
A t u a ç ã o

Revista Jurídica do

Ministério Público Catarinense



v. 12, n. 26, jan./jun. 2015

A t u a ç ã o

Revista Jurídica do
Ministério Público Catarinense

v. 12, n. 26, janeiro/junho 2015
Florianópolis

ISSN 1981-1683

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	122 p.	jan./jun. 2015
---------	---------------	-------	-------	--------	----------------

Atuação

Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense

Conselho Deliberativo e Redacional

Fábio Fernandes de Oliveira Lyrio

Leandro Garcia Machado

Nuno de Campos

Rogério Ponzi Seligman

Sandro Ricardo Souza

Silvana do Prado Brouwers

Diretor do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional (CEAF)

Marcelo Gomes Silva

**As opiniões emitidas nos artigos
são de responsabilidade
exclusiva de seus autores.**

Publicação conjunta da Procuradoria-Geral de
Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público.

Endereço eletrônico para remessa de artigo: revistajuridica@mpsc.mp.br

Atuação : Revista Jurídica do Ministério Público Catarinense / publicação conjunta
da Procuradoria-Geral de Justiça do Estado de Santa Catarina e da Associação
Catarinense do Ministério Público. - v. 1, n. 1 (set./dez. 2003) - . - Florianópolis :
PGJ : ACMP, 2003 - .

Quadrimestral: 2003-2007. Edição Especial, 2008. Semestral, 2009- .

v. 12, n. 26, Jan./jun. 2015.
ISSN 1981-1683

1. Direito – Periódico. I. Santa Catarina. Ministério Público. II. Associação
Catarinense do Ministério Público.

CDDir 340.05

Catálogo na Publicação por: Magda Daré CRB-14/982

Revisão: Gerência de Publicações e Revisões (GEPRE)

Editoração: Coordenadoria de Comunicação Social do Ministério Público de Santa Catarina

Impressão: setembro de 2017

Av. Othon Gama D'Eça, 900, Torre A, 1º andar
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-240
(48) 3224-4600 e 3224-4368
imprensa@acmp.org.br
www.acmp.org.br

Paço da Bocaiúva – R. Bocaiúva, 1.750
Centro – Florianópolis – SC
CEP 88015-904
(48) 3229-9000
pgj@mpsc.mp.br
www.mpsc.mp.br

Administração Superior do Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador-Geral de Justiça

Sandro José Neis

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Jurídicos

Aurino Alves de Souza

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Institucionais

Fábio de Souza Trajano

Subprocurador-Geral de Justiça para Assuntos Administrativos

Cid Luiz Ribeiro Schmitz

Colégio de Procuradores de Justiça

Presidente: Sandro José Neis

Paulo Antônio Günther

Odil José Cota

Paulo Roberto Speck

Raul Schaefer Filho

Pedro Sérgio Steil

José Eduardo Orofino da Luz Fontes

Humberto Francisco Scharf Vieira

João Fernando Quagliarelli Borrelli

Hercília Regina Lemke

Mário Gemin

Gilberto Callado de Oliveira

Antenor Chinato Ribeiro

Narcísio Geraldino Rodrigues

Jacson Corrêa

Basílio Elias De Caro

Aurino Alves de Souza

Paulo Roberto de Carvalho Roberge

Tycho Brahe Fernandes

Guido Feuser

Plínio Cesar Moreira

Gladys Afonso

Paulo Ricardo da Silva

Lenir Roslindo Piffer

Paulo Cezar Ramos de Oliveira

Gercino Gerson Gomes Neto

Francisco Bissoli Filho

Newton Henrique Trennepohl

Heloísa Crescenti Abdalla Freire

Fábio de Souza Trajano

Norival Acácio Engel

Carlos Eduardo Abreu Sá Fortes

Ivens José Thives de Carvalho

Walkyria Ruicir Danielski

Alexandre Herculano Abreu

Durval da Silva Amorim

Vânio Martins de Faria

Américo Bigaton

Eliana Volcato Nunes

Mário Luiz de Melo

Rogério Antônio da Luz Bertoncini

Genivaldo da Silva

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Luiz Ricardo Pereira Cavalcanti

Aor Steffens Miranda

Murilo Casemiro Mattos

Sidney Eloy Dalabrida

Fábio Strecker Schmitt

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi

Marcílio de Novaes Costa

Monika Pabst

Jorge Orofino da Luz Fontes

Onofre José Carvalho Agostini

Secretário: Carlos Alberto de Carvalho Rosa



Conselho Superior do Ministério Público

Membros Natos

Presidente: Sandro José Neis - Procurador-Geral de Justiça

Gilberto Callado de Oliveira- Corregedor-Geral

Representantes do Colégio de Procuradores

Odil José Cota

Lenir Roslindo Piffer

Newton Henrique Trennepohl

Representantes da Primeira Instância

Narcísio Geraldino Rodrigues

Gladys Afonso

Gercino Gerson Gomes Neto

Fábio de Souza Trajano

Américo Bigaton

Rui Arno Richter

Lio Marcos Marin

Cristiane Rosália Maestri Böell

Secretário-Geral

Fernando da Silva Comin

Corregedor-Geral do Ministério Público

Gilberto Callado de Oliveira

Subcorregedor-Geral

Ivens José Thives de Carvalho



Diretoria da Associação Catarinense do Ministério Público

Luciano Trierweiler Naschenweng
Presidente

Luiz Adalberto Villa Real
Vice-Presidente

Gilberto Assink de Souza
1º Secretário

Marcos Augusto Brandalise
2º Secretário

João Carlos Linhares Silveira
Diretor Financeiro

Sandro Ricardo Souza
Diretor de Patrimônio

Maria Fernanda Steffen da Luz Fontes
Diretora Cultural e de Relações Públicas

Sonia Maria Demeda Groisman Piardi
Diretora Administrativa

Alexandre Carrinho Muniz
Diretor da Escola do Ministério Público de Santa Catarina

Conselho Fiscal

Abel Antunes de Mello
Helen Crystine Corrêa Sanches
Henrique da Rosa Ziesemer
Marcelo Gomes Silva
Ricardo Viviani de Souza

Conselho Consultivo

Anderson Adilson de Souza
Aristeu Xenofontes Lenzi
Bianca Andrighetti Coelho
Deize Mari Oechsler
Ernani Dutra
Guilherme André Pacheco Zattar
Havah Emília Piccinini de Araújo Mainhardt
Joaquim Torquato Luiz
Jorge Eduardo Hoffmann
Júlio Fumo Fernandes
Leonardo Felipe Cavalcanti Lucchese
Marco Antônio Schutz de Medeiros
Mário Luiz de Melo



SUMÁRIO

PENAL

TÉCNICAS UTILIZADAS NA LAVAGEM DE DINHEIRO E ASPECTOS DESTACADOS DA LEI N. 9.613/98	9
<i><u>Guilherme Brito Laus Simas</u></i>	

PROCESSO PENAL

A MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL.....	27
<i><u>Leonardo Cazonatti Marcinko</u></i>	
SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUÉRITO POLICIAL.....	45
<i><u>Francisco Ribeiro Soares</u></i>	

CIDADANIA

AÇÕES DE MEDICAMENTOS E O FUTURO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	65
<i><u>Luis Felipe de Oliveira Czesnat</u></i>	

INFÂNCIA E JUVENTUDE

EDUCAÇÃO INFANTIL EM TEMPO INTEGRAL: OBRIGAÇÃO OU FACULDADE MUNICIPAL?	81
<i><u>Dimitri Fernandes</u></i>	

MEIO AMBIENTE

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: DA PRECEDÊNCIA DE SUA APLICAÇÃO NA ÁREA AMBIENTAL.....	99
<i><u>Luísa Zuardi Niencheski</u></i>	



PENAL

TÉCNICAS UTILIZADAS NA LAVAGEM DE DINHEIRO E ASPECTOS DESTACADOS DA LEI N. 9.613/98

Guilherme Brito Laus Simas

Promotor de Justiça

Especialista

RESUMO

O presente estudo analisa a lei de combate à lavagem de dinheiro no Brasil, destacando sua evolução histórica, sua origem, seu conceito e suas fases. A análise dos principais pontos da norma é feita com base em doutrina e jurisprudência, sendo complementada com a apresentação de técnicas utilizadas para realizar a lavagem de dinheiro e com casos práticos, a fim de que se conheça melhor essa conduta e que seja melhor realizado o enfrentamento a esse crime.

Palavras-Chave: Lavagem de dinheiro. Técnicas utilizadas. Casos práticos. Organizações Criminosas.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	p. 9 - 26	jan./jun. 2015
---------	---------------	-------	-------	-----------	----------------

1 INTRODUÇÃO

A lavagem de dinheiro nasce da necessidade de transformar bens adquiridos com uma atividade criminosa em bens lícitos, a fim de que o agente criminoso possa utilizá-los sem levantar suspeitas da origem desses valores.

Com a evolução do sistema financeiro mundial e do processo econômico nas últimas décadas, a lavagem de dinheiro ganhou extrema importância para as organizações criminosas, que precisam inserir no mercado formal os valores obtidos com o crime, gerando mais prejuízos à sociedade.

Para combater a lavagem de dinheiro é preciso conhecê-la, por isso, este artigo foi elaborado destacando alguns aspectos da Lei n. 9.613/98 e, posteriormente, apresentando algumas das técnicas utilizadas para tal prática.

2 HISTÓRICO DA LEGISLAÇÃO DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

Em 20 de dezembro de 1988, em Viena, foi firmada a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, entrando em vigor internacionalmente em 11 de novembro de 1990.

Essa convenção surgiu a partir do momento em que os Estados Unidos, principal consumidor de drogas no mundo, e os demais países se viram reféns do narcotráfico. No final da década de 70, Pablo Escobar e demais cartéis de droga da América Latina estavam em seu auge, e os reflexos do consumo dessas substâncias pela população estavam acabando com o sistema de saúde e o bem-estar das nações.

Então, com a constatação da ineficiência na forma de combate ao tráfico de drogas que, na época, estava sendo realizada, surgiu o referido tratado, para atacar o patrimônio gerado com o narcotráfico. Se você prende o líder de uma organização criminosa, no mesmo instante, outra pessoa ocupa o lugar do anterior. Agora se você apreende o patrimônio dessa organização, ela fica paralisada, não consegue pagar seus

“funcionários” e “fornecedores”, perde a capacidade de retomar suas atividades e seus membros se dispersam, tendo muito mais dificuldade para conseguir novamente montar uma estrutura para realizar o tráfico de drogas em larga escala.

O fluxo financeiro oriundo da atividade ilícita era e ainda é um dos principais problemas para os grandes traficantes, que têm grande volume de dinheiro em papel-moeda, ocupando muito espaço e que não pode simplesmente ser inserido no mercado financeiro, pois exige-se a justificativa da origem de tal capital, do contrário as autoridades logo perceberiam o esquema.

Então, a lavagem de dinheiro ganhou mais força no cenário internacional, especialmente em razão do narcotráfico. Foi, então, que, em 26 de junho de 1991, o Brasil ratificou a Convenção de Viena (Decreto n. 154/91), comprometendo-se a criminalizar a atividade de lavagem de dinheiro oriunda do tráfico de drogas.

3 GERAÇÕES DA LEI DE COMBATE À LAVAGEM DE DINHEIRO

As fases ou gerações das legislações de combate à lavagem de dinheiro se dividem em três.

A primeira geração da legislação foi criada com a Convenção de Viena, em 1988, tendo como crime antecedente à lavagem de dinheiro o tráfico de drogas, pois era o principal problema enfrentado pelo mundo naquela época.

Posteriormente, viu-se que o tráfico de drogas não era o único crime que dava origem ao branqueamento de capitais, existiam outros delitos que mereciam igual atenção. Foi, então, que surgiu a segunda geração da lei, com um rol de crimes antecedentes, e não apenas o tráfico de drogas.

A Lei n. 9.613/98, que tratou do crime de lavagem de dinheiro no Brasil, nasceu já na segunda geração, com o seguinte rol de crimes antecedentes:

- I - tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- II - terrorismo;

III - contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção;

IV - extorsão mediante sequestro;

V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

VI - contra o sistema financeiro nacional;

VII - praticado por organização criminosa.

Na sequência, inseriram-se os delitos de financiamento ao terrorismo e os crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira (art. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal).

No entanto, mais uma vez, viu-se que outros delitos geravam grandes riquezas e necessitavam ser atacados da mesma forma, na movimentação financeira do produto e do proveito oriundos das atividades ilícitas.

Foi, então, que surgiu a legislação de terceira geração, como a espanhola, a argentina e, atualmente, a brasileira, que retirou o rol taxativo de infrações antecedentes e substituiu por um termo mais genérico, abrangendo uma grande quantidade de delitos. No Brasil, na reforma, de 2012, da Lei n. 9.613/98, utilizou-se a expressão infrações penais, incluindo inclusive as contravenções penais como delito antecedente:

Art. 1o Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Percebe-se, portanto, que a legislação está em constante atualização para fornecer melhores condições para o combate ao crime organizado, e os organismos internacionais trabalham incessantemente para equipar e articular os Estados nessa batalha, como o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), criado, em 1989, pelos sete países mais ricos do mundo.

4 ORIGEM DA EXPRESSÃO “LAVAGEM DE DINHEIRO”

A origem da expressão tão utilizada no Brasil surgiu nos Estados Unidos (*money laundering*), na década de 20, quando a máfia abriu di-

versas lavanderias, na cidade de Chicago, como empresas de fachada, para justificar a origem dos recursos obtidos com a prática criminosa, especialmente a venda de drogas e bebidas. Assim, utilizando-se do comércio lícito, inseria-se capital ilícito, misturando o dinheiro “sujo” com o “limpo”, maquiando-se sua origem, lavando o dinheiro. O termo branqueamento de capitais também é utilizado em alguns países, como Espanha, França e Portugal.

5 CONCEITO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Acerca do conceito de lavagem de dinheiro, os autores apresentam conceitos similares, todos na mesma linha, com base na Lei n. 9.613/98. Gabriel Habib (2010, p. 163) apresenta o seu conceito de lavagem de dinheiro da seguinte forma:

A lavagem de dinheiro consiste na atividade revestida de objeto lícito, que tem por finalidade a transformação de recursos financeiros obtidos de forma ilícita em lícitos, operada por meio das fases introdução (*placement*), dissimulação (*layering*), integração (*integration*), para que seja ocultada aquela origem ilícita.

Por sua vez, Ricardo Antonio Andreucci (2015, p. 456) conceitua a lavagem de dinheiro como o “método pelo qual um indivíduo ou uma organização criminosa processo os ganhos obtidos em atividades ilegais, buscando trazer para tais ganhos a aparência de licitude.”

De acordo com Marco Antônio de Barros (2004, p. 25):

A lavagem de capitais é produto da inteligência humana. Ela não surgiu do acaso, mas foi e tem sido habitualmente arquitetada em toda parte do mundo. A bem da verdade, é milenar o costume utilizado por criminosos no emprego dos mais variados mecanismos para dar aparência lícita ao patrimônio constituído de bens e capitais obtidos mediante ação delituosa. Trata-se de uma consequência criminológica caracterizadora do avanço da criminalidade em múltiplas áreas.

Rodolfo Tigre Maia (2004, p. 53) trata da lavagem de dinheiro como:

um conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão, dissimulação e integração de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos

ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da justiça.

Portanto, percebe-se que a doutrina aponta como conceito de lavagem de dinheiro basicamente a utilização de manobras de colocação, dissimulação e integração do capital (fases da lavagem de dinheiro) com o objetivo de ocultar e dissimular a origem desses bens, direitos e valores ilícitos, a fim de utilizá-los livremente no mercado e na economia formal.

6 FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

O processo para realizar a lavagem de dinheiro é composto basicamente por três etapas independentes, de acordo com o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI). As fases são a de Colocação (*placement*), Dissimulação (*layering*) e Integração (*integration*), que serão a seguir tratadas de forma mais aprofundada.

Renato Brasileiro de Lima (2010, p. 639) trata as fases da lavagem de dinheiro da seguinte forma:

Para encobrir a origem ilícita dos lucros, a lavagem realiza-se por meio de um processo dinâmico que requer o distanciamento dos fundos de sua origem, evitando-se uma associação direta deles com o crime antecedente, o disfarce dessas movimentações para dificultar o rastreamento desses recursos e a disponibilização do dinheiro novamente para os criminosos, agora já considerado “limpo”.

Importante mencionar que o crime de lavagem de dinheiro consuma-se já na primeira fase, sendo dispensável a ocorrência do ciclo completo.

A desnecessidade do retorno do dinheiro ao agente criminoso para a ocorrência do crime de lavagem de dinheiro foi tratada no primeiro julgamento do Supremo Tribunal Federal sobre o referido crime financeiro, como observa-se abaixo:

Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de “lavagem de capitais” mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama

nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada “engenharia financeira” transnacional, com os quais se ocupa a literatura.

(RHC 80816, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18-6-2001, DJ 18-6-2001 PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249)

Dessa forma, tem-se que o crime é de mera conduta, sendo desnecessário resultado naturalístico, permanente, de conteúdo variável e de perigo abstrato (BONINI, 2016, p. 317).

6.1 PRIMEIRA FASE – COLOCAÇÃO (PLACEMENT)

A primeira fase da lavagem de dinheiro consiste na colocação (ou também chamada de conversão, ocultação ou *placement*) dos valores no sistema financeiro, separando o capital de sua fonte ilegal.

Paulo Rogério Bonini (2016, p. 312) apresenta a seguinte definição da primeira fase da lavagem de dinheiro:

Ocorre com a quebra de valores com origem criminoso de maior vulto em pequenos valores. Há verdadeira diluição de uma massa de bens que consistiria numa unidade identificável em diversas pequenas frações que, isoladas, não se ligam àquela unidade identificável. Estas pequenas frações ingressam em diversas instituições financeiras regulares que, sem ciência da origem ilícita dos bens, atuam de forma instrumental e involuntária.

Bonini apresenta um exemplo dessa primeira etapa: um criminoso obtém R\$ 100.000,00 de um pagamento de sequestro, divide o valor em 20 porções de R\$ 5.000,00 e deposita essas quantias em diversas contas-correntes de pessoas diferentes. Sendo baixo o valor individual das operações, a instituição financeira não comunica a operação aos órgãos de fiscalização, como o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF). (2016, p. 312 e 313).

Renato Brasileiro de Lima (2010, p. 639) conceitua a primeira fase da lavagem assim:

Consiste na introdução do dinheiro ilícito no sistema financeiro, dificultando a identificação da procedência dos valores de modo a evitar qualquer ligação entre o agente e o resultado obtido com a prática do crime antecedente.

Diversas técnicas são utilizadas nessa fase, tais como o fracionamento de grandes quantias em pequenos valores, que escapam do controle administrativo imposto às instituições financeiras (art. 10, II, c/c art. 11, II, "a", da Lei n. 9.613/98) – procedimento esse conhecido como *smurfing*.

Outras formas de colocação no mercado financeiro ocorrem por meio da utilização de estabelecimentos comerciais que usualmente trabalham com dinheiro em espécie, como um cinema, por exemplo. As despesas da atividade comercial independem do número de pessoas que estão vendo o filme, então, se a sala teve 10 pessoas pagando R\$ 20,00, mas o proprietário declara que tinham 100 pessoas pagando o mesmo valor, colocando R\$ 1.800,00 oriundos do tráfico de drogas na contabilidade do cinema, ele acabou de lavar esse valor, dando aparência lícita a ele, justificando sua origem.

Remessas de valores por meio de "mulas", transferências eletrônicas para paraísos fiscais ou troca por moedas estrangeiras também são consideradas técnicas de colocação.

Justamente por ser o estágio mais perto da origem ilícita dos valores, é considerada a fase mais perigosa para o criminoso e a mais fácil de a autoridade rastrear, pois quanto mais o dinheiro se distancia do momento em que ele é inserido no mercado financeiro, mais difícil é a investigação e a identificação de sua trilha.

6.2 SEGUNDA FASE - DISSIMULAÇÃO (LAYERING)

A segunda fase da lavagem de dinheiro é conhecida como a etapa da dissimulação, controle, cobertura, estratificação, *empilage* ou *layering*. O objetivo dessa fase é afastar o dinheiro de sua origem por meio de múltiplas operações, como, por exemplo, a realização de sucessivas transferências bancárias em instituições de países diferentes, muito frequentemente entre paraísos fiscais.

Paulo Rogério Bonini (2016, p. 313) apresenta a seguinte definição da segunda fase da lavagem de dinheiro:

Ocorre com a realização de diversas operações financeiras, comerciais ou contábeis para dissimular a origem dos valores. Trata-se de superposição de transações para apagar os rastros da origem, gerando um distanciamento entre o

bem, valor ou direito atual e sua origem. Há verdadeira quebra da cadeia de evidências entre o valor diretamente vinculado à atividade criminosa e aquele que é, no momento, manipulado.

São também exemplos da segunda fase da lavagem de dinheiro o investimento do dinheiro na bolsa de valores, por sucessivas operações de compra e venda de ações, que sofrem uma oscilação de valores muito grande, dificultando o rastreamento desses valores, que são divididos e reunidos, por diversas vezes, em diferentes títulos.

Podemos citar também como casos de dissimulação o superfaturamento de exportação, o uso de títulos ao portador, a troca de cheques, entre muitos outros.

Renato Brasileiro de Lima (2010, p. 640) trata da segunda fase da lavagem de dinheiro como:

Dissimulação (*layering*) ou mascaramento – nessa fase é realizada uma série de negócios ou movimentações financeiras, a fim de impedir o rastreamento e encobrir a origem ilícita dos valores. De modo a dificultar a reconstrução da trilha de papel (*paper trail*) pelas autoridades estatais, os valores inseridos no mercado financeiro na etapa anterior são pulverizados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas, no Brasil e no exterior.

Como visto, é nessa fase que o criminoso tenta quebrar a chamada cadeia de evidências, que liga o dinheiro à sua origem. No entanto, o grande ponto dessa fase é que, quanto mais manobras dissimulatórias são realizadas, mais caro é o procedimento e menos dinheiro se tem após a lavagem, ou seja, o sujeito faz uma conta de custo/benefício da lavagem de dinheiro. Quanto mais ele gasta para “lavar”, menos dinheiro sobra para ele no final, mas quanto menos ele gastar nessa etapa, mais fácil será para ele ser rastreado.

6.3 TERCEIRA FASE – INTEGRAÇÃO (INTEGRATION)

Essa é a fase final da lavagem de dinheiro, quando os bens, direitos ou valores voltam a integrar o patrimônio do criminoso. Nesta etapa, portanto, o sujeito cria explicações e justificativas para a evolução do seu patrimônio.

Paulo Rogério Bonini (2016, p. 313) apresenta a seguinte definição da terceira fase da lavagem de dinheiro:

Ocorre com o retorno dos bens ao mercado regular e ao local de origem, permitindo não apenas o financiamento da atividade ilícita como também investimentos diversos. Após a segunda fase e já consolidado o afastamento do valor de sua origem ilícita, o valor é reintroduzido em uma atividade formalmente lícita, com ares de regularidade, sendo possível que parte do valor retorne para o meio ilícito para refinanciamento de crime e outras atividades ilícitas.

Renato Brasileiro de Lima (2010, p. 640) discorre sobre a terceira fase da lavagem de dinheiro:

Integração (*integration*) – agora já com a aparência de lícitos, os bens são formalmente incorporados ao sistema econômico, geralmente por meio de investimentos no mercado mobiliário ou imobiliário. Em alguns casos, os recursos monetários, depois de lavados, são reinvestidos nas mesmas atividades delituosas dos quais se originaram, perpetuando assim o ciclo vicioso.

6.4 CICLO COMPLETO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

A fim de facilitar a compreensão das fases acima, colaciona-se abaixo parte da cartilha do Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) - (Lavagem de Dinheiro – Um Problema Mundial), que traz um clássico exemplo do ciclo da lavagem de dinheiro, ocorrido nos Estados Unidos, dentro do período de 1990 a 1996:

O caso de Franklin Jurado (EUA, 1990-1996) ilustra o que seria um ciclo clássico de lavagem de dinheiro. Economista colombiano formado em Harvard, Jurado coordenou a lavagem de cerca de US\$ 36 milhões em lucros obtidos por José Santacruz-Londono com o comércio ilegal de drogas. O depósito inicial - o estágio mais arriscado, pois o dinheiro ainda está próximo de suas origens - foi feito no Panamá. Durante um período de três anos, Jurado transferiu dólares de bancos panamenhos para mais de 100 contas diferentes em 68 bancos de nove países, mantendo os saldos abaixo de US\$10 mil para evitar investigações. Os fundos foram novamente transferidos, dessa vez para contas na Europa, de maneira a obscurecer a nacionalidade dos correntistas originais, e, então, transferidos para empresas de fachada. Finalmente, os fundos voltaram à Colômbia por meio de investimentos feitos por companhias europeias em negócios legítimos, como restaurantes, construtoras e laboratórios

farmacêuticos, que não levantariam suspeitas. O esquema foi interrompido com a falência de um banco em Mônaco, quando várias contas ligadas a Jurado foram expostas. Fortalecida por leis anti-lavagem, a polícia começou a investigar o caso e Jurado foi preso.¹ (<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>).

7 TÉCNICAS UTILIZADAS PARA A LAVAGEM DE DINHEIRO

O Fundo Monetário Internacional estimou o Produto Interno Bruto mundial de 2015 em 73 trilhões de dólares². Por sua vez, o COAF calcula que 2% do PIB mundial é composto de “dinheiro sujo”³, ou seja, 1,46 trilhões de dólares de dinheiro oriundo de atividades ilícitas circulam pelo mundo.

Considerando a imensa quantia de dinheiro a ser lavada no planeta, há infinitas formas de realizar tais operações. A fim de trazer um caráter mais prático ao estudo, serão demonstradas algumas das técnicas mais utilizadas para a lavagem de dinheiro, sem a menor pretensão de esgotar todas elas, tendo como base o trabalho desenvolvido por Marcelo Mendroni (2015, p. 187-239).

7.1 ESTRUTURAÇÃO (SMURFING)

Na técnica de estruturação, o agente lavador do dinheiro divide o montante que pretende lavar em pequenas quantidades e as deposita em contas bancárias de terceiros ou “laranjas”. Como as operações são de baixo valor, a instituição financeira não desconfia. Com pessoas fazendo transferências de R\$ 1.000,00 chamam menos atenção do que uma transferência de R\$ 100.000,00 (*smurfing*).

O problema dessa modalidade é que envolve muitas pessoas, muitos titulares de contas bancárias, sendo demorada e custosa.

Essa técnica é realizada em conjunto com outras a fim de completar o ciclo da lavagem, como sucessivas transferências, para dificultar o

1 <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view> (acesso em 29/1/2017).

2 <http://www.imf.org/external/pubs/ft/weo/2016/01/weodata/weorept.aspx> (acesso em 29/1/2017).

3 <http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view> (acesso em 29/1/2017).

rastreamento do dinheiro, e depois o capital é convergido para a conta final do lavador, que pode ser por meio de supostos investimentos em uma empresa de fachada ou com fraudes em registros contábeis, como a aquisição simulada de um bem ou serviço.

7.2. MESCLA (COMMINGLING)

A técnica da mescla consiste em misturar o dinheiro lícito com o ilícito em uma empresa legítima. O lavador abre uma empresa de verdade, e não de fachada, contrata funcionários e vende seu produto. No entanto, ele fraudas suas vendas, simulando a realização de vendas falsas, para justificar a entrada de capital na empresa. O dinheiro oriundo do crime se mistura com o dinheiro lícito, sendo utilizado para pagar funcionários, fornecedores e matéria-prima, dificultado o seu rastreamento.

