se limita às rotulações da ação penal, sendo uma oportunidade de corrigir um erro que pode custar caro ao indivíduo inocente: a sua liberdade.

O Supremo Tribunal Federal entende que a lei atual está correta, não admitindo a possibilidade de o *Parquet* requerer revisão criminal. Não obstante, analisado o posicionamento legitimador, demonstrou-se a relevância do papel atribuído ao Ministério Público como fiscal da lei e sua direta relação com a revisão criminal, tanto é assim que diferentes tribunais atualmente já entendem pela legitimidade ativa do *Parquet* para tanto.

Ainda que a doutrina tenha divergentes entendimentos, conclui-se que reconhecer a legitimidade do Ministério Público para requerer revisão criminal resulta no reconhecimento do seu papel perante a sociedade e demonstra, na prática, a concretização de um dos fundamentos do Direito consistente em assegurar a todos o acesso à justiça e a correta aplicação da lei.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito constitucional descomplicado**. 3. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

AZEVEDO, Vicente de. Revisão Criminal. **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, São Paulo, v. 52, p. 159-179, 1957. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/viewFile/66268/68878>>. Acesso em: 11 set. 2015.

BRASIL. Constituição (1891). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24 de fevereiro de 1891**. Disponível em <<http://www>.

planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao91.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. Constituição (1934). **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16 de julho de 1934**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 23 set. 2015.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. **Decreto-lei n. 3.689**, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 set. 2015.

_____. **Lei n. 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 18 set. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 474496/SP**, 6ª Turma. Relator: Ministro Vicente Leal, DF, 11 de março de 2003. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=-ATC&sequencial=687700&num_registro=200201319042&data=20030407&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 80.796**, 2ª Turma. Relator: Ministro Marco Aurélio. Brasília, DF, 29 de maio de 2001. Disponível em <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=102741>>. Acesso em: 18 out. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Regimento Interno**: [atualizado até setembro de 2015]. Brasília: STF, 2015. 1. v. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoRegimentoInterno/anexo/RISTF_Setembro_2015_versao_eletronica.pdf>. Acesso em: 10 set. 2015.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CERONI, Carlos Roberto Barros. **Revisão Criminal**: características, consequências e abrangência. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2005.

FERNANDES, Antônio Scarance; GOMES FILHO, Antônio Magalhães; GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no processo penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

GRECO, Rogério. **Atividade Policial, aspectos penais, processuais penais, administrativos e constitucionais**. 2. ed. São Paulo: Editora Impetus, 2009.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Recursos no Processo Penal**: teoria geral dos recursos, recursos em espécie, ações de impugnação, reclamação aos tribunais. 4. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAFRA, Francisco. Do Ministério Público. **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, v. 9, n. 29, maio 2006. Caderno Constitucional. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1142>. Acesso em: 27 out. 2015.

MARQUES, José Frederico. **Elementos do direito processual penal**. v. 3. Rio de Janeiro: Editora Forense 1965.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Revisão Criminal n. 10000130452477000**, do 2º Grupo de Câmaras Criminais. Relator: Des. Adilson Lamounier. Belo Horizonte, 4 de fevereiro de 2014. Disponível em <<http://tj-mg.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/119305536/revisao-criminal-rvcr-10000130452477-000-mg/inteiro-teor-119305544>>. Acesso em: 20 set. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. **Revisão Criminal n. 1.0000.08.482033-1/000**, 1º Grupo de Câmaras Criminais. Relator:

Fortuna Grion. Belo Horizonte, 8 de março de 2010. Disponível em <<http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/pesquisaNumeroCNJEspelhoAcordao.do?numeroRegistro=1&totalLinhas=1&linhasPorPagina=10&numeroUnico=1.0000.13.045247-7%2F000&pesquisaNumeroCNJ=Pesquisar>>. Acesso em: 20 set. 2015.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Processo Penal**. 9. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

NORONHA, Edgar Magalhães de. **Curso de Direito Processual Penal**. 17. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1986.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 16. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

OLIVEIRA, João Martins. **Revisão Criminal**. São Paulo: Sugestões Literárias, 1967.

PARANÁ. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Revisão Criminal n. 436.051-8**, 2ª Câmara Criminal. Curitiba, 10 de janeiro de 2008a. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/portal/judwin/consultas/jurisprudencia/VisualizaAcordao.asp?Processo=436051800&Fase=&Cod=890335&Linha=23&Texto=-Ac%F3rd%E3o>>. Acesso em: 23 out. 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná. **Revisão Criminal n. 512.123-9**, da 3ª Câmara Criminal em Composição Integral. Relator: Marques Cury. Curitiba, 11 de dezembro de 2008b. Disponível em <<http://www.tj.pr.gov.br/asp/judwin/consultas/judwin/DadosTextoProcesso.asp?Linha=27&Processo=1006815&Texto=Ac%F3rd%E3o&Orgao=>>. Acesso em: 23 out. 2015.

PEREIRA, Mayara Peres. A (in)compatibilidade entre as funções atribuídas ao Ministério Público no processo penal de ação penal pública. **JUS.com.br**, abr. 2013. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/24143/a-in-compatibilidade-entre-as-funcoes-atribuidas-ao-ministerio-publico-no-processo-penal-de-acao-penal-publica>>. Acesso em: 23 out. 2015.

PINTO, Ronaldo Batista. Da legitimidade do Ministério Público para ajuizamento de revisão criminal. **Artigos Jurídicos**, 25 nov. 2014. Disponível em <<http://www.conamp.org.br/pt/biblioteca/artigos/item/549-da-legitimidade-do-ministerio-publico-para-o-ajuizamento-de-revisao-criminal.html>>. Acesso em: 23 set. 2015.

RANGEL, Paulo. **Curso de direito processual penal**. 14 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Revisão Criminal n. 1001763-20.2016.8.24.0000**, Seção Criminal. Relator: Carlos Alberto Civinski. Florianópolis, 28 de setembro de 2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=revis%20criminal.%20legitimidade%20minist%20rio%20p%20fablico&only_ementa=&frase=&id=AABAg7AADA AHMxBAAK&categoria=decmono_5>. Acesso em: 20 jan. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Revisão Criminal n. 2010.027150-7**, Segunda Câmara Criminal. Relator: Salete Silva Sommariva. Florianópolis, 10 de agosto de 2010. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=legitimidade%20minist%20rio%20p%20fablico%20revis%20criminal&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAABAACGEmAAA&categoria=acordao>. Acesso em: 08 out. 2015.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 37. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Prática de Processo Penal**. 28. ed. atual. e aum. São Paulo: Saraiva, 2007.

VIANA NETO, Osmar. **As hipóteses de cabimento da revisão criminal**. 2007. 66 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharel em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Setor de Ciências Jurídicas, Curso de Direito, Curitiba, 2007. Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br:8080/dspace/bitstream/handle/1884/30809/M%20926.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 22 out. 2015.

A NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNO COM DEFICIÊNCIA EM ESTABELECIMENTOS DA REDE PARTICULAR DE ENSINO: UMA ANÁLISE À LUZ DA RESPONSABILIDADE DA PESSOA JURÍDICA

THE REFUSAL OF ADMISSION FOR STUDENTS WITH
DISABILITIES IN PRIVATE SCHOOLS: A STUDY IN THE LIGHT OF
THE LIABILITY OF THE LEGAL ENTITY

Juliana Hermes Luz

*Especialista em Direito Constitucional pela Academia Brasileira de Direito
Constitucional*

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo verificar a responsabilidade criminal da negativa de matrícula de aluno com deficiência em estabelecimentos da rede particular de ensino à luz da responsabilidade da pessoa jurídica. O trabalho discute ser ou não possível a responsabilidade da pessoa jurídica e/ou dos sócios-proprietários e/ou dos sócios-administradores, diretores e funcionários do estabelecimento de ensino. Baseado no método dedutivo e em pesquisa bibliográfica de doutrinas, retoma o Estatuto da Pessoa com Deficiência e a previsão do crime de negativa de matrícula a aluno com deficiência. Em seguida, traz conceitos sobre a autoria e a participação delitivas. Após, trabalha a questão da (im)possibilidade da responsabilidade criminal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico nacional. No decorrer do artigo, verifica-se que para a doutrina majoritária a imputação criminal da negativa de matrícula ao aluno com deficiência, há a necessidade da comprovação do liame subjetivo entre o fato e o agente, sendo vedada a responsabilidade criminal objetiva aos sócios-proprietários, administradores e diretores do estabelecimento de ensino.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Negativa de matrícula de aluno com deficiência. Domínio do fato. Responsabilidade criminal objetiva.

ABSTRACT: The purpose of this article is to verify the criminal responsibility for the refusal of school enrolment for students with disabilities in the private school in the light of the responsibility of the legal entity considered an educational establishment. This paper debates the possibility, or not, of making the private school, the legal entity or its owners, as well the managing partners, directors and employees of the educational establishment all responsible for this type of wilful misconduct. The research was based in the deductive method and the bibliographical research of doctrines, and resume the Statute of the Person with Disabilities which foreseen as a crime the denial of scholl enrollment for students with disabilities. It also works with the concept about criminal authorship and participation. Afterwards, it tries to develop the question about the (im)possibility of criminal responsibility of a legal entity in the Brazilian legal order. In the course of this article it was verified that the majority understanding is the possibility of criminal responsibility of the legal person for the refusal for a school enrolment for disabled student, it is considered possible if there is clear subjective evidence of the denial involving the fact and the agent. Otherwise, the law prohibits the objective criminal liability of the part-owners, administrators and directors of the educational establishment.

Keywords: Criminal responsibility of the legal entity. Negative of school enrolment for student with disability. Objective criminal liability.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n. 13.146 de 2015 instituiu no ordenamento jurídico brasileiro o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Referido Estatuto tem a finalidade de assegurar e promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando a sua inclusão social e cidadania.

Entre as diversas modificações trazidas pela referida lei, merece destaque aquela que deu nova redação ao art. 8º, inciso I, da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989, e definiu como crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa, o ato de recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência.

Pontuada alteração trouxe o questionamento quanto a quem recairia a responsabilidade criminal pela negativa de matrícula do aluno com deficiência: a) aos proprietários do estabelecimento de ensino; b) ao diretor do estabelecimento de ensino; e/ou c) àquele de quem o ato de negativa foi emanado.

Em um primeiro momento, será feita uma abordagem quanto à natureza do Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como quanto ao tipo penal objeto do estudo, para então, comentar-se a respeito da teoria do concurso de agentes relacionados ao tipo mencionado, com a finalidade de investigar-se o objeto pretendido.

Em seguida, será estudada a possibilidade de a pessoa jurídica ser responsabilizada criminalmente no ordenamento jurídico brasileiro e em que hipóteses isso ocorre, para então identificar-se quem responde pela negativa da matrícula ao aluno com deficiência.

No último item, de modo a responder a referida indagação, será abordada a dificuldade de responsabilização criminal dos sócios-proprietários ou das pessoas físicas encarregadas da administração do estabelecimento de ensino particular.

2 VISÃO GERAL DO CRIME DE NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNO COM DEFICIÊNCIA

Com o objetivo de verificar a responsabilidade criminal pelo ato de negar matrícula a aluno com deficiência à luz da responsabilidade da pessoa jurídica,

é mister o estudo de alguns elementos fundamentais para a compreensão do ponto central deste trabalho de pesquisa.

Primeiramente, será realizada uma abordagem panorâmica acerca da lei que tipifica o mencionado crime, bem como o seu conceito e natureza, identificando-se a característica e a forma do tipo delitivo e fazendo-se, a todo tempo e concomitantemente, uma abordagem da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/88 e do Estatuto da Pessoa com Deficiência.

2.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO E A PESSOA COM DEFICIÊNCIA

A Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que instituiu o Estatuto da Pessoa com Deficiência, é destinada a assegurar e a promover, em condições de igualdade, o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais por pessoa com deficiência, visando à sua inclusão social e cidadania.

Referida lei tem como base a Convenção sobre os direitos das pessoas com deficiência e seu Protocolo Facultativo, ratificados pelo Congresso Nacional por meio do Decreto-Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, em conformidade com o procedimento previsto no §3º do art. 5º da CRFB/88, em vigor para o Brasil, no plano jurídico externo, desde 31 de agosto de 2008, e promulgados pelo Decreto n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, data de início de sua vigência no plano interno.

O pontuado diploma normativo, em seu artigo 2º, traz o conceito de pessoa com deficiência como 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.

Ainda, o art. 4º, §1º, do referido Estatuto, dispõe que se considera discriminação em razão da deficiência toda forma de distinção, restrição ou exclusão, por ação ou omissão, que tenha o propósito ou o efeito de prejudicar, impedir ou anular o reconhecimento ou o exercício dos direitos e das liberdades fundamentais de pessoa com deficiência, incluindo a recusa de adaptações razoáveis e de fornecimento de tecnologias assistivas.

Entre as modificações trazidas pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência merece destaque aquela constante no art. 98, que alterou a redação do art. 8º, inciso I, da Lei n. 7.853, de 24 de outubro de 1989.

Referida lei dispõe sobre o apoio às pessoas com deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência – Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes e dá outras providências.

Segundo a redação dada pelo *novel* diploma ao artigo mencionado, constitui crime punível com reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos e multa recusar, cobrar valores adicionais, suspender, procrastinar, cancelar ou fazer cessar inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência.

Conforme ensinam Farias, Cunha e Pinto (2016, p. 268), o inciso supra-mencionado busca “coibir a discriminação em face da pessoa com deficiência, tutelando seu sagrado direito à educação igualitária e inclusiva, nos exatos termos preconizados pelos arts. 6º, 225 e 228 da Constituição”.

Os mencionados autores explicam que:

pune-se no presente inciso aquele que recusar (negar), cobrar valores adicionais, suspender (sustar efeitos), procrastinar (retardar), cancelar (tornar sem efeito) ou fazer cessar (interromper, extinguir) inscrição de aluno em estabelecimento de ensino de qualquer curso ou grau, público ou privado, em razão de sua deficiência [...] o que deve ficar claro é que a deficiência da pessoa não é motivo idôneo (e, portanto, não há justa causa) para, por exemplo, recusar ou cancelar a inscrição do aluno. De igual sorte, não pode, por exemplo, o responsável pelo estabelecimento de ensino, sob o argumento de que terá maiores custos com o aluno com deficiência, cobrar valores adicionais, e entender que há justa causa para tanto. Em suma, reiteramos que a deficiência, em si, não é justa causa para práticas que caracterizem discriminação. (FARIAS; CUNHA; PINTO, 2016, p. 70).

Importante vem a ser o posicionamento defendido pelos autores quanto à consumação do crime. Para eles não há a necessidade de produção de resultado naturalístico, uma vez que o fato de dificultar a inscrição do aluno já consuma o crime, ainda que sua inscrição seja realizada em outro momento.

Acerca da proteção do direito à educação pela esfera penal convém mencionar o seguinte posicionamento:

Como direito fundamental social, previsto no art. 6º da CF, a educação é, junto com a saúde, uma das garantias mais violadas pelo Poder Público e, portanto, combatida na arena judiciária. A falta de concretização dos direitos sociais por políticas públicas que deve-

riam garantir na prática o texto constitucional leva o Judiciário à tarefa de desempenhar papel primário tanto do Poder Legislativo como Executivo. A jurisprudência tem reconhecido que mesmo de forma excepcional, a atuação dos juizes é legítima pela omissão institucional do Estado Democrático de Direito. (ROCHA, 2016, p. 130).

Como bem esclareceu o trecho supratranscrito, a tipificação penal em estudo busca proteger a dignidade da pessoa humana em sua esfera total, na medida em que veda qualquer tipo de discriminação ao aluno com deficiência, em total consonância à parte inicial do Estatuto, na qual há a previsão dos direitos e garantias fundamentais da pessoa com deficiência.

É a partir do artigo 27 que o Estatuto da Pessoa com Deficiência define, em simetria à CRFB/88, que a educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurados sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

Nesse contexto, o Estatuto aduz ser dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar educação de qualidade à pessoa com deficiência, colocando-a a salvo de toda forma de violência, negligência e discriminação.

Há que se destacar que a esfera privada – estabelecimentos particulares de ensino, por exemplo –, também está vinculada às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais.

Como ensina Sarlet:

Sem adentrar especificamente o mérito dessas concepções e das variantes surgidas no seio da doutrina constitucional, é possível constatar – a exemplo do que sustenta Vieira de Andrade – uma substancial convergência de opiniões no que diz com o fato de que também na esfera privada ocorrem situações de desigualdade geradas pelo exercício de um maior ou menor poder social, razão pela qual não podem ser toleradas discriminações ou agressões à liberdade individual que atentem contra o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais, zelando-se, de qualquer modo, pelo equilíbrio entre estes valores e os princípios da autonomia privada e da liberdade negocial e geral, que, por sua vez, não podem ser completamente destruídos. Ainda neste contexto, sustentou-se, acertadamente, que em qualquer caso e independentemente do modo pelo qual se dá a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais (isto é, se de forma imediata ou mediata), se verifica, entre as normas constitucionais e o direito privado, não o estabelecimento de um abismo, mas uma relação pautada por um

contínuo fluir, de tal sorte que, ao aplicar-se uma norma de direito privado, também se está a aplicar a própria Constituição. (SARLET, 2015, p. 400).

Segundo se infere do trecho transcrito, bem como da continuidade da leitura da obra do supracitado autor, as normas de direito privado não podem contrariar o conteúdo dos direitos fundamentais, “impondo-se uma interpretação das normas privadas (infraconstitucionais) conforme os parâmetros axiológicos contidos nas normas de direitos fundamentais” (SARLET, 2015, p. 400).

Feitas as observações necessárias quanto à existência da norma incriminadora do ato de negar matrícula ao aluno com deficiência, para a perfectibilização do objeto pretendido, necessário se faz o estudo sobre o concurso de pessoas, justificando-se nesse momento, uma abordagem superficial, apenas para auxiliar na compreensão do que se sustentará ao final.

3 CONCURSO DE PESSOAS: AUTORIA E PARTICIPAÇÃO

Nos termos do art. 1º da Lei de introdução ao Código Penal, considera-se crime a infração penal a que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa.

Segundo explica a doutrina, o mencionado código adotou a teoria finalista de Welzel em que se considera crime a conduta típica, antijurídica e culpável.

Conforme consta no art. 13 do Código Penal, o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa, considerando-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Nesse aspecto, a doutrina diz ser incontroverso que o direito penal de horizonte constitucional “acolheu a responsabilidade subjetiva [...] fundada no dolo e na culpa, afastando-se desta forma a responsabilidade objetiva ou sem culpa, inadmissível e intolerável sob todos os aspectos, resquício das formas primitivas de cultura” (WUNDERLICH, 2015, p. 208).

Conforme ensina Juarez Cirino dos Santos, “a relação do sujeito ativo com a conduta descrita no tipo legal pelo legislador pode existir sob as formas de autoria ou de participação, como categorias gerais que abrangem todas as modalidades de contribuições pessoais para o fato criminoso” (SANTOS, 2008, p. 355). Ao diferenciar as modalidades dessas contribuições, o autor supramencionado define que:

[...] tem-se que a autoria do fato típico pode ser individual, se o autor realiza pessoalmente todas as características do tipo legal; pode ser mediata, se o autor realiza o fato típico utilizando outra pessoa como instrumento; pode ser coletiva (ou co-autoria), se vários autores realizam em comum o fato típico. Por outro lado, a participação no fato típico do (s) autor (es) pode ocorrer sob as formas de instigação, como determinação dolosa a fato doloso de outrem, e de cumplicidade, como ajuda dolosa a fato doloso de outrem. Excepcionalmente, a autoria pode ser colateral, se vários autores realizam independentemente um do outro o mesmo fato típico. (SANTOS, 2008, p. 355).

A doutrina classifica em homogeneidade as teorias de autoria como: a) unitária de autor; b) objetivo-formal de autor; c) objetivo-material; d) subjetiva; e e) domínio do fato. Considerando o fim a que pretende o presente artigo científico, passa-se a tratar de cada uma delas, a seguir, com a delimitação já mencionada.

Segundo a teoria unitária, restritiva de autor, adotada pelo Código Penal no art. 29, não há distinção entre autor e partícipe, isto é: “as diferenças objetivas e subjetivas de contribuição dos autores não são matéria do tipo de injusto, mas problema da aplicação da pena, como medida da culpabilidade individual” (SANTOS, 2008, p. 342).

Conforme defende o mesmo autor:

As desvantagens da teoria unitária de autor parecem mais relevantes: se as contribuições causais para o fato punível são equivalentes, então (a) todos os sujeitos envolvidos no tipo de injusto são nivelados, desaparecendo diferenças objetivas e subjetivas na produção do desvalor de ação e do desvalor de resultado que definem o tipo de injusto, e (b) sujeitos não qualificados podem ser autores de delitos especiais (por exemplo, a qualidade de funcionário público, no peculato) ou de delitos de mão própria (o falso testemunho), o que representa um contrassenso. A natureza grosseira da teoria unitária de autor explica seu abandono progressivo, mesmo naquelas legislações – como a brasileira – que, por inércia ou comodismo, ainda a adotam. (SANTOS, 2008. p.356).

Já para a teoria objetivo-formal, há a distinção entre autor e partícipe, sendo que muito embora estes últimos se integrem no plano criminoso, não desenvolvem um comportamento central, executivamente típico. “Contudo, apesar dessa concepção dupla, não estamos diante da prática de dois crimes distintos, pelo contrário, o crime continua sendo um só, e, muitas vezes, a ação daquele que realiza a atividade típica (o executor) é tão importante quanto a

do partícipe que atua no planejamento da ação executória que é levada a cabo pelos demais” (BITENCOURT, 2011, p. 342).

Segundo essa teoria, autor é aquele que “pratica a conduta descrita no núcleo do tipo; todos os demais que concorrerem para essa infração penal, mas que não realizarem a conduta expressa pelo verbo existente no tipo serão considerados partícipes” (GRECO, 2016, p. 532).

Por outro lado, a teoria objetivo-material veio para suprir os defeitos da teoria antes mencionada “oferecendo um complemento mediante a perspectiva da maior periculosidade que deve caracterizar a contribuição do autor ao fato em comparação com a do cúmplice” (GRECO, 2016, p. 532).

Já a teoria subjetiva, segundo explica também Rogério Greco:

[...] procura traçar um critério de distinção entre autores e partícipes, valorando o elemento anímico dos agentes. [...] O autor estaria realizando a conduta como o protagonista da história; já o partícipe, não querendo o fato como próprio, mas sim, como alheio, exerce um papel secundário, sempre acessório. (GRECO, 2016, p. 532).

Partindo da premissa de que teorias somente objetivas ou subjetivas não oferecem critérios seguros para identificar o autor e o partícipe do fato punível, a teoria do domínio do fato apresenta-se como aquela adequada para definir todas as formas de realização ou de contribuição para realização do fato típico que, segundo Juarez Cirino dos Santos são compreendidas sob as seguintes categorias de autoria e participação:

- 1) Autoria (a) direta, como realização pessoal do fato típico, (b) mediata, como utilização de outrem para realizar o fato típico e (c) coletiva, como decisão comum e realização comum do fato típico;
- 2) participação como contribuição acessória dolosa em fato principal doloso de outrem, sob as formas (a) de instigação, como determinação dolosa a fato principal doloso de outrem e (b) de cumplicidade, como ajuda dolosa a fato principal doloso de outrem. (SANTOS, 2008, p. 361).

O autor defende que, ainda que a lei penal brasileira tenha adotado, em princípio, a teoria unitária, o estudo quanto autoria e participação deve ser realizado segundo os postulados da teoria do domínio do fato, ao fundamento de que “a exposição de motivos reconhece que o legislador decidiu optar, na parte final do art. 29, e em seus dois parágrafos, por regras precisas que distinguem a autoria da participação.

Uma vez que a Lei define como crime o ato de negar matrícula a aluno com deficiência, em estabelecimento da rede particular de ensino, em razão da sua deficiência, indaga-se quem deverá responder pelo referido fato típico: Os sócios proprietários da escola? O diretor? O funcionário que informou sobre a negativa? Ou todos eles?

Para obter-se uma resposta, primeiramente, é necessária uma abordagem a respeito da possibilidade (ou não) da pessoa jurídica figurar como sujeito ativo do crime, para então poder-se tratar a respeito do fim pretendido.

4 A PESSOA JURÍDICA COMO SUJEITO ATIVO DE CRIMES – (IM)POSSIBILIDADE?

Sabe-se que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é tema debatido na doutrina e na jurisprudência por ir contra determinados princípios basilares do direito penal, em específico aqueles que se aplicam à teoria da culpabilidade. Nesse contexto, com o advento da CRFB/88, o art. 225, §3º, e o art. 173, §5º, passaram a prever, segundo alguns autores, de forma expressa, a possibilidade de criminalização de atos atribuídos às pessoas jurídicas, contrariando a tradicional orientação *societas delinquere non potest*.

Ao investigar as doutrinas sobre o debate supramencionado, percebe-se que referida discussão já existe, pelo menos, desde a década de 1990, sendo que grande parcela dos pesquisadores que se debruçaram sobre o tema já tratou – ainda que superficialmente – da pontuada questão:

Miguel Reale Júnior, um dos grandes debatedores quanto à imputabilidade penal da pessoa jurídica, no ano de 1999, em que se questionava a matéria na Lei de crimes ambientais, defendeu que:

falta à pessoa jurídica capacidade criminal. Se a ação delituosa se realiza com o agente realizando uma opção valorativa no sentido do descumprimento de um valor cuja positividade a lei penal impõe, se é uma decisão em que existe um querer, e um querer valorativo, vê-se que a pessoa jurídica não tem essa capacidade do querer dotado dessa postura axiológica negativa. A Constituição estabelece que a pena não passará da pessoa do condenado (§XLV do art. 5º), e o inciso seguinte diz que a lei individualizará a pena. A individualização da pena é feita com base na culpabilidade. A culpabilidade significa o quanto de reprovação, de censurabilidade merece a conduta, sendo absolutamente incongruente com admissão da pessoa jurídica como agente de delitos. Portanto, há uma incapacidade plena de pessoa jurídica, que a análise sistemática do texto constitucional torna evidente. (REALE JÚNIOR, 1999, p. 121).

Sobre a existência do referido debate, bem como quanto aos argumentos utilizados, Alexandre Wunderlich ensina que:

Era antigo o pleito de revisão da parêmia *societas delinquere non potest*, mas ainda que frente à jurisprudência reinante em sentido contrário, é possível seguir sustentando tal axioma no âmbito do direito criminal, ainda que alguns autores apontem a necessidade emergente da discussão do dogma a partir de uma determinada capacidade de culpabilidade das organizações empresariais baseada em sua (auto) organização deficiente, seja em tópicos excepcionais ou em áreas mais sensíveis afetas ao direito penal. Não vejo razão para superação, ao menos no plano técnico, do pensamento científico produzido por importantes autores brasileiros que se debruçaram sobre o tema nas décadas de 80 e 90, fundamentalmente René Dotti e Miguel Reale Jr.[...] Sublinho que segue atual o pensamento de Luiz Vicente Cenicchiari: “só se pode censurar alguém por causa de sua conduta, em havendo liberdade de agir. Censurar é qualificar a conduta. A pessoa jurídica desenvolve a personalidade jurídica através de pessoas físicas. Estas sim, dotadas de liberdade, atuam de uma forma ou de outra. (WUNDERLICH, 2015, p. 211).

Para o referido autor, a responsabilidade penal só pode ser atribuída às pessoas físicas, posto que a conduta criminosa é eminentemente humana e a imputabilidade, uma qualidade inerente ao ser, o que justifica a conformação do juízo de tipicidade e de culpabilidade já que “só o ser humano é *doli capax*” (WUNDERLICH, 2015, p. 211).

Segundo ele, a maior crítica a ser despendida contra a imputabilidade criminal da pessoa jurídica concerne na destruição de conceitos chave do direito penal, dentre eles, o próprio conceito de imputação. Ao que descreve, na prática judicial rotineira, observa-se uma imputação penal genérica à empresa na qual se presumem as responsabilidades individuais de seus gestores e/ou administradores.

Para o professor, as agências de Estado, principalmente os órgãos de persecução penal, têm apresentado uma visão redutora da realidade fática em casos complexos, sendo inadmissível acusar por presunção a partir de uma responsabilidade penal dos entes corporativos, principalmente no âmbito das sociedades empresariais de direito privado. Isto porque, segundo defende o autor, é vedada a responsabilização objetiva, pois existe subordinação do tipo ao elemento subjetivo, sendo esta a base da teoria da responsabilidade penal.

Nesse contexto, importante vem ser a crítica feita por Costa (2015, p. 243-277) no sentido de que a dificuldade de atribuir-se a responsabilidade cri-

minal às pessoas jurídicas é ocasionada pelo fato de que as ações tomadas no âmbito de um ente coletivo, como nas empresas, são, muitas vezes, de difícil averiguação e, especialmente no âmbito de instituições complexas, altamente diferenciadas e hierarquicamente organizadas em torno do princípio da divisão do trabalho, implicam complicações no momento de se delimitar uma imputação penal individual.

Isso porque, segundo explica o autor, quando há uma conduta lesiva a um bem jurídico, há na maioria das vezes uma ação conjunta de muitos sujeitos de diversas posições hierárquicas, e diferenciado grau de informação, de modo que, a conduta criminosa é praticada sem que se possa identificar e delimitar os participantes da ação e a forma com que o fato foi praticado.

Precursor dos posicionamentos nesse sentido, René Ariel Dotti sustenta veemente que:

[...] o poder de decisão entre o fazer e o não fazer alguma coisa, que constitui a base psicológica e racional da conduta lícita ou ilícita, é um atributo inerente às pessoas naturais. Somente a ação humana, conceituada como a atividade dirigida a um fim, pode ser considerada como suporte causal do delito. (DOTTI, 2012, p. 387).

Segundo o doutrinador, as condutas típicas não podem ser praticadas pelas pessoas jurídicas na medida em que é ausente a imputabilidade jurídico-penal, qualidade que, para ele, seria inerente aos seres humanos. Para o autor:

Quando o CP trata deste assunto o faz em consideração às pessoas naturais, como agentes que revelam capacidade para entender o caráter ilícito do fato ou determinar-se de acordo com esse entendimento (art. 26). O mesmo se pode dizer quanto à fixação da idade para a declaração da inimputabilidade, quando a CF (art. 228) e o CP (art. 27) se referem aos menores de dezoito anos. (DOTTI, 2012, p. 389).

Bitencourt (2011, p. 275) enfatiza que a obscura previsão do art. 225, § 3º da CRFB/88, relativamente ao meio ambiente, tem levado alguns penalistas a sustentarem, equivocadamente, que a Carta Magna consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica. No entanto, para ele, a responsabilidade penal ainda se encontra limitada à responsabilidade subjetiva individual.

Segundo o professor mencionado explica:

Para combater a tese de que a atual Constituição consagrou a responsabilidade penal da pessoa jurídica, trazemos à colação o disposto no seu art. 173, § 5º, que, ao regular a Ordem Econômica e Financeira, dispõe: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-se às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular”. Dessa previsão pode-se tirar as seguintes conclusões: 1ª) a responsabilidade pessoal dos dirigentes não se confunde com a responsabilidade da pessoa jurídica; 2ª) a Constituição não dotou a pessoa jurídica de responsabilidade penal. Ao contrário, condicionou a sua responsabilidade à aplicação de sanções compatíveis com a sua natureza [...]. Em não sendo assim, corre-se o risco de termos de nos contentar com uma pura penalização formal das pessoas jurídicas, que, ante a dificuldade probatória e operacional, esgotaria a real atividade judiciária em mais uma comprovação da função simbólica do Direito Penal. (Bitencourt, 2011, p. 275).

Juarez Cirino dos Santos em intensiva crítica à interpretação feita pelos que defendem a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, aduz que:

Nenhum legislador aboliria o princípio da responsabilidade pessoal de modo tão camuflado ou hermético, como se a Carta Constitucional fosse uma carta enigmática decifrável por iluminados. Ao contrário, se o constituinte tivesse pretendido instituir exceções à regra da responsabilidade penal pessoal teria utilizado linguagem clara e inequívoca, como, por exemplo: “A lei, sem prejuízo da responsabilidade penal individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade penal desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos crimes contra a ordem econômica e financeira, contra a economia popular e contra o meio ambiente. Mas essa não é a linguagem da norma constitucional – e se a Constituição não fala em responsabilidade penal, então nem o intérprete pode ler responsabilidade penal, nem o legislador ordinário pode estabelecer responsabilidade penais da pessoa jurídica. (SANTOS, 2013, p.1).

A corroborar com o posicionamento supramencionado, dando continuidade à abordagem a respeito da real intenção do Constituinte de 1988 é o posicionamento de Luiz Luisi:

Levantamento histórico da elaboração deste parágrafo noticia que o mesmo, na Comissão de Sistematização, tinha a seguinte redação: “a lei sem prejuízo da responsabilidade individual dos integrantes da pessoa jurídica estabelecerá a responsabilidade criminal desta”. Este texto não mereceu a aprovação do Plenário da Constituinte. O texto aprovado refere que devem ser aplicadas à pessoa jurídica “punições compatíveis com sua natureza”. Retirando a expressa e literal referência à responsabilidade criminal da pessoa jurídica, é de evidência solar que o Constituinte recusou-se a estabelecer a

responsabilidade em causa. É óbvio que o Constituinte ao dar ao parágrafo em questão uma redação diferente da proposta pela Comissão de Sistematização, com ela não concordou. Ou seja: é solar que o Constituinte ao não aprovar a redação que expressamente estabelecia a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a repeliu. E limitou-se a dizer, sem necessidade real, que a punição da pessoa jurídica tem que se compatibilizar com a “ontologia” da pessoa jurídica, ou seja, com sua natureza. (LUISI, 2010, p. 27).

Por outro lado, há autores que defendem a possibilidade de imputação criminal às pessoas jurídicas nos casos em que se apura a prática de crimes econômicos e ambientais, a exemplo de Sérgio Salomão Shecaira e Leandro Sarcedo.

Para o primeiro, o legislador constituinte “reavivou a discussão do assunto ao editar os dois dispositivos acima citados. Não obstante existirem opiniões contrárias – de juristas de nomeada –, a nosso juízo não resta dúvida de que nossa Constituição estabeleceu a responsabilidade penal da pessoa jurídica.” (SHECAIRA, 2003, p. 154).

Para este último, a proposta de criação de uma categoria que aceite o agir próprio da pessoa jurídica torna imperiosa a discussão a respeito de um conceito de culpabilidade próprio do ente coletivo que “seja feita a partir do conceito de defeito de organização, ou seja, a partir da observação daquilo em que a companhia falhou, intencionalmente ou não, em sua própria organização e cuja falta ou ausência foi fator determinante da ocorrência de certo fato delituoso” (SARCEDO, 2016, p. 2008).

O autor propõe a responsabilidade penal da pessoa jurídica por meio da criação de uma teoria de imputação específica que leva em conta a existência de política de *compliance* e exercício de um controle interno preventivo que, em caso de ausência ou falha, possibilitaria a aplicação de sanções.

A corroborar com o pensamento dos autores mencionados, Valdir Sznick sustenta que o fato de o crime ser pessoal, individual e de índole subjetiva não impede a responsabilização, especialmente se se levar em conta que a teoria da culpabilidade admitida hoje é a normativa (e não a psicológica, que ligava o fato ao autor).

Nas palavras do professor:

A alegação de que à pessoa jurídica falta a imputabilidade não é verdade. A imputabilidade é a capacidade de alguém responder à conduta praticada. Desde que a lei o faça, não há nada que impeça a pessoa jurídica de responder pela conduta que teve, ainda que essa

linha tenha sido executada por seus dirigentes. [...]. Basta a vontade política do legislador – coisa que, ao nosso ver, não deve tardar – para que se puna a pessoa jurídica (de direito público e privado), já que causa maior abalo à sociedade um golpe provocado por uma pessoa jurídica. (SZNICK, 2002, p. 110).

Não é outro o posicionamento de Rodrigo José Leal, que defende a possibilidade de responsabilização criminal da pessoa jurídica, ao argumento de que:

Apesar da ainda persistente divergência verificada na doutrina brasileira, cremos que a Lei 9.605/98 apoiou-se em norma constitucional para positivar, de forma expressa, a responsabilidade criminal da pessoa jurídica. Entendemos que a existência de um comando normativo em nível constitucional é fonte de legitimidade jurídica suficiente para imprimir validade a essa norma infraconstitucional. Num exercício de hermenêutica conforme a Constituição, chega-se à conclusão de que prevalece uma vontade constitucional originária, no sentido de se responsabilizar criminalmente os entes coletivos, como forma de se garantir um ambiente ecologicamente saudável e equilibrado. Dessa forma, ao aprovar a Lei dos Crimes Ambientais para instituir a capacidade penal da pessoa jurídica, o legislador brasileiro nada mais fez do que uma opção de Política Criminal, lastreada na diretiva já consagrada em nossa Carta Magna. (LEAL, 2017, p.1).

Com um posicionamento diferenciado, em razão do que propõem, Luiz Augusto Sanzo Brodt e Guilherme de Sá Meneghin demonstram que:

Embora seja tentador adotar alguma das posições extremas e antagônicas, em um “tudo ou nada” típico das soluções impensadas, vislumbra-se que uma terceira via, realizada através da construção de uma nova teoria do delito, com base em pressupostos distintos do direito penal clássico, seriam mais adequados. A teoria do delito, aplicável à pessoa jurídica, precisa ser imediatamente trabalhada, para lhe conferir um tratamento mais sistemático e garantista. O sujeito ativo de direito penal pode ser redefinido e, assim, ajustado aos modernos fins político-criminais, que, certamente, não podem olvidar a capacidade delitiva exercida por meio de atividades empresariais. (BRODT; MENECHIN, 2015, p. 246).

Em síntese, é possível concluir que a doutrina vem debatendo com veemência a questão supramencionada sendo que aqueles autores que sustentam a possibilidade de imputação penal à pessoa jurídica assim o fazem nos casos de criminalidade econômica, ambiental e tributária, acompanhado, em todo o caso, da regulamentação por norma infraconstitucional de uma nova teoria do crime para a responsabilização das pessoas jurídicas.

5 A RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELA NEGATIVA DE MATRÍCULA DE ALUNO COM DEFICIÊNCIA NA REDE PARTICULAR DE ENSINO

Ainda que se observe que a negativa de matrícula de aluno com deficiência, em muitos casos, se dê em razão do alto custo da prestação dos serviços pela escola, como mesmo discutido na ADI 5357¹, conclui-se que referido ato não é abrangido pelo Direito Penal Econômico em razão da sua natureza.

Diante disso, não haveria a possibilidade de, conforme demonstrado no item 3 responsabilizar a pessoa jurídica (estabelecimento de ensino) pelo mencionado fato típico, para aqueles que defendem essa hipótese na criminalidade econômica.

Por outro lado, ainda pairam dúvidas quanto quem deverá ser responsabilizado pela negativa da matrícula ao aluno com deficiência nas escolas da rede particular de ensino: a) o(s) sócio(s)-proprietário(s)?; b) o diretor?; ou c) o funcionário que efetuou a negativa?

Nesse contexto é inegável vislumbrar-se no ordenamento jurídico brasileiro as dificuldades de se estabelecer a responsabilidade da pessoa jurídica e/ou das pessoas físicas encarregadas da administração.

Como visto no item 2 mencionado no início do trabalho, a teoria da autoria e participação delituosas impõe limites teóricos para a imputação criminal como verdadeiras regras de procedibilidades para tal. Referidas regras, demonstram-se como barreiras à imputação criminal exacerbada, indo no mesmo sentido do princípio da subsidiariedade do direito penal.

Isso porque, considerando os conceitos de crime e nexo de causalidade antes mencionados, a inobservância de tais elementos resultaria na responsabilidade objetiva a determinada pessoa, situação vedada pelo ordenamento jurídico que tornou obrigatória a presença do elemento subjetivo de culpabilidade na conduta típica, segundo o finalismo, matérias essas já abordadas.

Em muitos casos, observa-se uma estrutura hierárquica complexa do estabelecimento de ensino que, tanto pode ter a participação diária dos sócios-proprietários e administradores nas questões atinentes à matrícula de alunos quanto não.

¹ Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino em face do §1º do art. 28 do Estatuto da pessoa com deficiência, em que se discutiu a constitucionalidade da norma que estabelece a obrigatoriedade das escolas privadas promoverem a inserção de pessoas com deficiência no ensino regular e prover as medidas de adaptação necessárias sem que ônus financeiro seja repassado às mensalidades, anuidades e matrículas dos alunos com deficiência. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=5357&classe=ADI&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>> Acesso em: 23 jan. 2017.

Diante desse contexto, tem-se que, em um primeiro momento, haveria a necessidade de, no caso de negativa de matrícula do aluno com deficiência, perquirir quanto ao domínio da ação delituosa, isto é: se a pessoa que efetivou a negativa de matrícula atuou deliberadamente, ou se ela cumpriu a determinação expressa de um superior hierárquico, bem como se o superior hierárquico tinha condições e/ou obrigações de evitar o resultado.

5.1 A DIFICULDADE DE SE IDENTIFICAR O SUJEITO ATIVO DO CRIME – ADMINISTRADORES E SÓCIOS-PROPRIETÁRIOS²:

Considerando o fim a que pretende este artigo diante da problemática levantada, no caso concreto, é importante identificar quem praticou o ato típico para, então, verificar-se se referido ato partiu do cumprimento de uma determinação de superior hierárquico analisando-se a pontuada conduta à luz da teoria do domínio do fato.

Se determinado funcionário da escola, responsável por efetuar a matrícula de alunos naquele estabelecimento de ensino, praticar o ato mencionado no art. 8º, inciso I da Lei n. 7.853/1989 sem o conhecimento ou o cumprimento de determinação de superior hierárquico, é inconteste que, pelas regras da autoria delitiva, será ele que irá responder pelo fato típico mencionado. Nesse caso, subsistirá a responsabilidade dos sócios proprietários e/ou do diretor da escola?

Considerando que, no direito penal brasileiro, é impossível a responsabilidade criminal objetiva, entende-se que somente será responsável pela prática delitiva aquele que tiver agido com elemento subjetivo específico exigido pelo tipo penal.

Isso porque, como ensina Costa (2015, p. 263), em uma empresa, “seria frequente que a ação fosse executada por setores inferiores da estrutura empresarial que não dispõem da compreensão da eventual ilicitude de seus atos, nem da capacidade de decidir se eles serão ou não executados e que, muitas vezes, nem sequer se dão conta das consequências de sua atuação”.

Como explica o autor:

Os setores intermediários da empresa, por sua vez, poderiam dispor de uma capacidade relativa da ilicitude dos atos realizados pelos setores abaixo, mas não possuiriam nem a capacidade de decidir se o ato deve ou não ser realizado, nem a competência para

² Parte da fundamentação dispendida neste tópico faz parte de outros trabalhos da autora.

sua execução. Por fim, os setores superiores da empresa, em que pese disporem da capacidade de decidir pela execução da ação, não participariam diretamente dela, e nem sempre seriam capazes de reconhecer a ilicitude do ato. Nesse cenário, o administrador ou funcionário da pessoa jurídica só poderia responder criminalmente em razão de sua ação ou omissão, quando a omissão for imputável, em condutas tipicamente ilícitas e na medida de sua culpabilidade. (COSTA, 2015, p. 263).

Importante vem a ser a crítica feita por Souza (2014, p. 93-121), no sentido de que as teorias tradicionais que objetivam o estabelecimento de marcos normativos de autoria e participação na codelinquência revelam-se insuficientes para serem aplicadas aos casos de criminalidade de empresa.

Segundo o autor, há que se atentar para os perigos de uma:

[...] inconveniente – e inconstitucional – atribuição de responsabilidade penal objetiva em desfavor de todos os integrantes do ente moral. Sendo assim, tanto a lei penal como a doutrina e a jurisprudência têm buscado parâmetros legítimos para solucionar o presente dilema: parâmetros adequados, pois, com o direito penal do fato e com o princípio da culpabilidade individual. (SOUZA, 2014, p. 93).

No mesmo sentido é o posicionamento defendido por Barandas (2012, p. 386) que, assim como o autor supracitado, enfatiza que a responsabilidade penal da pessoa jurídica é uma espécie de responsabilidade objetiva dentro do Direito Penal, uma vez que penaliza o ente coletivo incapaz de ação e de dolo ou culpa, isto é, faz com que a pessoa jurídica responda à pena sem nem ter esta culpabilidade, consciência do ilícito, vontade dirigida ao ilícito ou capacidade de prever o ilícito.

Para a autora:

[...] a pretensão de penalizar alguém através da imputação "(...) implica em violar o princípio da responsabilidade subjetiva ou da imputação subjetiva, isto é, punir penalmente alguém que não tenha agido com dolo ou culpa. Arrematam Cernichiaro e Costa Jr.: "Os princípios da responsabilidade pessoal e da culpabilidade são [sic] restritos à pessoa física. Somente ela pratica conduta, ou seja, comportamento orientado pela vontade, portanto, inseparável do elemento subjetivo. Se somente a pessoa física detém da culpabilidade, somente está é capaz de praticar delito, uma vez que não há crime sem dolo ou culpa, conforme já prevê o art. 18 do CP brasileiro. (BARANDAS, 2012, p. 386).

Nesse mesmo contexto, há que se fazer menção à ressalva feita por Machado (2001, p. 107), quando há ineficácia da responsabilidade criminal da pes-

soa jurídica nos casos de crimes ambientais, oportunidade em que a lei responsabiliza quem, de qualquer forma, concorre para a prática daqueles crimes, na medida de sua culpabilidade, e também “o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.

A crítica do autor consiste no fato de que:

Atribui, como se vê, às pessoas que menciona, o dever de impedir cometimentos criminosos, sob pena de por eles assumir a responsabilidade penal. Não é fácil, porém, saber-se até onde esse dispositivo produz efeitos práticos, pois não é fácil saber-se em que casos o diretor, o administrador, o membro de conselho etc. pode agir para evitar a conduta que vem depois a ser tida como crime contra o meio ambiente. Um diretor acionista minoritário, ou mesmo não acionista, cuja permanência no cargo depende da vontade de quem deliberou adotar a conduta, ou uma outra das pessoas indicadas, em situação idêntica, teria o dever de impedir aquela conduta que suspeitasse ser criminosa? Penso que na verdade o dispositivo legal em tela nada acrescentou, posto que o acréscimo que se pode nele vislumbrar seria contrário ao preceito constitucional que consagra em nosso ordenamento jurídico o princípio da culpabilidade como fundamento da responsabilidade penal. Não são raras, porém, as manifestações na doutrina e na jurisprudência que, por via oblíqua, em se tratando de crimes ocorridos no âmbito de empresas, adotam a responsabilidade penal objetiva, ou ainda, o que é mais grave, adotam a responsabilidade penal por fato de outrem. Assim podem ser consideradas as manifestações que admitem a instauração de ação penal sem que a denúncia descreva de forma individualizada a conduta típica imputada a diretores e administradores de empresas, consagrando o que temos denominado denúncia genérica, que na verdade constitui uma violação de dispositivo expresso da lei, e um atentado evidente às garantias constitucionais. (MACHADO, 2001, p. 107).

Por outro lado, importante vem a ser o posicionamento defendido pela corrente que sustenta a necessidade da punição da pessoa jurídica diante do fato de que a natureza sancionadora das medidas punitivas, em crimes de empresa, se esgota na punição dos entes físicos (sócios, mandatários etc.) que se utilizaram da pessoa jurídica para delinquir.

Porém, em virtude das modernas teorias de despersonalização e da fungibilidade imanente das pessoas jurídicas, Oliveira (1995, p. 232) constata que a “delegação de trabalho, e fragmentação de condutas no cenário empresarial propicia evidente impunidade, e mais que isso, é um verdadeiro fator criminógeno em si mesmo. Vale dizer: punidos os sócios, permaneceria o arcabouço de gênese e cultura de novos delitos”.

Dessa maneira, segundo o autor, para viabilizar a responsabilidade da pessoa jurídica, surge a necessidade de falar dos conceitos de capacidade de ação, culpabilidade e capacidade de pena. Isso porque:

Pende aclarar se a responsabilidade penal de pessoas jurídicas implica na quebra do princípio de que não existe ato delitivo sem vontade criminosa (*actus non facit reum nisi mens rea*). E, ainda assim, cabe perguntar como ficaria ao final o princípio da culpabilidade) e por decorrência os princípios da personalidade, intrancendência, proporcionalidade e adequação das penas. Por fim, resta saber quais seriam as implicações quanto à teoria da participação criminal, os limites da responsabilidade penal dos diretores e daqueles que atuam em nome de outrem. (OLIVEIRA, 1995, p. 232).

Especificamente ao tipo penal em que se analisa nesse artigo, da leitura de tudo percebe-se que a responsabilização dos sócios-proprietários, dos administradores e/ou do diretor do estabelecimento de ensino, somente será possível mediante a comprovação do liame subjetivo entre a conduta típica e o sujeito.

Isso significa que há a necessidade de verificar-se, na conduta das pessoas elencadas acima, o domínio do fato típico, de modo que a mera negativa de matrícula ao aluno com deficiência, por funcionário que, deliberadamente assim o fez, sem o cumprimento de nenhuma determinação superior, ainda que em nome da pessoa jurídica, não é capaz de levar a responsabilização dos mesmos.

De primordial importância vem a ser a abordagem ao que consta no art. 7º do Estatuto da Pessoa com Deficiência que define “ser dever de todos comunicar à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência”.

A norma supramencionada impõe uma obrigação, um dever de agir a todos que presenciarem ou tomarem conhecimento de qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência.

Nesse contexto, questiona-se de que forma seria a responsabilização daquele agente que, sabendo da ameaça ou da violação, deixa de comunicar as autoridades competentes.

Conforme pontuado no item 2, o Código Penal ao tratar sobre a causalidade do ato e do resultado, define a teoria causal da ação, considerando-se causa, a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido. Nesse contexto, também define o Código Penal que a omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado.

Sabe-se que o dever de agir incumbe a quem: a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado (art. 13, §2º do CP).

Relacionando-se a alínea 'a', do parágrafo 2º do art. 13 do CP, e o art. 7º Lei n. 13.146/2015, conclui-se que poderá ser considerada causa de um resultado criminoso a ação ou omissão de "todas as pessoas estão por lei obrigadas a agir, comunicando à autoridade competente qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência", já que a lei impôs uma obrigação de cuidado, proteção e vigilância.