Podemos citar alguns tipos de empresa que são muito utilizadas: *fast-foods*, casas de espetáculo, cinemas, bares, restaurantes etc. Em todas essas empresas é difícil mensurar quantos clientes a empresa teve em um determinado período. O dono da empresa declara que vende em média 100 refeições de R\$ 50,00, cada, por dia, mas, na realidade, vende somente 50, ou seja, ele coloca R\$ 2.500,00 de dinheiro do crime, na empresa, todos os dias, com a justificativa de que foi pagamento de clientes.

Como ele declara todos esses valores para a receita federal e paga tributos sobre essa renda, a fim de dar aparência de lícita, a fiscalização tende a não desconfiar, pois normalmente se procura quem sonega imposto, e não quem paga.

Da mesma forma, ocorre com donos de hotéis e pousadas, eles declaram que tiveram lotação máxima, em seu estabelecimento, em um final de semana, mas, na realidade, só tiveram uma fração dessa quantidade. Mais uma vez, o dinheiro do crime entra na contabilidade oficial da empresa.

Para identificar tais fraudes, as autoridades normalmente procuram pelas matérias-primas utilizadas na empresa. Por exemplo, se uma rede de *fast-food* diz que vende 200 sanduíches por dia, ela tem que ter comprado essa quantidade de pães de seu fornecedor. No entanto, boa parte dos criminosos acabam falsificando documentos de compra desses produtos.

O problema que esse tipo de técnica gera para a sociedade não é só o de inserir o dinheiro do crime no mercado, fomentando ainda mais a ocorrência do crime antecedente. Essa modalidade acaba prejudicando as empresas lícitas, que não conseguem competir com a empresa concorrente que lava o dinheiro, pois o lavador do dinheiro não obtém seu lucro com a venda do produto, ele obtém o lucro do crime, então ele pode utilizar a empresa para vender abaixo do preço de custo, atrair mais clientes lícitos e movimentar mais dinheiro, para dificultar a investigação.

7.3 COMPRA E VENDA DE BENS

Nessa técnica o agente compra bens móveis ou imóveis, como um carro, por exemplo, paga R\$ 50.000,00 por ele, mas faz com que o vendedor declare que realizou a venda por R\$ 40.000,00 (vendedor tem a vantagem de não pagar tributo sobre essa diferença). Então, o agente lavador vende o carro adquirido pelo seu valor real, R\$ 50.000,00, com a justificativa de que fez um bom negócio, que o vendedor precisava vender o carro ou outra desculpa e acaba de justificar a origem de R\$ 10.000,00.

Essa técnica também pode ser realizada com imóveis de alto valor, para lavar maior quantidade de dinheiro. Para dificultar ainda mais a investigação, o sujeito afirma que fez benfeitorias aos bens, que reformou o apartamento, por exemplo, falsificando notas fiscais, para justificar a diferença no preço da compra e da venda.

É certo que o agente terá que pagar tributo sobre essas operações, mas toda lavagem de dinheiro tem um custo, de nada adianta o criminoso ter muito dinheiro se ele não pode usá-lo, então, para ele vale a pena gastar uma parte de seu lucro com o crime para poder usar o restante.

7.4 DOAÇÕES

A técnica das doações geralmente ocorre por meio da criação de uma falsa instituição de caridade com uma conta bancária “hospedeira” e então utiliza-se conjuntamente a técnica de *smurfing*, realizando uma série de pequenos depósitos a título de doação para essa instituição.

Com o dinheiro “legítimo” de doações, a entidade compra carros, móveis e os mais variados bens, que serão usufruídos pelos criminosos, em vez de aplicados na atividade beneficente.

7.5 “DÓLAR-CABO”

O sistema do “dólar-cabo” consiste em transferências de dinheiro para o exterior por meio de compensação, sem a necessidade de enviar o dinheiro para o outro país, que poderia chamar a atenção das autoridades.

Esse sistema funciona por meio dos chamados “doleiros” e opera da seguinte forma: o sujeito “A” quer mandar R\$ 100.000,00 para uma conta sua na Itália, no entanto ele não pode simplesmente fazer uma “TED” do seu banco no Brasil, pois ele não tem como justificar a origem da tal quantia. Então, “A” entrega o dinheiro ao doleiro, que aciona seu intermediário na Itália, que, por sua vez, conhece “B”, que deseja enviar a mesma quantia para o Brasil. Então, o doleiro em vez de transferir o dinheiro de “A” para a Itália, ele o deposita diretamente na conta de “B” aqui no Brasil, e o intermediário italiano deposita o dinheiro de “B” na conta de “A”, por um sistema de compensação. Os depositantes receberam seu dinheiro nas suas contas no exterior e os valores nunca saíram dos respectivos países. Não existe rastro da transferência, a autoridade brasileira não tem como dizer que aquele dinheiro, na Itália, saiu do Brasil.

Os doleiros não precisam encontrar duas pessoas que queiram transferir a mesma quantidade de dinheiro, como eles possuem diversos clientes, eles fazem múltiplas compensações, dificultado ainda mais o rastreamento, uma transferência de 100 mil pode ser compensada com duas de 50 mil, por exemplo.

Essa operação geralmente é utilizada nos chamados paraísos fiscais, em que os dados dos proprietários das contas são mantidos em sigilo e a veracidade daquelas informações não são confiáveis.

7.6 CENTROS OFF-SHORE

Os centros *off-shore* ou paraísos fiscais normalmente são pequenos países que possuem uma legislação financeira que protege seus clientes,

com um sigilo impenetrável das informações pessoais dos proprietários das contas, ausência de controle de câmbio, inexistência de repressão de crimes financeiros, nenhuma cooperação internacional com outros países etc.

Assim, o sujeito abre uma conta em um paraíso fiscal e transfere valores para aquela conta, por meio de manobras de lavagem de dinheiro, como as mencionadas anteriormente, ou mesmo fisicamente transportando o dinheiro até aquele país. Agora seu dinheiro está ocultado e seguro. Se ele quiser trazer o dinheiro de volta, ele pode transferir esses recursos para sua conta no Brasil sob a justificativa que recebeu um empréstimo daquele banco (que nunca será devolvido) ou um investimento de uma pessoa jurídica de lá, pois o banco brasileiro não consegue ter acesso aos dados do titular da conta de origem da transferência para verificar as informações.

7.7 SEGUROS

Também muito comum é a lavagem de dinheiro por meio de seguros. O agente que deseja lavar dinheiro está previamente combinado com seu corretor de seguros ou mesmo com a própria corretora. Ele faz o contrato de seguro de um bem, que pode inclusive não existir, entrega clandestinamente o dinheiro ao seu corretor e reporta um falso sinistro, recebendo seu dinheiro de volta sob a justificativa de ser a indenização da seguradora pactuada no contrato, pagando uma porcentagem para a agência.

A seguradora não vai investigar, pois o dinheiro da indenização era o dinheiro do próprio segurado, ela ainda recebeu uma parte desse valor.

7.8 LOTERIAS

A técnica de jogos e sorteios de loteria é muito conhecida e divulgada pela mídia, tendo-se notícia de que certas pessoas foram sorteadas centenas de vezes, mas não foi por sorte.

Como as lotéricas não exigem a identificação da pessoa na hora da realização da aposta, não se sabe quem ganhou o sorteio até o momento

em que o ganhador apresenta o bilhete premiado. Tendo isso em mente, a manobra desdobra-se em duas modalidades:

a) o agente lavador do dinheiro, previamente combinado com um funcionário da lotérica, aborda o verdadeiro ganhador do sorteio na hora em que ele vai “sacar” seu prêmio e se oferece para comprar o bilhete premiado por um preço superior ao do prêmio, ou seja, se o prêmio é de R\$ 100.000,00, o agente paga R\$ 110.000,00 pelo bilhete do ganhador. Dessa forma, o agente declara para a receita federal que foi sorteado e justifica os R\$ 100.000,00. Do outro lado, quem vende o bilhete agora tem que lavar esse dinheiro para, então, justificar sua origem; e/ou

b) o agente pode simplesmente fazer múltiplos jogos de maneira a apostar em todos os números, cercando todas as possibilidades. Naturalmente o preço das apostas será muito maior do que o valor do prêmio, mas o sujeito que quer lavar o dinheiro está disposto a pagar esse valor para limpá-lo. Essa técnica é muito aplicada em cassinos.

7.9 OBRAS DE ARTE

As obras de arte são muito utilizadas para a lavagem de dinheiro, especialmente por serem bens de difícil avaliação e comportarem uma grande variação de preço, sendo difícil para a autoridade comprovar que a venda foi realizada abaixo do preço real.

A pessoa compra uma obra de arte por R\$ 100.000,00, declarando que pagou apenas R\$ 80.000,00, depois ela revende esse objeto por seu real valor, lavando o ganho de R\$ 20.000,00. O agente pode inclusive se valer do sistema de leilões, para dar uma aparência mais confiável à transação na hora da venda.

Outra forma de lavagem de dinheiro com obras de arte é a criação de uma empresa de comércio de artes, fazendo a mesma operação anteriormente mencionada, só que em quantidades muito maiores.

7.10 PROCESSO JUDICIAL FALSO

Existe uma técnica de lavagem de dinheiro que ocorre por meio de um processo judicial falso. O agente cria a empresa fictícia “A” em um

paraíso fiscal, não tendo como se descobrir os dados dela nem de seus sócios. Então, o agente se utiliza de uma empresa sua no Brasil (empresa “B”), que pode ser verdadeira ou não, e propõe uma ação judicial contra a empresa “A” cobrando uma indenização. Posteriormente, o agente simula um acordo entre as partes e o submete à homologação judicial. Por fim, a empresa “A” transfere esse valor para a empresa “B”, de forma aparentemente legítima.

7.11 EMPRÉSTIMO FALSO

O sujeito abre uma conta em um paraíso fiscal e deposita R\$ 100.000,00, em dinheiro, provenientes de atividades ilícitas, sem ter que declarar nada. Posteriormente, o agente faz um empréstimo de R\$ 90.000,00 em uma instituição bancária no Brasil, deixando como garantia aquele valor depositado em sua conta *off-shore*. Então, o sujeito gasta o dinheiro do empréstimo como bem entender, pois tem origem lícita e justificada, não paga para o Banco brasileiro, que, por sua vez, toma o dinheiro dado em garantia no paraíso fiscal, sem fazer perguntas sobre sua origem, quitando a dívida.

7.12 PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS

Os contratos de prestação de serviços são muito utilizados para a lavagem de dinheiro, que podem ser serviços de consultoria, *marketing* ou palestras, por exemplo, em que não há circulação de mercadorias físicas, dificultando a investigação.

Nessa modalidade, o agente cria uma empresa de prestação de serviços, mas não os presta, recebendo pagamentos por meio de “laranjas” com o dinheiro de origem ilícita.

8 CONCLUSÃO

O Brasil vive um momento de grave crise política e econômica, muito influenciada pela corrupção que permeia boa parte do sistema

administrativo do País, em todos os níveis. A violência também continua a atingir toda a sociedade, independente da classe social.

O combate a essas organizações criminosas passa essencialmente, mas não exclusivamente, pela derrubada de seu poder financeiro. A forma mais eficaz de acabar com um esquema criminoso é retirando o dinheiro que o sustenta. Portanto, se conseguirmos aplicar a lei de combate à lavagem de dinheiro, poderemos enfrentar de forma mais eficiente o crime organizado.

REFERÊNCIAS

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Legislação Penal Especial**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas** – com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. São Paulo: RT, 2004.

BONINI, Paulo Rogério. **Leis Penais Especiais Anotada**. 13. ed. Campinas: Millennium, 2016.

HABIB, Gabriel. **Leis Penais Especiais**, tomo I. Salvador: Jus Podivm, 2010.

LIMA, Renato Brasileiro de. Coord. Luiz Flavio Gomes e Rogerio Sanches Cunha. **Coleção Ciências Criminais**. Vol. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro** – lavagem de ativos provenientes de crime – disposições criminais da Lei 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SANCTIS, Fausto Marin de. **Crime Organizado e Lavagem de Dinheiro**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

A MENTIRA DO RÉU NO INTERROGATÓRIO JUDICIAL

Leonardo Cazonatti Marcinko

Promotor de Justiça

Especialista

RESUMO

O direito ao silêncio é assegurado pela Constituição Federal e por documentos internacionais introjetados no Brasil, como forma de limitar o *jus puniendi* do Estado. O presente artigo visa a discutir a abrangência do direito ao silêncio no processo penal, especialmente na questão da mentira propalada pelo réu no interrogatório judicial. Nesse contexto, verificou-se a existência de três correntes na interpretação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, quais sejam, ampliativa, intermediária e restritiva. As duas primeiras sustentam que a autodefesa abrange a mentira e não pode ser sancionada, diferindo apenas na permissão da denominada mentira agressiva (que atinge terceiros). A última corrente não admite a mentira como um direito e sugere, como consequência, em casos de engodos que tenham causado significativo embaraço ao processo, o reconhecimento, na dosimetria, da personalidade desvirtuada, como forma de incrementar a pena. Por fim, concluiu-se que o elastecimento do direito ao silêncio a ponto de incentivar a mentira não deve ser tolerado, porquanto o direito fundamental da ampla defesa possui limites e não se coaduna com ideal de justiça, alçado a valor supremo na Carta Magna, tampouco com a garantia fundamental de segurança individual e social, bem assim com os princípios processuais da boa-fé e da lealdade, aplicáveis no âmbito do processo penal.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	p. 27 - 44	jan./jun. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

Palavras-Chave: Direito ao silêncio. Princípio do *nemo tenetur se detegere*. Mentira. Interrogatório judicial.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como escopo promover a discussão acerca da mentira no processo penal, notadamente se essa conduta está amparada pelo direito ao silêncio.

Com efeito, a Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988, assegurou no seu artigo 5º, inciso LXIII, que “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

Tratando das garantias judiciais, o Pacto de São José da Costa Rica, incorporado na legislação pátria por intermédio do Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992, dispõe em seu artigo 8º, § 2º, alínea “g”:

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

[...]

g. direito de não ser obrigado a depor contra si mesma, nem a declarar-se culpada (grifou-se).

Na mesma senda, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, introduzido no Brasil por meio do Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992, trata, no seu artigo 14, § 3º, alínea “g”: “toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualmente, a, pelo menos, as seguintes garantias: [...] g) de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada” (grifou-se).

Não por outro motivo, o direito ao silêncio é devidamente assegurado na regra procedimental do interrogatório judicial, insculpida no artigo 186 do Código de Processo Penal:

Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas (Redação dada pela Lei n. 10.792, de 1º.12.2003).

Parágrafo único. O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa.

Como se vê, a Carta Magna de 1988, a lei ordinária, além dos aludidos documentos internacionais incorporados na legislação pátria, trazem a garantia cristalizada no princípio do *nemo tenetur se detegere*, que, dentre outras, traduz uma verdadeira limitação ao poder do Estado no exercício do *jus puniendi*, protegendo o cidadão que possa ser potencialmente submetido a medidas privativas de liberdade em razão da prática de infração penal.

Segundo Canotilho (1993, p. 541), os direitos fundamentais:

[...] cumprem a função de direitos de defesa dos cidadãos sob uma dupla perspectiva: (1) constituem, num plano jurídico-objectivo, normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; (2) implicam, num plano jurídico-subjectivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva) e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Nesse aspecto, as restrições direcionadas ao Estado englobam o procedimento a ser observado para a consecução do seu direito de punir. Não se desconhece o evidente interesse público no sentido de que as pessoas desviadas, praticantes de infrações penais sofram a resposta estatal e lhes sejam aplicadas as punições cabíveis, como forma de coibir tais práticas ilegais, objetivando, ao fim, a pacificação social. Em contrapartida, é imprescindível que esse interesse estatal sofra limitações, sob pena de aproximação a mecanismos de regimes totalitários, ou seja, não se pode chegar a tal desfecho punitivo sem que determinadas regras previamente estabelecidas sejam observadas, como o direito ao silêncio (CF, artigo 5º, inciso LXIII) e, nessa linha, outras garantias, entre as quais a absoluta proteção de que o cidadão não será forçado a prestar declarações contra sua vontade, tampouco por meio de tortura, física ou moral (CF, artigo 5º, inciso III).

Bem resumindo o princípio em comento, esclarece Lima (2015, p. 71):

Trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recair uma imputação. Consiste, grosso

modo, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação. Como anota Maria Elizabeth Queijo, como direito fundamental, o princípio do *nemo tenetur se detegere* “objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração de delitos, bem como contra métodos proibitivos de interrogatório, sugestões e dissimulações”.

Vencida essa etapa introdutória de conceituação e previsão legal, ponto relevante é analisar a profundidade do princípio do *nemo tenetur se detegere*, notadamente se o direito ao silêncio comporta restrições ou se, de fato, é irrestrito.

Portanto, dentro das limitações apontadas, focar-se-á na análise da mentira no interrogatório judicial. Nesse contexto, segundo o Dicionário Aurélio, mentir significa “afirmar coisa que sabe ser contrária à verdade; dizer mentira(s)” e ainda “dar uma indicação contrária à realidade; induzir em erro, ser causa de, ou dar margem a engano; iludir”.

2 ABRANGÊNCIA DO PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE

A questão da amplitude do direito de não produzir prova contra si mesmo é objeto de discussão na doutrina e nos tribunais brasileiros, não existindo consenso na matéria.

Pode-se facilmente visualizar três correntes acerca do espectro de abrangência do princípio do *nemo tenetur se detegere*, as quais serão adiante analisadas.

2.1 CORRENTE IRRESTRITA

Segundo a linha irrestrita, ao acusado é assegurada qualquer conduta passiva (calar-se) e ativa (mentir, acusar outrem falsamente, fornecer dados pessoais falsos etc.) no pleno exercício de sua defesa,

impedindo-se a imputação de consequências jurídicas caso adote alguma dessas posturas.

Para os adeptos desse pensamento, qualquer conduta perpetrada pelo imputado deve ser permitida e tolerada sem ônus, porquanto estaria ele agindo de acordo com seu instinto de sobrevivência e de autopreservação, não se lhe podendo exigir conduta diversa.

É como explica Nucci (2013, p. 450):

Direito de mentir: sustentamos ter o réu o *direito* de mentir em seu interrogatório de mérito. Em primeiro lugar, porque ninguém é obrigado a se autoacusar. Se assim é, para evitar a admissão de culpa, há de afirmar o réu algo que sabe ser contrário à verdade. Em segundo lugar, o direito constitucional à ampla defesa não poderia excluir a possibilidade de narrar inverdades, no intuito cristalino de fugir à autoincriminação. Aliás, o que não é vedado pelo ordenamento jurídico é permitido. E se é permitido, torna-se direito.

Dentro desse pensar, era como decidia o Superior Tribunal de Justiça, reconhecendo a atipicidade do crime de uso de documento falso (artigo 304 do Código Penal) por inserir a conduta dentro do âmbito do princípio do *nemo tenetur se detegere*:

PENAL. RECURSO ESPECIAL. USO DE DOCUMENTO FALSO. ART. 304 DO CÓDIGO PENAL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUTODEFESA. ORDEM CONCEDIDA.

1. A conduta do acusado que apresenta documento falso no momento da prisão em flagrante não se subsume ao tipo previsto no art. 304 do Código Penal, pois tal atitude tem natureza de autodefesa, garantida pelo art. 5º, inciso LXIII, da Constituição Federal. Precedentes do STJ.

2. Ordem concedida para absolver o paciente do delito tipificado no art. 304 do Código Penal, pela atipicidade da conduta (HC 99.179/SP, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, julgado em 23/2/2010).

Posteriormente, o Tribunal da Cidadania modificou seu entendimento como se verá adiante.

2.2 CORRENTE INTERMEDIÁRIA

Há, outrossim, uma corrente intermediária que reconhece a possibilidade do silêncio, por óbvio, bem assim a conduta ativa de mentir, não corroborando, todavia, o entendimento de que o imputado poderia agir de modo a imputar falsamente crime a outrem, o que a doutrina denomina de *mentiras agressivas*, bem assim atribuir-se falsa identidade ou utilizar-se de documento falso.

A propósito dessa linha de pensamento, veja-se (LIMA, 2015, p. 76):

Se a mentira defensiva é tolerada, especial atenção deve ser dispensada às denominadas *mentiras agressivas*, quando o acusado imputa falsamente a terceiro inocente a prática de delito. Nessa hipótese, dando causa à instauração de investigação policial, processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa contra alguém que o sabe inocente, o agente responderá normalmente pelo delito de denúncia caluniosa (CP, art. 339), porque o direito de não produzir prova contra si mesmo esgota-se na proteção do réu, não servindo de suporte para que possa cometer outros delitos. Também é crime a conduta de *acusar-se, perante a autoridade, de crime inexistente ou praticado por outrem* (CP, art. 341, autoacusação falsa).

Na mesma linha, tem prevalecido o entendimento de que o direito ao silêncio não abrange o direito de falsear a verdade quanto à identidade pessoal. Para o Supremo, tipifica o crime de falsa identidade o fato de o agente, ao ser preso, identifica-se com nome falso, com o objetivo de esconder seus maus antecedentes penal.

Nesse norte, é a lição de Alencar e Távora (2015, p. 74-75):

O princípio da inexigibilidade de autoincriminação ou nemo tenetur se detegere (também denominado de princípio da “autodefesa” pelo Tribunais), que assegura que ninguém pode ser compelido a produzir prova contra si mesmo, tem pontos de contato com o princípio da presunção de inocência e com o direito ao silêncio assegurado pela Constituição. A ideia é a de limitação do poder de punir do Estado, importando, sob esse enfoque, em caracterização de uma certa desigualdade processual penal.

[...]

De tal modo, o conteúdo do nemo tenetur se detegere envolve os direitos imputado de: (1) silêncio ou permanecer calado; (2) não ser compelido a confessar o cometimento da

infração penal; (3) inexigibilidade de dizer a verdade; (4) não adotar conduta ativa que possa causar-lhe incriminação; (5) não produzir prova incriminadora invasiva ou que imponham penetração em seu organismo (as constatações não invasivas são admitidas, a exemplo do exame de saliva deixada em copo para verificação de DNA).

[...]

Não obstante reconheçam o princípio da autodefesa, os tribunais lhe têm imposto limites. É o que tem ocorrido de maneira reiterada quando se discute a possibilidade de conduzido pela autoridade policial apresentar documentos falsos para burlar a sua identificação. Nestes casos, os Tribunais Superiores têm rechaçado a aplicação do princípio do *nemo tenetur se detegere*, concluindo pela tipicidade da conduta.

É também nessa senda o escólio de Feitoza (2010, p. 148):

[...] não nos parece que o direito “ao silêncio”, a um não fazer, permita o direito a um fazer, ou seja, o direito de o indiciado ou réu falar o que quer que seja, ainda que para tanto pratique, por exemplo, uma denúncia caluniosa. Entendemos que, em hipóteses como estas, o indiciado ou réu deve ser penalmente responsabilizado. Contudo, pode o indiciado ou réu mentir, por exemplo, alegando que se encontrava em lugar diverso do local do crime ou que, simplesmente, não praticou o crime.

Bonfim observa (2009, p. 346):

Como bem adverte Tornaghi, “o réu pode até mentir”, porquanto essa conduta não está tipificada como crime. Pode, porém, o acusado responder por denúncia caluniosa (art. 339 do CP) ou auto-acusação falsa (art. 341 do CP) caso a mentira contada em seu interrogatório subsuma-se a um dos tipos penais mencionados.

De acordo com esse entendimento, sustenta-se que o “direito de mentir” expressa verdadeiro direito de liberdade, o qual apenas deve ser neutralizado quando esbarrar na esfera jurídica de terceiros, a exemplo de uma imputação criminosa inverídica a outrem, abrindo-se margem, nesses casos, então, à coibição do Estado.

Essa vertente média, atualmente, é a que prevalece na jurisprudência brasileira. No ano de 2011, reconhecendo a repercussão geral da matéria, o plenário do Supremo Tribunal Federal assentou a tipicidade do artigo 307 do Código Penal (falsa identidade), afastando a alegação da corrente irrestrita de que delito esbarraria no princípio constitucional da autodefesa:

CONSTITUCIONAL. PENAL. CRIME DE FALSA IDENTIDADE. ARTIGO 307 DO CÓDIGO PENAL. ATRIBUIÇÃO DE FALSA IDENTIDADE PERANTE AUTORIDADE POLICIAL. ALEGAÇÃO DE AUTODEFESA. ARTIGO 5º, INCISO LXIII, DA CONSTITUIÇÃO. MATÉRIA COM REPERCUSSÃO GERAL. CONFIRMAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA DA CORTE NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE. TÍPICIDADE DA CONDUTA CONFIGURADA. O princípio constitucional da autodefesa (art. 5º, inciso LXIII, da CF/88) não alcança aquele que atribui falsa identidade perante autoridade policial com o intento de ocultar maus antecedentes, sendo, portanto, típica a conduta praticada pelo agente (art. 307 do CP). O tema possui densidade constitucional e extrapola os limites subjetivos das partes (RE 640139 RG, Relator Min. DIAS TOFFOLI, julgado em 22/9/2011).

Em idêntico sentido, o Superior Tribunal de Justiça, no ano de 2015, editou a Súmula n. 522, segundo a qual “a conduta de atribuir-se falsa identidade perante autoridade policial é típica, ainda que em situação de alegada autodefesa”.

Escorada em argumentos similares, a Suprema Corte também atestou a tipicidade do delito insculpido no artigo 304 do Código Penal (uso de documento falso), não incluindo a conduta ilícita na abrangência do princípio do *nemo tenetur se detegere*. Colhe-se:

PENAL. HABEAS CORPUS. USO DE DOCUMENTO FALSO PARA OCULTAR CONDIÇÃO DE FORAGIDO. EXERCÍCIO DE AUTO-DEFESA. ATÍPICIDADE. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I - A utilização de documento falso para ocultar a condição de foragido não descaracteriza o delito de uso de documento falso (art. 304 do CP). Precedentes. II - Ordem denegada (HC 119970, Relator Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 4/2/2014).

Como mencionado alhures, o Tribunal da Cidadania, a partir do ano de 2011, reviu o seu posicionamento e alinhou-se ao do Supremo Tribunal Federal, afastando-se da corrente extremada (HC 205.666/SP, Rel. Ministro VASCO DELLA GIUSTINA, julgado em 23/8/2011; HC 206.437/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, julgado em 20/9/2011).

Como consequência e concebendo o interrogatório como meio de prova, adverte Mirabete que a liberdade de mentir, embora não possa dela decorrer qualquer sanção, poderá ser utilizada pelo magistrado no

momento de aferir a credibilidade da versão apresentada pelo acusado (2002, p. 282).

2.3 CORRENTE RESTRITIVA

Noutro vértice, exsurge a corrente restritiva, a qual entende que o princípio do *nemo tenetur se detegere*, sob a vertente do direito ao silêncio, não admite a conduta ativa de mentir perante a autoridade. Seus adeptos sustentam que o ordenamento jurídico não contempla a mentira como um direito a ser protegido, ao contrário, busca, sempre, a primazia da verdade.

A Constituição Federal de 1988 deixa claro, ao instituir um Estado Democrático de Direito, o objetivo de construir uma sociedade sobre os pilares da liberdade, da segurança, do bem-estar, do desenvolvimento, da igualdade e da justiça, como valores supremos. Nesse contexto, não há como se conceber o ideal de justiça dissociado da ideia de verdade, ou seja, “não há justiça sem verdade” (ARAS, 2015, p. 273).

Ademais, no processo, a mentira não se coaduna com os deveres da ética e da boa-fé exigíveis das partes e dos demais participantes processuais, conforme se denota das seguintes disposições do Código de Processo Civil, aplicáveis analogicamente, no que couberem, ao processo penal (CPP, artigo 3º):

Art. 5º Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.