Para uma melhor compreensão quanto aos limites da responsabilização em razão da culpa e da omissão, entende-se como indispensável a comparação entre o delito culposo e o delito omissivo.

De plano, observa-se que, no delito culposo, a realização da atividade é facultada ao agente, enquanto que, no delito omissivo, a atuação é sempre obrigatória. Tem-se, portanto, que o "fato de nos delitos omissivos a atividade ser obrigatória, e nos culposos facultativa, tem como consequência, a vinculação ou não dos agentes na configuração do tipo". (TAVARES, 2003, p. 240).

Comparando o delito culposo com o delito omissivo, Juarez Tavares ensina que:

No crime omissivo, o dever jurídico legal vincula o sujeito e se deixa por ele fundamentar. Só deve atuar aquele sujeito que traz em sua pessoa as condições para tanto e se obrigou a fazê-lo, conforme o âmbito de suas relações, ou aquele sujeito que se encontra inserido nas situações típicas previstas normativamente. No crime culposo, o dever resulta da configuração da atividade perigosa, como cuidadosa ou não. O problema dos agentes não importa na configuração do tipo, a não ser se a negligência basear-se na assunção de atividade para o qual o autor não estava habilitado. (TAVARES, 2003, p. 240).

Entende ainda o autor que, para a caracterização do delito culposo, é necessária a investigação, a fim de aferir se houve ou não atividade descuidada, o que caracteriza uma diferença entre os delitos culposos e omissivos, uma vez que neste o dever de agir "não é gerado pela forma de atividade, mas pelas relações do agente em face da ordem jurídica, quer como garantidor, quer como portador das condições típicas de assistência", tendo em vista que:

A noção de conduta cuidadosa, por isso mesmo, constitui o cerne da problemática do delito negligente, e assinala seu desvalor do ato. Como a não realização ou omissão da atividade cuidadosa nada mais é do que modalidade de infração ao dever de agir cuidadosamente, tanto faz falar-se de infração do cuidado como de omissão do cuidado. Corretamente, dever-se-ia sempre falar de omissão do cuidado e de infração ao dever de cuidado, pois só através do não cumprimento do cuidado é que se infringe o dever de cuidado. (TAVARES, 2003, p. 240).

Da leitura acima se extrai que todos passamos à figura de garantidor a partir do momento em que a lei atribui a nós o dever legal de comunicar às autoridades competentes qualquer forma de ameaça ou de violação aos direitos da pessoa com deficiência, conforme já dito.

Nesse contexto, o art. 21 do Código Penal traz a situação denominada 'erro sobre a ilicitude do fato, definindo o texto da lei que "o desconhecimento da lei é inescusável. O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena; se evitável, poderá diminuí-la de um sexto a um terço".

Juarez Tavares aduz que a "consciência da norma proibitiva como tal conduz ao reconhecimento, em caso de sua ausência do chamado erro de proibição direto". Entende o autor, haver ainda uma diferença entre o "erro de tipo permissivo" e o "erro de permissão", sendo o primeiro o "erro sobre os pressupostos típicos de uma causa de justificação", enquanto o segundo "o erro sobre os limites jurídicos e a subsistência de uma causa de justificação" (TAVARES, 2003, p. 403).

O objetivo do autor com essas diferenciações – tendo em vista que o art. 21 do Código Penal não disciplina todas estas espécies de erro – é salientar que "não afeta a culpabilidade a questão do desconhecimento ou conhecimento acerca da validade (vigência) ou âmbito de incidência de uma lei" (TAVARES, 2003, p. 404), uma vez que:

[...] a adoção da relevância do erro de proibição inevitável constitui decorrência dos fundamentos da culpabilidade de vontade, lastreados na norma proibitiva e mandamental, pois não se pode sancionar aquele que atua sem consciência da ilicitude de seu ato. Uma tal sanção, se prevalente, estaria em desacordo tanto com a estrutura normativa quanto com o sistema deduzido da própria definição de inimizabilidade (art. 26), que se baseia precisamente na capacidade de conhecimento da ilicitude do fato. Tanto pode o conhecimento relacionar-se à capacidade natural de apreensão das coisas (submetendo-se, pois, ao domínio da imimizabilidade), quanto de valorar seu ato de acordo com padrões dominantes na ordem jurídica e

impostos coercitivamente. [...] O limite mínimo da atribuição de responsabilidade pessoal tem que ser efetivamente alicerçado na possibilidade de conhecimento da ilicitude. (TAVARES, 2003, p. 404).

A aferição a tal posicionamento dá-se em função da necessidade do exame da subsistência ou não da culpabilidade negligente, uma vez afastado o dolo da conduta do agente, pois, se se chegar a concluir que o conhecimento acerca dos elementos da causa de justificação concretamente examinada “era impossível ao agente, segundo suas condições pessoais, não há que se falar em delito culposo, em virtude de não se haver integralizado sua culpabilidade” (TAVARES, 2003, p. 405), uma vez que “o erro sobre os pressupostos de uma causa de justificação só têm relevância na negligência consciente e sobre ele não podem incidir as regras do art. 20 §1º, diferentemente da negligência inconsciente” (TAVARES, 2003, p. 406), tendo em vista que:

Como o agente que atua lesando um dever de cuidado não possui consciência acerca do emprego dos meios, nem estabelece ponderação de valor, nem tem notícia da situação de necessidade, torna-se irrelevante a investigação da modalidade de erro de tipo permissivo, senão na hipótese de atuação dolosa com resultado culposo. É que, muito antes de se avaliar se efetivamente houve ou não um tal erro, já estaria, pelo mesmo motivo, excluído o próprio injusto da conduta. Esta é uma conclusão lógica das características especiais que modelam o injusto do fato culposo. (TAVARES, 2003, p. 406).

Ocorre que, uma vez atribuindo à lei o dever de cuidado, segundo o Código Penal, o garante responderia dolosamente, abrindo aqui espaço, inclusive, para a discussão quanto à aplicabilidade da Teoria da Imputação Objetiva.

Dessa forma, inegável a eminente necessidade de discussões sobre o tema pela comunidade jurídica, diante do caráter inovador do que dispôs o Estatuto, ainda mais em uma área movediça e embrionária tal qual é o ordenamento jurídico brasileiro acerca das matérias que envolvem a proteção à pessoa com deficiência, e também considerando a tênue diferenciação entre a conduta comissiva por omissão e o delito negligente, considerando, ainda, a questão referente à figura do sócio administrador e o domínio do fato para eventual punição por delito cometido no âmbito de empresas.

Diante dessa previsão legal, e ainda, tendo em vista que o novo crime trazido pelo Estatuto da Pessoa com Deficiência é crime formal que independe do efetivo resultado da negativa, conforme explicado no item 1.1, poder-se-ia

sustentar que o silêncio do sócio proprietário, do administrador e/ou do diretor do estabelecimento de ensino poderia ensejar a prática de crime na modalidade comissiva por omissão.

Entretanto, novamente, estar-se-ia diante de uma responsabilidade objetiva na medida em que haveria a imputação criminal em razão da posição de garante às pessoas que sequer compunham o liame subjetivo entre o agente e o fato típico.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face de tudo o que foi exposto, pode-se concluir que responderá pelo ato de negar matrícula a aluno com deficiência aquele que, na potencial consciência da ilicitude, tiver o domínio sobre o fato delitivo, concluindo-se, também, por consequência, que não será possível a responsabilização da pessoa jurídica e muito menos dos sócios-administradores e/ou diretores do estabelecimento de ensino quando não comprovado o liame subjetivo.

Isso porque, como demonstrado, muito embora ainda seja divergente na doutrina nacional a possibilidade de imputação criminal à pessoa jurídica, hoje ela é aceita somente com relação aos crimes praticados na esfera ambiental e vem sendo aceita por uma minoria acadêmica em sede de crimes econômicos.

Em síntese, foi possível concluir que aqueles que se opõem à responsabilidade criminal da pessoa jurídica ressaltam que a culpabilidade é individual e, desse modo, não pode ser transportada para um ente coletivo, o que estaria diretamente ligado com a incapacidade de ação das pessoas coletivas e o caráter transcendental das penas aplicadas, segundo a mencionada corrente.

Em contraponto, aqueles favoráveis à responsabilidade criminal da pessoa jurídica sustentam referido posicionamento no argumento de que seria possível, diante da reconstrução do conceito de teoria do crime (sujeito ativo do delito), bem como mediante a criação de legislação específica que regulamente a forma de punição da pessoa jurídica, haveria então, tal possibilidade.

Considerando o que foi demonstrado acerca da natureza do crime de negativa de matrícula a aluno com deficiência, concluiu-se ser vedada a responsabilização criminal da pessoa jurídica, dos sócios-proprietários e/ou dos diretores sem a comprovação do elemento subjetivo necessário a comprovar o vínculo subjetivo entre o fato e o agente.

Demonstrou-se, ainda, que a impossibilidade se dá justamente pelo ordenamento jurídico vedar a atribuição de responsabilidade criminal objetiva, bem como pela dificuldade encontrada na atribuição da autoria e da participação delitivas em uma estrutura empresarial, muitas vezes ramificada e de complexa abstração dos atos emanados pelos órgãos diretivos.

Desse modo, conclui-se que a matéria ainda será objeto de muitas discussões encontrando amparo para o crescimento de ambos os posicionamentos mencionados neste trabalho.

REFERÊNCIAS

BARANDAS, Aline. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 385-424, maio/jun. 2012.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: parte geral. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRODT, Luís Augusto Sanzo; MENEGHIN, Guilherme de Sá. Responsabilidade penal da pessoa jurídica: um estudo comparado. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 104, n. 961, p. 245-273, nov. 2015.

COSTA, Danilo Miranda. Criminalidade de empresa: sintomas e alternativas às dificuldades de responsabilização penal individual por ilícitos cometidos no âmbito da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 243-277, maio/jun. 2015.

DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 4. ed. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

FARIAS, Christiano Chaves de; CUNHA, Rogério Sanches; PINTO, Ronaldo Batista. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado artigo por artigo**. Salvador: Editora JusPodivm, 2016.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**: parte geral. 18. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

MACHADO, Hugo de Brito. Responsabilidade penal no âmbito das empresas. In: **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001. p. 109-135.

LEAL, Rodrigo José. **Ambiente ecologicamente equilibrado, responsabilidade penal da pessoa jurídica e a regra da dupla imputação material:** a jurisprudência do STJ em descompasso com a nova hermenêutica do STF. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/leitura/ambiente-ecologicamente-equilibrado-responsabilidade-penal-da-pessoa-juridica-e-a-regra-da-dupla-imputacao-material-a-jurisprudencia-do-stj-em-descompasso-com-a-nova-hermeneutica-do-stf>>. Acesso em: 18 maio 2018.

LUIZI, Luiz Benito Viggiano. **Responsabilidade penal da pessoa jurídica:** em defesa do princípio da imputação penal subjetiva. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

OLIVEIRA, William Terra de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 231-239, jul./set. 1995.

REALE JÚNIOR, Miguel. A lei de crimes ambientais. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, v. 95, n. 345, p. 121-127, jan./mar. 1999.

ROCHA, Marcelo Hugo da. Do direito fundamental à educação inclusiva e o Estatuto da Pessoa com Deficiência. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 105, n. 963, p. 129-151, jan. 2016.

SANTOS, Juarez Cirino dos. A responsabilidade penal da pessoa jurídica. 2013. p. 1-8. Disponível em: <http://icpc.org.br/wp-content/uploads/2013/01/responsabilidade_penal_juridica.pdf>. Acesso em: 18 maio 2018.

_____. **Direito Penal:** parte geral. 3. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2008.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica:** construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 12. ed. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Responsabilidade penal de pessoa jurídica por dano ambiental. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 2, n. 8, p. 145-172, 2003.

SOUZA, Artur de Brito Gueiros. Atribuição de responsabilidade na criminalidade empresarial: das teorias tradicionais aos modernos programas de compliance. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 12, n. 54, p. 93-121, jul./set. 2014.

SZNICK, Valdir. **Manual de direito penal**: parte geral. São Paulo: Livraria e Editora Universitária de Direito, 2002.

TAVARES, Juarez. **Direito Penal da Negligência**: uma contribuição à teoria do crime culposos. 2. ed. rev. e ampl. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

WUNDERLICH, Alexandre. A responsabilidade penal por danos ambientais: do cenário atual à avaliação crítica ao modelo de imputação de entes coletivos e individuais trazidos pela Lei 9.608/1995 no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 23, n. 114, p. 203-221, maio/jun. 2015.

APLICAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR NO COMBATE À CORRUPÇÃO

APPLICATION OF THE PUNITIVE ADMINISTRATIVE LAW IN THE FIGHT AGAINST CORRUPTION

Talyz William Rech

*Técnico do Ministério Público do Estado de Santa Catarina
Graduado em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina
Pós-Graduado em Direito Administrativo pela Faculdade Internacional
Signorelli
Pós-Graduando em Prevenção e Repressão à Corrupção pela
Universidade Estácio de Sá*

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo demonstrar a utilização do Direito Administrativo Sancionador no combate à corrupção, por meio de uma análise de sua presença nos dispositivos da Lei Anticorrupção e da Lei n. 12.846/2013. Para tanto, compara as características dos ilícitos penais e administrativos e suas respectivas sanções, buscando identificar critérios de diferenciação entre eles, capazes de explicar a escolha do legislador pela via administrativa para a repressão das condutas lesivas ao patrimônio da Administração Pública. Após, traça um panorama dos aspectos mais importantes das condutas identificadas como corrupção, extraíndo delas distinções relevantes a partir das quais o Direito Administrativo Sancionador pode se aproveitar, por meio de instrumentos e técnicas próprios deste regime jurídico, a fim de desestimular, coibir, prevenir e punir essas condutas. Conclui-se pela utilidade do Direito Administrativo Sancionador, bem como a sua vantagem em relação ao Direito Penal na repressão das condutas previstas na norma jurídica, no âmbito do combate à corrupção no Brasil. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo, e a técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, em fontes primárias, secundárias e terciárias.

PALAVRAS-CHAVE: Direito administrativo sancionador. Combate à corrupção. Lei 12.846/2013.

ABSTRACT: The purpose of this article is to demonstrate the use of the Punitive Administrative Law in the fight against corruption, through the analysis of its presence in the arrangements of the Anti-Corruption Act, Law n. 12,846/2013. In this regard, this paper compares the characteristics of the criminal and administrative offenses in relation to their respective sanctions, seeking to identify any criteria of differentiation among them, which could be capable of explaining the legislator's choice for the administrative channel for repression of the abusive practice against the Public Administration property. Afterwards, it outlines one aspect of the most important conduct, identified as corruption; in this way, this work has chosen to point some relevant distinctions that can be useful for the Punitive Administrative Act, by means of common instruments and techniques in this legal system, in order to discourage, stem, prevent and to punish illegal conducts. It is concluded that the Punitive Administrative Act is useful, in the sense that it presents advantages in relation to the Criminal Law for the repression of the conduct established in the legal norm, considering the Brazil's fight against corruption. The method of research adopted was the deductive one and the technique used was the bibliographical research, in primary, secondary and tertiary sources.

KEYWORDS: Punitive Administrative Act. Fight against corruption. Law n. 12,846/2013.

1 INTRODUÇÃO

A corrupção consiste em uma série de práticas ilícitas que são de difícil investigação, uma vez que se revestem de aparência de legalidade. Ela promove, todos os anos, graves danos ao patrimônio público, refletindo negativamente no bem-estar da população, ao afetar o montante disponível para investimentos em bens de capital necessários para a infraestrutura do país e reduzir a qualidade dos serviços públicos prestados.

O custo médio anual da corrupção no Brasil atinge valores que representam de 1,38% a 2,3% do Produto Interno Bruto (PIB), cerca R\$ 69,1 bilhões por ano, conforme pesquisa realizada no ano de 2008 pela Federação das Indústrias do Estado de São Paulo (FIESP, 2008).

A Lei Anticorrupção, Lei n. 12.846/2013, é um dos dispositivos legais mais importantes à disposição das autoridades públicas para promover o efetivo combate às práticas corruptivas. Nela estão previstas condutas que correspondem às infrações administrativas que lesam o patrimônio da Administração Pública, suas sanções e instrumentos probatórios úteis voltados a deslindar a existência e a coibir a gênese dessas práticas.

O presente artigo busca esclarecer a opção legislativa na formulação da Lei n. 12.846/2013, realizada no âmbito da necessária resposta social ao fenômeno da corrupção, pela utilização da via administrativa, em detrimento da penal, na repressão das condutas caracterizadas como tal. O método de pesquisa adotado foi o dedutivo e a técnica utilizada foi a de pesquisa bibliográfica, em fontes primárias, secundárias e terciárias.

A fim de alcançar esse objetivo, será necessário entender as diferenças doutrinárias entre os ilícitos administrativos e penais, bem como os limites e alcances das sanções a eles impostas, utilizando-se de critérios funcionais, na busca de relacionar a eficiência das medidas pretendidas com o funcionamento do regime jurídico próprio de cada esfera de responsabilização.

Espera-se, ao final do presente trabalho, demonstrar as vantagens da utilização dos mecanismos e procedimentos peculiares do Direito Administrativo Sancionador em relação ao Direito Penal, e identificar os benefícios trazidos pelo novel tratamento conferido pela Lei Anticorrupção no combate à corrupção.

2 CARACTERÍSTICAS DA SANÇÃO ADMINISTRATIVA

De forma geral, podemos entender o par ilícito-sanção pela interação conceitual que existe entre essas duas concepções jurídicas, não apenas para o Direito Penal e para o Direito Administrativo Sancionador, mas para todo o ordenamento.

A norma jurídica como comando de conduta necessita de um estímulo para garantir o seu cumprimento. Desta forma, a sanção é uma consequência negativa atribuída pelo ordenamento jurídico à ocorrência de um ilícito, à violação de um direito ou ao descumprimento de um dever jurídico.

O objetivo do legislador, ao estabelecer que o descumprimento da norma dá origem ao ilícito, à conduta antijurídica e a esse ilícito vincular uma sanção, não é outro senão incentivar a observância da lei (MELLO, 2007, p. 42).

É claro que, incentivar o cumprimento de uma determinada norma jurídica, ou desestimular o seu desrespeito, prevendo a aflição de um mal “justo”, não é a única forma de garantir a sua efetividade. Também a premiação de condutas preferíveis, ou a substituição de consequências jurídicas previstas por lei podem ser, a depender da circunstância concreta, meios adequados de produzir o resultado desejado; sempre se aproveitando do mecanismo de *feedback* positivo e negativo das condutas humanas.

Assim, a sanção jurídica é uma forma de garantir o cumprimento de uma previsão legal. Nas palavras de Fábio Medina Osório, “sanção é um mal, um castigo, e, portanto, implica um juízo de privação de direitos, imposição de deveres, restrição de liberdades, condicionamento ligados, em seu nascedouro e existência, ao cometimento (comprovado) de um ilícito” (OSÓRIO, 2015, p. 101).

A sanção administrativa, por sua vez, é uma prática repressiva, de caráter negativo, realizada pela Administração Pública em resposta a uma infração administrativa (ou ilícito administrativo).

Rafael Munhoz de Mello analisa que existem três elementos fundamentais inerentes ao conceito. A medida aflitiva a) deve ser imposta pela Administração Pública; b) possui caráter negativo; e c) é aplicada em resposta a um comportamento ilícito.

Os elementos elencados acima constituem os mais comumente apontados pela doutrina pátria. No entanto, Fábio Medina Osório diverge e traz como elementos fundamentais para caracterização da sanção administrativa:

a) autoridade administrativa (elemento subjetivo); b) efeito afitivo: medida em que se exterioriza (elemento objetivo), subdividindo-se, nesse tópico, em: b1) privação de direitos preexistentes e b2) imposição de novos deveres: c) finalidade repressora (elemento teleológico) consistente na repressão de uma conduta e no restabelecimento da ordem jurídica; d) natureza administrativa do procedimento (elemento formal). (OSÓRIO, 2015, p. 89).

O autor defende que o elemento subjetivo como aspecto caracterizador da definição de sanção administrativa não é algo absoluto, entendimento esse contrário à maioria dos autores. Para ele:

Não configura, portanto, elemento indissociável da sanção administrativa, a figura da autoridade administrativa, visto que podem as autoridades judiciárias, de igual modo, aplicar essas medidas punitivas, desde que outorgada por lei, a respectiva competência repressiva, na tutela dos valores protegidos pelo Direito Administrativo. (OSÓRIO, 2015, p. 97).

Consequentemente, diante da flexibilidade que os Poderes possuem para exercer funções típicas do Estado, é possível que o Judiciário possa aplicar sanções administrativas,

[...] já que estas não integram sequer nenhuma função privativa do Poder Executivo, não se confundindo com funções administrativas. As sanções não pertencem ao campo das funções, de modo que as sanções administrativas não se confundem com as funções administrativas. (OSÓRIO, 2015, p. 96).

Desta forma, função administrativa e sanção administrativa seriam elementos não intercambiáveis, e, no exercício do poder punitivo estatal, uma autoridade judiciária, autorizada por lei, poderia aplicar sanção administrativa cominada a ilícito da mesma natureza. Fábio Medina Osório conclui, portanto, que o elemento subjetivo da sanção administrativa é

[...] bastante amplo, pois o Direito Administrativo, não obstante sua natureza historicamente estatutária, volta-se mais à tutela funcional de determinadas atividades, do que propriamente à tutela orgânica de instituições, sem desconsiderar as profundas e frequentes conexões entre ambas. (OSÓRIO, 2015, p. 100).

Difere deste entendimento Rafael Munhoz Mello, ao explicar que:

As sanções administrativas são objeto do direito administrativo justamente por serem impostas no exercício da função administrativo.

Se não fossem impostas no exercício de função administrativa não seriam parte do direito administrativo. Não haveria espaço, portanto, para um direito administrativo sancionador. Há um direito administrativo sancionador porque há sanções impostas no exercício da função administrativa. (MELLO, 2007, p. 66).

García de Enterría, vai além, entendendo que o elemento subjetivo é o caracterizador da sanção administrativa, servindo para diferenciá-lo de sanções de outras naturezas. Ensina o doutrinador que:

Distinguem-se estas sanções das penas propriamente ditas por um dado formal, a autoridade que as impõe: aquelas, a Administração; estas, os tribunais penais. Justamente o problema mais importante que provocam as sanções administrativas é o de sua delimitação com as penas, tanto por razão de sua natureza quanto no relativo a seus respectivos âmbitos de aplicação. (GARCÍA DE ENTERRÍA, 1990, p. 876).

Como medida necessária a assegurar o cumprimento da norma, a sanção possui natureza vinculante, pois protege interesses que vão além daqueles pertencentes à própria Administração Pública. Por esse motivo:

A Administração Pública tem o poder-dever de atuar na defesa dos interesses públicos. [...]. Se a lei formal outorga competência sancionadora à Administração Pública é porque o legislador entende que o comportamento ilícito sancionado fere o interesse público, razão pela qual deve ser desestimulado. Os agentes administrativos, de consequência, têm o poder-dever de impor a sanção sempre que apurem a prática de ilícito administrativo, pois somente assim o interesse público que justifica a existência da competência sancionadora será atendido. (MELLO, 2007, p. 71).

Assim sendo, ao verificar a ocorrência do ilícito, a Administração Pública não possui liberdade na imposição de sanção administrativa; pode apenas, nos casos previstos em lei, optar por uma dentre as modalidades de sanção elencadas por ela, exercendo a competência que lhe foi outorgada pelo legislador.

Cabe aqui destacar que as sanções administrativas, advindas do poder punitivo do Estado, não se confundem com as medidas de polícia, advindas do poder de administrativo de polícia, pois:

[...] neste estreito espaço, adota-se a ideia de que o poder administrativo de polícia é a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar restringir o uso e o gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade e do próprio Estado. (OSÓRIO, 2015, p. 107).

Para Hely Lopes Meirelles, o poder administrativo de polícia é “o mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter os abusos do direito individual” (MEIRELLES, 2000, p. 122).

Desta forma, as medidas de polícia se diferenciam das sanções administrativas pela possibilidade de adquirirem um caráter preventivo, “perseguindo o bem comum, a consecução da boa ordem no uso dos bens e serviços públicos, visando ao exato cumprimento da lei e das disposições normativas pertinentes” (OSÓRIO, 2015, p. 109).

Conclui-se que a aplicação de sanções administrativas, ao contrário do que ocorre nas medidas de polícia, precisam observar princípios e garantias constitucionais impostos ao poder punitivo geral, porque representam uma limitação de direitos e imposição de deveres, adentrando a esfera jurídica particular do administrado (OSÓRIO, 2015, p. 111).

O mesmo pode ser dito pela característica do referido atributo de autoexecutoriedade das decisões administrativas. Ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro que:

Na executoriedade, a Administração emprega meios diretos de coerção, compelindo materialmente o administrado a fazer alguma coisa, utilizando-se inclusive da força. Na primeira hipótese, os meios de coerção vêm sempre definidos na lei; na segunda, podem ser utilizados, independentemente de previsão legal, para atender situação emergente que ponha em risco a segurança, a saúde ou outro interesse da coletividade. (DI PIETRO, 2017, p. 241).

A doutrina brasileira entende que a autoexecutoriedade é admitida apenas se existir expressa previsão legal ou em caso de urgência, e apenas se a medida for necessária para a preservação do interesse público e não puder suportar as delongas do processo judicial (MELLO, 2014, p. 426).

As sanções administrativas aplicadas pela Administração Pública diferem de outras medidas à disposição do Direito Administrativo, no sentido de que devem observar os princípios constitucionais que regem qualquer forma de manifestação sancionatória do Estado. Isto ocorre porque, apesar das diferenças entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador, que podem influenciar na escolha do legislador pela utilização de uma ou de outra modalidade na repressão de condutas ilícitas, ambos os ramos possuem em comum o fato de serem derivados do poder punitivo estatal. Conforme explica Miguel Reale Júnior,

[...] há um *jus puniendi* do Estado, que se expressa pela via penal ou administrativa, mas ambos os caminhos submetidos aos mesmos princípios de proteção do sujeito sancionado, normas essas comuns, estabelecidas no capítulo das garantias individuais de nossa Constituição Federal. (REALE JÚNIOR, 2007, p. 93).

Assim sendo, para analisar a sanção administrativa faz-se necessário contextualizá-la no âmbito geral do poder punitivo estatal, admitindo a existência de um regime jurídico próprio ao chamado Direito Público Punitivo.

Nesse sentido, observa-se a evolução histórica da teoria da sanção administrativa, verificando o desprendimento da pena administrativa do escopo do poder administrativo estatal para o Direito Administrativo Sancionador. Na lição de Fábio Medina Osório:

O que se verifica é que a teoria da sanção culmina por englobar duas outras categorias, quais sejam, sanções penais e sanções administrativas, além de outras possíveis categorias menos relevantes ou impactantes no meio social. Da pertinência da sanção administrativa no universo do Direito Punitivo, por suas conexões e paralelos com a teoria da sanção penal, que lhe serve de referência. Esse Direito Punitivo, quando incidente no campo do Direito Administrativo, transforma-se em Direito Administrativo Sancionador. (OSÓRIO, 2015, p. 86-87).

Isto posto, admite-se que todas as formas de sanção a ilícitos concebidas em um Estado Democrático de Direito devem estar submetidas ao mesmo regime jurídico, ao qual Rafael Munhoz de Mello denomina de regime jurídico punitivo. O autor equipara a aplicação no Direito Administrativo Sancionador dos princípios constitucionais de Direito Penal, dispondo que “o regime jurídico punitivo de um Estado de Direito, em suma, tem por princípios a legalidade, a tipicidade, a irretroatividade, a culpabilidade, o *non bis in idem* e o devido processo legal” (MELLO, 2007, p. 102-103).

Este poder punitivo estatal uno que dá azo à existência da sanção administrativa, independentemente da sanção penal, mas unida a ela pelo mesmo regime jurídico punitivo, é muito bem explicada pelo professor Miguel Reale Júnior, na passagem:

Entendo que, em face do *jus puniendi* único e geral, devam ser, no campo do ilícito administrativo, respeitados as garantias e princípios gerais consagrados no âmbito penal que sejam próprios do Estado de Direito, muitos consagrados no texto constitucional, tais como o princípio da legalidade, da irretroatividade das disposições des-

favoráveis, a segurança jurídica e a proporcionalidade. Assim, aplicam-se princípios comuns ao ordenamento punitivo do Estado que estejam constitucionalizados, ainda que originários do direito penal, bem como princípios não constitucionalizados, mas que se entende estarem implícitos no texto constitucional, como o da proporcionalidade, por exemplo. (REALE JÚNIOR, 2007, p. 96).

É claro que, apesar de estarem sujeitos aos mesmos princípios constitucionais, uma vez que se tratam de institutos diferentes, as sanções penais e administrativas estarão sujeitas a diferenças de procedimentos, que dão características operacionais próprias a cada uma delas (OSÓRIO, 2015, p. 155).

Em suma, há princípios obrigatoriamente observáveis pelo Direito Administrativo Sancionador, por força do reconhecimento de um poder punitivo geral do Estado, "são eles: as exigências de legalidade para tipificação dessas infrações, a imprescindibilidade de dolo ou culpa na esfera administrativa e a aplicação do *ne bis in idem* na relação entre as instâncias punitivas". (ARÊDES, 2017, p. 472).

3 CRITÉRIOS DE DIFERENCIAÇÃO ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL

Partindo do pressuposto de que tanto as sanções penais quanto as sanções administrativas têm por origem o poder punitivo estatal geral, e se utilizam do mesmo regime jurídico punitivo, parece arbitrária a tipificação de uma conduta como crime e de outra como infração administrativa.

A doutrina realizou diversas tentativas, ao longo dos anos, para reconhecer alguma característica particular que pudesse permitir o agrupamento das condutas em categorias específicas, a fim de definir um critério claro para a definição de qual o tipo de sancionamento seria mais adequado para cada uma delas (MELLO, 2007, p. 46).

Nos tópicos seguintes, serão analisadas algumas dessas teorias, a fim de entender a opção do legislador em moderar determinada conduta utilizando o Direito Penal ou o Direito Administrativo Sancionador. Serão estudadas também as diferenças entre os ilícitos e as sanções de cada uma dessas categorias.

3.1 CRITÉRIO MATERIAL – CORRENTE QUALITATIVA

O primeiro desses processos que buscava a diferenciação clara entre ilícitos administrativos e penais nasceu na Alemanha, no início do século XX, com as

teorias de James Goldschmidt. Diante dos tribunais abarrotados de processos e do Judiciário sobrecarregado para processar todas as ofensas aos diversos bens jurídicos, o objetivo dos juristas da época era iniciar um processo de despenalização capaz de retirar ilícitos de menor importância da esfera do Direito Penal, realocando-os na alçada de atuação do Direito Administrativo.

Para isso, James Goldschmidt procurou demonstrar que havia uma seara própria para os crimes e outra para as infrações administrativas, cuja diferença era qualitativa: enquanto os “crimes seriam ilícitos que atingiriam interesses caros a toda a sociedade [...] infrações administrativas seriam comportamentos que ofenderiam interesses menores muitas vezes confundidos com interesses da própria Administração Pública” (MELLO, 2007, p. 47-48).

Desta forma, ele procurou delinear um critério material qualitativo para diferenciar os dois tipos de ilícitos; “os ilícitos penais tinham por conteúdo material um dano concreto a bens jurídicos dos particulares, enquanto os ilícitos administrativos teriam por conteúdo o descumprimento de um dever de obediência em face da Administração Pública”. (MELLO, 2007, p. 51).

O conteúdo das duas condutas era, portanto, diferente. Para que uma conduta fosse alocada no campo dos ilícitos regidos pelo Direito Penal, ela deveria possuir conteúdo eticamente reprovável e atingir a coletividade na forma de um delito natural, antecedente ao próprio direito. Já uma conduta que caracterizasse descumprimento da norma positiva mas que possuísse conteúdo de valor ético neutro, ofendendo, assim, apenas os interesses da própria Administração, deveria ser regida pelo Direito Administrativo.

As teorias que procuravam diferenciar os dois tipos de ilícitos por critérios materiais qualitativos também foram desenvolvidas na Itália. Lá também havia a necessidade de canalização das lides com menor ofensividade para o Direito Administrativo, buscando uma resolução mais célere e o desafogamento do Judiciário. Fábio Medina Osório explica que nesse país a doutrina buscou sustentar que:

[...] as sanções administrativas divergem, qualitativamente, das penais, porque há um conteúdo diverso, bem como diversos são seus efeitos. O poder sancionador da Administração Pública seria uma função administrativa, ao passo que o poder judicial sancionador seria uma função jurisdicional, ambas cumprindo finalidades diversas, diferenciando-se, pois, qualitativamente. (OSÓRIO, 2015, p. 122).

Na doutrina brasileira, alguns doutrinadores, como Fabio Roberto D'Ávila, parecem defender esse posicionamento, estabelecendo que:

[...] o acento distintivo entre o ilícito penal e o ilícito administrativo sancionador (ou de mera ordenação social) passa a incidir não mais em uma diferença meramente quantitativa, mas qualitativa, estabelecida em uma diferente refração normativa da relação onto-anropológica de cuidado-de-perigo, que, em âmbito jurídico-penal, encontra densidade na exigência (constitucional) de ofensa a um bem jurídico-penal. É, pois, a ofensa a um bem jurídico penal a fronteira infranqueável de um direito penal legítimo, na qual, ainda hoje, é possível creditar as linhas fortes de sua identidade. (D'ÁVILA, 2006, p. 35).

Desta forma, as teorias que buscam identificar um critério material qualitativo para diferenciar os ilícitos penais e administrativos determinam que os dois são fenômenos distintos que descrevem condutas divergentes em sua natureza.

3.2 CRITÉRIO MATERIAL – CORRENTE QUANTITATIVA

Acompanhando a tendência europeia, iniciada pela Alemanha e pela Itália, os teóricos espanhóis buscaram aprimorar as teorias de diferenciação de ilícitos penais e administrativos, almejando desencadear um processo de despenalização (MELLO, 2007, p. 55).

Ocorre que, diferentemente dos dois países citados anteriormente, a Espanha não possuía um Judiciário atravancado pela judicialização da análise de condutas pouco lesivas. Isto porque o país, a exemplo da França, conta com tribunais administrativos cujo objetivo é, justamente, o julgamento dos ilícitos administrativos, com a aplicação das sanções correlatas.

Por esse motivo, os doutrinadores espanhóis adaptaram as teorias de Goldschmidt para a realidade do país ibérico, intentando alcançar uma redução da atividade administrativa sancionadora (MELLO, 2007, p. 56).

Para atingir esse objetivo, os espanhóis abandonaram a ideia de que os dois tipos de ilícitos representam fenômenos distintos, separados pela natureza da ofensividade da conduta, ou seja, o seu conteúdo qualitativo. Bastava a eles estabelecer uma diferenciação de ordem quantitativa, ou seja, os ilícitos administrativos e penais não possuíam diferenciação nem quanto ao valor ético da lesividade da conduta, nem quanto ao alcance da parcela da sociedade afetada;

mas sim distinguem-se quanto à intensidade da gravidade da conduta. Condutas julgadas mais graves deveriam receber atenção do Direito Penal, enquanto aquelas que o legislador considerasse mais brandas, deveriam continuar sob a égide do Direito Administrativo Sancionador.

Assim, conforme apontado pelo Professor José Cerezo Mir, “parte da doutrina sustenta que a diferença entre infrações e sanções penais e administrativas é meramente quantitativa, pois as infrações e sanções mais graves da ordem jurídica devem ser destinadas à esfera penal” (CEREZO MIR, 1994, p. 29).

Por conseguinte, não há mais a diferenciação entre ilícitos penais e administrativos por meio de sua natureza, ou por meio do titular dos interesses ofendidos pela conduta praticada e do desvalor ético-social desta conduta. Pelo contrário, as condutas não podem ser classificadas por este critério, já que ilícitos penais e administrativos consistem no mesmo fenômeno, separados apenas pela gravidade da conduta (MELLO, 2007, p. 54).

Como explicado, a distinção gerada por essa teoria objetiva melhor distribuir os ilícitos diante das formas de restrição de condutas lesivas à norma, possibilitando que todo o sistema se beneficie, pois

[...] aparelhando-se um direito administrativo sancionador, estar-se-ia optando por aferir um tratamento menos formal a condutas que, *per se*, não danificam ou colocam em risco os bens jurídicos mais relevantes em um Estado Democrático de Direito, ou seja, aqueles que não vulneram a dignidade da pessoa humana, considerada em concreto. (CORACINI, 2004b, p. 259).

No Brasil, assim como em países que herdaram a tradição jurídica europeia-continental, a diferenciação dos ilícitos usando o critério quantitativo como fundamento é, ainda hoje, percebida por meio do princípio da subsidiariedade do Direito Penal. Por este princípio, reserva-se a sanção penal para as condutas que mais intensamente o ordenamento jurídico deseja desestimular, utilizando-se o Direito Penal como a *ultima ratio* do controle social (ARÊDES, 2017, p. 463).

Yuri Corrêa da Luz explica a influência que a teoria quantitativa teve no ordenamento jurídico brasileiro ao longo do desenvolvimento e aprimoramento das Ciências Jurídicas, em especial, no campo do Direito Administrativo Sancionador, deve-se ao fato de que:

Nelson Hungria, um dos mais importantes juristas brasileiros, foi talvez um dos mais conhecidos defensores deste tipo de diferen-

ciação. Para ele, a punição de certos ilícitos na esfera do Direito Administrativo, ao invés de o ser na órbita do Direito Penal comum, não obedece senão a razões de conveniência política: para o Direito Penal comum é transportado apenas o ilícito administrativo de maior gravidade objetiva ou que afeta mais diretamente o interesse público, passando, assim, a ilícito penal. (LUZ, 2011, p. 435).

Em suma, as teorias que buscam identificar um critério material quantitativo para diferenciar os ilícitos penais e administrativos determinam que os dois fenômenos são idênticos, possuindo a mesma natureza, e que a diferença entre eles não reside no interesse ofendido pela conduta, mas em sua gravidade (MELLO, 2007, p. 57).

3.3 CRÍTICA AO CRITÉRIO MATERIAL

Antes de estabelecer a diferenciação entre os ilícitos penais e administrativos pelos critérios formal e funcional, com o intuito de realizar uma análise da escolha do legislador por estabelecer a responsabilização administrativa das condutas previstas na Lei Anticorrupção, é necessário registrar as críticas da doutrina moderna às teorias quantitativas e qualitativas.

Nesse diapasão, Rafael Munhoz de Mello aponta que os critérios criados por essas teorias são inservíveis para realizar a diferenciação pretendida, sendo:

[...] irrelevante afirmar que à infração administrativa deve corresponder comportamento ilícito menos grave, assim como inútil propugnar pela identidade do ilícito administrativo com comportamentos ofensivos a interesses da própria Administração Pública. Isso porque o legislador pode simplesmente dispor de outra forma, deixando de observar os critérios de distinção indicados pelas teorias quantitativa ou qualitativa. (MELLO, 2007, p. 58).

Para esse autor, ficou claro que “a experiência estrangeira demonstra que os critérios qualitativo e quantitativo de distinção servem para orientar o legislador no momento de definir se uma determinada conduta deve ser tipificada como crime ou infração administrativa” (MELLO, 2007, p. 59).

Porém, esses critérios não vinculam o legislador, uma vez que não possuem reforço constitucional. Dessa maneira, o legislador dispõe de “ampla liberdade para a seleção das condutas que serão tipificadas como ilícito penal ou como ilícito administrativo. Enfim, a escolha entre um ou outro tipo de ilícito é uma questão de política legislativa”. (MELLO, 2007, p. 59).

Da mesma forma pensa Sirlene Nunes Arêdes, ao dispor que a Constituição Federal de 1988 autorizou o legislador a “não criminalizar todas as condutas eticamente reprováveis, o critério serve apenas como medida de política criminal, mas não para identificar e delimitar as instâncias penal e administrativa”. (ARÊDES, 2017, p. 465).

A autora vai além, explicando que o critério quantitativo em relação à gravidade das infrações não é passível de ser aplicado, pois nunca haverá consenso necessário em relação à ordenação e ao escalonamento dos valores e bens jurídicos considerados mais importantes para o ordenamento jurídico (ARÊDES, 2017, p. 465).

De fato, ao mesmo tempo que é fácil apontar os valores historicamente essenciais para a constituição do Estado, abrigando-os na guarida do Direito Penal, é muito complexo delimitar a zona limítrofe a partir da qual se encerra a determinação de uma conduta como mera infração administrativa e se inicia a sua criminalização.

Da mesma opinião é Miguel Reale Júnior ao indicar que “a escolha pela qualificação de uma conduta como ilícito penal ou administrativo não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social” (REALE JÚNIOR, 2007, p. 95).

Por fim, critica-se o fato de que o Poder Legislativo brasileiro não utiliza o Direito Penal de forma subsidiária às sanções impostas pelo Direito Administrativo Sancionador, como quer o princípio da subsidiariedade e da mínima intervenção penal.

Assim sendo, busca-se, por meio do Direito Penal, muitas vezes, dar vazão às demandas sociais e resposta às aflições do público, ao arrepio da estruturação do sistema jurídico, desperdiçando-o como instrumento de controle social efetivo, num processo conhecido como expansão do Direito Penal. Nas palavras de Arêdes, “o direito penal não seria mais para o legislador a *ultima ratio* senão, em medida crescente, *prima ratio*”. (ARÊDES, 2017, p. 463).

3.4 CRITÉRIO FORMAL

Com o aprimoramento da doutrina administrativista ao longo dos anos, o critério material foi sendo abandonado, substituindo-o pelo critério formal, advindo do desenvolvimento de outros conceitos que permitiram o estabelecimento de um regime jurídico estruturado para o Direito Administrativo Sancionador.

O critério formal de distinção entre ilícitos administrativos e penais é hoje o mais aceito pela doutrina, estando intimamente ligado à própria definição e ao delineamento das sanções administrativas. Isto quer dizer que um ilícito é administrativo, e não penal, porque a ele está cominada uma sanção administrativa, regida pelo regime jurídico administrativo. Da mesma forma, um ilícito é penal se a ele está cominada sanção penal, regida pelo regime jurídico característico do Direito Penal (MELLO, 2007, p. 61-62).

Para esta teoria, tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Sancionador possuem a mesma legitimidade para a defesa dos valores constitucionais estabelecidos, e a diferença não está presente no conteúdo ou na gravidade da conduta praticada, mas na área de incidência que a lei confere, bem como na competência que o legislador empresta a ela. Neste sentido, Fábio Medina Osório explica que:

A sanção administrativa *lato sensu*, ora examinada, resulta de um exercício de pretensão punitiva do Estado, com finalidade de assegurar determinados valores sociais e restabelecer a ordem jurídica violada, inibindo a possibilidade de novas infrações, dentro dos limites formais e materiais do Direito Administrativo, no que se encontram, em termos nucleares, este ramo jurídico e o Direito Penal, ambos com idênticas finalidades em sentido amplo. De um ponto de vista de eficácia, o Direito Administrativo é um instrumento tão legítimo quanto o Direito Penal para garantia da ordem pública e do ordenamento jurídico, porém com uma área de incidência mais limitada em termos de valores, dado que exige a presença intervencionista estatal ou a existência de relações de especial sujeição, subordinando-se, nesse passo, a um exame crítico concreto em termos de resultados. (OSÓRIO, 2015, p. 142).

O estabelecimento do Direito Administrativo Sancionador como detentor de normas voltadas a proteger bens jurídicos a ele confiados, aparelhado com as características específicas fornecidas pelo regime jurídico que lhe dá sustentação, diferentes daquelas presentes no Direito Penal, justifica a autonomia daquele ramo, fundamentando a independência entre as instâncias. Isto porque:

[...] o direito administrativo sancionador não é parte do direito penal, nem é um direito penal especializado, tampouco contém normas incriminadoras (donde se refuta a expressão direito penal administrativo). Trata-se de ramo autônomo, mas que deve preservar limites à intervenção estatal, por um leque (constitucionalmente estabelecido) de direitos e garantias, por visar, e jamais da mesma forma, o estabelecimento de normas para cuja infração se cominam sanções graves, que representam limitação da esfera de liberdade individual. (CORACINI, 2004b, p. 259).

Mesmo que o Direito Penal e o Direito Administrativo Sancionador possuam técnicas diferentes entre si e que se encontrem vinculados a distintos regimes jurídicos de atuação, ambos possuem a capacidade de se defrontarem com os direitos fundamentais dos acusados em geral, na perspectiva e submissão às cláusulas do devido processo legal e do Estado de Direito. É na Constituição Federal, no entanto, que residem os pontos comuns entre as duas correntes do Direito Público Punitivo:

[...] há cláusulas institucionais que dominam tanto o Direito Penal, quanto o Direito Administrativo Punitivo. Tais cláusulas, se bem que veiculem conteúdos distintos, também veiculam conteúdos mínimos obrigatórios, onde repousa a ideia de unidade mínima a vincular garantias constitucionais básicas aos acusados em geral. (OSÓRIO, 2015, p. 144).

Pois bem, são os critérios formais, as descrições legais das condutas, os delineamentos dos regimes jurídicos, que permitem identificar um ilícito como administrativo ou penal. Assim sendo, por exemplo, se a sanção for aplicada por autoridade administrativa, então o ilícito será administrativo, e pertencerá ao Direito Administrativo Sancionador. Da mesma forma, se a sanção cominada incluir pena privativa de liberdade, então sua natureza será penal (ARÊDES, 2017, p. 466).

Ligado ao critério distintivo formal, está também a limitação de imposição de pena restritiva de liberdade às sanções administrativas. Isto porque a Constituição Federal restringiu a imposição dessa modalidade de sanção aos ilícitos penais (crimes), barrando a sua utilização no Direito Administrativo Sancionador (MELLO, 2007, p. 73).

Outro critério formal que cabe mencionar é a obrigatoriedade de comprovação da culpabilidade do agente, a fim de viabilizar sua punição na esfera penal, questão que pode ser dispensada pelo direito administrativo (ARÊDES, 2017, p. 439).

Em síntese, para Régis Fernandes de Oliveira, a distinção entre ilícitos administrativos e penais encontra-se no órgão que aplica a sanção, no regime jurídico ao qual ela está vinculada, e na necessidade ou não de processo judicial para sua perfectibilização:

Assim, se há necessidade de um processo judicial (meio próprio para a apuração da antijuridicidade e aplicação da sanção), com

as garantias previstas na Constituição Federal, através do órgão jurisdicional, cujo ato final possua força específica de coisa julgada, estamos diante da pena criminal ou da sanção civil. De outro lado, estamos diante de sanção administrativa se a apuração da infração resultar de procedimento administrativo, perante autoridade administrativa, funcionando a Administração como parte interessada em uma relação jurídica, deflagrada sob a lei e em que o ato sancionador não tenha força própria de ato jurisdicional, possuindo presunção de legalidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade (quando não vedada por lei). (OLIVEIRA, 2005, p. 20).

Por fim, também pertence à categoria de critérios formais de distinção daquelas condutas que, por força de determinação expressa da Constituição Federal de 1988, receberam designação específica para figurarem em uma ou em outra espécie de ilicitude. Como exemplos, podemos citar os crimes de racismo, tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins, terrorismo, ação de grupos armados civis e militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, retenção dolosa de salário e condutas lesivas ao meio ambiente, para os quais a Constituição não forneceu espaço para outra forma de controle, que não fosse aquele disposto em suas cláusulas. Assim sendo, não existe permissão para que o legislador infraconstitucional descriminalize a conduta identificada com o tipo ali expresso, realocando-a na categoria de infração administrativa.

3.5 CRITÉRIOS FUNCIONAIS

As teorias utilizadas para distinguir as modalidades do Direito Sancionador de acordo com os critérios formais estabelecidos na Constituição e em leis infraconstitucionais demonstraram-se adequadas para estruturar os regimes jurídicos próprios a essas esferas. Apesar disso, ainda restam lacunas que não puderam ser suficientemente preenchidas com a categorização formal da conduta, impossibilitando o melhor julgamento na produção legislativa para o combate à ilicitude.

Desta forma, muitos autores contemporâneos, dentre os quais se destaca Jesús María Silva Sánchez, passaram a argumentar que se fazia necessário conceber um critério de diferenciação que transpusesse características próprias da infração administrativa e penal. Caso esse estudo não fosse realizado, o controle social permaneceria prejudicado, depositado na mão da discricionariedade quase completa do legislador, abrindo o caminho para a ocorrência de arbitrariedade.

Propôs-se, assim, um estudo operacional dos critérios de imputação e das garantias presentes no funcionamento de cada um destes ramos, abandonando diferenciações essencialistas em prol de critérios funcionais. Desta forma,

[...] o decisivo estaria, assim, não mais nas características intrínsecas aos ilícitos penais e aos administrativos, mas sim nas diferentes finalidades de cada um destes ramos, bem como os meios disponíveis para persegui-las. Diante disso, alguns autores vêm afirmando que o Direito Penal teria por fim proteger bens concretos em casos concretos e seguiria critérios de lesividade ou periculosidade concretos, ao passo que o Direito Administrativo procuraria ordenar, de modo geral, setores de atividade ou reforçar modelos de gestão setorial, não estando, por conta disso, vinculado a critérios de lesividade concreta, mas sim a considerações acerca de efeitos globais ou estatísticos. (LUZ, 2011, p. 436-437).

A adoção dos critérios funcionais permite abdicar da análise das características intrínsecas de determinada conduta, na busca de padrões de correspondência com ilícitos penais ou ilícitos administrativos. Passa-se, então, a investigar os fenômenos de acordo com o funcionamento de cada uma das esferas jurídicas de proteção, identificando qual o melhor resultado prático consoante os critérios e as peculiaridades do fato social em tela. A partir da organização dos critérios funcionais de distinção, Silva Sánchez aponta parâmetros mais úteis na escolha do legislador. Para o autor:

Como se verá, o decisivo aqui volta a ser o critério teleológico: a finalidade que perseguem, respectivamente, o Direito Penal e o Administrativo Sancionador. O primeiro persegue a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio. O segundo persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modelo de gestão setorial). Por isso não tem porque seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística; ainda assim, não tem por que ser tão estrito na imputação, nem sequer persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade). (SILVA SÁNCHEZ, 2002, p. 116).