Art. 6º Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva.

Art. 77. Além de outros previstos neste Código, são deveres das partes, de seus procuradores e de todos aqueles que de qualquer forma participem do processo:

I - expor os fatos em juízo conforme a verdade.

Segundo Aras, “no processo, a mentira para condenar é abjeta. De igual modo, é reprovável a mentira para absolver. Parece claro que a tutela da verdade protege o réu e a sociedade” (2015, p. 274). Mais adiante, em conclusão, salienta o autor que, “sendo de interesse público, o processo rege-se pelo princípio da probidade e pelo dever de

veracidade, tendo por finalidade veicular a ordem jurídica substancial, que não pode ter fundamento distinto da ordem moral” (2015, p. 277).

Dentro desse pensar, instrui Lima (2015, p. 75):

[...] alguns doutrinadores entendem que o acusado possui o direito de mentir, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio. A nosso ver, e com a devida vênia, não se pode concordar com a assertiva de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* assegure o direito à mentira. Em um Estado democrático de Direito, não se pode afirmar que o próprio Estado assegure aos cidadãos direito a um comportamento antiético e imoral, consubstanciado pela mentira. A questão assemelha-se à fuga do preso. Elo simples fato de a fuga não ser considerada crime, daí não se pode concluir que o preso tenha direito à fuga. Tivesse ele direito à fuga, estar-se-ia afirmando que a fuga seria um ato lícito, o que não é correto, na medida em que a própria Lei de Execuções Penais estabelece como falta grave a fuga do condenado (LEP, art. 50, inciso II).

Realmente, entende-se que o direito ao silêncio é uma garantia de que o réu não precisa auxiliar na persecução criminal, cujo ônus cabe exclusivamente à acusação, pois, por óbvio, não lhe é exigível a autoincriminação, ou seja, ao ser interrogado, terá o direito de calar-se ou simplesmente negar a imputação, sem trazer ao processo fábulas completamente dissociadas da verdade, com a nítida intenção de ludibriar a Justiça e de atrapalhar o curso da investigação ou da instrução, muitas vezes causando o dispêndio do limitado e asoberbado sistema criminal, com gastos públicos desnecessários, tudo em nome de um elastecimento desarrazoado do princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Comungando dessa linha de pensamento, explica a doutrina (ARAS, 2015, p. 286-287):

Não há defesa realmente ampla sem a possibilidade de o réu silenciar ou de o acusado opor-se à colaboração com a persecução criminal. Todavia, o *privilegium against self-incrimination* não faculta ao acusado a mentira, não lhe permite menoscabar a seriedade de um julgamento criminal, no qual, em regra, estão em jogo os direitos de terceiros, o direito da vítima à indenização pelo ato ilícito, o direito da família da vítima a uma resposta penal, o direito da sociedade a um julgamento justo e equilibrado e o direito à verdade reparadora dos dramas do crime.

[...]

A administração da justiça não pode ficar à mercê dos jogos verbais e da inventividade do acusado, sob pena de ver-

-se desmoralizada, desprestigiada e ridicularizada. Mais grave do que a exposição do Judiciário ao ridículo pela aceitação de uma versão fantasiosa são as consequências de uma decisão fundada em mentiras, engodos e falsidades. Perde a sociedade a confiança no sistema judicial e perdem as vítimas o direito à reparação pelo crime, o direito à verdade e à justiça.

Nenhuma lei ou princípio constitucional assegura ao acusado o direito de mentir. O Direito caminha de mãos dadas com a Moral. Toda mentira é um desvio ético, mais ou menos reprovável. Moralmente, a mentira tem por fim enganar. Juridicamente, a mentira é reprovável porque sempre pode prejudicar outrem. Embora tratada como um evento de menor importância por grande parte da doutrina, a mentira processual do acusado não é um indiferente jurídico.

Sabe-se que o interrogatório judicial possui uma natureza híbrida, pois é meio pelo qual o acusado exerce a autodefesa, mas também é meio de prova, destinada à formação da convicção do julgador, ou seja, de absoluto interesse ao processo. Portanto, se o réu recusa seu direito ao silêncio e se dispõe a participar da produção dessas provas por intermédio de sua oitiva perante o magistrado, deverá agir, assim como os demais sujeitos do processo, de modo leal, pois “o princípio da ampla defesa não quer significar defesa ilimitada, irrestrita, antiética” (BEDÊ JÚNIOR; SENNA, 2015, p. 106).

Como se sabe, não há direito fundamental absoluto. A Constituição Federal assegura a ampla defesa, mas admiti-la como isenta de limites, conduziria à incongruente assertiva de que um direito fundamental pode ter absoluta prevalência sobre outro direito igualmente fundamental (SILVA NETO, 2013, p. 674).

Não se pode olvidar da existência do dever legal de persecução penal (CF, artigo 5º, LIX), bem assim da proteção à segurança individual (CF, artigo 5º, *caput*) e coletiva (CF, artigo 6º, *caput*), as quais, certamente, não serão concretizadas com um sistema de Justiça que insiste em reconhecer a mentira como um direito do réu.

3 CONSEQUÊNCIAS DA MENTIRA NO PROCESSO PENAL

No Brasil, não há o delito de perjúrio, ou seja, a mentira em juízo não é criminalizada¹. Diferentemente, no sistema judicial de alguns países, é assegurado o direito de o réu permanecer em silêncio, entretanto, se ele entender por bem depor em juízo, deverá fazê-lo com o compromisso de dizer a verdade, sob pena de ser responsabilizado criminalmente por desacato à corte de justiça.

Por conta dessa ausência de tipificação criminosa, é que a ampla maioria da doutrina entende que não cabe qualquer consequência pela prática da mentira no processo penal, certamente porque boa parte dos estudiosos inclusive assegura essa conduta imoral como um direito do réu, como se viu anteriormente.

Ainda, os que refutam esse direito tratam o engodo como tolerável, igualmente sem qualquer sequelas ao réu, consoante explica Lima (2015, p. 76):

Na verdade, por não existir o crime de perjúrio no ordenamento pátrio, pode-se dizer que o comportamento de dizer a verdade não é exigível do acusado, sendo a mentira *tolerada*, por que dela não pode resultar nenhum prejuízo ao acusado. Logo, como o dever de dizer a verdade não é dotado de coercibilidade, já não há sanção contra a mentira no Brasil, quando o acusado inventa um álibi que não condiz com a verdade, simplesmente para criar uma dúvida na convicção do órgão julgador, conclui-se que essa mentira há de ser tolerada por força do *nemo tenetur se detegere*.

Quando muito, a mentira poderia ser utilizada para desconstruir a falácia do acusado, quando cotejada com os demais elementos de convicção do processo, unicamente com vistas a auxiliar na comprovação de sua culpabilidade.

É o escólio de Magalhães Noronha, para o qual “[...] mesmo mentindo, o juiz criminal, conhecedor do processo e com a experiência

1 Há em trâmite no Congresso Nacional o Projeto de Lei n. 4.192/2015, que visa a alterar o Código Penal (Decreto-Lei n. 2.848/1940) para prever o crime de perjúrio, nestes termos:
Art. 343-A. Fazer afirmação falsa como investigado ou parte em investigação conduzida por autoridade pública ou em processo judicial ou administrativo:
Pena – prisão, de um a três anos.
§1º As penas aumentam-se de um sexto a um terço se o crime é cometido em investigação criminal ou em processo penal.
§2º O fato deixa de ser punível se, antes do julgamento no processo em que ocorreu o ilícito, o agente se retrata ou declara a verdade.

que tem, poderá encontrar em suas negativas e atitudes, elementos de convicção” (1995, p. 108).

Essa quase que completa ausência de consequências para uma atitude processual mendaz é um verdadeiro estímulo ao réu que pretende tumultuar o processo, exurgindo, assim, entendimento no sentido de que, a depender do caso concreto, o magistrado poderá incrementar a reprimenda do acusado mentiroso na fase a que alude o artigo 59 do Código Penal.

Com efeito, a conduta do réu repleta de falsidade, embuste e ludíbrios deixa escancarada sua personalidade desvirtuada, de caráter corrompido, particularidades que, em homenagem ao princípio da individualização da pena (CF, artigo 5º, XLVI), deverão ser sopesadas na dosimetria. É justo um réu que se comportou de modo ético e sem tumultuar a instrução processual ter a mesma sanção daquele que se portou de modo absolutamente inverso? Não parece a solução adequada.

Por certo, como bem adverte Aras (2015, p. 297), não seria qualquer mentira apta a ensejar o aumento da pena, mas aquela juridicamente relevante, que causou algum tipo de significativo embaraço ao sistema de persecução penal decorrente das atitudes do acusado:

Se o réu não está obrigado a falar, está claro que não *necessita* mentir. A mentira será, portanto, um elemento indicativo de sua personalidade, que poderá ser negativamente avaliada pelo julgador, na medida em que a mentira tem por objetivo provocar um erro judiciário, iludir o juiz, ludibriar a parte adversa, enganar a coletividade, atrapalhar a justa prestação jurisdicional, prejudicar as vítimas ou terceiros. Sendo assim, é inevitável concluir que a mentira, *quando juridicamente relevante*, pode ser levada em conta pelo juiz, com base no princípio da livre convicção como indício negativa da personalidade do réu ou de sua conduta social, para os fins do art. 59 do Código Penal, na fixação da pena-base do *culpado*.

Nessa linha, Theodomiro Dias Neto informa que os tribunais alemães têm a compreensão de que a mentira pode ser considerada para avaliar a personalidade do acusado, servindo de suporte para o aumento de pena:

Roxin, em sintonia com a posição majoritária da doutrina, entende que a mentira não pode ser avaliada como indício de autoria e culpa e tampouco como critério para aumento de pena [...] A jurisprudência tem, entretanto, assumido posição diversa,

no que se refere à pena, ao interpretar a mentira como indício da personalidade do acusado.

Interessante notar o valor dado pelo Código Penal ao réu que se dispõe a falar a verdade, colaborando com a Justiça, porquanto é agraciado com a redução de pena, na segunda fase da dosimetria, em decorrência da atenuante da confissão espontânea (CP, artigo 65, III, “d”).

Ainda, imperioso lembrar do instituto da colaboração premiada, presente em inúmeras leis ordinárias (Lei n. 12.850/13; Lei n. 12.529/11; Lei n. 11.343/06; Lei n. 9.807/99; Lei n. 9.613/98; Lei n. 8.137/90; Lei n. 8.072/90; Lei n. 7.492/86, entre outras), que permite, *grosso modo*, a concessão de vantagens a pessoa que tenha colaborado eficazmente com a investigação ou com o processo penal, tais quais a considerável redução de pena privativa de liberdade, a sua conversão em restritivas de direitos, ou mesmo o perdão judicial.

Tais vantagens demonstram a importância e o estímulo dados pelo ordenamento jurídico ao descobrimento da verdade processual. Inclusive, o réu colaborador é compromissado, como se nota da dicção do § 14 do artigo 4º da Lei n. 12.850/13: “nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade”, sob pena de ver seus benefícios revogados.

Por outro lado, a balança parece desequilibrada quando se visualiza a situação do réu que exerce seu legítimo e constitucional direito de permanecer em silêncio em comparação com aquele que ludibria, cria fatos inexistentes, em suma, traz inúmeras falsidades que dificultam e causam transtorno à instrução pautada pela eticidade e boa-fé. O primeiro, inerte e sem demonstrar deturpação de personalidade, será considerado em posição jurídica equivalente ao segundo, flagrantemente mendaz, situação que se revela dotada de injustiça.

4 CONCLUSÃO

O direito ao silêncio, como uma vertente do princípio do *nemo tenetur se detegere*, é uma garantia assegurada pela Constituição Federal de 1988, bem assim em documentos internacionais incorporados pelo Brasil,

quais sejam, o Pacto de São José da Costa Rica e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, como forma de controle do exercício do interesse de punir do Estado em detrimento do cidadão.

Da análise das correntes de pensamento que tratam da abrangência do direito ao silêncio, duas delas – irrestrita e intermediária – preveem um alargamento em seu espectro de abrangência nas linhas que garantem ao cidadão o direito à mentira. De outro vértice, a vertente remanescente – restritiva – refuta essa garantia.

É consabido que o direito à ampla defesa não tem caráter absoluto e não pode ser utilizado como pretexto para o desmantelamento do ideal de justiça, cristalizado no preâmbulo da Carta Magna, e para o desrespeito de outros direitos fundamentais, como os das segurança individual e coletiva (CF, artigos 5º e 6º, *caput*), além dos princípios processuais da boa-fé e da lealdade, aplicáveis, estreme de dúvidas, no processo penal.

A ausência de imposição de limites, sob a proteção de que no exercício da defesa tudo se permite, levaria o processo penal a um jogo repugnante, desigual e antiético. Poder-se-ia chegar ao cúmulo de se admitir como louvável a destruição de provas pelo réu, o induzimento de falsos testemunhos, ou mesmo o benefício da extinção da punibilidade com base num atestado de óbito contrafeito pelo acusado. Deveriam ser esses tipos de conduta avalizados pelo Estado, ao argumento de que seriam uma emanção do instinto humano da autopreservação em um legítimo movimento de autodefesa? Não parece ser uma linha saudável a ser construída dentro do Estado Democrático de Direito.

Assim, o direito ao silêncio é uma importantíssima garantia pertencente ao cidadão contra o poder estatal no exercício do *jus puniendi*, que, não há muito tempo, valia-se inclusive da tortura para a obtenção da confissão. Todavia, deve ser interpretado como o direito inofismável de silenciar e de não colaborar, salvo voluntariamente, com a investigação ou com a instrução processual.

Entender além disso, como a garantia do imputado ao direito de proparar mentiras tais que prejudiquem a persecução penal, cairia no absurdo de se tutelar, por intermédio do Estado, um comportamento absolutamente mendaz, antiético e desleal.

Para o estímulo da verdade, a legislação pátria oferece diversos benefícios, como a atenuante da confissão espontânea e as recompensas de uma colaboração premiada. Entretanto, para a coibição da mentira no processo penal não há qualquer consequência, particularidade que evidencia um incentivo para esse tipo de comportamento.

O réu/investigado deve ter a possibilidade de exercer seu lúdimo e constitucional direito ao silêncio, esta é sua garantia inabalável, mas se optar por falar, deverá fazê-lo sem fantasias, caso contrário, poderá revelar sua personalidade desvirtuada, de caráter enganoso, fraudulento e ludibriador, circunstância a ser considerada no incremento da pena-base na primeira fase da dosimetria, mediante a avaliação do magistrado, no caso concreto, de que o engodo, de fato, tumultuou a persecução criminal.

Portanto, ao confitente a redução da sanção e eventuais outros prêmios; ao inerte, a neutralidade da reprimenda; e ao propalador de mentiras juridicamente relevantes o incremento da pena, como forma de desestímulo a comportamentos antiéticos.

REFERÊNCIAS

ALENCAR, Rosmar Rodrigues; TÁVORA, Nestor. **Curso de direito processual penal**. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

ARAS, Vladimir. **A mentira do réu e o artigo 59 do CP**. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BEDÊ JUNIOR, Américo; SENNA, Gustavo. **Garantismo e (des)lealdade processual**. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo (Org.). *Garantismo penal integral*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de processo penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm.

Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Decreto n. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del-2848compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

_____. Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/112850.htm>. Acesso em: 15 jan. 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/113105.htm>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Projeto de Lei n. 4192/2015. Altera o Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal - para prever o crime de perjúrio. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2076004>. Acesso em: 15 jan. 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional**. Coimbra: Almedina, 1993.

FEITOZA, Denilson. **Direito processual penal: teoria, crítica e práxis**. 7. ed. rev. e atual. Niterói: Impetus, 2010.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de processo penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

MENTIR. In: Dicionário Aurélio. **Positivo Informática**, 2010. Disponível em: <<https://aurelio.mpsc.mp.br/aurelio/home.asp>>. Acesso em: 25 jan. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo penal**. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2002. p. 282.

NORONHA, E. Magalhães. **Curso de direito processual penal**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1995. p. 108.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de processo penal comentado**. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUÉRITO POLICIAL

Francisco Ribeiro Soares

*Promotor de Justiça
Especialista*

RESUMO

O modelo inquisitorial do inquérito policial é compatível com o sistema acusatório constitucional? O inquérito policial é um procedimento investigatório preliminar, ou seja, que ocorre antes de apreciação judicial. Além disso, as diligências são feitas de forma unilateral pela autoridade policial, isto é, sem a participação da defesa. Trata-se, portanto, da versão dos fatos segundo a visão apenas da Polícia e do Ministério Público. Assim, não é o momento adequado para o julgador ter acesso a esses elementos, considerando que não haverá um contraponto imediato feito pela defesa (contraditório), havendo risco concreto de o juiz ser influenciado pela narrativa dos fatos feita pelos órgãos de persecução penal. Ademais, adotamos o sistema acusatório, segundo o qual as funções de acusar, defender e julgar devem ficar bem separadas, não podendo o magistrado interferir nas diligências investigatórias, salvo quando elas necessitarem de autorização judicial (reserva de jurisdição), como é o caso de uma interceptação telefônica, afastamento de sigilo bancário, decretação de prisão, etc. Por meio do presente artigo, busca-se compatibilizar o procedimento administrativo e inquisitório adotado na fase policial e o sistema acusatório delineado pela Constituição Federal.

Palavras-Chave: Processo Penal. Juiz (Direito). Inquérito Policial.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	p. 45 - 64	jan./jul. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

1 INTRODUÇÃO

Os autores mais modernos de Processo Penal defendem que o § 1º do art. 10 do Código de Processo Penal não foi recepcionado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Com o advento da nova Carta Constitucional Brasileira, promulgada em 5 de outubro de 1988, o Ministério Público foi contemplado com o merecido reconhecimento pelos legisladores constituintes, como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, ficando incumbido da defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (art.127, *caput*).

O art. 129, e incisos, da Magna Carta apontou, por excelência, todas as funções institucionais do órgão ministerial, iniciando-as, com a contemplação à instituição do Ministério Público, da “promoção, privativa, da ação penal pública, na forma da lei” (art. 129, I) e, indo mais adiante, apontou, também, entre outras funções, “o exercício do controle externo da atividade policial” (*ex vi* do inc. VII do art. 129), sendo certa, ainda, a previsão constitucional de “requisição de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais” (inc. VIII do artigo 129).

Atentando-se para o sentido literal dos incisos e artigo constitucional anteriormente recitados, observa-se que o parágrafo 1º do artigo 10 do Código de Processo Penal Brasileiro, não foi atingido pelo fenômeno constitucional da “recepção”, ou seja, ficou completamente revogado, após o surgimento do novo Estado Democrático de Direito.

Assim, despiciendo tornou-se a autoridade policial, após relatar o procedimento investigatório levado a efeito, remeter os autos do inquisitório para a autoridade judiciária, porquanto, ao assim agir, estará desrespeitando a Magna Carta Constitucional Brasileira, uma vez que, sendo o Ministério Público o titular da ação penal pública, por força dos ditames constitucionais, para ele é que se deve remeter o inquérito policial, no sentido de exercer o seu mister funcional.

2 SISTEMA ACUSATÓRIO E INQUÉRITO POLICIAL

Antes de se adentrar no estudo específico do tema, mostra-se necessário revisão acerca do sistema processual acusatório e do procedimento do inquérito policial, exposta nos tópicos seguintes.

2.1 SISTEMA ACUSATÓRIO

O sistema acusatório é o sistema processual no qual as funções de acusação e julgamento são atribuídas a pessoas ou órgãos distintos, diferentemente do sistema inquisitório, pois neste tais funções se concentram em uma só pessoa ou órgão (OLIVEIRA, 2016, p. 9-10).

Entre as origens do sistema acusatório está o Direito Grego, que era marcado pela forte participação popular nas tarefas de acusação e julgamento, e o Direito Romano, no qual surgiu um método denominado *accusatio*, em que a função acusatória era exercida por um representante voluntário da coletividade, distinto do julgador e desvinculado do Estado (LOPES JR., 2012, p. 117).

Importante frisar que o direito romano enfrentou mudanças em seus sistemas processuais nas fases monárquica, republicana e imperial, e que somente na fase republicana passou pelo sistema acusatório. Durante a vigência do sistema acusatório no Direito Romano, o processo era marcado pelas características da oralidade, da publicidade e da presunção de inocência. Além disso, o juiz não era dotado de poderes instrutórios, ou seja, não podia determinar a produção de provas *ex officio* (LIMA, 2015, p. 39-40).

Essa realidade foi modificada na época do Império, quando o método *accusatio* passou a ser considerado falho na repressão dos crimes e, por consequência, os juízes passaram a invadir a esfera de atribuição do acusador, trazendo para si, além da função de julgar, a de acusar e até mesmo investigar. O processo passou a se desenrolar de forma sigilosa, nos moldes de um processo inquisitório, sistema também adotado pelo direito penal canônico (LOPES JR., 2012, p. 118).

A Revolução Francesa, no século XVIII, foi responsável por expurgar as características mais desumanas do sistema inquisitório, à medida que se pregavam ideais de valorização do homem (LOPES JR., 2012, p. 118).

Atualmente, o sistema acusatório visa a garantir a igualdade de condições às funções de acusação e defesa, assim como a imparcialidade no julgamento. Para tanto, possui as seguintes características: atribuição das funções processuais concernentes à acusação, à defesa e ao julgamento entre pessoas ou órgãos distintos, tutela dos direitos fundamentais do réu e a paridade de armas entre acusação e defesa (LIMA, 2015, p. 39-40).

Além dessas, a inércia do Juiz, a oralidade, como regra, a publicidade, o livre convencimento motivado do Juiz, a segurança jurídica da coisa julgada e o duplo grau de jurisdição (LOPES JR., 2012, p. 118-119). Não se pode esquecer, ainda, do princípio da imparcialidade do juiz, o qual, combinado com os princípios referidos, formam os alicerces do sistema acusatório e uma vez ausente qualquer um deles o sistema se transforma em inquisitorial.

Embora existam entendimentos em sentido diverso, o atual sistema brasileiro é classificado como acusatório, por força da nova ordem constitucional (OLIVEIRA, 2016, p. 13-16). Isso porque a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 atribui ao órgão do Ministério Público a titularidade da ação penal pública (artigo 129, I), além de garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa (artigo 5º, LV), e ao julgamento pelo juiz natural da causa (artigo 5º, LIII) - (BRASIL, 1988).

2.2 INQUÉRITO POLICIAL

Em relação ao inquérito policial, Lima (2015, p. 109) conceitua:

Procedimento administrativo inquisitório e preparatório, presidido pela autoridade policial, o inquérito policial consiste em um conjunto de diligências realizadas pela polícia investigativa objetivando a identificação das fontes de prova e a colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade da infração penal, a fim de possibilitar que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

O inquérito policial possui como principal finalidade angariar elementos informativos suficientes acerca da materialidade e autoria da infração penal investigada, que tornem legítimo o início da ação penal pela acusação. A colheita desses elementos informativos ocorre sem a necessária observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, o que dá ao inquérito policial a característica de procedimento inquisitorial (LIMA, 2015, p. 110-111).

Além dessa relevante característica, o inquérito policial é marcado por ser um procedimento escrito, por força do artigo 9º do Código de Processo Penal, o qual exige que as peças do caderno indiciário sejam reduzidas a escrito ou datilografadas e, neste caso, rubricadas pela autoridade. Embora se reconheça a sua importância, o inquérito policial é considerado dispensável, por interpretação dos artigos 12, 27, 39, § 5º, e 46, § 1º, todos do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

Outro aspecto destacado do inquérito policial consiste no sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade, consoante artigo 20 do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941).

O inquérito policial também pode ser considerado procedimento discricionário, uma vez que não existe previsão de forma rígida pela qual deva se desenvolver, oficial, já que presidido por Delegado de Polícia Civil ou Federal, e oficioso, tendo em vista o dever de a Autoridade Policial agir de ofício ao se deparar com a notícia de crime apurado mediante ação penal pública incondicionada (LIMA, 2015, p. 122-123).

Ademais, o Código de Processo Penal proíbe que a Autoridade Policial proceda ao arquivamento do inquérito policial, consoante artigo 17, razão pela qual é considerado indisponível, além de temporário, haja vista a previsão legal de prazos para a sua conclusão (LIMA, 2015, p. 124).

2.2 NÃO RECEPÇÃO DO ARTIGO 10, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

O Código de Processo Penal atualmente em vigor foi decretado no ano de 1941, durante a ditadura de Getúlio Vargas, sendo inspirado na legislação processual penal italiana da década de 1930, quando imperava o regime fascista, circunstâncias estas que esclarecem sua característica marcadamente autoritária, nos moldes em que foi proposto (OLIVEIRA, 2016, p. 5).

Naquela época, vigorava a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937, manifestamente escassa quanto à previsão de direitos fundamentais do homem. Ademais, no que tange ao Ministério Público, órgão responsável pela acusação, houve grande retrocesso, sendo tratado de forma vaga e dispersa (BRASIL, 1937).

Hodiernamente, vivemos outra realidade constitucional. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é abundante quanto à previsão de direitos fundamentais, dispostos não somente no artigo 5º, mas ao longo de toda a norma. Além disso, foi reservada seção especial ao Ministério Público, incluído no capítulo das funções essenciais à justiça como órgão incumbido da promoção da ação penal pública, em caráter privativo, nos termos do artigo 129, I, adotando-se, conseqüentemente, o sistema processual acusatório (BRASIL, 1988).

Dessa forma, o preceito contido no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal vigente, de clara raiz inquisitória, não se adapta à atual realidade constitucional, tratando-se de norma não recepcionada pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Assim prevê o referido dispositivo legal:

Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.

§ 1º A autoridade fará minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviará autos ao juiz competente (BRASIL, 1941).

Importante ressaltar que o Código de Processo Penal vigente já sofreu inúmeras alterações, visando a se adequar ao sistema processual penal acusatório, porém ainda restam vestígios do sistema processual inquisitório, tal como a norma prevista no artigo 10, § 1º, que permite ao juiz tomar conhecimento acerca das provas colhidas durante a fase policial, antes mesmo da deflagração da ação penal pelo órgão de acusação, o que prejudica a sua imparcialidade.

Não bastasse essa intervenção antecipada do Judiciário, o artigo 156, I, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei n. 11.690/2008, ainda permite a produção antecipada de prova na fase que antecede o processo, *ex officio*, pelo Magistrado, em autêntica contraposição ao sistema processual acusatório:

Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

I - ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, adequação e proporcionalidade da medida (Brasil, 1941)

Sobre a garantia de imparcialidade do Órgão Julgador no processo penal acusatório, confrontada com o disposto no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, discorre Lopes Jr. (2014, p. 238):

Todas essas questões giram em torno do binômio sistema acusatório e imparcialidade, porque a imparcialidade é garantida pelo modelo acusatório e sacrificada no sistema inquisitório, de modo que somente haverá condições de possibilidade da imparcialidade quando existir, além da separação inicial das funções de acusar e julgar, um afastamento do juiz da atividade investigatória/instrutória.

E, nesse norte, caminham outros doutrinadores, como Lima (2015, p. 152-154) e Oliveira (2016, p. 64-68), os quais defendem que o inquérito policial, após conclusão, não deveria ser enviado ao Juiz competente, mas, sim, ao Ministério Público, em respeito ao sistema processual acusatório. A atuação do Juiz na fase de investigação apenas se justificaria como garantidora dos direitos fundamentais, no momento da formulação de pedidos cautelares, tais como: busca e apreensão de pessoas ou coisas e interceptações telefônicas.

Diante da constatação da não recepção da norma descrita no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passa-se à abordagem da possibilidade de adoção da tramitação direta do Inquérito Policial entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público.

2.3 TRAMITAÇÃO DIRETA DO INQUÉRITO POLICIAL ENTRE A POLÍCIA E O MINISTÉRIO PÚBLICO

Diante da evidente incompatibilidade do procedimento previsto no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal com o sistema acusatório, foram criadas normas pelos Estados da Federação, visando a adequar-se à nova realidade constitucional.

As normas expostas a seguir visam à tramitação direta do inquérito policial entre a polícia judiciária e o órgão do Ministério Público, titular privativo da ação penal pública, por expressa previsão constitucional.

Em um primeiro momento, ficou estabelecido pela Lei Complementar n. 106, de 3 de janeiro de 2003, a qual trata da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, que caberia ao Ministério Público daquele Estado receber diretamente da Polícia Judiciária os autos do inquérito policial, quando correspondente a delito apurado mediante ação penal pública (artigo 35, IV) – (RIO DE JANEIRO, 2003).

Posteriormente, tal dispositivo legal foi julgado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, no momento do julgamento da ADI n. 2.886, diante da existência de vício formal, uma vez que foi extrapolada a competência concorrente prevista ao Estado para legislar sobre procedimentos em matéria processual (artigo 24, XI, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988). Segundo consta do acórdão,

caberia à União legislar sobre normas gerais referentes ao tema, e ao Estado do Rio de Janeiro complementar, no entanto, na edição do artigo 35, IV, o Estado ultrapassou sua competência, uma vez que trouxe previsão conflitante com a norma disposta no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal (BRASIL, 2014).

Embora tenha declarado a inconstitucionalidade do dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a conformidade do procedimento nele disposto com o atual ordenamento jurídico, consoante se extrai do seguinte trecho da ementa:

O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público.

No entanto, apesar de o disposto no inciso IV do art. 35 da LC 106/2003 se coadunar com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação (BRASIL, 2014).

Logo após a edição da Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, foi editado o Provimento n. 119, de 23 de abril de 2007, pela Corregedoria-Geral da Justiça do Tribunal de Justiça do Paraná, tratando sobre o tema. O Provimento n. 119/2007 prevê a tramitação do inquérito policial nos seguintes termos: a) os autos de inquéritos policiais e de outros procedimentos investigatórios provenientes da Polícia Judiciária ou Ministério Público devem ser enviados ao Distribuidor Judicial, para fins de distribuição, registro e certificação dos antecedentes criminais; b) na sequência, são remetidos à Escrivania do Crime ou Vara de Inquéritos Policiais, do Foro da Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba, objetivando a certificação do registro e afixação de etiquetas; c) nos casos de indiciado preso, pedido de prisão, ou circunstância que exija o pronunciamento judicial, os autos devem ser conclusos ao Juiz de Direito; d) nos demais casos, os autos são remetidos ao Ministério Público, independentemente de despacho judicial, situação em que todos os atos e diligências preparatórias imprescindíveis ao oferecimento da ação ficarão ao encargo do Ministério Público, tais como: expedição de ofícios, juntadas, movimentação de

expedientes, entre outros; e) segundo o item 6.2.8.3, é desnecessário o pronunciamento do Juiz na baixa de inquéritos à Delegacia de Polícia, cabendo ao Ministério Público o controle do prazo concedido, como Órgão responsável pelo controle externo da atividade policial (artigo 129, VII, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988); e f) concluídas as diligências, os autos são remetidos ao Ministério Público, que emanará seu pronunciamento conclusivo, tais como: oferecimento de denúncia ou pedido de arquivamento, retornando ao ofício criminal ou Vara de Inquéritos para encaminhamento para conclusão do Juiz de Direito (PARANÁ, 2007).

O Provimento n. 119/2007 teve sua regularidade questionada perante o Conselho Nacional de Justiça, sob o argumento de que afrontaria o texto dos artigos 10, §§ 1º e 3º, e 16, ambos do Código de Processo Penal, contudo o pedido de óbice à produção de efeitos da referida norma foi julgado improcedente, em atenção aos princípios da celeridade, eficiência e interesse geral (BRASIL, 2007).

Diante do reconhecimento da regularidade do Provimento n. 119/2007 pelo Conselho Nacional de Justiça, outras normas referentes ao tema foram editadas em diversas Unidades da Federação.

Nesse sentido, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Pernambuco, levando em consideração a determinação constitucional que atribui ao Ministério Público a responsabilidade pela promoção da ação penal pública e verificando a necessidade de um fluxo desembaraçado dos processos judiciais, expediu o Provimento n. 41, de 10 de dezembro de 2008, prevendo que os inquéritos policiais, as representações criminais e as notícias de crime somente sejam recebidos pelo Setor de Distribuição Judicial após pronunciamento da Promotoria de Justiça com atribuição na respectiva Comarca (PERNAMBUCO, 2008).

Ainda, visando a racionalizar a tramitação dos inquéritos policiais, após protocolo de intenções firmado com o Ministério Público, a Corregedoria-Geral da Justiça do Rio Grande do Sul instituiu Projeto Piloto nas Varas Criminais do Foro Central de Porto Alegre (1ª a 11ª Varas Criminais, 1ª e 2ª Varas do Júri, Juizado de Violência Doméstica e Familiar, 2º JIJ – Área Criminal e Vara de Delitos de Trânsito), disciplinando a permanência de inquéritos policiais no Ministério Público, que só retornam aos Cartórios Judiciais após pedido de arquivamento, pedido de redistribuição, oferecimento de denúncia, pedido de restrição

a direito fundamental, alegações de exceção de competência, pedidos de restituição de coisas apreendidas, de sequestro dos bens imóveis, de especialização de hipoteca, de avaliação de sanidade mental do indiciado, de exumação para exame cadavérico, de realização de perícias e de devolução de fiança (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

No mesmo caminho, o Conselho de Justiça Federal elaborou a Resolução n. 63, de 26 de junho de 2009, dispondo que os autos dos inquéritos policiais concluídos ou com requerimento de prorrogação de prazo para o seu encerramento devem ser previamente levados ao Poder Judiciário somente para fins de registro, salvo quando se tratar de comunicação de prisão em flagrante, qualquer forma de constrangimento aos direitos fundamentais, pedido de prisão de natureza cautelar, medidas constritivas ou acautelatórias, oferta de denúncia, queixa-crime, arquivamento ou pedido de declaração da extinção da punibilidade (BRASIL, 2009a).

No âmbito federal, ainda foram editadas a Resolução n. 22, de 23 de setembro de 2009, do Tribunal Regional Federal da 5ª Região; a Resolução n. 107, de 6 de abril de 2010, do Conselho Superior do Ministério Público Federal; a Resolução Administrativa n. 05, de 3 de maio de 2012, do Tribunal Regional Eleitoral da Bahia; e a Resolução n. 518, de 21 de março de 2013, do Tribunal Regional Eleitoral do Ceará.

A Corregedoria-Geral do Estado de Sergipe editou o Provimento n. 5, de 12 de fevereiro de 2010, que altera a Consolidação Normativa Judicial instituída pelo Provimento n. 24/2008, para regulamentar a tramitação direta dos inquéritos policiais criminais, classificados como processo administrativo, entre a autoridade policial e o órgão do Ministério Público, excetuados os casos de crimes apurados mediante ação penal privada e comunicação de flagrante (SERGIPE, 2010).

A tramitação direta do inquérito policial entre a polícia judiciária e o Ministério Público também foi objeto do Provimento n. 66, de 14 de dezembro de 2010, emanado pela Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Rio Grande do Norte. A referida norma prevê que o inquérito policial deve ser cadastrado no Setor de Distribuição do Poder Judiciário, sem que haja distribuição, com a movimentação “50118 – Inquérito com Tramitação Direta no MP”, e remetido ao Ministério Público. Após o oferecimento da denúncia, requerimento de arquivamento ou declaração da extinção da punibilidade, o cadastro é reativado com a movimentação “849 – Reativação”, registrado e distribuído a uma das

Varas com competência criminal da Justiça Estadual (RIO GRANDE DO NORTE, 2010).

O Tribunal de Justiça do Estado de Alagoas também disciplinou acerca do trâmite direto dos inquéritos policiais e peças informativas entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, estabelecendo que tais procedimentos somente serão distribuídos às unidades jurisdicionais quando houver denúncia ou queixa, pedido de arquivamento, tratar-se de crime apurado mediante ação penal privada, postulação de medidas cautelares ou comunicação de prisão em flagrante, de acordo com a Resolução n. 003, de 25 de janeiro de 2011. Essa Resolução foi editada tendo em vista a competência constitucional do órgão do Ministério Público para promoção privativa da ação penal pública, para exercer o controle externo da atividade policial e requerer diligências. Além disso, há compatibilidade com os princípios da celeridade e eficiência, sem comprometer os princípios constitucionais do devido processo legal, ampla defesa e contraditório (ALAGOAS, 2011).

Diante dessa necessidade de adequação da tramitação dos inquéritos policiais aos princípios da Constituição da República Federativa do Brasil, especialmente os relacionados às funções institucionais do Ministério Público, e de simplificação, agilização e racionalização da tramitação dos inquéritos policiais relativos aos delitos que envolvam violência doméstica, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Acre, a Corregedoria-Geral do Ministério Público do Estado do Acre e a Corregedoria-Geral da Polícia Civil do Estado do Acre firmaram o Provimento Conjunto n. 001, de 17 de julho de 2012, que disciplina a remessa dos autos de inquéritos policiais diretamente ao Ministério Público quando se tratar de crime da competência da Vara de Violência Doméstica da Comarca de Rio Branco (ACRE, 2012).

Sob os mesmos fundamentos, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Maranhão emitiu o Provimento n. 1, de 8 de março de 2013, dispondo sobre a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a polícia judiciária e o Ministério Público, embora deva passar pelo Poder Judiciário apenas para fins de cadastro e distribuição, ou quando necessária a observância da reserva de jurisdição (MARANHÃO, 2013).

Aos fundamentos anteriormente citados a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Goiás acrescentou que o sistema acusatório adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 preconiza

a nítida separação entre as funções de acusar e julgar e que há necessidade de desburocratização da tramitação do inquérito policial para agilização da conclusão das investigações criminais, para fins de edição do Provimento n. 20, de 12 de agosto de 2014. Entre as suas disposições, o Provimento estabelece que, após o cadastro e distribuição do inquérito policial, é lançada a movimentação “Inquérito com Tramitação Direta no MP”, sendo enviado a este órgão, sem necessidade de determinação judicial. Além disso, incumbiu ao Ministério Público o dever de manutenção de registro próprio e controle de todos os autos de inquéritos policiais que lhe forem distribuídos (GOIÁS, 2014).

A Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais previu procedimento análogo para fins de tramitação direta dos inquéritos policiais e termos circunstanciados de ocorrência, na oportunidade em que lançou o Provimento n. 269, de 27 de junho de 2014 (MINAS GERAIS, 2014).

Da mesma forma, a Corregedoria-Geral da Justiça do Estado de Roraima, ao instituir seu Código de Normas, também dispôs, no Anexo II, acerca da tramitação direta do inquérito policial entre o órgão policial e o Ministério Público, como regra, excepcionadas as situações em que haja necessidade de se adotar medida constritiva ou acautelatória, ou, ainda, nos casos de restrição a algum direito fundamental do investigado (RORAIMA, 2014).

A tramitação direta do inquérito policial entre a polícia judiciária e o Ministério Público também se encontra regulada no Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal do Conselho Nacional de Justiça, que prevê o mesmo procedimento de registro no setor de distribuição judicial e posterior remessa ao Ministério Público, sem necessidade de despacho judicial. A tramitação do inquérito policial entre o Ministério Público e a polícia judiciária deve ocorrer sem intervenção judicial, ressalvados os casos de reserva jurisdicional (BRASIL, 2009b).

Além disso, o Conselho Nacional do Ministério Público já aprovou a proposta de Resolução Conjunta que regula a tramitação direta do inquérito policial entre o Órgão do Ministério Público e a Polícia Judiciária, em observância ao modelo acusatório adotado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 2013).

Encontra-se em análise, ainda, na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei n. 8.045/2010, que visa a instituir o Novo Código de Processo

Penal e que consagra o sistema acusatório, inclusive com a previsão de que, após a conclusão das investigações, a Autoridade Policial remeterá os autos ao Ministério Público (artigo 34) – (BRASIL, 2010).

2.4 APRESENTAÇÃO DOS DADOS COLETADOS NO PODER JUDICIÁRIO E POLÍCIAS CIVIL E MILITAR QUANTO AO NÚMERO DE PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS CONCLUÍDOS E DEVOLVIDOS PARA REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIAS NA COMARCA DE TUBARÃO/SC DURANTE O ANO DE 2015

A fim de reforçar a necessidade de simplificação da tramitação do inquérito policial, foram coletadas informações no Poder Judiciário e seu sistema informatizado, nas Delegacias de Polícia e no Batalhão da Polícia Militar da Comarca de Tubarão/SC.

Em consulta realizada na Unidade Criminal da Comarca de Tubarão/SC, que abrange a 1ª e a 2ª Varas Criminais, foram identificados 30 procedimentos investigatórios remetidos à Polícia Judiciária, no ano de 2015, para complementação das diligências. Destes, a maioria versava sobre crimes de trânsito, lesão corporal, homicídio e estelionato.

Na 1ª Vara Criminal, foram baixados 7 (sete) termos circunstanciados, 5 (cinco) inquéritos policiais, 2 (dois) autos de prisão em flagrante e 1 (uma) notícia-crime, totalizando 15 (quinze) procedimentos investigatórios. O período em que os procedimentos referidos permaneceram no Juízo, após manifestação do Ministério Público, até o envio dos autos à Delegacia de Polícia, variou entre 9 (nove) dias e 9 (nove) meses.

Na 2ª Vara Criminal, por sua vez, foram baixados 6 (seis) inquéritos policiais, 5 (cinco) autos de prisão em flagrante, 2 (dois) termos circunstanciados e 2 (dois) procedimentos de investigação criminal, totalizando 15 (quinze) procedimentos investigatórios. Os procedimentos aguardaram no Juízo, desde a manifestação do Ministério Público até a efetiva baixa dos autos à Delegacia de Polícia, entre 1 (um) dia e 10 (dez) meses.

Analisando-se os dados coletados no Juizado Especial Criminal e de Violência Doméstica de Tubarão/SC, foram detectados 347 (trezentos e quarenta e sete) procedimentos investigatórios devolvidos à Delegacia de Polícia de origem para a realização diligências, no ano de 2015, 20 (vinte) deles, mais de uma vez, no mesmo ano.

Entre os referidos procedimentos investigatórios, havia 244 (duzentos e quarenta e quatro) termos circunstanciados, 86 (oitenta e seis) inquéritos policiais, 12 (doze) autos de prisão em flagrante, 3 (três) medidas protetivas de urgência e 2 (duas) notícias-crime. O período de tempo entre a manifestação ministerial e a efetiva remessa dos autos à Delegacia variou entre 0 (zero) dias e 1 (um) ano e 4 (quatro) meses, e os delitos com maior incidência foram ameaça, lesão corporal, crimes de trânsito, posse de drogas para uso pessoal, injúria e perturbação do trabalho ou sossego alheios.

Consoante informações colhidas na Central de Polícia de Tubarão, foram instaurados 345 (trezentos e quarenta e cinco) inquéritos policiais, 220 (duzentos e vinte) autos de prisão em flagrante e 526 (quinhentos e vinte e seis) termos circunstanciados apenas no ano de 2015. No que tange aos procedimentos baixados para realização de diligências, foram totalizados 14 (quatorze) inquéritos policiais e 5 (cinco) autos de prisão em flagrante.

Segundo informações encaminhadas pela Delegacia de Proteção à Criança, Adolescente, Mulher e Idoso (DPCAMI) de Tubarão/SC, no ano de 2015, foram baixados 77 (setenta e sete) inquéritos policiais, sendo 72 (setenta e dois) com tipificação de violência doméstica, 3 (três) concernentes ao crime de estupro, 1 (um) relacionado à extorsão de menor, 1 (um) relativo à crime do Estatuto do Idoso e violência doméstica, 1 (um) associado ao crime de injúria e 1 (um) referente ao crime de maus-tratos em criança. Além disso, foram remetidos 27 (vinte e sete) termos circunstanciados, entre os quais, 10 (dez) se referiam ao crime de ameaça contra criança ou adolescente, 4 (quatro) noticiavam a prática da contravenção penal de perturbação da tranquilidade, 4 (quatro) relacionavam-se com o crime de injúria, 3 (três) relatavam o crime de maus-tratos contra idosos, 2 (dois) apuravam lesão corporal contra mulher, enquanto o restante informava acerca dos delitos de omissão de socorro, lesão corporal contra homem, abandono de incapaz e outro.

A Delegacia de Delitos de Trânsito e Divisão de Crimes Ambientais de Tubarão, por sua vez, relatou que foram registrados 2.092 (dois mil e noventa e dois) boletins de ocorrência, autuados 67 (sessenta e sete) inquéritos policiais e remetidos 53 (cinquenta e três) inquéritos policiais ao Poder Judiciário, no ano de 2015, contudo nenhum inquérito policial retornou para diligências. Quanto aos termos circunstanciados, foram autuados 204 (duzentos e quatro) e remetido ao Poder Judiciário nú-

mero idêntico. Os crimes mais frequentes foram aqueles previstos no artigo 310 do Código de Trânsito Brasileiro e nos artigos 54 e 60 da Lei de Crimes Ambientais.

De acordo com os dados oriundos da Delegacia de Polícia do Município de Pedras Grandes, abrangido pela Comarca de Tubarão/SC, foram devolvidos para complementação das investigações apenas 3 (três) termos circunstanciados, sendo um por infração aos artigos 309 e 310 do Código de Trânsito Brasileiro, um pelos artigos 140 e 147 do Código Penal e um pelos artigos 129 e 147 do Código Penal.

A Divisão de Investigação Criminal de Tubarão (DIC) também forneceu o número de procedimentos investigatórios remetidos para continuação das investigações, qual seja, três termos circunstanciados, que apuravam, respectivamente, o crime de desobediência, desacato e resistência, resistência, desobediência e posse de drogas. Além dos termos circunstanciados, foram encaminhados dois inquéritos policiais, os quais apuravam o crime de homicídio, além de ocultação de cadáver em apenas um deles.

Por fim, o 5º Batalhão da Polícia Militar transmitiu que foram registrados 4.269 (quatro mil duzentos e sessenta e nove) boletins de ocorrência e remetidos 340 (trezentos e quarenta) termos circunstanciados ao Poder Judiciário, no ano de 2015. Entre as infrações penais noticiadas, foram mais frequentes a ocorrência de lesão corporal na direção de veículo automotor, posse de drogas, ameaça e direção de veículo automotor sem habilitação. Cabe frisar que não foi noticiada a devolução dos referidos procedimentos investigatórios para complementação das diligências.

5 CONCLUSÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 promoveu um novo modelo processual penal brasileiro, qual seja, o sistema acusatório, com a marcante separação das funções de acusar e julgar.

Com a inauguração de uma nova ordem jurídica, as leis até então vigentes e que não se harmonizam com o atual sistema, devem ser consideradas não recepcionadas, deixando de produzir efeitos no mundo jurídico. É o que acontece com o artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, por ser incompatível com o atual sistema acusatório, o qual não

permite a participação do órgão julgador durante as investigações, a fim de garantir a sua imparcialidade, salvo nas hipóteses em que haja reserva de jurisdição.

Diante da não recepção do artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doze Estados brasileiros já editaram normas regulando a tramitação direta dos inquéritos policiais e demais procedimentos investigatórios entre a Autoridade Policial e o Ministério Público, quando não houver necessidade de intervenção judicial.

Tal medida mostra-se necessária diante do crescente aumento do número de inquéritos policiais e outros procedimentos investigatórios em curso. Ademais, a participação do Magistrado, especialmente quando há pedido de novas diligências pelo Ministério Público, titular da ação penal pública, mostra-se meramente burocrática, estendendo a duração das investigações para além do necessário, o que prejudica a eficácia do Direito Penal.

Cabe frisar que a mudança dessa regra não importa qualquer prejuízo à defesa, uma vez que é excepcionada nos casos que necessitam de manifestação judicial, tais como: pedido de busca e apreensão, interceptação telefônica, aplicação de medidas cautelares, entre outros. Outrossim, mostra-se positiva à defesa, à medida que prevê, como regra, o acesso do Magistrado aos autos apenas quando já iniciada a ação penal e, conseqüentemente, garantida a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Além disso, com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, os princípios da celeridade, eficiência e razoável duração das investigações ganharam relevância e devem ser observados em matéria penal, não apenas em decorrência do caráter estigmatizante do direito penal e processual penal mas, também, para garantir a efetividade do sistema penal, que deve ser ágil, uma vez que, nas palavras de Rui Barbosa, “Justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”.

Importante ressaltar que, para não se correr o risco de incidir em inconstitucionalidade, uma vez que a União detém competência para editar normas gerais sobre procedimentos em matéria processual, os Estados não devem contrariar a regra disposta no artigo 10, § 1º, do

Código de Processo Penal, quando da elaboração da norma referente à tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Judiciária e o Ministério Público, mas apenas interpretá-la.

Assim, cabe aos Estados interpretar referida regra, à luz dos postulados constitucionais, preservando o encaminhamento dos autos ao Poder Judiciário, ao menos pela primeira vez, para fins de registro e controle administrativo do procedimento, atividade que não demanda a burocrática atuação do Magistrado na prolação de decisão de deferimento das diligências complementares requeridas pelo Órgão do Ministério Público.

Logo, interpretando-se a regra constante no Código de Processo Penal acerca da tramitação do Inquérito Policial, mais especificamente aquela disposta no § 3º, de acordo com os preceitos constitucionais atuais, pode-se concluir que a tramitação direta dos Inquéritos Policiais entre a Polícia Judiciária e o Órgão do Ministério Público se mostra viável apenas quando houver necessidade de complementação das diligências investigatórias.

Por fim, para que tal medida se mostre ainda mais eficaz à conclusão das investigações, além do controle a ser realizado pelo Poder Judiciário sobre os prazos das diligências, faz-se necessário que o Órgão do Ministério Público mantenha um controle interno acerca dos procedimentos que retornam à Delegacia de Policial, com o registro no sistema da Instituição, e acompanhamento dos prazos concedidos.

REFERÊNCIAS

ACRE. Corregedoria-Geral da Justiça. Corregedoria-Geral do Ministério Público. Corregedoria-Geral da Polícia Civil. Provimento Conjunto n. 001, de 17 de julho de 2012. Disciplina a remessa dos autos de inquéritos policiais diretamente ao Ministério Público para posterior processamento na Vara de Violência Doméstica da Comarca de Rio Branco. Diário de Justiça Estadual, Rio Branco, AC, n. 4.720, p. 6, 19 jul. 2012. Disponível em: <http://www.tjac.jus.br/wp-content/uploads/2014/08/Provimento_Conjunto_TJAC_001_2012.pdf>. Acesso em: 19 dez. 2016.

ALAGOAS. Tribunal de Justiça. Resolução n. 003, de 25 de janeiro de 2011. Dispõe sobre os procedimentos a serem adotados com relação ao trâmite dos inquéritos policiais. Diário de Justiça Estadual, Maceió, AL, v. 2, n. 392, p. 3-4, 26 jan. 2011. Disponível em: <<http://www.tjal.jus.br/resolucoes/>>

Resolu% E7% E3o% 20TJ-AL % 20n% BA % 203% 20de% 2025-01-2011% 20-% 20
Compilada.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2016.

BRASIL. Conselho da Justiça Federal. Resolução n. 63, de 26 de junho de 2009a. Dispõe sobre a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a Polícia Federal e o Ministério Público Federal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, v. 146, n. 122, p. 132, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/download/res063-2009.pdf>>. Acesso em: 7.11.2016.

_____. Conselho Nacional de Justiça. Manual Prático de Rotinas das Varas Criminais e de Execução Penal. Brasília: CNJ, 2009b. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/justica-criminal/manual-rotina-varas-criminais-cnj.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. _____. Procedimento de Controle Administrativo n. 599. Relator: Conselheiro Altino Pedrozo. Brasília, DF, 31 de julho de 2007. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/InfojurisI2/Jurisprudencia.seam;jsessionid=D8E99B8E5C646556093C90CEB96CDC17?jurisprudenciaIdJuris=44538&indiceListaJurisprudencia=7&tipoPesquisa=LUCENE&firstResult=0>>. Acesso em: 3 nov. 2016.

_____. Conselho Nacional do Ministério Público. Proposta de Resolução n. 0.00.000.001045/2013-24, de 30 de julho de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/10452013-24-pdf-dititalizado.pdf>>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Constituição (1937). Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constituicao37.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Constituição (1988) Constituição da República Federativa do Brasil. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Projeto de Lei n. 8.045, de 22 de dezembro de 2010. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=D3C10DC07A34ACDC8441B04107F1BF3D.proposicoesWeb1?codteor=831788&filename=PL+8045/2010>. Acesso em: 11 nov. 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.886/RJ. Relator: Ministro Eros Grau. Brasília, DF, 3 de abril de 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630078>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

GOIÁS. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 20, de 12 de agosto de 2014. Dispõe sobre a tramitação direta de inquéritos policiais entre a Polícia Civil e o Ministério Público do Estado de Goiás. Diário de Justiça Estadual,

Goiânia, GO, v. 7, n. 1606, p. 4-9, 13 ago. 2014. Disponível em: <<http://www.tjgo.jus.br/tjdocs/documentos/18624>>. Acesso em: 9 nov. 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de processo penal**. 3. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPODIVM, 2015.

LOPES JR. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

_____. **Direito processual penal**. 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

MARANHÃO. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 1, de 8 de março de 2013. Dispõe sobre a tramitação dos inquéritos policiais e dá outras providências. Diário de Justiça Estadual, São Luís, MA, n. 46, p. 58-59, 8 mar. 2013. Disponível em: <http://gerenciador.tjma.jus.br/app/webroot/files/publicacao/401529/11032013_1207.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2016.

MINAS GERAIS. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 269, de 27 de junho de 2014. Dispõe sobre a tramitação dos Inquéritos Policiais entre a Polícia Judiciária e o Órgão do Ministério Público. Diário de Justiça Estadual, Belo Horizonte, MG, v. 7, n. 116, p. 37-39, 27 jun. 2014. Disponível em: <<http://www8.tjmg.jus.br/institucional/at/pdf/cpr02692014.pdf>>. Acesso em: 9 nov. 2016.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. **Curso de processo penal**. 20. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016.

PARANÁ. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 119, de 23 de abril de 2007. Altera os itens do Capítulo 6, Seção 2, do Código de Normas, referentes à tramitação dos inquéritos policiais. Diário de Justiça Estadual, Curitiba, PR, v. 52, n. 7.353, p. 187, 27 abr. 2007. Disponível em: <https://portal.tjpr.jus.br/pesquisa_athos/publico/ajax_concursos.do?tjpr.url.crypto=8a6c53f8698c7ff7801c49a82351569545dd27fb68d84af89c7272766cd6fc9fe11c2e75cbeb1d672a47028f65a0804476cd79b8f3182db071f0c42c35ce409f>. Acesso em: 3 nov. 2016.

PERNAMBUCO. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 41, de 10 de dezembro de 2008. Disciplina a distribuição de inquéritos policiais nas comarcas onde houver Centrais de Inquérito e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.tjpe.jus.br/documents/10192/39596/Provimento+41-2008/c12f6dd2-bcc7-4e43-83ad-8af4f208c246?version=1.1>>. Acesso em: 10 nov. 2016.