Esse critério é, de longe, aquele mais indicado para entender a escolha de uma modalidade de repressão em detrimento da outra, pois permite analisar as vantagens e desvantagens de efetivar a regulação de determinada conduta pelo Direito Penal ou pelo Direito Administrativo Sancionador, de acordo com as características próprias da conduta específica (LUZ, 2011, p. 445).

É à luz desses critérios que o presente estudo buscará entender a aplicação do Direito Administrativo Sancionador no combate à corrupção, por meio da sua presença na Lei n. 12.846/2013, a Lei Anticorrupção. Para isso, estudar-se-á, a seguir, o fenômeno identificado como corrupção, para reconhecer nele características úteis na designação da melhor forma de repressão, uma vez que um melhor entendimento das condutas envolvidas certamente ajudará a compreender a visão e a intenção do legislador, ao organizar o sistema brasileiro de combate à corrupção.

4 O FENÔMENO DA CORRUPÇÃO E SEU CONTEXTO

Foi a partir dos trabalhos de Edwin Sutherland, na década de 1940, que nasceu a expressão “crime de colarinho branco” (*white collar crime*), usado inicialmente pelo autor para diferenciar a criminalidade “comum” de uma criminalidade “privilegiada”, mas igualmente problemática para a sociedade.

Sutherland diferenciou a criminalidade “comum”, realizada por pessoas pertencentes às classes inferiores, de baixa renda e *status* social; de uma espécie de criminalidade econômica ou profissional, cometida por pessoas pertencentes às classes superiores, como empresários e políticos, aproveitando-se de sua situação privilegiada para auferir ganhos ilícitos (VERAS, 2006, p. 39).

Os estudos de Sutherland focaram-se na análise da violação de quatro tipos de legislação; as leis antimonopólios, leis relativas às relações de trabalho, leis que regulamentavam a publicidade e, por fim, leis que objetivavam a proteção às patentes e marcas industriais (LIVIANU, 2006, p. 140).

Sutherland objetivava demonstrar como os criminosos de colarinho branco eram tratados de forma privilegiada em relação aos criminosos “comuns”, pelo fato de o sistema de controle social estar estruturado de forma desigual. Ainda que as condutas não fossem perpetradas com violência ou houvesse dificuldade na identificação precisa de vítimas, no sentido clássico da palavra, Sutherland constatou serem essas práticas mais danosas à sociedade que os crimes patrimoniais ou mesmo os crimes contra a vida, justamente pela potencialidade de atingir a coletividade (VERAS, 2006, p. 37).

Foi a partir desses estudos que foi desenvolvida a teoria criminológica da associação diferencial. Essa teoria demonstra que a criminalidade não é resultado da personalidade do indivíduo ou das suas condições sociais, mas é fruto

do aprendizado adquirido pela interação com as pessoas, em especial as mais próximas. Observam, com propriedade, Natália Brasil Dib e Sérgio Fernando Ferreira de Lima, que:

Sutherland rompeu com o pensamento causal-naturalista fundado na etiologia do crime própria do início do século XIX, segundo a qual os menos favorecidos e excluídos socialmente estariam mais propensos à prática de crimes. Sutherland verificou, através de um vasto trabalho de pesquisa, que a criminalidade das classes sociais mais baixas possuía maior percepção social e, por isso, abafavam, tornando menos perceptíveis os crimes praticados pelos pertencentes aos altos escalões. Abolia-se a chamada criminologia do delinquente, própria do pensamento lisztiano: o efeito crime, segundo Sutherland, não possuía como “causa” a qualidade social do agente, mas era resultado do aprendizado adquirido a partir de situações reais enfrentadas pelo agente. Em outras palavras, e ainda que pareça afirmação reducionista, tem-se que o comportamento criminoso é aprendido em interação com as outras pessoas, e não herdado, o que se faz concluir quando se observa ou, ao menos quando observou Sutherland, que a pessoa se torna delinquente quando a maioria de suas interações é favorável ao delito. A principal forma de aprendizagem do delito é, afinal, no âmbito de atuação de grupos pessoais privados, como exemplo citem-se as atividades profissionais de um contador que pratica, reiteradamente, condutas ilícitas sem que se aperceba disso, eis que tais práticas estão incorporadas ao meio social da profissão, as chamadas associações diferenciais. Assim, em Sutherland, tem-se que, no seio de alguns grupos bem definidos, reiteram-se modelos de conduta delitivos. A partir desse “contágio”, os indivíduos passariam a ver como normais determinadas violações da lei, afinal, para eles, têm alto valor certas concepções, como a de que “trabalho é trabalho”. (DIB; LIMA, 2015, p. 122-123).

Os estudos sobre os crimes de colarinho branco e a teoria da associação diferencial foram capazes de municiar a Criminologia e o Direito Penal com ferramentas capazes de entender o complexo liame de fatores em que se desenvolvem os crimes de corrupção. As observações que fizemos acima sobre os crimes de colarinho branco, de maneira geral, se encaixam perfeitamente com o prejuízo à sociedade que a corrupção é capaz de trazer. Guilherme Nucci traz uma noção bem próxima para os efeitos deletérios da corrupção daquela já preconizada por Sutherland:

Uma das maiores contradições do Direito, atualmente, é o falso entendimento de que o crime violento massacra a classe pobre enquanto o delito não violento (como a corrupção) afeta os ricos. Então, entra a demagogia estatal: aumentam-se as penas dos delitos violentos; mantêm-se as penas (ou até se diminuem) dos crimes não violentos, em que se encaixa a corrupção. A grande sacrificada

pelo volume da corrupção gerada no Brasil é a camada mais pobre. Afinal, o desvio de dinheiro público afeta justamente a infraestrutura indispensável a quem não possui recursos financeiros, tais como alimentação, ensino, saúde, lazer, moradia etc. (NUCCI, 2015, p. 11).

O conceito de corrupção, por si, é complexo. Além dos crimes previstos no Código Penal, nos artigos 317 (corrupção passiva) e 333 (corrupção ativa), que denotam uma situação de desmoralização da Administração Pública, os sentidos que a palavra recebe no âmbito privado estão sempre ligados à depravação e à destruição de princípios e virtudes, em favor de um ganho material ilegítimo.

Essa pluralidade de conceitos denota os tipos de corrupção existentes na sociedade, seja ela corrupção política, burocrática, sistêmica, individual, legal, moral etc. O conceito mais simples e claro de corrupção, capaz de se encaixar a qualquer situação possível, parece ser o da Transparência Internacional, uma organização não governamental com sede em Berlim, fundada em 1993, que tem como principal objetivo a luta contra a corrupção. Para a ONG, corrupção é “o abuso do poder confiado por outrem para o ganho particular”¹.

É interessante conferir, também, como a ONG classifica os três principais tipos de corrupção que se desenvolvem na sociedade. Para ela,

a corrupção pode ser classificada como pequena, grande e política, dependendo da quantidade de dinheiro perdido ou desviado no processo, e do setor social no qual ela ocorre. A pequena corrupção se refere ao abuso de poder perpetrado por representantes estatais de nível pequeno ou médio, nas suas interações com cidadãos comuns durante suas atividades de ofício. Em geral, ela ocorre enquanto os cidadãos tentam acessar bens ou serviços básicos, como hospitais, escolas, departamentos de polícia ou outras agências estatais. A grande corrupção consiste em atos praticados nos altos escalões governamentais, capazes de distorcer políticas sociais ou o próprio funcionamento central do aparato estatal, permitindo que os líderes se beneficiem, direta ou indiretamente, de bens e serviços públicos, em detrimento do bem-estar geral da população. Por fim, a corrupção política é a manipulação de políticas, instituições e normas legais de procedimento, aplicada na alocação de recursos públicos e nas concessões de financiamentos e em outras vantagens pecuniárias, perpetrada por autoridades públicas com poder decisório, que abusam de sua posição para manter seu próprio poder, status e riqueza.²

¹ Tradução livre do autor. No original: “the abuse of entrusted power for private gain”. TRANSPARENCY INTERNATIONAL. What is Corruption? Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

² Tradução livre do autor. No original: “Corruption can be classified as grand, petty and political, depending on the amounts of money lost and the sector where it occurs. Grand corruption consists of acts committed at a high level of government that distort policies or the central functioning of the state, enabling leaders to benefit at the expense of the public good. Petty corruption refers to everyday abuse of entrusted power by low- and mid-level public officials in

Sem dúvida, o combate às dimensões política e burocrática da corrupção institucionalizada no Estado é de grande interesse para a sociedade, pois é na mão dos detentores de cargos públicos, das autoridades políticas e dos gestores públicos, que se encontra concentrada a competência decisória voltada a dar destinação à coisa pública.

Em virtude do aspecto político da corrupção e da natureza dos próprios atos de abuso de poder, conclui-se que é muito difícil mensurar o nível de corrupção do nosso país. Os atos corruptos, por exemplo, são deliberadamente escondidos do público, tornando-se conhecidos apenas por meio de investigações e da divulgação de escândalos. Por outro lado, o número de denúncias de suborno ou o número de casos de corrupção levados à justiça não refletem necessariamente o nível de corrupção de um país, pois são dados que estão mais diretamente ligados à eficiência dos órgãos de investigação nacionais.

Apesar disso, não há dúvidas de que a maior parte da população percebe o Brasil como um país altamente corrupto. Inclusive, é justamente a percepção subjetiva o critério de escolha da Transparência Internacional para a medida da corrupção de um país. O Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index – CPI*), da Transparência Internacional, mede exatamente a percepção da corrupção do setor público. Dados qualitativos são coletados por meio de diversas fontes como empresários nacionais, estudiosos do sistema político de cada país e a população em geral, e transformados em um *score* quantitativo que varia de 0 (significando um país altamente corrupto), a 100 (significando um baixíssimo nível de corrupção percebida)³.

Os índices obtidos podem, então, ser comparados com outros indicadores para produzir informações relevantes. Por exemplo, comparando os índices de corrupção dos países, coletados pelo ranking da CPI em 2016, com o seu grau de exclusão social⁴, estimados por meio dos dados da OECD⁵ e dos estudos da

their interactions with ordinary citizens, who often are trying to access basic goods or services in places like hospitals, schools, police departments and other agencies. Political corruption is a manipulation of policies, institutions and rules of procedure in the allocation of resources and financing by political decision makers, who abuse their position to sustain their power, status and wealth.” TRANSPARENCY INTERNATIONAL. What is Corruption? Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

³ A metodologia utilizada pela ONG pode ser facilmente entendida através do documento disponível em: <http://files.transparency.org/content/download/2054/13228/file/CPI_2016_ShortMethodologyNote_EN.pdf>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁴ O grau de exclusão social foi medido, para os países que fazem parte da OECD, através do Índice de Inclusão Social (Social Inclusion Index for OECD countries), disponível no estudo “Indicadores para Governança Sustentável” (Sustainable Governance Indicators), publicado pela Fundação Bertelsmann e disponível em: <http://www.sgi-network.org/docs/2016/thematic/SGI2016_Social_Inclusion.pdf>. Já para os países que não fazem parte da OECD, o indicador utilizado para representar o grau de exclusão social foi o Indicador de Bem-Estar Social (Welfare Regime Indicator), presente no estudo “Bertelsmann Transformation Index”, disponível em: <<https://www.bti-project.org/en/reports>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁵ Organização Econômica para Cooperação e Desenvolvimento (Organisation for Economic Co-operation and

Fundação Bertelsmann⁶, a Transparência Internacional foi capaz de concluir que existe uma correlação muito forte entre inclusão social, desigualdade social, democracia social e corrupção.

Infelizmente, o Brasil figura em uma posição muito ruim no Índice de Percepção da Corrupção (*Corruption Perception Index*), da Transparência Internacional, ocupando, em 2017, a 96ª colocação dentro 180 países avaliados, com apenas 37 pontos⁷.

Dentre os desafios no combate à corrupção no Brasil apontados pela Transparência Internacional, estão a corrupção no governo e nos partidos, o financiamento de campanhas políticas, a corrupção em níveis estadual e municipal e as contratações para grandes obras públicas. Não obstante os pontos negativos elencados, os relatórios da ONG também destacam alguns pontos positivos, com grande potencial para tornarem-se evoluções significativa no que tange ao combate à corrupção institucionalizada⁸.

Dentre eles, estão a maior vigilância da política nacional pela opinião pública, a exemplo do julgamento do Mensalão, e as investigações relativas à Operação Lava Jato, altamente retratadas pela mídia e acompanhada de perto pela população. Outro fator elencado é o aumento da participação da sociedade civil na vida política do país, a exemplo da promulgação da Lei Complementar n. 135/2010, conhecida como Lei da Ficha Limpa, que foi resultado de iniciativa popular. Além disso, o maior acesso à informação e à transparência institucional, fomentadas pelo Estado mediante a Lei n. 12.527/2011, a Lei de Acesso à Informação, foi destaque ao fornecer mecanismos facilitadores e ferramentas, como o Portal Transparência, para que o cidadão comum possa fiscalizar o uso do dinheiro público.

Por fim, a Transparência Internacional também elogiou a Lei Anticorrupção, especialmente no que tange à responsabilização administrativa das empresas que participam de esquemas de corrupção, sancionando-as com pesadas multas que podem variar de 0,1% até 20% do faturamento da empresa⁹.

Development) – OECD, mais informações disponíveis em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁶ Mais informações disponíveis em: <<https://www.bertelsmann-stiftung.de/en/home>>. Acesso em: 10 de fev. 2018.

⁷ Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017> Acesso em: 10 fev. 2018.

⁸ Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_good_news>. Acesso em: 10 fev. 2018.

⁹ "Art. 6º Na esfera administrativa, serão aplicadas às pessoas jurídicas consideradas responsáveis pelos atos lesivos previstos nesta Lei as seguintes sanções: I - multa, no valor de 0,1% (um décimo por cento) a 20% (vinte por cento) do faturamento bruto do último exercício anterior ao da instauração do processo administrativo, excluídos os tributos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando for possível sua estimação". In: BRASIL. Lei n. 12.846, de 1º de

5 SANÇÃO ADMINISTRATIVA NA LEI ANTICORRUPÇÃO (LEI N. 12.846/2013)

Conforme já mencionado ao longo do trabalho, fica a critério do legislador, por meio do exercício da discricionariedade fornecida pela Constituição, a definição da esfera ideal para o enquadramento de determinada conduta que se planeje coibir.

Pelos critérios funcionais, percebe-se que a escolha do Direito Penal ou do Direito Administrativo passa pela seleção dos instrumentos considerados mais adequados para o alcance do objetivo legal, dentre aqueles que cada ramo dispõe. Assim sendo,

[...] um dos mais importantes critérios para distinguir atualmente o Direito Penal do Direito Administrativo consiste nos diferentes procedimentos de cada um destes ramos. Neste registro, uma das questões centrais a serem consideradas na comparação com eventual escolha sobre a área que regulará o fenômeno da corrupção praticada por entes coletivos gira em torno da possibilidade que cada procedimento oferece para se utilizar de meios investigatórios e instrutórios. Por um lado, o Direito Penal parece dotado de mecanismos, a princípio, mais invasivos da intimidade do investigado, mas também mais eficientes, como as escutas ambientais e a quebra de sigilo bancário. Em contrapartida, há, a princípio, muito menos flexibilidade em termos de observância de garantias, posto que estas, no processo penal, são muito mais estritas e oferecem muito mais resistência em alguns pontos. Por outro lado, o Direito Administrativo também é dotado de instrumentos de investigação e instrução, que, entretanto, parecem em alguns casos menos eficazes. (LUZ, 2011, p. 461).

A corrupção é combatida no Brasil com a responsabilização do agente infrator nas três esferas. Na esfera penal, o Título XI da Parte Especial, Dos Crimes contra a Administração Pública, do Código Penal, é encarregado dessa tarefa. Na esfera civil, destaca-se a Lei de Improbidade Administrativa, Lei n. 8.429/92; assim como a Lei de Licitações e Contratos Administrativos, Lei n. 8.666/93, e a Lei da Ação Civil Pública, Lei n. 7.347/85. A responsabilização administrativa das infrações cometidas contra o patrimônio da Administração Pública, desta forma, é regulada pela Lei Anticorrupção.

Assim, a Lei Anticorrupção, nasce da resposta do legislador brasileiro aos anseios sociais relativos às notícias, cada vez mais frequentes, de episódios de corrupção envolvendo órgãos estatais.

agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 abr. 2017.

A referida lei prevê, para os atos lesivos à Administração Pública, dispostos no seu artigo 5º, as sanções previstas no artigo 6º, de caráter administrativo, bem como as medidas ressarcitórias, de caráter civil, previstas pelo artigo 19.

Desta forma, o legislador brasileiro optou, neste diploma mais recente, pelo protagonismo da responsabilização administrativa na repressão das condutas identificadas como corrupção, conforme as características levantadas no tópico anterior.

Helena Regina Lobo da Costa indica que:

[...] não há dúvidas, destarte, de que a Lei Anticorrupção é expressão do direito administrativo sancionador, impondo sanções que, em virtude de seu caráter punitivo, têm como finalidade a prevenção de novas condutas contra a administração pública. (COSTA, 2015, p. 79).

Já na análise do Projeto de Lei n. 6.826/2010, que mais tarde transformar-se-ia na Lei n. 12.846/2013, Yuri Corrêa da Luz dispunha nesse sentido ao indicar que

Neste ponto, é importante salientar que os formuladores do Projeto de Lei optaram por regular esta prática a partir, fundamentalmente, do Direito Administrativo Sancionador. Foi deixada de lado, portanto, a possibilidade de se regular a questão a partir da responsabilidade penal de pessoas jurídicas que cometam atos de corrupção. Diante disso, parece interessante discutir, com base no quadro teórico apresentado anteriormente, quais seriam as diferenças entre estas duas esferas que deveriam ter sido consideradas na escolha entre ambos os tipos de regulação, de modo a se avaliar, e em que medida, a opção tomada pelo legislador brasileiro foi ou não a mais acertada. (LUZ, 2011, p. 451).

A mesma situação de escolha por coibir condutas semelhantes, tipificando-as como infrações administrativas e penais, ocorre com aquelas condutas lesivas à ordem econômica e à livre concorrência, em especial com o caso dos cartéis.

O Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, estruturado pela Lei n. 12.529/11, e a legislação penal antitruste, Lei n. 8.137/90, preveem punição aos mesmos atos praticados contra a ordem econômica, em esferas diferentes. Desta maneira, a formação de cartel é infração administrativa prevista no artigo 36, *caput*, da Lei n. 12.529/11, mas também é crime contra a Ordem Econômica, previsto pelo artigo 4º da Lei n. 8.137/90.

Assim como o desvelo dos atos lesivos à Administração Pública, a formação de um cartel é de muito difícil comprovação, uma vez que os atos praticados em conluio de empresas são perpetrados de forma fraudulenta e sigilosa e, na vasta maioria das ocasiões, não deixam indícios ou provas documentais, senão aqueles voltados a emprestar semelhança de legalidade para as operações realizadas.

Uma das vantagens da utilização da via administrativa para o sancionamento dessas condutas reside na mudança do paradigma punitivo estatal, passando por uma estratégia preventiva advinda de outras técnicas legais, como o Acordo de Leniência, proveniente do Direito Premial anglo-saxão.

Esses instrumentos com os quais o Direito Administrativo Sancionador conta, que vão além da ameaça com a privação da liberdade, típica do Direito Penal, são mais adequados para o desvelo, a repressão e a prevenção das condutas lesivas à Administração Pública.

O Acordo de Leniência está previsto nos artigos 86 e 87 da Lei n. 12.529/2011, a Lei de Defesa da Concorrência, e nos artigos 16 e 17 da Lei Anticorrupção, bem como nos artigos 28 até 40 do Decreto 8.420/2015.

O Acordo de Leniência surge no Direito brasileiro como instrumento de política criminal cujo objetivo é ampliar o poder investigativo das autoridades responsáveis, utilizando-se, para isso, do Direito Premial. Trata-se de uma espécie de delação premiada, cuja natureza jurídica é de fonte probatória, importada do direito norte-americano, realizada na esfera administrativa, primariamente com pessoa jurídica interessada em corrigir situação de ilegalidade ter abrangida sanção eventualmente passível de ser aplicada a si, ou mesmo exonerada completamente das penalidades legais, em troca de confissão do ilícito e fornecimento de evidências capazes de levarem à apuração da infração na qual esteja envolvida, bem como da identificação dos demais envolvidos (LAMY, 2014, p. 47).

Desta forma, o Acordo de Leniência é ferramenta adequada para atingir os objetivos legais, frente às complexas características dessas condutas delituosas (aparência de legalidade, sigilo e dificuldade de verificação de sua existência e identificação dos envolvidos). Apesar de ocorrer na esfera administrativa, pode também ter efeitos penais na medida em que a participação do Ministério Público como parte e signatário do acordo barra a apresentação da denúncia e o prosseguimento da ação penal.

Outros benefícios investigativos dizem respeito à possibilidade da exigência, por parte da autoridade administrativa, da prestação de informações e apresentação de documentos necessários para a comprovação da prática infratora, sob pena de multa. Tal situação nunca seria permitida no âmbito do Direito Penal, já que violaria o direito do acusado de não produzir prova contra si mesmo. Neste sentido, explica Yuri Corrêa da Luz que:

[...] cabe mencionar a possibilidade do Direito Administrativo de requisitar informações e documentos aos investigados sob pena de multa. O art.10, II, da Portaria MF 327/1977 e o art. 9.0, II, da Lei 6.385/1976, obrigam os intimados durante a instrução administrativa a comparecerem para esclarecimento ou prestação de informações. Caso o intimado não atenda ao chamado da CVM, pode ele receber uma multa administrativa. No procedimento penal, tal mecanismo nunca seria permitido, posto que faz parte de sua lógica interna o direito fundamental do réu ao silêncio. O mesmo valeria para o pedido de apresentação de documentos. (LUZ, 2011, p. 461).

Outra importante característica, melhor atendida pela responsabilização administrativa do ilícito, diz respeito à necessidade de grande conhecimento técnico a respeito da conduta perpetrada, a fim de identificar o descumprimento da norma jurídica. Neste sentido:

Para concretizar este argumento, pensemos, apenas a título de exemplo, em como a aplicação de medidas como as previstas nos incs. II e III do art.19 do PL 6.826/2010 precisam ser ponderadas por julgadores com alta capacidade de compreensão da realidade da empresa que pratica o ilícito, principalmente nos casos em que a pessoa jurídica, ao lado da prática de corrupção, também desempenha atividades lícitas. Isso porque é justamente neste caso que sanções como a extinção ou interdição temporária podem produzir efeitos danosos à sociedade como um todo. Além de implicar no afastamento de um ente produtivo da economia do país, com prejuízo para a comunidade de trabalhadores, consumidores e credores, estas sanções poderiam, ainda, impedir que a pessoa jurídica produzisse receita necessária para reparar o próprio dano derivado do ilícito. Tal avaliação, provavelmente, deve ter sido considerada pelo legislador que propôs o Projeto de Lei em tela, posto que, nele, a competência para conduzir o processo e avaliar todas estas questões foi atribuído à Controladoria Geral da União, o órgão mais especializado do governo para tratar do fenômeno da corrupção. Isto, por si só, parece ter sido um forte motivo para a opção do Projeto em regular este fenômeno através do Direito Administrativo. (LUZ, 2011, p. 455).

De fato, o Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União, responsável pela investigação da corrupção, bem como o Conselho Administra-

tivo de Defesa Econômica – CADE, autarquia responsável pela investigação das infrações contra a concorrência, possuem pessoal treinado e expertise técnica para melhor lidar com essas condutas.

Ademais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é um dos temas mais controversos da Política Criminal contemporânea, de modo que a maioria da doutrina brasileira rejeita a responsabilidade penal da pessoa jurídica, porque seus “sistemas de justiça criminal, fundados na unidade orgânica de instituições e normas jurídicas legisladas, criam obstáculos metodológicos ou científicos insuperáveis” (SANTOS, 2010, p. 275).

Deste modo, falta o elemento de culpabilidade às pessoas jurídicas, entes morais desprovidos de capacidade de ação, capazes apenas de expressar a vontade dos seus administradores (DOTTI, 1995, p. 196-197).

Sem o elemento subjetivo, capaz de permitir que a repressão das condutas lesivas ao patrimônio da Administração Pública ocorra no plano penal, a melhor alternativa é a persecução na esfera administrativa, com a posterior responsabilização penal à medida que o procedimento possibilitar a identificação dos gestores responsáveis pelo comando das ações delitivas (TIEDEMANN, 1995, p. 27-28).

No mesmo sentido,

O principal exemplo talvez constitua o princípio da culpabilidade. Regulado pelo art. 5º, XLV, da CF/1988, este princípio exige que a responsabilidade penal apenas seja imputada a quem for considerado individualmente culpável, não podendo a pena, portanto, ultrapassar a pessoa do condenado. Em oposição a isso, o Direito Administrativo não parece estar vinculado à culpabilidade, posto que a ele seria permitido levar em consideração, em seu processo de imputação, critérios de outra natureza. Neste sentido, observa Adán Nieto que, por meio desse ramo trata-se de chegar à responsabilidade não por meio da culpabilidade, mas por meio da capacidade de suportar a sanção. Aproximar-se-ia, assim, mais da responsabilidade civil do que da responsabilidade penal. (LUZ, 2011, p. 456).

A decisão do legislador, ao formular a Lei Anticorrupção, parece ter levado em consideração a resistência dogmática doutrinária em imputar infrações penais a pessoas jurídicas, tomando o ente coletivo como responsável em vez dos membros individualizados, o que pressupõe a formulação de um conceito de ação e de culpabilidade que seja aplicável também à pessoa jurídica.

Conforme expõe Helena Lobo da Costa,

A justificativa para se criar a nova lei voltou-se a que a legislação até então em vigor não apresentaria características aptas a garantir efetividade à sua aplicação: a lei penal não alcança a empresa, tida como importante propulsora de atos ilícitos contra a administração pública; a Lei de Improbidade Administrativa depende da identificação do agente público corresponsável pelo ato, não abarcando, assim, atos que ocorram sem sua participação; outros diplomas não preveem a imposição de multa etc. (COSTA, 2015, p. 74).

Ademais, Yuri Corrêa da Luz explica que o Direito Administrativo Sancionador é “um ramo marcado por uma maior flexibilidade, se comparado à esfera penal, principalmente porque, ao lado dos dois princípios já citados, estão também os princípios do interesse público e da eficiência”. (LUZ, 2011, p. 462).

Por todo o exposto, conclui-se que a opção do legislador brasileiro pela adoção da responsabilização administrativa das condutas previstas na Lei n. 12.846/2013, por meio da previsão de instrumentos investigativos e sancionatórios regidos pelo regime jurídico próprio do Direito Administrativo Sancionador, é adequada para o fim precípuo da referida lei, ou seja, o combate à corrupção.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A sanção administrativa difere-se da penal, pois representa uma ação afliativa, imposta pela Administração Pública, em resposta à ocorrência de um ilícito administrativo, com objetivo repressor voltado a desestimular condutas que descumpram a norma jurídica.

Submete-se aos princípios da legalidade, tipicidade, irretroatividade, culpabilidade, vedação do *bis in idem* e devido processo legal e não pode, por força constitucional, assumir a modalidade de privação da liberdade.

No entanto, apesar de possuir vinculação aos mesmos princípios e garantias constitucionais previstos para o Direito Penal, em consequência da derivação comum do poder punitivo estatal, o Direito Administrativo Sancionador possui características peculiares.

Utilizando critérios funcionais de distinção, o legislador pode relacionar o funcionamento de cada esfera de responsabilização com o objetivo da norma e as características peculiares da conduta que se deseja coibir, para decidir a melhor forma de reprimi-la.

Essa situação pode ser observada na Lei n. 12.846/2013, cuja vinculação ao Direito Administrativo Sancionador confere-lhe instrumentos investigativos e

repressores adequados contra práticas de difícil desvelo, como é o caso da corrupção.

REFERÊNCIAS

ARÊDES, Sirlene Nunes. Âmbito constitucional de aplicação do direito penal e do direito administrativo sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 25, n. 129, p. 435-477, mar. 2017.

BRASIL. **Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013**. Lei Anticorrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. Acesso em: 8 fev. 2018.

CORACINI, Celso Eduardo Faria. Os movimentos de descriminalização: em busca de uma racionalidade para a intervenção jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 50, p. 237-279, set. 2004.

COSTA, Helena Regina Lobo da. Ne bis in idem e lei anticorrupção: sobre os limites para a imposição de sanção pelo Estado. **Revista Fórum de Ciências Criminais – RFCC**, Belo Horizonte, v. 2, n. 3, p. 73-90, jan./jun. 2015.

D’AVILA, Fábio Roberto. Direito penal e direito sancionador: sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 60, p. 9-35, mai. 2006.

DIB, Natália Brasil; LIMA, Sérgio Fernando Ferreira de. *Compliance* e sistema preventivo de controle sob a perspectiva dos crimes contra o sistema financeiro. In: DAVID, Décio Franco (Org.). GUARAGNI, Fábio André; BUSATO, Paulo César. (Coord.). **Compliance e Direito Penal**. São Paulo: Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 30. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DOTTI, René Ariel. A incapacidade criminal da pessoa jurídica (uma perspectiva do direito brasileiro). **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 21-35, jul. 1995.

FEDERAÇÃO DAS INDÚSTRIAS DE SÃO PAULO – FIESP. **Custo da corrupção no Brasil chega a R\$ 69 bi por ano**. Disponível em: <<http://www.fiesp.com>>.

br/noticias/custo-da-corrupcao-no-brasil-chega-a-r-69-bi-por-ano>. Acesso em: 20 abr. 2018.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal**: a implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

LIVIANU, Roberto. **Corrupção e Direito Penal**: um diagnóstico da corrupção no Brasil. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LUZ, Yuri Corrêa da. O combate à corrupção entre Direito Penal e Direito Administrativo Sancionador. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 19, n. 89, p. 429-470, mar./abr. 2011.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

MELLO, Rafael Munhoz de. **Princípios constitucionais de Direito Administrativo sancionador**: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. São Paulo: Malheiros, 2007.

MIR, Jose Cerezo. Direito penal e direitos humanos: experiência espanhola e europeia. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 6, p. 26-35, abr. 1994.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Corrupção e anticorrupção**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

OLIVEIRA, Régis Fernandes de. **Infrações e sanções administrativas**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

OSÓRIO, Fábio Medina. **Direito Administrativo sancionador**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

REALE JÚNIOR, Miguel. Ilícito Administrativo e jus puniendi geral. In: PRADO, Luiz Regis; EL TASSE, Adel (Coord.). **Direito Penal contemporâneo: estudos em homenagem ao Professor José Cerezo Mir.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: PRADO, Luiz Regis; DOTTI, René Ariel (Coord.). **Responsabilidade penal da pessoa jurídica: em defesa do princípio da imputação penal subjetiva.** 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do Direito Penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. Responsabilidad penal de personas jurídicas y empresas en derecho comparado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 11, p. 21-35, jul. 1995.

TRANSPARENCY INTERNATIONAL. **What is Corruption?** Disponível em: <<https://www.transparency.org/what-is-corruption/#define>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

VERAS, Ryanna Pala. **Os crimes do colarinho branco na perspectiva da sociologia criminal.** 2006. 206 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC-SP, São Paulo, 2006.

FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS E A ATUAÇÃO PREVENTIVA NA TUTELA DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA

THE CONTRACTS' SUPERVISION AND THE PREVENTIVE ACTION
IN THE MORALITY OF ADMINISTRATION'S JURISDICTION

Samuel Dal-Farra Napolini

*Promotor de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina*

Sandra Regina Bogisch Ganzo

*Especialista em Direito Penal e Processo Penal pelo Complexo Damásio
Educativo
Pós-Graduada em Direito Público pelo Complexo Damásio Educativo*

RESUMO: O presente artigo aborda as atividades de fiscalização dos contratos administrativos, obrigação legal imposta à Administração Pública pela Lei de Licitações e relevante instrumento para prevenção de ilícitos administrativos. As atribuições do fiscal tocam diretamente à satisfação do interesse público, razão de ser do contrato administrativo, e perpassam desde a execução da avença até eventual penalização do contratado. Dessa forma, fortalecer os mecanismos administrativos de fiscalização do contrato implica reforçar o papel do Ministério Público na defesa do patrimônio coletivo.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos administrativos. Fiscalização. Atribuições do fiscal. Prevenção de ilícitos administrativos. Defesa do patrimônio coletivo.

ABSTRACT: The present article deals with the supervision of public contracts, although this document is a legal imposition to the Public Administration established by the Act of Public Bids and Contracts. This legal instrument has the purpose to prevent any administrative illegal conduct. The Officer in charge duties include the supervising of the public contracts and his/her activities are directly related to the satisfaction of the public interest, the foremost reason of any public contract legal control, and the supervising process includes the execution of each contract until the possibility to impose the sanctions against the law offenders. Therefore, it is important to reinforce the administrative mechanisms of supervising the public contracts in order to emphasize State Prosecution Service's role in defense of the collective patrimony.

Keywords: Public contracts. Supervision. Officer's duties. Prevent administrative illegal conduct. Defense of the collective patrimony.

Enviado em: 4-3-2018

Aceito em: 15-3-2018

1 INTRODUÇÃO

Em atenção à diretriz constitucional (artigo 37, inciso XXI), a Lei de Licitações (Lei 8.666/93), em seu artigo 3º, estabelece que o procedimento licitatório destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, visando à seleção da proposta mais vantajosa para a Administração. Ao final do procedimento licitatório, a Administração Pública e o vencedor do certame firmam contrato, pelo qual assumirão obrigações recíprocas, materializadas, via de regra, na obrigação de pagar o preço – assumida pelo contratante – no dever de entregar o produto ou prestar o serviço – assumido pelo contratado.

Os contratos administrativos são regulados pela Lei de Licitações, por suas próprias cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54, Lei n. 8.666/93). Para além dos traços jurídicos presentes em todo trato obrigacional, o contrato administrativo representa, com ainda maior ênfase, a satisfação de um interesse coletivo, seja na aquisição de bens e na contratação de serviços utilizados para conservar e manter a estrutura operacional da Administração, seja na consecução direta de anseios comunitários, como a edificação de obras públicas, a pavimentação de vias e a execução de serviços de interesse coletivo.

Neste contexto, os contratos firmados pela Administração Pública devem ser claros e precisos quanto às condições de sua execução; e devem conter as cláusulas que definam direitos e obrigações, bem como as responsabilidades das partes, de acordo com o procedimento licitatório e das propostas que os vinculam (art. 54, §1º, Lei n. 8.666/93).

Assim, à medida que o trato operacionaliza e concretiza a realização de anseios coletivos, antecipadamente ou no início da execução do contrato administrativo, está obrigada a Administração Pública a acompanhar e fiscalizar a execução fiel do objeto contratado. É a partir desse momento que surge a figura do *fiscal do contrato*, prevista no artigo 67 da Lei de Licitações. Esse servidor é designado para atuação em determinado contrato, por meio de ato específico, de modo a certificar que as condições indicadas no edital e na proposta serão efetivamente cumpridas no decorrer da execução da avença.

Nestas breves linhas, demonstrar-se-á a relevância da fiscalização dos contratos para a correta execução do objeto licitado; as particularidades de sua

nomeação; e a distinção entre fiscal, gestor e terceiros contratados para auxiliar na fiscalização do pacto. Tratar-se-á do papel do fiscal de contratos na liquidação das despesas, na responsabilidade da Administração Pública quanto aos débitos trabalhistas e a responsabilidade do fiscal por ação ou omissão, bem como a aplicação de sanções ao contratado por inexecução contratual.

2 ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A FISCALIZAÇÃO DOS CONTRATOS

A Administração Pública, como tomadora dos serviços prestados por terceiros, tem na fiscalização instrumento imprescindível para acompanhar, de forma proativa, o adimplemento das obrigações constantes nas cláusulas contratuais, prevenindo eventuais desvios. Neste norte, Pereira Júnior e Dotti asseveram:

[...] que a fiscalização consiste em acompanhar a execução, de forma proativa e preventiva, com os fins de observar o correto cumprimento, pelo contratado, das obrigações previstas nas cláusulas avençadas, e de prestar ao gestor do contrato as informações que sejam relevantes àquele acompanhamento, seja para atestar-lhes a fiel execução ou para apontar desvios que a comprometam. (PEREIRA JÚNIOR; DOTTI, 2011, p. 926).

A função de fiscalização da execução dos contratos administrativos é expressamente prevista na Lei de Licitações, como se depreende, por exemplo, do art. 58 e, especialmente, do art. 67 da Lei 8.666/93. Para Marçal Justen Filho, tais regras traduzem não uma faculdade, mas um poder-dever da Administração Pública, justificado pelos valores da supremacia do interesse público e da indisponibilidade dos interesses coletivos:

O regime de Direito Administrativo atribui à Administração o poder-dever de fiscalizar a execução do contrato (art. 58, III). Compete à Administração designar um agente seu para acompanhar diretamente a atividade do outro contratante. O dispositivo deve ser interpretado no sentido de que a fiscalização pela administração não é mera faculdade assegurada a ela. Trata-se de um dever a ser exercitado para realizar os interesses fundamentais. Parte-se do pressuposto, inclusive, de que a fiscalização induz o contratado a executar de modo mais perfeito os deveres a ele impostos. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 934).

Todavia, ressalta o autor supracitado: “haverá casos nos quais será dispensável aplicação tão restrita do texto legal. A regra será atendida quando a atividade de fiscalização puder realizar-se satisfatoriamente no momento da en-

trega da prestação. Em outros casos, a fiscalização é inviável e o dispositivo não tem qualquer aplicação”. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 934).

Joel Menezes Niebuhr acrescenta que de nada adiantaria o procedimento licitatório e o contrato administrativo se houver omissão quanto à execução contratual, pois é nesta fase que efetivamente o interesse público é satisfeito. Entretanto, ainda que de extrema relevância à execução contratual, esta etapa é lamentavelmente descuidada pela Administração Pública:

A impressão é que aos agentes administrativos parece que assinatura do contrato exaure suas atividades, como se não fosse necessário mais nada, como se o interesse público fosse cumprido com a assinatura dele. Essa percepção é equivocada, sobretudo porque apreende o processo de licitação pública e de contrato administrativo isoladamente, sem atentar que um e outro não passam de meios para a consecução do interesse público, finalidade maior que norteia todas as atividades administrativas. É fundamental que se perceba a licitação pública como meio para escolher a melhor proposta, o que é pressuposto para a celebração de contrato administrativo. Outrossim, o contrato administrativo também não passa de um meio para o fim consubstanciado no excelente e efetivo cumprimento do interesse público o que ocorre com a construção de uma obra, a prestação de um serviço, a aquisição ou alienação de bens ou outra utilidade de interesse reclamado pela coletividade. [...] De nada adianta receber proposta aparentemente excelente, firmar belíssimo contrato, se o interesse público, a demanda da Administração Pública, não for atendida e satisfeita. A eficiência, pois, depende da execução do contrato momento em que é possível mensurar se o interesse público realmente é ou não é atendido e satisfeito.

Por tudo e em tudo, de nada adianta a licitação pública e o contrato administrativo se a Administração Pública for omissa em relação à execução deste, porque é nessa fase que o interesse público efetivamente e concretamente é ou não é atendido e satisfeito. Daí a extrema relevância da fase de execução dos contratos administrativos – infelizmente desamparada e descuidada por grande parte da Administração Pública brasileira. (NIEBUHR, 2008, p. 471-472).

Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que a Administração Pública tem na fiscalização um privilégio, pois permite sanar vícios ou defeitos na execução do contrato ou até mesmo rescindir o contrato unilateralmente quando detectadas falhas na entrega do objeto:

Trata-se de prerrogativa do poder público, também prevista no artigo 58, III, e disciplinada mais especificamente no artigo 37, que exige seja a execução do contrato acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração, especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição. A este fiscal caberá anotar em registro próprio, todas as ocorrências relacionadas à execução

do contrato, determinando o que for necessário à regularização das faltas ou defeitos observados ou, se as decisões ultrapassarem sua competência, solicitá-las a seus superiores. O não atendimento das determinações da autoridade fiscalizadora enseja rescisão unilateral do contrato (art. 78, VII), sem prejuízo das sanções cabíveis. (DI PIETRO, 2015, p. 318).

Contrapondo, de certa forma, o pensamento de Maria Sylvia Zanella Di Pietro, José Anacleto Abduch Santos esclarece que “a rigor, não se poderia qualificar a fiscalização da execução contratual como um privilégio ou como uma prerrogativa pública exorbitante [...] traduzindo-se como um dever inafastável para aferir a concretude da satisfação do interesse público [...]”. (SANTOS, 2015, p. 33).

A jurisprudência do Tribunal de Contas da União segue nesta toada:

A propósito, vale registrar que a prerrogativa conferida à Administração de fiscalizar a implementação da avença deve ser interpretada também como uma obrigação. Por isso, fala-se em um poder dever porquanto, em deferência ao princípio do interesse público, não pode a Administração esperar o término do contrato para verificar se o objeto fora de fato concluído conforme o programado, uma vez que, no momento do seu recebimento, muitos vícios podem já se encontrar encobertos.

Assim, na execução de obras públicas, a presença efetiva do representante da Administração tem o desiderato de evitar a utilização de materiais não condizentes com o projeto ou fora das especificações anteriormente acordadas, tudo isso com vistas a assegurar a regular aplicação de recursos e a qualidade das obras públicas”. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.632/2009*. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Sessão de 22 jun. 2009).

Também:

O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado.

Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e conformidade da quantidade e qualidade contratada e executadas.

Não há nenhuma inovação na exigência do acompanhamento da execução contratual. Inicialmente previsto no art. 57 do Decreto-Lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8666/93, que manteve a exigência em seu art. 67, esse registro é condição essencial à liquidação da despesa, para verificação do direito do credor, conforme dispõe o art.63, §2º inciso III, da Lei 4320/64. A falta desse registro, desse acompanhamento *pari passu*, propicia efetivamente possibilidade de lesão a erário [...] é passível de multa Responsável por fiscalização

de obras que não cumpra as atribuições, previstas no parágrafo único do art. 67 da Lei 8666/93. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 226/2009*. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 18 fev. 2009).

No Tribunal de Contas de Santa Catarina, sobre a obrigação de fiscalizar os contratos administrativos:

Prejulgado:2162

1. A alteração do contrato poderá ocorrer durante a sua execução, de modo unilateral pela Administração Pública ou por acordo entre as partes, na forma e nas hipóteses previstas no art. 65 da Lei n. 8.666/93;
2. *Cabe as partes contratantes executarem fielmente o contrato, cabendo à Administração Pública realizar a efetiva fiscalização do contrato. De regra, o contrato administrativo não pode ser alterado unilateralmente pelo particular contratado; (...)*
3. Em caráter excepcional é possível a formalização da alteração contratual posterior à execução do serviço, desde que:
 - a) comprovada a falha na elaboração do projeto básico e/ou executivo que inviabilizasse o atendimento do interesse público, na forma prevista no art. 65, inciso II, alínea "d", da Lei n. 8.666/93;
 - b) haja omissão ou atraso injustificável da adoção das providências a cargo da Administração;
 - c) o contrato ainda esteja em plena execução.

Acima de tudo, o acompanhamento dos contratos pode detectar problemas capazes de comprometer a correta execução do pacto, evitando, desta forma, que eventual desídia do contratado venha a causar prejuízos por vezes irreversíveis ou de difícil ou dispendiosa reparação à Administração, a terceiros e ao próprio contratado. Em termos mais amplos, na linha sugerida por Léo da Silva Alves, o macroconjunto de atividades relacionadas à fiscalização do pacto englobaria: a) identificação correta do que será contratado; b) qualidade na licitação; c) controle do recebimento do objeto; d) fiscalização da execução propriamente dita; e) gerenciamento dos incidentes contratuais (ALVES, 2004, p. 66).

Destarte, a fiscalização contratual é medida essencial para que o interesse público prevaleça, uma vez que possibilita à Administração Pública antecipar-se a possíveis defeitos que poderiam, em um futuro próximo, ocasionar prejuízos, evitando-se, assim, adversidades e inconvenientes como rescisões, penalidades e, em casos mais extremos, ações judiciais etc.

3 DO FISCAL DO CONTRATO

Depreende-se do artigo 67, *caput*, da Lei 8.666/93 que “a execução do contrato deverá ser acompanhada e fiscalizada por um representante da Administração especialmente designado, permitida a contratação de terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo de informações pertinentes a essa atribuição”. Em suma, o fiscal do contrato é um servidor que a Administração Pública indica para o acompanhamento da execução da avença.

É importante destacar que embora a Lei de Licitações não tenha estabelecido o conceito de *gestor do contrato*, as figuras do gestor e do fiscal não se confundem, pois, enquanto este último é designado para acompanhar o cumprimento de especificações, cronogramas, ou outros termos ajustados, àquele compete acompanhar e tomar medidas essenciais ao processo contratual, como as revisões, prorrogações, alterações contratuais, entre outros aspectos dessa natureza. Nesse sentido, manifesta-se Joel de Menezes Niebhur:

O representante da Administração a que faz referência o *caput* do artigo 67 da lei nº 8.666/93 apenas acompanha e fiscaliza a execução dos contratos administrativos. Por isso, é equivocado chamá-lo de gestor de contratos, já que não recebeu, em princípio, poderes de gestão. O correto é chamá-lo – se for necessário ou conveniente dar-lhe um apelido – de fiscal do contrato, expressão que melhor se harmoniza com as suas atribuições, conforme se depreende do próprio *caput* do artigo 67 da Lei 8.666/93e, especialmente, do seu §1º. (NIEBUHR, 2008, p. 474).

Lucas Rocha Furtado distingue as funções de fiscal e gestor do contrato:

Ao fiscal do contrato, como observado, cumpre verificar a correta execução do objeto da avença, de modo a legitimar a liquidação dos pagamentos devidos ao contratado, ou, conforme o caso, para orientar as autoridades competentes acerca da necessidade de serem aplicadas sanções ou de rescisão contratual. O gestor do contrato, a seu turno, é aquele a quem incumbe tratar com o contratado. Ou seja, o gestor do contrato tem a função de conversar com o contratado, de exigir que este último cumpra o que foi pactuado, de sugerir eventuais modificações contratuais. (FURTADO, 2009, p. 498-499).

A distinção entre as funções é realçada por Laerte Marques:

Gestor é aquele que gerencia a execução do contrato e a atuação da fiscalização, ou seja, é aquele que decide sobre qualquer solicita-

ção do contratado que implique alteração contratual, ao passo que o fiscal de contratos é o servidor designado [...] com poderes para fiscalizar e atestar a regular execução do avençado, informando ao gestor as irregularidades encontradas por ocasião da fiscalização e anotando em registro próprio as ocorrências relacionadas à execução do contrato, reportando-se ao gestor sempre que o assunto ultrapassar sua competência. (MARQUES, 2013, p. 102).

Mesmo não tendo a Lei de Licitações disposto de forma distinta sobre as funções exercidas pelo fiscal e pelo gestor do contrato, não há óbice para que as unidades administrativas assim o façam, conforme autorização genérica contida no artigo 115 da Lei 8.666/93. Há que se ponderar, ainda, que, nos contratos que envolvam obras e serviços especializados, é necessário que o fiscal tenha formação específica, como a graduação em engenharia, para o acompanhamento de edificações. Para José Anacleto Abduch Santos, quatro limites devem ser observados para nomeação do fiscal do contrato:

O primeiro limite para a designação de um servidor para fiscalizar a execução contratual decorre da lei. A fiscalização de certos objetos é de atribuição específica de determinada categoria profissional. [...] Somente pode ser designado para fiscalizar e acompanhar obras e serviços de engenharia um servidor público que tenha formação técnica e esteja habilitado para o exercício da profissão, na forma da lei (com inscrição no CREA, por exemplo). Como no caso da lei que rege as profissões de engenheiro, arquiteto e engenheiro agrônomo, há diversas outras atividades e atribuições profissionais que são privativas de determinado segmento técnico-profissional. Cabe à Administração Pública identificar qual o segmento técnico deve ser envolvido na fiscalização e aferir se tal segmento é de atuação privativa de uma determinada categoria profissional, pena de designar alguém para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato que atuará no exercício irregular da profissão, o que pode, em tese, inclusive se tipificado como contravenção penal.

O segundo limite é a regra da competência. Como regra, o servidor a ser designado para a fiscalização na forma da lei seria titular de cargo público ou de emprego público. Competência, já se viu antes, é o conjunto de atribuições, encargos, deveres e poderes que a lei ou a Constituição nomeiam para alguém, seja uma pessoa jurídica, seja uma pessoa física, ou mesmo órgão ou entidade pública despersonalizada.

O representante da Administração, para acompanhar e fiscalizar a execução do contrato, será, invariavelmente, uma pessoa titular de cargo ou emprego público.

O terceiro limite para a designação de agente público para a função de acompanhamento e de fiscalização é a capacitação técnica específica. [...]

O quarto limite é de ordem mais subjetiva, mas não menos importante. O agente público que for designado para o acompanhamento e para a fiscalização travará inúmeras e por vezes complexa e difíceis relações intersubjetivas. É preciso então, que o agente público,

para bem exercer a função de fiscalização seja portador de importantes características pessoais, como facilidade de comunicação e ao menos certa capacidade de liderança, entre outras. (SANTOS, 2015, p. 181-182).

O fiscal deve ser escolhido entre pessoas que detenham conhecimento técnico suficiente do objeto fiscalizado, pois as falhas na fiscalização poderão alcançar inclusive o agente público que nomeou o fiscal por culpa *in eligendo*, conforme entendimento do Tribunal de Contas da União:

86. O defendente era o superior hierárquico responsável pela equipe técnica que atestava os serviços. Assim sendo, não poderia se furtar da responsabilidade de vigiar, controlar e apoiar seus subordinados, buscando os meios necessários para a efetividade das ações afetas à Superintendência. Ao se abster dessa responsabilidade, agiu com culpa nas modalidades *in omittendo* e *in vigilando*. Se considerarmos, ainda, que os componentes de sua equipe não tinham competência e formação adequadas para as atividades que lhes eram afetas, pode-se suscitar que o defendente teria agido com culpa *in eligendo*. (Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 277/2010. Plenário.) Acerca da alegada inexperiência, arguida pelo querelante, aduzo às considerações da Serur o entendimento jurisprudencial deste Tribunal de Contas acerca da culpa *in vigilando* atribuível aos responsáveis na aplicação dos recursos públicos, consubstanciado no Voto condutor do Acórdão 1.190/2009-TCU-Plenário: "(...) Ainda que o ex-edil venha *a posteriori* invocar como eximente de culpabilidade o fato de não ter acompanhado diretamente a formalização e a execução do contrato, o então gestor municipal concorreu para o dano que lhe foi imputado por culpa *in eligendo* e culpa *in vigilando*. Como se depreende dos fatos, o ex-prefeito atrai para si a responsabilidade civil e administrativa também por não ter bem selecionado agentes probos a quem delegou tais tarefas operacionais, bem como por não ter devidamente supervisionado e exigido dos seus subordinados o escorreito cumprimento da lei". (Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 5.842/2010. 1ª Câmara. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 14 set. 2010).