RIO DE JANEIRO. Lei Complementar n. 106, de 03 de janeiro de 2003. Institui a Lei Orgânica do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e dá outras providências. Disponível em: <<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CON-TLEI.NSF/1dd40aed4fced2c5032564ff0062e425/1f29578c748b110883256cc90049373b?OpenDocument>>. Acesso em: 1 nov. 2016.

RIO GRANDE DO NORTE. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 66, de 14 de dezembro de 2010. Regulamenta o registro, autuação, distribuição e tramitação dos inquéritos policiais no Estado do Rio Grande do Norte e

dá outras providências. Disponível em: <<http://corregedoria.tjrn.jus.br/index.php/normas/atos-normativos/provimentos/provimentos-2010/4159-provimento-n-066-10-regulamenta-a-tramitacao-dos-inqueritos-policiais-1/file>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

RIO GRANDE DO SUL. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 30, de 31 de agosto de 2009. Institui Projeto Piloto nas Varas Criminais do Foro Central de Porto Alegre, disciplinando a permanência de inquéritos policiais no Ministério Público. Diário de Justiça Estadual, Porto Alegre, RS, v. 16, n. 4.170, p. 1, 4 set. 2009. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cache:euZoUZmDuv4J:www3.tjrs.jus.br/legisla/publ_adm_xml/documento1.php%3Fcc%3D10%26ct%3D16%26ap%3D2009%26np%3D30%26sp%3D1%26feed%3Dfeed+tramita%C3%A7%C3%A3o+direta+inqu%C3%A9ritos+policiais&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&site=legisInternaFeed&access=p&oe=UTF-8&aba=pa>. Acesso em: 10 nov. 2016.

RORAIMA. Tribunal de Justiça. Provimento n. 2, de 6 de junho de 2014. Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça. Disponível em: <http://www.tjrr.jus.br/arq_pdf/corregedoria/Provimento002-2014-CGJ-atualizado08.01.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2016.

SERGIPE. Corregedoria-Geral da Justiça. Provimento n. 05, de 12 de fevereiro de 2010. Altera a Consolidação Normativa Judicial instituída pelo Provimento n. 24/2008, regulamentando a tramitação direta dos inquéritos criminais entre a autoridade policial e o órgão do Ministério Público. Diário de Justiça Estadual, Aracaju, SE, n. 3.028, p. 3-4, 25 fev. 2010. Disponível em: <<http://www.tjse.jus.br/corregedoria/arquivos/documentos/documentos/provimentos/2010/provimento-052010.pdf>>. Acesso em: 7 nov. 2016.

AÇÕES DE MEDICAMENTOS E O FUTURO INSTITUCIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Luis Felipe de Oliveira Czesnat

Promotor de Justiça

Bacharel em Direito

RESUMO

Trata-se de artigo elaborado visando a demonstrar uma mudança de pensamento que o Ministério Público deve ter em razão da criação da Defensoria Pública em Santa Catarina, mais especificamente na área das ações de medicamentos. Com a existência de um órgão exclusivamente destinado à defesa individual, não tem mais o porquê de os Promotores de Justiça ingressarem com Ação Civil Pública solicitando medicamentos para uma pessoa. Assim, deve haver uma revisão da forma de atuação do Ministério Público, buscando mais a defesa da coletividade em detrimento do individual.

Palavras-Chave: Medicamento. Defensoria Pública. Futuro. Ministério Público.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	p. 65 - 80	jan./jun. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

1 INTRODUÇÃO

Com o Advento da Constituição Federal de 1988, foram conferidas ao Ministério Público diversas funções, obrigações e poderes, para atuar na defesa da coletividade e da cidadania.

No mesmo corpo constitucional, também foi criada a Defensoria Pública, órgão essencial à função jurisdicional do Estado, que visava a assegurar os recém-criados direitos e garantias constitucionais aos cidadãos.

Necessário informar que a instituição e o pleno funcionamento da defensoria Pública não se deu de um dia para o outro, sendo ela criada e equipada com o passar do anos, cabendo a cada Estado da Federação colocá-la em funcionamento conforme o seu interesse e a conveniência.

No Estado de Santa Catarina, a sua criação se deu em 2102, ou seja, 24 anos após a Promulgação da Constituição do Brasil vigente.

Nesse longo lapso temporal, a obtenção dos direitos e das garantias constitucionais do cidadão se dava pela atuação dos Promotores de Justiça, os quais se valiam de suas garantias constitucionais para assistir os indivíduos em seus direitos, não deixando a sociedade desamparada.

Contudo, após o advento da criação da Defensoria Pública no Estado de Santa Catarina, a ausência de um órgão específico para atuar na defesa dos direitos do cidadão como indivíduo deixou de existir, tornando-se questionável a atuação do Ministério Público nessas causas.

Assim, cabe agora ao Ministério Público rever o seu posicionamento e buscar novos caminhos para continuar atuando em prol da coletividade, da sociedade, mas sem sem sobrepor a dever constitucional atribuído à Defensoria Pública.

2 DA REALIDADE EXISTENTE À POSSÍVEL MUDANÇA DE ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

A Constituição Federal de 1988 trouxe toda uma nova gama de atribuições ao Ministério Público, dando-lhe poderes e atribuições antes não disponíveis a nenhum órgão.

Os artigos 127 e 129 da Constituição Federal trazem, em seu escopo, as funções e o meio pelos quais deve o Ministério Público exercer sua atividade¹:

Art. 127. O Ministério Público é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público: [...]

III – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos.

Essas funções institucionais também foram reproduzidas pela Lei Orgânica Nacional do Ministério Público (artigo 25, IV, da Lei n. 8.625/93) e pela Lei Orgânica do Ministério Público de Santa Catarina (artigo 82, VI, da Lei Complementar n. 197/2000).

O artigo 82, VI, “c”, da Lei Complementar Estadual n. 197/2000², dispõe, *in verbis*:

Art. 82. São funções institucionais do Ministério Público, nos termos da legislação aplicável:

[...]

VI – promover o inquérito civil e a ação civil pública, na forma da lei para: [...]

c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, individuais homogêneos, difusos e coletivos relativos à família, à criança, ao adolescente, ao adolescente e as minorias étnicas.

Assim, a atuação do Ministério Público encontra-se presente em áreas importantes da sociedade, tais como: o meio ambiente, a moralidade administrativa e a defesa dos direitos coletivos, difusos e individuais indisponíveis, além do direito à assistência jurídica integral e gratuita às classes menos favorecidas.

Inegável, portanto, a legitimidade ativa *ad causam* do Ministério Público na defesa de direito indisponível, consistente em obrigar o Poder Público a prestar assistência jurídica integral e gratuita às classes menos favorecidas da sociedade.

1 VADE MECUM SARAIVA. *Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicolette*. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46-47.

2 MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA - MPSC - Dica de leitura. Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=1782>. Acesso em: jan. 2017.

Juntamente com a Constituição Federal de 1988, vieram as diretrizes constitucionais para a criação de uma Defensoria Pública, tanto para os Estados como para a União.

Juridicamente, a Defensoria Pública é a instituição constitucionalmente destinada a prestar assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos financeiros. Por isso, determinou a Constituição Federal a criação das Defensorias Públicas dos Estados, do Distrito Federal, dos territórios e da União, em seu art. 134.

Nos dizeres do Conselho Nacional de Justiça³, a forma de atuação da Defensoria Pública pode ser definida da seguinte forma:

Uma vez que todos, sem exceção, têm o direito ao acesso à Justiça, o Estado garante aos cidadãos com poucos recursos financeiros um advogado público; o chamado defensor público. A Defensoria é uma instituição pública que presta assistência jurídica gratuita àquelas pessoas que não possam pagar por esse serviço.

Podem recorrer à Defensoria os necessitados, grupos minoritários hipossuficientes, assim como crianças e adolescentes. A ideia é a do exercício dos direitos humanos e fundamentais. A Defensoria também atua na realização de acordos extrajudiciais (quando ainda não se tornaram processos).

Defensores atendem qualquer tipo de ação judicial. Na área de família, por exemplo, podem atuar em casos de pensão alimentícia, separação, divórcio, investigação de paternidade (DNA), guarda de menores, adoção. Na criminal, atuam na defesa de acusados em processo criminal e acompanhamento do cumprimento da pena de quem foi condenado. Na área da Fazenda Pública, conflitos que envolvam fornecimento de medicamentos, indenizações contra o estado ou município, problemas com concursos públicos do estado e do município, Previdência Social do estado ou do município, multas, Detran, problemas com cobrança de impostos e taxas etc.).

Assim, cabe à Defensoria Pública atuar como advogados públicos na defesa do interesse individual do cidadão tanto no âmbito judicial como no extrajudicial.

3 CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ . Dica de leitura. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77307-defensoria-publica-e-ministerio-publico-o-que-faz-cada-um>.

De acordo com o art. 5º, LXXIV, da Constituição Federal de 1988⁴: “O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

A norma constitucional pretende efetivar vários princípios trazidos na Constituição, tais como: o da igualdade, do devido processo legal e, sobretudo, do acesso à Justiça.

Durante os quase 30 anos de vigência da Constituição Federal, a formatação da Defensoria Pública foi alvo de emendas constitucionais, sendo fortalecida, de acordo com sua real necessidade de atuação, conforme se observa do texto original da CF/88⁵:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV.

Parágrafo único. Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais.

Art. 135. Às carreiras disciplinadas neste Título aplicam-se o princípio do art. 37, XII, e o art. 39, § 1º.

Para instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, sendo-lhe atribuída elaboração orçamentária própria, carreira jurídica elaborada nos termos do Poder Judiciário, garantias constitucionais como subsídio e inamovibilidade.

A atual redação da Constituição, após a Emenda constitucional, resultou no seguinte texto⁶:

Art. 134. A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos

4 PALÁCIO DO PLANALTO. Dica de Leitura. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>. Acesso em: jan. 2017.

5 PALÁCIO DO PLANALTO. Dica de Leitura. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>. Acesso em: jan. 2017.

6 VADE MECUM SARAIVA. *Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicolette*. 19. ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 47-48.

direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014).

§ 1º Lei complementar organizará a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal e dos Territórios e prescreverá normas gerais para sua organização nos Estados, em cargos de carreira, providos, na classe inicial, mediante concurso público de provas e títulos, assegurada a seus integrantes a garantia da inamovibilidade e vedado o exercício da advocacia fora das atribuições institucionais. (Renumerado pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

§ 2º Às Defensorias Públicas Estaduais são asseguradas autonomia funcional e administrativa e a iniciativa de sua proposta orçamentária dentro dos limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias e subordinação ao disposto no art. 99, § 2º. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 45, de 2004).

§ 3º Aplica-se o disposto no § 2º às Defensorias Públicas da União e do Distrito Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 74, de 2013).

§ 4º São princípios institucionais da Defensoria Pública a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional, aplicando-se também, no que couber, o disposto no art. 93 e no inciso II do art. 96 desta Constituição Federal. (Incluído pela Emenda Constitucional n. 80, de 2014).

Art. 135. Os servidores integrantes das carreiras disciplinadas nas Seções II e III deste Capítulo serão remunerados na forma do art. 39, § 4º.

No Estado de Santa Catarina, em razão da ausência de Defensoria Pública até agosto de 2012, essa função era exercida de forma quase que exclusiva pelo Ministério Público e, eventualmente, por intermédio de advogados particulares que atuavam como defensores dativos, em razão de convênio do Estado com a OAB/SC.

Contudo, o Supremo Tribunal Federal, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45⁷, decidiu que tal convênio é inconstitucional:

ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL N. 45-9 / PROCED.: DISTRITO FEDERAL/ RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO/ ARGTE. (S): PARTIDO DA SOCIAL DEMOCRACIA BRASILEIRA

7 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Dica de leitura. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: jan. 2017.

- PSDB/ ADV.(A/S): GUSTAVO ARTHUR COELHO LOBO DE CARVALHO E OUTRO(A/S)/ ARGDO.(A/S): PRESIDENTE DA REPÚBLICA ADV.(A/S): ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. EMENTA. ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. DIMENSÃO POLÍTICA DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ATRIBUÍDA AO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA “RESERVA DO POSSÍVEL”. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO “MÍNIMO EXISTENCIAL”. VIABILIDADE INSTRUMENTAL DA ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO NO PROCESSO DE CONCRETIZAÇÃO DAS LIBERDADES POSITIVAS (DIREITOS CONSTITUCIONAIS DE SEGUNDA GERAÇÃO).

Assim, caberia ao Estado de Santa Catarina organizar a Defensoria Pública de forma a permitir que todo cidadão tenha direito à assistência jurídica integral e gratuita não permitem esfera de discricionariedade às autoridades responsáveis pelo seu atendimento.

Em decorrência dessas garantias constitucionais e por imposição do próprio STF, no ano de 2012, o Governador de Santa Catarina remeteu à Assembleia Legislativa do Estado o projeto de lei que resultou na Lei Complementar n. 575/2012, criando a Defensoria Pública.

- Art. 1º da Lei Complementar n. 575/12⁸:

A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa gratuitas, em todos os graus, dos necessitados, assim considerados os que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos de lei complementar.

- Art. 1º da Lei Complementar n. 80/94 e art. 134 da CF/88⁹, ambos dispõem:

8 ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Dica de leitura. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/legislacao. Acesso em: jan. 2017.

9 PALÁCIO DO PLANALTO. Dica de Leitura. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>. Acesso em: jan. 2017.

A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, assim considerados na forma do inciso LXXIV do art. 5º da Constituição Federal.

Para Cretella Júnior (*apud* SILVA 2006)¹⁰, a Defensoria Pública:

é um órgão essencial a função jurisdicional do Estado, destinada a orientação jurídica integral, gratuita e à defesa, em todos os graus, dos necessitados, para que o Estado garanta proteção aos que comprovarem insuficiência de recursos.

Como bem se observa, os dispositivos acima transcritos da Carta Magna se complementam, enquanto um declara o direito fundamental à assistência jurídica integral e gratuita de toda pessoa economicamente necessitada; o outro dispõe sobre o modo de como esse direito será exercido, pela previsão de um órgão especificamente destinado a esse fim. Tanto é que o sistema brasileiro conferiu a esse Órgão atribuições próprias, com garantias e prerrogativas que lhe são inerentes (arts. 127 e ss. da Lei Complementar n. 80/1994).

O que se pretende sustentar aqui é que a assistência jurídica integral e gratuita, além de garantir a isenção das custas e despesas processuais, proporciona ao jurisdicionado o benefício de um advogado gratuito, quer para representá-lo em juízo, quer para assessorá-lo, juridicamente, na esfera extraprocessual.

A Constituição do Estado de Santa Catarina, no capítulo V - "Das funções essenciais à Justiça", na seção III, no art. 104¹¹, também estabelece as normas relativas à Defensoria Pública, ressaltando o objetivo de a instituição oferecer profissionais do Direito aos economicamente carentes, a fim de que estes possam postular em juízo seus direitos, senão vejamos:

Art. 104 - A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, à qual incumbe a orientação jurídica e a defesa gratuitas, em todos os graus, dos necessitados, assim considerados os que comprovarem insuficiência de recursos, nos termos de lei complementar.

§1º - À Defensoria Pública é assegurada autonomia funcional e administrativa.

10 SILVA, Luiz Marlo de Barros. O acesso ilimitado à Justiça através do Estágio nas Faculdades de Direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

11 ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. Dica de leitura. Disponível em: http://www.ale.sc.gov.br/portal_ale/sc/legislacao. Acesso em: jan. 2017.

§2º - Compete à Defensoria Pública, observados os prazos e os limites estabelecidos na lei de diretrizes orçamentárias, a elaboração de sua proposta orçamentária.

§3º - Para a elaboração de sua proposta orçamentária, a Defensoria Pública terá como parâmetro para a fixação de suas despesas, a serem financiadas com recursos ordinários do Tesouro Estadual, cota orçamentária necessária à cobertura das despesas de pessoal e encargos sociais e outras despesas relacionadas às atividades de manutenção e ações finalísticas, ficando vedada a fixação de percentuais de despesas em relação à Receita Orçamentária.

§4º - O Poder Executivo informará à Defensoria Pública a cota orçamentária para a elaboração de sua proposta orçamentária.

§5º - Lei complementar disporá sobre a organização da Defensoria Pública e sobre a carreira de Defensor Público.

§6º - O ingresso na classe inicial da carreira de Defensor Público se dará mediante concurso público de provas e títulos, com participação da Ordem dos Advogados do Brasil.

§7º - Aos Defensores Públicos é assegurada a inamovibilidade, salvo se apenados com remoção compulsória, na forma da lei complementar referida no § 5º deste artigo.

§8º - Aos Defensores Públicos aplicam-se as seguintes vedações:

I - receber, a qualquer título e sob qualquer pretexto, honorários, percentagens ou custas processuais;

II - exercer a advocacia fora de suas atribuições institucionais;

III - participar de sociedade empresária, na forma da lei;

IV - exercer, ainda que em disponibilidade, qualquer outra função pública, salvo uma de magistério;

V - exercer atividade político-partidária; e

VI - receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei.

§ 9º – O Defensor Público-Geral do Estado comparecerá, anualmente, à Assembleia Legislativa, para relatar, em sessão pública, as atividades da Defensoria Pública.

Extrai-se do trazido que toda a legislação pertinente apresenta como função inerente e primordial da Defensoria Pública a defesa do cidadão na busca de seus direitos individuais.

Isso leva, então, ao tema central deste artigo, no qual se indaga: ainda seria necessária a intervenção do Ministério Público, por meio do ajuizamento Ação Civil Pública individual, solicitando ao Estado o fornecimento de medicamento, diante da criação da Defensoria Pública?

Dessa pergunta, podem-se obter duas respostas distintas e com consequências completamente diferentes: 1) sim, mesmo com a criação da Defensoria Pública, deve o Ministério Público continuar exercendo o múnus de defensor da sociedade e ingressar com Ações Cíveis Públicas de Medicamento; ou 2) não, uma vez criada a Defensoria Pública, o Ministério Público deve passar a função dessas querelas aos Defensores, pois estes são os legitimados e verdadeiros advogados pagos pelo Estado para defender o interesse de cunho individual.

Em que pese a independência funcional, a qual não é objeto deste trabalho, esta dá plena liberdade ao Promotor de Justiça para ingressar com a demanda que entender cabível, busca-se aqui trazer os prós e contra de uma atuação institucional em ambos os sentidos.

1) Deve o Promotor de Justiça continuar ingressando com as ações de medicamento.

Utilizando-se esse pensamento, não haveria muitas mudanças no modo de atuação do Ministério Público atualmente, dividindo o fardo e a atribuição com os Defensores, ajudando em muito a Defensoria a cumprir com seu papel constitucional.

No entanto, como de toda escolha, advêm consequências positivas e negativas dessa forma de atuação.

Positivamente, podem-se destacar alguns pontos bem interessantes, tais como: ajuda à população, legitimidade social do Ministério Público e dar continuidade às conquistas judiciais obtidas pelos Ministérios Públicos na defesa da sociedade.

Efetivamente, esse tipo de atuação traz um grande benefício à população em geral, uma vez que esta não ficaria desamparada diante da negativa de atuação do Defensor Público ou nas Comarcas onde ainda não se faz presente a Defensoria do Estado.

Também é facilmente observável a legitimação e importância social dada aos membros do *parquet*, diante do atendimento direto da

população, especialmente em área tão importante e indisponível como a saúde. Convém ressaltar que, em um momento sociopolítico tão delicado, em que matérias de jornais e revistas, divulgação de benefícios e de privilégios por parte de Promotores e Juízes, além da existência de diversos projetos de leis visando a suprimir garantias constitucionais aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público, a existência de reconhecimento por parte da população em razão do trabalho desempenhado é de grande valia na tentativa de manter os direitos e as garantias constitucionais dadas aos membros do Poder Judiciário e aos do Ministério Público. Ressalta-se que as referidas garantias constitucionais são absolutamente necessárias ao exercício de seu múnus constitucional.

Ainda, destaca-se que foi por meio de grande luta judicial que o Ministério Público conseguiu consolidar, nos tribunais superiores, a sua legitimidade jurídica para a defesa do cidadão que estava desamparado em seu direito, sendo necessário recorrer aos Promotores de Justiça, os quais por meios tortuosos obtiveram diversas conquistas sociais, obrigando o Estado a fornecer o que cabia ao cidadão necessitado.

Em oposição ao trazido, pode se observar que tal forma de atuação, por sua vez, traz um excesso de trabalho, acarretando em ausência de fiscalização mais abrangente e a concessão de benefícios de forma pontual à população, trazendo poucos resultados à coletividade.

A defesa do cidadão, caso a caso, é um método muito ineficaz de trabalho, além de despender uma enorme força laborativa para a atuação do Ministério Público, no qual, para cada pessoa atendida tem-se uma demanda diferente, tornando o Promotor de Justiça, quase que literalmente, um advogado da parte necessitada.

É sabido que, em Santa Catarina, cada Promotoria conta com uma estrutura fixa, dois assistentes, dois estagiários de direito e um Promotor. Assim, essas cinco pessoas têm que atender a um fluxo de demanda de ações de medicamentos/saúde de dezenas de pessoas mensalmente, ingressando com Ações Cíveis Públicas, contestando ações, pedindo diligências, abrindo Procedimentos Administrativos, Notícias de Fato, oficiando, solicitando documentação e demais funções de expediente ordinário.

Fica fácil observar o desvirtuamento do gabinete da Promotoria de Justiça para um escritório advocatício de causas sociais, tal como pode se observar das decisões do STJ¹²:

STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1410520 MG 2013/0345394-4 (STJ)

Data de publicação: 10/12/2013

EMENTA: PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. LEGITIMIDADE DO MINISTÉRIO PÚBLICO. DIREITOS INDISPONÍVEIS. PRECEDENTES. 1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide. 2. É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que o Ministério Público possui legitimidade para a defesa dos direitos individuais indisponíveis, como é o caso dos autos, em que se busca o direito ao fornecimento de medicamento a pessoa que não dispõe de recursos financeiros para tratamento da saúde. 3. Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.

Bem como nas decisões: STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 1365202 MG 2013/0023606-0 (STJ); STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1443783 MG 2014/0063649-9 (STJ); STJ - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL AgRg no REsp 1356286 MG 2012/0252687-9 (STJ).

Faz-se necessário observar que, para o tema Ação Civil Pública Fornecimento de Medicamentos Ministério Público, são geradas mais de 215.000 ocorrências no *site* www.jusbrasil.com.br¹³, o que demonstra a banalização da matéria.

E é nesse ambiente, repleto de burocracia e lutando pelo direito de pessoa a pessoa, que o Ministério Público deixa de fazer a sua função primordial, que é a de fiscalizador dos órgãos públicos, causando prejuízo à coletividade.

A conclusão da primeira premissa nos leva à segunda forma de atuação do Promotor de Justiça.

¹² JUSBRASIL. **Dica de Leitura**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/home>. Acesso em: jan. 2017.

¹³ Jusbrasil é um sítio especializado em busca de jurisprudências e demais publicações oficiais de todo o Brasil todo em um só lugar.

2) Não deve mais o Ministério Público atuar nessa área de solicitação de medicamento, deixando tais demandas a cargo da Defensoria Pública.

Fazendo-se valer dessa forma de atuação, mudanças consistentes far-se-ão na estrutura do Ministério Público e na sua forma de olhar para os problemas sociais.

Primeiramente, diminuiria o fluxo de demandas ingressadas pelo Ministério Público e, conseqüentemente, a redução de Inquéritos Cíveis, Notícias de Fato, Atendimentos, Protocolos e demais serviços burocráticos extrajudiciais.

De uma forma geral, o Promotor de Justiça deixaria de ser o ator principal das lides jurídicas, passando a gerenciar e fiscalizar a atuação das prefeituras e dos Estados sobre a aquisição, distribuição e utilização dos medicamentos, além da necessidade de contratação de pessoas ligadas à prestação de serviço na área da saúde.

Em um terceiro momento, seria possível ainda haver uma discussão e colaboração entre Promotoria de Justiça e elaboração do orçamento municipal para essa área.

É importante ressaltar que, mesmo nesses casos, não haveria o distanciamento do Promotor das demandas judiciais ingressadas, seja pela Defensoria, seja por advogado particular, uma vez que a função de fiscal da lei continuaria sendo exercida de forma ordinária pela Promotoria de Justiça com atribuição na área da cidadania e terceiro setor.

A utilização desse novo modelo de atuação implicaria uma otimização do trabalho e uma forma mais eficaz de atendimento à população, uma vez que a busca pelo fornecimento de medicação não se daria de forma individual, mas, sim, de forma sistêmica, beneficiando a coletividade em detrimento da individualidade.

A repetição da forma atual de atuação implica um inchamento da máquina pública, acarretando, impreterivelmente, a criação de novas Promotorias de Justiça, as quais se fazem necessárias para atender à demanda individual que diuturnamente vem desaguar nos gabinetes. Contraditoriamente, quanto mais eficiente e eficaz são as demandas elaboradas pelos Promotores, mais pessoas procuram as Promotorias e mais demandas são geradas, criando um ciclo vicioso e permanente, em um sistema ávido por criar mais demandas, gerando despesas pú-

blicas e obrigando a criação de cada vez mais cargos ministeriais para o atendimento da população.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pode se ponderar que, após a criação da Defensoria Pública, o Ministério Público não precisa mais se manter na mesma forma de atuação que até então vinha desenvolvendo.

A presença de uma instituição parceira para dividir a tarefa de defesa da sociedade pode ser aprimorada, havendo espaço para cada órgão atuar e se aperfeiçoar naquilo que a Constituição Federal atribui a cada um.

A tradicional forma de atuação ministerial apresentou, e continua a apresentar, enormes benefícios à sociedade e à defesa do cidadão, contudo este deve ser o momento de se refletir melhor sobre as atribuições do Ministério Público e rever seu funcionamento.

Em que pese não se poder descartar todo o conhecimento e os avanços obtidos, com o passar dos anos, na atuação diária do nobre ofício do Promotor de Justiça, prender-se ao passado e à velha atuação ministerial significa não avançar e não evoluir com o passar dos anos, não readequando a função do Ministério Público em prol dos novos anseios da sociedade, que se encontra em perpétua mutação e maturação de direitos e deveres.

Assim, não se afigura como coerente a atuação individual e pontual por parte do Ministério Público e é mister a busca de novas funções, novas formas de atuação, mais amplas, que abarcam um maior número de pessoas, mais fiscalizatória e menos judicial, visando a cuidar do macro, e não do individual.

A adoção de tais medidas, direciona a atuação dos Promotores de Justiça para outro campo, para outras direções, buscando o cumprimento do princípio constitucional da eficiência, inclusive aproximando-se em muito da forma de agir dos Centros de Apoio¹⁴.

¹⁴ Os Centros de Apoio Operacional mantêm os Promotores de Justiça atualizados com informações técnico-jurídicas. Respondem consultas das Promotorias, realizam pesquisas, estudos e relatórios, auxiliando em procedimentos de investigação, na preparação de ações e em estratégias de atuação. Propõem a celebração de convênios pela Instituição e a realização de cursos, palestras, seminários e outros eventos.

Os Centros de Apoio Operacional representam as diversas áreas de atuação do Ministério Público: Cidadania

A forma de atuação mais fiscalizatória e menos judicial pode ser aplicada inclusive em outros campos de atuação do Ministério Público, tais como: a tutela do meio ambiente, cobrando dos órgãos ambientais mais atuação; improbidade administrativa, exigindo uma controladoria local para dirimir os pequenos problemas existentes; e, no campo do consumidor, pedindo à prefeitura plano de atuação para regularização dos comércios.