Nesse sentido, a seleção do fiscal e a designação das funções que serão por ele exercidas são de suma importância para o bom andamento da execução do pactuado. Tanto é assim que a própria Lei de Licitações prevê a possibilidade de terceiros auxiliarem o fiscal no desempenho de suas funções, pois de nada adiantaria nomear servidor que não possui conhecimento suficiente sobre o objeto a ser fiscalizado ou não lhe oportunizar apoio técnico quando necessário ao bom andamento da fiscalização.

Destarte, a teor do artigo 67 da Lei n. 8.666/93, pode o servidor solicitar à Administração Pública a contratação de apoio de terceiros para assisti-lo quando

necessárias informações técnicas referentes a determinados objetos contratuais ou quando as especificidades fugirem a sua alçada de conhecimento ou o objeto a ser fiscalizado seja complexo. Se a Administração entender pela necessidade da contratação de terceiros para fornecer apoio técnico à fiscalização, deverá proceder o devido processo licitatório, ainda que a empresa a atuar na fiscalização seja a mesma que elaborou o projeto básico ou executivo – embora, por óbvio, não a empresa contratada que esteja a executar a avença.

Por outro lado, a contratação de empresa para elaboração do projeto executivo não confere, por si só, direito subjetivo a que esta pessoa jurídica seja também contratada para prestação dos serviços de supervisão, pois os serviços de coordenação, supervisão e controle de obras, não se inserem nas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de que trata a Lei de Licitações. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 20/2007*. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 24 jan. 2007.)

De toda sorte, é flagrante a relevância do labor do fiscal para o sucesso do contrato. Na precisa síntese de Carlos Wellington Leite de Almeida, a atividade de fiscalização constitui um dos “mais relevantes temas da gestão pública contemporânea, no Brasil. Verdadeiro ‘calcanhar de Aquiles’ da execução dos contratos administrativos, não são raros os casos em que boas licitações e bons contratos são perdidos em seus fins devido a deficiências na fiscalização ou mesmo à ausência desta”. (ALMEIDA, 2009, p. 53).

4 DA NOMEAÇÃO DO FISCAL DO CONTRATO

O fiscal será designado por ato administrativo geral ou específico, procedimento a ser adotado em cada contratação efetuada pela Administração. Tal designação deverá conter o nome e a qualificação do servidor público ou comissão a que competirá a fiscalização.

Por se tratar de ato lícito emanado de autoridade superior, a nomeação de servidor para exercer as funções de fiscal do contrato não poderia, em tese, ser recusada pelo nomeado. No entanto, pode o servidor explanar ao superior hierárquico as limitações e/ou deficiências que possam impedi-lo de cumprir o encargo diligentemente, consoante entendimento exarado no Acórdão 2.917/2010, Plenário, da relatoria do Ministro Valmir Campelo, TCU:

5.7.5.O acompanhamento e a fiscalização da execução do contrato por um representante da Administração são tarefas obrigatórias fixadas no art. 67 da Lei nº 8.666/93. Em outras palavras, cabe ao fiscal do contrato acompanhar a fiel execução contratual, zelando pelo cumprimento de todos os requisitos necessários para a prestação dos serviços, em total conformidade com os termos do edital e do contrato.

5.7.6. Acerca das incumbências do fiscal do contrato, o TCU entende que devem ser designados servidores públicos qualificados para a gestão dos contratos, de modo que sejam responsáveis pela execução de atividades e/ou pela vigilância e garantia da regularidade e adequação dos serviços (item 9.2.3 do Acórdão nº 2.632/2007-P).

5.7.7. O servidor designado para exercer o encargo de fiscal não pode oferecer recusa, porquanto não se trata de ordem ilegal. Entretanto, tem a opção de expor ao superior hierárquico as deficiências e limitações que possam impedi-lo de cumprir diligentemente suas obrigações. A opção que não se aceita é uma atuação a esmo (com imprudência, negligência, omissão, ausência de cautela e de zelo profissional), sob pena de configurar grave infração à norma legal (itens 31/3 do voto do Acórdão nº 468/2007-P). (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.917/2010*. Plenário. Relator: Valmir Campelo. Sessão em: 3 nov. 2010).

Acrescenta-se ainda:

O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração, que anotará, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados. O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços previstos com as necessidades dos respectivos trechos. Os “serviços apresentados como executados eram não apenas invariavelmente de custo superior ao efetivamente executado, como seus quantitativos estavam superdimensionados, conforme medições efetuadas pela equipe em uma amostra de um quilômetro de um trecho particularmente crítico da estrada” (Acórdão 1.448/2006 – Plenário, relatório) O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário.

É elemento essencial que autoriza as ações subseqüentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contrato. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratada e executada. E, nesses termos, manifesta-se toda a doutrina e jurisprudência. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 767/2009*. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 24 abr. 2009).

Neste ponto, destaca-se a posição doutrinária no sentido de que, a fim de evitar intromissões indevidas na fiscalização, não seria recomendada a nomeação como fiscal de agente subordinado ao gestor do contrato. Do mesmo modo, em atenção à divisão de funções, não é recomendável a atribuição das funções

de fiscal e gestor ao mesmo servidor, ou indicar como fiscal agentes que tenham participado da comissão de licitações.

A nomeação do fiscal deverá ocorrer antes ou de forma concomitante ao início da vigência do contrato, nos termos da decisão do Tribunal de Contas da União exarada no Acórdão 380-5/11 – Plenário: “(...) 9.3. alertar o (...) quanto às ocorrências a seguir, apontadas nos itens 3.25 e 3.27 do relatório de fiscalização: (...) “9.3.7. ausência de nomeação de fiscal do contrato antes do início de sua vigência, decorrente do descumprimento da Lei 8.666/1993, art. 67”.

Assim, o gestor público deve preocupar-se com a indicação de servidor que desempenhará as funções de fiscalização do contrato antes do início da vigência contratual, por meio de Portaria que expressará as informações pormenorizadas do contrato e do agente fiscalizador:

Deve o gestor se preocupar com a escolha do fiscal do contrato antes da designação, pois deve ser um servidor que tenha capacidade técnica e conhecimento do objeto contratado. Por exemplo, no caso de obras e serviços de engenharia, o ideal é que o fiscal do contrato seja um engenheiro, pois este tem o domínio técnico do objeto contratado. Caso o gestor não possua em seu quadro de servidores um engenheiro, poderá contratar terceiros para assisti-lo e subsidiá-lo na fiscalização do objeto contratado, considerando a relevância e o valor contratado pela Administração Pública. O primeiro passo é a especial designação de um servidor público para a fiscalização do contrato. Esta designação deverá ser feita por meio de Portaria, devidamente publicada, que contenha os dados do servidor e os do contrato administrativo que será fiscalizado (número, objeto, prazo, empresa contratada etc.). (PELEGRINI, 2013, p. 333).

O Tribunal de Contas da União recomenda, ainda, que o fiscal do contrato atue a partir da concepção inicial da contratação, fornecendo anotações e experiências derivadas de contratos anteriores à equipe de planejamento, visando ao aprimoramento do instrumento contratual para as novas contratações. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão 3016/2015*. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 25 nov. 2015).

A designação de fiscal e do gestor que atuarão na gestão e na fiscalização de determinado contrato administrativo, segundo a Cartilha da Escola Nacional de Administração Pública – ENAP, deve conter as seguintes especificações:

1. Obrigação de formalização do ato de designação;
2. Deve ser nomeado um fiscal específico para cada contrato;
3. O fiscal deve ser formalmente certificado, preferencialmente com aposição de ciência em documento a ser posteriormente jun-

tado aos autos;

4. A Portaria de designação do fiscal e gestor (ou ato normativo específico) deve definir, expressamente, as atribuições de cada um dos responsáveis pela fiscalização do contrato;

5. Deve ser identificado um fiscal substituto para as ausências ou impedimentos do fiscal titular. (ENAP, 2016, p. 68).

5 ATRIBUIÇÕES DO FISCAL DO CONTRATO

A ação primeira a cargo do fiscal do contrato é certificar a existência de documentos imprescindíveis ao início do controle efetivo, quais sejam:

- Emissão da nota de empenho.
- Assinatura do contrato e de outros instrumentos hábeis.
- Publicação do extrato do contrato.
- Publicação da portaria o nomeando como Fiscal.
- Verificação das exigências contratuais e legais para início da execução do objeto.
- Relação do pessoal que irá executar o serviço e a respectiva comprovação da regularidade da documentação apresentada.
- Relação de materiais, máquinas e equipamentos necessários à execução contratual (ENAP, 2016, p. 76).

No que tange ao controle das obrigações assumidas pela empresa contratada, deve o fiscal manter em pasta específica cópia do instrumento convocatório da licitação (edital); termo de referência ou projeto básico; orçamento e planilha de custos; cronograma físico-financeiro; necessidade a ser atendida e resultados esperados com o contrato; conhecimento da realidade do mercado respectivo; proposta da contratada; documento coletivo de trabalho da categoria envolvida na prestação dos serviços (convenção, acordo ou dissídio coletivo de trabalho); instrumento de contrato; documento de designação do preposto pela contratada; livro diário com registro de ocorrências, de preferência, assinado pelo preposto da Contratada; cópia de atas de reuniões realizadas com o preposto da contratada, a fim de discutir a qualidade da contratação. (ENAP, 2016, p. 70-71).

Nesta linha, o entendimento do Tribunal de Contas da União proferido nos Acórdãos 748/2011 – Plenário e 2605/12 – Plenário:

O acompanhamento e controle dos contratos administrativos devem se dar por meio de processos organizados, inclusive com o rol de documentos necessários à verificação prévia aos pagamentos, bem como devem ser segregados os papéis e responsabilidades dos envolvidos na contratação, mormente as atividades a serem desen-

volvidas pelos fiscais de campo e gestores do contrato. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 748/2011*. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão de 30 mar. 2011).

A Administração deve formalizar processo para acompanhamento da execução dos contratos, com a documentação física e financeira necessária, bem como incluir em sistema contábil, ou em outro sistema gerencial, informações sobre o contrato e/ou projeto ao qual está vinculado, a fim de aperfeiçoar sua gestão e atender ao princípio da eficiência. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2605/2012*. Plenário. Relator: Marcos Bemquere. Sessão de 26 set. 2012).

Reunida a documentação, o representante da Administração, já no exercício da fiscalização, deve anotar em registro próprio as ocorrências registradas no transcorrer da execução do contrato, agindo imediatamente para regularização de defeitos, falhas ou faltas observadas. Desta forma, as anotações efetuadas pelo fiscal do contrato constituem relevante ferramenta para o acompanhamento da execução contratual, servindo de base para eventual pedido de providências ao superior hierárquico quando a tomada de decisão não for da alçada do fiscal do contrato (art. 67 §2º, Lei n. 8.666/93).

De outro norte, como corolário lógico dos dispositivos legais que tratam da fiscalização do contrato, é dever do contratado facilitar o acompanhamento por parte da Administração, de modo a permitir amplo e fácil acesso ao objeto a ser executado, além de atender prontamente às solicitações realizadas pelo representante do Ente Público.

Compete ao fiscal verificar se o objeto está sendo executado conforme as especificações do contrato e o termo da proposta ou projeto básico apresentados no decorrer do procedimento licitatório; e o acompanhamento do cronograma de execução, mormente no que toca aos contratos com prazo determinado (contratos de escopo), evitando, assim, o desrespeito ao cronograma da execução. Compete ao fiscal, ainda, a responsabilidade pelo recebimento do objeto, provisório ou definitivo, salvo nas situações previstas no §8º, do artigo 15, e alínea 'b', do inciso I do artigo 73, ambos da Lei de Licitações.

O recebimento provisório do objeto consiste na recepção da obra ou serviço com a transmissão da posse e todas as consequências jurídicas a ele inerentes para aferição da compatibilidade do que foi contratado e o que foi executado. É nesta fase, pois, que serão feitos exames, contrastes e avaliações do objeto entregue. Concluída a etapa de verificação do objeto e constatada a entrega

integral e de modo satisfatório, a Administração Pública recebê-lo-á definitivamente mediante assinatura pelas partes de termo circunstanciado assinado em até 15 dias, no caso de obras e serviços.

Do Tribunal de Contas da União, destaca-se a decisão no Acórdão n. 1.731/2009, Plenário:

Adote medidas para que a fiscalização dos contratos sob sua alçada esteja de acordo com o art. 67 da Lei nº 8.666/1993, de modo a garantir a qualidade do produto final e o pagamento apenas dos serviços efetivamente executados. Exija dos fiscais a elaboração de diário de obras, registrando tempestivamente as ocorrências relacionadas à execução do contrato (materiais, equipamentos e mão-de-obra utilizados, bem assim a localização precisa dos serviços executados etc.), em atenção ao § 1º do art. 67 da Lei nº 8.666/1993. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1731/2009*. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 05 ago. 2009).

Também:

a manutenção de diário nas obras, onde sejam anotadas todas as ocorrências relacionadas com a sua execução, de forma a se manter o registro atualizado do seu acompanhamento e fiscalização, consoante o disposto no art. 67 da Lei nº 8.666/93. (Tribunal de Contas da União. *Decisão n. 835/2002*. Plenário. Relator: Benjamim Zymler. Sessão de 03 jul. 2002).

É certo, também, que o fiscal designado para atuar em determinado contrato administrativo representa o mais importante ator no processo de liquidação das despesas (Lei 4.320/64, art. 63), pois é ele quem assegura que o pagamento efetuado corresponda à efetiva entrega do objeto. Por consequência, eventuais falhas cometidas pelo fiscal no momento da liquidação, dolosas ou culposas, podem acarretar prejuízos à Administração Pública e o efetivo desvio de recursos públicos, à medida que serviços não prestados ou produtos não integralmente entregues sejam pagos pela Administração.

6 DA RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A fiscalização ineficiente do contrato pode gerar a responsabilidade subsidiária da Administração Pública no que toca a débitos trabalhistas. Neste tema, a princípio, o artigo 71 da Lei 8.666/93 é claro ao atribuir toda a responsabilidade pelo adimplemento das obrigações trabalhistas, previdenciária, fiscal e

comercial ao contratado. Todavia, em que pese o artigo 71 §1º da Lei 8.666/93 aparentemente afastar a responsabilidade da Administração no que toca aos débitos trabalhistas, previdenciários e comerciais não adimplidos pelo terceiro contratado, em sentido contrário, o Tribunal Superior do Trabalho emitiu o Enunciado 331 - TST, e passou a contemplar a responsabilidade subsidiária da Administração pelas obrigações trabalhistas da contratada.

Ao julgar a ADC 16 em 2010, o Supremo Tribunal Federal, declarou a constitucionalidade do referido artigo da Lei n. 8.666, contudo, adotou orientação no sentido da responsabilidade subsidiária do Poder Público nos casos de comprovada omissão da Administração Pública na fiscalização da execução contratual. Retira-se do voto da Ministra Cármen Lúcia:

26. (...) Contudo, eventual descumprimento pela Administração Pública do seu dever legal de fiscalizar o adimplemento de obrigações trabalhistas por seu contratado, se for o caso, não impõe a automática responsabilidade subsidiária da entidade da Administração Pública por esse pagamento, pois não é capaz de gerar vínculo de natureza trabalhista entre a pessoa estatal e o empregado da empresa particular. Principalmente, se tanto ocorrer, isso não se insere no campo da inconstitucionalidade do dispositivo em causa. (Supremo Tribunal Federal. *Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16/DF*, Plenário. Relator: Ministro Cezar Peluso, j. em 24/11/2010, DJe de 8 set. 2011).

Marçal Justen Filho comenta a decisão do STF:

[...] no julgamento da ADC 16, o STF reputou constitucional o artigo 71 da Lei 8.666/93 e assim estabeleceu que, nas hipóteses em que a empresa terceirizada não satisfizer todas as verbas trabalhistas devidas, poderá haver atribuição de responsabilização da Administração Pública somente mediante a comprovação de omissão na fiscalização do cumprimento das obrigações pelo contratado. (JUSTEN FILHO, 2012, p. 940).

Depois da decisão do Pretório Excelso, o Tribunal Superior do Trabalho alterou o Enunciado 331 para reconhecer a responsabilidade subsidiária à Administração Pública nos casos de inadimplemento dos débitos trabalhistas da empresa contratada somente nos casos em que comprovada a culpa *in eligendo* ou *in vigilando*, ou seja, realçando o papel do fiscal do contrato. Destaca-se o julgado do STF:

DIREITO DO TRABALHO E ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL EM RECLAMAÇÃO. PODER PÚBLICO. TERCEIRIZAÇÃO. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA.

1. Decisão reclamada que afirma a responsabilidade subsidiária da Administração por débitos trabalhistas de suas contratadas, quando reconhecida a omissão da contratante na fiscalização da execução do contrato (*culpa in eligendo ou in vigilando*).
2. Inexistência de violação à autoridade da decisão proferida na ADC 16.
3. Em reclamação, é inviável reexaminar o material fático-probatório dos autos, a fim de rever a caracterização da omissão do Poder Público.
4. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental na Reclamação n. 12.634/ RO*. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 22 set. 2015).

Do TST, colhem-se os julgados posteriores à alteração do Enunciado 331:

RECURSO DE REVISTA. TERCEIRIZAÇÃO. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA. ADC N.º 16. INEXISTÊNCIA DE CULPA IN VIGILANDO. Em recente julgamento, proferido nos autos da ADC n.º 16, o Supremo Tribunal Federal esteve diante da Súmula n.º 331, IV, deste TST, vindo a decidir que o art. 71, § 1.º, da Lei n.º 8.666/93 não exime a administração pública de responsabilidade subsidiária pelos créditos dos empregados das empresas prestadoras de serviços quando houver incorrido na culpa in vigilando. Em face do entendimento adotado na Suprema Corte, coube a este TST proceder a uma releitura da Súmula n.º 331, IV, e modificar a linha decisória até então adotada, restringindo a aplicação do verbete sumular às hipóteses nas quais as premissas fáticas estabelecidas nas instâncias ordinárias revelem a existência da culpa in vigilando do ente público tomador de serviços, que se consubstancia na falta de fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da prestadora. Na espécie, nota-se que o Tribunal a quo em nenhuma passagem consignou a existência de conduta culposa por parte da CONAB, o que, diante da nova interpretação dada à temática da responsabilidade subsidiária, importa na inaplicabilidade do item IV da Súmula n.º 331/TST. Recurso de Revista não conhecido. (Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 851900-39.2008.5.12.0037*. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 16 mar. 2011).

RECURSO DE REVISTA - ENTE PÚBLICO - RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA - ADC Nº 16 - JULGAMENTO PELO STF - CULPA IN VIGILANDO - OCORRÊNCIA NA HIPÓTESE DOS AUTOS - ARTS. 58, III, E 67, CAPUT E § 1º, DA LEI Nº 8.666/93 - INCIDÊNCIA. O STF, ao julgar a ADC nº 16, considerou o art. 71 da Lei nº 8.666/93 constitucional, de forma a vedar a responsabilização da Administração Pública pelos encargos trabalhistas devidos pela prestadora dos serviços, nos casos de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas por parte do vencedor de certame licitatório. Entretanto, ao examinar a referida ação, firmou o STF o entendimento de que, nos casos em que restar demonstrada a culpa in vigilando da Administração pública, viável se torna a sua responsabilização pelos encargos devidos ao trabalhador, tendo em vista que, nessa situação, responderá pela sua própria incúria. Nessa senda, os arts. 58, III, e 67, caput e § 1º, da Lei nº 8.666/93 impõem à administração pública o ônus de fiscalizar o cumprimento de todas as obrigações assumidas pelo

vencedor da licitação (dentre elas, por óbvio, as decorrentes da legislação laboral), razão pela qual à entidade estatal caberá, em juízo, trazer os elementos necessários à formação do convencimento do magistrado (arts. 333, II, do CPC e 818 da CLT). Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional do Trabalho atestou que não houve a fiscalização, por parte do Município-recorrente, acerca do cumprimento das ditas obrigações, razão pela qual deve ser mantida a decisão que o responsabilizou subsidiariamente pelos encargos devidos ao autor. Recurso de revista não conhecido. (Tribunal Superior do Trabalho. *Recurso de Revista n. 26200-08.2007.5.08.0016*. 1ª Turma. Relator Ministro Vieira de Mello Filho, 2 mar. 2011).

Nesse compasso, baseada na culpa *in eligendo* e *in vigilando*, a jurisprudência trabalhista tem atribuído ao tomador de serviços – Administração Pública – a responsabilidade pelos débitos trabalhistas não adimplidos pelo contratado. Deve a Administração Pública estar atenta à ocorrência de qualquer irregularidade no tocante aos débitos tanto no ato da contratação com intuito de não configurar a culpa *in eligendo*, quanto na execução do contrato para afastar a caracterização da culpa *in vigilando*, alcançando o fiscal do contrato nos termos do artigo 82 da Lei de Licitações.

7 DA RESPONSABILIDADE DO FISCAL DO CONTRATO

Em relação ao ato de designação do fiscal do contrato a suas implicações quanto à responsabilidade do profissional designado, repisa-se que:

a designação do representante para acompanhamento e fiscalização deve ser formal, por ato próprio ou por termos nos autos, a fim de que fique claro quem será o responsável da Administração por qualquer falha no acompanhamento/fiscalização dos termos do contrato firmado (REVISTA DE ZÊNITE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS, 2001, p. 64)

O artigo 82 da Lei de Licitações assim estabelece:

Os agentes administrativos que praticarem atos em desacordo com os preceitos desta lei ou visando a frustrar os objetivos da licitação sujeitam-se às sanções previstas nesta lei e nos regulamentos próprios, sem prejuízo das responsabilidades civil e criminal que seu ato ensejar.

Ao descuidar do dever de controle da execução do contrato, o administrador público, em razão da inobservância de norma legal, estaria a praticar infração

grave, passível de repressão em diversas esferas jurídicas. No caso do servidor fiscal de contrato que atua de forma lesiva, pode, em tese, responder por sua ação, culposa (negligência, imperícia, imprudência) ou dolosa, nas esferas civil (ressarcimento do dano), criminal (caso a conduta seja tipificada como crime), administrativa (nos termos do estatuto de sua submissão) e por improbidade administrativa (Lei 8.429/92).

Segundo José Anacleto Abdusch Santos, quatro protagonistas poderiam ser responsabilizados no âmbito da fiscalização defeituosa dos contratos:

A autoridade responsável pela contratação, o órgão de controle interno, o gestor e o fiscal do contrato, cada qual enfeixa deveres ínsitos à sua competência legal que devem ser exercidos com eficiência e eficácia. A primeira infração que podem cometer tais agentes públicos diz respeito à omissão em exercer a prerrogativa de controle da execução judicial. Os agentes públicos que detêm tal prerrogativa têm a obrigação legal de exercê-la. Se não exerce ou exerce de forma irregular, causando prejuízo ao patrimônio público e ao interesse público, por isso responderá. Pode responder por conduta comissiva (ação) ou por conduta omissiva (omissão). (SANTOS, 2015, p. 183).

Vem a calhar, aqui, a menção ao órgão de controle interno da estrutura administrativa, cujo fortalecimento é o foco do Programa Unindo Forças, desenvolvido pelo MPSC. Com efeito, ao controlador interno não cabe, por força da diretriz da segregação de funções, efetuar a fiscalização direta dos contratos, tarefa a cargo de servidor indicado por portaria específica para este fim. Por outro lado, cabe à Controladoria Interna do ente público alicerçar, mediante atos concretos de auditoria e a produção de normas e instruções, a atuação de um sistema efetivo de fiscalização de contratos administrativos, talvez o segmento da atividade pública mais propenso a práticas corruptas.

Ressalte-se, entretanto, que mesmo a contratação de terceiros para auxiliar na fiscalização não tem o condão de transferir a culpa por irregularidades na execução do contrato, exceto quando demonstrado que profissional contratado para auxiliar na fiscalização incorreu em erro grave, e este equívoco não foi percebido, de forma justificada, pelas autoridades responsáveis. Já decidiu o Plenário do TCU no Acórdão 20/2007:

3. Nos casos em que o parecer do profissional é de fundamental importância para embasar o posicionamento a ser adotado pelas instâncias decisórias, uma manifestação contaminada por erro téc-

nico, de difícil detecção, acarreta a responsabilidade civil do parecerista pelos possíveis prejuízos daí advindos. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 20/2007*. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 24 jan. 2007).

Destarte, o servidor incumbido de fiscalizar o contrato deve registrar toda e qualquer irregularidade na execução do pacto e, sendo de sua competência, resolver a pendência ou solicitar a seus superiores as providências necessárias ao caso, pois a atuação deficiente do fiscal do contrato pode causar prejuízo ao erário e atrair para si a responsabilização por eventuais irregularidades praticadas no âmbito de suas atribuições. Nesta linha, vão os julgados do TCU:

Verifica-se, pois, que uma atuação deficiente do fiscal de contratos tem potencial para causar dano ao erário, o que atrai para si a responsabilização pela irregularidade praticada. A negligência do fiscal da Administração na fiscalização de obra ou acompanhamento de contrato atrai para si a responsabilidade por eventuais danos que poderiam ter sido evitados, bem como às penas previstas nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.443/92. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 859/2006*. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 07 jun. 2006).

Também:

Ao atestar notas fiscais concernentes a serviços comprovadamente não prestados, o agente administrativo [...] tornou-se responsável pelo dano sofrido pelo erário e, conseqüentemente, assumiu a obrigação de ressarcir-lo [...]. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 2.512/2009*. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão de 28 out. 2009).

Ainda:

[...] Diante do acima exposto, forçoso é concluir que a ausência da cautela e do zelo profissional requeridos de agentes administrativos, quando estão atuando na defesa dos interesses do erário, contribuiu significativamente para a ocorrência do prejuízo apurado nestes autos, o qual deverá ser ressarcido ainda que seja reconhecida a boa-fé do responsável. Afinal, a preservação do erário jamais poderia ficar a mercê do conhecimento sobre a intenção (*animus*) do agente causador do dano, de modo que a culpa, por negligência ou imprudência, é suficiente para ensejar a reparação do dano. Assim sendo, entendo que lhe deve ser imputada responsabilidade solidária pelos prejuízos decorrentes da inexecução parcial dos Contratos CFP nº 23/1999 e nº 52/1999, firmado pela Seter/DF e pelo IPEP. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 468/2007*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 28 mar. 2007).

E mais:

Instrua os fiscais de contrato quanto à forma de verificar e medir a execução de serviços e o recebimento de bens, observando os preceitos dos arts. 73 e 76 da Lei nº 8.666/1993, alertando-os para a responsabilidade pessoal pelos “atestos” emitidos. Exija das empresas contratadas, em atenção ao disposto nos arts. 63 da Lei nº 8.666/1993 e 4º, IV, do Decreto nº 2.271/1997, a designação formal de preposto a ser mantido no local dos serviços, para representá-las durante a execução do contrato de prestação de serviços. Envide, no âmbito de cada unidade do Ministério, esforços para implementar e utilizar efetivamente controles formais para os fiscais das execuções contratuais, de maneira a garantir o cumprimento de todas as cláusulas previstas nos contratos e de todos os normativos legais. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1330/2008*. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 7 jul. 2008).

Assim, a responsabilidade do fiscal pode surgir perante o Tribunal de Contas, que poderá imputar débito ao responsável, referente ao dano causado; determinar aplicação de multa; e ainda inabilitá-lo para exercício de cargo ou função de confiança, consoante o Acórdão de Reexame 002.301/2006-2 – Plenário, no qual foi reconhecida a ineficiência fiscalizatória de engenheiro responsável por obras de pavimentação em estradas federais e aplicada multa pela infração cometida:

SUMÁRIO: LEVANTAMENTO DE AUDITORIA. DNIT. EXECUÇÃO CONTRATUAL. ACOMPANHAMENTO DEFICIENTE. MULTA. PEDIDO DE REEXAME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CAPAZES DE DESCONSTITUIR A DELIBERAÇÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO. – É passível de multa responsável por fiscalização de obras que não cumpra as atribuições previstas no parágrafo único do art. 67 da Lei 8.666/1993. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 767/2009*. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22 abr. 2009.)

Do corpo do acórdão, colaciona-se:

No entanto, na auditoria realizada no Programa Emergencial de Trafegabilidade e Segurança nas Estradas – Petse, no Estado do Paraná, nas obras da BR-476, entre o km 277,9 e o km 364,2, foi verificada a ausência de diário de obras; as empresas é que definiam os serviços realizados; não havia registro de serviços anteriores executados sobre o pavimento e não houve fiscalização da usina de asfalto. O art. 67 determina que a execução do contrato deve ser acompanhada e fiscalizada por representante da Administração que anotará, em registro próprio, todas as ocorrências pertinentes, mantendo os superiores devidamente informados. O descumprimento do dispositivo, com a deficiente fiscalização da execução contratual, implicou a não correspondência dos serviços

previstos com as necessidades dos respectivos trechos. Os serviços apresentados como executados eram *"não apenas invariavelmente de custo superior ao efetivamente executado, como seus quantitativos estavam superdimensionados, conforme medições efetuadas pela equipe em uma amostra de um quilômetro de um trecho particularmente crítico da estrada."* (extraído do relatório de auditoria) O registro da fiscalização, na forma prescrita em lei, não é ato discricionário. É elemento essencial que autoriza as ações subsequentes e informa os procedimentos de liquidação e pagamento dos serviços. É controle fundamental que a administração exerce sobre o contratado. Propiciará aos gestores informações sobre o cumprimento do cronograma das obras e a conformidade da quantidade e qualidade contratadas e executadas.

Não há nenhuma inovação na exigência do acompanhamento da execução contratual. Inicialmente previsto no art. 57 do Decreto-lei 2.300/1986, revogado pela Lei 8.666/1993, que manteve a exigência em seu art. 67, esse registro é condição essencial à liquidação da despesa, para verificação do direito do credor, conforme dispõe o art. 63, § 2º, inciso III, da Lei 4.320/1964. A falta desse registro, desse acompanhamento *pari passu*, propicia efetivamente possibilidade de lesão ao erário.

Essa a motivação da multa, cujo simbólico valor, de R\$ 2.000,00, é proporcional à gravidade da infração cometida e representa pouco mais do que o valor mínimo fixado no art. 268, inciso I, do Regimento Interno.

Ante o exposto, acolho os pareceres e voto por que o Tribunal de Contas da União aprove o acórdão que ora submeto ao Plenário. (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 767/2009*. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22 abr. 2009).

De outro norte, demonstrado que o responsável pela fiscalização da execução do contrato enfrentava condições precárias para execução de suas atividades ou a omissão de seus superiores, elidir-se-á sua responsabilidade como fiscal do contrato ou buscar-se-á a responsabilidade solidária do agente nomeante:

Acórdão n. 319/2010 – Plenário

(responsabilidade solidária daquele que designa o fiscal do contrato e não lhe dá os meios necessários para o exercício das suas atribuições)

As falhas detectadas no processo de seleção e contratação das entidades, bem como as irregularidades verificadas na execução dos contratos, apontam para quadro de descalabro administrativo, o qual decorreu, em grande parte, da conduta omissiva do então titular da Seter, que não forneceu a seus subordinados os meios materiais e o treinamento necessário ao fiel desempenho das atribuições daqueles servidores, nem deu cumprimento às seguidas determinações exaradas pelo Tribunal de Contas do Distrito Federal. (Voto do Min-Rel. Walton Alencar Rodrigues).

"RECURSOS DE RECONSIDERAÇÃO EM TOMADA DE CONTAS ESPECIAL. IRREGULARIDADES. CONHECIMENTO. PROVIMENTO PARCIAL DE UM RECURSO. NÃO PROVIMENTO DOS DEMAIS. CIÊNCIA AOS INTERESSADOS.

1. Demonstrado nos autos que a responsável pela fiscalização do contrato tinha condições precárias para realizar seu trabalho, elide-se sua responsabilidade.
2. Comprovado que os responsáveis pela execução técnica do contrato objeto dos autos negligenciaram quanto à adoção de providências para sanar irregularidades apresentadas no curso da execução desse contrato, mantém-se, na íntegra, suas responsabilidades". (Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 839/211*. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Sessão de 06 abr. 2011).

8 DAS SANÇÕES E PENALIDADES DO CONTRATADO

Sob outro prisma, se o fiscal do contrato atuar de forma diligente, a Administração Pública estará segura quanto ao cumprimento das obrigações pactuadas ou, caso detectadas irregularidades no decorrer da execução contratual, em atenção à supremacia do interesse público sobre o privado, poderá o contratante aplicar penalidades ao contratado ou mesmo rescindir unilateralmente o contrato administrativo.

O artigo 78 da Lei de Licitações estabelece rol de situações que poderão motivar a rescisão unilateral pela Administração Pública, todas elas, em larga medida, relacionadas ao labor de fiscalização, como o inadimplemento ou o cumprimento irregular de cláusulas contratuais no tocante a especificações, projetos e prazos; o atraso injustificado para o início da obra ou prestação do serviço e o desatendimento a determinações regulares expedidas pelo próprio fiscal do contrato (art. 78, VII), dentre outras causas.

Do mesmo modo, a atuação regular do fiscal do contrato permite ao Ente Público contratante, após regular processo administrativo, a aplicação das sanções previstas no artigo 87 da Lei de Licitações – advertência, multa, suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração por prazo não superior a dois anos e declaração de inidoneidade para licitar e/ou contratar com a Administração Pública, quando da inexecução parcial ou total do contrato.

Assim, é de suma importância que o fiscal registre em livro próprio as ocorrências diárias do contrato, pois, desta forma, haverá subsídios suficientes a embasar o questionamento das falhas na execução do contrato administrativo. Não é, destaque-se, o próprio fiscal que conduzirá o processo administrativo ou decidirá pela aplicação de sanções, mas seus relatórios e registros serão fundamentais como elemento de convicção para deliberação da Autoridade Responsá-

vel, posto que traçarão todas as fases e eventuais percalços durante a execução do pacto.

Além disso, a recente promulgação da Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013), que versa sobre a responsabilidade judicial e administrativa das pessoas jurídicas envolvidas na prática de atos lesivos contra a Administração, traz novas luzes sobre a figura do fiscal do contrato, visto que considerável número de exemplos de atos lesivos trazidos pelo art. 5º da Lei Anticorrupção versam sobre desvios da pessoa jurídica contratada quando da execução do contrato administrativo.

9 DA ATUAÇÃO PREVENTIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E A FISCALIZAÇÃO DE CONTRATOS

Em Santa Catarina, a escolha do combate à corrupção como tema central dos Planos Gerais de Atuação do Ministério Público para os biênios 2016/2017 e 2018/2019 suscitou o desafio quanto ao desenvolvimento de novas iniciativas preventivas, de caráter estruturante e em conjugação de esforços com a Administração Pública, que contemplassem, no entanto, as áreas mais expostas da Administração, tradicionalmente tiscnadas por atos ilícitos.

Assim, inicialmente o Centro de Apoio Operacional da Moralidade Administrativa (CMA) colheu subsídios doutrinários e jurisprudenciais sobre o tema, em especial, sobre a aplicação do art. 67 da Lei de Licitações. A coleta de informações teve lugar de forma paralela aos Seminários Regionais do Programa Unindo Forças e demonstrou que, mesmo para os controladores internos municipais, a atuação do fiscal do contrato ainda provocava sérias dúvidas, o que demandava providências imediatas por parte da Instituição.

Desta forma, o CMA disponibilizou a todos os Promotores do Estado a pesquisa-base sobre atuação do fiscal do contrato e construiu, tendo por base iniciativa de colega Promotor de Justiça no Ceará, modelos de peças de atuação (portaria de abertura de inquérito civil; ofício requisitório dirigido à Prefeitura Municipal; recomendação; termo de compromisso de ajustamento de conduta) destinadas aos Membros do *Parquet* no intuito de incentivar a Administração Municipal a efetuar providências mínimas para acompanhamento de seus próprios contatos.

De modo a estimular também o controle social, o projeto de impulso à fiscalização de contratos administrativos, lançado em 30 de janeiro de 2017 e que,

até o momento, ensejou a abertura de 40 procedimentos investigativos em SC, foi integralmente compartilhado com a Rede de Observatórios Sociais do Brasil, instituições sem fins lucrativos voltadas para a promoção da cidadania fiscal e da esmerada aplicação dos recursos públicos. Como resultado, o projeto do MPSC foi apresentado no Encontro Nacional da Rede de Observatórios Sociais, realizado em Curitiba, em maio de 2017.

10 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, é essencial que não só a Administração proceda à nomeação de representante para fiscalizar a execução de seus contratos, mas que o servidor ou terceiro execute suas funções com zelo e dedicação. O acompanhamento eficiente na fiscalização do contrato traduz-se, como regra, na economia de recursos públicos e na eficiência na prestação de serviços por parte do Ente Público, reprimindo, inclusive, possíveis prejuízos ao erário e propiciando ao fim da execução do contrato obras e serviços públicos de melhor qualidade e muito mais satisfatórios ao interesse público.

Notórios casos recentes de corrupção e malversação de recursos públicos, como aqueles investigados na Operação Lava Jato, têm origem no acompanhamento precário dos contratos administrativo, o que favorece o superfaturamento e o desvio. Mesmo quando não há intenção de apropriação ilícita de valores públicos, a ineficiência de empresas contratadas pelo Poder Público, contemplada por falhas na fiscalização das avenças, prejudica a prestação de serviços públicos em todo país e ocasiona danos à população de forma tão ou mais severa do que a corrupção.

Portanto, cabe ao Ministério Público, como responsável pela defesa dos interesses sociais e coletivos, dentre os quais, por certo, a higidez do patrimônio coletivo, diligenciar para que falhas graves na fiscalização de contratos administrativos sejam punidas e, acima de tudo, evitadas, mediante ações de fomento à estruturação de formas mais eficazes de fiscalização contratual internas à Administração.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Wellington Leite de. Fiscalização contratual: 'calcanhar de Aquiles' da execução dos contratos administrativos. **Revista do TCU**, v. 41, n. 114, p. 53-62, jan/abr. 2009.

ALVES, Léo da Silva. Gestão e fiscalização de contratos públicos. **Revista do TCU**, v. 35, n. 102, p. 60-69, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 16/DF**. Plenário. Relator: Ministro Cezar Peluso. Brasília, 24 nov. 2010, DJE de 8 set. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginador-pub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627165>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo Regimental na Reclamação n. 12.634/RO**. Relator: Ministro Roberto Barroso. Brasília, 22 set. 2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Rcl%24%2ESCLA%2E+E+12634%2ENUME%2E%29+O-U+%28Rcl%2EACMS%2E+ADJ2+12634%2EACMS%2E%29&base=baseAco-rdaos&url=http://tinyurl.com/pkvdttyt>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Decisão n. 835/2002**. Plenário. Relator: Benjamim Zymler. Sessão de 3 jul. 2002. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A835%2520ANOACORDAO%253A2002/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 859/2006**. Plenário. Relator: Marcos Vinícios Vilaça. Sessão de 7 jun. 2006. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A859%2520ANOACORDAO%253A2006/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 20/2007**. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 24 jan. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A20%2520ANOACORDAO%253A2007%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão n. 468/2007. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 28 mar. 2007. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A468%2520ANOACORDAO%253A2007%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1330/2008**. Plenário. Relator: Benjamin Zymler. Sessão de 7 jul. 2008. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1330%2520ANOACORDAO%253A2008%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%-252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 767/2009**. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 22 abr. 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/LEVANTAMENTO%2520DE%2520AUDITORIA.%2520DNIT.%2520EXECU%-25C3%2587%25C3%2583O%2520CONTRATUAL.%2520ACOMPANHAMENTO%-2520DEFICIENTE.%2520MULTA.%2520PEDIDO%2520DE%2520REEXAME/ANOACORDAO%253A2009/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/3/false>>. Acesso em: 14 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 226/2009**. Plenário. Relator: Ministro Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 18 fev. 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A226%2520ANOACORDAO%253A2009%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1632/2009**. Plenário. Relator: Ministro Marcos Bemquerer Costa. Sessão de 22 jun. 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento>>

[to/11/%252a/NUMACORDAO%253A1632%2520ANOACORDAO%253A2009%-2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false](https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1632%2520ANOACORDAO%253A2009%-2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false)>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 1731/2009**. Plenário. Relator: Augusto Nardes. Sessão de 5 ago. 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A1731%2520ANOACORDAO%253A2009%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2512/2009**. Plenário. Relator: Aroldo Cedraz. Sessão de 28 out. 2009. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2512%2520ANOACORDAO%253A2009%2520COLEGIADO%253A%2522Plen%25C3%25A1rio%2522/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 5842/2010**. 1ª Câmara. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 14 set. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A5842%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/2/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2.917/2010**. Plenário. Relator: Valmir Campelo. Sessão em: 3 nov. 2010. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/12/%252a/NUMACORDAO%253A2917%2520ANOACORDAO%253A2010/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520COLEGIADO%2520asc%252C%2520ANOACORDAO%2520desc%252C%2520NUMACORDAO%2520desc/true/1/false>>. Acesso em: 16 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 748/2011**. Plenário. Relator: Ubiratan Aguiar. Sessão de 30 mar. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A748%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A748%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 839/2011**. Plenário. Relator: Raimundo Carreiro. Sessão de 6 abr. 2011. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A839%2520ANOACORDAO%253A2011/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 2605/2012**. Plenário. Relator: Marcos Bemquere. Sessão de 26 set. 2012. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A2605%2520ANOACORDAO%253A2012/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. **Acórdão n. 3016/2015**. Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Sessão de 25 nov. 2015. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/pesquisaJurisprudencia/#/detalhamento/11/%252a/NUMACORDAO%253A3016%2520ANOACORDAO%253A2015/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/false/1/false>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 26200-08.2007.5.08.0016**. 1ª Turma. Relator Ministro Vieira de Mello Filho, 2 mar. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%2026200-08.2007.5.08.0016&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAALW+AAG&dataPublicacao=18/03/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista n. 851900-39.2008.5.12.0037**. Relatora Ministra: Maria de Assis Calsing, 16 mar. 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR%20-%20851900-39.2008.5.12.0037&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAK9zAAO&dataPublicacao=25/03/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

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

ENAP. **Cartilha da Escola Nacional de Administração Pública**. Disponível em: <[https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/cadernos_36_fiscalizacao_de_contratos.pdf](https://www.comprasgovernamentais.gov.br/arquivos/caderno/cadernos_enap_36_fiscalizacao_de_contratos.pdf)>. Acesso em: 6 nov. 2016.

FURTADO, Lucas Rocha. **Curso de licitações e contratos administrativos**. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 15. ed. São Paulo: Dialética, 2012.

MARQUES, Laerte. Gestão e fiscalização dos contratos administrativos e o processo de contratações públicas. **Interesse Público**, São Paulo, v. 15, n. 79, p. 85-112, maio/jun. 2013.

MEIRELLES. Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

NIEBUHR, Joel de Menezes. **Licitação pública e contrato administrativo**. Belo Horizonte, Fórum, 2008.

PELEGRINI, Simone Aparecida. **O fiscal do contrato**. Disponível em: <<http://www.tce.ce.gov.br/component/jdownloads/send/199-revista-controle-volume-xi-n-jan-jun-2013/2151-artigo-19-o-fiscal-do-contrato>>. Acesso em: 31 out. 2016.

PEREIRA JUNIOR, Jessé Torres; DOTTI, Marinês Restelatto. A responsabilidade dos fiscais da execução do contrato administrativo. **Fórum de Contratação e Gestão Pública - FCGP**, Belo Horizonte, ano 10, n. 120, dez. 2011.

REVISTA ZÊNITE DE LICITAÇÕES E CONTRATOS. **Sobre as responsabilidades funcionais do fiscal do contrato**. Curitiba: Zênite, n. 83, jan. 2001.

SANTOS, José Anacleto Abduch. **Contrato Administrativos: formação e controle interno da execução: com particularidades dos contratos de prestação de serviços terceirizados e contratos de obras e serviços de engenharia**. Prefácio Marçal Justen Filho. Belo Horizonte: Fórum, 2015.

A INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMO FORMA DE TRATAMENTO DO DEPENDENTE DE DROGAS ILÍCITAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

THE PSYCHIATRIC HOSPITALIZATION AS A WAY OF TREATING
THE DRUG ADDICT IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF
PROPORTIONALITY

Priscila Matos Martins

Assistente de Promotoria

Pós-Graduada em Direito Penal pelo Damásio Educacional

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar a possibilidade de internação psiquiátrica como forma de tratamento do dependente de drogas ilícitas, à luz do princípio da proporcionalidade, utilizando como base a doutrina, a jurisprudência, a legislação, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade e os direitos fundamentais à liberdade e à saúde. Para atingir tal objetivo, foi utilizado o método de abordagem dedutivo, uma vez que de uma proposição geral chega-se à particularidade. Quanto ao nível de profundidade, a pesquisa foi exploratória, com o intuito de aperfeiçoar ideias. Quanto à abordagem, a pesquisa foi qualitativa, haja vista que foram desenvolvidos conceitos, ideias e entendimentos sobre o tema, objeto do presente estudo. Quanto ao procedimento, foi utilizada pesquisa bibliográfica, tendo em vista a utilização de doutrinas, artigos publicados em meio eletrônico, bem como análise da legislação e utilização de algumas jurisprudências. Pelos resultados obtidos, constatou-se que é possível a internação psiquiátrica como forma de tratamento de dependentes de drogas ilícitas. Por derradeiro, concluiu-se, com base nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como no direito fundamental à saúde, pela possibilidade de internação psiquiátrica como forma de tratamento do dependente de drogas ilícitas, sem que isso acarrete violação do direito fundamental à liberdade, desde que o tratamento em regime de internação seja estritamente necessário à recuperação do dependente.

PALAVRAS-CHAVE: Internação psiquiátrica. Dependência de drogas. Tratamento.

ABSTRACT: This study aims to analyse the possibility of the psychiatric hospitalization as a form of treatment for the dependent of illicit drugs in the light of the principle of proportionality, using basic foundations, case law, legislation, constitutional principles of the human dignity and proportionality, and fundamental rights of freedom and health law. In order to achieve this goal, the method used was the deductive approach, considering that a general proposition can achieve a particular conclusion. Moreover, the work level of depth, was exploratory, with the aim of improving ideas. The research was qualitative, developing new concepts, ideas and understandings on the main purpose of the present study. Besides that, the usual procedure was the literature research, considering the use of doctrines, published articles in the electronic media, as well as the analysis of legislation and the use of certain precedents. According to the results, it was possible to declare that psychiatric hospitalization can be considered a way of treating drug addict. Finally, it was concluded, based on the principles of proportionality, also in the constitutional principles of the human dignity, as well the fundamental rights of freedom and health law, that it is possible to seek for psychiatric hospitalization as a form of treatment for the dependent of illicit drugs, without incurring in a violation of the fundamental rights of freedom, mostly in cases when it is strictly required for his/her rehabilitation.

Keywords: Psychiatric hospitalization. Drug addict. Treatment. Principles of proportionality.

1 INTRODUÇÃO

As drogas têm sido consideradas um dos maiores problemas do mundo moderno, levando as pessoas à dependência química, a qual retira do dependente a capacidade de compreensão e de desejo, fazendo com que sua livre escolha entre usar e não usar a droga fique prejudicada.

Com o intuito de tentar recuperar a saúde do dependente de drogas ilícitas, bem como sua dignidade, o presente estudo analisa a possibilidade de utilização do instituto da internação psiquiátrica como forma de tratamento.

Para o alcance desse objetivo principal, far-se-á o estudo do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais à liberdade e à saúde, bem como do princípio da proporcionalidade. Também serão abordadas as modalidades de internação psiquiátrica existentes no ordenamento jurídico, para verificar se a possibilidade de tratamento em regime de internação viola ou não o direito fundamental à liberdade do dependente de drogas ilícitas.

Trata-se, portanto, de temática que cotidianamente exige atuação enérgica dos Membros do Ministério Público, tendo em vista que as Promotorias de Justiça são amplamente procuradas, especialmente, para a propositura de ação de internação compulsória em favor de algum dependente de drogas ilícitas.

2 A INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA COMO FORMA DE TRATAMENTO DO DEPENDENTE DE DROGAS ILÍCITAS

Antes de adentrar na análise sobre a internação psiquiátrica como forma de tratamento do dependente de drogas ilícitas, necessário se faz uma breve explanação acerca das modalidades de internação psiquiátrica existentes atualmente na Lei de Reforma Psiquiátrica (Lei n. 10.216/01).

2.1 MODALIDADES DE INTERNAÇÃO PSIQUIÁTRICA

Inicialmente, cabe salientar que não há, na atual Lei n. 11.343/06, previsão de qualquer espécie de internação para o dependente. Dessa forma, utiliza-se a Lei n. 10.216/01, que traz as modalidades de internação psiquiátrica para as pessoas com transtornos mentais, de forma extensiva para os dependentes de drogas.

A princípio, cabe salientar que três são as modalidades de internação psiquiátrica existentes na legislação ordinária. São elas: internação voluntária, internação involuntária e internação compulsória.

Ressalta-se que o tratamento em regime de internação somente será proposto se o tratamento ambulatorial não for suficiente, conforme prevê o *caput* do artigo 4º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

Diante disso, passa-se a discorrer sobre cada uma das espécies de internação psiquiátrica.

2.1.1 Internação voluntária

A internação voluntária está prevista no inciso I do parágrafo único do artigo 6º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001). A internação voluntária é aquela que se dá com o consentimento do paciente, ou seja, dá-se a partir da vontade própria daquele que se encontra em situação de uma necessidade sujeita à internação.

Nesse momento, cumpre registrar que a Portaria de Consolidação n. 3/2017 prevê, em seu artigo 7º, § 4º, inciso IV, que o Centro de Atenção Psicossocial – Álcool e Outras Drogas (CAPS-ad) tem por objetivo atender “pessoas de todas as faixas etárias, que apresentam intenso sofrimento psíquico decorrente do uso de crack, álcool e outras drogas”. (BRASIL, 2017). Há, também, o CAPS-ad II, o qual presta “serviço de atenção psicossocial para atendimento de pacientes com transtornos decorrentes do uso e da dependência de substâncias psicoativas, [...]”, nos termos do artigo 23, § 15, da Portaria de Consolidação referida (BRASIL, 2017).