Por fim, apenas o futuro dirá qual será o caminho adotado pelos Ministérios Públicos e, conseqüentemente, as implicações institucionais dessas decisões e como se apresentará a defesa da coletividade nas vindouras ações de medicamentos.

REFERÊNCIAS

VADE MECUM SARAIVA. Obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Luiz Roberto Curia, Livia Céspedes e Juliana Nicolette. 19. ed. atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2015. p. 46, 47 e 48.

SILVA, Luiz Marlo de Barros. **O acesso ilimitado à Justiça através do Estágio nas Faculdades de Direito**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. 22 p.

PALÁCIO DO PLANALTO. **Dica de Leitura**. Disponível em: <http://www2.planalto.gov.br/acervo/legislacao>. Acesso em: jan. 2017.

ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA. **Dica de leitura**. Disponível em: http://www.alesc.sc.gov.br/portal_alesc/legislacao. Acesso em: jan. 2017.

JUSBRASIL. **Dica de Leitura**. Disponível em: <http://www.jusbrasil.com.br/home>. Acesso: janeiro 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. **Dica de leitura**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: jan. 2017.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA - CNJ . **Dica de leitura**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/77307-defensoria-publica-e-ministerio-publico-o-que-faz-cada-um>. Acesso em: jan. 2017.

e Fundações, Constitucionalidade, Consumidor, Criminal, Infância e Juventude, Meio Ambiente, Moralidade Administrativa, Ordem Tributária, e Informações e Pesquisas. Os Centros de Apoio Operacional não podem ajuizar ações. (Site do Ministério Público de Santa Catarina. < <https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/centros-de-apoio-operacional>>).

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA - MPSC - **Dica de leitura.**
Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/o-ministerio-publico/centros-de-apoio-operacional>. Acesso em: jan. 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA - MPSC - **Dica de leitura.**
Disponível em: <https://documentos.mpsc.mp.br/portal/manager/resourcesDB.aspx?path=1782>. Acesso em: jan. 2017.

EDUCAÇÃO INFANTIL EM TEMPO INTEGRAL: OBRIGAÇÃO OU FACULDADE MUNICIPAL?

Dimitri Fernandes

Promotor de Justiça

Especialista

RESUMO

A educação infantil é alvo de inúmeras ações judiciais, principalmente na busca de vagas e por tempo integral das crianças no ambiente educacional. O presente estudo busca investigar o papel do Estado (sentido amplo) e o papel da família na educação infantil, a fim de cumprir o melhor interesse do infante. Para compreender o tema, necessário se faz passar pela Constituição Federal, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Após a análise do plexo normativo que abrange o tema, o artigo identifica se – de fato – existe direito ao tempo integral nos estabelecimentos estatais de educação infantil e, havendo o direito, quais os casos que estão abrangidos pelas normas.

Palavras-Chave: Educação infantil. Educação familiar. Tempo integral. Poder familiar.

1 INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, o Poder Judiciário vivencia uma enxurrada de judicialização das políticas públicas, em especial a saúde e a educação.

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	p. 81 - 97	jan./jun. 2015
---------	---------------	-------	-------	------------	----------------

Sobre a educação, um dos temas que mais chama a atenção é a busca de vagas em tempo integral na educação infantil.

As cidades de médio e grande porte, em sua maioria, não têm o número de vagas para a demanda que se apresenta crescente. As demandas individuais que buscam vagas, em tempo integral, nos estabelecimentos de educação infantil, não raras vezes, reproduzem um desejo dos pais de apenas um local para deixar o infante enquanto eles trabalham, sem se preocupar com a qualidade educacional. Tanto é verdade que não se vê ações individuais para garantir “educação”, em tempo integral, para alunos do ensino fundamental e do ensino médio. Ora, se a busca é pelo “direito à educação”, não seria injusto dizer que é possível para as demais esferas do sistema educacional brasileiro.

De outro lado, alguns Municípios ofertam o ensino infantil integral de forma indistinta, sem perquirir a necessidade – no caso concreto – do tempo integral. No entanto, deixam um número incontável de crianças fora da educação infantil. De nada adianta garantir, por exemplo, quatro mil vagas, em tempo integral, na educação infantil, e deixar outras quatro mil crianças em uma espera interminável.

A educação é justa quando é para todos (democrática e igualitária), e não para alguns (arbitrária e disforme). Aliás, sintetizando esse pensamento, Vital Didonet e Luiz Antônio Miguel Ferreira, com precisão, descrevem o seguinte:

Mas a quantidade é uma dimensão essencial desta qualidade, pois **uma escola boa para poucos não tem qualidade democrática e uma escola ruim para muitos prejudica a todos** [grifo meu]. Acredita-se que conciliando a oferta em período integral e parcial pode-se contemplar de forma mais efetiva o disposto na Constituição quanto ao dever do Estado de oferecer esta modalidade de educação a todas as crianças. (FERREIRA e DIDONET, 2015).

Veja-se que a discussão da correta distribuição de vagas passa pelo papel da família e do Município na educação infantil. Sem que a família compreenda seu papel, ainda teremos inúmeras ações que – formalmente – buscam direito à educação, mas que travestem pedido assistencialista dos pais.

Encontrar essa linha divisória entre a educação e a assistência social, além de ser uma dificuldade enorme na prática, gera muitos mais gastos ao Município, porquanto a manutenção de uma estrutura

pedagógica é muito maior do que uma estrutura de cuidadores. Porém, a bem da verdade, somente uma estrutura pedagógica é capaz de satisfazer o direito educacional.

Com isso em mente, ainda resta identificar onde reside, realmente, o direito à jornada integral nos estabelecimentos de educação infantil e quais casos são abrangidos pela norma.

2 EDUCAÇÃO INFANTIL EM TEMPO INTEGRAL

2.1 O DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL E A OBRIGATORIEDADE DO MUNICÍPIO

A educação está prevista na Constituição Federal em dois importantes momentos. Primeiramente, aparece, no artigo 60, como direito social, ao lado da saúde, da alimentação, do trabalho, da moradia, do transporte, do lazer, da segurança, da previdência social, da proteção à maternidade e à infância, da assistência aos desamparados.

No entanto, é do artigo 205 até o artigo 214 que a Constituição Federal detalha o sistema educacional brasileiro. Guilherme Peña de Moraes faz a seguinte síntese sobre a educação constitucional brasileira:

[...] O ensino básico é formado pela educação infantil, para o desenvolvimento integral das crianças até seis anos, educação fundamental, para o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, com interstício de nove anos, e educação média, para desenvolvimento da capacidade de inserção no trabalho. O ensino superior é formado pela educação de graduação, bem assim pela educação de pós-graduação para desenvolvimento da capacidade científica e tecnológica, com intitulação de bacharelado, mestrado e doutorado, à luz do princípio da liberdade, igualdade e solidariedade humana. (MORAES, 2015, p. 610-611).

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação, como não poderia ser diferente, seguiu as linhas constitucionais, vejamos:

Art. 22. A educação básica tem por finalidades desenvolver o educando, assegurar-lhe a formação comum indispensável para o exercício da cidadania e fornecer-lhe meios para progredir no trabalho e em estudos posteriores.

Art. 29. **A educação infantil, primeira etapa da educação básica** [grifo meu], tem como finalidade o desenvolvimento

integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 32. **O ensino fundamental obrigatório** [grifo meu], com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, **terá por objetivo a formação básica do cidadão** [grifo meu], mediante:

I - o desenvolvimento da capacidade de aprender, tendo como meios básicos o pleno domínio da leitura, da escrita e do cálculo;

II - a compreensão do ambiente natural e social, do sistema político, da tecnologia, das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade;

III - o desenvolvimento da capacidade de aprendizagem, tendo em vista a aquisição de conhecimentos e habilidades e a formação de atitudes e valores;

IV - o fortalecimento dos vínculos de família, dos laços de solidariedade humana e de tolerância recíproca em que se assenta a vida social.

[...]

Art. 35. **O ensino médio, etapa final da educação básica** [grifo meu], com duração mínima de três anos, terá como finalidades:

I - a consolidação e o aprofundamento dos conhecimentos adquiridos no ensino fundamental, possibilitando o prosseguimento de estudos;

II - a preparação básica para o trabalho e a cidadania do educando, para continuar aprendendo, de modo a ser capaz de se adaptar com flexibilidade a novas condições de ocupação ou aperfeiçoamento posteriores;

III - o aprimoramento do educando como pessoa humana, incluindo a formação ética e o desenvolvimento da autonomia intelectual e do pensamento crítico;

IV - a compreensão dos fundamentos científico-tecnológicos dos processos produtivos, relacionando a teoria com a prática, no ensino de cada disciplina.

A educação infantil, então, começa desde a mais tenra idade até os cinco anos. Após, aos seis anos, inicia-se o ensino fundamental.

No âmbito das obrigações constitucionais, recaiu sobre os Municípios a responsabilidade de ofertar a educação infantil:

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino.

§ 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios;

§ 2º Os Municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil [grifo meu].

§ 3º Os Estados e o Distrito Federal atuarão prioritariamente no ensino fundamental e médio.

O Estatuto da Criança e do Adolescente elege como direito da criança o acesso a creches e pré-escolas (artigo 54, IV). Além disso, noticia que a oferta irregular poderá ensejar a responsabilização da autoridade competente (artigo 208, III). Leonardo Cacau Santos La Bradbury sintetiza, da seguinte forma, a responsabilidade do Município:

[...] o Direito à Educação **tem absoluta prioridade, e sua violação mostra-se tão grave e inadmissível como negar o direito à vida e à saúde** [grifo do autor]. Ressalte-se que o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, Lei 8.069/90, dispõe em seu artigo 208, III, a necessidade de atendimento em creches e pré-escola às crianças de zero a seis anos de idade.

Assim, em havendo uma oferta irregular ou insuficiente de vagas em creches e pré-escolas para crianças até cinco anos de idade, podem os pais ingressar diretamente com uma ação no Judiciário, buscando o direito à matrícula de seu filho. Caso prefiram, podem encaminhar o caso ao Ministério Público Estadual, que tem legitimidade para ingressar com a respectiva Ação Civil Pública, na defesa dos interesses difusos da criança e do adolescente.

No caso, a simples alegação genérica, sem comprovação específica, por parte do Município, de que está com superlotação nas creches e pré-escolas e que já aplicou todos os recursos orçamentários destinados à educação infantil, não tem o condão de fazer com que se desincumba do seu dever legal de garantir a vaga até cinco anos de idade. (BRADBURY, 2016, p. 73-74).

Assim, a educação infantil no sistema educacional brasileiro corresponde às creches e pré-escolas. As creches são destinadas às crianças de zero a três anos de idade e as pré-escolas às crianças de quatro e cinco anos. A obrigação constitucional para a oferta do ensino infantil recai sobre os Municípios.

2.2 DA COMPLEMENTARIDADE DA EDUCAÇÃO INFANTIL E A NEGATIVA DE OUTROS DIREITOS DA CRIANÇA

A oferta de ensino infantil em jornada integral – a princípio – parece ser sempre o melhor para criança, pois se está fornecendo mais educação para ela. Contudo, essa assertiva, investigada com mais cuidado, não é verdadeira.

Não se está dizendo que o direito à educação não possui importância. De forma nenhuma! Porém, a criança – principalmente na primeira infância – possui direito à convivência familiar, tanto que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, ao discorrer sobre o ensino infantil, informa que esse direito possui caráter de complementaridade, vejamos:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, **complementando a ação da família e da comunidade** (grifo meu).

Essa parte final tem sido esquecida nas demandas individuais que exigem do Poder Judiciário jornada integral, sem ao menos apresentar uma justificativa.

A Constituição Federal, ao falar sobre o poder familiar, afirma que é dever dos pais fornecerem educação, não se atrelando somente à educação formal da escola, mas à educação para a vida. Preceitua a Constituição Federal:

Art. 229. **Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores**, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade (grifo meu).

Essa educação jamais pode ser vista em sentido estrito, mas num sentido amplo, como desenvolvimento dessa criança para a vida em sociedade. O fornecimento da jornada integral sem perquirir a real necessidade do infante, a bem da verdade, retira dele o direito de convivência familiar (de ser criado e **educado no seio de sua família**), previsto no artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente:

Art. 19. **É direito da criança e do adolescente ser criado e educado no seio de sua família** e, excepcionalmente, em família substituta, assegurada a convivência familiar e comunitária, em ambiente que garanta seu desenvolvimento integral (grifo meu).

A locução “educado no seio de sua família” reforça a ideia de que a família possui obrigatoriedade na educação (em sentido amplo) do infante, o que ganha enorme evidência quando conjugado com o artigo 29 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, quando informa que a educação infantil complementa a ação da família.

Além disso, a Constituição Federal – na seção referente à educação – informa que a educação é obrigação também da família:

Art. 205. **A educação, direito de todos e dever do Estado e da família**, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (grifo meu).

Percebe-se, de forma clara, que a “educação familiar” e a “educação escolar” não se substituem; elas são duas faces da mesma moeda. Logo, quando se fornece educação integral sem indagar se a família pode ou não cumprir o papel dela, a educação escolar passa a se sobrepor à educação familiar e, com isso, a criança tem seu direito violado.

Vejamos o ensinamento de Luiz Antônio Miguel Ferreira e Gilza Maria Zauhy Garms que sintetiza esse pensamento:

Após esta contextualização da instituição familiar e da educação infantil, constata-se que as mesmas exercem papel fundamental no desenvolvimento da criança, com uma ação socializadora insubstituível. A educação infantil tem uma função de complementação e **não de substituição da família como muitas vezes foi entendido**. Ela deverá integrar-se com a família e com a comunidade para seu desenvolvimento e para sua felicidade (grifo meu).

[...]

A relação que se firma entre educação infantil e a família na ação socializadora e educacional da criança requer disponibilidade, não podendo ficar limitada a contatos formais (como reunião de pai) e conhecimento, no sentido de extrair os maiores benefícios desta relação. Família e instituição de educação infantil são parceiros necessários nas ações educacionais e socializadoras, ou seja, têm objetivos comum, mas cada uma agindo de acordo com as suas especificidades, *família é família e instituição de educação infantil é instituição*, sendo a criança o elo unificador.

[...]

Logo, observa-se que aquela situação de fato, que leva a uma indispensável ligação entre a família e a educação infantil, é algo consolidado na nossa lei maior. Isso implica que a responsabilidade é dessas duas instituições, e, caso

uma falhe, fica sobrecarregada a outra. **Em outras palavras, deixando a família de atuar como agente socializador da criança, certamente exigir-se-á maior esforço da educação infantil, e a recíproca é verdadeira, falhando a educação infantil ocorrerá uma sobrecarga da família.** É certo, ainda, que perpassando essas duas instituições, a lei convoca a sociedade para também colaborar nessa educação, mas não como agente principal e, sim, como secundário [grifo meu].

[...]

Porém, advém de todo esse contexto a necessidade de ressignificar as funções e objetivos dos programas de creche e pré-escolas para possibilitar a efetivação de uma concepção moderna de educação infantil que admita a amplitude e a interconexão das necessidades das crianças e de suas famílias. A reorganização dos atendimentos ofertados é imprescindível, no sentido de provocar eliminação de polaridades tradicionalmente assinaladas pela alternância entre o cuidado (guarda/proteção) e a educação (escolarização precoce), pelo enfoque ora nos direitos da família, ora nos direitos da criança, como se tais direitos fossem inconciliáveis. Polarizações que, indubitavelmente, ocasionam separações entre cuidar e educar, corpo e mente, família e instituição, intensificando a cisão entre o ambiente educacional e a vida existente fora desse contexto. (FERREIRA e GARMS, 2010, p. 137/158).

A partir do momento que se estabelece o ensino integral, a criança fica, a maior parte de seu tempo ativo, na creche, causando uma deficiência da educação familiar, responsável pela criação de laços de afeto, respeito, intimidade e individualidade do infante. Não se está – repita-se – negando a existência da jornada integral nas creches, mas essa jornada deve ser a exceção.

A regra, então, deve ser o período parcial, a fim de se adequar a educação familiar e a educação escolar, cumprindo de forma eficaz a Constituição Federal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação e o Estatuto da Criança e do Adolescente.

2.3 DO ABANDONO DO CARÁTER ASSISTENCIALISTA DAS CRECHES PARA O RECONHECIMENTO DO DIREITO À EDUCAÇÃO INFANTIL NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição Federal de 1988 abandonou parcialmente o caráter assistencialista das creches e passou a reconhecer o direito à educação

infantil nas creches. Diz-se que o abandono foi parcial justamente por reconhecer a existência de creches e pré-escolas para os pais trabalhadores e tão só (artigo 7º, XXV, do ECA). Porém, é necessário distinguir quando termina o direito à educação (artigos 205 e 208 da CF) e começa o direito assistencial (artigo 7º, XXV, da CF).

Com a premissa de que creche é um direito educacional, assim como o ensino fundamental e o ensino médio, indaga-se: por que somente se avolumam as ações judiciais na área do ensino infantil com pedidos de jornada integral?

A resposta a essa indagação parece estar mais próxima à cultura assistencialista, parcialmente repelida pela Constituição Federal de 1988. Ora, se tudo é educação, também seria legítimo o ingresso de demandas para aumentar o período do ensino médio e do ensino fundamental. Porém, não é o que se vê!

Pretende-se demonstrar, neste ponto, que a criança tem direito à educação e que os pais trabalhadores possuem direito à creche para seus filhos. No entanto, o direito à educação se satisfaz com meio período de ensino, e o direito dos pais trabalhadores à jornada integral na creche.

Vejamos, de saída, o entendimento de Paulo Henrique de Oliveira Arantes, que demonstra o abandono do direito assistencialista para o reconhecimento do direito à educação infantil:

A educação infantil, frise-se, tem natureza de direito social. É exatamente em virtude dessa natureza de direito social e da necessidade de uma prestação estatal (construção e manutenção de equipamentos de educação infantil, contratação e constante capacitação dos profissionais, transporte, merenda...) que o problema do financiamento se coloca tão premente.

Anote-se, por oportuno, que até pouco tempo, a educação infantil era encarada por muitos do ponto de vista da assistência social e do direito dos pais trabalhadores (tal visão, ainda que superada, não retira a condição de direito social da educação infantil).

A partir da Constituição da República de 1988, não há margens para dúvida: a educação infantil deve ser vista do ponto de vista educacional (e não assistencial) e como direito da criança, antes que de seus pais ou responsáveis (grifo meu). (ARANTES, 2009, p. 27/29).

Esse entendimento também é expressado por Luiz Antônio Miguel Ferreira e Gilza Maria Zauhy Garms:

A concepção educacional vigente não foi a dominante, sendo que, por longo período, a educação infantil ficou vinculada a um caráter educacional assistencialista (grifo meu).

A educação infantil do passado apresentava características que dificultaram o seu desenvolvimento para se chegar à situação atual. Em primeiro lugar, **destinava-se às crianças das classes sociais menos favorecidas e se constituía num meio de promover a organização familiar e de dar condições para o trabalho à mãe, contribuindo para uma cultura que via a educação infantil como direito da mãe trabalhadora e não da criança [grifo meu]. [...]**

A educação infantil, nesta época, era vista como uma solução para os problemas sociais relacionados à criança [grifo meu]. Por outro lado, destacava-se o papel materno na educação das crianças, que somente era descartada em face de sua educação social. Por fim, o atendimento em creches apresentava determinados riscos em face dos altos índices de doenças e de mortalidade. (FERREIRA e GARMS, 2010, p. 145).

Decisões judiciais que não são criteriosas quanto ao ensino em jornada integral, com a devida vênia, sob o argumento de que expandem o direito à educação, em verdade, negam o verdadeiro direito da criança e remetem a uma época já ultrapassada, em que as creches serviam somente como direito dos pais.

De regra, observa-se que os pais buscam apenas um lugar para deixar os filhos em razão do trabalho e enxergam, no “direito à educação”, esse trampolim. Contudo, não existe real preocupação com o direito à educação. Verifica-se, nas demandas individuais, uma busca desenfreada pelo ensino integral das creches, sem ao menos dizer no que – de fato – essa jornada integral concretizará na criança, pois ela possui um universo de outros direitos, e a família também possui papel na educação infantil, como se viu anteriormente.

Sobre a crítica da visão distorcida da educação infantil, é a lição de Maristela Angoti:

Tal é o caso, por exemplo, do entendimento necessário referente à concepção de infância e sua consequente proposta de atendimento educacional, temática de pouca preocupação pela sociedade brasileira que desconsidera seu valor e potencial para o desenvolvimento do ser humano e suas possibilidades de inserção em contexto sociocultural-histórico-político específico (grifo meu).

Apesar de todo o aparato legal que deveria estruturar e definir parâmetros de qualidade a serem atingidos na prática

pedagógica das instituições que se definem para o alcance de tal finalidade (Angotti, 2006), a sociedade brasileira não revela intenção de investir esforços e recursos financeiros para a elaboração de um projeto socioeducacional que poderá favorecer condições de melhoria de qualidade de educação e de vida de seus cidadãos.

As diferentes infâncias brasileiras, definidas no interior de diferentes contextos, especificidades e práticas sociais (Nunes, 2003), em pouco convergem e em muito menos colaboram para que sejam promovidas as perspectivas de desenvolvimento integral da criança no decorrer dos 0 aos 6 anos de idade sem que determinações de antecipação de escolaridade, valorização excessiva da alfabetização estrito senso ou preocupação com o futuro e o atendimento ao mercado de trabalho não sejam considerados de maneira prioritária, **estando inclusive impregnada no nosso imaginário a perspectiva de que as instituições educacionais e escolares devam abarcar seus sujeitos para garantir direitos sociais dos outros que não necessariamente os envolvidos com sua finalidade** (grifo meu). (ANGOTTI, 2009, p. 131/149).

É possível chegar à conclusão de que o direito em tela é, primeiramente, educacional, pois o caráter assistencialista foi – em parte – renegado pela Constituição Federal de 1988. Todavia, poder-se-á falar, apenas subsidiariamente, em um caráter de assistência das creches para os pais trabalhadores.

2.4 FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DA JORNADA INTEGRAL DE FORMA EXCEPCIONAL

Socorremo-nos, mais uma vez, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, pois, ao discorrer sobre a educação infantil, elegeu o período parcial e a jornada integral da seguinte forma:

Art. 31. A educação infantil será organizada de acordo com as seguintes regras comuns (grifo meu):

I - avaliação mediante acompanhamento e registro do desenvolvimento das crianças, sem o objetivo de promoção, mesmo para o acesso ao ensino fundamental;

II - carga horária mínima anual de 800 (oitocentas) horas, distribuída por um mínimo de 200 (duzentos) dias de trabalho educacional;

III - atendimento à criança de, no mínimo, 4 (quatro) horas diárias para o turno parcial e de 7 (sete) horas para a jornada integral [grifo meu];

IV - controle de frequência pela instituição de educação pré-escolar, exigida a frequência mínima de 60% (sessenta por cento) do total de horas;

V - expedição de documentação que permita atestar os processos de desenvolvimento e aprendizagem da criança.

Ao eleger esses parâmetros, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação não ordena a escolha sempre da jornada integral. Porém, estabelece o **mínimo de tempo** em período parcial e jornada integral.

A seu turno, a Lei n. 13.005/2014, que cria o Plano Nacional de Educação, estabelece, como meta até 2025, a oferta de 50% do ensino público de forma integral, conforme Meta 6 do Anexo I. Logo, se todas as crianças que ajuizarem ação receberem jornada integral na educação infantil de forma indistinta, estar-se-ia obrigando o Município a fornecer algo em desacordo com a lei.

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, há alguns anos, encampou o entendimento de que não existe - na legislação infraconstitucional - obrigatoriedade do ensino integral:

AÇÃO CIVIL PÚBLICA - MATRÍCULA DE CRIANÇAS DE ZERO A CINCO ANOS DE IDADE EM CRECHE E PRÉ-ESCOLA - OBRIGAÇÃO DO MUNICÍPIO - AFRONTA AO PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES - INOCORRÊNCIA - DIREITO INDIVIDUAL INDISPONÍVEL GARANTIDO NOS ARTS. 6º E 208, IV, DA CRFB - CLÁUSULA DA RESERVA DO POSSÍVEL - AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO - OBRIGAÇÃO DE ATENDIMENTO EM PERÍODO INTEGRAL - AUSÊNCIA DE NORMA FIXANDO ESSA OBRIGAÇÃO - PRECEDENTE DESTESÓDALÍCIO - REFORMA DA SENTENÇA PARA EXCLUIR ESSA OBRIGAÇÃO - IMPROVIMENTO DA REMESSA E PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO CÍVEL. Em interpretação conjunta dos arts. 4º e 53 do Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 4º da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, e arts. 7º, VII, 102, e 104, I, da Lei Orgânica do Município de Blumenau, com a Constituição Federal, em especial seu art. 208, IV, com redação dada pela EC n. 53/06, verifica-se que o direito das crianças de zero a cinco anos de idade à vaga em creche e/ou pré-escola encontra embasamento legal. Por conseguinte, cabe aos entes públicos, como o Município, e seus organismos, a execução de programas que garantam a integridade e o gozo desse direito indisponível. Nas ações civis públicas propostas com vistas a garantir vaga em creche ou pré-escola, tem-se que a intervenção do Poder Judiciário em atos do Poder Executivo não caracteriza ofensa à separação dos pode-

res, uma vez que visa garantir direito fundamental das crianças. Até porque, o inadimplemento do Poder Público pode ser considerado como uma inconstitucionalidade por omissão, por deixar de implementar o direito à educação por meio de políticas públicas concretas. **“Contudo, o sistema educacional brasileiro não adota, com obrigatoriedade, a educação em período integral. O art. 34 da Lei das Diretrizes e Bases da Educação dispõe que a jornada escolar no ensino fundamental deve ser de, no mínimo, quatro horas diárias e, de acordo com as possibilidades do ente público, este período deve ser ampliado, porém nada dispõe sobre o tempo de permanência das crianças no ensino infantil. É importante ressaltar que não se defende a educação em apenas um período. Talvez, o ideal para os infantis seria o acesso à creche e à pré-escola em período integral, porém é preciso valer-se dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e adequar-se ao caso concreto.”** (grifo meu). (AC n. 2007.060895-5, de Campo Belo do Sul, Rel. Des. Orli Rodrigues, j. 24-6-2008) (TJSC, Apelação Cível n. 2010.033282-9, de Blumenau, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 3-8-2010).

Porém, a interpretação dessas leis deve ocorrer em conformidade com a Constituição Federal. Embora a Constituição Federal não fale em tempo integral na educação infantil, é certo que a Carta Magna estabelece garantias que – somadas – indicam a necessidade do período integral em alguns casos.

Registre-se, neste particular, que a Constituição Federal elegeu o princípio da prioridade absoluta como matriz a ser seguida nas matérias afetas às crianças e aos adolescentes, consoante se extrai do artigo 227:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Interessa-nos, para a análise do tema, a parte final do texto constitucional citado. Existe uma obrigação da família, da sociedade e do Estado (*lato sensu*) em colocar os infantes a salvo de toda forma de negligência. Pois bem, caso os pais precisem trabalhar o dia inteiro, não podendo promover a educação familiar, esses mesmos pais possuem o direito constitucional de ter assegurada creche e pré-escola para seus filhos. Caso não se consiga, é certo que essas crianças ficarão em situação de negligência estatal.

No entanto, em decorrência da nova roupagem das creches, que passaram de um caráter predominantemente assistencialista para o caráter educacional, é certo que essas crianças – filhos de pais trabalhadores – não podem receber educação em meio período e serem tratadas como objeto no período seguinte, sob o manto de que o Estado está mantendo uma função social, e não mais educacional. Tal pensamento nega vigência à prioridade absoluta e passa a tratar o infante como objeto, não mais como sujeito de direitos. Refuta-se a ideia de que é possível a criação, concomitante, de estabelecimentos educacionais e de estabelecimentos assistenciais de crianças.