Dessa forma, para a realização de internação voluntária, o dependente pode se dirigir ao CAPS-ad e solicitar sua internação. O referido Centro providenciará o agendamento de uma consulta com o médico e, se constatada a real necessidade de tratamento em regime de internação, o médico emitirá um laudo circunstanciado das manifestações do paciente e o encaminhará para uma clínica do Estado, assim que surgir uma vaga. Aberta a vaga, o paciente será informado para proceder a sua internação e, neste momento, deverá assinar uma declaração na qual informe que optou por este tipo de tratamento. A necessidade de emissão dessa declaração está expressa no *caput* do artigo 7º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

Se o dependente desejar ser internado em clínica privada como, por exemplo, em comunidade terapêutica, não há impedimento. Nessa hipótese, pode se dirigir até a clínica de sua confiança e solicitar sua internação. O médico responsável pelo estabelecimento providenciará sua avaliação para constatar se há ou não necessidade de internação. Cabe ressaltar que o laudo médico circunstanciado é igualmente imprescindível, conforme dispõe o *caput* do artigo 6º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

A diferença entre os hospitais públicos e privados são, especialmente, a forma de custeio, pois enquanto o primeiro é custeado pelo Poder Público, o segundo é pago pelo próprio paciente ou por seus familiares.

Além disso, o paciente poderá permanecer na clínica pelo tempo necessário à sua recuperação, ressalvado o disposto no Parágrafo Único do artigo 7º da Lei n. 10.216/01, segundo o qual “o término da internação voluntária dar-se-á por solicitação escrita do paciente ou por determinação do médico assistente”. (BRASIL, 2001).

Não sendo constatada a necessidade de internação, o CAPS-ad providenciará o encaminhamento do dependente para o tratamento ambulatorial, mediante a realização das seguintes atividades, nos termos do artigo 23, § 16, da Portaria de Consolidação n. 3/2017:

Art. 23 [...].

§ 16. A assistência prestada ao paciente no CAPS-ad II para pacientes com transtornos decorrentes do uso e dependência de substâncias psicoativas inclui as seguintes atividades: (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16).

I - atendimento individual (medicamentoso, psicoterápico, de orientação, entre outros); (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, I).

II - atendimento em grupos (psicoterapia, grupo operativo, atividades de suporte social, entre outras); (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, II).

III - atendimento em oficinas terapêuticas executadas por profissional de nível superior ou nível médio; (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, III).

IV - visitas e atendimentos domiciliares; (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, IV).

V - atendimento à família; (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, V).

VI - atividades comunitárias enfocando a integração do dependente químico na comunidade e sua inserção familiar e social; (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, VI).

VII - os pacientes assistidos em um turno (04 horas) receberão uma refeição diária; os assistidos em dois turnos (08 horas) receberão duas refeições diárias; (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, VII).

VIII - atendimento de desintoxicação. (Origem: PRT MS/GM 336/2002, Art. 4º, § 16, VIII). (BRASIL, 2017).

Tais atividades são de suma importância para o tratamento da dependência química, de forma que apenas deve ocorrer alguma das formas de internação psiquiátrica quando for realmente favorável ao paciente.

Cabe salientar, ainda, que para este tipo de internação é de suma importância a concordância e vontade do dependente. Nesse aspecto, Wüsthof (1991, p. 70) afirma que:

O primeiro passo para iniciar um tratamento é que o indivíduo admita que o problema da dependência existe. A maior parte dos drogadependentes, por um distúrbio na capacidade de julgamento, acredita ser capaz de largar as drogas no momento em que tiver vontade. Na realidade, em muitos casos, isto não passa de ilusão. [...]. Sem dúvida, quando o dependente procura ajuda terapêutica por decisão própria, temos um ponto de partida mais positivo, com prognóstico provavelmente mais promissor.

No mesmo aspecto, explanam Quevedo e Carvalho (2014, p. 74-75):

Como regra, os tratamentos médicos devem ser conduzidos com a plena concordância do paciente, valendo esse princípio para qualquer especialidade. Dessa forma, fortalece-se a aliança de trabalho e valoriza-se a autonomia do paciente, o que, no caso dos doentes mentais, é um pouco crucial no planejamento terapêutico. Assim, toda vez que uma internação psiquiátrica se fizer necessária, é preferível que ocorra sob a modalidade de internação psiquiátrica voluntária (IPV).

Para os referidos autores, não basta que o paciente assine declaração de que optou por esse tipo de tratamento. Há que se observar se este possui condições psíquicas de manifestar sua vontade. Caso tal situação não se configure, deve-se considerar obrigatoriamente a internação como involuntária. Nas palavras de Quevedo e Carvalho (2014, p. 75):

Para que se caracterize a voluntariedade, entretanto, não basta a assinatura de um documento no qual conste que o paciente concorda livremente em ser hospitalizado. É necessário que, previamente, seja informado da necessidade daquela espécie de tratamento, que haja compreendido o que lhe foi transmitido e que esteja em condições psíquicas de manifestar sua vontade. Se esse pré-requisito não se fizer presente, a internação deverá ser considerada forçosamente como involuntária, uma vez que a concordância do paciente seria desprovida de validade. A propósito, no Rio Grande do Sul, a Lei Es-

tadual n. 9.716/92 requer expressamente que o "internando [esteja em condições de] formar opinião, manifestar vontade e compreender a natureza de sua decisão". Essa exigência se faz presente em todo o território nacional, mesmo que a Lei nº 10.216/01 a ela não faça menção, pois é consentânea com os princípios gerais de validade das manifestações de vontade.

Assim, caso não se configure a capacidade do paciente em entender que estará se submetendo a tratamento em regime de internação voluntária, deve-se considerá-la como internação involuntária, a qual será abordada no próximo tópico.

2.1.2 Internação involuntária

A internação involuntária está prevista no inciso II do parágrafo único do artigo 6º da Lei n. 10.216/01 e é aquela que se dá a pedido de terceiros, haja vista que o paciente não concorda em ser internado (BRASIL, 2001). Esses terceiros, na maioria das vezes, são os familiares, que, no caso concreto, entendem ser necessária a internação, considerando as atitudes do dependente.

Considerando que o dependente não aceita ser hospitalizado, os familiares podem agendar uma consulta com um médico, a fim de que este analise a necessidade ou não de internação do paciente para tratamento contra o uso de drogas ilícitas. Caso constatada a necessidade, os familiares poderão proceder à internação do dependente, existente a vaga, em clínica privada ou pública. Em ambos os casos, é necessário o parecer do médico de forma circunstanciada, ou seja, o médico deve expor detalhadamente os motivos que lhe formaram o convencimento de que o dependente necessita de internação.

Internado o paciente, seja em clínica pública ou particular, a internação deve ser comunicada ao Ministério Público Estadual, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, pelo responsável técnico do estabelecimento hospitalar. O mesmo deve ocorrer quando da alta do paciente. Essa comunicação é necessária para que o Órgão Ministerial possa fiscalizar os estabelecimentos hospitalares, com intuito de evitar eventual violação dos direitos fundamentais do paciente. Tal determinação está encartada no § 1º do artigo 8º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

Sobre a importância da fiscalização da internação involuntária pelo Ministério Público Estadual, Quevedo e Carvalho (2014, p. 76-77) afirmam que:

Constituindo-se a IPI em uma privação da liberdade de alguém, é natural que um procedimento dessa natureza esteja submetido a escrutínio legal a fim de se prevenir abusos. Em nosso sistema, essa fiscalização está a cargo do Ministério Público estadual, o qual deverá ser comunicado de todas as IPIs no prazo de 72 horas (artigo 8º, § 1º, da Lei Federal nº 10.216/01) pelo responsável técnico do estabelecimento. Apesar de a lei atribuir ao “responsável técnico” (geralmente o diretor médico) esse dever, é de todo conveniente que o médico que realizou a internação confira se a comunicação foi feita no prazo de lei, para evitar futuras responsabilizações. A IPI terminará quando estabelecido pelo médico assistente ou por solicitação escrita de familiar ou responsável legal do paciente. Em qualquer caso, finda a hospitalização, deverá ser feita nova comunicação ao Ministério Público estadual.

No mesmo aspecto, é o que explana Costa (2013, s/p, grifo da autora):

Quando o pedido de internação for feito por terceiro, entendido como tal o familiar, o requerimento deve ser administrativo e apresentado diretamente no estabelecimento de internação, ou no centro de regulação, no caso do Sistema Único de Saúde (SUS). Não há necessidade de intervenção Judicial ou do Ministério Público para que haja a internação involuntária. Apenas é preciso que o estabelecimento hospitalar comunique ao Ministério Público, em 72 horas, na forma da referida lei.

Cabe salientar que o término dessa modalidade de internação dar-se-á mediante solicitação escrita do familiar ou do responsável legal pelo paciente, ou, ainda, quando estabelecido pelo médico, que acompanhou o tratamento, tudo consoante o disposto no § 2º do artigo 8º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

Para Quevedo e Carvalho (2014, p. 77-78), com base na Portaria n. 2.391/2002 do Ministério da Saúde, há, ainda, uma quarta espécie de internação: a internação voluntária que se torna involuntária, a qual ocorre quando o paciente aceita o tratamento hospitalar e, posteriormente, se opõe ao referido tratamento, levando-o a continuar internado contra sua vontade. Nas palavras dos autores:

A internação psiquiátrica voluntária que se torna involuntária (IPVI), apesar de se constituir em fato relativamente comum, é modalidade prevista apenas pela Portaria MS/GM nº 2.391/02. Ocorre quando o paciente hospitalizado voluntariamente –, portanto, com o direito de receber alta no momento em que a solicitasse – se opõe a continuar hospitalizado. Entretanto, em face da presença dos riscos que autorizariam uma IPI, será mantido hospitalizado contra sua vontade.

A comunicação da IPVI deverá ser feita ao Ministério Público em até 72 horas após se caracterizar a involuntariedade da permanência do paciente no hospital. (QUEVEDO; CARVALHO, 2014, p. 77-78).

Entretanto, a Portaria n. 2.391/2002 do Ministério da Saúde foi revogada pelo artigo 6º, inciso XL, da Portaria de Consolidação n. 3/2017 (BRASIL, 2017). Todavia, a mencionada Portaria de Consolidação também prevê a modalidade de internação voluntária que se torna involuntária, no seu artigo 66, *in verbis*:

Art. 66. Ficam caracterizadas quatro modalidades de internação: (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º).

I - Internação Psiquiátrica Involuntária (IPI); (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, I).

II - Internação Psiquiátrica Voluntária (IPV), (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, II).

III - Internação Psiquiátrica Voluntária que se torna Involuntária (IPVI), (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, III).

IV - Internação Psiquiátrica Compulsória (IPC). (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, IV).

§ 1º Internação Psiquiátrica Voluntária é aquela realizada com o consentimento expresso do paciente. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, § 1º).

§ 2º Internação Psiquiátrica Involuntária é aquela realizada sem o consentimento expresso do paciente. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, § 2º).

§ 3º A Internação Psiquiátrica Voluntária poderá tornar-se involuntária quando o paciente internado exprimir sua discordância com a manutenção da internação. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, § 3º).

§ 4º A Internação Psiquiátrica Compulsória é aquela determinada por medida judicial e não será objeto da presente regulamentação. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 3º, § 4º). (BRASIL, 2017).

Ao Ministério Público cabe o registro da notificação das internações psiquiátricas involuntárias e das voluntárias que se tornem involuntárias, para registro e controle até a alta do paciente. Além disso, o Órgão Ministerial, da mesma forma, deve ser comunicado no prazo de 72 (setenta e duas) horas acerca da internação voluntária que tenha se convertido em involuntária. Ainda, pode solicitar informações complementares ao estabelecimento de saúde, podendo realizar diligências no sentido de averiguar se o tratamento involuntário é a solução adequada ao caso concreto. Tais situações estão previstas nos artigos 69, 70 e 74 da Portaria de Consolidação n. 3/2017 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2017):

Art. 69. Caberá ao Ministério Público o registro da notificação das internações psiquiátricas involuntárias (IPI), bem como das volun-

tárias que se tornam involuntárias (IPVI), para controle e acompanhamento destas até a alta do paciente. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 6º).

Art. 70. Se no decurso de uma internação voluntária o paciente exprimir discordância quanto à sua internação, após sucessivas tentativas de persuasão pela equipe terapêutica, passando a caracterizar-se uma internação involuntária, o estabelecimento de saúde enviará ao Ministério Público o Termo de Comunicação de Internação Involuntária, até 72 horas após aquela manifestação, devidamente assinado pelo paciente. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 7º).

Art. 74. O Ministério Público poderá solicitar informações complementares ao autor do laudo e à direção do estabelecimento, bem como realizar entrevistas com o internado, seus familiares ou quem mais julgar conveniente, podendo autorizar outros especialistas a examinar o internado, com vistas a oferecerem parecer escrito. (Origem: PRT MS/GM 2391/2002, Art. 11).

Portanto, caso o paciente inicie tratamento por ato voluntário e depois não consinta mais com este, é possível a continuidade da internação, ainda que contra sua vontade, continuando o tratamento sob o enfoque da internação involuntária, nos termos do disposto na Portaria de Consolidação n. 3/2017 do Ministério da Saúde (BRASIL, 2017).

2.1.3 Internação compulsória

A internação compulsória está prevista no inciso III do Parágrafo Único do artigo 6º da Lei n. 10.216/01 e consiste na internação determinada pelo Poder Judiciário (BRASIL, 2001). Nessa modalidade de internação, o Estado interfere diretamente na autonomia e liberdade do indivíduo. No entanto, da mesma forma como as demais, é também de extrema importância para a recuperação do paciente.

Costa (2013, s/p, grifo da autora) reconhece:

A internação compulsória está prevista na lei para aplicação naquelas situações em que há necessidade de intervenção estatal (questão de saúde pública), mas não há solicitação de familiar para a internação. Nestes casos, tanto o Ministério Público quanto o setor próprio da área de saúde pública podem formular ao Judiciário o pedido de internação compulsória do paciente.

Nessa perspectiva, Carvalho (1978, p. 71, apud SZNICK, 1987, p. 148) afirma que a única forma de iniciar o tratamento da dependência química é pela internação compulsória que serve,

[...] de início, para que se interrompa o ciclo em que se deixou envolver; e também que possa ser devidamente examinado, a fim de se tratarem as possíveis causas da toxicomania, procurando opor-lhes as necessárias medidas adequadas a cada tipo de ocorrência e que obviem as origens primeiras da incidência no caso do uso de drogas.

Grande é a discussão sobre a possibilidade de internação compulsória do dependente químico, uma vez que é determinada pela Justiça. As controvérsias consistem em: de um lado, no tratamento em regime de internação compulsória; e, de outro, eventual violação do direito fundamental à liberdade, resguardado no artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988). A internação compulsória, assim como as demais modalidades de internação psiquiátrica, visa à recuperação da saúde do dependente e à garantia da sua dignidade. Desse modo, quando houver necessidade de internação forçada do dependente, devem-se sopesar os bens constitucionalmente protegidos. Assim, utiliza-se o princípio da proporcionalidade para a solução adequada ao caso concreto.

Cabe mencionar que, para ser possível a decretação da internação compulsória, os direitos fundamentais à saúde e à dignidade da pessoa humana devem sobressair em relação ao direito à liberdade do dependente, o que será avaliado de acordo com o caso específico.

A dependência química leva o dependente à perda do seu discernimento, não conseguindo decidir sobre sua saúde de acordo com sua própria vontade. Dessa forma, o Estado tem o dever de garantir o direito à saúde do dependente e, por isso, somente quando necessária, a internação compulsória deve ser utilizada.

Nesse sentido, tem-se o entendimento do Tribunal de Justiça Catarinense:

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA. DECISÃO QUE INDEFERE A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. MAIOR DEPENDENTE QUÍMICO. INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA PARA TRATAMENTO DO VÍCIO. ARTIGOS 4º E 6º DA LEI N. 10.216/2001. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA. NÃO APRESENTAÇÃO DE LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO. AUSÊNCIA DE REQUISITO NECESSÁRIO PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA. RECURSO DESPROVIDO. Consoante previsão dos artigos 4º e 6º da Lei n. 10.216/2001, é imprescindível a apresentação de laudo médico circunstanciado, caracterizando os motivos pelos quais a internação é aconselhável ao paciente, bem como a quais tratamentos o paciente foi submetido. Assim, uma vez que a medida tem caráter excepcional, por inter-

ferir na esfera de autonomia do indivíduo, ao menos nesta fase de cognição sumária, não há falar na sua concessão se ausentes os elementos de prova inequívoca a respaldar a imposição imediata da internação compulsória do dependente químico. (SANTA CATARINA, 2013b).

Extrai-se, ainda, do julgado que, caso seja atestado pelo médico que o dependente não necessita de tratamento em regime de internação, nos casos em que o laudo não forneça os elementos necessários para tanto, a internação compulsória não será admitida.

Dessa forma, para a possibilidade desse tipo de tratamento, é imprescindível um laudo médico minucioso. Nesse aspecto, extraí-se do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

INTERDIÇÃO. LIMINAR DE INTERNAÇÃO COMPULSÓRIA DEFERIDA. EXCEPCIONALIDADE DA MEDIDA PREVISTA EM LEI. A internação compulsória, não consentida pela pessoa e que advém de determinação judicial, tem caráter excepcional, pois interfere diretamente na esfera de autonomia do indivíduo. REQUISITO NECESSÁRIO PARA A CONCESSÃO DA MEDIDA. ARTIGOS 4º E 6º DA LEI N. 10.216/2001. AUSÊNCIA DE LAUDO MÉDICO CIRCUNSTANCIADO. NÃO ESGOTAMENTO DE TRATAMENTO EXTRA HOSPITALAR. É imprescindível a apresentação de laudo médico circunstanciado, que decline os motivos da internação, bem como a quais tratamentos foi submetido, pois é legalmente exigido o esgotamento dos tratamentos extra hospitalares, antes de tomar decisão tão drástica. DECISÃO REVOGADA. RECURSO PROVIDO (SANTA CATARINA, 2013a).

Nesse aspecto, o Ministério Público foi incumbido, pelo artigo 127, *caput*, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, da proteção e defesa dos direitos individuais indisponíveis (BRASIL, 1988). Assim, quando não for possível a internação voluntária ou a involuntária, a internação compulsória pode ser solicitada ao Órgão Ministerial pelos familiares do dependente, nos termos do artigo 2º do Ato n. 335/2014 da Procuradoria-Geral de Justiça e do artigo 82, § 3º, da Lei Complementar Estadual n. 197/00. (SANTA CATARINA, 2000; SANTA CATARINA, 2014a).

Solicitada a internação e tendo em posse um laudo médico que ateste sua necessidade e descreva as manifestações psicopatológicas do paciente, o Ministério Público poderá promover a respectiva ação de internação compulsória, com fulcro no artigo 129, incisos III e IX, da Constituição da República Federativa do

Brasil de 1988, no artigo 93, *caput*, da Constituição do Estado de Santa Catarina, no artigo 25, inciso IV, alínea “a”, da Lei n. 8.625/93 e no artigo 82, inciso VI, alíneas “c” e “e”, da Lei Complementar Estadual n. 197/00. (BRASIL, 1988; BRASIL, 1993; SANTA CATARINA, 1989; SANTA CATARINA, 2000).

Caso o solicitante da internação não possua laudo médico, com base no artigo 26, inciso I, alínea “b”, da Lei n. 8.625/93 e no artigo 83, inciso I, alínea “b”, da Lei Complementar Estadual n. 197/00, o Ministério Público pode instaurar um procedimento denominado Notícia de Fato e determinar a expedição de ofício à Secretaria Municipal de Saúde, visando ao encaminhamento de médico na residência do dependente para que o avalie e constate a necessidade ou não de tratamento em regime de internação. (BRASIL, 1993; SANTA CATARINA, 2000).

Recebido o laudo médico pelo Ministério Público e constatada a necessidade de internação, o Promotor de Justiça promoverá a ação de internação compulsória. Caso não seja constatada a necessidade, o Órgão Ministerial informa ao solicitante que não será possível a internação, em razão da desnecessidade dessa modalidade de tratamento, arquivando o procedimento, conforme artigo 8º, *caput*, do Ato n. 335/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça. (SANTA CATARINA, 2014a).

Ao solicitante é assegurado o prazo de dez dias para a interposição de recurso ao Conselho Superior do Ministério Público, nos termos do artigo 85, § 1º, da Lei Complementar Estadual n. 197/00 e do artigo 8º, *caput* e § 1º, do Ato n. 335/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça (SANTA CATARINA, 2000; SANTA CATARINA, 2014a). Decorrido esse prazo sem manifestação, o Promotor de Justiça determina o arquivamento definitivo da Notícia de Fato, conforme dispõe o artigo 6º, *caput*, do Ato n. 335/2014, da Procuradoria-Geral de Justiça, o artigo 87, da Lei Complementar Estadual n. 197/00. (SANTA CATARINA, 2000; SANTA CATARINA, 2014a).

No tocante à atuação do Ministério Público, Ferreira Filho (2008, p. 91) tece algumas considerações:

Na Constituição brasileira de 1988 o Ministério Público teve consagrada uma indisfarçável competência de controle administrativo, em prol dos direitos fundamentais e outros.

É o que resulta do art. 129, II e III. O primeiro desses incisos atribui-lhe a função de “zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados nesta Constituição, promovendo as medidas necessárias a sua garantia”. O segundo, a competência de “promover o inquérito civil e a ação

civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos”.
É verdade que seu papel não é o de rever as decisões tomadas na esfera administrativas, mas de suscitar o controle judicial sobre elas.

Da mesma maneira, os familiares, que possuam condições financeiras para custear o tratamento do dependente em clínicas privadas, podem realizar a internação involuntária ou contratar os serviços de um advogado para a propositura da ação de internação compulsória, desde que, em qualquer caso, possuam um atestado médico que comprove a necessidade deste tipo de tratamento, bem como que os recursos extra-hospitalares não sejam suficientes para a recuperação do paciente, consoante ao disposto nos artigos 4º, *caput*, e 6º, *caput*, da Lei n. 10.216/01. (BRASIL, 2001).

Caso seja internado, o dependente permanecerá na clínica pelo período necessário à sua recuperação. A Corregedoria-Geral da Justiça, por meio da Circular n. 109/2014, recomendou aos assessores e magistrados que a desinternação de pacientes internados compulsoriamente deve ocorrer por ordem médica, e não por ordem judicial, uma vez que se trata de ato personalíssimo, devendo haver a imediata comunicação do Juízo Competente (SANTA CATARINA, 2014b).

Na maioria das vezes, o que dificulta o êxito do tratamento compulsório é a recusa do paciente em ser submetido a todo esse procedimento, daí porque, por vezes, o dependente acaba voltando ao uso das drogas. Destarte, embora possa ocorrer a hipótese ora mencionada, internação compulsória, assim como as demais, é de extrema importância para a recuperação do dependente de drogas ilícitas, uma vez que é dever do Estado assegurar a saúde de todos.

Insta salientar, ademais, que o tratamento da dependência de drogas deve sempre ser realizado de forma a resguardar ao máximo as garantias do paciente. Dessa forma, para se definir qual tratamento é mais adequado ao dependente, deve-se, primeiramente, verificar se não é caso de tratamento ambulatorial; em seguida, analisar, dentre as modalidades de internação hospitalar existentes, a menos gravosa ao paciente, ou seja, cumpre verificar primeiramente se não é caso de internação voluntária, pois é a que conta com o consentimento do paciente e faz com que o tratamento possa produzir um resultado mais efetivo. Caso não haja manifestação de vontade do dependente, há que se verificar se não é caso de internação involuntária e somente como *ultima ratio* utilizar a internação

compulsória. Esta apenas deve ser utilizada com medida excepcionalíssima, devendo os operadores jurídicos avaliarem a hipótese com extrema cautela, a fim de evitar o aumento da exclusão social já vivida pelos dependentes químicos.

Corroborando o exposto até o momento, Franco (2017, s/p) esclarece:

Quando a situação fática dos mais de 2 milhões de usuários apresenta um cenário degradado e insustentável, lançados na sarjeta à própria sorte, medidas como a internação compulsória ou involuntária podem ser plenamente adotadas dentro de um Estado de Direito em que todos são iguais perante a lei, garantidos o direito à vida e à liberdade. A privação da liberdade de ir e vir faz-se essencial para que se vislumbre alguma possibilidade de devolver dignidade a alguns dependentes químicos, inconscientes e largados à sua própria sorte nas ruas de muitas cidades do País. Não há que se falar em ofensa ao princípio da dignidade humana, quando nada resta de dignidade à situação dessas pessoas.

Não há que se falar em medida higienista – um dos pilares sustentados pelos críticos da política de internação à força –, quando direitos como a vida, a saúde e a dignidade são diuturnamente aviltados fundamentos constitucionais para que o Estado possa tomar medidas que protejam os cidadãos dependentes químicos.

Deve-se, então, ser a favor da internação compulsória, certo? Depende. O debate não deve ser norteadado apenas no campo teórico. Somente diante do caso concreto, excepcionalmente e como último recurso, a internação será indicada como uma etapa necessária do processo de reabilitação do adicto.

[...]

A Lei 10.216/2001 dispõe sobre as modalidades de internação (voluntária, involuntária e compulsória) e em todas há necessidade de prévia avaliação multidisciplinar e um laudo médico que justifique a internação. No entanto, mesmo entre os psiquiatras e os profissionais de saúde, é grande a controvérsia sobre quando deve ou não ocorrer a internação à força. Como regra geral, argumenta-se que ela somente é cabível quando se provar que os recursos extra-hospitalares se mostraram insuficientes, ou quando apresente iminente risco à vida do dependente ou de terceiro (como, por exemplo, risco de suicídio, abortamento, portador de esquizofrenia ou outra doença psiquiátrica grave).

Assim, a internação compulsória, por ser uma medida excepcional, exige a clara exposição dos motivos que a autorizam, nos termos do artigo 6º, *caput*, da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

Cabe salientar que tal modalidade de internação será determinada pelo juízo competente em conformidade com a legislação em vigor, neste caso, a Lei n. 10.216/01, observadas as condições de segurança do estabelecimento, quanto à salvaguarda do paciente, dos demais internados e funcionários, conforme o disposto no artigo 9º da Lei n. 10.216/01 (BRASIL, 2001).

Passa-se agora ao último item deste estudo, conforme segue.

2.2 A INTERNAÇÃO PSQUIÁTRICA COMO FORMA DE TRATAMENTO DO DEPENDENTE DE DROGAS ILÍCITAS À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

Tendo em conta que, desde sempre, as drogas têm sido consideradas como um dos maiores problemas sociais, esta pesquisa tem como escopo analisar a possibilidade de submeter o dependente de drogas ilícitas a tratamento em regime de internação, seja ela qual for sua modalidade.

Nesse aspecto, importa considerar que o usuário é aquele que, ocasionalmente, faz uso de substâncias consideradas entorpecentes. Já o dependente é aquele que não tem mais domínio de sua própria vontade e faz uso de drogas de forma compulsiva.

Assim, a dependência é uma necessidade compulsiva de fazer uso da droga decorrente de consumo reiterado. Pode ser física ou psíquica. A dependência física caracteriza-se quando a droga se torna essencial ao organismo em razão do seu uso reiterado, enquanto que a dependência psíquica se caracteriza pela vontade, pelo desejo incontrolável de fazer uso da droga. A dependência de drogas ilícitas também é chamada de dependência química.

Além disso, a dependência diferencia-se do vício, uma vez que este consiste em um hábito de a pessoa usar a droga, enquanto que aquela pode tirar do sujeito a plena capacidade de entendimento, de autodeterminação.

A atual Lei de Drogas (Lei n. 11.343/06) não faz diferenciação das “substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica”, preferindo utilizar a nomenclatura “droga”. Assim, droga é considerada toda a substância apta a causar dependência, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 11.343/06 (BRASIL, 2006).

O artigo 26 dessa lei prevê que “o usuário e o dependente de drogas que, em razão da prática de infração penal, estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou submetidos à medida de segurança, têm garantidos os serviços de atenção à sua saúde, definidos pelo respectivo sistema penitenciário”. (BRASIL, 2006).

Com o mesmo objetivo, o parágrafo único do artigo 45 da mesma lei prevê que “quando absolver o agente, reconhecendo, por força pericial, que este apresentava à época do fato previsto neste artigo, as condições referidas no *caput* deste artigo, poderá determinar o juiz, na sentença, o seu encaminhamento

para tratamento médico adequado". (BRASIL, 2006). O tratamento médico previsto nesse parágrafo pode ser ambulatorial ou em estabelecimento hospitalar, dependendo de laudo médico circunstanciado para determinar um ou outro.

Já o artigo 47 prevê que, quando o juiz condenar o acusado à pena privativa de liberdade ou medida de segurança, se ficar comprovada a necessidade de tratamento do agente, a este será dispensado tratamento no local em que estiver cumprindo sua penalidade, nos termos do artigo 26 da Lei n. 11.343/06. (BRASIL, 2006).

De análise dos artigos acima mencionados, vislumbra-se que a Lei n. 11.343/06 dispõe que será dispensado tratamento aos usuários e dependentes de drogas que estiverem cumprindo pena privativa de liberdade ou medida de segurança, o qual poderá ser realizado no local em que estiver cumprindo sua penalidade.

Nesse contexto, vislumbra-se que a dignidade da pessoa humana constitui um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, prevista no artigo 1º, inciso III, da Constituição de 1988. (BRASIL, 1988). A dignidade decorre da própria essência humana, dos valores inerentes à pessoa. Cabe salientar que não é qualquer interesse coletivo capaz de restringir o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que a dignidade é um valor máximo que nasce com a pessoa. Contudo, a dignidade da pessoa humana só é absoluta quando não violar a dignidade de outrem.

O direito à saúde está previsto nos artigos 6º e 196 e seguintes, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, e é considerado um direito fundamental social e, igualmente, no artigo 153 da Constituição do Estado de Santa Catarina, conforme o qual a saúde é um direito de todos e um dever do Estado. (BRASIL, 1988; SANTA CATARINA, 1989).

O direito à liberdade, por sua vez, abrange vários tipos de liberdade. Para este estudo, analisou-se a liberdade de locomoção, prevista no artigo 5º, inciso XV, da Constituição da República (BRASIL, 1988). A liberdade de locomoção assegura às pessoas o direito de ir e vir, de acordo com sua própria vontade, ou seja, de se movimentar, de se locomover, de andar conforme seu livre arbítrio. A liberdade também consiste na livre manifestação de vontade da pessoa. Considerando-se esse direito, por meio do que se previu como temática deste estudo, verifica-se que o dependente de drogas não possui mais livre manifestação

de vontade para optar entre usar ou não usar a droga, tratar-se ou não, pois é compulsivamente levado a fazer uso de tais substâncias ilícitas em quantidade e frequência cada vez maiores.

Destarte, embora o tratamento em regime de internação restrinja a liberdade de locomoção do dependente – e, no caso de internação involuntária ou compulsória, restringe a livre manifestação de vontade –, tal tratamento é de suma importância para a recuperação de sua saúde. Assim, restringe-se parcialmente a liberdade do dependente, para proteger e salvaguardar o seu direito à saúde e a proteção da sua dignidade. De outro lado, cumpre salientar que a própria Lei n. 11.343/06, em seu artigo 4º, inciso I, prevê como um dos princípios do Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (SISNAD) que devem ser respeitados “os direitos fundamentais da pessoa humana, especialmente quanto à sua autonomia e à sua liberdade”, corroborando com todo o exposto neste parágrafo. (BRASIL, 2006).

Considerando que toda e qualquer restrição de direitos fundamentais utiliza o princípio da proporcionalidade como parâmetro de não violação de direitos fundamentais, esta pesquisa também utilizou este princípio para verificar a possibilidade de internação psiquiátrica como forma de tratamento do dependente de drogas ilícitas.

A utilização do princípio da proporcionalidade, embora não tenha expressa previsão constitucional, é de suma importância para assegurar a proteção dos direitos fundamentais.

Dessa forma, para a solução dos conflitos entre direitos fundamentais, “[...] não basta interpretar as disposições colidentes no caso concreto. É preciso um método, um procedimento, que torne possível a decisão de prevalência de um direito sobre o outro, salvaguardando a unidade da Constituição”. (STEINMETZ, 2001, p. 133). E o procedimento referido é justamente a ponderação utilizada por meio do princípio da proporcionalidade que irá auxiliar o operador do Direito na correta interpretação constitucional.

Tendo em vista que a proporcionalidade é considerada um princípio de interpretação, Steinmetz (2001, p. 148-149) menciona que, para a correta análise desse princípio, cabe identificar seus elementos estruturais, que, nos dias atuais, são chamados de princípios parciais ou subprincípios. Afirma também que o princípio da proporcionalidade é subdividido em três princípios parciais:

princípio da adequação, princípio da necessidade e princípio da proporcionalidade em sentido estrito.

No tocante ao subprincípio da adequação, Steinmetz (2001, p. 149) salienta que:

Por vezes, o princípio da adequação também é denominado de princípio da idoneidade ou princípio da conformidade. O princípio ordena que se verifique, no caso concreto, se a decisão normativa restritiva (o meio) do direito fundamental oportuniza o alcance da finalidade perseguida. Trata-se de investigar se a medida é apta, útil, idônea, apropriada para atingir o fim perseguido. O juízo de adequação pressupõe que, conceitualmente, saiba-se o que significam meio e fim e que, empiricamente, identifique-se claramente o meio e o fim que estruturam a restrição de direito fundamental.

Assim, o princípio da adequação determina que, no caso concreto, verifique-se se o meio utilizado permite o alcance do fim almejado. Desse modo, utilizando-se o meio – internação hospitalar – permite-se o alcance do fim almejado: recuperação da saúde do dependente e de sua liberdade, assegurando a dignidade da pessoa humana. Portanto, a medida utilizada é adequada, apropriada ao fim a que se objetiva.

Quanto ao princípio da necessidade, deve-se verificar se a medida utilizada é a única forma necessária para atingir o fim desejado, ou seja, se não há meios menos gravosos igualmente eficazes para atingir a finalidade pretendida. O princípio da necessidade “[...] é também conhecido como princípio da exigibilidade, da indispensabilidade, da menor ingerência possível, da intervenção mínima”. (STEINMETZ, 2001, p. 150).

Nesse aspecto, a internação psiquiátrica não é a única forma necessária para atingir o objetivo, pois há os tratamentos ambulatoriais. Contudo, pode-se sustentar que a internação hospitalar, sempre que for constatada sua necessidade, embora restrinja a liberdade do dependente, é de extrema importância para a recuperação de sua saúde. Portanto, ainda que a internação psiquiátrica não seja o meio mais brando de recuperar a saúde do dependente, sempre que for a única forma para atingir a finalidade desejada, ela poderá ser adotada.

Por último, cabe explanar sobre o princípio da proporcionalidade em sentido estrito, que nada mais é do que a ponderação propriamente dita, ou seja, “[...] exige que na relação meio-fim haja uma reciprocidade razoável, racional”. (STEINMETZ, 2001, p. 152).

Desse modo, deve-se estabelecer uma relação entre meios e fins, ou seja, se o meio utilizado é ou não razoável para o fim pretendido. Esse princípio traz a ideia de justa medida, isto é, se o meio utilizado é proporcional ao fim perseguido. Assim, no caso de dependência química, deve-se primeiramente verificar se é possível a internação voluntária, pois é a menos gravosa e é realizada com o consentimento do paciente. Em não sendo, cabe verificar se é cabível a involuntária, que é aquela que se dá sem o consentimento do paciente, mas pela vontade dos familiares. E, somente não cabendo nenhuma das duas modalidades, deve-se verificar se é cabível a internação compulsória, a qual é determinada pela Justiça, de ofício, quando há perigo à saúde do paciente, ou, a requerimento de familiares, quando a solicitarem. Cabe ressaltar que, em qualquer hipótese de internação psiquiátrica, como já mencionado, é necessário um laudo médico circunstanciado que ateste a necessidade de submissão do paciente a esse tipo de tratamento.

Por fim, em face da análise feita neste capítulo, em que se demonstraram as modalidades de internação psiquiátrica existentes na Lei n. 10.216/01, bem como a modalidade de internação voluntária que se torna involuntária, prevista na Portaria de Consolidação n. 3/2017, passa-se às considerações finais.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme explanado no decorrer deste estudo, o uso de drogas ilícitas é considerado um problema de saúde pública, tanto no que tange à saúde do dependente quanto à saúde de toda a coletividade. Por isso, o dependente de drogas ilícitas precisa de tratamento, pois tem suprimida sua autonomia de vontade para lutar contra essa compulsão que o acomete.

Como ficou demonstrado, usuário e dependente estão em situação distinta, pois o primeiro faz uso de drogas de forma eventual, quando sente vontade de utilizar essas substâncias ilícitas, enquanto o segundo sofre compulsão pelas drogas, não possuindo pleno domínio de seus atos e vontades. Portanto, ao dependente é necessário fornecer tratamento para sua recuperação, a fim de retirar de seu corpo a compulsão pelas drogas.

Também estiveram em destaque, como ponto importante neste estudo, princípios e direitos fundamentais, tendo sido abordados os princípios da dignidade da pessoa humana e da proporcionalidade e os direitos fundamentais à liberdade e à saúde.

Cabe salientar que, quando se trata de possibilidade de internação psiquiátrica, obviamente, haverá alguma restrição de direitos fundamentais. De um lado, o direito à liberdade do dependente; e, de outro, o seu direito à saúde e à garantia da dignidade da pessoa humana.

No transcurso da pesquisa, encontrou-se uma quarta modalidade de internação psiquiátrica: a internação voluntária que se torna involuntária, prevista pela Portaria de Consolidação n. 3/2018 do Ministério da Saúde, a qual ocorre quando o paciente aceita o tratamento hospitalar e, posteriormente, se opõe ao referido tratamento, levando-o a continuar internado contra sua vontade, passando sua hospitalização para o enfoque da internação involuntária.

Assim, para que se possa aplicar o tratamento em regime de internação ao dependente devem ser sopesados os direitos fundamentais no caso concreto, para ver qual deles deverá prevalecer.

Neste estudo, com base no princípio da proporcionalidade, conclui-se que, em caso de conflito entre direitos fundamentais, o direito à saúde do dependente de drogas ilícitas deve prevalecer sobre o seu direito à liberdade, para que, desse modo, possa ser alcançada a completa dignidade da pessoa humana com a recuperação de sua saúde.

Constatou-se que a internação hospitalar do dependente de drogas não viola o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, nem o direito fundamental à liberdade, pois, com base no princípio da proporcionalidade, faz-se uma ponderação entre o direito à liberdade e à saúde, prevalecendo este último para assegurar a sua dignidade.

Ressalta-se que, ao mesmo tempo em que o direito à liberdade do dependente fica restrito durante o período de internação, está-se garantindo outro direito seu fundamental – a saúde, uma vez que, quando da sua recuperação, estar-se-á assegurando a dignidade da pessoa humana.

Por derradeiro, como mais uma medida alternativa para o tratamento do dependente no tocante ao uso das drogas ilícitas, conclui-se, com base nos princípios da proporcionalidade e da dignidade da pessoa humana, bem como no direito fundamental à saúde, que é possível a utilização de internação psiquiátrica como forma de tratamento do dependente de drogas ilícitas, sem que isso acarrete violação do direito fundamental à liberdade, desde que esse tipo de tratamento seja estritamente necessário à recuperação do dependente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 2 fev. 2018.

_____. **Lei n. 11.343**, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm>. Acesso em: 20 jan. 2018.

_____. **Lei n. 8.625**, de 12 de fevereiro de 1993. Institui a Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, dispõe sobre normas gerais para a organização do Ministério Público dos Estados e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8625.htm>. Acesso em: 24 maio 2017.

_____. **Lei n. 10.216**, de 6 de abril de 2001. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10216.htm>. Acesso em: 30 jan. 2018.

_____. Ministério da Saúde. **Portaria de Consolidação n. 3**, de 28 de setembro de 2017. Consolidação das normas sobre as redes do Sistema Único de Saúde. Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2017/prc0003_03_10_2017.html>. Acesso em: 18 abr. 2018.

COSTA, Sirlei Martins da. **A Lei e a internação compulsória**. 2013. Disponível em: <<http://asme.org.br/2013/03/09/a-lei-a-internacao-compulsoria/>>. Acesso em: 5 abr. 2017.

CUNHA, Rogério Sanches. Da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. In: GOMES, Luiz Flávio. (Coord.). **Lei de drogas comentada**

artigo por artigo: lei 11.343, de 23.08.2006. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 175-241.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais.** 10. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008. 199 p.

FRANCO, Sandra. **A internação compulsória** é eficaz? 2017. Disponível em: <<http://revistavisaojuridica.com.br/2017/02/18/a-internacao-compulsoria-e-e-ficaz/>>. Acesso em: 17 mai. 2018.

GRECO FILHO, Vicente. **Tóxicos:** prevenção-repressão, comentários à Lei n. 10.409/2002 e à parte em vigor da lei n. 6.368/76. 12. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006. xx, 412 p.

MARCÃO, Renato Flávio. **Tóxicos:** leis n. 6.368/1976 e 10.409/2002 anotadas e interpretadas. 3. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2005. xviii, 678 p.

QUEVEDO, João; CARVALHO, André F. **Emergências psiquiátricas.** 3. ed. Porto Alegre: Artmed, 2014.

SANTA CATARINA. Constituição (1989). **Constituição do Estado de Santa Catarina atualizada com 49 Emendas Constitucionais.** Florianópolis: Assembleia Legislativa, 2009. Disponível em: <http://www.alesc.sc.gov.br/portal/legislacao/docs/constituicaoEstadual/CESC_16_11_2009.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

_____. **Lei Complementar Estadual n. 197**, de 13 de julho de 2000. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público e adota outras providências. Disponível em: <<http://www.conamp.org.br/Leis%20dos%20MPs%20dos%20Estados/Santa%20Catarina.pdf>>. Acesso em: 28 jun. 2017.

_____. Procuradoria-Geral de Justiça. **Ato n. 335**, de 14 de julho de 2014a. Disciplina a notícia de fato, a instauração e tramitação de inquérito civil e de procedimento preparatório, e a celebração de compromisso de ajustamento de conduta no âmbito do Ministério Público de Santa Catarina. Disponível em: <<https://www.mp.sc.br/atos-e-normas/detalhe?id=1695>>. Acesso em: 18 fev. 2018.

_____. Tribunal de Justiça. **Circular n. 109**, de 27 de junho de 2014b, de Florianópolis. Corregedor-Geral da Justiça: Des. Luiz César Medeiros. Florianópolis, SC, 13 de junho de 2014. Disponível em: <http://cgj.tjsc.jus.br/consultas/provcirc/provimentoscirculares_avancada.jsp>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Segunda Câmara de Direito Civil. **Agravo de Instrumento n. 2013.028260-2**, de Porto Belo. Relator: Des. Gilberto Gomes de Oliveira. Florianópolis, SC, 22 de agosto de 2013a. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000OIL0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=6030710&pdf=true>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça. Sexta Câmara de Direito Civil. **Agravo de Instrumento n. 2012.090686-4**, de Araranguá. Relator: Des. Joel Dias Figueira Júnior. Florianópolis, SC, 11 de abril de 2013b. Disponível em: <<http://app6.tjsc.jus.br/cposg/servlet/ServletArquivo?cdProcesso=01000NOPP0000&nuSeqProcessoMv=null&tipoDocumento=D&cdAcordaoDoc=null&nuDocumento=5497544&pdf=true>>. Acesso em: 22 mar. 2017.

STEINMETZ, Wilson Antônio. **Colisão de direitos fundamentais**: e princípio da proporcionalidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 223 p.

SZNICK, Valdir. **Comentários à lei de entorpecentes**. 2. ed. rev. Rio de Janeiro: Forense, 1987. 278 p.

WÜSTHOF, Roberto. **O que é prevenção de drogas**. São Paulo: Brasiliense, 1991. 85 p.

GLOSSÁRIO

Dependência: consiste na total sujeição do indivíduo à droga ilícita, decorrente do seu consumo reiterado.

Dependente de drogas ilícitas: é aquele que faz uso de drogas proibidas pela legislação as quais causem dependência física e/ou psíquica, estando subordinado a elas, de modo que não mais possua domínio de seus atos e vontades.

Dependente químico: é aquele submetido às drogas ilícitas, física e/ou psicologicamente.

Dependente: é aquele que não possui mais domínio de sua própria vontade e faz uso de drogas de forma compulsiva. Para Greco Filho (2006, p. 60), “dependente é o doente mental em decorrência do uso da droga, aquele que, em determinado momento, não tem capacidade de entender e querer”.

Doente: é a pessoa dependente de drogas ilícitas que sofre compulsão por uso dessas substâncias e precisa de tratamento.

Droga: é toda substância ilícita apta a causar dependência, nos termos do parágrafo único do artigo 1º da Lei n. 11.343/06 (BRASIL, 2006).

Ponderação: para Steinmetz (2001, p. 140), “a ponderação de bens é o método que consiste em adotar uma decisão de preferência entre os direitos ou bens em conflito; o método que determinará qual o direito ou bem, e em que medida, prevalecerá, solucionando a colisão”. A ponderação operacionaliza-se “mediante aplicação do princípio da proporcionalidade” (STEINMETZ, 2001, p. 143).

Princípio da proporcionalidade: em sentido amplo, é também chamado princípio da proibição do excesso. Ambas as expressões são utilizadas para designar o conjunto de princípios parciais, subprincípios ou elementos estruturais denominados, sucessivamente, adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. O princípio da proporcionalidade será utilizado neste trabalho como um método de interpretação para dirimir o conflito entre os direitos fundamentais à liberdade e à saúde, em caso de internação psiquiátrica dos dependentes de drogas ilícitas.

Usuário: Marcão (2005, p. 547) afirma que o usuário “[...] deve ser considerado todo aquele que faz uso de produtos, substâncias ou drogas ilícitas, que causem dependência física ou psíquica, sem estar submetido às mesmas, possuindo, ainda, o completo domínio de suas vontades e atos”.

Vício: consiste no hábito de consumir a droga sem repercussão na capacidade de entendimento do indivíduo (CUNHA, 2008, p. 239).

AUTISMO E EDUCAÇÃO INCLUSIVA: UM ESTUDO DO TEMA À LUZ DE NOVOS DIPLOMAS NORMATIVOS E PROPOSTAS DE AÇÃO

AUTISM AND INCLUSIVE EDUCATION: A STUDY OF THE THEME IN
THE LIGHT OF NEW REGULATIONS AND PROPOSALS FOR ACTION

Nicolle Mattos Corrêa

*Analista do Ministério Público de Santa Catarina
Especialista em Direito Civil pela Universidade Gama Filho e em Direito
Penal e Processual Penal pela Universidade do Vale do Itajaí
Pós-Graduada em Direito Contemporâneo pela Universidade Cândido
Mendes*

RESUMO: O presente artigo trata da educação inclusiva do indivíduo autista, tema muito em voga nos últimos anos e que convida à reflexão toda a sociedade contemporânea. Procede-se a uma abordagem contextual do assunto, sob o viés conceitual, histórico e normativo, com destaque para os recentes marcos legislativos que o disciplinam no ordenamento jurídico brasileiro. A partir destas medidas legiferantes, também são abordadas medidas de outra natureza, de caráter judicial bem como atitudinal, mediante experiências contrapostas, vivenciadas em dois Estados brasileiros, Paraná e Santa Catarina, evidenciando demonstrar a possibilidade da efetivação da inclusão escolar. Por meio da metodologia de revisão de literatura e do estudo de casos práticos pontuais e decisões jurisprudenciais, além de circunstanciar pontos elementares do assunto; ao traçar alternativas à concretização da inclusão escolar de alunos com deficiência sem descuidar do superior interesse que os assiste, o estudo busca responder em que medida a inclusão escolar na rede comum de ensino contribui para o educando diagnosticado com autismo, resultando nas constatações decorrentes da experiência pessoal de um indivíduo sob tal condição, e dos impactos positivos promovidos na vida deste.

PALAVRAS-CHAVE: Autismo. Educação. Inclusão.

ABSTRACT: : This article aims to deal with the inclusive education, a topic that was very fashionable in the recent years and which invites the whole contemporary society to make a reflection. The present work deals with a contextual approach of the subject, under the conceptual, historical and normative bias, emphasising the recent legislative frameworks that discipline it in the Brazilian legal system. From these legal measures, some efforts of different nature are also considered, according to a judicial perspective as well the approach based on the behaviour; in addition through some contrasted experiences, that has happened in two Brazilian States, Paraná and Santa Catarina, it was evidenced the possibility of demonstrating the accomplishment of the school inclusion. By means of methodological review of literature and the study of specific practical cases, and jurisprudential decisions, besides detailing elementary points of the subject, outlining alternatives to the accomplishment of the school inclusion for the autistic person; the study intends to answer (to what extent) the inclusion in the regular educational system contributes to the evolution of the pupil diagnosed with autism, and if this experience can result in the personal findings for a person under such condition, and if it promotes positive impacts in his/her life.

KEYWORDS: Autism. Education. Inclusion.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende analisar a educação inclusiva do indivíduo autista, um tema que tem se mostrado de suma relevância social, especialmente após a recente promulgação da Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015, que intituiu a Lei Brasileira de Inclusão e, de modo mais antecedente, a Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência, sendo essa parcela populacional, qual seja, a de pessoas com deficiência aquela em que se enquadram os sujeitos com autismo.

Para tanto, a metodologia empregada no estudo consiste na revisão de literatura e na abordagem de experiências pontuais que bem ilustram as vias possíveis para a efetivação da inclusão escolar dos estudantes sob tal condição, objetivando circunstanciar pontos elementares do assunto, buscando responder em que medida a inclusão escolar de alunos na rede comum de ensino contribui para o educando diagnosticado com autismo.

O caminho percorrido parte do tema sob o viés conceitual, histórico, normativo e jurisprudencial para, em seguida, problematizá-lo mediante a análise de ações práticas vivenciadas nos Estados de Santa Catarina e Paraná.

Nessa senda, a seção 2 parte da acepção conceitual e histórica do autismo, desaguando na descrição das normas que trataram da educação inclusiva no ordenamento brasileiro, transitando-se pelos principais diplomas nacionais e internacionais que se ocuparam de regulamentar essa temática, culminando na Constituição Federal de 1988.