A criança, então, enquanto estiver sob a égide do Estado – seja pelo direito à educação ou pelo direito à creche dos pais trabalhadores –, deve receber educação, considerando sua peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

Esse, a princípio, tem sido o novel entendimento do egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina, vejamos:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - MATRÍCULA EM CRECHE EM PERÍODO INTEGRAL - LIMINAR DEFERIDA - RECURSO DA MUNICIPALIDADE - PLEITO VOLTADO A LIMITAR A OBRIGAÇÃO A MEIO PERÍODO - IMPOSSIBILIDADE - DIREITO FUNDAMENTAL GARANTIDO CONSTITUCIONALMENTE - NORMA DE EFICÁCIA IMEDIATA - INEGÁVEL OBRIGAÇÃO ESTATAL - DECISÃO MANTIDA - RECURSO DESPROVIDO. **O direito à educação deve ser visto em conjunto com o desenvolvimento da sociedade em geral, incluída aí a nova dinâmica das famílias brasileiras, na qual todos os seus membros possuem papel significativo para o sustento do núcleo familiar, cabendo assim ao Estado o ônus de disponibilizar meios para que os pais, enquanto estiverem trabalhando, deixem seus filhos em instituições de educação infantil, inclusive em período integral, se necessário** (grifo meu). (TJSC, Agravo de Instrumento n. 0031428-98.2016.8.24.0000, de Joinville, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 9-12-2016).

É possível, nesses casos, exigir do Estado que se garantam estabelecimentos educacionais em tempo integral, excepcionando-se a regra do meio período.

No entanto, fixe-se a ideia de que a criança ficará mais tempo em um estabelecimento educacional por força de uma garantia constitucional a seus pais. E, enquanto o Estado tutelar essa criança, deve educá-la como pessoa em desenvolvimento.

3 CONCLUSÃO

A questão está longe de ser pacífica e existem decisões judiciais conflitantes. No entanto, é possível trilhar um caminho guiado pela Constituição Federal, pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação e pelo Estatuto da Criança e do Adolescente.

O ponto de partida é reconhecer que muitas demandas individuais buscam uma garantia assistencialista prevista na Constituição Federal (artigo 7º, XXV), mas com fundamento na garantia constitucional à educação infantil (artigo 208, IV). Porém, são situações distintas.

O direito à educação infantil é da criança, e não dos pais. A titularidade desse direito é do infante e tão somente a ele. O direito dos pais trabalhadores está fincado na necessidade de creches e pré-escolas. No entanto, os Municípios, na missão constitucional de fornecer educação infantil (artigo 211, § 2º, da Constituição Federal), acabam recebendo crianças, em tempo integral, de forma indistinta.

Sob o pretexto de que a criança deve receber educação em tempo integral sempre, tem-se negado outros direitos da criança, como, por exemplo, a convivência familiar. Além disso, os pais têm a obrigação de dar educação no seio da família (artigo 19 do Estatuto da Criança e do Adolescente) e o ensino infantil tem caráter complementar à educação familiar (artigo 30 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação). Em outras palavras, não existe sobreposição da educação familiar ou da educação institucional, as duas se complementam e são necessárias.

Contudo, a partir do momento que se aceita a educação infantil em tempo integral sem analisar o contexto familiar ou que se nega o ingresso no estabelecimento de ensino sob argumento de inexistência de vaga, passa-se a ter a sobreposição de um direito sobre o outro, e a criança deixa de ser titular para passar a ser objeto do direito.

Também é verdade que o Município, ao receber em tempo integral as crianças filhas de pais trabalhadores, não pode se limitar à educação em meio período e a mero cuidador no período seguinte. Esse pensamento, embora reconheça a linha tênue que divide o direito educacional da criança e o direito à creche e a pré-escolas dos pais trabalhadores, passa a colocar a criança em situação de negligência e viola, portanto, o artigo 227 da Constituição Federal e o artigo 6º do Estatuto da Criança e do Adolescente.

A regra, a nosso sentir, é de que a educação infantil deve ser prestada em meio período, conciliando os demais direitos do infante. No entanto, é possível excepcionar essa regra para reconhecer o direito dos pais trabalhadores de terem seus filhos em creches, com educação em tempo integral.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988.

_____. Lei 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 16 jul. 1990.

_____. Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 23 de dezembro de 1996.

_____. Lei 13.005, de 25 de junho de 2014. Aprova o Plano Nacional de Educação – PNE e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de jun. 2014.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; DIDONET, Vital. **Educação Infantil – Creches = Período Integral e Parcial = Férias**. Disponível em <http://primeirainfancia.org.br/wp-content/uploads/2015/06/Educa%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em: 16 jan. 2017.

MORAES, Guilherme Peña de. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. **Direito à educação: judicialização, políticas públicas e efetividade do direito fundamental**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2016.

FERREIRA, Luiz Antônio Miguel; GARMS, Gilza Maria Zauhy. In: FERREIRA, Luiz Antônio Miguel. **Temas de Direito à Educação**. São Paulo, SP: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo: Escola Superior do Ministério Público, 2010.

ARANTES, Paulo Henrique de Oliveira. Educação Infantil: direito, perspectivas e financiamento – o papel do Ministério Público. In: ANGOTI, Maristela (org). **Educação Infantil: da condição de direito à qualidade no atendimento**. Campinas, SP: Editora Alínea, 2009.

ANGOTI, Maristela. Desafios da Educação Infantil para Atingir a Condição de Direito e de Qualidade no Atendimento. In: _____ (Org.). **Educação Infantil**: da condição de direito à qualidade no atendimento. Campinas, SP: Editora Alínea, 2009.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2010.033282-9, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. 3-8-2010. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>.

SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça. Agravo de Instrumento n. 0031428-98.2016.8.24.0000, rel. Des. Luiz Antônio Zanini Fornerolli, j. 9-12-2016. Disponível em: <http://busca.tjsc.jus.br/jurisprudencia/>.

TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA: DA PRECEDÊNCIA DE SUA APLICAÇÃO NA ÁREA AMBIENTAL

Luísa Zuardi Niencheski

Promotora de Justiça

Mestre

RESUMO

A tutela integral e efetiva do meio ambiente, na sociedade de risco, demanda a priorização de meios extrajudiciais e autocompositivos. Nesse viés, o termo de ajustamento de conduta assume relevante papel na consecução desse objetivo, priorizando a reparação *in natura* e *in situ*, evidenciando esse célere instrumento que dispõe o Ministério Público para conceder maior efetividade à proteção do meio ambiente. Assim, destaca-se a fixação de medidas compensatórias nos termos de ajustamento de condutas, as quais além de reforçar a priorização da reparação integral do dano ambiental, concedem também visibilidade à responsabilização civil ambiental do causador do dano.

Palavras-Chave: Medidas Compensatórias. Resolução extrajudicial. Dano Ambiental. Reparação Integral.

1 INTRODUÇÃO

A tutela jurídica do meio ambiente, no âmbito interno, passou a ser reconhecida na Constituição Federal de 1988, assegurando que o meio

Atuação	Florianópolis	v. 12	n. 26	p. 99 - 122	jan./jun. 2015
---------	---------------	-------	-------	-------------	----------------

ambiente ecologicamente equilibrado é direito de todos e, em harmonia com a progressiva realização do desenvolvimento sustentável, conduz ao objetivo perseguido pelo Estado de reduzir as desigualdades sociais e de promover uma vida digna e saudável.

No mesmo sentido, a Carta Magna deixa assente a sua preocupação em proteger o meio ambiente e em combater a poluição ao atribuir ao Ministério Público a legitimidade para intentar a ação civil pública – e a valer-se do termo de ajustamento de condutas - na defesa desse bem de uso comum do povo, o qual traduz o direito fundamental de todos em ver o meio ambiente preservado e, em contrapartida, representa o dever de o Poder Público, e também da coletividade, zelar pela defesa dos bens e serviços ambientais.

Com efeito, ao olhar sob o viés da limitação dos recursos naturais e da degradação ambiental, a persistência no perfil demandista, submetendo todo e qualquer litígio ambiental ao Poder Judiciário, não é mais uma opção para a sociedade. Deve-se buscar, então, a adoção de mecanismos de negociação, de mediação, papel que vem sendo desempenhado pelo compromisso de ajuste de condutas. E mais, é propício que tal instrumento extrajudicial, quando utilizado na seara ambiental, disponha a respeito das medidas compensatórias, privilegiando, igualmente, as modalidades mitigatórias, com significativo impacto social na reparação do dano.

Nesse sentido, o presente artigo propõe a aplicação, de forma prioritária, do Termo de Ajustamento de Condutas (TAC) e da relevância das medidas compensatórias, como forma de estabelecer as providências necessárias à restauração e à reparação do bem jurídico no próprio local em que ocorreu a sua lesão, concedendo visibilidade às sanções impostas ao poluidor/degradador, utilizando a responsabilidade civil como forma de liame entre o causador do dano e as sanções aplicáveis, destacando a respeito das medidas compensatórias, dispostas em âmbito estadual pelo Assento n. 001/2013/CSMP, as quais visam a conceder maior efetividade à proteção do meio ambiente.

2 CONCEITO, ORIGEM E PREVISÃO LEGAL DO TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTAS

O termo de ajustamento de conduta expressa um meio de solução extrajudicial de conflitos envolvendo direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos, tendo por finalidade a cessação ou a prática de determinada conduta que cause, direta ou indiretamente, lesão aos interesses transindividuais, delineando a responsabilidade dos obrigados.

O objetivo do termo de ajustamento de conduta (TAC) é fazer com que determinadas condutas, que resultem em ameaça ou lesão aos direitos de natureza transindividual, possam ser corrigidas por meio de negociação entre as partes interessadas. Os compromissos de ajuste podem ser celebrados, extrajudicialmente, em inquéritos civis públicos ou mesmo no curso da ação civil pública, desde que haja a prevalência na tutela dos direitos difusos e coletivos, marcados pelo *status* de direito indisponível e, assim, irrenunciáveis.

Não se presta, pois, o TAC como técnica processual “para legalizar a conduta contrária à lei, chancelar atividade ilegal ou lesiva aos direitos transindividuais” (CAMBI; SOUZA, 2015, p. 231), muito menos para eximir o poluidor ou causador do dano de sua responsabilidade civil.

A aplicabilidade do compromisso de ajustamento de conduta assenta origem no Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n. 8.069/1990, art. 211), fato que ensejou a modificação da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985) por meio do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/1990, art. 113). Adeptas das vantagens desse instrumento, diversas legislações infraconstitucionais passaram a prever o compromisso de ajustamento de condutas a fim de tutelar os direitos transindividuais, a exemplo da Lei n. 9.605/1998¹, da Lei n. 12.529/2011² e da própria Consolidação das Leis do Trabalho.³

1 O regramento dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente e, no art. do art. 79-A fixa: “Art. 79-A. Para o cumprimento do disposto nesta Lei, os órgãos ambientais integrantes do SISNAMA, responsáveis pela execução de programas e projetos e pelo controle e fiscalização dos estabelecimentos e das atividades suscetíveis de degradarem a qualidade ambiental, ficam autorizados a celebrar, com força de título executivo extrajudicial, termo de compromisso com pessoas físicas ou jurídicas responsáveis pela construção, instalação, ampliação e funcionamento de estabelecimentos e atividades utilizadores de recursos ambientais, considerados efetiva ou potencialmente poluidores.”

2 O art. 85 da Lei n. 12.529/2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência e dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, prevê que: “Art. 85. Nos procedimentos administrativos mencionados nos incisos I, II e III do art. 48 desta Lei, o Cade poderá tomar do representado compromisso de cessação da prática sob investigação ou dos seus efeitos lesivos, sempre que, em juízo de conveniência e oportunidade, devidamente fundamentado, entender que atende aos interesses protegidos por lei.”

3 A CLT, em seu artigo 876, estabelece que os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério

Como bem afirma Mazzilli (2006, p. 95), a criação do instituto “ligou-se de forma muito especial à experiência do Ministério Público brasileiro, que já tinha larga tradição no atendimento ao público e na composição extrajudicial de conflitos de interesses”. Nesse novo perfil, delineado “a partir do giro democrático pós-Constituição da República de 1988” (LOCATELLI, p. 3), o Órgão Ministerial privilegiou métodos autocompositivos extrajudiciais e voltados à resolução das controvérsias.

Aliás, a legitimidade do Ministério Público decorre da própria Carta Constitucional (art. 127, *caput*), além de estar positivado na Lei de Ação Civil Pública, o que vai ao encontro do plano de gestão nacional do órgão de buscar, primordialmente, a resolução extrajudicial dos conflitos.

Dessa forma, por lei, a legitimidade para a negociação de interesses transindividuais foi outorgada ao Ministério Público, assim como a outros órgãos públicos. Porém, só podem tomar o compromisso de ajustamento de conduta os órgãos públicos legitimados para a ação civil pública, conforme rol elencado no art. 5º da Lei n. 7.347/1985, excluindo-se os órgãos da Administração Pública Indireta quando atuam na exploração da atividade econômica e as associações civis, fundações privadas e sindicatos (TESHEINER; PEZZI, 2003, p. 79).

Alinhando-se à simetria da legislação federal, a Resolução n. 118/2014 do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP) consolidou, no âmbito institucional, a política nacional de incentivo à autocomposição, prevendo, em seu artigo 17⁴, que as cláusulas do TAC podem conter convenções processuais que objetivem restaurar o convívio social, sendo celebradas de maneira dialogal e colaborativa. Tal disposição concretiza uma das funções do Ministério Público, vocacionado à pacificação dos relacionamentos, no sentido de buscar alternativas à cultura demandista e a “instituir políticas voltadas a uma atuação transformadora da realidade por meio do convencimento, da informação e da aproximação das pessoas, dos entes públicos” (BONAVIDES; TESSEROLLI, 2015, p. 414).

Público do Trabalho serão executadas pela forma estabelecida nesse capítulo, *in verbis*: “Art. 876. As decisões passadas em julgado ou das quais não tenha havido recurso com efeito suspensivo; os acordos, quando não cumpridos; os termos de ajuste de conduta firmados perante o Ministério Público do Trabalho e os termos de conciliação firmados perante as Comissões de Conciliação Prévia serão executada pela forma estabelecida neste Capítulo.”

4 Resolução n. 118/2014/CNMP. [...] Art. 17. As convenções processuais devem ser celebradas de maneira dialogal e colaborativa, com o objetivo de restaurar o convívio social e a efetiva pacificação dos relacionamentos por intermédio da harmonização entre os envolvidos, podendo ser documentadas como cláusulas de termo de ajustamento de conduta

Da mesma forma, cita-se a Resolução n. 23/2007 do CNMP, que, ao dispor sobre o procedimento do Inquérito Civil, prevê, em seu artigo 14,⁵ que os Representantes Ministeriais poderão firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos transindividuais, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação ou indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

Já, em âmbito estadual, o Ato n. 335/2014/PGJ⁶ do Ministério Público do Estado de Santa Catarina normatiza a respeito dos procedimentos extrajudiciais, dispondo que a celebração do termo de ajustamento de conduta implicará o arquivamento do inquérito civil, quando houver a ausência circunstancial do interesse de agir (art. 25, II).

Assim, percebe-se que o compromisso de ajuste atua em prol da pacificação social, estimulando formas de resolução de controvérsias mais céleres e favorecendo o bom senso das partes. Dentre os diversos pontos favoráveis a sua aplicação destaca-se a economia de tempo e dos custos, uma vez que a proteção dos direitos difusos e coletivos violados preferem a rápida solução do conflito, a fim de minimizar os prejuízos. Evita-se a judicialização do conflito, beneficiando-se a coletividade pela maior eficácia na proteção dos interesses sociais e indisponíveis.

Com efeito, considerando a natureza consensual do compromisso de ajustes, garante-se aos interessados que seja pactuado no próprio instrumento o início, o termo, as condições e os prazos de cumprimento (MAZZILLI, 2006, p. 108). Tal flexibilidade no acordo de seus termos permite a estipulação de medidas que visem, especificamente, à restauração e à restituição do bem jurídico violado, denotando que o instituto sob análise não possui uma forma pré-definida e padronizada, sendo possível negociar a respeito da concessão de prazo, da definição de modos de cumprimento, do parcelamento da obrigação de dar ou fazer, além das medidas compensatórias que melhor se adapte ao caso

5 Resolução n. 23/2007/CNMP. [...] Art. 14. O Ministério Público poderá firmar compromisso de ajustamento de conduta, nos casos previstos em lei, com o responsável pela ameaça ou lesão aos interesses ou direitos mencionados no artigo 1º desta Resolução, visando à reparação do dano, à adequação da conduta às exigências legais ou normativas e, ainda, à compensação e/ou à indenização pelos danos que não possam ser recuperados.

6 Ato 335/2014/PGJ. [...] Art. 25. O órgão de execução do Ministério Público promoverá, fundamentadamente, o arquivamento do inquérito civil ou do procedimento preparatório quando:
II - celebrado termo de ajustamento de conduta, este implicar na ausência circunstancial do interesse de agir.

concreto. Contudo, essa negociação deve garantir que os prazos estipulados ao cumprimento da obrigação sejam curtos e determinados, até porque o TAC mostra-se como um instrumento para evitar a morosidade decorrente do atual sistema do Poder Judiciário, devendo, então, buscar a reparação enquanto pode acontecer o retorno ao *status quo* ante o bem jurídico tutelado.

Ademais, o termo de ajustamento de conduta apresenta-se como desenho da responsabilidade dos obrigados, não tendo a pretensão de “substituir a atividade jurisdicional, mas complementá-la quando a solução negociada se mostre mais apropriada” (CAMBI; SOUZA, 2015, p. 230). Em verdade, trata-se de garantia mínima em prol da coletividade, porquanto nada impede que eventuais lesados individuais, pelos mesmos motivos, demandem em ações individuais mais do que aquilo que espontaneamente lhes foi reconhecido no compromisso. Frisa-se, então, que o compromisso de ajustamento não pode gerar qualquer limitação máxima de responsabilidade material do causador do dano, porquanto se as obrigações não forem satisfatórias, a investigação deverá prosseguir quanto aos pontos não cobertos pelo ajuste.

Dessa forma, verifica-se que o termo de ajustamento de conduta é importante técnica processual de que dispõe o Ministério Público para, extrajudicialmente e de forma mais célere do que as ações judiciais, tutelar, com extrema eficácia, valores transindividuais ameaçados ou lesados, compondo consensualmente a lide.

3 A EFICÁCIA DO AJUSTE DE CONDUTAS NA SEARA AMBIENTAL

O quadro contemporâneo de escassez dos recursos naturais evidenciou a necessidade da conjunção de esforços para elaboração de uma política mais ativa em termos ambientais. Alinhando-se a essa percepção, a Constituição Federal de 1988, orientada pela expansão e pelo reconhecimento do direito fundamental a um meio ambiente sadio e sustentável, percebeu que as preocupações ecológicas recebiam abordagem meramente setorial (GOMES, 2010, p. 34), faltando políticas ambientais integradas com os interesses propícios ao desenvolvimento econômico e social.

Assim, a Política Nacional do Meio Ambiente, concretizada na Legislação federal n. 6.938/91, definiu meio ambiente como “o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas” (art. 3, I), abrangendo tanto a tutela do ecossistema quanto da biodiversidade e de suas relações de ocupação e transformação no espaço por parte de uma sociedade. Isso é, o meio ambiente compreende o conjunto do sistema externo físico e biológico, como também do meio social e cultural, no qual vivem o homem e os outros organismos.

Não obstante, a degradação do meio ambiente, seja por meio das atividades potencialmente poluidoras, seja por meio das atividades exploradoras de recursos naturais, requer uma forte resposta e intervenção estatal de maneira a evitar a sua propagação. José Afonso da Silva (1995, p. 133), nesse sentido, disserta a respeito da gravidade e da proximidade da poluição ambiental:

[...] por fonte de poluição a atividade, local ou o objeto de que emanem elementos (poluentes) que degradem a qualidade do meio ambiente. Não há um modo simples de discriminar as fontes de poluição. A maior parte delas são fontes urbanas, o que é compreensível porque é nas cidades que se encontra a maioria das atividades geradoras de poluição: esgotos, refugos sólidos, emissões industriais, veículos automotores, hospitais e outras não urbanas como extração de minerais, agrotóxicos.

Tais atividades são legalmente descritas como poluidoras, conforme se constata da leitura do Anexo VIII da Lei n. 10.165/00 – legislação que altera a Política Nacional do Meio Ambiente – classificada em razão do potencial de poluição e do grau de utilização de recursos naturais de cada uma destas atividades.

Aliás, como direito difuso que o é, o meio ambiente é um interesse indisponível por natureza, “não havendo possibilidade de renúncia que perfaça a sua não integral reparação” (LOCATELLI, p. 3). Nesse sentido, não se admite que nenhuma decisão judicial, artigo de lei ou acordo disponha sobre a restrição da reparação do dano ambiental.

A reparação do dano ambiental, em sua integralidade, deve estar prevista como condição de cumprimento do compromisso de ajuste de condutas, fazendo uso de cláusulas com cominação de multas – para forçar o adimplemento do termo – e com imposição de medidas compensatórias.

Assim, o compromisso de ajustamento deve contemplar a totalidade da recomposição dos danos socioambientais, além de dispor sobre a prevenção de futuros riscos, utilizando-se do sistema de obrigações de não fazer, fazer e condenação em dinheiro, como prevê o art. 3º da Lei n. 7.347/85.⁷ Nas palavras de Cambi e Souza (2015, p. 233), “[...] o que é indispensável é a preservação do núcleo essencial do direito metaindividual. O termo de ajustamento de conduta não pode, de nenhum o modo, restringir o conteúdo do direito difuso ou coletivo ameaçado.”

A respeito dessa maleabilidade em seus termos, destaca-se que as cláusulas estipulando prazos para cumprimento da obrigação de fazer, de não fazer ou de indenizar devem ser adequadas e justificadas de acordo com o caso em concreto. Isso é de maneira a efetivamente prevenir e recuperar o meio ambiente, o termo de ajustamento de condutas não pode estipular prazos alargados e que não contemplem, primordialmente, a reparação *in natura* e *in loco* da região diretamente afetada pelo desastre ambiental.

Nesse sentido, sabendo que o dano implica reflexos diretos e imediatos na região em que ocorreu, sendo a ação danosa e sua consequência presenciada pela comunidade, estimula-se que o TAC imponha períodos de tempo curtos e suficientes para que o causador do dano regenere a área degradada. Dessa maneira, igualmente busca-se a conscientização da comunidade local que, ao deparar-se com a agressão ao patrimônio ambiental, presencia a possibilidade de restauração do meio ambiente quanto antes forem adotadas medidas para sua reparação. Com efeito, buscar diretamente uma resposta ao Poder Judiciário, quando o interesse tutelado é o meio ambiente, em razão da morosidade de uma demanda judicial, não é a via adequada a prevenir e a recuperar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros.

No termo de ajustamento de conduta há a mútua estipulação, por parte da parte compromitente e da compromissária, de obrigações. Quando a parte compromissária é um particular, o fundamento do TAC aproxima-se do poder de polícia, ao impor ao administrados uma limitação individual em benefício do interesse da sociedade, condicionando o uso desse bem de uso comum do povo. A respeito do conceito do poder de polícia ambiental, colaciona-se o seguinte entendimento:

7 Art. 3º Ação civil poderá ter por objeto a condenação em dinheiro ou o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer.

[...] atividade da Administração Pública que limita ou disciplina direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou a abstenção de fato em razão de interesse público concernente à saúde da população, à conservação dos ecossistemas, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas ou de outras atividades dependentes de concessão, autorização/ permissão ou licença do Poder Público de cujas atividades possam decorrer poluição ou agressão à natureza. (MACHADO, 2010, P. 342).

Nesse sentido, consoante se infere do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81,⁸ a aplicação de multa, na hipótese de dano ambiental, decorre do poder de polícia, entendido este como o “mecanismo de frenagem de que dispõe a Administração Pública para conter ou coibir atividades dos particulares que se revelarem nocivas, inconvenientes ao bem-estar social, ao desenvolvimento e à segurança nacional.” (BRASIL, AI 158449 RJ, p. 366).

Seguindo a mesma linha de raciocínio, a multa prevista no art. 11 da Lei n. 7.347/85⁹ induz à execução específica da obrigação pactuada, não possuindo caráter compensatório. Ao revés, apresenta índole cominatória, pois, na tutela dos interesses difusos e coletivos – enquadrando-se o meio ambiente - mais interessa o adimplemento da obrigação pelo próprio causador do dano do que o correspondente econômico, na tentativa de restabelecer o local degradado ao seu *status quo ante*.

Logo, a fixação de multa diária é cabível, principalmente, em casos em que o descumprimento da obrigação possa causar danos ou lesões irremediáveis, medida esta que se reveste de caráter cominatório, e não compensatório, pois seu objetivo é o cumprimento do ajustado. De fato, a previsão de multas tem o objetivo de compelir o cumprimento das obrigações pactuadas, porquanto o caráter assumido pela multa diária (astreintes) é de exercer pressão na parte para que realize a obrigação a que está sujeita. A respeito do tema, pontua Mazzilli (2006, p. 93):

[...] Podem tais compromissos conter obrigações pecuniárias, mas, dados os contornos que a lei lhes deu, não devem

8 Art. 14 [...]§ 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

9 Art. 11. Na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, o juiz determinará o cumprimento da prestação da atividade devida ou a cessação da atividade nociva, sob pena de execução específica, ou de cominação de multa diária, se esta for suficiente ou compatível, independentemente de requerimento do autor.

ser estas o objeto principal do compromisso, mas sim devem ter caráter de sanção em caso de descumprimento da obrigação de comportamento assumida.

De forma a não se conformar apenas com o sucedâneo da sanção pecuniária, muito embora a flexibilidade do compromisso de ajustes admite a sub-rogação da obrigação (compensação em outro bem ambiental, caso não seja possível reparar o dano investigado), não se admitem desvios de finalidade, sempre priorizando a restauração do local afetado (*in situ*) e, somente diante da impossibilidade de sua restauração natural, abre-se espaço à substituição do bem lesionado por outro que lhe corresponda funcionalmente. A dizer,

[...] O compromisso de ajustamento de conduta, como regra, tem como objeto uma obrigação de fazer, ou de não fazer, relacionada com a satisfação do resultado almejado pelo substituto processual, mediante formalização da conduta com imposição de multa (astreintes). Porém, é possível ajustar cominações de natureza não pecuniária, como a suspensão de atividade, a obrigação de refazer a situação anterior à violação, a imposição de advertências. (CAMBI; SOUZA, 2015, p. 232).

Com efeito, não se vê óbice ao acúmulo das obrigações de fazer, de não fazer e da indenização, com as medidas compensatórias (*lato sensu*) nos compromissos de ajustamento. Desde que não tenham o mesmo fundamento ou ainda com relação à parcela do dano causado que não possa ser recomposta na sua totalidade, pela obrigação de fazer, é viável, e mesmo recomendável, a soma das obrigações. A cumulação de tais obrigações não configura *bis in idem*, porquanto a indenização não se destina ao dano especificamente já reparado, mas para os seus efeitos remanescentes, reflexos ou transitórios, especificamente, com relação à privação temporária da fruição do bem de uso comum do povo, até sua efetiva e completa reposição, assim como ao retorno ao patrimônio público dos benefícios econômicos ilegalmente auferidos.