A seção 3 adentra no estudo das leis que, posteriormente à Carta Magna, mais recentemente passaram a integrar o arcabouço normativo sobre o assunto, abarcando o diploma de singular contribuição ao seu avanço, qual seja, a já mencionada Convenção Internacional sobre os direitos das Pessoas com Deficiência e medidas legislativas dela decorrentes, plasmadas nas Leis n. 12.764/2012 e n. 13.146/2015, que ensejaram a consolidação da educação inclusiva no Brasil, dentre outras garantias nelas estabelecidas.

Em decorrência das citadas medidas legislativas, a seção 4 aborda medida de outra natureza, de cunho judicial, atinente à recente decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no âmbito de uma Ação Direta de Inconstitucionalidade.

A seção 5 prossegue analisando medidas de outra natureza, desta vez, cuidando de abordar experiências contrapostas na seara da inclusão educacional, o que é feita mediante a exposição de duas alternativas diversas de efetivar a inclusão escolar, encontradas em dois Estados brasileiros, quais sejam, Paraná e Santa Catarina, que optaram por concretizá-la por meio de modelos aparentemente antagônicos.

Nas Considerações finais, busca-se responder ao questionamento que propulsiona o presente estudo, a partir das constatações decorrentes da experiência pessoal da signatária deste artigo, a qual, por ser irmã de um autista, pôde presenciar os impactos que a inclusão escolar na rede comum de ensino promoveu na vida deste.

2 AUTISMO E EDUCAÇÃO INCLUSIVA EM CONTEXTOS

Para atingirmos o propósito do presente artigo, partiremos de uma contextualização sobre autismo, em perspectiva conceitual e histórica, para situar, no âmbito da educação inclusiva, o panorama normativo precedente à Constituição Federal de 1988.

Deste modo, pretendemos identificar o protagonista do presente estudo bem como o objeto deste, para adentrar no relevante direito fundamental à educação e identificar experiências exitosas neste campo.

2.1 CONCEITO DE AUTISMO

Partindo do marco conceitual do termo utilizado para designar o protagonista do presente estudo, o autismo, recorreremos ao consagrado dicionário Aurélio, que apresenta a palavra como *fenômeno patológico caracterizado pelo desligamento da realidade exterior e criação mental de um mundo autônomo* (AUTISMO, 2018).

A leitura do significado aferido ao termo, que nomeia tal distúrbio neurológico, induz à ideia de isolamento de um indivíduo voltado ao seu interior e seus pensamentos, com forte tendência à introspecção e repulsa ao convívio social.

Tal definição vai ao encontro do imaginário coletivo concebido sobre o autismo, mas, a nosso ver, trata-se de um *pré-conceito*.

Ao se pensar na imagem do indivíduo autista, a tendência é cogitar uma pessoa centrada em seu universo próprio e alheia a fatores externos, sem interes-

se no que a circunda, tanto assim que um estudo etimológico do termo “autismo” evidencia que o conceito se confunde com a semântica da palavra, proveniente da junção de duas palavras gregas: *autos* (“em si mesmo”) e *ismo*, significando “voltado para”. Assim, é possível verificar, mediante exame perfunctório, que o isolamento social é algo intrinsecamente associado ao tema.

No entanto, no mais das vezes, percebe-se o equívoco desta premissa, pois o forte comprometimento da interação social característico do transtorno não significa necessariamente que o indivíduo autista deseje afastar-se daquilo que o cerca para se ajustar a uma rotina própria de isolamento, pois o contato com o mundo exterior poderia ensejar mais perdas do que ganhos.

Ao contrário, conquanto o autista valorize momentos de solitude, podendo tender ao isolamento, isso não indica que deseja, de fato e a todo tempo, viver sozinho e distante dos outros, sobretudo porque estamos falando de um ser humano que, por natureza, é um ser social e, nesta condição, o convívio com outros indivíduos lhe é tão caro a ponto de proporcionar progressos inestimáveis que nenhum tratamento jamais lhe propiciaria.

Neste cenário, afigura-se pertinente associar o tema à educação inclusiva, haja vista a indiscutível contribuição que o ambiente escolar propicia para a interação social.

2.2 HISTÓRICO DO AUTISMO

Analisando o tema sob o viés histórico, impende esclarecer que o termo “autista” foi utilizado pela primeira vez pelo psiquiatra Plouller, em 1906, empregando a nomenclatura para descrever o sinal clínico de isolamento frequente constatado em pacientes com esquizofrenia (GAUDERER, 1993).

Já em 1911, o psiquiatra suíço Eugen Bleuler fez uso do termo “autismo” para designar um dos sintomas de esquizofrenia, consistente na perda de contato com a realidade e o isolamento exacerbado que dificultava ou até mesmo impossibilitava a comunicação dos indivíduos com esse distúrbio (BLEULER, 1911; GOMES, 2007; LIRA, 2004; MARTINS, 2007).

Se, nesse período, os referidos escritos foram empregados em estudos psiquiátricos dedicados à esquizofrenia, somente três décadas depois, a partir de 1943, é que surgiram as primeiras descrições de forma individualizada, tal como atualmente concebidas. No referido ano, Leo Kanner, psiquiatra austríaco radica-

do nos Estados Unidos, fez uso da expressão *Autismo Infantil* em seu trabalho intitulado *Autistic Disturbance of Affective Contact* (Distúrbio autista do contato afetivo), compreendendo o título da obra como a nomenclatura adequada para designar o transtorno de características comportamentais específicas por ele estudado, tais como *perturbações das relações afetivas com o meio, solidão autista extrema, inabilidade no uso da linguagem para comunicação, presença de boas potencialidades cognitivas, aspecto físico aparentemente normal, comportamentos ritualísticos, início precoce e incidência predominante no sexo masculino* (KANNER, 1943, p. 217-250).

Segundo Gomes (2007) e Lopes-Herrera (2004) concluíram em seus estudos dedicados ao tema, nesse conjunto de comportamentos, ainda se destacam o extremo isolamento, a dificuldade de relacionamento com outras pessoas, inclusive da própria família, o atraso na aquisição da fala (e, quando esta era adquirida, a criança não a usava como um meio de se comunicar e interagir com as pessoas), a excelente memória, a indiferença pelas pessoas e pelo ambiente a sua volta, a adoção de comportamentos repetitivos e obsessivos e a ansiedade pela preservação de rotinas.

No ano de 1991, Hans Asperger constatou em crianças com inteligência normal algumas características similares ao autismo, no tocante às dificuldades de comunicação social. O referido psiquiatra e pesquisador austríaco, então, propôs a concepção de um distúrbio que denominou “psicopatia autista”, manifestada mediante as características de transtorno severo na interação social, uso pedante da fala, desajeitamento motor e incidência apenas no sexo masculino, já enfatizando a preocupação com a abordagem educacional destes indivíduos (ASPERGER, 1991, p. 37-92).

Ambos os trabalhos repercutiram na literatura mundial, porém, em momentos distintos (GADIA; TUCHMAN; ROTTA, 2004). Apesar de os estudos datarem da Segunda Guerra Mundial, a ausência de comunicação entre as comunidades científicas dos Estados Unidos e da Europa contribuiu para que as descrições de Kanner fossem rapidamente absorvidas pela comunidade científica, o que não ocorreu em relação às observações de Asperger, então limitadas à Alemanha e à Áustria e, em menor escala, à Holanda e à União Soviética (KLIN, 2006)¹.

¹ Ademais, outro entrave que pesou na divulgação foi a redação original da obra em alemão, apenas traduzida para a língua inglesa em 1981, pela psiquiatra inglesa Lorna Wing (WING, 1981, p. 115-129).

Nos anos subsequentes, o autismo adquiriu novas denominações, consoante a área de interesse que o estudava. Assim:

- a) em 1947, Bender estudou-o como: Esquizofrenia Infantil, por compreendê-lo como a forma mais precoce desta;
- b) em 1949, Rank empregou a expressão Desenvolvimento Atípico do Ego, baseando-se na sua visão psicanalítica;
- c) em 1952, Mahler utilizou o descritor Psicose Simbiótica, associando a causa do autismo ao relacionamento entre mãe e filho;
- d) em 1956, Bender revisitou-o como Pseudo-Retardo ou Pseudo-Deficiente, buscando diferenciá-lo de retardo mental;
- e) em 1963, Rutter denominou Psicose Infantil, Psicose da Criança ou Psicose de Início Precoce, para designar sinônimos de autismo quando as características eram percebidas antes dos 36 meses de vida. (GAUDERER, 1993, p. 25).

A já referida Lorna Wing, que, em 1981, emprestou o nome de Asperger à Síndrome que denomina o quadro por ele descrito – assim iniciando o uso da expressão que se tornou reconhecida cientificamente para designar um tipo de autismo de alto desempenho –, em 1997, propôs a utilização da terminologia Espectro Autista para referir uma vasta gama de patologias² que comungam a presença de déficit qualitativo na tríade de comprometimentos (linguagem/comunicação, social e imaginação), mas diferem na sintomatologia, etiologia e prognóstico.

O autismo passou a ser situado como categoria de Transtorno Global (ou invasivo) do Desenvolvimento que, por sua vez, agrupa Transtornos com traços característicos comuns, quais sejam, os Transtornos Autistas, de Rett, o Desintegrativo na Infância, o de Asperger e o Global sem outra especificação. Esses mencionados transtornos foram considerados assemelhados pela existência comum de um comprometimento grave e global em algumas áreas do desenvolvimento, como habilidades de interação social recíproca e comunicação, bem como pela presença de comportamentos, interesses e atividades estereotipadas, sendo que o comprometimento qualitativo que define tais condições representa um desvio acentuado em relação ao nível de desenvolvimento do indivíduo, conforme o DSM-IV, de 1994. (GOMES; BOSA, 2004, p. 553-561).

Em 2013, sobreveio a 5ª edição do Manual de Diagnóstico e Estatística dos Transtornos Mentais, o DSM-V, cunhando uma nova categoria, designada como Transtorno do Espectro Autista (TEA), que reagrupou o Autismo, a Síndrome de

² Além da Síndrome de Asperger, a psiquiatra englobou no espectro autista a Síndrome do X Frágil, a Síndrome de Rett, e a Síndrome de Landau-Kleffner, entre outras (WING, 1997, p. 1761).

Asperger e o Transtorno Global do Desenvolvimento sem outra especificação.

Então situado no âmbito do Transtorno do Espectro Autista, pode-se sintetizar o conceito atual da expressão como distúrbio do neurodesenvolvimento caracterizado por déficits na comunicação e interação sociais, bem como padrões restritos e repetitivos de comportamento, interesses ou atividades, de início na infância, segundo definição concebida pela American Psychiatry Association (APA), no ano de 2013.

Ainda, impende elucidar que o TEA consiste em complexo distúrbio de desenvolvimento, definido de um ponto de vista comportamental, cujas etiologias são múltiplas e apresentam graus variados de severidade, valendo destacar que cada indivíduo autista tem suas características e limitações próprias, de tal modo que dificilmente encontraremos sujeitos sob tal condição com idêntico comportamento.

Em arremate, insta registrar que o autismo não tem cura, mas existe uma melhora significativa com o tratamento e, neste contexto, Rivière (2005, apud GIARDINETTO, 2009, p. 22) considera que “o tratamento mais efetivo com crianças com autismo é a educação”. Não por outro motivo, a educação inclusiva se apresenta como um importante instrumento de socialização e desenvolvimento dos indivíduos autistas, o que enseja a análise deste tema.

2.3 RETROSPECTO NORMATIVO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO

No que concerne à educação inclusiva, vale frisar que o movimento de inclusão de pessoas com deficiência em todas as esferas da sociedade constitui fato recente.

Como cediço, as pessoas com deficiência foram consideradas à margem da sociedade por extenso período de tempo, sendo desprovidas de diversas garantias de ordem fundamental, como o direito à educação.

No Brasil, o resgate dos diplomas normativos que a contemplaram e tiveram o condão de implementar, como regra, a inclusão escolar no Ensino Regular, clarifica que ela ocorreu de modo gradual, consolidando-se com a Constituição Federal de 1988.

Para entender como esse fenômeno ocorreu faz-se necessário o retrospecto dos diplomas normativos relevantes nesse processo, pois o conhecimen-

to destes é indubitavelmente essencial àquela compreensão. Daí a tarefa de resgatar tais marcos que tratam da inclusão escolar no ordenamento jurídico, contribuindo para sua recente implementação em solo nacional, bem como delinear o contexto histórico em que tais documentos foram concebidos, indicando momentos de relevante expressão na história da educação especial.

O primeiro digno de menção foi a criação, em 1854, do “Instituto dos Meninos Cegos” (hoje “Instituto Benjamin Constant”), e em 1857, do “Instituto dos Surdos-Mudos” (atual “Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES)”, ambas instituições implementadas por iniciativa do Governo Imperial na cidade do Rio de Janeiro (JANNUZZI, 1992; MAZZOTTA, 1996).

Apesar de esses Institutos terem simbolizado expressivo avanço no atendimento de indivíduos com deficiência, proporcionando o início, ainda que incipiente, da construção de um espaço de conscientização e discussão sobre a sua educação, tal não deixou de “se constituir em uma medida precária em termos nacionais, pois, em 1872, o país contava com uma população de 15.848 cegos e 11.595 surdos, e, por sua vez, eram atendidos apenas 35 cegos e 17 surdos nestas entidades” (MAZZOTTA, 1996, p. 29). Ademais, no referido período, a Educação Especial ainda era defendida por indivíduos isolados, priorizando o atendimento de surdos e cegos, em detrimento dos sujeitos com deficiência intelectual.

Não obstante, desde então, a história da educação especial no Brasil foi se estruturando e, no mais das vezes, seguiu modelos que primavam pelo assistencialismo, numa visão segregativa e fragmentada por deficiências, fato que contribuiu para que a formação escolar e a vida social das crianças e jovens sob tal condição ocorressem de forma apartada dos outros indivíduos.

Em 1948, vislumbrou-se um importante avanço no que tange à salvaguarda do direito à educação dos indivíduos com deficiência, por meio da assinatura da Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH)³, que expressamente consignou o direito de todas as pessoas à educação, independentemente de qualquer condição, em seu artigo XXVI:

Todo ser humano tem direito à instrução. A instrução será gratuita, pelo menos nos graus elementares e fundamentais. A instrução elementar será obrigatória. A instrução técnico-profissional será acessível a todos, bem como a instrução superior, esta baseada no mérito. (BRASIL, 2006, p. 41-44).

³ BRASIL. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. In: Direitos Humanos: documentos internacionais. Brasília: Presidência da República, 2006, p. 41-44.

A relevância desse documento normativo para a população com deficiência assenta-se no fato de que, pela primeira vez, de modo claro e inequívoco, um diploma internacional, de aplicação nacional, determinou que a educação deveria ser a todos garantida, sem distinções, assim abrangendo aqueles indivíduos deficientes, que até então não contavam com a positivação desse direito.

Apenas seis anos depois, em 1954, outro importante avanço foi concretizado mediante a criação da primeira Associação de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAE), na cidade do Rio de Janeiro, efetivando o direito à educação de pessoas com deficiência intelectual, até então praticamente inexistente.

Portanto, o período compreendido entre 1948 e 1954 denota momento evolutivo do tema no país, pois não apenas o direito à educação de indivíduos com deficiência ficou formalmente garantido como foi criada instituição apta a ofertar o ensino especial apartada do ensino regular, como opção específica ao público com deficiência intelectual.

Entretanto, em 1961, a Lei n. 4.024 desponta como diploma normativo dedicado ao estabelecimento de diretrizes e bases da educação nacional, que teve o condão de garantir, em seu artigo 88, o direito à educação de crianças com deficiência preferencialmente na escola regular, rompendo assim com o modelo de ensino especial até então imposto.

Em nosso país, a inclusão aí nascia de maneira embrionária, pois o supracitado artigo meramente afirmava, de modo genérico e vago, que “a educação de excepcionais, deve, **no que for possível**, enquadrar-se no sistema geral de educação, a fim de integrá-los na comunidade” (grifo da autora).

Evidentemente, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional consistiu em relevante avanço ao tema, não apenas porque o diploma norteou todo o sistema educacional do país, como também porque a alusão à inclusão preferencial de estudantes com deficiência em estabelecimentos de ensino regular sinaliza a mudança de concepção experimentada a partir desse marco normativo. Com efeito, a Lei 4.024/61 deslocou o viés segregacionista então vigente (pautado na educação de pessoas com deficiência em estabelecimentos de ensino especiais), para a concepção integrativa, prevendo a matrícula de alunos com deficiência em estabelecimentos da rede regular de ensino, a ser aplicada de modo prioritário e preferencial.

Posteriormente, há quem considere que a Lei 5.692, de 1971, teria representado um retrocesso no assunto ao determinar que fosse conferido tratamento especial às crianças com deficiência, naquele incluído sua educação, por força do disposto pelo artigo 9º, que preconizava que “os alunos que apresentem deficiências físicas ou mentais, os que se encontrem em atraso considerável quanto à idade regular de matrícula e os superdotados deverão receber tratamento especial, de acordo com as normas fixadas pelos competentes Conselhos de Educação”.

Quem sustenta o retrocesso legislativo compreende, a partir desse diploma, que a educação segregada de estudantes com deficiência ficou legitimada, atrasando em mais alguns anos a consolidação da inclusão escolar (AMARAL et al., 2014).

Na esteira desse cenário, em 1973, foi criado o Centro Nacional de Educação Especial (CENESP), sob o objetivo de integrar ao ensino regular os alunos que acompanhassem o ritmo de estudos ali ministrado, ingressando aqueles que não acompanhassem na Educação Especial.

Somente quinze anos mais tarde a consolidação da inclusão escolar foi concretizada por meio da promulgação da Constituição Federal de 1988, que, pela primeira vez na história constitucional brasileira, expressamente previu a igualdade no acesso e na permanência na escola.

Este indubitável avanço constou do inciso I do artigo 206 da Carta Magna, ao elencar como um dos princípios norteadores do ensino em todo o país a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

Por sua vez, o inciso III do artigo 208 do texto constitucional estabeleceu, como garantia a instrumentalizar o dever do Estado na oferta da educação universal, o “atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino”.

Desse modo, em sede constitucional, foi consolidado o dever do Estado em conferir atendimento especializado aos estudantes com deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino, configurando regra que deve ser buscada em primeiro lugar.

Todavia, o advérbio “preferencialmente” não é sinônimo de “exclusivamente” e, portanto, a referida regra comporta exceção e, como tal, permanece a Educação Especial ofertada em entidades próprias, destinados apenas aos casos excepcionais, nos quais os benefícios perpetrados pela inclusão escolar

sejam menores que os malefícios por ela causados, em uma clara proeminência do princípio do superior interesse infanto-juvenil sobre o preceito da inclusão.

3 AUTISMO E EDUCAÇÃO INCLUSIVA EM TERMOS NORMATIVOS HODIERNOS

Após estudar o panorama normativo que antecedeu a Constituição Federal de 1988, bem como o próprio texto constitucional, passa-se ao exame dos principais diplomas que o sucederam, contribuindo de modo significativo à consolidação da educação inclusiva no país.

Para tanto, faz-se necessário recordar a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que inspirou a conclusão da tramitação da proposição legislativa que resultou na Lei Federal n. 13.146/2015, disposta sobre a Lei Brasileira de Inclusão (Estatuto da Pessoa com Deficiência), também excursando sobre a Lei Federal 12.764/2012, que tratou da Política Nacional de Proteção dos Direitos das Pessoa com Transtorno do Espectro Autista.

3.1 A CONVENÇÃO INTERNACIONAL SOBRE OS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA

A Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu respectivo Protocolo foram homologadas pela Assembleia das Nações Unidas, em 13 de dezembro de 2006, entrando em pleno vigor internacional somente no dia 3 de maio de 2008, quando ultrapassou o mínimo de vinte ratificações, incluída a do Brasil, que assinara o documento em 30 de março de 2007. Por meio da Mensagem Presidencial n. 711, de 26 de setembro de 2007, os documentos foram enviados ao Congresso Nacional, que deliberou pela aprovação da medida, com o quórum indicado pelo § 3º do artigo 5º da Constituição Federal. Com a edição do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, os documentos ratificados foram encaminhados para depósito junto ao Secretário das Nações Unidas, passando a surtir efeitos no plano internacional, ao passo que sua incorporação ao plano jurídico interno, irradiando efeitos, teria ocorrido apenas com a edição do Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009.

O referido Tratado contribuiu de modo substancial ao avanço da instrumentalização protetiva do segmento, mediante uma série de direitos que lhe foram consagrados, dentre os quais a educação.

Ao examinar esse diploma convencional, de incontestável relevância no período pós-constitucional, verifica-se que o mencionado direito foi previsto em seu artigo 24, retratando inclusive premissas aplicáveis à deficiência intelectual, categoria na qual se enquadra o Transtorno do Espectro Autista.

Infere-se do dispositivo colacionado que aos Estados signatários não apenas foi imposta a obrigação de assegurarem um sistema educacional inclusivo que abranja todos os níveis de ensino, inclusive o superior, como também tratou, de modo pormenorizado, dos instrumentos aptos a efetivar a inclusão.

Outrossim, em várias passagens da norma, percebe-se a utilização de expressões como “inclusão plena” e “efetiva educação” que, no contexto da trajetória da inclusão escolar em território nacional, sobreleva importância, pois não são raras as vezes em que equívocos ocorrem na busca da inclusão escolar.

Por vezes, motivados por desconhecimento ou desinteresse, gestores escolares, professores e os próprios pais e responsáveis por estudantes com deficiência empreendem esforços apenas voltados a propiciar que frequentem escolas regulares, em classes comuns, olvidando-se de conceder o aparato pedagógico e social de que necessitam para serem efetivamente incluídos.

Por tal razão, o mérito da Convenção ao atentar para esse fato e buscar combatê-lo mediante o uso dessas expressões de cunho cogente é inestimável, sobretudo, porque, atualmente, cada vez mais vem sendo consolidado o entendimento de que o sentido da inclusão ultrapassa a mera integração do estudante com deficiência à sala de aula.

Não por outro motivo, a referida Convenção consistiu em instrumento de maior relevância no que concerne à proteção das pessoas com deficiência justamente por inovar em dimensionar o desenvolvimento social e de inclusão de modo objetivo (MAZZUOLI, 2016).

O artigo 24 ainda é considerado um dos emblemáticos símbolos de mudança de paradigma tão propalada pelas delegações dos Estados e pela sociedade civil, uma vez que reforça a ideia de que a educação deve ser inclusiva, por princípio, sendo reservada à escola especial um papel residual complementar e nunca excludente (GUGEL; MACIEIRA; RIBEIRO, 2007).

Em arremate, outra característica da Convenção que é digna de destaque consiste em sua aprovação no Brasil com “equivalência de emenda constitucional”, nos termos do artigo 5º, § 3º, da Carta Magna. Logo, ela detém *status*

constitucional, agregando-se às normas dedicadas ao tema na Constituição Cidadã, reforçando ainda mais a regulação do tema na esfera constitucional.

Não se pode olvidar ainda de outro documento internacional de suma relevância ao progresso da inclusão escolar no território nacional, qual seja, a Declaração de Salamanca, que forneceu contribuições singulares ao processo histórico do tema.

Dentre os preceitos por ela defendido, destaca-se a defesa da premissa de que as escolas regulares inclusivas são as que contam com instrumentos mais eficazes para dirimir a discriminação entre estudantes com deficiências ou necessidades educacionais especiais e aqueles que não se enquadram nessa condição.

Denota-se, portanto, que todos os textos legais que consolidaram a educação inclusiva no país, tanto no âmbito federal, como no estadual e no municipal, coligam-se intrinsecamente às disposições normativas dessa declaração.

3.2 LEI N. 13.146/2015 (LEI BRASILEIRA DE INCLUSÃO)

A Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência foi incorporada em nosso ordenamento jurídico num momento em que tramitava na Câmara dos Deputados o Projeto de Lei 7.699/2006 (PLS 06/2003, na origem), versando sobre o Estatuto da Pessoa com Deficiência. Segundo a doutrina:

Tratava-se de uma tramitação 'estacionada', pois o referido Projeto fora tirado da agenda de discussão por conta de mobilização oriunda de segmentos que defendiam o aguardo da aprovação daquela Convenção, para bem conformar um instrumento normativo ao outro, tendo o debate sido retomado por meio da autuação do Substitutivo da Câmara dos Deputados (SCD) n. 4, em 17 de março de 2015, culminando na aprovação do texto e envio para sanção presencial, que promulgou a Lei n. 13.146 em 6 de julho de 2015, com vigência postergada para 180 (cento e oitenta) dias de sua publicação oficial, o que ocorreu em 6 de janeiro de 2016 (SILVA, no prelo).

O Estatuto da Pessoa com Deficiência instituído pela Lei Federal n. 13.146/2015 como Lei Brasileira de Inclusão (LBI), constituiu verdadeiro marco legal em prol da inclusão deste importante segmento de nossa sociedade e ainda que os diplomas antecedentes tenham contribuído de modo substancial à evolução do tema, nenhum tratou de modo tão pormenorizado todas as perspectivas ali consagradas.

No campo que interessa ao presente artigo, os artigos 27 e 28 da LBI disciplinaram a inclusão educacional, ratificando o direito à educação que assiste a toda pessoa com deficiência, tratando de modo expresso e indubitável do conceito de inclusão, ao parametrizar a atuação das unidades escolares para efetivá-la.

Enquanto o artigo 27 assegura um sistema educacional inclusivo em todos os níveis, além do aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem; os incisos do artigo 28, por sua vez, estipulam as incumbências do Poder Público na seara da educação, com destaque para aquela inculpada em seu inciso I, no sentido de criar, desenvolver, implementar, incentivar, acompanhar e avaliar o supracitado sistema educacional inclusivo bem como o referido aprendizado.

Uma leitura preliminar do artigo 28 e seus incisos pode dar a entender que todas as obrigações ali contidas são restritas ao Poder Público, mas o § 1º do mencionado dispositivo esclarece que as instituições privadas também devem não apenas garantir todo o aparato necessário à efetivação da inclusão enumerado nos incisos I, II, III, V, VII, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII e XVIII do artigo 28, como não podem cobrar valores adicionais de qualquer natureza a fim de custeá-lo.

A relevância da norma neste particular é latente, pois a inobservância da inclusão escolar ocorre sob várias formas e a cobrança de taxas adicionais ou a negativa de matrícula em razão da deficiência do estudante consistem em claros meios de externá-la. Não à toa, cotidianamente aportavam, no Poder Judiciário, diversos casos envolvendo estabelecimentos de ensino particulares que se recusavam a receber alunos com deficiência, ou mesmo a ofertar a estrutura necessária para assegurar a inclusão destes ou apenas superavam essas barreiras atitudinais ante o comprometimento dos pais desses alunos em arcar com o ônus financeiro desse serviço.

Uma das argumentações comumente utilizadas pelas unidades privadas assentava-se na premissa de que a garantia da inclusão escolar consistiria em obrigação restrita ao Poder Público. Por essa razão, o Estatuto da Pessoa com Deficiência não poderia ter sido mais acurado ao definir com brilhantismo e clareza que a inclusão escolar é tarefa de todos os estabelecimentos de ensino,

independentemente de sua natureza, e o financiamento de sua estrutura deve ser compartilhado por todos; a sociedade, no caso das instituições públicas de ensino, e os consumidores, nas instituições privadas.

Afora seu mérito inestimável ao fornecer conceitos, estabelecer obrigações, traçar diretrizes e delinear instrumentos a serem utilizados no processo de inclusão, a Lei Brasileira de Inclusão avançou relevante passo em direção ao referido objetivo, tanto que a questão já foi objeto de enfrentamento pelo Supremo Tribunal Federal, como veremos oportunamente.

Antes, porém, é preciso retroceder para um momento anterior à promulgação da Lei 13.146/2015, para abordar uma lei específica à categorização da deficiência intelectual e, “justamente porque a própria categorização da deficiência em intelectual comporta tipos distintos, em função dos variados padrões de comprometimento da limitação decorrentes da conceituação conferida pela AAIDD” (SILVA; no prelo), sob tal recorte, analisar a Lei 12.764, de 27 de dezembro de 2012, que instituiu a política nacional de proteção dos direitos da pessoa com TEA.

3.3 A POLÍTICA NACIONAL DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA, PROMOVIDA PELA LEI N. 12.764/2012

Mesmo antes da promulgação da Lei Brasileira de Inclusão, os indivíduos com TEA foram contemplados com um diploma próprio para disciplinar a proteção a eles conferida em diversas esferas de sua vida, dentre as quais estava situada a educação.

Trata-se da Lei n. 12.764, de 27 de dezembro de 2012, denominada Lei Berenice Piana, em referência à mãe de um garoto autista, a qual lutou bravamente pela aprovação desse diploma, sob o objetivo de instituir a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, bem como estabelecer diretrizes para sua consecução.

Além de seu artigo 1º, §1º, incisos I e II e III traçar conceitos bem delineados a nortear a definição dos indivíduos com TEA, o § 2º do mesmo dispositivo deixou muito claro que os diagnosticados com essa espécie de transtorno devem ser considerados pessoas com deficiência para todos os efeitos legais.

A lei em comento também concedeu importantes contribuições na seara educacional, conforme se depreende do inciso IV do seu artigo 3º, que elenca,

dentre os direitos assegurados à pessoa com TEA, o acesso à educação e ao ensino profissionalizante, bem como do parágrafo único do mesmo artigo, ao preconizar que, em casos de comprovada necessidade, o aluno sob tal condição incluído nas classes comuns de ensino regular terá direito a acompanhante especializado.

Depreende-se da norma transcrita que um dos instrumentos da efetivação da inclusão, qual seja, o direito ao acompanhante especializado recebe assento expresso, demandando apenas a comprovação de sua necessidade, apontando para mais um relevante avanço no que atine à inclusão escolar de indivíduos com autismo.

Outra relevante contribuição do novo diploma, a qual se estende não apenas aos indivíduos diagnosticados com TEA mas a todos que possuam alguma espécie de deficiência encontra-se em seu artigo 7º, que teve o condão de estabelecer infração administrativa própria aplicável aos gestores escolares ou autoridades competentes que recusarem a matrícula desses alunos nos estabelecimentos de ensino.

A fim de regulamentar a Lei n. 12.764/2012, ficou promulgado o Decreto n. 8.368, de 2 de dezembro de 2014, que disciplinou o direito à educação em seu artigo 4º, ao dizer ser

[...] dever do Estado, da família, da comunidade escolar e da sociedade assegurar o direito da pessoa com transtorno do espectro autista à educação, em sistema educacional inclusivo, garantida a transversalidade da educação especial desde a educação infantil até a educação superior. (BRASIL, 2012).

Além de ratificar o direito a acompanhante especializado no contexto escolar, garantia esta estendida a pessoas com outras deficiências, o mencionado Decreto teve o condão de fortalecer a concepção da efetiva inclusão escolar, outrora delineada pela Convenção Internacional de Direitos da Pessoa com Deficiência, que expressamente lhe embasa, ao fazer uso da expressão “sistema educacional inclusivo” no *caput* de seu artigo 4º.

É consabido, assim como em qualquer espécie de deficiência, que a inclusão efetiva de estudantes com TEA na rede regular de ensino apresenta desafios, sendo amplo o rol de adaptações pedagógicas e pessoais aos que com eles compartilham o ambiente escolar.

Contudo, os ganhos que a inclusão propicia, tanto no âmbito educacional como também social, igualmente são repartidos, sendo essa reciprocidade intrínseca à inclusão escolar definida com maestria pelo psicopedagogo Eugênio Cunha, quando afirma que:

O aluno com autismo não é incapaz de aprender, mas possui uma forma peculiar de responder aos estímulos, culminando por trazer-lhe um comportamento diferenciado, que pode ser responsável tanto por grandes angústias como por grandes descobertas, dependendo da ajuda que ele receber. (CUNHA, 2014, p. 68).

Consoante visto, para muito além de normas meramente programáticas, a Lei n. 12.764/2012 teve o condão de conferir proteção e inclusão dos autistas no ambiente escolar mediante o estabelecimento de regras claras e assertivas a serem observadas, as quais contribuíram de forma singular à garantia de uma educação adequada às necessidades especiais dessas crianças e adolescentes (PILLONI, 2015).

4 RECENTE POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, À LUZ DOS ATUAIS DIPLOMAS NORMATIVOS

A Seção anterior tratou da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, que na alínea 'c' do § 1º do seu artigo 4º determinou que serão adotadas todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra natureza, necessárias à efetivação dos direitos ali reconhecidos.

Como exemplos de medida legislativa, tratamos da Lei 13.146/2015, que instituiu a Lei Brasileira de Inclusão, bem como a Lei 12.764/2012, sobre a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista, regulamentada pelo Decreto n. 8.368, de 2 de dezembro de 2014.

Intencionalmente reservando exemplos de medidas administrativas para a seguinte Seção, neste momento, debruçamo-nos na abordagem de medidas de qualquer outra natureza, aqui situando as de cunho judicial.

Sob tal perspectiva, no dia 9 de junho de 2016, o Plenário do Supremo Tribunal Federal foi palco de uma célebre decisão, capitaneada pelo Ministro Edson Fachin. Nessa oportunidade, a Corte Constitucional valeu-se do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5357 para ensinar ao país, de forma poética e sensível, no que consiste a efetiva inclusão de pessoas com deficiência.

A ADI 5357 foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino, questionando a constitucionalidade do artigo 28, parágrafo 1º e caput do artigo 30 da Lei n. 13.146/2015, sob o argumento de que tais dispositivos afrontavam diversos preceitos constitucionais, como o inciso III do artigo 208, que prevê como dever do Estado o atendimento educacional aos alunos com deficiência.

O Plenário da Corte Suprema não acolheu tais argumentos e julgou improcedente a ação⁴, tendo o Relator Edson Fachin, o saudoso Ministro Teori Zavascki e a Ministra Rosa Weber expressado em seus votos uma sensibilidade extrema com o tema da inclusão, sendo o julgado considerado um verdadeiro paradigma sobre o tema, inclusive no tocante ao posicionamento do Supremo em relação ao *locus* da Convenção Internacional sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência frente ao ordenamento jurídico.

Tamanho é o cuidado, delicadeza e relevância desses votos, nos quais os Ministros transcenderam à mera análise jurídica, centrando seus argumentos em valores caros à sociedade, sob os quais se assenta a inclusão, que alguns excertos servem à conceituação poética de sua essência, sendo dignos de transcrição.

Segundo o Ministro Relator, Edson Fachin:

O ensino inclusivo é política pública estável, desenhada, amadurecida e depurada ao longo do tempo em espaços deliberativos nacionais e internacionais dos quais o Brasil faz parte. Não bastasse isso, foi incorporado à Constituição da República como regra. E ainda, não é possível sucumbir a argumentos fatalistas que permitam uma captura da Constituição e do mundo jurídico por supostos argumentos econômicos que, em realidade, se circunscrevem ao campo retórico. Sua apresentação desacompanhada de sério e prévio levantamento a dar-lhes sustentáculo, quando cabível, não se coaduna com a nobre legitimidade atribuída para se incoar a atuação desta Corte. (BRASIL, 2016).

Já a Ministra Rosa Weber assim pronunciou-se:

Tenho uma declaração de voto escrita, vou juntá-la aos autos, Senhor Presidente, mas gostaria aqui, ao afirmar meu voto no sentido e na mesma linha do proferido pelo eminente Relator, *apenas de destacar uma compreensão pessoal de que muitas das mazelas que hoje estamos enfrentando, e de que a nossa sociedade tem se ressentido, no sentido de intolerância, de ódio, de competição, de desrespeito,*

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357-DF*. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino. Intimado: Presidente da república e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

de sentimento de superioridade em relação ao outro – como diz o Ministro Fachin, um legítimo estrangeiro diante de nós –, talvez deitem raízes no fato de nós, a nossa geração, não ter tido a oportunidade, quem sabe, de participar da construção diária de uma sociedade inclusiva e acolhedora, em que valorizada a diversidade, em que as diferenças sejam vistas como inerentes a todos os seres humanos, a tornar a deficiência um mero detalhe na nossa humanidade. É essa sociedade que seria capaz – e que queremos –, de se tornar livre, justa, solidária e promotora do bem de todos, sem qualquer discriminação, em verdadeira reverência ao art. 3º, nos seus incisos I e IV, da nossa Constituição Federal. (BRASIL, 2016, grifo nosso).

Da lavra do saudoso Ministro Teori Zavaski, vale destacar o trecho no qual reflete que:

Uma escola que se preocupe além da questão econômica, em preparar os alunos para a vida, deve na verdade encarar a presença de crianças com deficiência como uma especial oportunidade de apresentar a todas, principalmente as que não têm deficiências, uma lição fundamental de humanidade, um modo de convivência sem exclusões, sem discriminações em um ambiente de fraternidade. (BRASIL, 2016).

As lições ensinadas pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário, no processo em comento, transcendem àquelas descritas nas linhas da lei, ensinadas nos bancos das faculdades de Direito, ou mesmo às mais profundas teorias hermenêuticas.

A decisão transitou em julgado em 28 de março de 2017, data em que o encerramento da discussão processual foi sacramentado, mas as palavras inculpidas em seus votos permanecerão ecoando em todos os cenários em que a inclusão for instaurada.

Para compreender a profundidade desse julgado, mais do que compulsar os diplomas jurídicos nele retratados, deve-se ter em mente o quão relevante é sua efetivação, não apenas como forma de garantir direitos preestabelecidos, mas, principalmente, para que cada um de nós vislumbre o seu papel na sociedade, cômicos de que conviver com o diferente é essencial para o progresso humano em sua caminhada ao longo da vida.

Tal ideia é delicadamente sintetizada por Vera Karam Chueiri e Heloísa Fernandes Câmara em excerto oportunamente citado na decisão apreciada, por referir que, diante da alteridade, uma postura de enclausuramento tolhe-nos da oportunidade de uma cotidiana vivência colorida, privando-nos da estupefação

propiciada pelo novo como diferente. Segundo as autoras, tal estranhamento “não pode nos imobilizar em face dos problemas que enfrentamos relativamente aos direitos humanos, isto é, ao direito a ter direitos” mas, pelo contrário “deve ser o fio condutor de uma atitude que a partir da vulnerabilidade assume a única posição ética possível, a do acolhimento” (CHUEIRI; CÂMARA, 2010, p. 174).

5 ALTERNATIVAS APTAS A EFETIVAR A EDUCAÇÃO INCLUSIVA DA PESSOA COM TRANSTORNO DO ESPECTRO AUTISTA

A efetivação da inclusão constitui um desafio enfrentado não apenas nos textos normativos, mas em sua aplicação prática. Mais do que possuir leis que salvaguardem direitos elementares à inclusão de pessoas com deficiência, apenas na vivência cotidiana é possível conceber alternativas práticas para concretizar o espírito da legislação.

Nessa toada, a eclosão de movimentos globais da sociedade civil voltados à inclusão escolar apresenta papel vital à evolução do tema, uma vez que, a partir desse fenômeno, é possível avançar na discussão, bem como na efetivação do processo inclusivo, uma vez que dele provém um novo olhar voltado à concepção de práticas pedagógicas inclusivas.

Por conseguinte, visando à ruptura de barreiras estruturais e atitudinais constatadas no ambiente escolar, a adaptação e a flexibilização da dinâmica de ensino exurgem como instrumentos de efetivação do processo inclusivo dos educandos com necessidades especiais não apenas na vida escolar, mas em sociedade.

Nesse contexto, são promovidas, de forma imediata e indubitável, profícuas discussões acerca da importância que a vida em sociedade tem para o desenvolvimento pleno do potencial humano, bem como de seu senso de dignidade, gerando avanços significativos sobre esse assunto, porquanto tais premissas são de singular relevância quando o propósito em pauta consiste na efetivação da inclusão plena.

Por vezes, experiências aparentemente contrapostas podem exurgir como iniciativas que melhor se adequam a casos específicos e, mais do que isso, são as que melhor se coadunam com o superior interesse da criança e do adolescente com deficiência a ser incluído.

Por essas razões, será de suma importância abordar, nesta Seção, duas experiências distintas, originárias de dois Estados da Região Sul do país, quais sejam, Santa Catarina e Paraná, bem externando a premissa de que, assim

como a inclusão propicia o convívio com o diferente, por vezes a sua efetivação possui faces diversas.

5.1 A EXPERIÊNCIA NO ÂMBITO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA

O Ministério Público de Santa Catarina possui um posicionamento amplamente favorável à inclusão escolar em caráter prioritário.

O *Parquet* catarinense defende a inclusão do estudante com deficiência no ensino regular como regra, estando dispensados de matrícula apenas os casos de severos comprometimentos e baixa funcionalidade.

Além de respaldar seu entendimento pela primazia da inclusão escolar no artigo 208, inciso III, da Constituição Federal de 1988, seu posicionamento está assentado nos artigos 58, 59 e 60 da Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, mas principalmente em Resolução própria, expedida pelo Conselho Estadual de Educação de Santa Catarina.

Trata-se da Resolução n. 100/2016, que prevê, como regra, a inclusão de estudante com deficiência nos estabelecimentos de ensino, somente sendo admitida a frequência exclusiva em instituição especializada ao aluno sem qualquer condição de enfrentar o ensino comum, mesmo com apoio, complemento ou suplemento às atividades escolares.

É importante destacar que a avaliação mencionada sobre a capacidade de aprendizagem do estudante com deficiência e as condições de sua permanência não devem ficar a critério de um profissional da saúde isoladamente, consoante defende o Ministério Público catarinense. Ao contrário, estes aspectos devem ser analisados por equipe multidisciplinar, composta por profissionais da psicologia, do serviço social e, principalmente, da educação.

Ainda, denota-se que, além da exigência de estudo específico elaborado por diversos profissionais – a fim de atestar com segurança a impossibilidade de frequência do aluno no ensino regular –, a Resolução deixa claro que tal hipótese excepcional apenas estará configurada quando, no teor do documento, estiver prescrito que a permanência do estudante importar-lhe-á em grave prejuízo.

Além disso, como requisito obrigatório para o reconhecimento da excepcionalidade, a Resolução ainda impõe que a família do estudante e a equipe pedagógica da escola sejam ouvidas, bem como que a Fundação Catarinense de

Educação Especial aprove esse entendimento.

Portanto, fica claro que o diploma catarinense, fortemente defendido por seu *Parquet*, enumerou uma série de critérios a serem observados para autorizar a frequência exclusiva de alunos com deficiência em idade escolar em Centros de Atendimento Educacional Especializado e/ou instituições conveniadas.

A Resolução n. 100/2016 transparece o tratamento conferido ao tema pelo Estado de Santa Catarina, que é refletido no posicionamento do Ministério Público, que, de modo corrente, tem utilizado o retrocitado artigo da normativa para pleitear judicialmente a observância da primazia da inclusão de alunos com deficiência em estabelecimentos de ensino regular e a excepcionalidade da admissão destes em unidades especiais como as Associações de Pais e Amigos dos Excepcionais (APAEs) (SANTA CATARINA, 2016).

Ademais, a análise de demandas judiciais que versam sobre o tema permite vislumbrar o firme entendimento do *Parquet* catarinense pela primazia da inclusão, defendendo que os estudantes com deficiência que não apresentam severo comprometimento e se encontram em idade escolar obrigatória não poderão deixar de frequentar a educação regular.

Assim, como decorrência dessa garantia, os sistemas escolares deverão assegurar a matrícula de todo e qualquer estudante, organizando-se para o atendimento dos alunos com necessidades educacionais especiais nas classes comuns, sempre que isso for possível.

De qualquer modo, por ser o convívio escolar um instrumento apto a efetivar relações de respeito, identidade e dignidade, a inclusão escolar constitui uma proposta que representa valores simbólicos importantes, condizentes com a igualdade de direitos e oportunidades educacionais para todos.

A análise do assunto no âmbito do Tribunal de Justiça de Santa Catarina também possibilita constatar uma forte tendência à primazia da inclusão, valendo destacar recente decisão proferida nos autos de Agravo de Instrumento 2015.027364-7, originário de Blumenau, tendo por Relator o Desembargador Ricardo Roesler, julgado e publicado em 3 e 17 de dezembro de 2015, respectivamente⁵.

Ao julgar o recurso contra decisão que determinava a matrícula de crianças com deficiência em escolas particulares, bem como a adequação dos educandários

⁵ SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Agravo de Instrumento n. 2015.027364-7. Origem Blumenau. Recorrente: Divina Providência Colégio Sagrada Família. Recorrido: Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANopTAAQ&categoria=acordao>. Acesso em: 1º fev. 2018.

para atendê-las, a decisão proferida invocou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e Lei n. 13.146/2015, considerando a necessidade da adoção, pelas instituições de ensino público e particular, de adequação das unidades e, sobretudo, recepção dos alunos sob aquela condição, por compreender que a medida estaria em sintonia com o compromisso internacional firmado pelo Brasil e com os termos da lei regente.

Para o estudo realizado, é oportuno reproduzir excertos do julgado, no trecho em que trata dos direitos consagrados pela Convenção e Lei Brasileira de Inclusão:

Essa afirmação de direitos, portanto, é o contramovimento ao estado de exclusão estabelecido. Embora a fixação de leis não seja apropriada e a mais efetiva forma para reordenar práticas culturais estabelecidas, a urgência da solução dessas rançosas patologias sociais legitima a disciplina de comportamentos como instrumento de correção. O descompasso entre o exercício da aceitação e a necessidade da implementação de políticas mínimas de proteção de direitos fundamentais assim determina. Nenhum ser humano basta a si mesmo, e é preciso que convivamos com a diferença, pois as minorias têm o direito à sua identidade, à sua individualidade e, principalmente, ao respeito e ao reconhecimento de seus direitos mais elementares, como requer qualquer democracia.

[...]

A inclusão, portanto, deve ser posta em primeiro plano, em todos os quadrantes. Somente se deve conceber algum tipo de tratamento distinto (limitador) quando não for possível o esforço de inclusão. Em síntese, tanto quanto possível cabe à maioria adaptar-se às exigências do portador de necessidade, e não fazer dessa necessidade, de modo linear, irrestrito e retórico, cláusula de barramento de seus direitos.

[...]

Como se vê, não há como sustentar que a educação inclusiva tenha caráter subsidiário. Em primeiro plano deve-se primar pela inclusão e socialização do portador de deficiência, física ou psíquica, no ensino regular.

Assim, com as vênias do Relator, tenho que seja imprescindível que se privilegie o modelo de inclusão na educação (SANTA CATARINA, 2015, grifo nosso).

A exposição da vislumbrada atuação do Ministério Público de Santa Catarina evidencia cristalinamente o seu posicionamento em caráter prioritário pela inclusão escolar de alunos com deficiência no ensino regular, relegando a dispensabilidade de matrícula e frequência apenas a casos pontuais, cuja excepcionalidade esteja cabalmente demonstrada.

Não bastasse isso, o *Parquet* catarinense tem empreendido esforços para propiciar a efetiva inclusão desses alunos, por compreender que não basta

garantir sua matrícula e sua frequência em escolas regulares, se os instrumentos que propiciam a real inclusão não são assegurados.

Desta feita, em sua atuação, percebe-se uma preocupação corrente com o fortalecimento desse aparato inclusivo, seja na conscientização das unidades escolares, no ajuizamento de demandas ou mesmo na busca de orientações que norteiem sua atuação, o que tem feito junto ao Centro de Apoio Operacional da Infância e Juventude, sempre pautando na efetivação da inclusão imbricada ao superior interesse infanto-juvenil.

5.2 A EXPERIÊNCIA DO MOVIMENTO APAEANO PARANAENSE

No Estado do Paraná, por sua vez, o Movimento Apaeano Paranaense defendeu, junto ao Conselho Estadual de Educação, um posicionamento ligeiramente diverso daquele vislumbrado em Santa Catarina, obtendo o reconhecimento formal da oferta, em suas Escolas, de uma escolarização denominada de Educação Básica na Modalidade Especial.

Pode-se dizer que esse posicionamento defendido pelo Movimento Apaeano Paranaense assentou-se na premissa de que nem sempre é possível a permanência do aluno com deficiência na rede regular de ensino, uma vez que certos comprometimentos cognitivos apenas podem ser trabalhados mediante uma rede de apoio especializada, bem como por meio de adaptações curriculares significativas (PEREIRA, 2017).

O pleito sustentado pelo Movimento Apaeano Paranaense foi acolhido no Conselho, por meio do Parecer CEE/CEB n. 108/2010, favorável à mudança de denominação, aprovando a alteração do nome destas escolas para Escolas de Educação Básica na Modalidade Especial. (PARANÁ, 2010),

Logo em seguida, o então Departamento de Educação Especial e Inclusão Educacional da Secretaria de Estado da Educação do Paraná publicou a “Política Estadual de Educação Especial na Perspectiva da Inclusão”⁶, a qual teve o condão de autorizar que a Educação Especial ocorra nas Escolas mantidas pelas APAEs e coirmãs, de modo substitutivo ao ensino regular, apresentando-se assim como alternativa consolidada a essa espécie de ensino.

Alinhando-se a esse entendimento, foi expedida a Resolução n. 3.600/2010 – GS/SEED, que autorizou a alteração da denominação das Escolas de Educação

⁶ “A Política de inclusão nos remete ao entendimento de que à escola de educação especial cabe um contingente restrito de alunos, que dela se vale somente quando, em face de sua intensa especificidade, a escola comum, mesmo com os apoios especializados, não demonstre ser o melhor espaço para atender suas necessidades especiais” (PARANÁ, 2009).

Especial para Escolas de Educação Básica, na Modalidade Educação Especial, com oferta de Educação Infantil; Ensino Fundamental (anos iniciais); Educação de Jovens e Adultos – Fase I; Educação Profissional – Formação Inicial, a partir do ano letivo de 2011. (PARANÁ, 2011).

Esse formal reconhecimento acarretou a necessidade de realizar ajustes na organização das escolas apaeanas, mormente em seu currículo escolar. Com o objetivo de disciplinar o assunto, o Conselho Estadual de Educação expediu o Parecer CEE/CEIF/CEMEP n. 07/2014, que aprovou a proposta de adaptação organizacional desses estabelecimentos de ensino, estipulando o prazo de cinco anos para encaminhamento de relatório circunstanciado de avaliação da implementação dos arranjos aprovados. (PARANÁ, 2014).

A partir do ajuste aprovado na Organização das Escolas de Educação Básica, na Modalidade Educação Especial, a oferta da Educação Infantil passou a abranger as seguintes fases e modalidades de ensino: Ensino Fundamental, nos anos iniciais (1º e 2º anos); Educação de Jovens e Adultos – Fase I e Educação Profissional.

Vale ressaltar que a estruturação dessa modalidade diferenciada de oferta de Educação Básica não se restringiu à mera alteração da nomenclatura dada a essas escolas, mas perpassou pelo reconhecimento de que o ensino que elas ministram possui as características da educação que é ofertada pela rede regular de ensino, todavia, consoante destacado no referido Parecer, com “adaptações curriculares que levem em conta a flexibilidade de tempo, mediante a possibilidade de prolongamento de permanência do educando no ano ou no ciclo escolar em que está matriculado”, por conta de suas características biopsicossociais que demandam maior tempo de aprendizado.

Tendo em conta essa peculiaridade, o ajuste aprovado contemplou, na escola mantida pelas APAEs do Paraná, a organização do Ensino Fundamental, na modalidade de Educação Especial, em um Ciclo Contínuo, com duração de 10 (dez) anos, organizado em 2 (dois) ciclos, que equivalem, respectivamente, ao 1º e ao 2º anos daquela etapa da Educação Básica. O primeiro ciclo foi subdividido em 4 (quatro) etapas, contemplando um ano letivo para cada etapa, perfazendo um total de 4 (quatro) anos letivos, ao passo que o segundo ciclo foi subdividido em 6 (seis) etapas, igualmente contemplando um ano letivo para cada etapa, totalizando 6 (seis) anos letivos. Ao atingir 16 anos de idade, inde-

pendentemente de concluir ou não o segundo ciclo do Ensino Fundamental, o estudante que integrar esse modelo educacional deve prosseguir sua escolaridade na Educação de Jovens e Adultos (EJA), mediante a realização de transferência, de acordo com a legislação que rege o tema.

A partir da consolidação das alterações mencionadas, as escolas mantidas pelas APAEs do Paraná passaram a integrar o Sistema Estadual de Ensino, não apenas participando de todos os programas e políticas públicas da área, como também adotando as matrizes curriculares determinadas pelo então Departamento de Educação Especial e Inclusão Educacional da Secretaria de Estado de Educação do Paraná, abrangendo os conteúdos dos anos supracitados em consonância com a base nacional comum prevista pelo artigo 26 da Lei n. 9.394/96, porém, com medidas de ajustes de temporalidade e com adaptação de objetivos, conteúdos, metodologias e avaliação que atendessem às expectativas de aprendizagem de seus educandos (PEREIRA, 2017).

Em síntese, a modalidade educacional capitaneada pelas APAEs paranaenses como uma opção ofertada às pessoas com deficiência que se interessem por uma escolarização diferenciada daquela encontrada na rede regular de ensino.

Na esfera prática, uma pessoa com deficiência que esteja em idade escolar obrigatória pode escolher frequentar esse modelo, segundo o qual os anos iniciais do Ensino Fundamental (1º e 2º anos) são ministrados em dez anos, com vistas a garantir o aprendizado do estudante nessa temporalidade.

Os benefícios dessa modalidade educacional, segundo argumentam seus defensores, consistem na oportunização de uma apreensão de conteúdos pedagógicos correlatos a essas etapas de ensino mais efetiva do que aquela conferida aos estudantes com deficiência matriculados na rede regular de ensino.

Tal medida acaba por evitar implicações comumente vislumbradas em casos práticos de alunos com deficiência intelectual que são integrados, mas não efetivamente incluídos à rede regular de ensino, de modo que acabam por concluir o Ensino Fundamental sem assimilar de fato o conteúdo ministrado em nove anos.

Há inclusive relatos de casos em que os prejuízos pedagógicos perpetrados por essa condição acabaram por prejudicar de modo irreversível os estudantes com deficiência inicialmente matriculados na rede regular, pois no momento em que obtiveram laudo favorável para a matrícula nas escolas das APAEs, já era

inviável fazê-lo, uma vez que a educação por ela ofertada perdura até o segundo ano do Ensino Fundamental.

Nestes casos, a matrícula nas escolas das APAEs ficou inviabilizada por representar um retrocesso, o qual é vedado pela legislação vigente. Em razão disso, o aluno acaba por evadir ou então prossegue e conclui o Ensino Fundamental, mas sem avançar para o Ensino Médio, além de não dispor da oportunidade de frequentar o Ensino Fundamental na Educação de Jovens e Adultos (EJA) por já ter obtido o certificado de conclusão no Ensino Fundamental ministrado na Escola Regular.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A relevância do presente exame da inclusão escolar de pessoas com deficiência, mormente aquelas diagnosticadas com TEA, não se restringe ao estudo do percurso histórico e normativo percorrido no decorrer dos anos, convidando-nos a também compreender esse fenômeno, efetivamente, na vida desses indivíduos.

A partir da exposição de duas experiências contrapostas, vivenciadas em dois Estados, tão próximos geograficamente e tão distantes em sua percepção sobre o assunto, objetiva-se repensar a inclusão escolar a partir dessas vivências.

Uma experiência pessoal sobre o tema confere uma privilegiada visão sobre ele. Trata-se do testemunho sobre impactos da inclusão escolar na vida do irmão da autora deste artigo, doravante compartilhado para o encaminhamento das considerações finais.

Sem desluzo da experiência paranaense, que em muito se contrapõe àquela vivenciada no Estado de Santa Catarina, a convivência com um indivíduo autista, cuja inclusão escolar foi acompanhada de modo pleno, inclina a mencionada autora a perfilhar o posicionamento catarinense.

No início da vida escolar do irmão autista, há pouco menos de vinte anos, a inclusão escolar de estudantes com deficiência ainda se principiava, e as unidades escolares careciam de conhecimento e estrutura para tanto. A educação transistou por muitas escolas em que, por inexistência de interesse e disposição para o enfrentamento dos desafios impostos pelo tido como diferente, a inclusão de fato não trouxe benefícios relevantes. Na época, a melhor alternativa apresentada

consistiu no abandono de tais estabelecimentos de ensino, despreparados para a inclusão almejada.

Outras escolas resistiam à matrícula do irmão autista, sob a justificativa de falta de vagas que, na verdade, ocultava o argumento de despreparo estrutural e, para além disso, a inexistência de interesse e vontade de efetivar a inclusão.

Malgrado as tentativas frustradas, a família logrou êxito em encontrar uma escola que, conquanto ciente de sua inexperiência no trato do assunto, mostrou receptividade e disponibilidade para realizar a inclusão. A referida escola não dispunha de sofisticados aparatos pedagógicos e também desconhecia como realizar as adaptações curriculares demandadas pelo novo aluno, mas indicava abertura para enfrentar os desafios inerentes à sua condição.

O contínuo trabalho atento dos pais do educando, junto à coordenação escolar, contribuiu para que os obstáculos pedagógicos fossem habilmente vencidos, mas foi uma conjunção de esforços entre família, escola e o próprio aluno que resultou, por parte deste, na certificação do Ensino Médio, ocorrida no ano de 2014, o que lhe confere a oportunidade de ingresso no Ensino Superior, o prosseguimento em sua qualificação além da inserção no mercado de trabalho por meio da candidatura a vagas de emprego que exigem o nível e instrução já alcançado.

Essa conquista, entretanto, está restrita à seara pedagógica, pois a certificação escolar auferida consiste em formação educacional igualmente conferida aos demais colegas de turma, sem deficiência.

A partir da experiência pessoal, a autora considera que o maior ganho da inclusão escolar ultrapassa a certificação e os conteúdos curriculares assimilados pelo irmão autista, atingindo a socialização.

Buscando ilustrar como o espaço escolar alça tamanha importância em nossa formação no convívio social, transcorridas décadas de conclusão da Educação Básica, por certo fugirá à memória a descrição de fórmulas matemáticas ou de elementos químicos integrantes da tabela periódica, mas certamente haverá a recordação para perguntas que direcionem a uma lembrança vivida, um fato marcante, um(a) professor(a) que deixou saudades ou mesmo uma amizade iniciada e prolongada ao longo da vida.

Tal ilustração não difere do que foi experienciado pelo irmão autista, ainda que aparente haver distinção, em função das especificidades da deficiência.

Ao testemunhar o impacto que as experiências propiciadas pelo convívio social mantido nos tempos de escola lhe causaram, tais como amigos cultivados, festas de aniversário promovidas, passeios e brincadeiras, considera a autora que tais lembranças jamais serão esquecidas junto aos conteúdos pedagógicos.

Deste modo, conquanto o mérito da inclusão escolar perpassa o âmbito pedagógico e a qualificação profissional, sua centralidade reside na inclusão social que, uma vez efetivada, pode e deve resultar em ganhos inestimáveis tanto para o aluno incluído quanto para os demais estudantes que com ele convivem.

Sob tal vertente, conquanto o irmão autista tenha concluído o Ensino Médio, sem atualmente estar empregado ou cursando o Ensino Superior, constituiu no decurso de sua vida escolar um grupo de amigos presentes e que lhe proporciona o avanço em seu desenvolvimento social.

Ao mesmo tempo, as conversas travadas com esses amigos permitem à autora perceber o quanto estes apresentam maturidade que supera a expectativa etária, numa constatação de que conviver com o “diferente”, seja por deficiência ou outra condição, contribui de modo imensurável à formação de pessoas muito mais conscientes e enriquecidas de nobreza no caráter, abertas para a construção de relacionamentos pautados por acolhida e aceitação; de modo natural, positivo, inclusivo e humano.

Indubitavelmente, a inclusão escolar constitui valioso instrumento na construção de uma sociedade mais humana, fraterna e solidária, consciente do valor presente no outro, independentemente de sua condição.

Ao encaminhar o presente estudo para a linha de chegada, mediante a reafirmação de que a inclusão escolar de pessoas com autismo pode salvá-las de si mesmas, superando um isolamento que nem sempre é consciente e, sobretudo, voluntário, a autora reconhece que o irmão autista apreciava a solidão e ainda hoje conserva momentos de solitude em seu cotidiano, mas a convivência social com o diferente apresentou-lhe benesses que lhe acarretaram a estima, a procura por e a valorização deste convívio, proporcionando felicidade.

REFERÊNCIAS

AMARAL, M. B. et al. Breve Histórico da Educação Inclusiva e algumas políticas de inclusão: um olhar para as escolas em Juiz de Fora. **Revista Eletrônica da Faculdade Metodista Granbery**: Curso de Pedagogia, [S.l], n. 16, jan./jul.

2014. Disponível em: <<http://re.granbery.edu.br/artigos/NDk5.pdf>>. Acesso em: 5 fev. 2018.

AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION (APA). **DSM-IV**: manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais. 4. ed. Porto Alegre: ARTMED, 2002.

_____. **Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders** (DSM-5). Washington DC: American Psychiatry Association, 2013.

ASPERGER, H. Die Autistischen Psychopathen im Kindesalter. Archiv für Psychiatrie und Nervenkrankheiten, v. 117, p. 76-136, 1944. Published in English as ' "Autistic Psychopathy" in Childhood', trans. and annotated by U. Frith. In: FRITH, U. (Ed.). **Autism and Asperger Syndrome**. Cambridge: Cambridge University Press, 1991, p. 37-92.

AUTISMO. **Dicionário Aurélio online**, 2018. Disponível em: <<https://aurelio.mp.br/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 29 maio 2018.

BLEULER, E. **Dementia Praecox or the Group of Schizophrenias**. New York, NY: [s.n.], 1911.

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nos 1/92 a 56/2007 e pelas Emendas Constitucionais de revisão nos 1 a 64/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2008.

_____. **Decreto Legislativo n. 186**, de 19 de julho 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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Congresso/DLG/DLG-186-2008.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018.

_____. **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. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm>. Acesso em: 5 fev. 2018.

_____. **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). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. **Lei n. 12.764**, de 27 de dezembro de 2012. Institui a Política Nacional de Proteção dos Direitos da Pessoa com Transtorno do Espectro Autista; e altera o § 3º do art. 98 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12764.htm>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Secretaria Especial dos Direitos Humanos. **Direitos Humanos: Documentos Internacionais**. Brasília: Presidência da República, 2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5357-DF**. Requerente: Confederação Nacional dos Estabelecimentos de Ensino – CONFENEN. Intimado: Presidente da república e outros. Relator: Ministro Edson Fachin. Brasília, 11 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12012290>>. Acesso em: 1º fev. 2018.

CHUEIRI, V. K. de; CÂMARA, H. Direitos Humanos em movimento: migração, refúgio, saudade e hospitalidade. **Revista Direito, Estado e Sociedade**. Rio de Janeiro: PUC, n. 36, p. 158-177, jan./jun. 2010. Disponível em: <<http://www.jur.puc-rio.br/revistades/index.php/revistades/article/view/210/190>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

CUNHA, E. **Autismo e inclusão: psicopedagogia e práticas educativas na escola e na família**. Rio de Janeiro: Wak, 2014.

GADIA, C. A.; TUCHMAN, R.; ROTTA, N. T. Autismo e doenças invasivas de desenvolvimento. **Jornal de Pediatria**, Rio de Janeiro, v. 80, n. 2, p. 83-94, 2004.

GAUDERER, E. Christian. **Autismo**. São Paulo: Atheneu; 1993.

GIARDINETTO, A. R. S. B. **Comparando a interação social de crianças autistas: as contribuições do programa teacch e do currículo funcional natural**.

Dissertação de Mestrado, Universidade Federal de São Carlos – UFSCAR, São Carlos, SP, 2005. Disponível em: <http://200.136.241.56/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=669>. Acesso em: 10 jan. 2018.

GIARDINETTO, A. R. S. B. **Educação do aluno com autismo**: um estudo circunstanciado da experiência escolar inclusiva e as contribuições do currículo funcional natural. 2009. 194 f. Tese (Doutorado em Educação) – Faculdade de Filosofia e Ciências, Universidade Estadual Paulista, Marília, 2009. Disponível em: <http://www.marilia.unesp.br/Home/PosGraduacao/Educacao/Dissertacoes/giardinetto_arsb_do_mar.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2010.

GOMES, C. G. S. **Desempenhos emergentes na aquisição de leitura funcional de crianças com autismo**. 2007. 198 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2007. Disponível em: <http://200.136.241.56/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=2128>. Acesso em: 10 abr. 2010.

GOMES, V. F.; BOSA, C. Estresse e relações familiares na perspectiva de irmãos de indivíduos com transtornos globais do desenvolvimento. **Estudos de Psicologia**, Natal, v. 9, n. 3, p. 553-561, 2004.

GUGEL, M. A.; MACIEIRA, W.; RIBEIRO, L. **Deficiência no Brasil**: uma abordagem integral dos direitos das pessoas com deficiência. Florianópolis: Obra Jurídica, 2007.

JANNUZZI, G. **A luta pela educação do deficiente mental no Brasil**. Campinas: Editores Associados, 1992.

KANNER, L. Autistic disturbances of affective contact. **Nervous child**, v. 2, n. 3, p. 217-250, 1943.

KLIN, A. Autismo e síndrome de Asperger: uma visão geral. **Revista Brasileira de Psiquiatria**, São Paulo, v. 28, p. 311, 2006. Suplemento 1.

LIRA, S. M. de. **Escolarização de alunos autistas**: histórias de sala de aula. 2004. 151 f. Dissertação (Mestrado). Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2004. Disponível em: <[http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/processaPesquisa.php?listaDetalhes\[\]=18&processar=Processar](http://www.bdttd.uerj.br/tde_busca/processaPesquisa.php?listaDetalhes[]=18&processar=Processar)>. Acesso em:

26 abr. 2010.

LOPES-HERRERA, S. A. **Avaliação de estratégias para desenvolver habilidades comunicativas verbais em indivíduos com autismo de alto funcionamento e síndrome de Asperger**. 2004. 197 f. Tese (Doutorado). Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2004. Disponível em: <http://200.136.241.56/htdocs/tedeSimplificado/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=480>. Acesso em: 10 abr. 2010.

MARTINS, M. R. R. **Inclusão de alunos autistas no ensino regular: concepções e práticas pedagógicas de professores regentes**. 2007. 163 f. Dissertação (Mestrado). Universidade Católica de Brasília. Brasília, 2007. Disponível em: <<http://www.inclusive.org.br/?p=10164>>. Acesso em: 26 abr. 2010.

MAZZOTTA, M. J. S. **Educação especial no Brasil: história e políticas públicas**. São Paulo: Cortez, 1996.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2016.

PARANÁ. Conselho Estadual de Educação. **Parecer CEE/CEIF/CEMEP n. 07**, de 7 de maio de 2014. Aprova a proposta de ajustes na Organização das Escolas de Educação Básica, na Modalidade Educação Especial, com implantação simultânea, para oferta da Educação Infantil, do Ensino Fundamental – Anos Iniciais (1º e 2º anos), da Educação de Jovens e Adultos – Fase I e da Educação Profissional. Curitiba, 2014. Disponível em: <apaep.org.br/fl/normal/85337-parecer_07_14.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Conselho Estadual de Educação. **Parecer CEE/CEB n. 108**, de 11 de fevereiro de 2010. Aprova pedido para alteração de denominação das Escolas de Educação Especial. Curitiba, 2010. Disponível em: <http://www.cee.pr.gov.br/arquivos/File/pdf/Pareceres2010/CEB/pa_ceb_108_10.pdf>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. Secretaria de Estado de Educação do Paraná. **Resolução n. 3.600**, de 18 de agosto de 2011. Autoriza a alteração na denominação das Escolas de Educação Especial para Escolas de Educação Básica, na modalidade de Educa-

ção Especial. Curitiba: 2011. Disponível em: <<http://www.legislacao.pr.gov.br/legislacao/listarAtosAno.do?action=exibirImpressao&codAto=69619>>. Acesso em: 19 jan. 2018.

_____. SEED. Departamento de Educação Especial Inclusão Educacional. **Política Estadual de Educação Especial na Perspectiva da Inclusão**. Curitiba, 2009. Disponível em: <http://www.nre.seed.pr.gov.br/arquivos/File/toledo/ed_especial/legislacao/politica__estadual.pdf>. Acesso em: 31 jan. 2018.

PEREIRA, E. A. **A pessoa com deficiência intelectual e o transcendente: contributo das escolas mantidas por APAEs do Paraná na construção da identidade do ensino religioso**. 2017, 188 f. Dissertação (Mestrado). Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2017.

PILONI, Thiago. Lei Berenice Piana e o acompanhante especializado. **Conteúdo Jurídico**, Brasília, 18 abr. 2015. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.53247&seo=1>>. Acesso em: 23 jan. 2018.

SANTA CATARINA. Secretaria de Estado da Educação. **Resolução n. 100, de 13 de dezembro de 2016**. Estabelece normas para a Educação Especial no Sistema Estadual de Educação de Santa Catarina. Florianópolis, 2016. Disponível em: <<http://www.cee.sc.gov.br/index.php/legislacao-downloads/educacao-basica/outras-modalidades-de-ensino/educacao-basica/educacao-basica-ensinospecialresolucoes/1359-resolucao-2016-100-cee-sc>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Agravo de Instrumento n. 2015.027364-7/Blumenau**. Recorrente: Divina Providência Colégio Sagrada Família. Recorrido: Ministério Público de Santa Catarina. Relator: Desembargador Ricardo Roesler. Florianópolis, 17 de dezembro de 2015. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/html.do?q=&only_ementa=&frase=&id=AAAbmQAACAANopTAAQ&categoria=acordao>. Acesso em 1º fev. 2018.

SILVA, A. B.; PEREIRA, E. A. Direitos Fundamentais consagrados à pessoa com deficiência na Constituição de 1988 e sua emenda convencional: preliminares apontamentos sobre o novo marco civil de capacidade legal. In: **Anais do I**

Congresso Direitos Fundamentais na Nova Ordem Mundial. No prelo a.

_____. A alteração no regime de incapacidades promovida pela Lei Brasileira de Inclusão, sob a lente da deficiência intelectual. In: **Anais do XXVI Congresso Nacional das APAEs.** No prelo b.

WING, L. Asperger's syndrome: a clinical account. **Psychological medicine**, v. 11, n. 1, p. 115-129, 1981.

WING, L. The autistic spectrum. **The lancet**, v. 350, n. 9093, p. 17-61, 1997.

DIREITOS TRABALHISTAS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UMA PERSPECTIVA FRENTE AO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

LABOR RIGHTS AND DIGNITY OF THE HUMAN PERSON: A PERSPECTIVE BEFORE THE INTER-AMERICAN SYSTEM OF HUMAN RIGHTS

Bruno Henrique Martins Pirolo

*Docente do Curso de Direito da Faculdade Dom Bosco – Cornélio Procópio/PR
Mestrando em Direito pela Universidade de Marília*

Daniel Barile da Silveira

*Professor dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito da
Universidade de Marília
Pós-Doutorando em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade
de Coimbra, Portugal*

RESUMO: O presente artigo objetivou contextualizar conceitos de direitos humanos, fundamentais e laborais frente ao Sistema Interamericano de Direitos Humanos – SIDH. A intenção foi demonstrar que o âmbito do trabalho integra direitos basilares do ser humano e que os casos (assim chamados pelo próprio SIDH) que envolvam desrespeito a direitos laborais também possuem legitimidade para serem levados ao crivo do Comitê Interamericano de Direitos humanos – CIDH. Na atual sociedade multiglobalizada e dinâmica, novas perspectivas são introduzidas ao contexto das relações laborais a todo momento. Assim, a possibilidade de utilização de mais mecanismos de fiscalização quanto à garantia de direitos mínimos já consolidados é de grande valia. A pesquisa utilizou as metodologias dedutiva e histórico-bibliográfica para perceber a contextualização dos direitos mencionados, a qual é caminho natural da própria evolução de valores na relação trabalhista, e a possibilidade de garantia de direitos trabalhistas pelo SIDH, acarretando maior segurança aos empregados e empregadores, com reflexos positivos em toda sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: Dignidade da pessoa humana. Fiscalização internacional. Globalização. Relações laborais.

ABSTRACT: This article aims to contextualize the concept of the human rights, of fundamental and labor rights before the Inter-American System of Human Rights – IASHR. This paper has the intention to demonstrate that the scope of work integrates basic rights of the human being and that the cases (so called by the IASHR itself) that involve disrespect to labor rights also have legitimacy to be taken to the Inter-American Committee on Human Rights – IACHR committee to be analyzed. In today's multiglobalized and dynamic society, new perspectives are introduced in the context of labor relations all the time, so the possibility of using more enforcement mechanisms to guarantee minimum rights already consolidated is of great value. This research used the deductive and historical-bibliographic methodologies to understand the contextualization of the mentioned rights, which is the natural path of the evolution of values in the labor relations, and the possibility to guarantee the labor rights by the IASHR, resulting in greater security for employees and employers, with positive effects in every society.

KEYWORDS: Dignity of human person. International supervision. Globalization. Labor relations. Labor relations.

Enviado em: 9-2-2018

Aceito em: 12-4-2018

1 INTRODUÇÃO

A pesquisa pretendeu expor conceitos e conexões dos direitos humanos, dos direitos fundamentais e dos direitos laborais, incluindo esse último como direito humano fundamental.

Esses direitos se completam e visam a todo cidadão condições mínimas de vida. Assim, é indispensável que mecanismos e práticas no cotidiano também se atualizem e se completem para garantir a materialidade de tais direitos, garantindo à sociedade, cada vez mais dinâmica e integrada, a necessidade de se enquadrar a novas demandas.

Dentro dessa ocorrência, será demonstrada a natural conexão entre esses direitos basilares do ser humano com a intenção de evidenciar a possibilidade (e necessidade) de o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) atuar na fiscalização, garantia e cobrança do cumprimento de direitos e deveres trabalhistas mínimos já consolidados, como já realiza com direitos humanos e fundamentais.

Serão apresentados conceitos gerais de cada direito indicado e suas conexões, juntamente com uma análise da estrutura e do funcionamento do SIDH, sem a intenção de esgotar os temas, mas com o objetivo de demonstrar a eficácia do SIDH em analisar e julgar matérias do direito laboral.

O fato de cada vez mais as relações laborais se apresentarem dinâmicas e globalizadas, por exemplo, com reforma trabalhista aprovada no Brasil, fazem crescer a necessidade de reflexões sobre tais direitos e a inclusão e a atualização de mecanismos que se façam avaliar garantias mínimas consolidadas.

Assim, a opção pelos elementos do estudo seria para fomentar mais um mecanismo de fiscalização, coação e cobranças na garantia dos direitos trabalhistas, os quais são considerados direitos humanos fundamentais, sendo desenvolvidos pelos mesmos pilares.

Na atual conjuntura do Estado Brasileiro e da própria sociedade mundial, a reflexão e o debate quanto aos temas expostos se tornam acaloradas, e novos mecanismos de fiscalização se tornam importantes para evitar descumprimentos a esses direitos fundamentais sociais.

O trabalho será dividido em seções, utilizando-se dos métodos dedutivo e histórico-bibliográfico, com apresentação da evolução e dos conceitos gerais dos

temas relacionados e, de maneira específica, com a demonstração da legalidade e da eficácia da utilização do SIDH em ocorrências trabalhistas.

Ademais, tal contexto tem condições de ser aprimorado e ampliado, podendo atingir novas situações do cotidiano de toda sociedade nacional e internacional, sendo a reflexão e os debates o fomento para novos paradigmas e ideais a serem alcançados e respeitados.

2 DIREITO DO TRABALHO

O direito do trabalho é ramo autônomo e independente, sendo por exceção um dos principais a utilizar o conceito de dignidade da pessoa humana, pois vincula uma atividade inerente ao ser humano e que deve ser dotada de garantias mínimas em sua realização. Conforme Sérgio Pinto Martins:

Conjunto de princípios, regras e instituições atinentes a relação do trabalho subordinado e situações análogas, visando assegurar melhores condições de trabalho e sociais ao trabalhador, de acordo com as medidas de proteção que lhe são destinadas. (MARTINS, 2015, p. 18).

E, ainda, Mauricio Godinho Delgado define o direito do trabalho dividindo-o em direito individual e coletivo:

O direito material do trabalho, compreendendo direito individual e o direito coletivo – e que tende a ser chamado, simplesmente, de Direito do Trabalho, no sentido lato –, pode, finalmente, ser definido como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas. (DELGADO, 2009, p. 49).

Atualmente, no mundo multiglobalizado e dinâmico em que se habita, as relações laborais se alteram rapidamente às exigências das sociedades e, mesmo assim, não perdem sua qualidade de direito fundamental que necessita de mecanismos de fiscalização e controle de garantias.

Outrossim, com a reforma trabalhista aprovada no Brasil, a qual apresenta muitas discussões e imprevisões, contrariando normas supraconstitucionais, constitucionais e infraconstitucionais, reforça-se a necessidade de inclusão de

mais mecanismos de fiscalização de garantias de direito mínimos laborais fundamentais já consolidados.

2.1 DIREITOS E DEVERES TRABALHISTAS

Os direitos e deveres das relações laborais estão previstos em esparsas fontes no ordenamentos jurídicos nacional e internacional que o Brasil adota. São regras em constantes transformações que visam adequar a realidade prática com as regras jurídicas.

As fontes podem ser *formais*, ou seja, transformadas em letra jurídica ou em exteriorização do próprio direito, ou *materiais*, que estão vinculadas a aspectos subjetivos (fatores sociais, culturais, entre outros) daquelas localidades que adotam uma ou outra regra.

Como principais fontes do Direito do Trabalho (material e processual) no Brasil temos a Constituição Federal de 1988 que, principalmente, em seu artigo 7º elenca de forma exemplificativa XXIV incisos com garantias mínimas ao trabalhador. (BRASIL, 1988).

Somam-se, ainda, a Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), em que consta a maioria das garantias dadas ao empregado e ao empregador em uma relação laboral, e o novo Código de Processo Civil, que é utilizado de forma subsidiária naquilo em que a CLT é omissa (art. 796 da CLT).

Outra fonte de direitos e deveres de grande impacto no campo laboral são as negociações coletivas, refletidas nos acordos ou convenções coletivas ou, ainda, nas sentenças normativas, que são a exteriorização da vontade contratual entre empregado e empregador, que, com a reforma trabalhista, se tornou um meio – que se pressupõe ser – para retirada de direitos dos trabalhadores.

Os regulamentos internos das empresas também fazem parte das fontes de direitos e deveres e, ainda, para o caso em apreço, se tornam peça importante, já que deveriam ser utilizados para materializar as demandas do desenvolvimento sustentável e da dignidade do próprio ato laboral.

Por outro ângulo e não menos importante, outras fontes como doutrina, jurisprudência e os próprios princípios do direito do trabalho, também levam ao âmbito laboral direitos e deveres que devem ser seguidos.

[...] já foi verificado neste estudo a amplitude que o Direito do Trabalho assumiu especialmente neste início de século e seus novos

vínculos de estudo. Esta ampliação do seu objeto acaba por influir também no estudo de suas fontes. A partir do momento em que os seus limites ganham novos marcos, outras fontes que não eram tomadas de valor acabam ganhando valor neste novo contexto, agregando-se aquelas fontes já existentes. (OLIVEIRA, 2011, p. 26).

As fontes de direitos e deveres trabalhistas se tornam um dos principais pontos relacionados ao trabalho, pois existem muitas fontes expressas no direito internacional do trabalho, como tratados e pactos firmados e ratificados pelo País.

O contexto internacional de direitos e deveres trabalhistas possui grande gama de organismos para fiscalização e garantia de direitos mínimos de trabalho, como por exemplo, a Organização Internacional do Trabalho (OIT), a Organização das Nações Unidas (ONU) e o próprio SIDH.

Os entes internacionais passaram a surgir, principalmente, após revoluções e guerras dos séculos XVIII, XIX e XX, onde os direitos tidos como fundamentais e inerentes ao homem começaram a ser incorporados nos Estados de direito e nas sociedades. Assim, se tornaram mecanismos indispensáveis para desenvolvimento e fiscalização de direitos mínimos do homem como ser humano. (PIOVESAN, 2015, p. 8).

A OIT é diretamente ligada às relações laborais no contexto internacional, tendo como base muitas convenções assinadas e ratificadas pelos países com temas específicos, como as citadas no Quadro 1:

Quadro 1 – Exemplos de convenções da OIT ratificadas pelo Brasil

Convenção	Título	Adoção OIT	Ratificação Brasil	Status	Nota
14	Repouso Semanal na Indústria	1921	25/4/1957	Em vigor	Instrumento atualizado
185	Sobre os Documentos de Identidade da gente do mar (Revista)	2003	21/1/2010	Em vigor	Instrumento atualizado

Fonte: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (2017).

De maneira específica, o SIDH também tem seu papel na valoração e nas garantias mínimas nas relações laborais no contexto interamericano, por exemplo, no art. 6º do Pacto de San Jose, adotado pela SIDH:

Artigo 6º – Proibição da escravidão e da servidão

2. Ninguém deve ser constrangido a executar trabalho forçado ou obrigatório. Nos países em que se prescreve, para certos delitos, pena privativa de liberdade acompanhada de trabalhos forçados, esta disposição não pode ser interpretada no sentido de proibir o cumprimento da dita pena, imposta por um juiz ou tribunal competente. O trabalho forçado não deve afetar a dignidade, nem a capacidade física e intelectual do recluso. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969).

Portanto, são muitos os direitos e deveres de uma relação laboral, tanto de fontes nacionais como de internacionais, mas todas visam garantir de forma mínima a dignidade do trabalhador e de seu trabalho como um próprio direito humano fundamental.

Com o advento de novas situações ao cotidiano laboral em âmbito mundial, se torna mais árduo o trabalho de fiscalização e garantia de direitos mínimos dos trabalhadores, se justificando a importância de demonstrar a legitimidade e a necessidade de intervenção do SIDH para fiscalizar e atuar juntamente a outros órgãos fazendo-se manter o respeito aos direitos minimamente necessários.

2.2 DIREITO DO TRABALHO COMO DIREITO HUMANO E FUNDAMENTAL

Os direitos humanos podem ser entendidos como aqueles previamente existentes ao próprio Estado de Direito e a qualquer tipo de positivação. São direitos inerentes ao homem como ser humano e a dele não podem ser distanciados.

As expressões “direitos do homem” e “direitos fundamentais” são frequentemente utilizadas como sinónimas. Segundo a sua origem e significado poderíamos distingui-las da seguinte maneira: **direito do homem** são direitos válidos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista; **direitos fundamentais** são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente. Os direitos do homem arrancariam da própria natureza humana e daí o seu carácter inviolável, intemporal e universal. (CANOTILHO, 2003, p. 393, grifos do autor).

Conforme Bobbio: “direitos esses que não nascem todos de uma vez, nem de uma vez por todas” (BOBBIO, 1992, p. 32). Ou seja, a construção ideológica e de garantia de direitos mínimos (humanos, fundamentais, laborais e outros) é uma construção da própria humanidade como sociedade.

Atualmente, se tem o conceito de direitos humanos contemporâneo, que é o momento quando a grande maioria desses direitos passou a ser reconhecida e devidamente cobrada e fiscalizada pela própria sociedade em um contexto internacional.

Considerando a historicidade dos direitos, destaca-se a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, que veio a ser introduzida pela Declaração Universal de 1948 e reiterada pela Declaração de Direitos humanos de Viena de 1993. (PIOVESAN, 2015, p. 8).

Os direitos fundamentais, por sua vez, mesmo que estejam englobados na relação de direitos humanos, podem ter uma particularização específica, que seriam as suas positivizações ou exteriorizações em direito normativo de um Estado de direito, como exemplo, se tem no artigo 5º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Conforme Habermas: “O visado nexos internos entre soberania do povo e direitos humanos reside no conteúdo normativo de um modo de exercício da autonomia política, que é assegurado através da formação discursiva da opinião e da vontade, não através da forma das leis gerais”. (HABERMAS, 1997, p. 137).

Portanto, os direitos fundamentais, que são divididos em gerações de acordo com suas apresentações a sociedade em um todo, são aqueles mínimos necessários para uma vida digna de um ser humano na sociedade que vive. E, por isso, da confusão, pois se misturam com direitos humanos, direitos inerentes ao convívio em sociedade e direitos futuros. (PIROLO; OLIVEIRA, 2017, p. 6).

A garantia ao direito do trabalho é inserida nos direitos fundamentais de segunda geração, destarte, por ser inerente ao próprio direito do homem, como visto, inserido na própria Bíblia, ele tem conotação humana e abstrata, portanto, faz parte desses direitos, e, ainda, foi sendo positivado como direito fundamental e específico dentro do contexto das sociedades.

Assevera Sérgio Pinto Martins: “O direito do trabalho surge como uma forma de proteger o empregado contra os abusos praticados pelo empregador. Era comum o trabalhador ficar sujeito a jornadas excessivas, de sol a sol”. (MARTINS, 2014, p. 397).

Ainda, Flávia Piovesan descreve:

Finalmente, há um conjunto de decisões que consagram a proteção indireta de direitos sociais, mediante a proteção de direitos civis, o que confirma a ideia da indivisibilidade e da interdependência dos direitos humanos. (PIOVESAN, 2015, p. 191).

E, Mauricio Godinho:

O universo social, econômico e cultura dos Direitos Humanos passa, de modo lógico e necessário, pelo ramo jurídico trabalhista, na medida em que este regula a principal modalidade de inserção dos indivíduos no Sistema socioeconômico capitalista, cumprindo o papel de lhes assegurar um patamar civilizado de direitos e garantias jurídicas, que, em regra geral, por sua própria força e/ou habilidade isoladas, não alcançariam. (DELGADO, 2009. p. 77).

Ou seja, mesmo ocorrendo confusões conceituais, cada um desses direitos possui suas próprias conceituações, entretanto são formados pelos mesmos princípios sociais-humanos.

Os direitos laborais devem ser considerados direitos humanos fundamentais, o que demonstra, portanto, a legitimidade do SIDH e outros órgãos nacionais e internacionais atuarem na fiscalização de seu cumprimento.

3 SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS – SIDH

A preocupação com a questão dos direitos humanos passou a ser mais presente e positivada após a Segunda Guerra Mundial. Os principais instrumentos de proteção desses direitos surgiram da tentativa de evitar que acontecimentos que violaram direitos mínimos ocorressem novamente.

Nesta toada, em 1945, foi criada a ONU, com assinatura da Carta Das Nações Unidas elaborada por mais de 50 países e posteriormente ratificadas por EUA, China e ex-União Soviética e outros signatários. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017b).

Atualmente, a ONU é a principal organização internacional na defesa e na fiscalização de direitos mínimos do ser humano. O preâmbulo da Carta das Nações Unidas representa todos seus princípios:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra, que, por duas vezes no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor do ser humano, na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, assim como das nações grandes e pequenas, e a

estabelecer condições sob as quais a justiça e o respeito às obrigações decorrentes de tratados e de outras fontes de direito internacional possam ser mantidos, e a promover o progresso social e melhores condições de vida dentro de uma liberdade mais ampla. E para tais fins praticar a tolerância e viver em paz uns com os outros, como bons vizinhos, unir nossas forças para manter a paz e a segurança internacionais, garantir, pela aceitação de princípios e a instituição de métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum, e empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. Resolvemos conjugar nossos esforços para a consecução desses objetivos. Em vista disso, nossos respectivos governos, por intermédio de representantes reunidos na cidade de São Francisco, depois de exibirem seus plenos poderes, que foram achados em boa e devida forma, concordaram com a presente Carta das Nações Unidas e estabelecem, por meio dela, uma organização internacional que será conhecida pelo nome de 'Organização das Nações Unidas'. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 2017a).

Como todo mecanismo que busca essa evolução da sociedade ainda é pouco, em 1948 foi fundada a Organização dos Estados Americanos (OEA), a qual foi encorpada por vários protocolos ao longo dos anos. Atualmente, a OEA agrega 35 estados independentes das Américas e tem como princípios basilares: a democracia, direitos humanos, segurança e desenvolvimento. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2017b).

Convencidos de que a missão histórica da América é oferecer ao Homem uma terra de liberdade e um ambiente favorável ao desenvolvimento de sua personalidade e à realização de suas justas aspirações;
Conscientes de que esta missão já inspirou numerosos convênios e acordos cuja virtude essencial se origina do seu desejo de conviver em paz e de promover, mediante sua mútua compreensão e seu respeito pela soberania de cada um, o melhoramento de todos na independência, na igualdade e no direito;
Seguros de que a democracia representativa é condição indispensável para a estabilidade, a paz e o desenvolvimento da região;
Certos de que o verdadeiro sentido da solidariedade americana e da boa vizinhança não pode ser outro senão o de consolidar neste Continente, dentro do quadro das instituições democráticas, um regime de liberdade individual e de justiça social, fundado no respeito dos direitos essenciais do Homem;
Persuadidos de que o bem-estar de todos eles, assim como sua contribuição ao progresso e à civilização do mundo exigirá, cada vez mais, uma intensa cooperação continental;
Resolvidos a perseverar na nobre empresa que a Humanidade confiou às Nações Unidas, cujos princípios e propósitos reafirmam solenemente;
Convencidos de que a organização jurídica é uma condição necessária à segurança e à paz, baseadas na ordem moral e na justiça. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 2017a).

Por fim, entre várias outras cartas, organizações, comissões e sistemas nacionais e internacionais, cria-se em 1959 a CIDH. Já em 1961 iniciaram as inspeções *in loco* nos países da América para a investigação das situações reais quanto à garantia de direitos humanos.

Em 1965, a CIDH foi autorizada e iniciou procedimentos de receber e processar casos particulares nos quais se alegava violação de direitos humanos no âmbito dos Estados Americanos. Ela realiza seu trabalho em três pilares: peticionamento individual, monitoramento da situação dos direitos humanos nos Estados membros e atenção a linhas temáticas prioritárias.

Em 1969, foi aprovada a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto San Jose da Costa Rica), maior instrumento normativo de garantias aos direitos humanos mínimos a uma vida digna que, aliado ao SIDH, são os principais meios de fiscalização e cumprimento dos direitos humanos nos Estados Americanos.

Sendo assim, toda essa sistemática da Comissão Internacional de Direitos Humanos – CIDH, com suas normas, estatutos, pactos, corte e atividades de fiscalização e cobrança do cumprimento de direitos, temos a materialização do chamado sistema interamericano de direitos humanos – SIDH. (PIROLO; OLIVEIRA, 2017, p. 10).

Não se pretende aqui esgotar o conteúdo do SIDH, mas apresentar de forma geral sua existência e finalidade, para levar a reflexão de a possibilidade de matérias trabalhistas também serem levadas ao crivo da CIDH em casos reais do cotidiano em todo o continente americano.

Destaca-se que não são todos os casos levados à CIDH que serão automaticamente averiguados. Mediante o peticionamento, cada caso passa por uma triagem e pela decisão sobre se é aceito ou não, conforme o preenchimento dos requisitos necessários. Somente após ser aceito iniciam-se os procedimentos.

A importância da presente pesquisa é, justamente, fomentar a reflexão de que matéria trabalhista, reconhecida como humana fundamental está inserida na possibilidade de análise de casos concretos.

4 INTERLIGAÇÃO, APLICAÇÃO E CUMPRIMENTO DOS DIREITOS TRABALHISTAS PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

O Pacto de San Jose, que representa o conjunto de normas utilizadas pelo SIDH tem no seu artigo 8º os conteúdos que autorizam que relações laborais possam fazer parte do contexto de fiscalização e cobranças do sistema:

Artigo 8º – Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter *civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza*. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 1969, grifo nosso).

Percebe-se, por uma rápida análise do SIDH, que a maioria dos casos que são aceitos e levados à tentativa de solução possuem conotação penal, de prática de crimes contra direitos mínimos garantidos. Entretanto, o próprio Pacto de San Jose alimenta a possibilidade de pedidos sobre o direito trabalhista.

Ademais, como visto, tais direitos trabalhistas nacionais e internacionais estão intimamente ligados aos próprios direitos humanos fundamentais do homem, sendo garantias conquistadas ao longo das gerações com suor e sangue de sociedades proletárias vulneráveis. Conforme Mazzuoli, “Funda-se o Direito Internacional do Trabalho, basicamente, em três motivos bem definidos: os de ordem *econômica*, os de índole *social* e os de caráter *técnico*”. (MAZZUOLI, 2015. p. 1109).

Ademais, sendo o direito do trabalho um direito de cunho *social* – e, portanto, integrante do núcleo material dos direitos *humanos* –, é mais do que compreensível que as suas normas (internacionais ou internas) extrapolem as questões meramente ligadas às condições de trabalho e aos direitos previdenciários do trabalhador, para atingir também o exame de questões econômicas, agrárias, técnicas, administrativas, educacionais, culturais e ambientais, que retratam assim o atual dimensionamento do Direito Internacional do Trabalho. (MAZZUOLI, 2015. p. 1111-1112).

A autora Flavia Piovesan, em sua obra *Temas de Direitos humanos*, traz algumas classificações interessantes sobre os temas dos casos levados à análise da CIDH, em que se enquadram os direitos trabalhistas.

O universo destes casos pode ser classificado em oito categorias, que correspondem a casos de:

[...]

8) violência contra defensores de direitos humanos.

(PIOVESAN, 2015, p. 102-103)

Considerando a atuação da Corte Interamericana, é possível criar uma tipologia de casos baseadas em decisões concernentes a seis diferentes categorias de violação a direitos humanos: [...]

4) Violações de direitos de grupos vulneráveis;

5) Violações a Direitos Sociais

6) Violações a novos direitos da agenda contemporânea.

(PIOVESAN, 2015, p. 106-114).

Desta feita, percebe-se que matérias relacionadas ao direito do trabalho estão vinculadas a muitas tipificações dos casos já levados à Corte, por exemplo, a violência contra a mulher e a discriminação racial em relações laborais, a violação de direitos de grupos vulneráveis (trabalhadores) e a violação a direitos sociais, entre outros casos.

Levando em consideração essas informações, um exemplo que provavelmente ocorrerá no Brasil, no âmbito de direitos trabalhistas, o qual poderá ser levado à corte é a liberdade de negociação entre empregador e empresa em detrimento de direitos mínimos garantidos em outras fontes do direito laboral.

Esse será um contexto claro de violação a direitos sociais e de grupos vulneráveis, já que o trabalhador, parte hipossuficiente, para não perder o emprego, aceitará situações em que direitos mínimos não estarão garantidos.

Os direitos laborais e o SIDH estão interligados por várias vertentes como previsão, funcionalidade, inserção, colisão de direitos, fiscalização, materialidade e demais temas.

As regras nacionais e internacionais de Direito do Trabalho no Brasil e os entes internacionais de proteção a esses direitos possuem natural conexão. Para Canotilho, "as normas de direito internacional geral são parte integrante do Direito Federal, se acrescenta que essas normas prevalecem sobre leis, criando de forma directa, direitos e obrigações para os habitantes do território federal". (CANOTILHO, 2003, p. 820).

Uma vez aceita a competência do tribunal, o Estado se obriga em relação ao fiel cumprimento daquilo que foi estabelecido na sentença, devendo cumpri-la de boa-fé, sob pena de responsabilidade internacional. [...], não se pode deixar de levar em consideração que o Direito Internacional tem outros meios – nem sempre jurídi-

cos – de conduzir o Estado ao cumprimento do que foi decidido [...]. (MAZZUOLI, 2015, p. 1179-1180).

Percebem-se que os direitos laborais, na sua forma multiglobalizada e dinâmica (como, por exemplo, a reforma sancionada), e os entes internacionais estão interligados por várias vertentes como previsão, funcionalidade, inserção, colisão de direitos, fiscalização, materialidade, cobranças e coações. Conforme Mazzuoli (2015, p. 657):

A crescente necessidade de cooperação internacional, nos mais diversos campos de aplicação do Direito, fez levar a criação e desenvolvimento de instituições internacionais, capazes de coordenar os interesses da sociedade internacional relativos a diversas finalidades.

O debate, portanto, tem o viés de demonstrar a necessidade de se levar casos do Direito do Trabalho para o âmbito do SIDH, visando à coação de infringir direitos mínimos conquistados e responsabilizar o Estado pelos atos omissos e contrários à ordem humana em um contexto internacional.

5 CASO

O SIDH atua na área prática de fiscalização e penalização de falta de cumprimento de direitos humanos gerais, utilizando-se principalmente do Pacto de San Jose.

É necessária a apresentação de uma petição perante a CIDH, a qual passará a investigar a situação e pode formular recomendações ao Estado responsável para que se restabeleça o gozo dos direitos na medida do possível, para que situações similares não ocorram novamente no futuro e para que os fatos ocorridos sejam investigados e reparados.

Os casos, assim chamados, podem ser admitidos ou inadmitidos de acordo com os conteúdos presentes no contexto prático e ter solução amistosa ou ter solução de mérito.

Outros casos de proteção indireta de direitos sociais atem-se a proteção ao direito ao trabalho, tendo como fundamento o direito ao devido processo legal e a proteção social. A respeito, destaca-se o caso *Baena Ricardo y otros versus Panamá* (2001), envolvendo a demissão arbitrária de 270 funcionários públicos que participaram

de manifestação (greve). (PIOVESAN, 2015, p. 114, grifos da autora).

Atualmente, há nove casos em andamento na Corte, que possuem relação com o Brasil, sendo um deles de caráter trabalhista (Caso n. 12.066 – Trabalhadores da Fazenda Brasil Verde).

Outro caso de conotação trabalhista (Caso n. 11.289 – José Pereira) teve solução amistosa e se encontra arquivado. Para exemplificar os procedimentos adotados pelo SIDH e demonstrar que eles podem ser utilizados para outras situações referentes a relações laborativas, conforme prevê o art. 8º do Pacto de San Jose, passa-se demonstrar o caso real com solução amistosa.

5.1 CASO JOSÉ PEREIRA, BRASIL (N. 11.289)

Em 1994, organizações não governamentais apresentaram petição à CIDH contra o Brasil, alegando fatos sobre trabalho escravo no Estado do Pará, os quais teriam violado várias normas quanto à proteção ao trabalho em condições de escravidão.

Afirmaram as organizações que o Sr. José Pereira foi gravemente ferido e outro trabalhador rural foi morto quando tentaram escapar da fazenda “Espírito Santo”, a qual havia iludido os trabalhadores com falsas promessas de trabalho.

Alegam, ainda, que existiam outras 60 pessoas no local e que o Estado brasileiro exerceu falta de proteções mínimas a seus cidadãos e não respondeu de forma adequada às denúncias quanto a práticas comuns de escravidão naquela região.

Após trâmites realizados de 1994 a 2003, como visita *in loco*, audiências e reuniões de trabalho, foi admitido o pedido e concluiu-se que o Estado brasileiro era responsável pelas violações realizadas contra a Declaração Americana de Direitos Humanos. Foi realizado relatório com todos dados coletados pela corte e encaminhado ao Estado brasileiro.

Em setembro de 2003, foi realizado um acordo de solução amistosa, no qual o Estado brasileiro reconheceu sua responsabilidade no meio internacional e estabeleceu uma série de compromissos relacionados ao julgamento e à punição dos responsáveis, às modificações em normas legais, às medidas de fiscalização e de punição ao trabalho escravo e às medidas pecuniárias de reparação e de prevenção a tais situações.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A pesquisa se pautou na análise de direitos mínimos (humanos, fundamentais e laborais), como também, na apresentação da estrutura e sistemática do SIDH, demonstrando a legitimidade e a necessidade de sua intervenção nas relações laborais sociais.

Essa pesquisa visou fomentar a reflexão quanto à garantia de direitos mínimos do homem como um ser que vive em uma sociedade globalizada e dinâmica, na qual ainda se mostram necessárias a fiscalização e a coação para cumprimento desses mesmos direitos, sob pena de responsabilização e penalização.

Os entes internacionais possuem legitimidade e, mais do que isso, o dever de acompanhar a aplicação dos direitos do trabalhador, considerando seus postulados básicos e as finalidades perseguidas.

É perceptível que o SIDH reconhece pelo artigo 8º do Pacto de San Jose e até pela análise e divisão feita por Flávia Piovesan, que temas trabalhistas podem ser analisados pelo CIDH.

Desta maneira, pela conexão dos direitos mínimos garantidos (humano fundamental, laboral e outros) e com a legalidade do Pacto que insere os direitos trabalhistas como temas (casos) a serem analisados, temos a necessidade de fomentar a apresentação de mais casos na área laboral à análise da CIDH para auxiliar na coação de cumprimento de direitos e penalização pelo não cumprimento.