Isso porque se deve considerar, ao fixar as cláusulas do compromisso, o prejuízo ambiental gerado da data da ocorrência do dano até a tentativa de sua recomposição, computando-se a perda dos serviços e da qualidade ambiental e, em contrapartida, o ganho econômico auferido com a degradação ambiental. É evidente a depreciação de uma vegetação recentemente plantada em relação a outra suprimida, muitas vezes, com anos de existência, justamente pelo fato de que demorará – se isso for viável – considerável período de tempo até que essa nova

vegetação atinja as mesmas condições daquela suprimida.

Afinal, se o interesse é indisponível e o compromisso de ajustamento não pode dispensar parcela do ressarcimento, a cumulação das medidas, na espécie, atende à satisfação completa da obrigação. Entretanto, a estipulação de medidas compensatórias, subsidiariamente à restauração *in loco e in natura*, deve ser justificada no TAC, trazendo subsídios quanto à impossibilidade do restabelecimento do meio ambiente ao estado anterior.

Nesse contexto, considerando a dificuldade em restabelecer o meio ambiente ao seu *status quo ante* – diante da impossibilidade de substituir os componentes naturais do ambiente degradado - e considerando que o ressarcimento em pecúnia é insuficiente e incapaz de recompor a lesão causada, as medidas compensatórias, mecanismo preventivo e corretivo das ações humanas que impactam negativamente o ecossistema, assumem a função de diretriz e parâmetro dos impactos ambientais negativos que podem ser evitados. Ademais,

[...] considerando que a primeira tentativa sempre deva ser a de recomposição do bem ambiental, a indenização em dinheiro passa a ser a última opção. Em outros termos, é possível afirmar que, mesmo considerando, em muitos casos, o retorno à condição inicial como impossível, as formas de compensação devem ser priorizadas. (FARIA, 2008, p. 38).

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a condenação simultânea do causador do dano ambiental em obrigação de fazer, não fazer e indenizar leva em consideração que o dano ambiental é multifacetário (ética, temporal ecológica e patrimonialmente), o que implica observar que as medidas fixadas no TAC tomam por base o tempo do bem ambiental utilizado indevidamente em benefício do particular e onerado, indiretamente, pela sociedade:

[...] A jurisprudência do STJ está firmada no sentido de que a necessidade de reparação integral da lesão causada ao meio ambiente permite a cumulação de obrigações de fazer e indenizar. Precedentes da Primeira e Segunda Turmas do STJ. [...] 4. A reparação ambiental deve ser feita da forma mais completa possível, de modo que a condenação a recuperar a área lesionada não exclui o dever de indenizar, sobretudo pelo dano que permanece entre a sua ocorrência e o pleno restabelecimento do meio ambiente afetado (= dano interino ou intermediário), bem como pelo dano moral coletivo e pelo dano residual (= degradação

ambiental que subsiste, não obstante todos os esforços de restauração). [...] (REsp n. 1.180.078-MG, Relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, data do julgamento 2-12-2010, DJe 28-2-2012)

Assim, ao atribuir ao bem ambiental determinada expressão econômica e que se converterá em uma prestação pecuniária, tal valor deve ser revertido em ações de melhoria à qualidade ambiental, destinados a fundos específicos de direitos difusos que tenham compromisso formal com o retorno dos recursos ao local do dano constatado. No ordenamento jurídico brasileiro, a Lei da Ação Civil Pública (art. 13, Lei n. 7.347/85¹⁰) estipula que os valores recolhidos a título indenizatório são destinados para um Fundo de Reparação de Interesses Difusos Lesados. Segundo Macedo Júnior (2002, p. 799):

[...] Uma das inovações trazidas pela Lei de Ação Civil Pública, de 1985, foi a constituição de Fundos Especiais de Despesa de Reparação de Interesses Difusos Lesados (FEDRIDL), para os quais seriam destinadas verbas indenizatórias derivadas de medidas judiciais e extrajudiciais propostas em favor da tutela dos chamados interesses transindividuais tutelados por aquela lei.

Trata-se de um fundo destinado à reconstituição, manutenção ou conservação dos bens lesados, além da criação de condições favoráveis para a tutela dos direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos. Em razão da impossibilidade de se distribuir equanimente eventual indenização às vítimas de um desastre ambiental – seja pela indeterminação das pessoas lesadas, seja pela dificuldade de calcular o dano ao bem ambiental, o legislador determinou que os recursos pecuniários fossem destinados a um fundo, direcionado a uma finalidade social específica.

No âmbito estadual, a Lei n. 15.694/2011 cumpre o papel de normatizar o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados (FRBL) que recebe os montantes oriundos, entre outras fontes,¹¹ das medidas compensatórias, quando convertidas em medidas indenizatórias, estabelecidas nos TACs, e das multas pelo descumprimento de suas cláusulas, indenizações decorrentes de condenações e acordos judiciais por danos causados aos bens difusos e coletivos.

10 Art. 13. Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados.

11 Os incisos I a VII do art. 3º da Lei n. 15.694/2011 estabelecem as receitas do Fundo de Reparação de Bens Lesados (FRBL).

Apesar da previsão da Lei n. 15.694/2011¹² de que, ainda que o dano seja local, apenas 50% dos valores recolhidos a título indenizatório poderão ser destinados para o Fundo Municipal local e o restante para o FRBL, deve-se priorizar, sempre que possível, a indenização do dano no local em que o poluidor provocou prejuízos. Tal medida, além do seu caráter sancionatório, expressa sua característica pedagógica e de orientação, à medida que possibilita a reparação do bem jurídico lesionado de forma integral e na região em que ocorreu o dano, utilizando-as como mecanismo de resposta aos poluidores no âmbito local.

Contudo, a partir da previsão da legislação estadual catarinense, percebe-se que as receitas do FRBL têm sua aplicação distanciada do local onde, de fato, ocorreu o dano, impedindo a efetiva reconstituição do bem ambiental lesado e sem garantir o ressarcimento à coletividade pelos danos causados. As receitas deveriam, no entanto, ser utilizadas prioritariamente no próprio local onde o dano ocorreu ou onde possa vir a ocorrer, em vez de serem destinadas ao custeio de atividades estranhas aos interesses ambientais, como bem pontua a doutrina:

[...] Por mais que o dano ambiental seja, em si, irreparável, a indenização paga deve reverter, de alguma forma, para a recomposição de outros bens ambientais, mas nunca ser destinada a modernizar as repartições públicas. (MILARÉ; SETZER; CASTANHO, 2005, p. 17).

Dessa maneira, a fim de conferir expressão ao vínculo direto e indissociável entre o *quantum debeatur* e o meio ambiente degradado, as medidas indenizatórias e compensatórias devem voltar-se, prioritariamente, ao local prejudicado com a devastação ambiental, onde ocorreram os impactos negativos à natureza, para que a quantia indenizatória produza efeitos e beneficie diretamente a comunidade afetada.

Assim, a *mens legis* do sistema jurídico ambiental é o de engajar infratores na preocupação pelo meio ambiente por eles degradado, possibilitando que a multa e as medidas indenizatórias impostas possam ser convertidas em atuação efetiva nos projetos que visam à preservação e recuperação da qualidade do meio ambiente (MILARÉ; SETZER; CASTANHO, 2005, p. 19).

Dessa feita, o termo de ajuste de condutas, firmado em sede de

12 § 2º Os recursos referidos no inciso II deste artigo poderão ser destinados, até o limite de 50% (cinquenta por cento) do valor da medida indenizatória, ao Município onde o dano tenha ocorrido, desde que este mantenha fundo específico, instituído por lei municipal, destinado à proteção do bem ou interesse lesado, em regular funcionamento. (Redação dada pela Lei n. 16.520/2014).

tutela ambiental, para além da previsão de cláusulas cominatórias, pode estabelecer medidas indenizatórias e compensatórias de maneira a alcançar, ainda que indiretamente, uma melhoria da qualidade ambiental e da comunidade ligada ao local degradado.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL COMO INSTRUMENTO À PREVENÇÃO

Os danos ambientais, a rigor, refletem a complexidade da sociedade moderna, mormente caracterizada pela ânsia da globalização econômica, guiada pelo parâmetro de que o crescimento econômico é o principal meio para alcançar a modernização e o progresso, deixando para um segundo plano a preocupação com os conceitos de desenvolvimento sustentável.

Com efeito, diante das difíceis questões emergentes dos problemas ambientais específicos da atualidade, Ulrich Beck (2010, p. 25) conceituou essa fase como “sociedade de risco”. Nesse ínterim, a responsabilidade civil, fundada na teoria do risco – independentemente de ter o agente atuado com culpa - surgiu como resposta do Direito às mutações ocorridas na sociedade durante a revolução industrial e em decorrência do desenvolvimento tecnológico (CARVALHO, 2008, p. 74).

Nos dizeres de Gagliano e Pamplona Filho (2012, p. 54), a noção jurídica de responsabilidade pressupõe a atividade danosa de alguém que, atuando *a priori* ilicitamente, viola uma norma jurídica preexistente (legal ou contratual), subordinando-se, dessa forma, às consequências do seu ato (obrigação de reparar).

Em termos ambientais, a responsabilidade pela reparação do dano fundamenta-se no fato de que o causador tem o dever de reintegrá-lo o mais amplamente possível, buscando determinado valor que se possa ter como “equivalente” ao dano causado por aquele que praticou o ato ilícito (ANTUNES, 2009, p. 213).

Outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, no julgamento do Recurso Especial 1.198.727/MG, de relatoria do Ministro Herman Benjamin, assentou sobre a relevância de a responsabilidade

civil abranger os institutos da condenação a recuperar a área prejudicada e da indenização dos juízos retrospectivo e prospectivo:

[...] A cumulação de obrigação de fazer, não fazer e pagar não configura *bis in idem*, porquanto a indenização, em vez de considerar lesão específica já ecologicamente restaurada ou a ser restaurada, põe o foco em parcela do dano que, embora causada pelo mesmo comportamento pretérito do agente, apresenta efeitos deletérios de cunho futuro, irreparável ou intangível (BRASIL, RESP n. 1.198.727/MG).

Inaugurando essa perspectiva, a Lei de Política Nacional do Meio Ambiente (Lei n. 6.938/81) adotou a sistemática da responsabilidade civil objetiva¹³ e foi integralmente recepcionada pela ordem jurídica atual, de sorte que é irrelevante a discussão da conduta do agente (culpa ou dolo) para atribuição do dever de indenizar.

A adoção pela referida legislação da responsabilidade civil objetiva significou apreciável avanço no combate à devastação do meio ambiente, uma vez que, sob esse sistema, não se leva em conta, subjetivamente, a conduta – não interessa que tipo de obra ou atividade seja exercida por quem degrada. Todavia, leva-se em consideração a ocorrência de um evento danoso ao meio ambiente, imputando ao responsável o dever jurídico de reparar e indenizar o dano causado ao meio ambiente. O responsável direto ou indireto pelas consequências lesivas ao ecossistema é obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade.

Assim, para que se concretize a obrigatoriedade da reparação do dano é suficiente que se demonstre o nexo causal entre a lesão causada ao meio ambiente e a ação ou omissão do responsável pelo dano. Nesse sentido, o art. 4º, VII,¹⁴ da Lei n. 6.938/81

[...] prevê expressamente o dever do poluidor ou predador de recuperar e indenizar os danos causados, além de possibilitar o reconhecimento da responsabilidade, repise-se,

13 Art. 14. [...] § 1º - Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.

14 Art 4º - A Política Nacional do Meio Ambiente visará: "VII - à imposição, ao poluidor e ao predador, da obrigação de recuperar e/ou indenizar os danos causados e, ao usuário, da contribuição pela utilização de recursos ambientais com fins econômicos."

objetiva, do poluidor em indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente ou aos terceiros afetados por sua atividade, como dito, independentemente da existência de culpa. (BRASIL, Recurso Especial n. 578797/RS).

Logo, a jurisprudência e a legislação brasileira preveem que a responsabilidade civil por dano ambiental é considerada objetiva, não havendo necessidade de perquirir quanto à culpa ou ao dolo do agente causador do dano, conforme prevê o artigo 225, § 3º, da Constituição Federal.¹⁵

Ao atribuir-se que o poluidor deverá arcar com os prejuízos causados ao meio ambiente, prioriza-se que o ônus econômico e ambiental associado à utilização dos recursos ambientais recaia sobre aquele que deu causa à degradação, evitando-se que seja repartido, indevidamente, entre toda a coletividade. Aliás, o princípio do poluidor-pagador, que encontra guarida na Constituição Federal, art. 225, § 2º,¹⁶ é uma das ferramentas de preservação ambiental a partir da internalização dos custos pelo próprio poluidor, partindo-se do pressuposto que o poluidor deve assumir o custo pela sua degradação ambiental, evitando-se, assim, a privatização dos lucros e a socialização dos danos causados ao meio ambiente e aos terceiros afetados por sua atividade. Nesse viés,

[...] quanto à socialização da responsabilidade civil, com diluição dos danos entre os potenciais poluidores e consumidores, ela é uma realidade em vários países, com o seguro ambiental obrigatório (ou garantia equivalente) e com os fundos de reparação e prevenção de danos ambientais disseminados no mundo, sinalizando para a possibilidade de diálogo com as gerações futuras. (PINHO, 2010, p. 133/134).

Logo, a correta atribuição da responsabilidade sobre o causador do dano, aliada às adequadas medidas compensatórias e mitigatórias, proporcionarão que a região que de fato foi lesionada receba, na proporção devida, a restauração e a restituição do dano sofrido, sentido e percebido pelos integrantes locais da comunidade. Incentiva-se, então, o caráter dissuasório, a força pedagógica e o objetivo profilático da responsabilidade civil ambiental, projetando, moral e socialmente, a

15 Art. 225, Constituição Federal de 1988: “§3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

16 Art. 225, § 2º: Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

verdadeira impressão de que o ilícito ambiental receberá pronta e diretamente a resposta administrativa (BRASIL, REsp n. 1.145.083-MG).

Nesse viés, a influência do princípio da prevenção na responsabilidade civil confere uma dimensão alargada à reparação dos danos ambientais, permitindo reconhecer um dever de reparação pelos danos ao meio ambiente ao poderem ser dimensionados previamente, proporcionando a alteração do *modus operandi* que determinou a degradação e conduzindo à responsabilização *ex ante*, viabilizada, entre outras formas, por meio do compromisso de ajustamento de conduta (STEIGLEDER, 2011, p. 163).

Pelo princípio da prevenção, exsurge a necessidade da adoção de medidas compensatórias e mitigatórias. Com efeito, diante da certeza do perigo e em face da existência de elementos científicos seguros para evidenciá-lo, percebe-se que a disposição de medidas compensatórias nos TACs decorre do princípio da prevenção em matéria ambiental (MILARÉ, 2009, p. 55).

Segundo Leite e Ayala (2004), a prevenção relaciona-se ao perigo concreto, ao risco conhecido, sendo o conteúdo cautelar dirigido pela ciência e pela detenção de informações certas e precisas sobre a periculosidade e o risco fornecido pela atividade. Logo, é necessária a adoção de medidas preventivas já que se detém ciência da origem do risco. A observância a tal princípio justifica-se pelo perigo potencial de que a atividade, sabidamente perigosa, possa produzir efetivamente os efeitos indesejados e, conseqüentemente, um dano ambiental.

No caso sob análise, a relevância do princípio da prevenção é o enfrentamento da incerteza em termos ambientais, pois

[...] se as medidas contra os danos ambientais são tomadas apenas quando estes já ocorreram ou vão ocorrer de forma incontestável, a situação poderá já estar irreversivelmente consolidada, ou as medidas de remediação poderão ser muito mais dispendiosas do que teriam sido as medidas preventivas. (STEIGLEDER, 2011, p. 165).

Assim, a fim de evitar a ocorrência de danos ambientais, deve-se atuar preventivamente, por meio de ações inibitórias, cautelares e de conservação de bens e coisas. Por outro lado, diante da consumação do dano, não sendo mais possível prevenir a degradação do ecossistema, lança-se mão do instrumento das medidas compensatórias, porquanto

os danos ambientais – em certas hipóteses – podem até “ser irreversíveis, sob o ponto de vista ambiental e ecológico, mas não serão nunca irreparáveis, sob o ponto de vista jurídico. Uma compensação – *in natura* ou pecuniária – deverá ser sempre concedida para a recomposição do ambiente degradado” (MIRRA, 2003, p. 284).

A completa reparação do dano compreende, em primeiro plano, a tentativa de restauração do dano ambiental e, subsidiariamente, a reparação *in natura* e pecuniária do dano, por meio de medidas que conduzam ao restabelecimento do equilíbrio ambiental. Por essa razão, o princípio da reparação integral demanda que sejam considerados os aspectos materiais da degradação e os “danos extrapatrimoniais associados, como a perda imposta à qualidade de vida, a privação temporária de fruição do bem, o valor de existência dos bens ambientais degradado” (STEIGLEDER, 2011, p. 222).

Por conseguinte, diante da dificuldade da completa recomposição dos elementos da natureza, as medidas compensatórias assumem destaque nos termos de ajustamento de conduta, buscando minimizar o dano. Tais medidas, nas palavras de Milaré (2009, p. 760), oferecem uma alternativa para uma “forma de uso ou de lesão (evitável ou inevitável) de um bem de qualquer natureza, que, por isso, deve ser substituído por outro, a fim de remover ou minimizar o dano causado.”

Em âmbito estadual, o Assento n. 1 do Egrégio Conselho Superior do Ministério Público de Santa Catarina, de 19 de junho de 2013, disciplinou a respeito das medidas compensatórias ambientais,¹⁷ especificando as modalidades restauratória, recuperatória, mitigatória e indenizatória. Entende-se por medida compensatória (gênero) qualquer ação destinada a compensar perdas transitórias de recursos naturais e/ou serviços, verificadas a partir da data de ocorrência dos danos até a reparação primária ter atingido plenamente os seus efeitos.¹⁸ Logo, não

17 Assento n. 001/2013/CSMP: Art. 2º Consideram-se medidas compensatórias para fins deste Assento as seguintes modalidades:

- a) medida de compensação restauratória: corresponde à restituição de um bem jurídico a uma condição não degradada que deve ser o mais próximo possível da sua condição original;
- b) medida de compensação recuperatória: compreende a restituição de um bem jurídico a uma condição não degradada que pode ser diferente de sua condição original;
- c) medida de compensação mitigatória: corresponde à adoção de providências que visem à redução dos efeitos dos danos e/ou a sua prevenção e/ou precaução; e
- d) medida de compensação indenizatória: corresponde ao ressarcimento do dano mediante o pagamento de certa quantia em dinheiro.

18 Diretiva 2004/35, de 21 de abril de 2004, do Parlamento Europeu. Anexo II.

sendo viável a reparação integral do meio ambiente afetado, surge a possibilidade da incidência das medidas compensatórias.

Dentre elas destacam-se, primeiramente, as modalidades de restauração e de recuperação, que buscam a reparação *in situ* e *in natura*. Contudo, a medida “restauratória” assume prevalência em face da “recuperatória”, porquanto busca-se estabelecer a restituição daquele ecossistema a uma condição muito próxima à original, sendo a única medida que deve ser aceita para a integral reparação do dano ambiental (FREITAS, 2011, p. 14). A medida “recuperatória”, logo, é subsidiária. Também chamada de “substituição por equivalente *in situ*”, que consiste no “[...] plantio de outras espécies que possam se adaptar à região e cumprir a função ecológica semelhante àquela desempenhada pela flora degradada” (LEITE; LIMA e FERREIRA, 2005, p. 337).

As medidas mitigatórias, por sua vez, visam a melhorar outro bem ou sistema ambiental, ainda que não equivalente ao afetado, levando à restituição de funções e serviços ecossistêmicos diretamente afetados pelo dano ambiental. Já as medidas indenizatórias, conforme já abordado anteriormente, assim como as mitigatórias, são formas indiretas de reparar a lesão ao meio ambiente, devendo ser a última alternativa, pois jamais proporcionará a recuperação integral do dano.

Com efeito, todas as medidas compensatórias refletem a possibilidade de conceder maior concretude e efetividade à reparação do dano ambiental, ao reconstituir o local afetado ou melhorar outro sistema ambiental equivalente ao afetado. Logo, a partir da legitimação conferida ao Ministério Público nas demandas extrajudiciais que tenham por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, é perfeitamente possível ajustar com o causador do dano “o modo de dar atendimento à prestação exigida, inclusive para o efeito de admitir a substituição da execução específica por outras providências que levem a resultado equivalente” (ZAVASCKI, 2006, p. 148).

Isso significa que o termo de ajustamento de conduta deve, a rigor, certificar a responsabilidade civil assumida pelo compromitente de prevenir o risco de dano, cessar a atividade danosa e reparar os danos já existentes, destacando-se a impossibilidade de qualquer previsão excluindo, modificando ou limitando a reparação integral.

Assim, por meio da incidência dos princípios da prevenção e da reparação integral do dano ambiental, a responsabilidade civil ganha uma nova roupagem a fim de, primordialmente, evitar a ocorrência e proliferação dos danos ambientais. Não de outra forma, a responsabilidade não se limita a ser um mecanismo compensatório dos danos efetivados, pois, diante da dificuldade em alcançar o pleno restabelecimento de um ambiente danificado, as medidas compensatórias assumem destaque na defesa do meio ambiente, devendo serem priorizadas como estratégia à preservação e à recuperação da qualidade do meio ambiente.

5 CONCLUSÃO

Dessa forma, o termo de ajustamento de condutas apresenta-se como importante instrumento de solução extrajudicial de conflitos, contribuindo à prevenção dos danos ambientais, à reparação do ecossistema lesado e à compensação dos bens e serviços ambientais.

Assim, plenamente possível que as cláusulas do compromisso de condutas estabeleçam, simultaneamente, obrigações de fazer, não fazer e indenizar de maneira a conceder a reparação integral ao meio ambiente ou a adaptá-lo a uma situação mais próxima possível daquela anterior ao dano, priorizando que os valores indenizatórios sejam revertidos em ações de recuperação ambiental na comunidade diretamente afetada pela degradação.

Nesse sentido, a partir do enaltecimento da utilização das medidas compensatórias, garante-se que o meio ambiente local receba a devida e pronta restauração, à medida que será imposta ao poluidor/degradador a devida responsabilização pelo dano causado, refletindo também o caráter pedagógico da responsabilidade civil ambiental.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito ambiental**. 12. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco**: rumo a uma outra modernidade. São Paulo: Ed. 324. 2010.

BONAVIDES, Samia Saad Gallotti; TESSEROLLI, Kelly Cristina Ferreira. MP Restaurativo e a Cultura de Paz: A Resolução CNMP 118/2014 e a Construção de um novo Perfil da Atuação Ministerial. **Anais do Seminário Estadual do Ministério Público do Estado do Paraná**. Curitiba: Sintática Editorial Comunicação Ltda., 2015, p. 413-428.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. 37. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 6.938/91, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 7.347/1985, 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 (VETADO) e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 8.069/1990, de 13 de junho de 1990. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 8.078/1990, de 11 de setembro de 1990. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 9.605/1998, de 12 de fevereiro de 1998. Dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9605.htm>. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 10.165/00, de 27 de dezembro de 2000. Altera a Lei no 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras pro-

vidências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L10165.htm >. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Lei n. 12.529/2011, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm >. Acesso em: 6 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1198727 MG 2010/0111349-9, Relator: Ministro Herman Benjamin, 14 de agosto de 2012. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/23530894/recurso-especial-resp-1198727-mg-2010-0111349-9-stj/relatorio-e-voto-23530896>>. Acesso em: 5 jan. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1.145.083-MG, Relator: Ministro Herman Benjamin, julgado em 27 de setembro de 2011. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24158298/recurso-especial-resp-1367923-rj-2011-0086453-6-stj/inteiro-teor-24158299?ref=juris-tabs> >. Acesso em: 2 fev. 2017.

CAMBI, Eduardo; SOUZA, Fernando Machado. Resolução Consensual de Conflitos Difusos e Coletivos. **Revista da AJURIS**, Porto Alegre, v. 42, n. 137, p. 225-245, mar. 2015.

CARVALHO, Délton Winter de. A teoria do dano ambiental futuro: a responsabilização civil por riscos ambientais. Lusíada. **Direito e Ambiente**, Lisboa, n. 1, p. 71-105, 2008. Disponível em: < <http://revistas.lis.ulusiada.pt/index.php/lda/article/view/2108> >. Acesso em: 2 fev. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública**: comentários por artigo. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2001.

FARIA, Ivan Dutra. Compensação ambiental: os fundamentos e as normas; a gestão e os conflitos. **Textos para Discussão**, Consultoria Legislativa do Senado Federal, Brasília, n. 43, jul., 2008. Disponível em: < <http://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-43-compensacao-ambiental-os-fundamentos-e-as-normas-a-gestao-e-os-conflitos> >. Acesso em: 6 jan. 2017.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil**: responsabilidade civil. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. v. 3.

GOMES, Carla Amado. **Direito Ambiental**: O ambiente como objeto e os objetos do Direito do Ambiente. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

LEITE, José Rubens Morato Leite; AYALA, Patryck de Araújo. **Direito ambiental na Sociedade de Risco**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

LEITE, José Rubens Morato Leite; LIMA, Máira Luisa Milani de; FERREIRA, Maria Leonor Paes Cavalcanti. Ação civil pública, termo de ajustamento de conduta e formas de reparação do dano ambiental: reflexões para uma sistematização. In: MILARÉ, Edis (Coord.). **Ação civil pública após 20 anos: efetividade e desafios**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2005.

LOCATELLI, Paulo Antônio. Desafios para a integral recomposição dos danos ambientais: medidas para maior resolutividade do termo de compromisso de ajustamento de conduta. Disponível em: <http://www.escoladomp.org.br/fmanager/esmp/artigo_professor_locatelli.pdf>. Acesso em: 7 jan. 2016.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de Ajustamento de Conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Revista de Direito Ambiental, São Paulo, v. 41, ano 11, p. 93-112, jan. 2006.

MILARÉ, Édis. **Direito do ambiente**. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

MILARÉ, Édis; SETZER, Joana e CASTANHO, Renata. O compromisso de ajustamento de conduta e o fundo de defesa de direitos difusos: relação entre os instrumentos alternativos de defesa ambiental da Lei 7.347/1985. **Revista de Direito Ambiental**, São Paulo, v. 10. n. 38, p. 9-2, abr./jun., 2005.

MIRRA, Álvaro Luiz Valery. Responsabilidade civil pelo dano ambiental e o princípio da reparação integral do dano. In: BENJAMIN, Antônio Herman (ed.). **Direito, água e vida**. São Paulo: Imprensa Oficial, 2003. v. 1.

PINHO, Hortênsia Gomes. **Prevenção e reparação de danos ambientais: as medidas de reposição natural, compensatórias e preventivas e a indenização pecuniária**. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

SANTA CATARINA. Lei n. 15.694/2011, de 21 de dezembro de 2011. Dispõe sobre o Fundo para Reconstituição de Bens Lesados – FRBL e estabelece outras providências. Disponível em: <<http://www.leisestaduais.com.br/sc/lei-ordinaria-n-15694-2011-santa-catarina-dispoe-sobre-o-fundo-para-reconstituicao-de-bens-lesados-frbl-e-estabelece-outras-providencias>>. Acesso em: 6 fev. 2017.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 2. ed. São Paulo, Ed Malheiros. 1995.

STEIGLEDER, Annelise Monteiro. **Responsabilidade civil ambiental: as dimensões do dano ambiental no direito brasileiro**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2011.

TESHEINER, José Maria; PEZZI, Sabrina. Inquérito Civil e Compromisso de Ajustamento de Conduta. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 263, p. 67-94, mai./ago. 2003.

ZAVASCKI, Teori Albino. **Processo coletivo**: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.