Principalmente no Brasil, que passa por um período nebuloso quanto à garantia de direitos trabalhistas após a reforma trabalhista aprovada, o SIDH se torna um mecanismo de grande porte para a fiscalização, a cobrança e a penalização quanto ao respeito e ao cumprimento de direitos mínimos.

Portanto, levando em consideração novos paradigmas, valores e princípios adotados, pela conexão de direito humanos, fundamentais e laborais, e pela autorização normativa e de decisões já tomadas, se torna real a necessidade de verificação de casos trabalhistas pela CIDH, o que se tornaria um grande pilar de apoio a tal âmbito do direito em contexto internacional.

É importante destacar que o controle das violações dos direitos sociais/fundamentais laborais não deve se fazer apenas no plano interno e, também, aos entes internacionais, que por certo estarão intervindo a fim de não deixar que aconteça o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 15 jul. 2017.

BOBBIO, Norberto. **Era dos direitos**. São Paulo: Campus, 1992.

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

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de San Jose. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 10 jul. 2017.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr. 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre faticidade e validade**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. v. 1

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. **Instituições de Direito Público e Privado**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional público**. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

OLIVEIRA, Lourival José de. **Direito do Trabalho segundo o princípio da valorização do trabalho humano**. São Paulo: LTR, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta**. 2017a. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/>> Acesso em: 10 jul. 2017

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **História**. 2017b. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 10 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Carta da Organização dos Estados Americanos**. 2017a. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/tra>

tados_A-41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.pdf> Acesso em: 10 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Quem somos?** 2017b. Disponível em: <http://www.oas.org/pt/sobre/quem_somos.asp>. Acesso em: 10 jul. 2017.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Convenção da OIT.** 2017. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasil/convencoes/lang--pt/index.htm>> Acesso em: 10 jul 2017.

PIOVESAN, Flavia. **Temas de Direitos Humanos.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2015

PIROLO, Bruno Henrique Martins; OLIVEIRA, Lourival José de. Reforma Trabalhista e negociação coletiva: violação a direitos fundamentais. **Revista de Direitos Fundamentais nas relações de trabalho**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 1-22, jul/dez. 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/323380012_REFORMA_TRABALHISTA_E_NEGOCIACAO_COLETIVA_VIOLACAO_A_DIREITOS_FUNDAMENTAIS>. Acesso em: 16 abr. 2018.

A ADOÇÃO UNILATERAL É IRREVOGÁVEL? UMA ANÁLISE CRÍTICA DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP 1.545.959/SC: DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL E OS LIMITES DA LEGALIDADE

IS THE UNILATERAL ADOPTION IRREVOCABLE? A CRITICAL ANALYSIS OF THE DELIVERED JUDGEMENT IN THE RESP 1,545.959/SC: JUDICIAL DISCRETION AND THE LIMITS OF LEGALITY

Júlia Wendhausen Cavallazzi

*Promotora de Justiça do Ministério Público de Santa Catarina
Mestranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos*

RESUMO: O artigo se propõe a analisar criticamente o acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp 1.545.959/SC, julgado em 6 de junho de 2017, em que a referida Corte desconstituiu sentença transitada em julgado que deferiu adoção unilateral do enteado ao padrasto, a despeito da vedação expressa contida no art. 39, § 1o, do Estatuto da Criança e do Adolescente. A partir da reconstrução lógica dos fundamentos que conduziram à conclusão do acórdão, são problematizados: o caráter de regra da norma contida no art. 43 da Lei n. 8.069/90, a partir da distinção entre princípios e regras na teoria de Ronald Dworkin; o ativismo judicial à brasileira e a utilização indiscriminada dos princípios pelo intérprete como panaceia para decidir conforme a própria consciência. O objetivo é verificar se os fundamentos da decisão resistem a um exame crítico a partir de critérios de integridade e coerência.

PALAVRAS-CHAVE: Legalidade estrita. Discricionariedade judicial. Adoção unilateral. Revogabilidade. REsp 1.545.959/SC.

ABSTRACT: This article proposes to critically analyze the delivered judgment of the Superior Court of Justice in the REsp 1,545.959/SC, that was judged on June 6th, 2017, in which the referred Court disregarded a final sentence that granted unilateral adoption of the stepchild to the stepfather, despite the express prohibition contained in section 39 (paragraph 1), of the Statute of Children and Youth. From the logical reconstruction of the grounds that have led to the judgment's conclusion, the problem consists in: the character of the rule or of the norm contained in section 43 of the Law n. 8,069/90, the Statute of Children and Youth, that deals with the distinction between principles and rules in Ronald Dworkin's theory; the Brazilian judicial activism and the indiscriminate use of the principles by the interpreter as panacea (miracle solution), that allows the judge to decide according to his/her own conscience. The purpose of this paper is to verify if the grounds of this decision can resist to a critical examination based on the criteria of integrity and consistency.

KEYWORDS: Strict legality. Judicial discretion. Unilateral adoption. Revocability. REsp n. 1,545.959/SC.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a atuação do Poder Judiciário brasileiro tem ganhado cada vez mais destaque. Diuturnamente, os juízes são instados a se pronunciar sobre os mais variados aspectos da vida social¹ não apenas porque o número de demandas judiciais aumentou significativamente, caracterizando um cenário de intensa judicialização, mas também porque os temas levados ao seu crivo – notadamente do Supremo Tribunal Federal – envolvem diretamente a atuação da cúpula dos demais Poderes.

Segundo Garapon (1999, p. 25), o fenômeno reclama uma nova sensibilidade do julgador cujo fundamento subliminar é uma demanda moral: a espera de uma instância que nomeie o bem e o mal e fixe a injustiça na memória coletiva (como se possível fosse).

Justamente a pretexto de assim agir – nomeando o bem e o mal –, o Poder Judiciário produz decisões baseadas nos “deveres de consciência” do julgador que, não raro, desbordam os limites da legalidade para assegurar aos litigantes, pasmem, até mesmo a felicidade. No mais das vezes, não é possível promover a reconstrução racional de pronunciamentos jurisdicionais que apreciam *leading cases*, notadamente porque os argumentos que lhes dão suporte não encontram pertinência lógica com a conclusão.

Nessa ordem de ideias, como bem observa Streck² (2017, p. 47-80), a ausência de crítica doutrinária à atuação jurisdicional redundaria em três efeitos

¹ Antoine Garapon salienta que a explosão demandista de respostas do Poder Judiciário é fenômeno observado em muitas democracias a partir do final do século XX. Partindo da análise do sistema de justiça francês, o autor destaca com acerto que: “Essa reviravolta judiciária da vida política – primeiro fenômeno – vê na justiça o último refúgio de um ideal democrático desencantado. O ativismo judiciário, de que ele é o sintoma mais aparente, é apenas uma peça de um mecanismo mais complexo que necessita de outras engrenagens, como o enfraquecimento do Estado, o progresso da sociedade civil e, logicamente, a força da mídia. Os juízes só podem assumir essa posição se encontrarem uma nova visão política, pois aparentemente ela não se satisfaz mais com as instâncias políticas tradicionais. Sua linguagem é a do Direito – dos direitos do homem na Europa, dos direitos das minorias na América –, e a sua gramática, o processo. O enfraquecimento do Estado é apenas a consequência da globalização da economia: o mercado, ao mesmo tempo que despreza o poder tutelar do Estado, multiplica a recorrência ao jurídico. Esse movimento duplo – fluxo de direito e refluxo do Estado – é facilmente percebido e, de resto, seria ele assim tão novo? Historiadores provavelmente não teriam dificuldade em encontrar precedentes históricos. Mas, detendo-nos nessa constatação arriscamos-nos a deixar de lado, uma outra explicação para a ascensão do juiz, menos perceptível, mais antropológica e radicalmente inédita na história: a derrubada do homem democrático. A brutal aceleração da expansão jurídica não é conjuntural, mas ligada à própria dinâmica das sociedades democráticas. [...] O prestígio contemporâneo do juiz procede menos de uma escolha deliberada do que de uma reação de defesa em face de um quádruplo desabamento: político, simbólico, psíquico e normativo. Após a embriaguez da liberação, descobre-se que é a nossa própria identidade que corre o risco de falhar: a do indivíduo, a da vida social e a do político. O juiz surge como um recurso contra a implosão das sociedades democráticas que não conseguem administrar de outra forma a complexidade e a diversificação que elas mesmas geraram. O sujeito, privado das referências que lhe dão uma identidade e que estruturam a sua personalidade, procura no contato com a justiça uma muralha contra o desabamento interior. Em face da decomposição do político, é então ao juiz que se recorre para salvação. Os juízes são os últimos a preencher uma função de autoridade – clerical, quase que parental – abandonada pelos antigos titulares. A mutação do Estado provedor e a fragilidade do homem democrático dão ao direito o papel de protagonista, mas por motivos diferentes. A primeira procura um paliativo ao desaparecimento do poder tutelar do Estado na organização do comércio entre iguais; a segunda um substituto para religião. Uma é horizontal; a outra vertical. A primeira causa tem origem externa e afeta as instituições políticas. A segunda, interna e mais antropológica, concerne à sociedade democrática”. (GARAPON, 1999. p. 26-27).

² O tema perpassa inúmeras obras de Lenio Streck, dentre as quais, podem-se citar: Streck (2013; 2014; 2017b).

nefastos. A um, o fomento do solipsismo e decisionismo judicial assentado no paradigma da filosofia da consciência, circunstância que viabiliza a utilização de argumentos retóricos e de autoridade, tais como “o clamor público exige”, “eu decido conforme a minha consciência” ou porque “nesse sentido é a jurisprudência consolidada do Tribunal”. A dois, a constatação de que a doutrina jurídica brasileira se tornou refém do senso comum teórico, caudatária das decisões dos Tribunais. Olvidou-se, portanto, de realizar o necessário constrangimento epistemológico da jurisprudência. A três, incentivou, promoveu – ou, no mínimo, não se insurgiu contra – recepções teóricas equivocadas, dentre as quais, citam-se: a) a jurisprudência de valores, movimento surgido no âmbito do constitucionalismo alemão; b) a teoria da argumentação jurídica de Robert Alexy, especialmente a aplaudida e festejada ponderação de princípios; c) o ativismo judicial norte-americano.

À luz das premissas ora alinhavadas, tendo como pano de fundo a supremacia da jurisprudência brasileira³, é que o presente artigo se propõe a analisar criticamente um acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial n. 1.545.959/SC, julgado em 6 de junho de 2017.

No aresto, os Ministros da Terceira Turma, por maioria de votos, decidiram que, a despeito da vedação contida no art. 39, § 1o, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a adoção unilateral constituída por sentença transitada em julgado *pode ser revogada* quando tal medida consubstanciar meio para consecução da *felicidade* do adotado, aqui compreendida como cerne do princípio da dignidade da pessoa humana e também como baliza da “normas-princípio” do melhor interesse da criança e do adolescente e do art. 43 da Lei n. 8.069/90.

Para a consecução do objetivo, o artigo será dividido em três tópicos. Primeiramente, serão apresentados os fundamentos empregados pela Relatora Ministra Nancy Andrighi para dar provimento ao reclamo especial.

Na sequência, tecer-se-ão considerações sobre as diferenças entre princípios e regras na teoria do Direito cunhada por Ronald Dworkin, diferenciando-a, em linhas gerais, da concepção positivista de Herbert Hart. Nessa perspectiva, promover-se-á o enquadramento da norma do art. 43 do Estatuto da Criança

³ Cumpre registrar que o ativismo judicial à brasileira não pode, por certo, ser creditado unicamente ao que Lenio Streck convencionou denominar de senso comum teórico da doutrina tupiniquim. O ensino jurídico e as formas de ingressos das principais carreiras jurídicas, por certo, assumem papel relevante para a construção do cenário de que ora se trata. Tais pontos, contudo, não serão abordados no presente artigo científico porque fogem do objetivo central do ensaio que é a reconstrução racional da decisão prolatada no REsp 1.545.959/SC, pelo Superior Tribunal de Justiça. Sobre o tema, ver Streck (2017a).

e do Adolescente no conceito de regra, para então, discorrer sobre ativismo judicial à brasileira e a utilização indiscriminada de princípios como subterfúgio para o subjetivismo. Tais aspectos traduzirão com a crítica propriamente dita ao *rationes decidendi* do acórdão analisado.

2 RESP 1.545.959/SC: APRESENTAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A reconstrução racional de uma decisão consiste na operação lógica de identificar-lhe os fundamentos e perquirir se, de fato, eles conduzem à conclusão externada pelo magistrado.

Nessa linha, os trechos do *decisum* que levam ao veredito (conclusão) são denominados *rationes decidendi*. A (re)edificação desse caminho permite compreender mais facilmente a decisão judicial e viabiliza, em tese, a sua reestruturação como um simples condicional: dado “A”, segue “B”. (GRECO; LEITE; 2015, p. 387).

Por se tratar justamente de um artigo cujo objetivo principal é apreciar os fundamentos de aresto proferido pelo Superior Tribunal de Justiça – e, consequentemente, sua coerência com a conclusão externada pela Corte –, é necessário, de antemão, advertir o leitor de que não se discutirão aqui as premissas de fato que nortearam o julgamento. Partir-se-á do pressuposto de que tudo quanto aduzido pelos Ministros no tocante à matéria fático-probatória seja verdadeiro, de modo que a leitura do acórdão é o bastante para os propósitos do texto.

O aresto trata de recurso especial interposto pelo A.I.K, com fundamento nas alíneas “a” e “c” do inciso III do art. 105 da Constituição da República⁴, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Eis a síntese fática: o recorrente foi adotado unilateralmente pelo padrasto quando contava com 14 anos de idade. Muito embora ele próprio e a representante legal tenham concordado expressamente com o pleito deduzido pelo padrasto, nos termos do que impõe o art. 45, *caput* e § 2o, do Estatuto da Criança e do Adolescente⁵, no ano de 2010, aos 31 anos de idade, o adotado ajuizou

⁴ O aludido dispositivo constitucional assim dispõe: “art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça: [...] III – julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, quando a decisão recorrida: a) contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência; [...] c) der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal. (BRASIL, 1988).

⁵ Colhe-se do art. 45 do Estatuto da Criança e do Adolescente: “art. 45. A adoção depende do consentimento dos pais ou

ação com pedido de desconstituição do vínculo filial. A pretensão foi deduzida ao argumento de que o autor, cerca de um ano após a adoção, retornou à cidade de origem do pai biológico, já falecido, passando a conviver com a avó e com o meio social do genitor, circunstâncias que vulneraram o vínculo afetivo com o adotante. O pleito contou com a aquiescência da genitora e do pai adotivo.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina se manifestou pela extinção do feito sem resolução do mérito ao argumento de que a pretensão encontra óbice no artigo 48 do Estatuto da Criança e do Adolescente e importa clara mitigação do conceito de ato jurídico perfeito. O Juízo de primeiro grau acolheu a promoção ministerial e, com amparo no revogado art. 267, VI, do Código de Processo Civil de 1973, declarou o autor carecedor de ação ante a impossibilidade jurídica do pedido.

O provimento jurisdicional foi integralmente mantido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, razão por que, depois de rejeitados os embargos de declaração, o adotado/recorrente interpôs recurso especial alegando, além do dissídio jurisprudencial, a violação dos art. 332, 333 e 535 do Código de Processo Civil de 1973; do art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do art. 39 da Lei n. 8.069/90.

Na ocasião, o recorrente defendeu, em síntese, que: a) a mitigação da irrevogabilidade da adoção há de ser avaliada caso a caso e, portanto, imprescindível da deflagração da instrução processual; b) apesar de a revogação da adoção ser proscribida pelo art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente, a providência é compatível com a felicidade do adotado, direito compreendido pelo princípio da dignidade da pessoa humana estampado no art. 1º, III, da Constituição da República; c) o acórdão recorrido diverge do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça firmado no julgamento do Agravo Regimental em Recurso Especial n. 863.654/SC, de relatoria da Ministra Nancy Andrighi.

O reclamo foi inadmitido na origem e contra tal decisão o recorrente interpôs agravo de instrumento em Recurso Especial n. 105.772/SC, o qual foi provido.

A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por meio do voto vencedor prolatado pela Ministra Nancy Andrighi no REsp n. 1.545.959/SC, cuja relatoria foi atribuída inicialmente ao Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, houve por bem dar provimento ao reclamo em aresto assim ementado:

do representante legal do adotando. [...] § 2º. Em se tratando de adotando maior de doze anos, será necessário também o seu consentimento". (BRASIL, 1990).

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ADOÇÃO UNILATERAL REVOGAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. A adoção unilateral, ou adoção por cônjuge, é espécie do gênero adoção, que se distingue das demais, principalmente pela ausência de ruptura total entre o adotado e os pais biológicos, porquanto um deles permanece exercendo o Poder Familiar sobre o menor, que será, após a adoção, compartilhado com o cônjuge adotante.

2. Nesse tipo de adoção, que ocorre quando um dos ascendentes biológicos faleceu, foi destituído do Poder Familiar, ou é desconhecido, não há consulta ao grupo familiar estendido do ascendente ausente, cabendo tão-só ao cônjuge supérstite decidir sobre a conveniência, ou não, da adoção do filho pelo seu novo cônjuge/companheiro.

3. Embora não se olvide haver inúmeras adoções dessa natureza positivas, mormente quando há ascendente – usualmente o pai – desconhecidos, a adoção unilateral feita após o óbito de ascendente, com o conseqüente rompimento formal entre o adotado e parte de seu ramo biológico, por vezes, impõe demasiado sacrifício ao adotado.

4. Diante desse cenário, e sabendo-se que a norma que proíbe a revogação da adoção é, indistintamente, de proteção ao menor adotado, não pode esse comando legal ser usado em descompasso com seus fins teleológicos, devendo se ponderar sobre o acerto de sua utilização, quando reconhecidamente prejudique o adotado.

5. Na hipótese sob exame, a desvinculação legal entre o adotado e o ramo familiar de seu pai biológico, não teve o condão de romper os laços familiares preexistentes, colocando o adotado em um limbo familiar, no qual convivia intimamente com os parentes de seu pai biológico, mas estava atado, legalmente, ao núcleo familiar de seu pai adotivo.

6. Nessas circunstâncias, e em outras correlatas, deve preponderar o melhor interesse da criança e do adolescente, que tem o peso principiológico necessário para impedir a aplicação de regramento claramente desfavorável ao adotado – *in casu*, a vedação da revogação da adoção – cancelando-se, assim, a adoção unilateral anteriormente estabelecida.

7. Recurso provido para, desde já permitir ao recorrente o restabelecimento do seu vínculo paterno-biológico, cancelando-se, para todos os efeitos legais, o deferimento do pedido de adoção feito em relação ao recorrente. (BRASIL, 2017).

Para fundamentar a sua decisão, a relatora para o acórdão, em seu voto vencedor, invocou uma série de fundamentos jurídicos e meta-jurídicos, os quais podem ser sintetizados da seguinte forma:

a) a adoção unilateral difere visceralmente da adoção bilateral. No último caso, a colocação em família substituta pressupõe o exaurimento das possibilidades de permanência da criança ou do adolescente no núcleo familiar extenso, de modo que a ruptura integral do adotando com sua história biológica é uma necessidade até para evitar interferências indevidas do antigo grupo familiar.

Na primeira hipótese, por sua vez, que ocorre quando apenas um dos genitores faleceu ou foi destituído do poder familiar, não há consulta à família extensa, incumbindo ao cônjuge supérstite ou não destituído do poder familiar decidir sobre a conveniência da adoção do filho pelo seu novo cônjuge ou companheiro;

b) os benefícios do processo de adoção unilateral não são tão evidentes quanto aqueles decorrentes da bilateral. A um, porque não tem como destinatários criança ou adolescente completamente desassistidos. A dois, porque o grupo familiar extenso, vinculado ao ascendente falecido ou destituído, de regra, continua participante da vida do adotando, emprestando-lhe suporte na ausência do genitor;

c) não obstante o consentimento do adotando maior de 12 anos seja indicativo relevante da vontade deste, é possível perscrutar hipóteses em que o adolescente, pessoa em formação, deixa influenciar-se pela figura do seu ascendente e expressa aquiescência, sem, no entanto, intentar fazê-lo;

d) a adoção unilateral outorga poder sobremaneira exacerbado ao representante legal da criança e do adolescente, uma vez que lhe permite excluir o pai biológico e, por conseguinte, os parentes oriundos dessa linhagem, da vida do filho;

e) o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente encerra verdadeira “norma princípio” quando alude que: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”. Pela sua peremptoriedade, tem, portanto, aptidão de se sobrepor aos outros ditames relativos à adoção, notadamente aquele que empresta ao ato o caráter irrevogável;

f) o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente retira a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses da criança e do adolescente, submetendo-o – o texto legal – ao crivo objetivo de apreciação judicial concreta;

g) a razão de ser da irrevogabilidade da adoção é a proteção do destinatário da norma (criança ou adolescente), de modo que, quando o julgador constata, no caso concreto, que ela vulnera os direitos dos seus beneficiários se afigura possível flexibilizar a regra fixada no art. 39, § 1o, da Lei n. 8.069/90;

h) nem sempre as presunções estabelecidas dogmaticamente suportam o crivo da realidade, motivo pelo qual é dado ao julgador, excepcionalmen-

te, “demover os entraves legais” à plena percepção da dignidade da pessoa humana;

i) conclui, portanto, que o Poder Judiciário não pode cerrar os olhos para a realidade e chancelar injustiça consubstanciada em aprisionar o adotando na condição de não ter uma família.

Como se vê, o cerne da controvérsia consiste em dizer se, uma vez perfectibilizada a adoção unilateral prevista no art. 41, § 1o, do Estatuto da Criança e do Adolescente por sentença transitada em julgado, pode o filho adotado enjeitá-la e pretender a sua anulação a pretexto de garantir a própria felicidade. A Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, então, *para atribuir ao recorrente uma família* deixou de aplicar a dicção do art. 39, § 1o, da Lei n. 8.069/90, valendo-se, para tanto, de argumentos jurídicos e meta-jurídicos.

3 AFINAL, A ADOÇÃO É IRREVOGÁVEL? A CRÍTICA AOS FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO PROFERIDO NO RESP N. 1.545.959/SC

3.1 OS FUNDAMENTOS META-JURÍDICOS DO ACÓRDÃO E O EMPREGO DO MÉTODO INDUTIVO

O art. 39, § 1o, do Estatuto da Criança e do Adolescente, dispõe, com clareza, que “a adoção é medida excepcional e irrevogável, à qual se deve recorrer apenas quando esgotados os recursos de manutenção da criança ou do adolescente na família natural ou extensa, na forma do parágrafo único do art. 25 desta Lei”.

O texto legal, como se vê, não guarda imprecisão semântica. O pedido deduzido na ação ao final julgada pelo Superior Tribunal de Justiça não era outro senão desconstituir o vínculo filial anteriormente constituído por sentença transitada em julgado.

Para tanto, os três primeiros argumentos de que a Corte Superior se serviu (itens “a”, “b”, “c” e “d” da seção 2 deste artigo) orbitaram em torno da premissa de que a adoção unilateral difere da bilateral quanto *ao rompimento dos laços com a família de origem e aos efeitos dela decorrentes*.

O aresto arremata que a adoção bilateral pressuporia a ruptura definitiva com a linhagem biológica, ao passo que a unilateral encontra seu lastro na cons-

tatação de que os vínculos com a família de origem são mantidos, não há exaurimento das tentativas de manutenção da criança ou do adolescente no núcleo familiar natural ou extenso e, em última análise, o consentimento é externado de forma exclusiva pelo responsável legal da criança.

Ademais, prosseguem os julgadores, os efeitos da adoção unilateral são menos interessantes ao adotando, notadamente porque ele não está completamente desassistido, já que conta com um responsável legal que assente ou não com o pedido.

De antemão, observa-se que os Ministros se valeram do método indutivo para assentar tais máximas. Isso porque, partindo do caso concreto submetido ao seu crivo, fixaram as premissas gerais acima elencadas (a existência de diferenças ontológicas entre as modalidades de adoção quanto *ao rompimento dos laços com a família de origem e aos efeitos delas decorrentes*). Nenhuma delas, contudo, se sustenta a um exame mais acurado. Nenhuma delas se aplicará indistintamente a casos idênticos que venham a ser apreciados pelo Superior Tribunal de Justiça. Nenhuma delas, portanto, pode ser sustentada racionalmente como *standard*.

A adoção bilateral não necessariamente pressupõe ruptura integral do adotando com sua história biológica. Ora, se o art. 42, § 1o, do Estatuto da Criança e do Adolescente pontifica que não estão autorizados a adotar os ascendentes e os irmãos do adotando, admite, por via reflexa, a adoção por tios, ou seja, por parentes colaterais em terceiro grau.

Nessa conjuntura, há possibilidade de, a despeito de ter sido desconstituído o vínculo filial por sentença em relação a ambos os genitores, a criança ou adolescente permanecer no seio da família biológica. Conviverá, quiçá, com os pais destituídos do poder familiar e terá os mesmos avós por parte de mãe ou de pai⁶.

De igual forma, não é possível generalizar a premissa de que a adoção unilateral não produz efeitos tão profícuos ao adotando, uma vez que ele não está completamente desassistido; conta com, pelo menos, o pai ou a mãe que consente com o pedido.

A medição dos efeitos positivos e negativos do ato de ser adotado é tarefa hercúlea que refoge a ciência do Direito. Como mensurar o grau de felicidade e satisfação de quem foi adotado? E pior, como atrelá-las (a felicidade e a satisfa-

⁶ A depender, por óbvio, de quem tenha parentesco com a criança ou o adolescente.

ção), de forma abstrata, à dicotomia havida entre a adoção bilateral e unilateral? É possível, *prima facie*, concluir que a adoção bilateral é sempre mais exitosa pois pressupõe a morte ou a destituição do poder familiar de ambos os pais biológicos? E o que dizer da adoção levada a efeito por padrasto que criou sozinho a criança desde o nascimento, a despeito de ter se casado com a genitora negligente? Apresentará menos vantagens ao adotando do que aquela levada a cabo por casal pretendente à adoção que promoveu a devolução do filho adotado?

Os argumentos meta-jurídicos utilizados pelo acórdão, como se vê, não resistem ao exame lógico racional. O mesmo se dá com os fundamentos jurídicos, consoante se observará na seção a seguir.

3.2 A “NORMA PRINCÍPIO” DO ARTIGO 43 DO ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: UMA ANÁLISE SEGUNDO A TEORIA DE DIREITO DE RONALD DWORKIN

De acordo com o voto condutor da Ministra Nancy Andrighi, o art. 43 do Estatuto da Criança e do Adolescente encerra verdadeira “norma princípio” quando alude que: “a adoção será deferida quando apresentar reais vantagens para o adotando e fundar-se em motivos legítimos”.

Pela sua peremptoriedade, segundo a julgadora, o preceptivo legal mencionado tem aptidão de se sobrepor ao § 1º do art. 39 do mesmo Diploma, notadamente no trecho em que este dispositivo empresta ao ato o caráter irrevogável.

A diferenciação entre o que se compreende por “norma-princípio” e por “norma-disposição” é trazida por Luís Roberto Barroso (2009, p. 117-118). Amparado em José Gomes Canotilho, Robert Alexy e Ronald Dworkin, o autor destaca que as “normas-disposição”, ou simplesmente regras, têm eficácia restrita às situações as quais se dirigem. As “normas-princípio”, por sua vez, apresentam maior teor de abstração e uma finalidade mais destacada dentro do sistema (BARROSO, 2009, p. 117-118).

Os conceitos, entretanto, não solucionam a controvérsia jurídica ora tratada, porquanto não dimensionam de maneira precisa a diferença havida entre princípios e regras, nem tampouco fornecem pistas no sentido de que o art. 43 da Lei n. 8.069/90 encerra um princípio ou uma regra.

No ponto, não há como não lançar mão da teoria do Direito cunhada por Ronald Dworkin. O ponto de partida da sua concepção de princípios é a crítica que o autor faz a Herbert Hart e a noção de textura aberta do Direito.

Para Hart (2001, p. 57-87; 138-161), situações não reguladas por regras estão contidas no âmbito da discricionariedade (em sentido forte) do juiz. Nesse sentido, salienta que: “as predições dos tribunais têm indiscutivelmente um papel importante no direito” e, portanto, “quando se atinge a área de textura aberta, muito frequentemente tudo o que podemos com proveito oferecer em resposta à questão ‘Qual é o direito neste assunto?’ é *uma predição cautelosa sobre o que os tribunais farão*”. (HART, 2001, p. 160 – grifo nosso).

Segundo Dworkin (2002, p. 55), o argumento positivista de Hart conduz à tese de que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, possui poder discricionário para decidir, na medida em que não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade do Direito. Pontua com acerto: “Ou para dizer de outro modo: os padrões jurídicos que não são regras e são citados pelos juízes *não impõem obrigações a estes*”. (DWORKIN, 2002, p. 55 – grifo nosso).

O doutrinador arremata a crítica contundente à concepção hartniana quando sentencia: “Ele [o positivista] conclui ainda que são padrões extrajurídicos que cada juiz seleciona *de acordo com suas próprias luzes*, no exercício do poder discricionário – *o que é falso*”. (DWORKIN, 2002, p. 63 – grifo nosso).

Dessa forma, em sentido diametralmente oposto ao de Herbert Hart, Dworkin (2002, p. 36) introduz o conceito de princípios como normas ou padrões pertencentes a um sistema jurídico; traduzidos como exigências da justiça, da equidade ou de outra dimensão da moralidade⁷.

Os princípios vinculam o juiz apenas nos espaços em que as regras não são suficientes para a solução do caso. Possuem dimensão de peso e importância, de modo que, havendo um confronto entre princípios, cumpre definir aquele mais relevante para o caso concreto. Daí porque dois princípios em colisão podem ser simultaneamente válidos (DWORKIN, 2002, p. 42).

Nessa ordem de ideias, para Ronald Dworkin (2002, p. 25-26), os princípios não pretendem estabelecer condições que tornem a sua aplicação neces-

⁷ Ronald Dworkin distingue três padrões de orientação do sistema jurídico: as regras, os princípios e as *policies*. Os dois primeiros padrões serão conceituados, à luz dos ensinamentos do autor, no corpo do próprio texto. As *policies* são, nas palavras de Dworkin, “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral, uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade (ainda que certos objetivos sejam negativos pelo fato de estipularem que algum estado atual deve ser protegido contra mudanças adversas). Denomina-se princípio um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar alguma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma dimensão da moralidade”. (DWORKIN, 2002. p. 36).

sária, pois, antes de tudo, enunciam razões que conduzem o argumento em determinada direção, não necessitando de uma decisão particular.

Em contrapartida, as regras seriam normas que são aplicadas a partir da lógica do “tudo ou nada”, ou seja, devem ser tomadas como critério de solução do caso ou ser rechaçadas (DWORKIN, 2002, p. 39-40). O conflito entre duas regras pressupõe, portanto, que apenas uma seja válida e hábil a servir como padrão jurídico para a decisão do caso. Além disso, o enunciado de uma regra compreende não apenas o que prenuncia o texto em sentido literal, mas, também, todas as suas exceções ainda que nele não expressamente consignadas⁸.

Por derradeiro, Marcelo Neves (2013, p. 53) muito bem sintetiza o ponto na teoria de Direito de Dworkin: “o tratamento com regras implica a diferença binária entre ‘validade/invalidade’, a distinção includente ‘regra/exceção’ e, por fim, a relação condicional automática ‘se-então’”⁹.

Não se descarta, contudo, que quando a regra inclui palavras como “razoável”, “negligente”, “injusto”, isso faz com que a aplicação dependa de princípios ou *policies* que extrapolam a própria regra.

Sobre o ponto, colhe-se a lição de Ronald Dworkin (2002, p. 45-46):

A utilização desses termos faz com que essa regra se assemelhe mais a um princípio. Mas não chega a transformar a regra em princípio, pois até mesmo o menos restritivo desses termos restringe o tipo de princípios ou políticas [policies] dos quais pode depender a regra. Um processo mais longo de avaliação é necessário quando esses termos são omitidos do enunciado das regras, por exemplo, nos casos em que estamos submetidos à obrigação de uma regra que diz que os contratos ‘não razoáveis’ são nulos ou que os contratos grosseiramente injustos (unfair) não serão reconhecidos. Suponhamos, porém, um caso em que alguma consideração de política [policy] ou princípio sugere que um contrato deva ser reconhecido legalmente, mesmo se a proibição que contém não seja razoável ou mesmo grosseiramente injusta. Nesse caso, a implementação desses contratos seria proibida por nossas regras e poderia ser permitida somente se tais regras fossem abandonadas ou modificadas. Contudo, se estivéssemos lidando não com uma regra, mas com uma política [policy] contrária ao cumprimento de contratos não razoáveis, ou com um princípio segundo o qual os contratos injustos não devem vigorar, tais contratos poderiam ser implementados sem alteração da lei. (DWORKIN, 2002, p. 45-46 – grifo nosso).

⁸ Ronald Dworkin exemplifica o ponto lançando mão de um exemplo hipotético relacionado ao beisebol. No citado esporte, o autor afirma há regra que estipula que, se o bateador errar três bolas, está fora do jogo. Um juiz não pode, de modo coerente, considerar que este é um enunciado preciso de uma regra de beisebol e decidir que um bateador que errou três bolas não está eliminado. Não obstante reconheça que uma regra possa ter exceções, Dworkin salienta que as exceções também estão contidas no enunciado da regra, tal como, aquela segundo a qual não haverá eliminação do jogador que errou três bolas se o pegador [catcher] deixar a bola cair no terceiro lance. (DWORKIN, 2002, p. 39-40).

⁹ No ponto, merece ressalva a circunstância de que Marcelo Neves entende que o modelo de regras e princípios cunhado tanto por Ronald Dworkin quanto por Robert Alexy são insuficientes para evitar/minorar aquilo que denominou de “reviravolta da principiologia jurídica a partir da filosofia moral”. O autor compara os juízes “ponderadores” de princípios e buscadores da resposta correta à lenda da mitologia grega de Hidra e Hércules. (NEVES, 2013, p. 89-170).

De tudo quanto exposto até o momento, fica fácil concluir que, muito embora o art. 43 da Lei n. 8.069/90 se valha de expressões de conteúdo aberto, tais como, “reais vantagens para o adotando”, “motivos legítimos”, *o preceptivo legal traduz uma regra e não um princípio*.

Seguindo a lógica do “tudo ou nada”, quando os motivos determinantes da adoção forem ilegítimos ou mesmo na hipótese de a colocação em família substituta não representar benefícios à criança ou ao adolescente, o dispositivo legal não incidirá, ou melhor, será aplicado a partir da exceção que o enunciado normativo da própria regra traz.

É certo que, na esteira dos ensinamentos de Ronald Dworkin, as vantagens para o adotando e a legitimidade da motivação dos adotantes não de ser perquiridas pelo julgador à luz do que dispõem os princípios correlatos, em especial, o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CRFB/88) e do melhor interesse da criança e do adolescente¹⁰ (art. 227 da CRFB/88).

Longe de pretender investigar os pressupostos fáticos de que o julgado trata, ao que consta, o pronunciamento jurisdicional que deferiu o pedido e constituiu o vínculo entre as partes pela adoção *considerou tais princípios*, na medida em que colheu o consentimento do adotando e de sua representante legal; averiguou, no curso da fase instrutória, a higidez da intenção do padrasto/adotante e as vantagens do deferimento da medida.

A sentença apreciou os requisitos do art. 43 da Lei n. 8.069/90, portanto. A (re)análise deles, pretendida e levada a cabo pela Corte Superior, por certo, fez protrair no tempo a hipótese de incidência do art. 43 para se chocar com a regra do art. 39, § 1º, do Estatuto da Criança e do Adolescente com o objetivo de atender os *novos* interesses do adotado (qual seja, o de restabelecer o vínculo com a família biológica paterna). Arrisca-se o palpite: o Órgão Fracionário primeiro decidiu o que reputou como *justo* para, somente após, fundamentar.

Dessa forma, os Ministros avaliaram a existência de conflito de regras – uma delas que denominaram princípio – o qual, em verdade, não ocorreu. Ademais, por meio de instrumento jurídico inadequado – ação de “revogação de adoção” – deram provimento ao recurso em evidente desacordo com o disposto no art. 966, *caput* e seu § 4º, do Código de Processo Civil c/c art. 104 do Código Civil.

¹⁰ Aqui o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente é concebido como um corolário lógico do direito à convivência familiar e comunitária expresso no art. 227 da Constituição da República.

Ora, ao cabo deste subitem é possível perceber que o Superior Tribunal de Justiça se equivocou sob duplo aspecto. A um, por considerar o artigo 43 da Lei n. 8.069/90 um princípio e não uma regra. A dois, por pressupor a existência de um conflito entre as normas encartadas no aludido preceito legal e naquela constante no art. 39, § 1o, do mesmo Diploma – quando ele não existiu – tão somente com o objetivo de deixar de aplicar a regra da irrevogabilidade da adoção.

3.3 OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DO MELHOR INTERESSE DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE: ATIVISMO JUDICIAL E PRINCÍPIOS COMO PANACEIA INTERPRETATIVA

O *ativismo judicial à brasileira*¹¹, “entendido como a recusa dos tribunais de se manterem dentro dos limites jurisdicionais estabelecidos para o exercício do poder a eles atribuídos pela Constituição”, traduz um golpe duro em uma jovem democracia constitucional como a brasileira. (TRINDADE, 2012, p. 119).

Um dos maiores sintomas dessa forma de julgar é o surgimento de uma série de princípios jurídicos que não são extraídos diretamente da Constituição e, bem assim, da utilização indiscriminada daqueles já existentes, especialmente os “princípios” da razoabilidade e da proporcionalidade, além de um certo “supraprincípio” (nunca suficientemente explicado) da dignidade da pessoa humana, “que exercem a função de verdadeiras curingas, servindo de muleta para todo e qualquer argumento jurídico” (TRINDADE, 2012, p. 119).

Essa mixagem entre a criação de princípios inexistentes e a aplicação sem critério da proporcionalidade e da dignidade humana apontam para o fortalecimento da discricionariedade judicial, ou seja, mascaram um subjetivismo e um decisionismo que não são compatíveis com uma democracia constitucional. Trata-se da sedimentação da lógica do “primeiro decido, depois fundamento”, vale dizer, da racionalização do irracional.

¹¹ Clarissa Tassinari esclarece a diferença entre *ativismo judicial* e *judicialização da política*. Segundo a autora, a *judicialização da política* traduz um fenômeno contingencial e inexorável que surgiu a partir de um contexto social marcado por um conjunto de fatores: a) a insurgência do constitucionalismo do segundo pós-guerra (com a inclusão de novos textos constitucionais, com amplos catálogos de direitos; b) a noção de constituição dirigente na acepção cunhada por J. J. Gomes Canotilho; c) a criação dos Tribunais Constitucionais (em especial o da Alemanha, que tratou de empenhar-se na constitucionalização do sistema jurídico, por meio de uma proposta teórica que prescindiu o texto constitucional – a jurisprudência dos valores); d) o aumento da litigiosidade; e) a compreensão do surgimento da noção de sociedade de massa; f) a crise da democracia e, conseqüentemente, da representatividade política; e g) o redimensionamento do acesso à justiça. Com amparo no cotejo entre os aludidos fatores, Tassinari conclui que a judicialização não é um fenômeno propriamente jurídico, mas decorrente de um contexto permeado por transformações em diversos setores, notadamente na esfera social. O *ativismo judicial*, por sua vez, deriva de julgamentos realizados a partir de um ato de vontade do julgador, não condicionados, portanto, a elementos jurídicos, não obstante, por vezes, possuam ares de juridicidade. Representa, portanto, um comportamento de juízes e tribunais que extrapola os limites de sua atuação. (TASSINARI, 2013. p. 147-149).

A teoria da decisão judicial proposta por Lenio Streck¹² – uma simbiose entre as teorias de Hans-Georg Gadamer e Ronald Dworkin – propõe a superação da discricionariedade judicial por meio da construção de decisões judiciais alicerçadas sob pressupostos democráticos. Para tanto, o autor elabora sua proposta hermenêutica estruturada em quatro elementos centrais:

a) um novo modo de conceber o ato interpretativo, possibilitando os aportes da Filosofia como *standards* de racionalidade. A interpretação do texto deixa de ser apartada da sua aplicação para integrar um todo unitário. O ato aplicativo do Direito transpõe o procedimento de *extração* de sentido do texto (*Auslegung*) para alçar a noção de *atribuição* de sentido ao texto (*Sinngebung*). Tal noção de intersubjetividade importa na superação hermenêutica da tradição de se investigar a *mens legis* (vontade da lei) e a *mens legislatoris* (vontade do legislador).

b) colhe da teoria de Direito de Ronald Dworkin o segundo elemento estrutural da nova teoria da interpretação que compõe o constitucionalismo contemporâneo, qual seja, a responsabilidade política dos juízes. Partindo da premissa de que o advento do Estado Democrático de Direito tencionou a relação entre os Poderes e impingiu aos julgadores a tarefa de concretização de direitos, afirma que os magistrados devem se sentir politicamente constrangidos pela comunidade de princípios que constitui a sociedade. Importa, no particular, a noção dworkiniana de *integridade* e *coerência* do Direito, que se reflete na ideia de que o Direito há de ser considerado como um todo “que se volta ao tratamento equânime e igualitário na busca da melhor justificativa para as práticas jurídicas”. (TASSINARI, 2013, p. 144).

c) o dever de fundamentação das decisões judiciais, expresso no art. 93, IX, da Constituição da República, constitui o terceiro elemento estruturante da teoria e se desdobra na diferença havida entre escolha e decisão. Sobre o ponto, esclarece Streck (2013, p 167-168): “a escolha é sempre parcial. Há no Direito uma palavra técnica para se referir à escolha: discricionariedade e, quiçá (ou na maioria das vezes), arbitrariedade”. E conclui:

Ora, a decisão se dá, não a partir de uma escolha, mas, sim, a partir do comprometimento com algo que se antecipa. No caso da decisão jurídica, esse algo que se antecipa é a compreensão daquilo que a comunidade política constrói como direito (ressalte-se, por relevante, que essa construção não é a soma de diversas partes, mas, sim, um todo que se apresenta como a melhor interpretação – mais adequada – do direito). (STRECK, 2013, p. 167-168).

¹² Ver Streck (2017b, p. 78-89), Streck (2013, p. 47-80) e Streck (2014, p. 793-864). A sistematização em quatro elementos centrais da crítica hermenêutica do Direito está bem sintetizada também em Tassinari (2013, p. 141-146).

d) A garantia, expressa por meio do dever de fundamentação das decisões judiciais, de que cada cidadão tem de obter respostas constitucionalmente adequadas. Nem a única, nem a melhor, apenas a resposta conformada com o texto constitucional. Com a tese da resposta correta, também inspirada no pensamento de Dworkin, superam-se posturas solipsistas, fundadas na vontade do sujeito. Tal entendimento constitui o ponto nodal do constitucionalismo democrático e é indispensável para a legitimidade da jurisdição. (STRECK, 2013, p. 145).

Daí a necessidade do resgate da legalidade como limitador democrático ao ativismo judicial. Longe de festejar ou mesmo ressuscitar qualquer positivismo, é certo que, em um Brasil marcado pelo panprincipiologismo, a lei deve representar, no mínimo, um ponto de partida para o intérprete, um referencial semântico. Uma lei democraticamente aprovada pelo Parlamento, não inquinada de vício de inconstitucionalidade, não pode ser simplesmente *flexibilizada* pelo juiz no momento da decisão porque ela representa eventual *injustiça* no caso concreto.

Uma advertência, todavia, deve ser feita ao leitor incauto já na aurora deste artigo: o resgate ao princípio da legalidade não significa a aplicação cega da lei, incompatível com o Estado Democrático de Direito e – por que não – com o próprio texto da Constituição.

Como alerta Lenio Streck (2010, p. 171-172), o juiz poderá deixar de aplicar uma lei aprovada pelo Parlamento, desde que o faça de forma fundamentada e coerente, nas seguintes hipóteses: a) quando a lei for inconstitucional (em controle difuso ou concentrado de constitucionalidade); b) quando for o caso de aplicação dos critérios de resolução de antinomias; c) quando aplicar a interpretação conforme a Constituição; d) quando aplicar a nulidade parcial sem redução de texto; e) quando for o caso de declaração de inconstitucionalidade com redução do texto; e f) quando for o caso de deixar de aplicar uma regra em face de um princípio, “entendidos estes não como *standards* retóricos ou enunciados performativos”. (STRECK, 2010, p. 171-172)

Nesse último aspecto, qual seja, a não aplicação de uma regra em face de um princípio, o autor anota que: “tal circunstância, por óbvio, acarretará um compromisso da comunidade jurídica, na medida em que, a partir de uma exceção, casos similares exigirão, graças à integridade e a coerência, aplicação similar”. (STRECK, 2010, p. 171-172).

No acórdão ora impugnado, o Superior Tribunal de Justiça se valeu dos princípios do melhor interesse da criança e do adolescente e da dignidade da pessoa humana para *demover os entraves legais* e obstaculizar a chancela de *injustiça* consubstanciada em aprisionar o adotando na condição de não ter uma família.

Certamente, não é possível estabelecer um standard de racionalidade segundo o qual *sempre que a adoção representar decréscimo de felicidade do adotado, admitir-se-á a desconstituição do estado de filiação*.

Nesse passo, quando o direito e a Constituição ficam subordinados aos particularismos de fatores sociais diversos, as regras e os princípios jurídicos perdem o seu significado prático para garantia de direitos e controle de poder. Um modelo desse tipo redundaria na negação fundamental de uma das feições do sistema jurídico que viabiliza a construção de decisões justas: a consistência. Consistência essa que somente pode ser assegurada a partir da via de mão dupla estabelecida entre a prática e dogmática jurídica e a teoria do Direito. (NEVES, 2013, p. 189-192).

Trocando em miúdos, se ela afirma que a adoção é irrevogável, somente não o será se o afastamento da regra estiver amparado em uma das seis hipóteses acima elencadas. Afinal, a aplicação do Direito precisa de critérios aplicados sempre de forma equânime. Não pode ser feita na base na *felicidade* ou na *justiça do caso concreto* e assim por diante.

4 CONCLUSÃO

O dever de fundamentação das decisões judiciais – como forma de viabilizar a apreciação da coerência racional e lógica entre os fundamentos e a conclusão – constitui um dos pilares do Estado Democrático de Direito e deve ser reivindicado por todos, especialmente na atual conjuntura, em que se observa uma forte tendência de delegar à jurisdição a concretização de direitos.

Para além do *senso de justiça do homem médio* – expressão abominada por Lenio Streck – e da *felicidade* dos envolvidos na lide, a *ratione decidendi* coerente e adequadamente exposta evita decisionismos de toda ordem. Contribui sobremaneira para o enfrentamento do ativismo judicial, postura que, por estar embasada em ato não sindicado por pressupostos jurídicos, mas pela vontade do julgador, constitui um convite à arbitrariedade.

O emprego da filosofia da consciência e o subjetivismo do magistrado aumentam o coeficiente de incerteza e incontabilidade do resultado da decisão judicial, para o *bem* e para o *mal*. A preocupação ganha contornos de dramaticidade quando o prolator da decisão é justamente o Tribunal a quem incumbe a missão constitucional de pacificar a interpretação da legislação federal (art. 105, III, da CRFB/88).

Por fim, pergunta-se: a adoção é irrevogável? Talvez não. A única certeza da qual o intérprete não pode se despojar é de que o afastamento da aplicação de um preceito legal pelo julgador não deve comprometer os alicerces da democracia representativa. O texto é uma condição de possibilidade da norma e não pode simplesmente ser descartado com argumentos retóricos ou de autoridade.

Há necessidade de se promover o resgate da legalidade estrita – aqui compreendida não como observância cega à letra fria da lei, mas, sobretudo, como limitadora do subjetivismo do julgador. Afinal, com bem adverte Lenio Streck (2014, p. 818), “o direito não é – e não pode ser – aquilo que os tribunais dizem que é”.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. **Lei n. 8.060/90, de 13 de julho de 1990**. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 17 set. 2017.

_____. BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso especial n. 1.545.959/SC. Relatora: Ministra Nancy Andrighi. Brasília, 6 jun. 2017. **Diário de Justiça Eletrônico**. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiro-teor/?num_registro=201200079032&dt_publicacao=01/08/2017>. Acesso em: 17 set. 2017.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

GARAPON, Antoine. **O juiz e a democracia: o guardião de promessas**. Tradução Maria Luiza de Carvalho. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

GRECO, Luís; LEITE, Alaor. A “recepção” das teorias do domínio do fato e do domínio na organização no direito penal econômico brasileiro: observações sobre as formas de intervenção no delito na ação penal 470 do Supremo Tribunal Federal brasileiro (caso “Mensalão”). **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**. 7-8, ano 10, 2015. Disponível em: <www.zis-online/dat/artikel/2015_7-8_937.pdf>. Acesso em: 9 set. 2017.

HART, H.L.A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

NEVES, Marcelo. **Entre Hidra e Hércules: princípios e regras constitucionais como diferença paradoxal do sistema jurídico**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

STRECK, Lenio Luiz. Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista? **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 15, n. 1, p. 158-173, jul. 2010. ISSN 2175-0491. Disponível em: <<http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/2308>>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. **O que é isto – decido conforme a minha consciência?** 4. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. Disponível em: <[http://gen.lib.rus.ec/search.php?req=Lenio%20Luiz%20Streck&column\[\]=author](http://gen.lib.rus.ec/search.php?req=Lenio%20Luiz%20Streck&column[]=author)>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. rev. atual. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. Disponível em: <[http://gen.lib.rus.ec/search.php?req=Lenio%20Luiz%20Streck&column\[\]=author](http://gen.lib.rus.ec/search.php?req=Lenio%20Luiz%20Streck&column[]=author)>. Acesso em: 9 set. 2017.

_____. **No naufrágio jurídico, quem os tubarões comerão primeiro? Há critérios?** 8 de junho de 2017a. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2017-jun-08/senso-incomum-naufragio-juridico-quem-tubaroes-comerão-primeiro-criterios>>. Acesso em: 27 set. 2017.

_____. **Verdade e consenso.** 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2017b.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial:** limites da atuação do judiciário. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2013.

TRINDADE, André Karam. Garantismo *versus* neoconstitucionalismo: os desafios do protagonismo judicial em *terrae brasilis*. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam. (Org.). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo:** um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.